

2 — DOUTRINA NACIONAL

DEVIDO PROCESSO LEGAL, CONTINÊNCIA E CRIME CULPOSO

JOSÉ HENRIQUE PIERANGELLI

Procurador de Justiça aposentado. Professor de Direito Penal na USP. Advogado Criminalista

1. Introdução — 2. Devido processo legal — 3. Jurisprudência — 4. Devido processo legal e verdade material — 5. Devido processo legal e indivisibilidade da ação penal — 6. Aditamento e indivisibilidade — 7. Os crimes culposos: 7.1 A estrutura dos tipos culposos; 7.2 Tipos culposos e atividade jurisdicional; 7.3 Para que se cumpra o dever de cuidado, o causador deve conhecer o seu conteúdo — 8. Conclusões.

1. Introdução

Desde logo queremos ressaltar que o princípio do devido processo legal não apareceu na nossa doutrina e na nossa jurisprudência somente após o advento da Constituição de 1988, muito embora tenha sido com esta que o princípio ganhou o suporte constitucional. Também não é menos verdade que a falta de um cânone constitucional tornasse a garantia bem menos precisa, mas nem por isso era ignorada ou não aplicada. Em 1961, já escrevia José Frederico Marques, indubitavelmente, um dos mais lúcidos processualistas que o nosso país produziu: “No art. 141, § 27 (da Constituição de 1946), vem consubstanciado o princípio do juiz natural conjugado ao princípio do “devido processo legal”...”. Daí cercarem as Constituições os órgãos judiciários de garantias que lhes dêem independência e imparcialidade para o exercício do poder de julgar”.¹

2. Devido processo legal

Atualmente, o *due process of law* não mais aparece como um direito subjetivo, como era assinalado pela doutrina anterior. Hoje, parece-nos ser unânime a doutrina no sentido de que o devido processo legal é garantia, e, como tal, é vista pela nossa Carta Magna: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5.º, LIV). Urge, agora, estabelecer aquilo que se deve entender por devido processo legal. Socorremo-nos da lição do conhecido processualista Humberto Teodoro Júnior: “a garantia do devido processo legal se polarizou em torno de algumas idéias ou categorias fundamentais como a garantia do juiz natural, a garantia do contraditório e ampla defesa e garantia de adequação das formas procedimentais”.² Ada Pellegrini Grinover, após assinalar não ser o devido processo

1. José Frederico Marques, *Elementos de direito processual penal*, Forense, Rio, 1965, I/209-211.

2. “A garantia do devido processo legal e o grave problema do ajuste dos procedimentos aos anseios de efetiva e adequada tutela jurisdicional” (artigo), in *Atualidades Jurídicas* (coordenação de Ernane Fidélis dos Santos), Editora Del Rey, Belo Horizonte, 1992, p. 22.

legal um direito subjetivo, como entendem alguns, mas uma efetiva garantia das partes e do próprio processo, diz, textualmente: "Garantias, e não direitos, porquanto são de índole assecuratória, e não meramente declaratória, visando a tutelar o exercício de outros direitos é guardando com estes uma relação de instrumentalidade. Garantias, não apenas das partes, mas sobretudo da jurisdição: porque se, de um lado, é interesse dos litigantes a efetiva e plena possibilidade de sustentarem suas razões, de produzirem suas provas, de influírem concretamente sobre a formação do convencimento do juiz; do outro lado, essa efetiva e plena possibilidade constitui a própria garantia da regularidade do processo, da imparcialidade do juiz, da justiça das decisões".³ E, em outro de seus trabalhos, afirma a festejada autora: "O Estado de direito deve combater o delito seguindo regras morais escrupulosas, sob pena de igualar-se aos delinquentes e perder toda a autoridade e credibilidade. E as garantias que a Constituição assegura ao acusado não são simplesmente postas como tutela de seus direitos individuais, mas são, antes de mais nada, garantias do justo processo, assegurando o interesse geral à regularidade do procedimento e à justiça das decisões".⁴

Nessa mesma linha de conclusões, escreve Rilda Saraiva: "São exatamente essas garantias que asseguram a legitimidade do procedimento, a imparcialidade do julgador e a justiça das decisões. São, enfim, essas garantias que asseguram à Sociedade fazer justiça, com a dignidade que requer a preservação dos elevados interesses sociais e

não, meramente, buscar vingança em ritmo passional, com elevado risco de cometer injustiça na aplicação de precipitadas represálias. A luta contra o crime exige efetivamente severidade das sanções penais correspondentes à gravidade do crime, certeza do julgamento e efetiva punição dos culpados, no mais breve espaço de tempo, de modo que a comoção social decorrente da ação criminosa seja apaziguada pela justa e pronta punição do criminoso. Mas não se pode descambar para o "terrorismo penal", para usar a expressão de Radbruch, o qual pode estimar a violência do Estado e acabar vitimando inocentes. O processo penal e as garantias que o regem não são dirigidas aos criminosos, podendo ser alterados conforme o grau de perversidade destes.

A tutela se dirige à Sociedade como um todo e a cada indivíduo em particular, que pode, a qualquer momento, se transformar em suspeito ou acusado, ficando sujeito a abusos injustificáveis e a injustiças irreparáveis se não cercado das garantias constitucionais que lhe asseguram um devido processo legal. A gravidade do crime em investigação ou em julgamento não pode autorizar a adoção de meios repressivos que repugnam a consciência de país democrático, violando a dignidade da pessoa humana, reduzindo o valor da liberdade e da igualdade, e levando o Estado à imoral competição com os criminosos na prática da violência, em atos de desumanidade" (Cf. Valiante, *Il nuovo processo penale; processo per l'uomo*, Milão, 1975, p. 45).⁵

Rogério Lauria Tucci, com a sua reconhecida autoridade, ao examinar o que se convencionou chamar de paridade de armas no processo, assevera: "Nesse derradeiro enfoque, como adver-

3. *Novas tendências do direito processual, de acordo com a Constituição de 1988*, Forense Universitária, Rio, 1990, p. 2.

