

MIGUEL REALE JÚNIOR
Professor Titular da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo.

**INSTITUIÇÕES
DE DIREITO PENAL**

PARTE GERAL
Vol. I



**EDITORA
FORENSE**

Rio de Janeiro
2002

CAPÍTULO VII

COMPORTAMENTO COMISSIVO E OMISSIVO CULPOSO

7.1. A ação culposa

Na sociedade contemporânea, parafraseando AXEL MOUNT, poderia dizer que o homem é uma ilha cercada de riscos por todos os lados: sob nossas cabeças os fios de eletricidade, sob nossos pés a rede de gás, à nossa frente o tráfego intenso de veículos, desde as ambulâncias e carros de polícia a alta velocidade, as sempre presentes motos insinuantes, os caminhões de carga pesada ou inflamável, os postos de gasolina, os produtos tóxicos das indústrias, sem esquecer a casa, onde há aparelhos elétricos e o fogão a serem desligados, o botijão de gás. O homem forçosamente aprende a conviver com o risco e a tolerá-lo.

Salienta JUDITH MARTINS COSTA¹ que a sociedade contemporânea é tanto uma sociedade de risco como programada. Na *sociedade de risco*,² que a seu ver é, concomitantemente, uma “sociedade programada”³, se impõe a “consciência do risco” como forma de vida, como dado verdadeiramente antropológico,⁴ de tal forma que na relação entre natureza e socie-

1 MARTINS COSTA, J. *Comentários ao Código Civil*, arts. 294 a 304, a ser publicado pela Forense.

2 A expressão é de BECK, U. *La Sociedad del Riesgo – hacia una nueva modernidad*, trad. Navarro, Gimenes e Bordás, Barcelona, Paidós, 1998.

3 DE MASI, D. *A Sociedade Pós-Industrial*, 2ª ed., trad. Capovilla, Henriques, No-

gueira, Cupertino e Ambrósio, São Paulo, Senac, 1999, p. 72.

4 BECK, U. *La Sociedad del Riesgo*, cit., p. 81.

dade, como diz BECK, "a natureza já não pode ser pensada sem a sociedade, e a sociedade não pode ser pensada sem a natureza", pois alcançamos o final da contraposição entre ambas.⁵

Nesta sociedade em que o risco passa a ser um ingrediente necessário do cotidiano, é evidente que assoma importância o comportamento culposos, que se chega a propor seja substituído por uma antecipação de tutela penal, dando-se relevância, especialmente na circulação de veículos, à criação de situações perigosas, independentemente de qualquer resultado danoso a alguém, transformando o dano em circunstância qualificadora ou condição objetiva de punibilidade.

O Código Criminal do Império, regulando uma sociedade rural, de poucas e desabitadas cidades, sequer previra o crime culposos, introduzido por lei de 1871, e que hoje se transforma no fato mais relevante a ser estudado, de forma a combinar a imprescindibilidade dos perigos a serem tolerados com a proteção da pessoa humana, em defesa de sua integridade física e do meio ambiente que a cerca.

O comportamento culposos tem como seu núcleo, assente na Doutrina e na Jurisprudência, a omissão de necessária diligência, no desrespeito ao dever de cuidado objetivo. A evolução do conceito de culpa, *stricto sensu*, é claramente exposta por FRAGOSO, com a passagem do relevo dado anteriormente ao desvalor do resultado para a importância ao desvalor da ação. Com a ênfase quanto ao desvalor do resultado da culpa, destaca-se a importância pela qual a ele se une o agente, ou seja, um dado psicológico: a previsibilidade. A partir de meados do século passado, acentua-se o desvalor da ação, caracterizada pela ausência do devido cuidado, a falta da diligência necessária à vida de relação.⁶

Porém, a apreciação do desrespeito do cuidado devido tem de ter em conta as circunstâncias da situação em que ocorre a ação, pois esta cognoscibilidade é questão prévia, que permite relevo à inobservância da diligência necessária.

Este dado de caráter intelectual a compor a conduta culposa, é corretamente ressaltado por SAUER, para o qual a culpa é o desconhecimento do injusto no dever de conhecer.⁷ Assim sendo, há um dever de conhecer

5

BECK, U. *La Sociedad del Riesgo*, cit., p. 89.

