

## DELITO CULPOSO

Leoberto Baggio Caon\*

Não é nosso propósito fazer, e nem o presente estudo comportaria um histórico aprofundado das origens da teoria da culpa, tema dos mais abrasivos na moderna repressão. Mezger, nesse ponto, anota com mérito que o problema da culpabilidade é o transtorno do destino de castigar. Von Liszt já destacava tal circunstância ao firmar que “pelo aperfeiçoamento da teoria da culpabilidade mede-se o progresso do Direito Penal”, anotações constantes na excelente obra Culpabilidade, de Luiz Augusto Freire Teotônio, Editora Minelli, 2002. O Código Penal em seu art. 18 estabelece: “Diz-se o crime: I) doloso quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; II) culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. Parágrafo Único. Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”.

Trata-se, pois, de lembrar o entendimento clássico de que representação e vontade são elementos imprescindíveis ao dolo. Uma não existe sem a outra, mesmo porque só se almeja aquilo que previamente se representa de modo global.

---

\* Advogado.

A previsibilidade é, como se sabe, o limite da culpa. O que não é previsível para o agente, nas circunstâncias em que se achava, não é culpável. Em resumo, há culpa *stricto sensu* quando o responsável deixa de empregar a cautela, a atenção ou a diligência ordinária ou especial, a que estava obrigado, sendo capaz de fazê-lo, e não prevê o resultado que poderia prever, ou, prevenindo-o, levemente supõe que não se realizaria ou que poderia evitá-lo.

De outro prisma, a doutrina moderna não põe em dúvida que o tipo de injusto dos crimes culposos constitui categoria distinta da dos crimes dolosos. A antiga teoria do direito penal concebia o dolo e a culpa como espécies da culpabilidade, de modo que identificava numa e noutra categoria de ilícito penal elementos comuns, relativos à ação, à tipicidade e à antijuricidade. Hoje se entende que as faltas culposas divergem das posturas dolosas, na tipicidade e na ilicitude, e que só na ação e na culpabilidade encontramos basicamente a mesma estrutura, nessas duas espécies de embustes.

A essência da culpa *stricto sensu* reside na transgressão de um dever objetivo de cuidado. Esses crimes têm na ação contrária ao cuidado exigível o seu elemento fundamental, apresentando, pois, um desvalor de ação e não de resultado. É claro que o crime não se configura sem o desfecho, mas este decorre de um momento de azar (*exner*), cuja função, na estrutura do crime culposo, tem sido objeto de largo debate, permanecendo obscura. O cuidado objetivo exigível decorre de normas de comportamento, na vida de relação em geral e no círculo de atividade a que pertence o agente, que são o resultado de ampla previsão de possíveis perigos, baseada na ciência, na experiência e na reflexão. A ação ou omissão contrária ao cuidado exigível é típica, se provoca a eficácia que configura o delito. O tipo dos crimes culposos é aberto, já que a conduta contrária ao dever de cuidado deve ser fixada em cada caso pelo juiz.

O tipo de injusto nos crimes culposos, como ensina Jescheck (*Lehrbuch*, § 54), determina-se pela possibilidade de advertir o perigo de realização do tipo, pela manobra de quem, em vista desse perigo, não observa o cuidado objetivamente exigido, e pela

produção do resultado típico. Dessa forma estabelece-se a antijuridicidade que não basta para a configuração do delito. Este exige a culpabilidade, que é sempre reprovabilidade pessoal. A estrutura da infração nos crimes culposos é a mesma da dos crimes dolosos. Deve o agente ser imputável e ter atuado com a consciência real ou potencial da ilicitude, sendo-lhe exigível comportamento diverso. A consciência da ilicitude refere-se à possibilidade individual de conhecimento da contravenção do cuidado exigível, e se exclui, evidentemente, pelo erro sobre o dever jurídico de atuar. O juízo de reprovação, que é a culpabilidade nos crimes culposos, requer sempre a previsibilidade do resultado pelo agente concreto, na situação concreta em que ele atuou (Maurach, *Lehrbuch*, § 46).