4. *O processo constitucional em marcha* (série estudos jurídicos), Max Limonad, S. Paulo, 1985, 2/1.

5. *A Constituição de 1988 e o ordenamento jurídico-penal brasileiro*, Saraiva, S. Paulo, 1992, p. 69.

te Tarzia, não há como prover à iniciativa procedimental com exclusiva vantagem de uma das partes, sem a correlata atribuição de poder de reação à outra: o *processo* legitimamente instituído e regularmente desenvolvido reclama, aos revés, ponderosa e equitativa direção do agente do Poder Judiciário e plena contraditoriedade entre as partes, ou seja, “um contraditório não somente formal, mas substancial, no qual as partes sejam cientificadas da iniciativa judicial e postas em condição de cumprir as determinações tidas pelo órgão jurisdicional como necessárias. Acrescente-se que, relativamente ao *processo judicial*, o devido *processo legal* se apresenta como um conjunto de elementos indispensáveis para que este possa atingir, devidamente, sua já aventada finalidade compositiva de litígios (em âmbito extrapenal) ou resolutória de conflitos de interesses de alta relevância social (no campo penal)”.⁶

O *due process of law*, assegurado constitucionalmente, não se exaure, pois, numa visualização simplista, na imparcialidade do juiz, na justiça de suas decisões, e nem mesmo na adoção da regra — para muitos, princípio —, do contraditório. Este, numa visualização restrita e imperfeita, se exauriria na igualdade processual entre as partes, que se encontram num mesmo plano, em igualdade de condições (*audiatur et altera pars*), com o que se lhes assegura a possibilidade de intervirem no processo, apresentando provas, intervindo nos depoimentos, ofertando alegações escritas ou orais, recorrendo das decisões etc. A clarividência e a genialidade de Joaquim Canuto Mendes de Almeida, faz já muito tempo, assinalou que “o contraditório é, em resumo, ciência bilateral dos atos e termos processuais e possi-

bilidade de contrariá-los”.⁷ Este conceito, no dizer de Ada Pellegrini Grinover, tornou-se clássico, “no sentido de constituir o contraditório expressão da ciência bilateral dos atos e termos do processo, com a possibilidade de contrariá-los”.⁸

A lição do antigo mestre da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, parece-nos, insere-se naquilo que, hodiernamente, denomina-se *efetividade da expressão jurisdicional*, que se caracteriza pela aptidão de um meio ou instrumento com o objetivo da realização dos fins ou criar os efeitos para que ela se constitua. Daí, a afirmação de Luiz Guilherme Marinoni, fundamentada no pensamento de Proto Pisani e Barbosa Moreira: “Ora, se o Estado tem o dever de prestar a devida tutela jurisdicional, entendida esta como tutela apta a tornar efetivo o Direito Material, o homem tem o direito “à adequada tutela jurisdicional”, que é elemento imprescindível do *due process of law*. Direito à adequada tutela jurisdicional quer dizer direito a um processo efetivo, próprio às peculiaridades da pretensão de direito material de que se diz titular aquele que busca a tutela jurisdicional”.⁹

É dentro desse raciocínio, mas com exposição mais abrangente, que Ada Pellegrini Grinover fixa o seu magistério: “Do conteúdo clássico do *due process of law*, como garantia do réu, passa-se à proteção mais ampla, sem distinção entre *substance* e *procedure*. A Cláusula transforma-se na garantia real da ordem jurídica: *judicial process* não significa processo judicial, mas a aplicação judicial da lei e, por extensão, interpretação judicial da norma. Assim,

7. *A contrariedade na instrução criminal*, ed. do autor, S. Paulo, 1937, p. 110.

8. *Novas tendências...* cit., p. 4, em nota.

9. “O direito à adequada tutela jurisdicional” (artigo) in RT 633/244.

6. Rogério Lauria Tucci, *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, Saraiva, São Paulo, 1993, pp. 67-68.

due process of law é, em sentido amplo, a garantia de que a lei é razoável, justa e contida nos limites da Constituição. Ao lado do *procedural due process*, sustenta-se a existência de um *substantive due process*, garantindo o exercício pleno e absoluto dos direitos de liberdade e de propriedade (em sentido amplo). A Cláusula não mais se limita à determinação processual dos direitos substanciais, mas se estende à garantia de que seu gozo não seja restringido de modo arbitrário ou desarrazoado".¹⁰