FRAGOSO, H.C., op. cit., p. 228 e seguinte.

SAUER, W. *Derecho Penal*, trad. Juan del Rosal e Jose Cerezo, Barcelona, Bosch, 1956, p. 272.

Instituições

ou de co

mento.

Na

imediat

to culpos

a condut

ação dev

as condiç

Dai

da culpa,

não ao ev

Esta

prognose

nada por

conhecim

prever, m

causal ger

Rece

fenômeno

bilita", enc

seja, certif

que ocorre

sal produt

Há de

evitar o eve

Dest

de de recon

condição m

8

ALIMEN
seg.

9

CEREZO
ocorrer ap

cognoscib

em que se

GALLO,

FORTI, G.

Bosch

Socie-
çãosssário
culpo-
la pe-
los, à
ultado
ora oual, de
uzido
estu-
tole-
idadeitrina
to ao
nsu,
o an-
r da
i for-
visi-
r da
nciar em
nos-
gên-ntre-
ento
cer

sch,

ou de conhecer melhor, cujo desrespeito gera uma reprovação do entendimento.

Na doutrina italiana, FRANCESCO ALIMENA, em monografia do imediato pós-guerra, trazia valioso critério identificador do comportamento culposo consistente "na inexacta interpretação das circunstâncias na qual a conduta de desenrola", sendo que estas "reais condições nas quais se dá a ação devem ser conhecíveis.⁸" Devem, por conseguinte, ser cognoscíveis as condições efetivas nas quais o fato se dá, a fim de que se configure a culpa.

Dai, ALIMENA haver denominado de "conoscibilità" a este caráter da culpa, sendo certo que esta potencialidade de conhecimento refere-se não ao evento, mas sim aos fatores causais dos quais deriva o evento.⁹

Esta cognoscibilidade das circunstâncias é de ser avaliada por uma prognose póstuma, em retorno ao momento em que se deu o fato, e denominada por GALLO como "representabilidade,¹⁰" devendo ter em conta os conhecimentos que o agente detém, pois a culpa não é prever o que se devia prever, mas praticar a ação apesar de cognoscível na situação o processo causal gerador do evento.

Recentemente, retoma-se esta terminologia de valor explicativo do fenômeno da culpa, em importante monografia, ao se exigir a "reconoscibilità", enquanto possibilidade de reconhecer a verificação de um fato, ou seja, certificar-se de que nas circunstâncias dada a normal experiência, o que ocorre em determinado número de casos, pode suceder o processo causal produtor do evento.¹¹

Há de se unir, então, em relação necessária, o dever de cuidado para evitar o evento com a possibilidade de reconhecer a verificação deste evento.

Destarte, apenas há o dever de evitar o evento se houver a possibilidade de reconhecer a ocorrência do evento, possibilidade que se põe como condição mesma do dever de evitar, a ponto de GABRIO FORTI indagar

8 ALIMENA, F. *La colpa nella teoria generale del reato*, Vicenza, Priulla, 1947, p. 32 e seg.

9 CEREZO MIR, J., op. cit., 385, considera que o exame do devido cuidado apenas pode ocorrer após constatar-se que a produção do resultado é objetivamente previsível. A cognoscibilidade a que refiro, no entanto, não diz respeito ao evento, mas à situação em que se desenrola a ação como potencialmente causadora do evento.

10 GALLO, M. "Colpa penale" in *Enciclopedia del Diritto*, v. VII, p. 638.

11 FORTI, G. *Colpa e evento nel Diritto Penale*. Milão, Giuffrè, 1990, p. 201 e segs.

se cabe pensar-se em violação do dever de evitar o evento se não se possuía a representação de sua possível verificação.¹²

É certo que essa possibilidade de "riconoscibilità" não depende das condições personalíssimas do agente, havendo um dever objetivo de reconhecer o perigo, porém este dever de reconhecer o perigo, que uma vez reconhecido obrigaria à tomada da devida cautela, para se evitar o evento não paira acima da realidade.

Por isso, GABRIO FORTI conclui que o "dever de reconhecer" não pode ir além daquilo que em geral seja possível reconhecer, ou seja, um juízo probabilístico.

