

O CRIME CULPOSO NA DOGMÁTICA ATUAL*

JOSÉ HENRIQUE PIERANGELLI

Procurador de Justiça (aposentado). Ex. Professor de Direito Penal na USP.
Ex. Professor de Direito Processual Penal na PUCAMP. Membro do Conselho Consultivo do Instituto Latino-americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente (ILANUD — Sede em São José da Costa Rica). Representante do Brasil junto ao Instituto Interamericano de Direitos Humanos (Sede em São José da Costa Rica). Membro de Número de Conselho Consultivo de *International Center of Economic Penal Studies* (Sede em Miami). Advogado criminalista

Colega presidente, colegas de Ministério Público. Esta é a segunda vez que venho a esta casa. Há uns quatro anos atrás, convidado para participar de um seminário na PUC, fui convidado também a fazer uma palestra para os colegas, trazendo as minhas experiências, algo que havia conseguido com uma vida dedicada ao estudo, ao exame, à conscientização, à preocupação, às vezes revolta, dentro de um Direito Penal cada vez mais científico, mas que muitas vezes perde o seu timão. Às vezes retrocedemos no tempo, e isso sempre se constitui para mim numa grande preocupação.

O crime culposos continua a ser um dos temas mais enojosos do Direito Penal. Sempre ponderei que o Direito Penal tem certos temas que ainda dependem de acabamento, se é que se pode falar que se encerrou em algum ponto. O Direito Penal não se tornou imutável e continua a ter questões enojosas, muito embora viesse, a partir principalmente dos anos 40, a receber a grande contribuição da teoria final da ação. Mas continua com problemas e com vícios.

Historicamente — e isso é importante para concluirmos o nosso pensamento mais tarde — temos que, nos tempos primitivos, entre os povos primitivos, não se poderia cogitar da culpa. Aliás, nem se poderia pensar em dolo e se punia pelo resultado somente. Assim, aparece nos arts. 229 e 230 do Código de Hammurabi. Com referência à culpa (art. 229) dizia que se um mestre-de-obras (alguns estabelecem como engenheiro) construir uma casa e esta vier a ruir, dando causa à morte do morador, o mestre-de-obras seria punido com a morte. No art. 230: se o mestre-de-obras construir uma residência, e esta vier a ruir, matando o morador e seu filho, haveria a morte do construtor e também de seu filho. Isto já era, na verdade, um

* Palestra proferida no 1.º Seminário de Direito Penal e Processual Penal Promovido pela Associação Mineira do Ministério Público, em Belo Horizonte, 26 a 28.10.94.

critério de equiparação no Direito Penal, e era um passo avançado, não obstante seja hoje algo inadmissível, inaceitável. Mas já havia uma equivalência de resultados. No direito romano, nos primeiros tempos, não se falava em culpa. Foi a partir da *Lex Aquilia* que se mencionou algo de culpa, mas se teve em consideração a culpa, esta era impunível.

Num passo mais avançado, mais adiantado — e quem nos relata é Magalhães Noronha, passou-se a cogitar da previsibilidade, que foi, até bem recentemente, o toque mais significativo do crime culposo, principalmente a partir da obra de Francesco Carrara, quando ele dizia estar na previsibilidade a essência da culpa, dado que ainda vem sendo repetido muitas vezes, em venerandos acórdãos proferidos pelo Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, pelo menos. São pessoas que se apegam a critérios, a uma doutrina, sempre valiosa, e que foi sempre passo aceito pelos inesquecíveis Néelson Hungria, Aníbal Bruno, Magalhães Noronha, José Salgado Martins, Frederico Marques e outros, muitos, do penalismo dos anos 40 e 50, entre nós, evidentemente.

Pois bem, como é que vamos, agora, pensar no crime culposo? O que se tem de novo? Eu diria que de novo mesmo, no Brasil, pouco temos. Se fosse falar o que tem de novo à nossa frente, no Brasil, diria: um quadro negro! Um retrocesso!

Mas há na doutrina uma evolução. Tivemos o nosso primeiro grande passo com a obra de Hans Welzel. Como vocês sabem, Hans Welzel criou a Teoria Final da Ação, e esta, no início, não foi compreendida; recebeu críticas sérias de Néelson Hungria. Hungria dizia: “Bem, finalismo? Tudo bem, aceito até o finalismo no crime doloso, mas, e no crime culposo? Onde está a finalidade no crime culposo?” É interessante notar que, mesmo um cérebro privilegiado como o de Hungria; a inteligência fulgurante de Aníbal Bruno; o brilho de José Salgado Martins; do nosso colega, saudoso, Edgard Magalhães Noronha (que, inclusive, escreveu um livro *Do Crime Culposo*, com o qual ganhou o prêmio Jurista Costa e Silva, em nossa associação — Associação Paulista do Ministério Público), mesmo ele; e também Frederico Marques, não se ativeram a um detalhe que vinha sendo repetido — e que eles repetiam nos seus manuais — que era a definição de Giuseppe Maggiore (que vou apenas repetir papagaiadamente). “Culpa é a conduta voluntária, que produz um resultado antijurídico não querido, mas previsível, ou excepcionalmente previsto, que com a devida atenção poderia ter sido evitado”.

É interessante que toda doutrina dos anos 40, 50, e até 60, ateu-se à questão da previsibilidade e a última parte da definição, que diz que “com a devida cautela poderia ter sido evitado”, foi considerada como um elemento integrador da definição, mas sem maior efeito dogmático. E é aí que estava, efetivamente, a sua parte mais importante, o ponto onde a definição de Maggiore ganha maior realce, um enfoque moderno.

Para que analisemos bem o crime culposo, já que Hungria disse que no crime culposo não existe finalidade, temos que pensar, primeiramente, o que se deve entender por ação e omissão.

Prefiro o nome de conduta, porque assim não preciso dizer, ora ação, ora omissão, ora conduta ativa, ora conduta omissiva; posso apenas falar

conduta e, evidentemente, se irá adequar a expressão àquilo que estou expondo: se se trata de uma conduta omissiva, ou de uma conduta positiva.

Toda conduta tem que ser voluntária, porque sem vontade não existe conduta, haverá apenas atos mecânicos, mas não condutas propriamente ditas. Portanto, toda conduta é voluntária, mas toda conduta também é finalista. Não existe conduta que não seja finalista, e nem é possível cindir a finalidade da vontade, separá-las como se fossem dois compartimentos perfeitamente distintos. Estão amalgamadas, unidas por um matrimônio realmente indissolúvel e isso a filosofia nos realça de maneira clara, e também a psicologia nos dá essa resposta, a de que é impossível cindir a vontade da finalidade. Toda vontade é dirigida a um fim, é dirigida para algo.