A Constituição de 1988 (art. 5.º, LV), numa redação bem mais precisa e perfeita do que aquela contida no art. 153, §§ 15 e 16, da Carta de 1967/69, mas ambas declinando o mesmo postulado, diz, textualmente: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes". Trata-se, na realidade, de um corolário decorrente do devido processo legal, mais precisamente, da regra do contraditório, como já assinalamos, e, com ela, a fixação de que a ampla defesa enseja o exercício de todos os meios e recursos a ela inerentes. É por isso que se tem salientado ser o direito de defesa do réu, defesa técnica acrescentamos, uma garantia. É o que também observa Vittorio Denti: "Sotto un secondo aspetto, la difesa costituisce no già un diritto, ma una garanzia, come esigenze di un corretto svolgimento del processo, per un interesse pubblico generale che trascende l'interesse dell'imputato (o della parte) ed è soddisfatto soltanto se il contraddittorio è effettivo, se uguaglianza delle armi è reale. Si tratta qui di assicurare un *due process of law* o di realizzare un *fair trial*, il che può richiedere (ed, anzi, nella maggior parte

dei casi richiedi) la presenza in giudizio del difensore".¹¹

Este entendimento também vem explicitado na doutrina pátria por Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci, vasado nos seguintes termos: "A garantia constitucional do devido processo legal deve ser uma realidade, em todo o desenrolar do processo judicial, de sorte que ninguém seja privado de seus direitos, a não ser que, no procedimento em que este se materializa, se verifiquem todas as formalidades e exigências, em lei previstas".¹² Rogério Lauria Tucci, em obra recentíssima, nos ensina que, "relativamente ao processo judicial, o devido processo legal se apresenta como um conjunto de elementos indispensáveis para que este possa atingir, devidamente, sua já aventada finalidade compositiva de litígios (em âmbito extrapenal) ou resolutória de conflitos de interesse de alta relevância social (no campo penal)".¹³

3. Jurisprudência

A jurisprudência mais atualizada, segue a mesma orientação. A 10.ª Câmara do TACRIMSP, na apelação 680.235, por votação unânime, tendo por relator o Juiz Jo Tatsumi, fixou: "Com a devida vênia, ao Ministério Público, enquanto instituição, cabe não só a iniciativa da ação penal pública, como o dever de velar pela regularidade de sua tramitação, bem assim, o resguardo da punição legítima, escoimada de vícios. Por isso, com renovada vênia, equívoco o conceito de interesse, de conotação de direito processual civil, o mesmo cabendo, quanto à chamada

11. "La difesa come diritto e come garanzia" in *Il problema dell'auto difesa nel processo penale*, p. 48.

12. *Constituição de 1988 e...* cit., § 6, p. 17.

13. *Direitos e garantias...* cit., p. 68.

10. *Garantia constitucional do direito de ação*, S. Paulo, 1973, pp. 35-36.

pretensão. Assim, não pode e não deve, o órgão do Ministério Público, aquietar-se frente à apenação, com violação do devido processo legal, pois, a condenação não consiste em movimento de sua pretensão, ou submissão do interesse alheio ao próprio. No processo penal, diversamente, de um lado, figura o órgão do Estado, no exercício do dever de promover punição; de outro, o acusado, a quem é irrecusável a ampla defesa. Logo, a chamada lide penal não se instaura pela pretensão, deduzida pelo autor e resistência oposta pelo réu. E, como corolário do dever de promover a punição, exsurge, igualmente, de modo indeclinável, o escoreito cumprimento do devido processo legal, instrumento constitucional de garantia do acusado e de validade da sentença. Outro v. acórdão, também proferido pela 10.^a C., na ap. 681.577/7, relator o Juiz Sérgio Pitombo, estabeleceu em suas razões de decidir: “Condenou-se, pois, o argüido, em processo disforme e repudiante da verdade material e: *nulla poena sine iudicio* válido. O quebrantamento da forma procedimental, se relevante, não consiste em nenhuma modernidade, com o acatamento devido, mas em recuo, no tempo. Nem mostra simplicidade desejável, ou prática salutar, visto como rapidez e imparcialidade não bastam para formar bom juízo”.

E o STJ, em v. aresto relatado pelo Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, no REsp. 13.375-RJ, DJ de 17.2.92, Seção I, p. 1.381, decidiu: “O processo penal é complexo de relações jurídicas, que tem por objeto a aplicação da lei penal. Não há partes, pedido ou lide, nos termos empregados no processo civil. Juridicamente, acusação e defesa conjugam esforços, decorrência do contraditório e defesa ampla, para esclarecimento da verdade real. Ninguém pode ser condenado sem o devido processo legal...”.

4. Devido processo legal e verdade material

É mediante o processo legal devido que se poderá alcançar a verdade material ou real, que muitos autores apontam como verdadeiro princípio informador do direito processual penal. A busca da verdade real, para muitos processualistas penais, constitui a finalidade específica e imediata do processo penal. Para o julgamento a ser proferido no processo penal, tanto quanto possível, deve ele refletir a realidade da ocorrência realizada. Como expõe José Frederico Marques, “solucionando com exatidão o litígio penal, o juiz aplica, com justiça, o Direito objetivo; e para isto imprescindível se torna um perfeito conhecimento, pelo magistrado, dos fatos que devam ser enquadrados nas normas penais, para atuar os seus poderes jurisdicionais em harmonia com a vontade concreta da lei”.¹⁴

Em trabalho do qual participamos, no que respeita à regra da verdade material, escrevemos: “Como salienta Nilzardo Carneiro Leão — após lembrar, com Abraham Bartolini Ferro, que “a sentença do juiz não satisfaz a consciência social e não corresponde aos fins do processo, se não reflete a realidade e não é fruto de uma investigação plena e sem prejuízos”, — deve ter-se presente, em nosso campo de trabalho, que “a infração penal, como resultante de uma vontade, é um fato real. É uma realidade na conduta do indivíduo. Decorre disso a necessidade do julgador de se prender, sem possibilidade de afastamento, à verdade real. Não basta a sua fixação formal, mas o estabelecido de uma verdade. Verdade real que é verdade material. Nesse sentido, aliás, ganha relevo a doutrinação de Guglielmo Sabatini, ao expres-