A transgressão do dever objetivo de cuidado é fundamental, mas não é decisiva, porque se deve ainda demonstrar que essa transgressão foi reprovável. Como diz Jescheck (*Lehrbuch*, § 55), a violação de normas especiais sobre o cuidado a ser observado não indica, certamente, em todos os casos, que o autor tenha atuado culposamente, da mesma forma que a observância das normas de cuidado existentes não exclui que possa haver culpa, se a especificidade da situação exige mais do que se tenha regulado. Maurach (*Lehrbuch*, § 44) também esclarece que a observação de que se omitiu o cuidado exigível, o único que afirma é que o autor infringiu os princípios de cautela de validade geral, atendendo às aptidões do termo médio. Nada se diz, ainda, sobre a desobediência crítica, que se refere à possibilidade concreta de evitar a lesão do dever de cuidado.

De mais a mais, a tipicidade no crime culposos consagra-se através da comparação entre a conduta do agente e o comportamento presumível que, nas mesmas circunstâncias, teria uma pessoa dotada de prudência. As normas de conduta, que aqui se mencionam, são princípios da experiência sobre determinados modos de comportamento, com certos perigos que lhes são próprios, e as medidas adequadas para evitá-los.

A ação que desrespeite ao cuidado e à atenção exigida, nas circunstâncias em que o fato ocorreu, provocando o resultado, é típica. Se apesar da observância do cuidado objetivo ocorrer o resultado, não temos crime, mas mero infortúnio. Se tal resultado

era imprevisível para uma pessoa razoável, exclui-se desde logo a própria tipicidade e a ilicitude da ação, como ensina o saudoso mestre Heleno Cláudio Fragoso, na defesa promovida no Rio de Janeiro, em ação penal deflagrada contra engenheiros acusados de delito culposo em decorrência do desabamento do elevado sobre a Avenida Paulo de Frontin, caso de imensa repercussão nacional à época.

Revistas as premissas específicas em vigor, cabe assinalar que a denúncia deve demonstrar satisfatoriamente a imperícia, a negligência ou a imprudência, de modo a permitir uma defesa compatível, pois é preciso averiguar a validade de todos os elementos probantes do processo, apenas como modelo nos feitos mais corriqueiros na vida forense, a velocidade, embriaguez, obediência às regras de trânsito, condições materiais do veículo, e pesquisar inclusive as causas de natureza climática (temperatura, grau de umidade, gelo, vento, chuva torrencial, sem contar com terremotos, abalos sísmicos, escorrimentos tectônicos etc.).

Durante muito tempo imaginou-se que a possibilidade do evento constituía o vetor do crime culposo e que esse delito tinha no resultado lesivo o seu aspecto fundamental, sendo fato punível que se consubstanciava num desvalor do resultado. Essa concepção deixava num plano secundário a tipicidade e, sobretudo, a antijuridicidade do crime culposo, além de supor que a natureza da culpa estivesse num elemento psicológico.

Com a caprichosa obra de *Engisch (Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1930, 277)*, pela primeira vez se fez ver que entre a ação ou omissão provocadora do resultado e a culpabilidade faltava um momento importante, que era o da falta de cuidado externo, sem a qual não era possível sustentar a ilicitude do crime culposo. Quando se verificou que a ação, nos crimes culposos, só era antijurídica, na medida em que violava o cuidado exigido no âmbito da vida de relação, demonstrou-se que o elemento decisivo do ato reprovável residia no descrédito da ação e não no desvalor do resultado.