Não existe, como diz Eugenio Raúl Zaffaroni, “não existe vontade de nada e sim vontade de, e vontade dirigida para”. Essa é uma grande realidade que ninguém pode contestar, e tanto é verdade que nenhuma teoria do crime, seja ela causal, social, ou final — evidentemente que não — nenhuma delas discute esse ponto. É tido como algo conclusivo que toda conduta é dirigida para algo. Estou, neste momento praticando uma conduta finalista, estou proferindo uma palestra para os colegas do MP de Minas Gerais e para dois queridos colegas da PUC, que me honram aqui, Prof. Hermes e Prof. Leonardo, meus queridos amigos, diletos amigos. Estou praticando, portanto, uma conduta finalista. O motorista que me trouxe aqui, colocado muito gentilmente à minha disposição, também pratica condutas finalistas, e a praticou, na medida que me trouxe para cá. Os colegas estão praticando condutas finalistas, procurando entender o que estou falando, quiçá para criticar-me depois, quiçá para ver se aprendem alguma coisa, praticando, pois, condutas finalistas. Alguém está fumando em determinado canto um cigarro “Hollywood King Size — o sucesso”, mas em outros lugares, pessoas estão fumando um “fininho” de maconha: ambos praticando condutas finalistas. Aquele que fuma cigarro “Hollywood” — poderia ser Minister, como poderia ser qualquer outra marca importada, ou qualquer outra marca nacional — também está praticando uma conduta finalista, está saciando o seu vício (isso é biologia) e repondo uma necessidade que o viciado tem de nicotina. Enquanto que aquele que está fumando também, mas maconha, está praticando uma conduta finalista, procurando resolver um problema de seu vício. Portanto, toda conduta é final, e desafio alguém a verificar se existe uma conduta que não seja final. Alguém reluta e nos diz: “ora, e o louco?” Ora, o louco é louco, estou falando de imputáveis. O louco, não sei, talvez, no mundo dele, que ignoramos, exista uma finalidade possível, ainda mais que a doença mental possui estágios.

Quando examinei o meu primeiro livro com a teoria finalista fiquei meio maluco, eu havia pegado um livro, um manual, de um colega nosso, que me presenteou como se fosse uma grande novidade (e, em parte, era). Heleno Cláudio Fragoso, que foi, talvez, o grande nome do finalismo brasileiro, ainda não tinha escrito muita coisa até então. O autor me disse: “Pierangelli, examine este posicionamento novo que tenho e você vai mudar”. Li o livro, e não entendi nada. Primeiro porque o autor falava e repetia — o mesmo foi feito por outros depois — de um tal de “dolo natural”. E eu ficava muito preocupado, porque não conseguia entender o que seria dolo

natural. Não sou nenhuma inteligência atrofiada, acho que sou normal. Tenho virtudes, defeitos, uma inteligência mediana, nesse ponto até concordo que sou um homem médio, dentro do parâmetro. É o único ponto em que acho que o homem médio pode existir; de resto é uma quimera, uma brincadeira, um equívoco. E o autor falava em dolo natural! Depois, constatei que Welzel também foi impreciso nesse ponto.

Mas o que vem a ser dolo natural? Começava a admitir que o dolo natural deve ser incolor... Mas há dolo colorido?... Isso ia me causando uma preocupação cada vez maior, até que um dia, em Buenos Aires, em 1976, onde estive com o saudoso professor Nelson Pizotti Mendes, também nosso colega do Ministério Público, lá tive a ventura de conhecer, talvez, o maior penalista latino-americano de todos os tempos, ou pelo menos um mais brilhante, que é Eugenio Raúl Zaffaroni, um inovador. Pode-se censurá-lo, mas...

Nós tivemos Pelé, a Argentina teve um Maradona que não chegou a Pelé, mas precisamos construir um brasileiro que chegue a Zaffaroni. Precisamos dar origem, alguém aí precisa dar à luz, a uma inteligência fulgurante como a de Zaffaroni. Afinal, um argentino que ganha o prêmio de criminólogo do ano nos Estados Unidos, tem de ser uma pessoa excepcional. Ganhar deles na Copa do Mundo até que não é tão difícil, porque eles não são de nada em futebol, mas na criminologia, num país onde a criminologia é a mais avançada do mundo, o ganhador tem de ser alguma pessoa excepcional. E Zaffaroni é extraordinário.

Então num livro de Zaffaroni, no seu manual, cuja edição mexicana estou adaptando, devagar, para o Direito Penal brasileiro, li que ele falava em finalidade. É interessante que a palavra finalidade existe também em alemão e não sei porque Welzel não a usou. Mas o que é finalidade? Foi aí que eu disse: poxa, deu-me a luz, deu-me o estalo de Vieira (de quem não é Vieira, porque se eu o fosse teria estalado antes): finalidade deve ser o tal de dolo natural. Daí, comecei a cotejar dolo natural com a finalidade e cheguei à conclusão de que o dolo natural é a própria finalidade. Zaffaroni foi muito claro nesse ponto: “dolo é a finalidade tipificada”. Porque o dolo natural nada mais é do que a própria finalidade.

Onde está pois a diferença? Não existe propriamente uma diferença, a não ser de estrutura, ou de patamar, ou de plano. Eu diria, que a finalidade está no mundo ôntico-ontológico, está no mundo da realidade. Não estamos praticando condutas dolosas. Por que? Porque o dolo é criação do direito, o dolo é criação humana, enquanto a finalidade é criação divina, incorporada ao nosso querer, concebida por Deus, e que está na natureza das coisas. Assim, começa-se a compreender a distinção entre dolo e finalidade. Daí, é que posso dizer que quem fuma “Hollywood King Size” pratica uma conduta simplesmente finalista, que é um indiferente penal; enquanto aquele que fuma um “fininho” de maconha, pratica uma conduta finalista, que é dolo, porque essa conduta está tipificada; ingressou o fumante no campo da proibição. Portanto, o dolo está no tipo; constituindo a tipicidade subjetiva; enquanto a finalidade orienta todas as condutas dos seres humanos, quiçá de alguns animais mais evoluídos, num plano da permissão.

Colocado isso, vamos verificar onde está a finalidade no crime culposos. Numa palestra que fiz na PUC, aqui está presente o Prof. Leonardo — que

me honrara com a sua companhia na mesa naquela oportunidade — fiz uma brincadeira, porque era mais uma aula, e hoje não posso fazer a mesma brincadeira, mas posso colocar, a proposição em termos próximos. Vejam bem, quando saio de um local, quando me dirijo para um lugar planifico. Evidentemente que não vou chegar aos mínimos detalhes, mas possuo um plano. Saí ontem de São Paulo. As 3:30 horas da tarde já estava preparado para pegar um táxi para ir a Congonhas tomar um avião. Cheguei em Belo Horizonte por volta das 19:00 horas e no aeroporto alguém me esperava para trazer-me da Pampulha. Existe pois, um cronograma mentalizado, uma projeção. Projeta-se a conduta que, evidentemente que não se vai aos mínimos detalhes, mas existe um caminho. Portanto, cada um de nós planifica numa medida determinada.