14. *Elementos* ...cit., I/61.

sar que, diferentemente do que acontece no processo civil, “o conceito penalístico de sentença justa tende a identificar-se, sobretudo e melhor, com o de sentença contemplativa da verdade objetiva”. Ora, para atingir-se tal desiderato, há de ter-se em vista uma verdade processualmente válida, livre de qualquer influência que os sujeitos parciais do processo pretendam exercer, sobre a reprodução do fato cuja apuração e determinação constituem objeto deste. Esse motivo pelo qual, agudamente, observa Fenech que a “regra da verdade material” traz ínsita a vedação às partes de obstaculizar, de qualquer maneira, a sua perquirição, de sorte que o juiz possa atingi-la e, com ela, basificar sua sentença; bem como a concepção de normas processuais aptas à aquisição da verdade material — tudo como segue: “Este princípio de la verdad material exige no sólo que las partes no impidan el camino hacia la misma para que pueda el juzgador conseguirla y emplearla como base de la sentencia, sino que las normas que rigen el proceso estén de tal manera concebidas que pueda lograrse dentro del mismo la adquisición de la verdad”. Aduza-se que a viabilização de tal escopo se dá pela definição legal da instrução probatória, em que se subsume a prova penal, numa atividade destinada “à comprovação da verdade material, constitutiva, simultaneamente, de um método para a condução do processo penal à sua finalidade imediata e específica, e a via adequada à consecução desse escopo, consubstanciado na aplicação da norma jurídica material ao caso concreto. Assim também que aludida definição, na esteira de ensinamento de Pierre Bouzat, reclama a adoção de duas regras, referente, por um lado, à liberdade da prova, e, por outro, a lealdade na investigação probatória, preservatória, em lógica composição àquela, da liberdade jurídica do acusa-

do, no tocante a possíveis abusos no desenrolar da instrução criminal”.¹⁵

É bem verdade, como lembra Rogério Lauria Tucci, “a verdade, de modo absoluto, objetivamente considerada, não pertence ao homem, mas, tão-só a Deus; busca-se, em âmbito da jurisdição penal, “uma idéia mais ou menos exata”, sobre a ocorrência de uma prática tida como delituosa; vale dizer, uma idéia constitutiva de certeza”.¹⁶

Arrematando, com Ada Pellegrini Grinover, estabelecemos que “o Estado de direito deve combater o delito seguindo regras morais e escrupulosas, sob pena de igualar-se aos delinquentes e de perder toda a autoridade e credibilidade. E as garantias que a Constituição assegura ao acusado não são simplesmente postas como tutela de seus direitos individuais, mas são, antes de mais nada, garantias de *justo processo*, assegurando o interesse geral à regularidade do procedimento e à justiça das decisões”.¹⁷

Conseqüentemente, não há o *devido processo legal* quando: a) não há adequação das normas procedimentais; b) quando se rompe o equilíbrio constante do *audiatur et altera pars*; em suma, quando deixa de haver o devido contraditório, com a igualdade de armas entre as partes; c) quando falta a adequada tutela jurisdicional; d) só o *devido processo penal* assegura a possibilidade de aquisição da verdade real ou material.

O processo que deixar de observar todas, ou tão-só uma dessas conclusões, é nulo de pleno direito. E são estas conclusões que nos levam à indivisibilidade da ação penal, assegurada tanto para as ações privadas como para as públicas. Essa indivisibilidade que é

15. Rogério Lauria Tucci *et alii*, *Princípio e regras orientadoras do novo processo penal brasileiro*, Forense, Rio, 1966, pp. 145-147.

16. *Direitos e garantias...* cit., pp. 181-182.

17. *O processo constitucional marcha...* cit., 2/1.

vinda por Hélie como um verdadeiro princípio, veio consagrada do direito romano: "*nulli audientia probeatur qui causae continentiam dividet*". A partir daí, os Práticos formularam a correta conclusão de que, nas hipóteses de conexão e de continência, os fatos devem ser apurados e decididos *in unus et simultaneus processus*.

5. Devido processo legal e indivisibilidade da ação penal

Faz bem mais de um século, Pimenta Bueno, indubitavelmente um dos mais lúcidos processualistas penais brasileiros do período imperial, escreveu: "A conexão é o nexu, a dependência recíproca que as causas ou os factos têm entre si; a disjunção e a separação d'ellas, separação forçada, por isso mesmo que o todo criminal deve ser indivisível. Com effeito, embora os crimes sejam diversos, desde que elles são entre si connexos, ou que procedem de differentes associados como autores ou cúmplices, formão uma espécie de unidade estreita que não deve ser rompida".¹⁸ Na mesma linha de raciocínio, Florian, examinando a hipótese de conexão objetiva, cuja distinção com a continência, na sua visualização, é apenas bisantina, afirma textualmente: "En todos estos casos sería inoportuno y hasta perjudicial fraccionar el proceso en distintos procedimientos para cada delito o procesado; la apreciación de sólo una parte ocultaría el sentido del conjunto, fraccionándolo, y la responsabilidad de cada sujeto no aparecería precisa ni clara".¹⁹ E Pimenta Bueno nos

fornece o arremate dessas conclusões: "Todos os meios de accusação, defesa e convicção estão em completa dependência. Separar será dificultar os esclarecimentos, enfraquecer as provas, e correr o risco de ter afinal sentenças dissonantes ou contradictorias".²⁰

Em conclusão, portanto, há necessidade de que o fato seja apurado num único e simultâneo processo, salvo hipóteses excepcionabilíssimas, tal como previstas no Código de Processo Penal, sob pena de ferir-se a garantia do *due process of law*. O rompimento da unidade processual, instaurada a partir da denúncia ou queixa, ou de um aditamento causa, sempre, efetiva ou potencialmente, um grave prejuízo para os acusados. E, em ambas as hipóteses, esse prejuízo conduzirá, inafastavelmente, à nulificação do processo.