Aníbal Bruno, com seu enorme talento, *Direito Penal, Parte Geral, Forense, 1967, Tomo 2, p. 92 e 93*, aponta:

“A forma típica da culpa é a culpa consciente, em que o resultado previsível não é previsto pelo agente. É a culpa sem previsão. Ao lado desta, construiu a doutrina a chamada culpa consciente, em que o resultado é previsto pelo agente, embora este sinceramente espera que ele não aconteça. A culpa com previsão representa um passo a mais da culpa simples para o dolo. É uma linha quase imponderável que se delimita do dolo eventual. Neste, o agente não quer o resultado, mas aceita o resultado de produzi-lo. Na culpa com previsão, nem esta aceitação do risco existe, o agente espera que o evento não ocorra”.

Também, por outro caminho, podemos excluir a culpabilidade, afirmando a inexigibilidade de outra conduta, que tem, nos crimes culposos, maior amplitude, e nos quais a culpa comum manifesta-se pela imprudência, negligência ou imperícia.

Nos delitos culposos, o ônus da prova pertence por completo à acusação. Não se exige do acusado que confesse ou que admita sua responsabilidade. Não só é compreensível como lícito que ele procure eximir-se. Afinal, “quem acusa está na obrigação de oferecer prova da existência da infração. Não o fazendo, impõe-se a absolvição do réu” (RT 281/518). O que não é possível é presumir a autoria ou a co-autoria, pois não existe participação em crime culposos.

Cobra relevo observar que quando existir mais de um réu, sob pena de inépcia, a denúncia obriga-se a apontar quem é o autor da imprudência, da imperícia ou da negligência. Não se pode ignorar o que cada um dos acusados fez ou deixou de fazer especificamente.

A culpa da vítima só exclui a culpa do agente se for exclusiva. O erro concorrente do ofendido serve apenas para atenuar a responsabilidade penal do agente, influenciando na pena que lhe deve ser imposta (*Lehrbuch*, § 55), de que a concorrência de culpa totalmente inesperada da vítima pode excluir a previsibilidade do resultado.

Claus Roxin, magnífico doutrinador alemão, anota que a culpabilidade tem seus efeitos em termos objetivos e subjetivos porque as pessoas possuem um sentimento de atuar livremente.

Explicar-se-á, agora, alguns aspectos relevantes de ordem prática. Instaurado o procedimento, é imperioso que se verifique as condições de procedibilidade, isto é, se existe justa causa ou o *processus justus*, condição *sine qua non* da persecução penal. Seria redundância arrolar o rito e as fases processuais atinentes ao delito culposo.

Observa Jimenez de Asúa, com bastante propriedade, que muitas das condições objetivas e extrínsecas de punibilidade, que *“non son propiamente tales, sino elementos valorativos y, más comúnmente modalidades del tipo. En caso ausencia funcionará como formas atípicas que destruyen la tipicidade”*.

Exemplo: Quando o agente, em acidente de trânsito, é denunciado por dolo eventual, triste norma localizável no art. 18, I, do *Codex Punitivo*, num exercício nítido do direito penal autoritário, embora todas as condições reunidas no sumário apontem para o delito culposo, dentro da velha e surrada parêmia do *in dubio pro societate*, quase sempre porque o indiciado dirige embriagado e em velocidade incompatível. Embora em fatos de conseqüências gravíssimas, ainda, assim, a melhor orientação pretoriana vem-se pautando no sentido da existência da culpa. A divergência entre a culpa, aqui consciente, e o dolo eventual é antiga, existindo entre ambos os institutos apenas um traço comum, que é a previsão do resultado antijurídico. Enquanto neste o acusado presta anuência ao adverso desse resultado, preferindo arriscar-se a produzi-lo em vez de renunciar à ação, na culpa consciente, ao contrário, o agente repele, embora inconsideradamente, a hipótese de superveniência do resultado e empreende a ação na esperança ou presunção de que este não ocorrerá (RT 589/317).