Mas onde está a finalidade? Vamos começar por memorizar. Vejam bem, vim para cá e encontrei uma pessoa que me convidou para jantar no restaurante “Pier 3”. Brincando, até lhe disse que o restaurante deveria ser meu, porque Pier sou eu, é meu apelido para os amigos, Pierangelli — Pier. Então, pensei, devo ser sócio ou dono do restaurante e não estava sabendo! Também com toda essa rede de restaurantes que tenho! Sabem todos que os membros do Ministério Público não podem praticar atos de comércio! Bom, mas me convidaram para ir lá. Peguei um carro e fui para lá. Qual era a minha finalidade? Encontrar com meus amigos no restaurante, jantarmos, tomarmos um vinho, batermos um papo etc.

Bem, onde está o Direito Penal nisso? Claro que não pode estar no campo de minha atuação livre, ou dentro da minha liberdade de atuação. Estou, pois, longe da proibição. Existia, naquele momento uma conduta normal, perfeitamente normal, em que a minha conduta tinha por direção final ir ao “Pier 3”. E ela foi realizada sem qualquer incidente. Vejamos, agora.

Aluguei um Rent Car, peguei um carro de aluguel e fui para lá. Cheguei a uma avenida: o sinal tinha mudado de cor, e ao invés de parar o meu carro, porque não podia ultrapassar essa avenida, avancei o sinal e dei causa a um acidente. Essa conduta era dirigida para o mesmo ponto, para o mesmo lugar, o “Pier 3”. Que diferença, então pode existir? A finalidade era a mesma, a de me encontrar com amigos no “Pier 3”, para jantar. Minha conduta era a mesma, mas tive um erro na programação da causalidade, na projeção daquilo que poderia ocorrer, avançando aquele sinal e dando causa a um resultado antijurídico. Minha conduta anterior constituía um indiferente penal, e indiferente é toda conduta inicial no crime culposos. O crime culposos é orientado por uma conduta voluntária, finalista, mas só finalista, não dirigida para alguma figura típica. Mas, nem por isso deixa de ser finalista, é finalidade permitida que está longe da zona de proibição, está fora da proibição, não obstante ser o crime culposos um tipo aberto, tremendamente aberto. É difícil pensar possa o legislador elaborar uma legislação, um cerrado tipo culposos, porque é da natureza das coisas a indeterminação.

Pois bem, onde está a diferença então? A finalidade é a mesma, finalidade existe em ambas as hipóteses, eu assumi certas obrigações quando tomei a direção daquele veículo. Todos nós, numa identidade de situação, temos por obrigação pautar nossas condutas por normas sociais de cautela,

de cuidado, que é igualitário. Então, ao ingressar com o sinal já mudado, vermelho, pois, descumprir um dever igualitário que se impunha a qualquer pessoa, em idênticas circunstâncias, ou na mesma situação: a de parar o veículo. Portanto, descumprir o que a doutrina chama de “dever de cuidado”, ou “dever de cautela, dever de diligência” — expressões mais comuns utilizadas. Essa foi a grande contribuição inicial, até mesmo nos primórdios do finalismo, que Welzel trouxe.

Então existe finalidade no crime culposo? Claro que existe finalidade, atípica sim, finalidade que não se liga ao injusto, que está dentro do campo da atuação livre do ser humano, mas finalidade.

Essa finalidade serve para quê? Vai dar relevância à conduta, vai formar a relevância penal da conduta e é através dela, dessa relevância, que vamos determinar a existência ou não da culpa e, ainda, até mesmo o grau dessa culpa. Porque todos, evidentemente, tendem a ter um mesmo comportamento dentro de uma determinada situação objetiva, mas dentro da situação objetiva existem cuidados maiores e menores. Por exemplo, um piloto individual, um motorista dirigindo só o seu carro, tem a seu cargo um dever de cuidado, mas cuidado maior é requerido daquele que pilota, que dirige um auto-ônibus completo de pessoas. Dever maior então também existe para aqueles que têm pessoas sob sua guarda, que é guardião de direitos individuais.

Falamos de Maggiore, vamos pegar de novo a definição sua: “culpa é a conduta voluntária (eu acrescentaria finalista, porque toda conduta é finalista) que produz um resultado antijurídico não querido (se fosse querido seria dolo), mas previsível, ou excepcionalmente previsto, que com a devida atenção poderia ter sido evitado”. É aí, exatamente aí que está o ponto mais significativo da definição. Hoje, ninguém discute que esse dever de atenção, esse dever de cautela, esse dever de cuidado, é prioritário e decisivo para a determinação da culpa. Com isso, afastamos sem a desprezar, porque alguns a desprezam, a teoria, a previsibilidade carrareana que, como já foi afirmado, tem origem remota no direito romano.

Descumprimento do dever de cuidado, esse é o ponto prioritário, mas não é o bastante. Posso descumprir o dever de cuidado e não causar qualquer resultado. Quantas vezes já fizemos “barberagens” no trânsito e, graças a Deus, não causamos mal a alguém? Mas se houvésemos causado, teríamos praticado uma lesão culposa, ou um homicídio culposo; teríamos dado causa a um resultado antijurídico. Portanto, diante de um acontecimento causado por culpa, por tratar-se de tipo aberto, vamos nós, promotores, reclamar e exigir uma prestação jurisdicional; fazemos sempre uma adequação típica provisória ao oferecermos a denúncia. A definição será dada pelo juiz, ou seja, a adequação do fato ao tipo será dada, em definitivo, na sentença — é a tarefa do julgador.

Mas, para chegar à responsabilidade penal do causador, o juiz tem de fazer um juízo hipotético, já que a responsabilidade penal, no crime culposo, só pode ser aferida *ex post*, como adverte Jescheck. Só depois da causação é que se pode chegar à conclusão sobre se houve ou não responsabilidade penal; só depois é que podemos vislumbrar se houve violação do dever de cuidado objetivo, e se desse descumprimento decorreu o resultado. Então, o juiz faz o seguinte raciocínio: houve um resultado material? Sim. O crime

culposo é crime de dano, portanto, o resultado é material. Qual era a conduta devida? A conduta devida, no caso do condutor do nosso exemplo, era parar diante da mudança de sinal. Esse, então, era o dever que se exigia; na hipótese, parar o carro. Foi o fato de não ter parado o carro, ou seja, de não ter cumprido um dever de cuidado, o fator determinante desse resultado? Portanto são três premissas que se interligam, para se concluir, depois, se há ou não responsabilidade penal: 1.º — houve um resultado causado por alguém (?); 2.º — esse alguém não cumpriu o dever de cuidado (?); 3.º — o descumprimento desse dever de cuidado foi o fator determinante desse resultado (?).

Isto porque posso descumprir um dever de cuidado e não posso ser responsabilizado. Quando isso acontece? Quando não foi exatamente a conduta violadora do cuidado o fator determinante do resultado. Gosto de dar exemplos, às vezes, porque com eles eu aclaro muita coisa, algo que a minha possível dificuldade de exposição deixou obscura. Vamos utilizar dois exemplos, tirados de minha vida de procurador de justiça.