6. Aditamento e indivisibilidade

Examinando o que prefere chamar de princípio, e que nós denominamos de regra, o processualista carioca Afrânio Silva Jardim escreveu: "Na verdade, somos que ação pública é tão indivisível quanto a ação privada, apenas a forma de explicitar o princípio e fiscalizá-lo tem uma sistemática diferente no CPP. Tendo em vista o princípio da oportunidade da ação penal privada, tornou-se imperativo ao legislador regular a matéria de forma expressa no art. 43 do CPP, impedindo que o querelante utilize-se do direito de ação de forma discriminatória, em contraste com os fins colimados pela lei ao outorgar-lhe tal legitimação extraordinária. Assim, em sendo facultativa a ação privada, correto andou o legislador ao tornar claro e límpido o princípio da indivisibilidade, criando mecanismos para o seu

18. José Antonio Pimenta Bueno, *Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro*, Empreza Nacional do Diário, Rio, 1857, 2.^a ed., n. 111, p. 63.

19. Eugenio Florian, *Elementos de Derecho Procesal Penal*, tradução e referências do direito espanhol de L. Prieto Castro, Bosch, Barcelona, s/d, p. 167.

20. José Antonio Pimenta Bueno, op. cit., p. 63.

controle (arts. 45 e 48 do CPP). Entretanto, a ausência de dispositivo idêntico em relação à ação pública não pode levar jamais à conclusão de que ela seja divisível; mormente em face da combinação dos arts. 77, II, e 79 do CPP. Pode-se afirmar, sem medo de errar, que também a ação penal pública é indivisível. Neste particular, o sistema do código se apresenta bastante lógico. Na realidade, vigorando o princípio da obrigatoriedade da ação pública, desnecessário seria dizer que ela deve ser proposta em face de todos os autores e partícipes da infração penal. Em outras palavras, o princípio da indivisibilidade está abrangido ou compreendido no princípio da obrigatoriedade. A indivisibilidade, destarte, é um consectário lógico da obrigatoriedade de agir. É intuitivo". E prossegue o professor guanabarro: "Note-se que no texto citado não fizemos qualquer distinção entre ação pública incondicionada e condicionada. Tal raciocínio vale também para a ação condicionada, vez que, sendo espécie do mesmo gênero, é informada pelos mesmos princípios. Vale dizer, toda e qualquer ação penal pública é indivisível, apenas a violação a este princípio não tem as mesmas consequências da ação privada, que é facultativa e disponível. Assim, não faz nenhum sentido "estender o princípio da indivisibilidade de ação privada para a ação penal pública condicionada". Antes de ser indivisível, a ação pública condicionada é obrigatória, presente a condição especial exigida pela lei para o seu regular exercício, devendo o Ministério Público denunciar todos contra quem tiver alguma prova no inquérito que o habilite a fazer a imputação de um fato criminoso. Se, nada obstante a presença desta prova, o Promotor de Justiça não acusa, estaremos diante de um arquivamento em face do indiciado não incluído na denúncia, seja arquivamento expresso, seja arquivamento implícito.

Surgindo tal prova nova, no curso da instrução criminal, a hipótese deve ser tratada segundo a sistemática do aditamento à denúncia e do controle do princípio da obrigatoriedade da ação pública, consoante esclarecemos em nossa monografia denominada *Ação Penal Pública — Princípio da Obrigatoriedade*" (Rio, Forense, 1988, pp. 109-111). E conclui: "Dentro desta sistemática é preciso distinguir: a) se a prova já existia no inquérito quando foi oferecida a denúncia, a não inclusão de um co-autor na praça acusatória importa em arquivamento, expresso ou implícito; para tanto existe o controle judicial do art. 28 do CPP. Nesta hipótese, o aditamento para a inclusão do co-autor não denunciado exige prova nova, nos termos da Súmula 524 do STF; b) se a prova da participação de outra pessoa não denunciada surgir durante o processo, abre-se a hipótese de aditamento, que se apresenta obrigatório, nos termos do princípio da ação penal pública, podendo o juiz exercer o controle sobre o não aditamento na forma do art. 28 do CPP, por analogia. Nada mais além disso".²¹

Da obrigatoriedade do aditamento, não só porque é decorrência da regra, — para muitos princípio —, da indivisibilidade do processo, mas porque esta é a forma correta de se buscar a verdade real como já assinalado, ocorre uma violação do devido processo legal, na inobservância dos procedimentos. É que o rompimento da "espécie de unidade estreita", da qual "todos os meios de acusação, defesa e convicção estão em completa dependência", e porque "separar será dificultar os esclarecimentos, enfraquecer as provas" pode possibilitar as "sentenças dissonantes e contraditórias", de que falava, com muita proprie-

21. *Direito Processual Penal* (estudos e pareceres), Forense, Rio, 1990, pp. 422-424.