De feito, nem o art. 302 do Código Brasileiro de Trânsito, lei que veio em boa hora, com o desiderato de minimizar a carnificina existente na afluência automobilística, até agora sem sucesso, não obstante a expectativa que se criou, transformada em norma milagreira e símbolo de uma identidade particular que o país, meio por vergonha da verdade e meio por ufanismo desinformado, foi capaz de superar este antigo confronto, embora estipule com rutilante clareza que “praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor: penas – detenção de dois a quatro anos, e suspensão

ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor”, *inter alia*.

Mais ainda: há crime culposo quando se verifica o erro de fato. O acusado supõe que a pistola está descarregada, põe-se a manejá-la, terminando por atingir outra pessoa, que vem a óbito. A culpa é, na hipótese, irrecusável, porquanto o agente tem o dever e a capacidade de cuidado, mas atua de modo censurável ao provocar uma situação previsível, vivificando o comportamento social desvalioso, pois a arma de fogo é sempre um instrumento perigoso, com a qual não se brinca sem macular a prudência ordinária.

Supondo que a arma estivesse vazia, atuou ele em situação de erro de fato, que exclui sempre o dolo. O erro pode, no entanto, derivar de culpa, caso em que não haverá crime culposo, como indica o art. 24 do Código Penal. É o erro de fato inescusável. É óbvio que o erro, quando justificável, exclui o dolo e a culpa. Nada há de estranho, porém, na punição a título de culpa, se o desvio é criticável, resultando da transgressão de um dever de atenção. O erro de fato não justifica o homicídio intencional na legítima defesa putativa, que é fato antijurídico: nesse caso há apenas exclusão da tipicidade (erro de tipo), ou, como se tem entendido entre nós, da culpabilidade (RTJ 41/778).

Nosso mestre Silva Franco indicou, a propósito, a lição de Wessels, cuja dicção soa: “Existe dolo eventual quando o autor se tenha deixado dissuadir da execução do fato pela possibilidade próxima da ocorrência do resultado e sua conduta justifique a assertiva de que ele, por causa do fim pretendido, se tenha conformado com o risco da realização do tipo, antes até concordando com a ocorrência do evento do que renunciando à prática da ação” (O Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, Ed. RT, I, T. 1º/88).

É possível, via remédio heróico, pedir a desclassificação do tipo posto na exordial acusatória para a culpa, como preconizou o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – HC n. 024/2002.

A justa causa confunde-se com o legítimo interesse de agir do órgão acusatório, quando este se movimenta sem fundamento. O processo pode ser deflagrado sem que exista o direito de punir,

habilitando o *habeas corpus*, cânone constitucional, rápido e eficaz, como método de coartar o abuso, o constrangimento. Desarte, as questões sobre a *legitimatío ad causam* (ativa e passiva) apresentam-se como condições de procedibilidade. O mesmo se diga da inexistência de coisa julgada ou de litispendência (José Frederico Marques, “Elementos de Direito Processual Penal”, vol. 2, p. 302).

Geralmente, as ações culposas ocorrem nos acidentes de trânsito e em questões que envolvem erros técnicos na execução de obras civis, pontes, prédios, viadutos, sendo preciso estabelecer com certeza a causa do evento a fim de estabelecer a responsabilidade.

A condenação exige certeza, objetiva e geral, ou seja, confiança demonstrável, *sub specie universalis*, baseada em seguros elementos de convicção. Não basta a íntima convicção subjetiva do julgador, que será mera crença. A certeza é a convicção baseada em provas de que o juízo corresponde à realidade. O juízo de probabilidade, e mesmo de alta probabilidade, é juízo de dúvida. Dúvida e ausência de prova são sinônimos na justiça criminal. Como ensinava Eberhardt Schmidt (*Deutsches Strfprozess*, 1967, 48), “constitui princípio fundamental do processo penal o de que o acusado somente deve ser condenado, quando o juízo, na forma legal, tenha estabelecido os fatos que fundamentam sua autoria e culpabilidade com completa certeza (*mit voller Gewissheit*). Se subsistir ainda apenas a menor dúvida, deve o acusado ser absolvido (*Bleiben auch nur die geringste Zweifel, so muss der Beschuldigte freigesprochen werden*).

