

Dolo, preterintencionalidade, culpa, caso (*)

I Imputação material, moral e legal—II Culpabilidade: dolo, preterintencionalidade, culpa, caso—III O dolo no Dir. Romano e na Idade média. Theorias modernas—IV Theoria da vontade. Carrara—V Theoria da representação — VI Falta de concomitancia do dolo em algumas das phases da execução; *actiones liberae in causa* VII Especies do dolo: determinado e indeterminado, alternativo e eventual, generico e especifico, *dolus generalis*, *dolus repentinus* e *premeditatus*—VIII Conceituação legal do dolo—IX Conceito da culpa: critica á definição de Carrara—X Criterio da previsibilidade; discussão—XI Fundamento da imputabilidade dos delictos culposos—XII Especies de culpa—XIII Causalidade na culpa; culpa mediata; compensação de culpas—XIV Conceituação legal da culpa—XV Preterintencionalidade—XVI Caso—XVII—O elemento moral nas contravenções.

I—Para que um evento deva ser criminalmente imputado a alguém é necessaria triplice indagação:—si elle foi causado pela actividade ou inactividade physica do individuo, por acção ou omissão, e é o que se chama *imputação material*; si este nexo de casualidade physica foi acompanhado do estado psychico de consciencia e de vontade do agente, ou de inconsciencia contraria ao dever, e é o que se diz *imputação moral*; finalmente si a lei tinha previamente comminado punição contra auctor de facto perpetrado nessas circumstancias materiaes e moraes, e é a *imputação penal*.

Não basta a imputação material: *consilium uniuscujusque non factum puniendum est*. A simples resolução de delinquir não é punivel: *cogitationis pœnam nemo patitur*. O facto, moral e materialmente averiguado, só será criminalmente levado á conta do seu auctor, si a lei anteriormente assim o houver determinado: *nullum crimen, nulla pœna sine lege*.

(*) Apontamentos de aula, do professor dr. F. Mendes Pimentel.

O objecto do nosso estudo é a imputação moral, o elemento ou força moral subjectiva do delicto.

II—Em linguagem vulgar diz-se *culposa (latô sensu)* a responsabilidade moral pelo evento danoso; culpado é o individuo a quem se attribue, como acto d'elle, a lesão do bem juridico alheio.

Indagando da culpabilidade do auctor material de um delicto, podemos verificar as seguintes hypotheses: *a)* o agente teve plena consciencia da relação casual entre o seu acto e o evento danoso e foi justamente para obter esse resultado que poz por obra a sua actividade,—é a culpabilidade no *maximum* de intensidade, é o *dolo* na sua mais nitida expressão; —*b)* o auctor, no intuito de offender um determinado direito, praticou acto do qual resultou lesão de bem juridico mais importante do que o visado,—é a figura da *preterintensionalidade*; —*c)* elle não previu, mas podia e devia prever, a consequencia danosa do seu acto, foi negligente e imprudente,—e incorreu em *culpa stricto sensu* *d)* emfim elle não previu o effeito danoso e normal mente não o podia prever,—e então trata-se do caso.

Exemplificando com o homicidio: um individuo lança mão de uma arma de fogo carregada e, visando o inimigo e no intuito de matar-o (*ne-candi animo*), fal-a detonar e obtém o resultado letal a que se propuzera,—é o homicidio doloso; tem por fim unicamente espancar o adversario, o qual, para se livrar dos golpes, corre e, na precipitação da fuga, cãe e morre em virtude do traumatismo da queda,—é o homicidio preterintencional, o effeito obtido foi além da intenção do criminoso, *præterintentionem*; atirando de dentro de casa á rua um objecto pesado, o faz com tal descuido e desaso que é attingida na cabeça uma criancinha que passava na occasião e que morre da contusão,—homicidio culposó; fazendo exercicio na linha de tiro com todas as cautelas regulamentares, acontece que ao despedir o tiro em direcção ao alvo é por elle attingida pessoa que, contra as prescripções legaes, se introduzira na zona prohibida,—homicidio casual.