dade, Pimenta Bueno, pois a união de processos, por muito maior razão, quando se imputa a duas pessoas a responsabilidade por um único evento, decorre da *natureza das coisas*. Esta expressão, modernamente invocada por Welzel na elaboração da teoria final da ação, foi apresentada por Hêlie: “o princípio da indivisibilidade do processo e da junção dos procedimentos conexos, tão antigo como o próprio processo, resulta, não da lei, mas da necessidade das coisas, que quer que toda a ação humana, para ser razoavelmente apreciada, seja examinada em seu conjunto, e não separadamente e através de cada uma de suas partes”.²²

7. Os crimes culposos

Os crimes culposos se constituíram sempre um dos problemas mais agudos do direito penal. De criação relativamente recente na sua estruturação dogmática, ganhou relevo a partir do advento das máquinas, mas, a sua metamorfose operou-se com surgimento da teoria finalista da ação. Esta teoria, que no início se apresentava bastante confusa e imprecisa quanto a esta categoria de crimes, trouxe para a construção da teoria dos delitos culposos um componente considerado como decisivo por quase toda a doutrina moderna: o *dever objetivo de cuidado*. Na atualidade, mesmos os autores que professam as chamadas teorias causalista e social da ação, reconhecem a grande contribuição trazida para a solução dos enojosos problemas que o delito culposos suscita.²³

Efetivamente, é da norma do cuidado exigido que o juiz extrairá o componen-

te indispensável para o cerramento do tipo culposos.²⁴ Conseqüentemente, a determinação do cumprimento ou não de cuidado, converte-se no *punctus saliens* “de la naturaleza de la culpa y el marchamo legal de su condición normativa, por cuanto que el deber de diligencia es ya un idéa-valor a establecer por el juzgador, que ha de decidir la criminalidad de lo culposos coronando el concepto”.²⁵

Os tipos culposos, já escrevemos, são tipos abertos, “onde a proibição apresenta-se caracterizada por uma certa indeterminação, devendo a norma individualizadora ser completada, na atividade jurisdicional, com uma regra geral que a admita. É justamente dentro desse contexto objetivo que a imprudência, a negligência e a imperícia se constituem em formas de violação do cuidado, para o que, sempre, se faz mister conhecer o fim da conduta voluntária”.²⁶ Observamos, todavia, que se não há de confundir o dever de cuidado com a lesão desse dever. Com absoluto rigor científico, escreve Juarez Tavares que “o dever de cuidado tem características exclusivamente normativas e se impõe de modo concreto a todos os que vivem em sociedade e desenvolvem atividades que não se dirigem finalisticamente à realização de um tipo de delito ou a um resultado típico. A lesão do dever de cuidado resulta da omissão da ação cuidadosa, imposto pela norma, no sentido de atender às funções protetivas a que se propõe”.²⁷

24. Júlio Fabbrini Mirabete, *Manual de Direito Penal*, parte geral, Atlas, S. Paulo, 1985, 1/147.

25. Antonio Quintano Ripollés, op. cit., p. 265.

26. José Henrique Pierangeli, *O consentimento do ofendido na teoria do delito*, RT, S. Paulo, 1989, p. 32.

27. *O direito penal da negligência* (uma contribuição à teoria do crime culposos), RT, S. Paulo, 1985, p. 138.

22. Cf. in José Frederico Marques, op. cit., 1/272.

23. V. Antonio Quintano Ripollés, *Derecho Penal de la culpa*, Bosch, Barcelona, 1988, pp. 255-256.

7.1 A estrutura dos tipos culposos

O tipo culposo reclama: a) o descumprimento do dever de cuidado; b) causação de um resultado lesivo a um bem jurídico; c) que a violação do dever de cuidado tenha se constituído em fator determinante do resultado, ou, como diz Heleno Fragoso: “o resultado corresponde à lesão do bem jurídico e tem de estar em relação de causalidade com a ação ou omissão contrária ao dever de cuidado”.²⁸

Para a comprovação do descumprimento do dever de cuidado exige-se que se determine qual era, nas circunstâncias, o cuidado devido. Na esteira desse entendimento, o Código Penal espanhol, no seu art. 355, exige expressamente que, em cada caso concreto que se julgue, se fixe o dever de cuidado que competida ao causador do resultado, naquela situação fática.

O critério fixado pelo legislador ibérico está em perfeita consonância com a doutrina. Esta, para a determinação da tipicidade objetiva culposa, reclama uma operação mental hipotética, e se, na hipótese, uma vez introduzido o cuidado no desenvolver causal, o resultado não teria ocorrido, haverá indiscutível tipicidade objetiva culposa. No entanto, uma vez introduzida no evoluir dos fatos a conduta cumpridora do cuidado, o resultado adviria da mesma maneira, não haverá tipicidade objetiva, ou seja, não há responsabilidade penal a ser perquirida.²⁹ Efetivamente, um entendi-

mento em sentido contrário levaria à odiosa adoção da *versari in re illicita*, ou, responsabilidade penal objetiva, repudiada por toda doutrina moderna formada dentro da estrutura de um Estado de Direito.