A exatidão deve recair sobre a autoria e sobre a culpabilidade. A prova de culpabilidade também pertence por completo à acusação (*Rocco, L’oggetto del reato*, 1932, 367). É indispensável, portanto, que a acusação indique, de forma indubitável, a prova de que o acusado violou o dever de cuidado que lhe incumbia e de que o fez de forma reprovável.

Quanto mais se desenvolvem e se intensificam as atividades humanas e mais densas se tornam as populações, maior é o número de interesses que se chocam e se contradizem. Este conflito incondicional é a essência da própria vida e a razão dos pre-



ceitos da conduta humana, cuja missão principal é limitar, conciliar e combinar atividades.

Se fosse possível traçar normas jurídicas perfeitas, que delimitassem, dentro de contornos inconfundíveis, as prerrogativas conferidas aos indivíduos, se a inteligência e a sabedoria humana pudessem enfeixar nos preceitos legais as diretrizes a seguir no exercício dos direitos, a solução dos conflitos jurídicos seria, sem dúvida, tarefa menos árdua, e não caberia à doutrina e à jurisprudência o papel tão preeminente que ora desempenham, na feliz anotação de Alvino Lima, *in* Culpa e Risco, RT — 1963, p. 219.

A lesão ao direito de outrem, por ser inevitável, nem sempre conduz à responsabilidade.

Resta ainda assinalar que o dolo, na ótica brasileira, vem restrita a dois aspectos localizáveis no art. 18 do nosso Estatuto Repressivo, o qual adotou a teoria do consentimento, contrária à alemã, baseada na tripartição do dolo, que incluiu o dolo eventual, ou o dolo direto de segundo grau, dirigido àqueles efeitos colaterais que o agente sabe necessariamente ligados à obtenção de sua finalidade última. Como dizia HUNGRIA, *primus inter pares* no círculo dos penalistas brasileiros:

“Vê-se que o nosso legislador de 40, ao fixar a noção do dolo, não se ateu à chamada teoria da representação (para a existência de dolo, basta a representação subjetiva ou previsão do resultado como certo e provável), que, aliás, na sua pureza, está inteiramente desacreditada; e, com todo acerto, preferiu a teoria da vontade (dolo é a vontade dirigida ao resultado), completada pela teoria do consentimento (é também dolo a vontade que, embora não dirigida diretamente ao resultado previsto como provável, consente ao advento deste ou, o que vem a ser o mesmo, assume o risco de produzi-lo). Dolo é ao mesmo tempo representação e vontade” (Comentários ao Código Penal, vol. I, Tomo 2, Editora Revista Forense, 1995, p. 111).

A prática dolosa exige sempre a vontade, o querer, no sentido de desejar. Mas o que significa querer? Há duas conclusões inafastáveis: primeiro, querer o resultado reprovável; segundo, querer no sentido de não poder isentar-se da prática condenável ou antijurídica. Alguns tribunais e juristas defendem a existência

do dolo eventual, por exemplo, em acidentes de trânsito, mesmo admitindo que o motorista não queria o resultado, mas assumiu o risco para tal, isto é, não se preparou ou se decidiu a favor das conseqüências do ato, oriundas de um infortúnio, circunstância que, a meu modesto sentir, sempre representa a culpa.

A teoria que exige o dolo reclama a idéia da vontade, e esta padece de uma compreensão ambígua da palavra “querer”, fato que exorta as Cortes a examinarem cuidadosamente se o autor, no momento do lance, aceitou, assumiu ou anuiu com o resultado danoso.

Ultrapassados, entretanto, os limites objetivos da norma de direito, por dolo ou por culpa, incide o agente na responsabilidade decorrente de seu ato ou de sua abstenção, em especial num país como o nosso onde a violência pela violência virou banalidade, e verdadeiros atos de barbárie ocorrem todos os dias nas mais diversas regiões do solo pátrio.