JUAREZ TAVARES, que também remete ao dever de reconhecer o perigo ao bem jurídico como dado integrante dos delitos negligentes, entende, com razão, não ser cabível, por exagerada, a exigência deste reconhecimento quando ultrapassar "a medida do que pertence à experiência geral da vida diária".¹³

Dessa forma, o reconhecimento da situação como potencialmente causadora do evento deve se dar com base na experiência da vida diária e do curso habitual das coisas, verificando-se o que ordinariamente acontece, "o que é consequência costumeira do tráfego usual da vida".¹⁴

A violação da obrigação de cuidado para evitar o evento, contudo, é de ser examinada no caso concreto, seja na conduta como na omissiva, em face das circunstâncias como ressalta JUAREZ TAVARES, se esta conduta efetivamente realizada foi ou não cuidadosa, diante do dever de impedir a lesão ao bem jurídico.¹⁵

Já ANÍBAL BRUNO conceituara a negligência como a falta de observância de deveres exigidos pelas circunstâncias,¹⁶ sendo neste passo ainda mais preciso EDUARDO CORREIA, para o qual a ausência de dil-

¹² Idem, p. 202.

¹³ TAVARES, J. *Direito Penal da Negligência*, São Paulo, RT, 1985, p. 139.

¹⁴ FREDERICO MARQUES, J. *Curso de Direito Penal*, v. 2, cit., p. 212. A cognoscibilidade é por alguns autores medida segundo o critério do homem médio, o homem inteligente, no dizer de CERREZO MIR (op. cit., p. 382), ou o homem razoável e prudente como quer FRAGOSO (op. cit., p. 230), sendo preferível não se fazer referência a esta categoria tão incerta, e sim àquilo que ordinariamente acontece, segundo a experiência normal, sem, no entanto, ceder, de outro lado, à exigência de uma cognoscibilidade subjetiva, como pretende JAKOBS (op. cit., p. 137).

¹⁵ TAVARES, J., op. cit., p. 137.

¹⁶ BRUNO, A. *Direito Penal*, tomo II, cit., p. 88.

gência deve se evitar o evento suas circunstâncias.

A remissão a possibilidade que sucede morte.

Assim, a importância do dever de cuidado quanto à possibilidade do processo cautela em face do que

Mas, qual evitar o resultado

Primeiramente de que não de cuidado e a cumprimento do possibilitado evi

ação perigosa que Uma ação pode com segurança tomado incapaz de cuidado. Impacidez de evita

Dessa maneira estabelecer segurança concreta e com o cuidado particulares do a para não se colocar paz de evitar o re

¹⁷ CORREIA, E.,
¹⁸ CAVALEIRO I,
¹⁹ KINDHAUSEF
²⁰ KINDHAUSEF
²¹ FRAGOSO, H. (as características)

o se não se
depende das
ativo de reco-
uma vez re-
evento não

hecer" não
seja, um ju-
onhemen-
egligentes,
deste reco-
xperiência

ncialmente
da diária e
ite aconte-
4, ...
contudo, é
uissiva, em
ta conduta
impedir a

ulta de ob-
este passo
ria de dili-

ognoscibili-
mem inteli-
l e prudente
ência a esta
experiência
xscibilidade

gência deve ser examinada segundo as circunstâncias concretas para evitar o evento,¹⁷ ou seja, na apreciação do caso concreto tendo em vista as suas circunstâncias.¹⁸

A remissão, portanto, ao fato concreto é obrigatória, seja ao se avaliar a possibilidade de reconhecimento da verificação do evento, em vista do que sucede normalmente segundo a experiência, seja ao se constatar a violação da necessária diligência, a ser realizada "diante das circunstâncias".

Assim, a referência às circunstâncias fáticas, na análise da omissão do dever de cuidado objetivo, une-se à concretude requerida, igualmente, quanto à possibilidade de conhecimento de produção do resultado, ou seja, do processo causal que viria a ocasionar o perigo e lesão ao bem jurídico, em face do que em geral sucede.

Mas, qual o dever de cuidado exigível nas circunstâncias dadas para evitar o resultado?