Conseqüentemente, a responsabilidade penal por culpa obriga que se estabeleça uma relação objetiva entre o resultado e a conduta descumpridora do cuidado, ou, em outras palavras, que se determine de forma irrefutável uma relação entre o dano causado a um bem jurídico tutelado e a conduta descuidada. Com precisão absoluta, Wessels esclarece que “se o resultado socialmente danoso também não fosse evitável no caso de uma conduta juridicamente isenta de defeitos, a ausência do cuidado, existente no caso concreto, seria irrelevante para a sua ocorrência”,³⁰ ou, como aclara Bacigalupo, “de cualquier forma, entre violación del deber objetivo de cuidado y el resultado debe existir una *relación de causalidad* que se establece de la misma manera que en el delito doloso, recurriendo al criterio de la *conditio sine qua non*”.³¹

Entre nós, nessa linha de pensamento, ensina Heleno Fragoso: “O resultado

actualmente nadie lo discute. Pero afirmar la causalidad no significa todavía que el resultado pertenece a la acción descuidada — que no cumple con el cuidado requerido. Si el resultado no pertenece a la acción descuidada, no puede ser elemento del injusto. Esto es, el desvalor de resultado sólo juega un papel, en cuanto el resultado puede ser atribuido a la acción (descuidada). (*Culpa y finalidad los delitos culposos y la teoría final de la acción*), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1967, p. 74, em nota de n. 225). O autor andino, no texto, expõe o pensamento de Roxin, para quem deve-se, obrigatoriamente, “comprobar si el resultado existente se encuentra dentro del campo de la acción descuidada” (p. 74).

30. Johannes Wessels, op. cit., p. 153.

31. Enrique Bacigalupo, *Lineamentos de la teoría del delito*, Astrea, Buenos Aires, 1978, pp. 141-142.

28. Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de Direito Penal* (a nova parte geral), Forense, Rio, 1985, p. 233.

29. Eugenio Raúl Zaffaroni, *Teoría del delito*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1973, p. 336; Enrique Bacigalupo, *Principios de Derecho Penal Español*, Ed. Akal, Madrid, 1985, p. 172; Johannes Wessels, *Dereito Penal* (parte geral), trad. brasileira de Juarez Tavares, Sérgio Fabris, Porto Alegre, 1976, p. 149. V. tb. Juan Bustos Ramírez: “que haya relación causal,

corresponde à lesão do bem jurídico e tem de estar em relação de causalidade com a ação ou omissão contrária ao dever de cuidado. Se assim não for, o fato não é imputável ao agente. Pode haver dúvida no caso de conduta negligente ou imprudente relacionada com o evento lesivo que ocorreu, em realidade, por causas diversas. É o caso do médico descuidado que pratica ação capaz de produzir a morte do enfermo que, no entanto, morreria mesmo que a ação obedecesse rigorosamente às regras da arte. Em tais casos não responde o agente pelo resultado”.³²

7.2 Tipos culposos e atividade jurisdicional

Tratando-se de crimes culposos, onde a proibição apresenta uma certa indeterminação, à atividade jurisdicional compete impedir toda e qualquer extensão exagerada das exigências do cuidado, no sentido de determinar onde se torna impossível a sua exigência, ou até que ponto o seu descumprimento não ultrapassa a medida que a experiência geral da vida diária estabelece, pois, como adverte Welzel: “contraria al cuidado es solo aquella puesta en peligro que va más allá de la medida normal en el ámbito de relación de la medida adecuada socialmente”.³³

Nessa tarefa de cerrar o tipo, o juiz deverá buscar até a essência do conceito de culpa nos domínios da adequação social.³⁴ Não há como negar que ao fechar o tipo, o juiz cumpre tarefa de

magna importância, assegurando o direito de liberdade que um Estado de Direito se compromete a observar. É o respeito ao chamado princípio da legalidade consubstanciado na fórmula de Feuerbach: *Nullum crimen nulla poena sine (prævia) lege* (Constituição, art. 5.º, XXXIX). Ao realizar essa missão de cerrar o tipo, e, conseqüentemente, a de assegurar o direito humano de liberdade, o juiz deve abdicar de um conceito irreal, absolutamente inexistente, de *homunculus normalis*, verdadeira arqueologia jurídico-penal, para tomar como referência “un hombre concienzudo y cuidadoso, del mismo círculo del tráfico al que pertenece el autor (conductor de automóviles, médico, arquitecto etc.)”, diz Rodríguez Mourullo.³⁵

A doutrina moderna, em geral, vem desprezando o conceito empírico do homem médio e do diligente *pater familias*, para tomar em consideração a capacidade concreta da pessoa do causador do resultado, de tal maneira que se este possui um conhecimento maior do que o de um ponto médio ou uma habilidade maior do que a habilidade do promédio, se lhes exige tanto quanto seja capaz.³⁶ No nosso País, levando a solução para o campo da culpabilidade — que para nós se insere na formação da tipicidade subjetiva —, com a maestria que o ornamentou, escreveu Heleno Fragoso: “A previsibilidade de que se cogita para a determinação da culpa *stricto sensu* será sempre a previsibilidade pessoal, que considera as possibilidades concretas do agente, nas circunstâncias em que atuou...”.³⁷

32. Op. cit., p. 233.

33. Hans Welzel, *Derecho Penal Aleman*, trad. chilena de Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1976, p. 188.

34. Jorge de Figueiredo Dias, *Liberdade, culpa e direito penal*, Coimbra editora, Coimbra, 1983, p. 255.

35. Gonçalo Rodríguez Mourullo, *Derecho Penal* (parte general), Civitas, Madrid, 1978, p. 341.

36. V. a respeito, Enrique Cury y Urzúa, *Derecho Penal* (parte general), Jurídica de Chile, Santiago, 1982, I/285 e ss.

37. Lições, cit., p. 235.

7.3 Para que se cumpra o dever de cuidado, o causador deve conhecer o seu conteúdo

Para que o causador — ou autor, se se preferir —, cumpra a conduta cuidadosa, deve ele, obrigatoriamente, conhecer o seu conteúdo, pois, só dessa forma estará apto a cumpri-la. Não se pode ter um comportamento dirigido à evitação de um resultado quando não se tem um prévio conhecimento da possibilidade de um acontecer juridicamente relevante e de uma maneira de como se pode evitá-lo.³⁸ Numa certa observação, diz Enrique Cury que à dogmática do crime culposos só interessa a falta de atenção que encontra a sua origem nas falhas volitivas, ou seja, aquelas que contam com mecanismos intelectuais que o habilitam a observar uma atitude mais atenta.³⁹ Conseqüentemente, o cumprimento do dever de cuidado fica na dependência da capacidade individual, estreitamente ligada ao conhecimento especial de cada indivíduo, ou, como corretamente expõe Enrique Bacigalupo, só “*infringe al deber de cuidado el que no emplea el cuidado que sus capacidades y su conocimiento de la situación le hieran permitido*”.⁴⁰