De outro lado, é enorme e complexa a diferença entre o delito culposo – culpa consciente e o dolo eventual, porquanto sempre ocorre a previsão do resultado. Tal *vexata quaestio*, contudo, está previamente dirimida pelo legislador ao definir no art. 18, inciso I, do CP que no dolo eventual o agente “não quer o resultado”, porém “assume o risco de produzir o resultado”. Concluir-se-ia em seguida: dispensável, portanto, qualquer ulterior consideração, seja de ordem doutrinária, seja de natureza jurisprudencial. Manifesto equívoco. A expressão “assumir o risco”, por sua manifesta imprecisão, contribui muito pouco para o deslinde do que se poderia classificar como um dos *Strafrechtlich Grundgenprobleme* (problemas fundamentais do direito penal), pois não se sabe ao certo, é o óbvio ululante, quando alguém “assume o risco de produzir determinado resultado”. Remarcando tal dificuldade, diz Fábio Roberto D’ávila, Doutor pela Universidade de Coimbra:

“No entanto, o Código Penal de 1984, ao tratar sobre o tema em seu art. 18, inciso I, previu não apenas o dolo em sua forma direta, mas também o denominado dolo eventual (*dolus eventualis*) que, quer por sua natureza, quer pela ambigüidade da forma como foi previsto, gera graves equívocos em sua distinção da

culpa consciente” (Crime Culposo e Imputação Objetiva, RT, São Paulo, 2001, p. 107).

De forma idêntica, assevera Luís Greco, discípulo de Claus Roxin (ao traduzir a obra de Ingeborg Puppe, a notável Livre-docente da famosa Universidade de Heidelberg, A Distinção entre Dolo e Culpa, Editora Manole, São Paulo, 2004, p. XVII):

“O fato é que, ao contrário do que a doutrina brasileira ainda costuma pensar, a lei não resolveu nada. Isso porque as palavras que a lei usa — assumir o risco de produção do resultado são ambíguas”.

Posto isso, insignes doutrinadores, como Claus Roxin, propugnam pela análise das atitudes que caracterizariam os elementos emocional (volitivo) e intelectual (representação) do dolo eventual e de culpa consciente. Entende, assim, o vetusto mestre tedesco que o subsídio do dolo eventual caracteriza-se por um resignar-se ou conformar-se com a conclusão, enquanto o elemento volitivo da culpa consciente apresenta como traço fundamental o agir levianamente, acreditando que o resultado não irá ocorrer. Quanto ao básico do dolo eventual, pode-se dizer que a sua essência reside em levar a sério a produção do resultado, enquanto que o elemento intelectual da culpa consciente revela uma atitude de não levar a sério a sua ocorrência.

Leve-se em conta, ainda, que a sistemática do art. 18 do citado diploma, relativa à divisão entre culpa e dolo, não permite qualquer tipo de dúvida, até porque o dolo eventual, antes de ser eventual, é dolo, ou seja, além da impossibilidade de ser presumido (por afronta ao estado de inocência), é necessário o conhecimento e a vontade por parte do indivíduo, cujo resultado nunca lhe é apazível, confortável ou indiferente, tampouco desejável, menos ainda que tivesse ele seriamente refletido e estivesse consciente sobre a possibilidade da realização do tipo. Daí poder concluir-se que a culpa não reside, grosso modo, num erro de conduta imputável moralmente ao agente, mas no exercício de uma obra causadora de um dano socialmente reprovável.

Isso significa a explicação da 2ª Fórmula de Frank: soubesse de antemão que ocorreria uma morte ou lesão grave o agente atuaria? A resposta clara é não.

As singelas anotações marcam minha convicção de que a culpa, mais do que presente na maioria dos casos relacionados, é não só incompatível com o dolo eventual, como traduz apenas o envolvimento em ato crítico e danoso a que desgraçadamente alguém se entrelaça, sem almejar o resultado, ainda que, como dito, de trágicas conseqüências. Quem não quer não pode ser punido severamente por não querer, exceto “quando ocorrente” a discutível, contestada e conservadora regra do risco assumido.