Certa feita, por uma estrada de mão dupla, uma estrada que cortava, separava duas cidades do interior do Estado de São Paulo, trafegava uma viatura da Polícia Militar. Essa estrada formava um declive bem acentuado e, em baixo, no fim do declive, havia uma passagem de pedestres não regulamentada, por onde todo mundo passava; pessoas de uma cidade iam trabalhar em outra; usava-se muito bicicletas (usa-se até hoje!); não havia passagem de nível e, então, a travessia era feita ali. Por ali passavam várias pessoas, quando a viatura da Polícia Militar se aproximou, tendo um policial militar por piloto, motorista. Ele disse que presentiu, a uma distância de mais ou menos 100 metros, a possibilidade de colher algum pedestre ou algum ciclista, que desavisadamente atravessava a pista. Imediatamente, ele acionou o sistema de freios, mas não conseguiu parar a viatura e acabou atropelando e matando um ciclista. O juiz o absolveu, sob o fundamento de que a sua responsabilidade não era previsível, e por ele não ter sido o fator, o causador do resultado: a vítima é que havia sido imprudente. A culpa, portanto, era exclusiva do ciclista. O réu havia acionado o sistema de freios e nada mais dele se podia exigir.

Um raciocínio, assim, é muito simplista. O colega recorreu, fez um recurso dentro da doutrina mais antiga, e a sua fundamentação não era convincente, muito embora se tratasse de um colega brilhante, de um grande promotor na área cível, especialmente em mandados de segurança. Ele, na verdade, estava um pouco fora do seu melhor campo de atuação: era um atacante atuando de zagueiro.

Ofereci, então, o parecer, onde fiz o seguinte raciocínio: houve morte de alguém? Houve. Quem causou esta morte? Foi o motorista, policial militar. Fiz um estudo, examinei. Qual a velocidade permitida? 80 Km/h. Bem, raciocinei, se ele estivesse a 80 Km/h, do ponto que disse ter vislumbrado a possibilidade de atropelar uma pessoa, poderia ter parado o veículo, visto que o auto de levantamento do local indicava a existência de marcas de frenagem, e temos estudo informando-nos quantos metros são necessários para parar um carro, em face de uma determinada velocidade — dados que a engenharia mecânica nos oferece.

Cheguei, então, à conclusão de que ele deveria estar, pelo menos, a 110 Km/h, e não a 80 Km/h. Concluí, então que, se ele estivesse a 80 Km/h, como dele exigia o cuidado, teria parado o carro bem antes do ponto onde se deu o atropelamento. Assim, se ele estivesse a 80 Km/h, atuando de acordo com o cuidado exigido, não teria havido o resultado. Conseqüentemente, a conduta violadora do cuidado se constituiu em fator determinante do resultado e havia, portanto, tipicidade culposa, e responsabilidade penal.

Ao contrário, vejam um exemplo de Ribeirão Preto. Um indivíduo, num cruzamento, parou seu caminhão no semáforo, mas não o encostou regularmente no meio-fio; deixou-o meio afastado, mais ou menos um metro, numa rua de mão dupla de direção. Com o sinal fechado, ali ficou o veículo. O cuidado o obrigava a parar e ele parou. Pela outra via subia um motociclista, com o sinal aberto para ele, e este, ao realizar a curva, a fez aberta, vindo a colidir sua moto com o caminhão. O motociclista morreu. O juiz condenou o caminhoneiro, afirmando ter sido a sua conduta o fator do evento, por não ter parado junto ao meio-fio. Era previsível a possibilidade de dar causa a um acidente. Vejam como não é fácil o crime culposo! E continua complicado!

Fiz o exame dos autos. Sou virginiano, e durante 10 anos fui promotor do Júri; talvez por isso recorro aos detalhes. Cheguei à conclusão lógica e clara de que, se o motorista tivesse parado o caminhão direitinho, como era de sua obrigação, o resultado teria ocorrido da mesma maneira. O motoqueiro, talvez, não viesse a bater na frente da cabina, mas nela bateria lateralmente. Quer dizer, morreria da mesma maneira. Batesse aqui ou ali, a verdade é que ele teria de bater. Por conseqüência, iria morrer por obra e graça da sua conduta, da sua conduta imperita, circunstância que não se examinou e, pois, não se discutiu. Então, vejam bem, fiz o seguinte raciocínio, o mesmo que o juiz deveria fazer: houve resultado material? Sim. Houve uma conduta violadora do dever de cuidado? Sim. Mas a violação do dever de cuidado não foi o fator determinante do resultado. Conseqüentemente, opinei pela absolvição, e o Tribunal acolheu o parecer e o absolveu, fixando as minhas conclusões no acórdão, que foi publicado, sem mencionar o meu trabalho. São aqueles acórdãos, que vocês já devem conhecer, em que o indivíduo não põe aspas, muda; aonde se diz é, ele escreve seria; copia o parecer do procurador e depois aparece nos compêndios de jurisprudência como obra sua. Pelo menos em São Paulo acontecia isso em algumas vezes. Lamentavelmente!

Vejam bem, se eu for desprezar essa última exigência, esse último requisito, que o cumprimento do dever de cuidado deve ser o fator determinante do resultado, vou cair no Código de Hammurabi, vou adotar a responsabilidade meramente objetiva. Descumpriu o dever de cuidado? Descumpriu. Morreu? Morreu. Feriu-se? Feriu-se. E acabou. Isso não basta. O que estou ponderando é critério de toda dogmática moderna. Na América Latina é o posicionamento de Juan Bustos, de Enrique Bacigalupo, de Eugenio Raúl Zaffaroni, e de outros grandes penalistas latino-americanos. Vamos até a doutrina espanhola e o mesmo encontramos em todos os autores mais modernos, entre eles Quintano Ripollés, que prefere falar em dever de cautela, em Rodríguez Devesa e o mesmo ocorre na doutrina alemã mais recente, com Stratenwerth e com o já citado Jescheck. Isto é importante!

Não tenham dúvida de que muitos de nós já cometemos equívocos, quiçá por ignorância, mas nunca por má-fé, porque nós somos promotores da justiça, e não promotores públicos, como nos designa a Lei Orgânica. Sou promotor de justiça, represento o Estado no seu poder-dever de punir, como anota Manzini até o limite da razão: não sou um carrasco e o Estado não me paga para que assim proceda. O Estado nos paga para que sejamos justos. Então, posso dizer que provavelmente cometi — talvez alguns colegas também tenham cometido — erros por não ter examinado com a devida atenção o inquérito antes, e depois, o processo. Isto deve ter ocorrido, especialmente, no início da carreira, quando essa ligação entre o dever de cuidado e o resultado não era devidamente considerada, por ser a doutrina do crime culposo até então, pouco desenvolvida.

O Código Penal apresenta um tipo aberto no crime culposo, tal como ocorre nas várias legislações.

Diz o Código ser o crime: “culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia”. (art. 18, II).

Não gosto de expressão agente; ela deve ser reservada para o crime doloso, quando o ser humano age, atua contra a lei; dá a impressão de crime doloso, porque age no caminho da ilicitude. O agente pratica condutas dolosas. Por tal motivo, parece-me que se deve usar a expressão “causador”, e não agente, no crime culposo.