Si todas as hypotheses occurrentes fossem desta simplicidade, si todas as figuras de culpabilidade tivessem esse nitido recorte que as extrema umas das outras, não haveria difficuldado no thema. Assim, porém; não acontece, e a variedade e especiosidade dos casos obrigaram a doutrina a apprehender construcções juridicas que ainda não estão terminadas e levaram as legislações a conceituar differentemente o elemento moral do delicto.

III—Nos primordios do Dir. Romano, reacção punitiva (sacrificio penitencia) não dependia da indagação do elemento moral do delicto, e ainda na Lei das Doze Taboas se encontravam vestigios dessa phase inicial. Accentuou-se, porém, bem cedo o conceito de que para o crime era necessaria a voluntariedade do acto.

As expressões *consilium, voluntas, animus, propositum, sciens, causa*, etc., apparecem em differentes textos para significar a vontade do delinquente.

O vocabulo - *dolus* — era empregado especialmente em antithese a violencia, *vis*, e significava a malicia, a astucia, a manha, o engano, como se vê da definição de Lobão, no Dig. lib. IV, tit. III, frag. I, § 2.º, «*omnis calliditas, fallacia, machinatio ad circumveniendum, fallendum decipiendum aliquem adhibita.*»

Os praticos da Edade Média reuniram material para a construcção juridica do dolo, procurando solução para os casos sujeitos a seu exame, mas não chegaram a organizar os principios em um corpo systematizado de doutrina, o que só se verificou nas tentativas emprehendidas no seculo XIX.

Actualmente duas theorias se apresentam para conceituar o dolo : a theoria da vontade e a theoria da representação.

IV—Carrara é partidario da doutrina da vontade. Reproduzir o seu ensinamento é expor authenticamente a doutrina classica a proposito do elemento moral do delicto.

Para o grande professor, o delicto resulta do concurso de duas forças —a physica e a moral—, cada uma das quaes se desdobra em subjectiva e objectiva.

A força moral subjectiva consiste na vontade intelligente do homem em acção.

Quatro são os seus requisitos, dois de intelligencia—conhecimento da lei e previsão do effeito—, e dois de vontade—liberdade de escolha e vontade de agir.

Do concurso da intelligencia e da vontade surge a *intenção*, a qual é o esforço da vontade para um fim; intenção criminosa—o esforço da vontade para o delicto.

A intenção pôde ser *perfeita* (quando a intelligencia e a vontade se acham em sua plenitude) e *imperfeita* (quando a intelligencia, ou a vontade, ou ambas se encontram diminuidas).

Distingue-se ainda a intenção em directa e indirecta. É *directa* quando se prevê o effeito e se pratica o acto justamente para obtel-o. Na intenção *indirecta* é preciso subdistinguir : si o effeito é previsto e comquanto não se o queira, precisamente, todavia se empregam os meios de que elle pôde resultar,—a intenção é indirecta *positiva*; si o effeito não é previsto,—a intenção é indirecta *negativa*.

Postas estas noções, Carrara define o dolo :—a intenção mais ou menos perfeita de praticar um acto que se sabe contrario á lei.

—Este modo de formular a theoria da vontade, fazendo consistir o elemento moral do delicto na intenção, é erroneo, contradictorio nos proprios termos e originador de difficuldades na theoria e na pratica.

E' contradictorio nos proprios termos, porque, si a intenção é, como a propria palavra o está indicando e como Carrara a define, a direcção da vontade para um fim, o esforço voluntario para um resultado—não se oncebe uma intenção indirecta, isto é, uma direcção que não vise um fim, um esforço que não tenda a um effeito.

E esta contradicção não é simplesmente verbal ou de fórma, é de conceito ou de fundo.

Com effeito, si Carrara ensina que os requisitos intellectuaes da força moral subjectiva podem existir potencialmente, mas os de vontade é imprescindivel que existam *actualmente* (Progr., Pte. Geral, § 60), como então affirmar elle que na intenção indirecta positiva a vontade é *indifferente* (§ 66), o que importa em dizer que não existe, que não actúa, pois que vontade é acção, é dynamismo, é energia operando?