Primeiramente, tem procedência a análise de KINDHAUSER no sentido de que não há uma relação de causalidade entre o desrespeito ao dever de cuidado e a produção do evento, pois o que se deve constatar é que o cumprimento do dever de diligência não teria evitado o evento, mas teria possibilitado evitar o evento, constituindo a culpa em se ter criado uma situação perigosa que dificulta a se evite o resultado.¹⁹

Uma ação é perigosa quando conduz a uma situação na qual não se pode com segurança evitar o resultado, sendo o agente responsável por se ter tomado incapaz de impedir o resultado, em razão do desrespeito a uma norma de cuidado. E o que se deve examinar, segundo KINDHAUSER, é a capacidade de evitar do agente concreto se tivesse tomado o cuidado devido.²⁰

Dessa maneira o devido cuidado a ser requerido, a meu ver, deve se estabelecer segundo um critério objetivo e outro particular em face da situação concreta e das condições do agente. Há regras de trânsito que expressam o cuidado a ser seguido, mas as circunstâncias concretas e as particulares do agente devem ser consideradas, tendo em vista o exigível para não se colocar concretamente em situação que dificulte ou torne incapaz de evitar o resultado.²¹ Dessa forma, no tráfego de veículos, de acordo

17 CORREIA, E., op. cit., p. 425.

18 CAVALEIRO DE FERREIRA, M., op. cit., p. 304.

19 KINDHAUSER, U., op. cit., p. 111.

20 KINDHAUSER, U., idem, p. 120.

21 FRAGOSO, H.C., op. cit., p. 232, fala que o cuidado exigível deve ter em conta não só as características gerais de uma pessoa prudente mas também as específicas do agente.

com as condições do local e as particularidades do motorista o cuidado geral exigido pode não ser o cuidado necessário nas circunstâncias concretas, por ser um condutor inexperiente em estrada sinuosa, por exemplo.

O Código Penal diz ser o crime culposo, art. 18, quando o resultado tiver sido causado por imprudência, negligência ou imperícia. Na verdade as três formas poderiam ser englobadas pela negligência, como ausência de cumprimento de norma de cuidado, mas pode-se especificar que a imprudência acentua a falta de cautela na prática da ação, a negligência significa não realizar o que a normal diligência exige, e a imperícia, a realização da ação sem a habilidade que a mesma requer para não se causar dano.

7.1.1. Coeficiente psíquico e resultado

Se é claro que não há uma relação psicológica entre o agente e o resultado, este nexos, todavia, não deixa de existir entre o agente e a ação realizada da qual deriva o resultado, como bem observa GALLO, que avalia ser esta constatação de que a culpa tem por substrato um coeficiente psíquico "um ensinamento oficial."²²

Na verdade, o agente em geral pratica uma ação lícita de forma ilícita, e admite fazê-la de modo indevido, com desprezo ao cuidado devido nas circunstâncias da situação e pessoais. O motorista que sente sono e prefere continuar viagem, em vez de parar no acostamento deu mais valor à continuidade do percurso do que ao cuidado devido que a situação impunha.

Há, portanto, no comportamento comissivo culposo um coeficiente psíquico e uma posição valorativa, de menosprezo à diligência necessária, conforme o conhecimento que possuía do processo causal possível de se desencadear, colocando-se o agente em situação de incapacidade para evitar o resultado.

O resultado, malgrado a importância que se dá à ação, é essencial, não apenas como pretende WELZEL, por ser um critério seletivo das ações penalmente relevantes, pois o resultado é um dado naturalista a ser reconhecido como um indício do descuido praticado. Além do mais, tem, como diz LUIZ LUISI, uma função constitutiva, em razão da qual a ação sem o devido cuidado passa a ter alçada penal por ferir, de forma mais grave que a mera ação descuidada, o interesse da sociedade.

22 GALLO. *Colpa penale*, cit., p. 635.

Desse modo :
ao atravessarem o
a ação dos dois mo
de cuidado, mas cr.
çou a vítima. A açã
vância da diligênci
qual resultou a mo

7.1.2. Risco perm

Certas ações
dano, mas é admiti
dade para o tráfego
adequado.