O tipo é aberto e a proibição fica indeterminada. Para cerrá-lo, o juiz deve fazer esse raciocínio lógico utilizando-se, para essa tarefa da conduta negligente, imprudente, ou imperita, que são as formas de se violar esse cuidado objetivo, de acordo com o Código. Mas o cuidado não está exclusivamente na legislação, o cuidado aparece na legislação penal e em outras legislações, por exemplo na legislação do trânsito.

Hoje, se fala até em delitos de automóvel, delitos de trânsito. Com grande realce se procura coibir a conduta culposa, procura-se coibir tal conduta de uma maneira que se insere num quadro negro, que significa um retrocesso tal como ocorreu com os chamados crimes hediondos, obra que chega até a ser repudiada pelo seu elaborador. Digo sempre: mais hedionda é a lei do que o crime.

O Código Nacional de Trânsito contém certas disposições que constituem formas de cuidado: na determinação da parada obrigatória, na proibição da ultrapassagem nas faixas contínuas etc. Mas isso não significa responsabilidade penal, pela simples razão de fato de se ter violado o cuidado. Porque há a necessidade — como disse e repriso — de que aquela violação, aquele descumprimento daquela norma de cuidado, se converta em fator determinante do resultado. Acresce salientar que para que se cumpra o dever de cuidado, há que se conhecer o seu conteúdo.

Muitas vezes o cuidado não está na Lei. Mencionamos o Código Nacional de Trânsito, mas na atividade médica, na atividade do engenheiro, do dentista, do farmacêutico, em todas as atividades regulamentadas, onde o cuidado está? É evidente que nós temos uma norma, uma lei chamada *Lex Artis*, ou *Leges Artis*, se quiserem colocar no plural, que orienta a atividade profissional, científica, de determinadas categorias. O médico, segundo a Organização Mundial de Saúde, deve, antes de uma cirurgia, fazer a higiene de suas mãos, esfregar devidamente as unhas com uma escova,

água e sabão durante algum tempo, e só depois calçar as luvas, devidamente esterilizadas, com o que realiza o cuidado.

O médico, quando vai à cirurgia, deve usar uma técnica cirúrgica experimentada, e, se aplica uma técnica ainda não devidamente comprovada como segura, evidentemente estará descumprindo o dever de cuidado, da mesma forma que se não fizer uma efetiva assepsia das mãos. E se ele descumprir o dever de cuidado, sendo negligente ao não fazer assepsia das mãos, ou imprudente ao utilizar uma técnica cirúrgica ainda não comprovadamente segura, estará violando o dever de cuidado. Da mesma maneira, negligente é o engenheiro que não acompanha suas obras, deferindo toda a responsabilidade para o construtor. Daí, se houver um problema, se a obra ruir, por ter ele descumprido o dever de cuidado, e se esse descumprimento do dever de cuidado foi a causa do resultado, inegavelmente haverá o delito.

O dever de diligência, o dever de cuidado, segundo Quintano Ripollés, que não é finalista — é um ex-magistrado da Suprema Corte espanhola — é a idéia-valor do crime culposo. É aí, realmente, que está o ponto crucial, o ponto decisivo para a aferição, a determinação da existência da culpa. Isso é pacífico em toda doutrina moderna, seja ela causal ou final, ou mesmo social da ação.

Voltemos novamente a Maggiore. A primeira parte da definição de Maggiore nos dá o conceito, fala de culpa consciente e culpa inconsciente. Evidentemente que está ligada à previsibilidade e a previsibilidade está ligada a um tal de homem médio. O finalismo, pelo menos aquele que reputo como o melhor do finalismo, não a despreza, ou seja, não despreza a teoria da previsibilidade. Digo sempre que a teoria carrareana da previsibilidade está para a solução dos problemas enojosos da culpa, da mesma forma como a sulfa está para a solução de algumas moléstias. Não se pode desprezar a sulfa, mas, em compensação, os antibióticos (para alguns médicos, a sulfa também é antibiótico), são de uso prioritário. Então, os antibióticos propriamente ditos como prioritários, estariam para o cumprimento ou descumprimento do dever objetivo de cuidado, enquanto a sulfa, seria a previsibilidade, mas poderia, e deverá ser, utilizada quase sempre, posto que irá compor a chamada tipicidade subjetiva.

Maggiore diz que “culpa é a conduta voluntária, que produz um resultado antijurídico não querido, mas previsível ou excepcionalmente previsto”. Nessa expressão, “mas previsível”, está a culpa inconsciente, o indivíduo não prevê aquilo que deveria ter previsto. Enquanto que na, “ou excepcionalmente previsto”, significa a culpa com previsão: aquele que previu mas confiou em que o resultado não viria a ocorrer: não apresentou nenhum desprezo pelo bem jurídico alheio.

A culpa inconsciente, ou culpa sem previsão, traz para nós um problema muito importante, muito interessante, que é um tal de homem médio. Hans Welzel disse que nunca tomou um café com um homem médio e eu nunca encontrei esse tal de homem médio. Então fico imaginando...como que será esse homem médio? Homem médio, se é médio, tem que ter 1,75 m de altura; deve ter entre 40 ou 45 anos; certamente deve ter curso médio; deve ter cabelos medianamente grisalhos; ser medianamente inteligente... sei lá o que, e como tudo o que é médio, deve gostar de média, de café-com-leite, de São Paulo e de Minas...

Vocês estão vendo que estou brincando com esse tal de homem médio, porque ele não existe. E isso dificulta muito o entendimento da doutrina em que ainda se fala em homem médio, vinculado à culpa de uma maneira indissolúvel, formando um casamento impossível, mas que, não obstante o paradoxo, continua “existindo”. Não dá para ir para frente, mas continua! Ah! o homem mediano, o homem médio, o homem normal, o homem que vive no seio da sociedade, o homem igualitário, o diligente pai de família... Mas quem é esse homem? O homem é uma individualidade. Sou totalmente diferente do meu irmão e nascemos da mesma mãe e do mesmo pai. Como se pode dizer que existe esse tal de homem médio? Essa ficção serviu ao Direito Penal, serve ainda para alguns, mas o homem médio, na verdade, na hora de se julgar, é aquilo que o juiz tem na cabeça. E cada juiz tem um homem médio na cabeça e sofre muitas influências: deve sofrer influência do pai dele; do avô, se ele conviveu com o avô; do tio, do professor, do catequista, do companheiro mais velho, ou do companheiro com quem toma chope. É uma simbiose de personalidades, de pessoas, de idéias e comportamentos diversos, que vai formar um homem que o juiz cria. E a segurança do cidadão, onde está? Onde está a segurança jurídica? Onde fica o Estado de Direito? Onde está o Estado que me assegura uma justiça igualitária e responsável acima de tudo? Vai me colocar em confronto com uma figura fantasmagórica, ante um ser que não existe, para assim realizar uma pseudo comparação.

Digo sempre que existem duas palavras que não gosto no Direito, e que são para mim totalmente vazias de conteúdo: o “homem médio” e o *fumus boni iuris*. Recordo-me disso muitas vezes, porque José Frederico Marques, talvez o maior processualista penal da história do País, escreveu que se faltar o *fumus boni iuris*, não se pode oferecer a denúncia, e seguesse por aí em várias passagens.