Esta circunstância, tão elementar como imprescindível para estabelecer a culpa penal, tem sido ressaltada pela jurisprudência mais atual: “Na violação do dever de cuidado finca-se o elemento essencial e definitivo da tipicidade objetiva de todo delito culposos, porquanto a previsibilidade e a causalidade não são suficientes para a configuração da culpa. Evidente, portanto, que a determinação depende do prévio conhe-

cimento do agente, sob pena de se afastar o elemento intelectual da culpa (previsibilidade). Assim sendo, torna-se impossível fixar-se uma violação do dever de cuidado quando impossível o seu conhecimento pelo agente que ignorava a situação de perigo existente” (RT 594/354). Em sentido semelhante, RT 597/304.

Fatal, por conseqüência, a conclusão de que só se pode atribuir a alguém a responsabilidade penal em face do descumprimento do dever de cuidado, quando se apresentarem bem nítidas a prévia informação e a preparação, como argutamente observou Engisch.⁴¹

Retomando e desenvolvendo esse ponto, e adotando as lúcidas conclusões de Juarez Tavares, podemos acrescentar: “A esse dever de se informar e se preparar para a execução de uma atividade, está por igual associado o dever, já anteriormente mencionado, de reconhecimento do perigo para o bem jurídico. Tendo em vista este binômio prévio reconhecimento do perigo-informação e preparação como cuidados prévios, é que se estipula, por exemplo, a norma impositiva de só se permitir a condução de veículos por pessoas habilitadas segundo regras e exames convencionados”.⁴²

Em se tratando de culpa coexistente, ou, de “concorso di fatti colposi indipendenti”,⁴³ ou, se se preferir, de concurso de pessoas, sendo pela qual parece caminhar a doutrina nacional majoritária, de uma ou de outra forma,

41. Karl Engisch, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, ed. de Gruyter, Berlin, 1930, p. 290.

42. Juarez Tavares, op. cit., p. 142.

43. Francesco Antolisei, *Manuale di diritto penale, a cura de Luigi Conti* (parte generale), Milano, A. Giuffrè, 1975, n. 189, p. 469; Roberto Rovelli, *Le responsabilità civili e penali per gli incidenti della strada*, Torino, UTET, 1965, p. 26).

38. José Henrique Pierangelli, “Culpa penal e moléstia profissional” in *Escritos Jurídico-penais*, RT, S. Paulo, 1992, p. 126.

39. Enrique Cury y Urzúa, op. cit., I/285.

40. Enrique Bacigalupo, *Princípios*, cit., p. 170.

deve-se examinar as condutas dos protagonistas do evento para, só depois, se concluir pela responsabilidade penal de um, ou de outros, ou de ambos. Ademais, se os fatos não forem apurados num único e solitário processo, não se pode atender ao grau de culpabilidade, na qual se insere o grau da culpa de que falava a legislação anterior, as circunstâncias e consequências do crime, para estabelecer a pena aplicável, necessária e suficiente para o juízo de reprovação pelas condutas culposas dos protagonistas causadores do evento (art. 59 CP).

8. Conclusões

1.^a A determinação da responsabilidade penal exige a observância, em todas as manifestações, do devido processo legal — na hipótese, do devido processo penal. Tratando-se de garantia constitucional indispensável para a aferição e determinação da responsabilidade penal, num Estado de Direito, como atualmente vivemos, o desatendimento de um só dos aspectos que compõem o *due process of law*, conduz inexoravelmente à nulidade do processo.

2.^a Uma das maneiras de se burlar a garantia do devido processo penal encontramos na ruptura da unidade proces-

sual, cuja providência não fica ao talante do juiz e nem atrelado à economia processual. Ao contrário, só nas hipóteses previstas nos arts. 79 e 80, do CPP ela é permitida. E a aplicação do art. 79 deve ser tida como taxativa, enquanto a do art. 80, deve ser considerada de modo restritivo, informado por um critério de extrema necessidade. Apenas a título de exemplo, a chamada economia processual não pode prevalecer, em qualquer hipótese, sobre a unidade processual.

3.^a Só a apuração dos fatos *in unus et simultaneus processus* permite concluir-se pela culpabilidade, incluindo-se nela o grau da culpa de que falava expressamente o Código de 1940 (art. 42). Quando se tratar de culpas concorrentes ou coexistentes, — o mesmo ocorre com o concurso de pessoas —, indispensável a apuração dos fatos num único processo, pois, a culpa de um pode excluir, ou apenas influir, na determinação da culpa do outro, ou dos outros protagonistas do evento. Mas não é só, se apuradas em processos cindidos, como fixar-se, com critério razoável, a pena? Destarte, todas as dificuldades que a separação cria, conduzem a uma indeterminação que não pode uma legislação democrática referendar.