A vontade, diz o chefe da escola ontologica, é o elemento *substancial* da definição do dolo (Opusc., I, pag. 306). Ora, na intenção indirecta a vontade não se exercita. Logo, é inconcebivel o dolo indirecto.

A definição de culpa, dada pelo criminalista italiano, tambem padece do mesmo defeito de antimonía nos proprios termos. Vel-o-emos opportunamente.

A intenção, que é o motivo do impulsò voluntario, não comprehende e não esgota toda a idéa do dolo; ella serve ás vezes de criterio para que o legislador configure ou accentúe a criminosidade do acto, e então constitue o dolo especifico do delicto (arts. 119, 140, 189, 207, 305, etc., do c. p. brasileiro).

Nosso codigo, adoptando a technica defeituosa de Carrara, faz consistir o dolo na intenção criminosa; mas, quando quer contrapor o dolo á culpa, usa da expressão mais ampla «vontade criminosa» art. 160, § 3.º).

V — Desta impropriedade de technica da theoria da vontade, gerando graves difficuldades doutrinaes e praticas, nasceu a chamada *theoria da representação*, que tem como representantes na Allemanha Franck, Liszt e Lilienthal.

Expondo-a pela fórma clara e concisa de von Liszt: —O dolo é a *representação da importancia do acto voluntario como causa*. Distingue-se da culpa em que esta é a falta de representação (o não conhecimento) contraria ao dever da importancia do acto como causa.

Por outras palavras: o dolo é a representação da causalidade voluntaria, é a previsão; a culpa é o desconhecimento censuravel da causalidade, é a imprevisão do previsivel.

Assim dá-se o dolo: 1.º—quando o agente tem em vista o resultado, quando pratica o acto justamente para alcançar o effeito previsto, quando a representação da causalidade é o motivo de agir, é o *ut a causa, finalis* do acto; é o dolo de intenção, de que, entre muitos, nos offerece

o cod. brasileiro, exemplo no art. 189, em que, conceituando uma das figuras de crimes contra a inviolabilidade dos segredos, prescreve «tirar carta de repartição publica ou de portador particular *para conhecer-lhe o conteúdo*».

2.º) quando o agente tem a representação de causalidade *necessaria* entre seu acto e o resultado, embora esta previsão não seja o motivo de agir.

E von Liszt exemplifica: o allemão que toma parte em um emprestimo levantado por um paiz em guerra com a Allemanha, sabendo que deste modo concorre para augmentar a força de resistencia do inimigo, commette dolosamente traição contra a patria, se bem que sua intenção seja a especulação, o motivo de seu acto seja o fito do lucro.

3.º) quando o agente tem a representação do resultado do seu acto, consequencia *possivel* mas não necessaria delle, e *apezar* dessa representação pratica o acto.

Por ex.: o negociante fraudulento que põe fogo à casa para lucrar no seguro, prevê que o incendio pôde se communicar ao predio vizinho e occasionar perdas de vida, resultados que elle não deseja, mas aos quaes antecipadamente presta annuencia, pois que a representação delles não o demove do acto.

Si, porém, o auctor conta evitar, pela sua destreza ou habilidade, o evento representado como possivel, e é nessa esperança que pratica o acto, — desaparece o dolo e intervem a culpa.

Por ex.: um caçador, ao visar a caça, vê que proximo della está alguém que pôde ser attingido; contando com a segurança da sua pontaria e com a precisão da arma, e na esperança de evitar o damno pessoal, despede o tiro que alcança o companheiro de caçada.

O dr. José Hygino, em critica ao projecto de Cod. Penal Brasileiro, pretende que a theoria da representação tem nesta ultima hypothese o seu calcanhar de Achilles, pois que ha um caso em que, apezar da representação do resultado, não ha dolo, o que basta para que a construção juridica se desmorone.

Não me parece procedente a objecção. Na situação exemplificada do caçador, não houve representação do resultado, porque elle acreditou que tal resultado não se daria.