Eu lia aquele ensinamento, sabia, que se traduzia por “fumaça do bom direito”, até aí se chega fácil. Mas nesse ponto eu me enroscava. Escrevia, lia, ficava repetindo o refrão que era referido por vários autores: falta o *fumus boni iuris*, como diz Frederico Marques. Frederico tomou isso aos “Práticos”, da Idade Média que já falavam em *fumus boni iuris*. Isso está lá na Idade Média, perdendo-se no tempo! A expressão era vazia lá, e continua vazia aqui. Por quê? O que é *fumus boni iuris*? Fumaça do bom direito. Para nós, promotores, que vamos oferecer a denúncia, o que basta, o que se faz necessário? Prova da materialidade e indícios de autoria, ou seja, a justa causa. Isso seria o *fumus boni iuris*. Vamos usar uma expressão vaga para dizer algo que deve ser preciso e que é concreto? Da mesma forma, toda teoria causal da ação dos anos 50, e anteriores, que se apegava em Francesco Carrara, tem a previsibilidade como critério prioritário, e a vincula a um homem que não existe, a um critério que pertence à arqueologia do Direito Penal, e nós, pobres mortais, sendo julgados dessa forma!

Ainda hoje de manhã conversava com o Min. Assis Toledo, um homem sábio, inteligente, cuja admiração se torna maior não pelo cargo que ocupa, mas pela sua simplicidade que está a merecer este destaque. Digo sempre, que se uma pessoa se apresenta com muita “panca”, com muita pose, ela é vazia de conteúdo, coloca um anteparo para que dela não se aproxime e não se venha conhecer a sua ignorância. Estávamos conversando justamente

sobre esta questão do homem médio, porque o prof. Vicente Greco nos havia dito ter mencionado essa questão do homem médio ontem, mais ou menos na mesma direção que assumo agora. Trata-se de entendimento que sendo censurado pelos autores latino-americanos mais modernos. O foi por Manoel Pedro Pimentel, de saudosa memória.

Eu disse ao ilustre Ministro que a culpabilidade, vista normativamente, dentro da teoria normativa pura, é censurabilidade, é reprovabilidade, é um juízo de reprovação. Isso é aceito por todas as teorias do delito hoje, mas realce maior ela ganha dentro da teoria final, sem dúvida. Mas, dizia, também a previsibilidade é um juízo que tem que ser perfeitamente individualizado, ainda que subjetivo. Como é que se pode censurar alguém — comentávamos — se não se o pode posicionar naquelas circunstâncias? Como é que se pode exigir de alguém uma conduta conforme o direito, um atendimento às exigências do cuidado, quando não se dispõe de liberdade para tanto? Não se pode exigir de um homem — pobre mortal, que não é Deus e sim um homem — naquelas circunstâncias, uma conduta diversa daquela que teve. Da mesma forma, isso está ligado à previsibilidade. A previsibilidade é um juízo de valor, que se faz de uma conduta numa determinada circunstância, que não é igual para mim, nem para você, nem para outro, mas diferenciada em cada um de nós. Vejam bem a distinção: como dever de cuidado todos temos o dever de parar numa determinada rua, e ele é igual para A, B e C. Mas é diferente, para os que têm curso superior, onde se exige — e que vai funcionar na fixação da pena — uma conduta mais prudente, mais cuidadosa, devido ao grau cultural. Ou nós não temos uma maior percepção da realidade daquilo que nos circunda? Digo sempre que entre minha capacidade de motorista e a do meu saudoso pai, que acabou morrendo num acidente que ele causou e levou com ele a minha mãe, havia uma importante distinção: passei a dirigir moço, e ele começou a dirigir velho. Eram distintas as nossas capacidades de previsibilidade.

Ele aprendeu a dirigir com uma menor percepção de uma realidade que se lhe poderia apresentar, e da própria segurança no trânsito. Ora, assim também, na questão da previsibilidade, tem-se de afastar esse tal de homem médio, para se fixar devidamente naquele homem. Haverá problemas, isso conversávamos, inclusive hoje. O Direito Penal maneja com tipos e pessoas, que a Criminologia chama de tipos criminológicos. Existem tipos para a Criminologia, e nós formamos uma classe de tipos, mas não somos iguais um ao outro. Então, haverá dificuldades para solucionar o problema da responsabilidade penal no crime culposos. Zaffaroni chega a falar no homem consciente, homem consciencioso dentro de um determinado meio social, “un hombre concienzudo”, diz o mestre argentino.

Toda doutrina — isto é racional — para que tenha validade, deve possuir, um conteúdo prático, mas, nem por isso, tem que ser “a-científica”. A ciência penal vai reclamar não só na culpabilidade, mas também na previsibilidade, que o homem seja considerado, mas não um homem qualquer, um estereótipo, mas o homem que desenvolveu a conduta, exatamente aquele que deu causa ao resultado.

Em resumo, dentro da dogmática moderna, a responsabilidade penal se assenta prioritariamente sobre o descumprimento do dever de cuidado, de natureza objetiva, com a necessidade de se fixar uma relação de causa e

efeito entre conduta descumpridora do dever de cuidado e o resultado. A previsibilidade vem a formar o tipo subjetivo, enquanto o dever de diligência vai compor o tipo objetivo. Isto servirá para a solução de muitos problemas. No processo se examinará também a parte subjetiva do delito, enquanto que o dever de cuidado possui natureza normativa e objetiva.

Recentemente, eu que pouco exerço a advocacia, fui convidado por um antigo juiz, com quem trabalhei no interior, para fazer um trabalho profissional no escritório dele. A morte o colheu em meio a esses processos, todos embaralhados, depois dele ter feito um trabalho monumental. Deus o levou ainda moço, com 56 anos de idade. Fiquei, então, com a responsabilidade de tudo, especialmente com a parte criminal de uma revisão. Isso me levou a estudar um problema serfíssimo. Nós não damos muita importância a certas situações, porque temos enraizados em nossas mentes certos parâmetros.

Era um caso em que havia culpa, vamos chamar de culpa paralela, alguns autores chamam de culpa co-existente (Francesco Antolisei), ou co-existência de culpas, que não é a culpa concorrente. Na culpa concorrente a vítima também concorre para o resultado. A culpa co-existente ocorre quando duas pessoas, atuando com culpa, dão causa a um resultado ofensivo a um bem jurídico de terceiro.

Examinei o processo depois de quase 20 anos, já cumprida a pena, que ficou condicionalmente suspensa, mas havia ainda um interesse civil. Fui contratado não pela pessoa para quem iria requerer a revisão criminal, mas sim por aquele que vinha sendo condenado a ressarcir danos de grande monta, danos que dariam, ainda hoje, muitos milhões de reais. Verifiquei que haviam cindido o processo. Duas pessoas foram causadoras do resultado — disse causadoras, porque não gosto da expressão de agentes, que é corrente, eu sei. Uma apuração do fato muito mal feita na esfera policial, onde não se aplicara a Lei 4.611, então vigente, e sim o Código de Processo Penal na sua versão original. No inquérito, foi admitido como assistente de acusação (vejam que aberração!), a empresa de ônibus cujo motorista foi um dos causadores do evento. Verifiquei ter o advogado da empresa acompanhado toda a instrução policial. E o motorista do coletivo era, indubitavelmente, um dos responsáveis pelo resultado.