Sucedem b.
que se põe o intere
não se produzir o r
da ambulância é sig
tes sejam desrespei
à velocidade que si
Haveria, tam
no decorrer do tem
culação de veículos
ro de mortes nas e
dirigir-se às estrada
do as duzentas mor
tico nessa época na

Não se faz, co
praia contra duzent
diante da possibilid

Os membros d
peito à devida dilig
ção de sua observã
demais também agii

23 JAKOBS, G., op. c
24 JAKOBS, G., idem.

Desse modo se dois carros em alta velocidade correm paralelamente ao atravessarem o sinal vermelho um deles vem a atropelar um transeunte, a ação dos dois motoristas é em essência iguais, como desrespeito ao dever de cuidado, mas crime só ocorre com relação ao motorista cujo carro alcançou a vítima. A ação de ambos foi realizada conscientemente com inobservância da diligência devida, mas a sociedade é mais ofendida pela ação da qual resultou a morte de uma pessoa.

7.1.2. Risco permitido e princípio da confiança

Certas ações trazem insito ao seu desenrolar a potencialidade de dano, mas é admitida a sua realização pela sociedade, reconhecida sua validade para o tráfego social, se constituindo um risco permitido, socialmente adequado.

Sucedo um balanceamento de bens, como bem indica JAKOBS, em que se põe o interesse atendido pela ação arriscada acima do interesse de não se produzir o risco próprio daquela ação, que é tolerada.²³ O exemplo da ambulância é significativo, permitindo-se que no atendimento aos doentes sejam desrespeitadas as normas de trânsito,²⁴ malgrado o risco inerente à velocidade que se imprime e à ultrapassagem pela direita.

Haveria, também, uma legitimação histórica, um consenso produzido no decorrer do tempo, em função do qual se admite o fluir dos carros, a circulação de veículos, malgrado estatísticas indiquem, por exemplo, o número de mortes nas estradas nos feriados do carnaval. A sociedade prefere dirigir-se às estradas do litoral, do que proibir o trânsito de veículos, evitando as duzentas mortes que normalmente ocorrem por acidente automobilístico nessa época nas vias em direção à praia.

Não se faz, contudo, uma análise de custo-benefício, liberdade de ir e vir praia contra duzentas mortes. Nem se poderia proibir a liberdade de ir e vir diante da possibilidade de acidentes automobilísticos.

Os membros da sociedade pretendem transitar nas estradas com o respeito à devida diligência e contam que não lhes ocorrerá nada, seja em relação de sua observância do cuidado necessário, seja por confiar que os demais também agirão com cuidado. Desse modo, em especial com relação

23 JAKOBS, G., op. cit., p. 244.

24 JAKOBS, G., idem, p. 246.

idade em as concre-emplo. resultado a verdade isência de a impru- i significa ização da no.

e o resul- o realiza- ivalia ser psíquico a ilícita, vido nas e prefere r à conti- unha. eficiente cessária, rel de se para evi- cial, não ções pe- onheci- omo diz i o devi- re que a

à circulação de veículos²⁵, prevalece o princípio da confiança, sem o qual seria impossível trafegar, pois cada qual cuida do seu cuidado e conta que o outro também o faça. Assim, se não houvesse esta confiança ninguém sairia de carro. Não é necessário cuidar do cuidado alheio, o que não deixa de ser preciso na madrugada ou no final dos dias festivos, por exemplo.

JAKOBS dá o exemplo do ciclista que conta que os carros não irão andar próximos demais a ponto de não poder acontecer uma pequena oscilação própria do rodar da bicicleta, e o motorista do carro conta que o ciclista oscila, mas o normal do andar da bicicleta é não acentuadamente à esquerda. O certo, todavia, é que só pode alegar o princípio da confiança aquele que agiu com respeito à diligência devida,²⁶ pois só é legítimo para contar com o cuidado alheio quem cuida do próprio cuidado.

7.1.3. Imputação objetiva

Segundo a teoria da imputação objetiva o fato só será atribuído ao agente se constitui uma elevação do risco permitido, um risco, portanto, desaprovado diante de uma sociedade caracterizada por inúmeros riscos permitidos.