Substituindo representação por previsão e valendo-nos da expressão de Carrara: — prevêr que o evento não se dará equivale a não prevêr tal evento.

Tem razão o mestre brasileiro quando diz que para a incriminação não basta a representação do effeito e que, além della, é necessario o impulso voluntario. Mas a definição de von Liszt incluye essa condição quando exige a representação da importancia do acto voluntario como causa.

Não se póde dizer querido ou doloso o resultado consequente de acto praticado voluntariamente, quando esse resultado não foi previsto ou representado: *nihil volitum nisi præcognitum*. A previsão, isto é, a representação do nexu causal entre o acto e o resultado é o que caracteriza a voluntariedade do effeito.

No exame do dolo eventual, da tentativa com dolo indeterminado, etc., teremos ensejo de verificar a segurança da theoria da representação, que é não só a mais logica como a que melhor corresponde, nas suas applicações, á necessidade da defesa social.

VI — Si o elemento moral é imprescindivel para a existencia do delicto, não quer isto dizer que o esforço de vontade deva sempre acompanhar o acto em todas as suas phases até a consummação do crime. O que é essencial é que haja um consciente nexu de causalidade entre a acção ou omissão voluntaria e o evento damnoso.

Ha casos em que, dado o impulso inicial pelo agente, a consummação do delicto se perfaz por forças inanimadas ou por forças humanas inconscientes ou involuntarias, que serviram de instrumento ao malfeitor, o qual nesse momento póde se achar em estado de completa inconsciencia ou até póde ter sinceramente se arrependido de ter provocado o resultado criminoso. E' a hypothese das chamadas *actiones liberæ in causa*.

O assumpto foi particularmente estudado na embriaguez preordenada, nos crimes perpetrados *in ebrietate procurata et affectata ad effectum*.

Não ha accôrdo entre os criminalistas: para uns (Garraud, Pessina, etc.) não existe o dolo, porque este tem de ser concomitante com a acção, e si a embriaguez é completa não ha intenção e, portanto, não ha dolo; para outros (Haus, Carrara, Manzini, etc.) persiste o dolo, porque não é necessario que este seja concomitante com a execução, e si o criminoso converte a si mesmo em instrumento cego de sua perversidade, o evento lhe deve ser plenamente imputado.

Com estes ultimos está a razão. Ninguem duvida de que procede dolosamente o individuo que colloca um engenho explosivo regulado a relógio e que detona muitas horas depois que o criminoso o deixou na casa do inimigo; mesmo que no momento da explosão o malfeitor esteja em somno profundo ou em qualquer outro estado de inconsciencia, natural ou preordenado, não ha quem deixe de reconhecer ahi um crime doloso.

Tambem não ha nem póde haver divergencia quanto aos crimes por omissão: — o guarda-chaves, que foi regulamentarmente punido e que se quer vingar do castigo, resolve occasionar um desastre não fazendo funcionar opportunamente a agulha á passagem do comboio; para esse fim embriaga-se a ponto de estar em somno completo no momento em que devia cumprir o seu dever.

A divergencia é, pois, quanto aos crimes commissivos e quando o proprio criminoso é o instrumento do seu designio perverso.

Manzini dá este exemplo que é bem elucidativo: — uma ama, por odio á patrôa ou por perversa antipathia á creança, resolve matal-a; sabe que o alcool produz em si convulsões epileptiformes; embriaga-se e, como sempre, deita-se com a creança, a qual é victimada pela assassina que se achava em estado de completa inconsciencia. Quem dirá que é este um facto casual ou simplesmente culposo?

Pretender que é impossivel que o bebado, em estado de embriaguez completa, execute o que resolveu em estado de consciencia — é, por um lado, deslocar a questão, e, por outro lado, desconhecer este estado crepuscular de sub-consciencia, que a psychologia ultimamente tem acuradamente averiguado.

E' de experiencia diaria despertarmos á hora em que resolvemos firmemente acordar; é facto de verificação commum manter o bebado as antipathias ou sympathias que nutria em estado de jejum de alcool.