O nosso colega, inexperiente, sim, e muito — eu teria logo denunciado os dois desde logo — resolveu denunciar só um, que foi um tratorista. Depois, quando se ouviu as testemunhas em juízo, ele caiu em si, e verificou que os fatos não tinham se passado como constava do inquérito. “Fui tapeado, iludiram-me e ilaquearam a minha boa-fé!”, deve ter pensado. E resolveu aditar a denúncia, aditamento que foi recebido pelo juiz, acrescentando o outro causador do acidente, que foi interrogado e ofereceu defesa prévia. Depois, foi marcada a audiência de instrução e julgamento. Já haviam sido ouvidas as testemunhas de defesa, e seriam realizados os debates. Nosso colega apresentou um memorial, onde afirmava que o processo não poderia prosseguir, porque se teria de renovar a prova colhida antes do aditamento, ou, então, cindir o julgamento, opinava. O juiz, que já havia recebido o aditamento, rejeitou-o e determinou que o promotor oferecesse uma nova denúncia, ele que já a havia oferecido. O promotor ficou sem saber o que

fazer, como eu ficaria também: o que fazer? Oferecer nova denúncia não posso; poderia, talvez, recorrer. Mas como se ele havia sugerido a cisão...!

Resolvi solicitar um parecer ao professor Tourinho Filho, para melhor estruturar o meu ponto de vista. Estou lhe solicitando um parecer que conclua que, no crime culposo, quando existir responsabilidade penal co-existente, não pode haver cisão. Esta, a cisão, só se faz quando tornar obrigatória a separação do processo, em face do princípio — que chamo de regra — da continência. Não pode haver cisão ao bel-prazer do juiz, nem pode ele invocar a economia processual. A responsabilidade de um fato dessa natureza está sumamente interligada: a culpa de um se entrelaça com a culpa do outro. Acrescentei que, na minha visualização, a divisão do processo leva ao rompimento do *due process of law*, ou seja, desnatura a garantia constitucional do devido processo legal. Tourinho, no início relutou, mas meia hora depois retornou o telefonema, aceitando a incumbência. Seu parecer, sem dúvida lúcido e conclusivo, foi publicado pela *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. A fundamentação da interposição de pedido revisional, foi transformada em artigo, com o qual prestei minha homenagem ao falecido professor argentino Isidoro De Benedetti, de saudosa memória, também foi publicado pela mesma revista.

O E. Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, todavia, não acolheu a nossa pretensão, mantendo a antiga decisão por entender ser permitida, em tais situações, a cisão do processo, fundada na continência. Assim decidindo, a justiça paulista olvidou lições de muitos processualistas penais patrícios, a partir de Pimenta Bueno, em 1850, para chegar-se a Ada Pellegrini Grinover, Rogério Lauria Tucci, Afrânio Silva Jardim, entre outros, inclusive ao próprio Tourinho Filho, este manifestando-se no caso concreto. Sinceramente, a decisão, respeitável embora, não me convence, máxime quando já ocorrera o cumprimento da pena e até mesmo a prescrição da reincidência, e não havia dano econômico a ser ressarcido pelo Estado.

Outra coisa que quero chamar a atenção diz respeito da projetada reforma do Código Nacional de Trânsito. Não sei se já passou de anteprojeto — e é sempre perigoso falar de um anteprojeto, de algo que se está elaborando, de uma futura obra legislativa. Mas creio não ser o caso de se fixar uma maior punição, uma pena maior para os crimes culposos, fazendo-se uma aproximação indevida com o dolo eventual, nos chamados crimes de trânsito.

Temo muito, talvez por minha formação humanística, talvez por pertencer ao Instituto Interamericano de Direitos Humanos, talvez pela minha própria personalidade, sei lá o porquê, preocupo-me quando se começa a extrapolar a proibição. É evidente que existem condutas no trânsito que são revoltantes, com causação de resultados trágicos, determinados por culpas temerárias — como a chamariam os ibéricos — mas nem por isso podemos, como promotores, procurar uma punição *extra legem* ou *contra legem*, levando a culpa, ainda que consciente, para a senda do dolo eventual. Sei, evidentemente, que é muito tênue a linha de separação existente entre o dolo eventual e a culpa consciente.

Na verdade, no dolo eventual o indivíduo demonstra um total desprezo para com a vida, para com o bem jurídico alheio, um total repúdio às normas de cuidado. Zaffaroni, em seu manual e em seu tratado, chega a dizer que

no dolo eventual, o indivíduo, diante da possibilidade da causação de um resultado, diz para si: "se acontecer, que me importa!?" E eu, brasileiro que sou, num País em que a lei mais observada é a Lei de Gerson, diria: se acontecer, azar dele!

Não podemos ultrapassar esses limites dogmáticos, sob pena de estabelecermos a insegurança jurídica. Por quê? Porque nós estamos num Estado de Direito, graças a Deus, e temos uma legislação própria de país culto; não podemos burlar essa legislação para buscar uma maior punição. Recordo-me de um erro que cometi — e dele me penitencio — e que, de certa maneira, conduziu à decisão que tinha por justa. Mas, sem dúvida, extrapolava os limites da legalidade, para tornar-se aberrante, ilegal, um verdadeiro abuso de poder.

Promotor de primeira entrância, embora tivesse antes advogado um pouco, tinha na minha comarca inicial um processo que outro colega havia iniciado, em que o marido havia deixado uma arma — ele que vivia maltratando a esposa — sem nenhum cuidado, na cozinha. Agrediu de novo a mulher, e esta pegando a arma deu um tiro no seu ouvido, matando-se. O processo teve curso normal, e o juiz, inexperiente como eu, me disse: "Pierangelli, é impossível esse indivíduo ficar sem pagar nada, ou, então, sofrer uma pena tão pequena. Não vai cumprir nem um dia de cadeia! Você não quer aditar essa denúncia para induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio?" Eu pensei: puxa! isso é uma aberração jurídica! Mas acabei aditando a denúncia. O juiz prolatou uma sentença de 80 laudas! Quando se escreve muito... é porque não se tem razão. Talvez, no caso do meu pedido de revisão, que tinha 50 laudas, eu também não tivesse razão. E condenou o réu.