Argumenta-se que a ação que não atende ao devido cuidado já supõe um aumento do risco,²⁷ indo portanto além do risco permitido, sendo assim o risco desaprovado uma inobservância da diligência necessária.²⁸

Entendo, todavia, que com relação a riscos especiais e a riscos de pequena monta, corriqueiramente sucedidos, a idéia de um critério do risco desaprovado em face do permitido, pode ser um dado auxiliar à tarefa de preenchimento da cláusula aberta do comportamento culposo como infração a um dever de cuidado.

O segundo requisito da teoria da imputação objetiva diz respeito a que o resultado seja aquele pretendido pela norma penal como objeto de tutela. Desse modo, o objeto de tutela do homicídio culposo reside em proibir que se coloque o agente em uma situação decorrente da inobservância do devido cuidado de forma a dificultar ou impedir o resultado.

25 Há, como lembra JAKOBS, a prevalência do princípio da confiança, também, no trabalho em equipe, por exemplo, o cirurgião confia no anestesista e na instrumentadora.

26 CEREZO MIR, J., op. cit., p. 388.

27 CEREZO MIR, J., op. cit., p. 398.

28 FRISCH, W., op. cit., p. 44, que responde a esta objeção entendendo ser válida a criação da criação de um perigo especial desaprovado para se realizar a imputação.

O exemplo que se dá do culpado que se esquece de deixar o resultado deste ato. Neste caso, ao entender-se que a exigência não foi o resultado do cumprimento do dever de cuidado que se deixa de observar das rodadas pessoais que atos suicida

7.2. Crime

Também se dá por o agente ao deixar de observar o dever de cuidado

Como haver a cogitação no caso de hipótese de resultado.

Há, portanto, deixar de observar o dever de cuidado,

- 29 FRISCH,
30 GIMBERG,
1966, p. 1
31 FIANDRA

O exemplo de CEREZO MIR ilustra a pertinência deste critério, sendo o qual não há adequação do objeto da norma incriminadora do homicídio culposo na hipótese de um carro que transitando com descuido pela esquerda vem a matar um suicida que se joga sob as rodas do carro. Apesar da falta de cuidado, o fato não pode ser objetivamente imputado, por não ser o resultado a consequência específica da ação descuidada.²⁹

Neste sentido, também, a contribuição de GIMBERNAT ORDEIG, ao entender que deve ser examinado se o resultado é o que se quer evitar com a exigência do dever de diligência, devendo haver absolvição quando não foi o resultado ocorrido aquele que se pretendia não ocorrerse por via do cumprimento do dever,³⁰ no exemplo do guarda de cruzamento de trem que deixa negligentemente de baixar a cancela e um suicida atira-se debaixo das rodas. A norma de diligência, baixar as cancelas, visa impedir que pessoas que queiram viver não sejam atropeladas pelo trem e não impedir atos suicidas.

7.2. Crime omissivo culposo

Também na hipótese de omitir-se o dever positivo pode ocorrer que tal se dê por culpa, por ausência do devido cuidado, como por exemplo, se o agente ao fazer funcionar determinado aparelho, um cortador de grama, deixa de ler atentamente as instruções e por não seguir as instruções como devia faz com que uma fâmina se desprenda vindo a ferir alguém.

Como ensinam FIANDACA e MUSCO,³¹ deve na omissão culposa haver a cognoscibilidade da situação, o conhecimento do dever positivo, no caso ler o manual, o poder fazê-lo, e o desprezo ao dever de cuidado, na hipótese bem montar corretamente a máquina cortadeira, produzindo o resultado.

Há, portanto, na forma omissiva um substrato de desprezo à observância do cuidado, quebrando o dever positivo por negligência.

²⁹ FRISCH, W., op. cit., p. 49.

³⁰ GIMBERNAT ORDEIG, E. *Delitos cualificados por el resultado*, Madrid, Reus, 1966, p. 136.

³¹ FIANDACA, G. e MUSCO, E., op. cit., p. 460.

²⁸ Reale Júnior

sem o qual conta que o ninguém sai não deixa de emplo. ros não irão quena oscita que o cidamente à la confiança gítimo para

atribuído ao portanto, de s riscos per-

ido já supõe sendo assim ia.²⁸

iscos de perio do risco r à tarefa de como infra-

z respeito a objeto de tu- ide em proi- observância O.

ambém, no tra- strumentadora,).

er válida a exi- i imputação.

por el resultado, Madrid, Reus,