Tudo isso desvela uma engenharia mental das mais difíceis, mormente em uma democracia em que o Estado deve provar a culpa. Atrevo-me, acrescentar, ainda, para a diferenciação entre esta e a culpa, outro dado de suma relevância, muito pouco explorado ou debatido nos pretórios, e quase nunca usado como legítimo instrumento de defesa do imputado.

É conhecido o velho entendimento que no processo penal, ao contrário do que sucede no processo civil, não se julgam relações jurídicas: julgam-se os homens e suas ações. Daí o grande relevo que possuem os antecedentes do acusado no processo penal.

Passados mais de sessenta anos, a *Constitutio Criminalis Carolina* (p. 25, 26, 31 e 37) já determinava ao juiz que procurasse informar-se “a fim de saber se o acusado pode ser julgado capaz de ter cometido o delito” (Mittermayer, Tratado das Provas em Matéria Criminal, tradução A. Soares, Rio, 1909, p. 376). E os mestres da prova, ao constituírem seus sistemas, invariavelmente incluem o exame dos antecedentes ou como indício ou presunção. A integridade do acusado era considerada por Mittermayer “a mais forte presunção”:

“Porém a mais forte presunção é deduzida dos antecedentes e da moralidade do acusado. Com o seu auxílio a tarefa do Juiz é simplesmente facilitada” (Obra citada, p. 375).

O mestre de Heidelberg desenvolvia, nesse passo, conhecida colocação de Benthan (*Teoria delle Prove Giudiziarie*, tradução Z. Barnardi, Bruxelles, ano de 1842), cujo ponto culminante se atingiu com o sistema de Malatesta e Gorphe, para quem os antecedentes do acusado podem funcionar como “indício de incapacidade moral para o delito”.

Dessarte, não bastam simples avaliações na aceitação da denúncia. É preciso também que o juiz avalie sobre esse aspecto. Ora, em ambas as hipóteses acontece o resultado, um assumindo o risco e outro não o desejando. É evidente que demonstrada a capacidade moral para evitar o delito não há fugir da culpa.

Só com o avanço do direito penal é que apareceu a culpa, já que antigamente a punição vinha da efetivação do ato delituoso com a produção de um resultado de dano ou perigo.

Desconsidero o pensamento de que a culpa é mero pressuposto de aplicação da pena, apartada dos requisitos da infração. Filio-me, sem hesitação, à corrente de Heleno Claudio Frago, João Mestieri e Juarez Tavares, dentre tantos outros, porque o direito penal não admite a exclusão da culpabilidade do conceito de crime, bem como o sistema penal e processual brasileiro, pois geraria a ignávia da possibilidade de crime sem censura, na feliz anotação do magistrado paulista Luis Augusto Freire Teotônio – ob. citada, p. 119.

A matéria, como me referi no início, é árida, palpitante e permite várias conclusões, e não se cogita de impor um pensamento único e irretocável acerca da culpabilidade. É imperioso respeitar o contrário em nome da democracia.

O delito culposos está inscrito na legislação pátria e vem sendo aplicado de forma elogiável em nossos tribunais, dentro dos diversos graus de complexidade apresentados caso a caso. Ocorrem erros nos julgados, sim, alguns sérios. Contudo, impossível desconhecer e emprestar a regra dos delitos culposos outra que não aquela vinculada à imperícia, negligência ou imprudência, sem a preocupação maior da terceira opção, o dolo eventual, que fere inclusive – na esmagadora maioria dos casos – o art. 5º, XXXVIII, letra a, da Carta Republicana, a ser atendido apenas em condições especialíssimas e indúvidas na assunção do resultado, cláusula que não se apega à modernidade, à boa política criminal e acima de tudo à alvitrada aplicação da justiça.