A defesa recorreu, o Tribunal modificou tudo, colocando a situação como era antes, mas o réu esteve preso, por força da pronúncia — prisão então obrigatória. Foi antes da Lei Fleury, que não é o Fleury governador, mas um outro, delegado de polícia, já falecido. O réu ficou três ou quatro meses na cadeia. Quer dizer: que fizemos uma violência! Eu não sou pago para isso! Foi um crime de abuso de poder que, felizmente, já está prescrito. Penitencio-me pelo meu erro, e o noticio aos colegas mais jovens. Porque, no ímpeto, inconscientemente, começamos a fazer "justiça", abusando do direito de denunciar, violentando o Direito Penal. O Direito Penal, tem que intervir minimamente na sociedade, ser utilizado como recurso extremo. O Direito Penal não é panacéia do mundo e só se deve a ele recorrer quando faltar recurso às outras legislações. As soluções dos problemas sociais devem ser buscadas antes, nos outros campos do saber humano e reservar-se o Direito Penal para punir condutas realmente graves, que põem em risco a própria organização social porque, se assim não for, fica-se perdendo tempo com contravenções penais, que devem compor o direito penal-administrativo.

Ou então, vamos buscar soluções nos sistemas de acordos, de conciliação, ou seja, vamos abastardar o Processo Penal e fazer com a Justiça Penal o mesmo que se faz na Justiça do Trabalho: o promotor chega e diz que dá um mês de detenção se o réu desistir de tudo e admitir a culpa. É o princípio da legalidade? A regra do juiz natural? E o devido processo legal? A igualdade de armas e tudo o mais que for científico? Perdoem-me a expressão: vamos mandar tudo isso "às favas", para que solucionemos

o acúmulo de serviço de uma maneira irracional, mas prática, nos moldes dos norte-americanos, porque temos que copiar. Por quê? Porque não temos uma legislação penal, em que se despenaliza, em que se descriminaliza condutas de pouca lesividade social. Eis aqui a melhor solução. Lembremos-nos de que ainda está no Código o crime de adultério. Eu nunca vi alguém ser punido pelo adultério. Aliás, se ele fosse punido e todos fossem para a cadeia, as cadeias iriam se converter num local apazível, atraente. Muitos iriam querer nela serem recolhidos, porque muitos, inclusive dentre os melhores, lá estariam, ou gostariam de estar.

Mas o nosso tema é o crime culposo. Vamos solucioná-lo como? Vejam bem que com ele perdemos muito tempo. O indivíduo teve um acidente, bateu o carro, sofreu uma lesão pequena, um ínfimo hematoma, e temos que denunciar, pedir a condenação, e, às vezes, até recorrer de uma sentença absolutória. Não consideramos essa lesão como uma insignificância, uma bagatela. E o crime de bagatela, como vem sendo chamado, ou o princípio da bagatela ou da insignificância — que existe no Direito Penal — principalmente, a partir da obra de Welzel, veio para ficar, mas não tem sido utilizado, invocado, ainda quando isso se apresenta bem nítido. E qual o resultado? Os crimes mais graves ficam impunes. A sociedade nos cobra, e não podemos dar atenção a ela, porque perdemos tempo com insignificâncias. Se existe uma pequena lesão, o que interessa à vítima? Qual o interesse da vítima? Ela quer uma composição, quer é receber: “conserta o meu”, ou “conserta o seu que eu conserto o meu”, e está solucionado o conflito social. Nós não..., temos de denunciar, porque vigora entre nós a regra, para muitos princípios, da legalidade ou da obrigatoriedade. E temos que buscar a condenação, ainda que a achemos desnecessária. Às vezes, nossa falta poderia até ser vista como desprezo à diligência, ou como desídia funcional.

Toledo falava disso hoje de manhã, ou ontem à noite, porque conversamos até de madrugada, eu aprendendo com ele, evidentemente, já que pouco teria para ensiná-lo, se é que tenho alguma coisa para ensinar. Mas ele me dizia que certa feita, como Procurador da República, em São Paulo, recebeu um inquérito policial referente a um indivíduo que foi preso vendendo coisas pequenas, produtos de descaminho, mercadorias que entraram ilegalmente no País. O advogado foi até ele e lhe disse: “Doutor, vim aqui pedir para o senhor, num ato de bondade, não denunciar essa pessoa, é um pobre coitado...” E ele respondeu: “Mas não posso deixar de denunciar, sou promotor de justiça, tenho um crime aqui na minha frente!” E ele o denunciou!

Por acaso, ele estava na sala de audiências na hora em que aquele réu iria ser interrogado, e ele me contou: “O indivíduo não tinha pernas, era todo defeituoso e eu o denunciei, em razão do princípio da obrigatoriedade, quando o fato era insignificante e que até chega a ser bem aceito pela sociedade”.

Muitas vezes nós nos posicionamos contra a própria sociedade, que representamos frente ao Poder Judiciário, seguindo por caminho diverso daquele que entendemos que deveríamos percorrer, fruto do critério da obrigatoriedade. A lei que deve apenas solucionar conflitos na sociedade, e atender aos seus reclamos...! Nem sempre porém, a lei a atende, e nem

sempre anda bem o legislador. Agora mesmo, parte da sociedade, diante do aumento da criminalidade mais grave, está pedindo a pena de morte, por ignorância e não pode ser atendida. Mas a lei, às vezes, segue um outro caminho e nos obriga a certas atitudes que nos agride, e nós não temos liberdade de escolha.

É o caso do Toledo denunciando um paraplégico disforme, que, se não dedicasse ao descaminho, apenas lhe sobraria a contravenção do jogo do bicho; ele não tinha outra maneira para sobreviver. E a sociedade, o que fez? Onde está o Estado? Ausente. Então nós devemos, dentro do sistema de legalidade, procurar mitigar, muitas vezes, o rigor da lei, com descortínio. Mas, prioritariamente, é o legislador quem deve atender a isso.

No caso do crime culposo, em nível de lesão corporal, deveria o legislador, pelo menos, tornar privada a ação penal, desobrigando-nos da denúncia, ou, quando não — se achar ser isso muito — transformá-la em ação penal pública condicionada.

Acho que já abusei de vocês. Não sei se trouxe alguma coisa de novo, mas trouxe o meu pensamento. Sei que muitos não concordam e nem poderiam concordar com ele. A unanimidade é sempre perigosa. Aliás, é extremamente perigosa! Mas lhes disse o que pensei, repensei, e, acredito que pode ser aceito.

Quando recebemos um inquérito, quando o juiz recebe um processo para julgar — nós para denunciar — temos que ter consciência de algo que é muito sério: não estamos recebendo um mero expediente, as páginas frias de um processo. Aquele processo retrata uma conduta, a conduta de um homem. Um homem dotado de virtudes e defeitos como nós, e isso temos que considerar. E só depois de se considerar tudo isso, é que o juiz deverá decidir... O promotor antes, e o juiz, posteriormente. Devemos ter consciência de que estamos examinando a conduta de um homem. Mas um homem perfeitamente individualizado, não uma ficção da arqueologia jurídico-social, como esse tal de homem médio. Julgar um homem determinado, embora se possa relacioná-lo ao mundo em que ele vive, mas sempre um homem, sem perder de vista que se tem de ver o homem de pé no chão. É isso que se chama princípio de culpabilidade, e isso é exigência que o juiz nem sempre observa. Também nós os promotores! Mas que devemos observar.

Muito obrigado; desculpem por ter-me alongado tanto!