A todas essas considerações accresce a do criterio positivo regulador da responsabilidade criminal, — o da periculosidade do delinquente. Na verdade, si um individuo no uso normal de suas faculdades resolve perpetrar um crime, si (ou no intuito de ganhar coragem ou no de armar á exculpação), lança mão do alcool e completamente embriagado commette o attentado, — tal individuo revela clarissimamente sua temibilidade, seu energico e arraigado *penchant au crime*, pois que, quer no estado normal e quer no anormal de ebriedade, nelle persiste a mesma attitude ante-social, inadaptable ao meio.

VII — Os tratadistas enumeram varias especies de dolo. E', porém, de notar não só que a maior parte das distincções são méras subtilizas sem alcance theorico ou pratico, como tambem que não ha uniformidade de technica entre os criminalistas.

Diz-se dolo *determinado* aquelle que se constitue pela direcção da vontade para um fim unico e exclusivo; *indeterminado* quando varios são os resultados previstos do acto, que o auctor pratica ou para obter qualquer delles, ou para alcançar um delles, correndo o risco de produzir outro.

Para o caso de dolo indeterminado, criou-se a regra *dolus indeterminatus determinatur eventu*. O individuo que, no intuito de matar o inimigo, faz detonar contra elle a arma é animado de dolo determinado. O que, em rixa, vibra cacetada contra o adversario, prevendo que pôde matal-o, offendel-o grave ou levemente, obra com dolo indeterminado.

O dolo indeterminado se subdistingue em *alternativo* e *eventual*. Dá-se dolo *alternativo* quando para o auctor é indifferente que se realize qualquer dos resultados previstos e possiveis do seu acto: um tiro desfechado contra uma multidão, pôde ferir leve ou gravemente um, ou pode matar um ou mais individuos.

No dolo *eventual* o criminoso tem um intuito determinado, mas, além deste resultado desejado, prevê a possibilidade de outro que lhe é indiferente ou que prefere mesmo que não se dê, correndo, entretanto, o risco de que elle se verifique: o incendiario que lança fogo a predio habitado, obra com dolo determinado quanto ao incendio e com dolo eventual quanto ás offensas physicas ou a morte da pessoa que na occasião se encontrava no predio; o espancador de mulher gravida, sabendo que a victima estava pejada, é animado do dolo determinado, quanto ás offensas physicas e dolo eventual quanto ao aborto.

No tratamento do dolo eventual fracassa a theoria da intenção.

De facto: si o dolo é a intenção, si esta é a direcção e o esforço da vontade para o fim criminoso; mas, si nos casos exemplificados não ha intenção, porque a vontade do agente não se dirige para o evento mais grave, o qual lhe é indiferente ou até repugnante,— o corollario seria considerar não doloso o delicto dessa natureza.

Para evitar a consequencia aberrante da justiça e da defesa social—engendram os classicos o *dolo indirecto*, a *culpa dolo determinata* e outras subtilezas sem realidade, méras tautologias para mascarar a difficuldade.

A theoria da representação é coherente: si o agente préviu o resultado e si, apesar da previsão, praticou o acto de que, no seu conceito, podia resultar o evento damnoso, não ha duvida sobre a existencia do dolo.

A distincção entre o dolo eventual e a culpa obedece ao mesmo criterio geral; o da previsão no dolo, o da previsibilidade na culpa.

Ha dolo sempre que o agente colloca seu proprio interesse acima da incolumidade da ordem juridica; ha culpa, quando elle obra na esperanza de que o evento injuridico se não realize; no primeiro caso imputa-se ao criminoso o seu duro egoismo, que ha de prevalecer mesmo a despeito da lesão de direito alheio; no segundo caso o que se lhe attribue é a leviandade, a irreflexão, a imprudencia com que calculou as consequencias do seu acto.

O armador, que com fito de lucrar no seguro do seu navio, colloca nelle a machina infernal que o fará sossobrar, incorre em dolo pela morte ou ferimentos dos tripulantes.

O individuo que, no exercicio da caça, atira contra o animal, na esperanza de que o tiro não alcance uma pessoa que se acha na direcção da pontaria, incorre em crime culposo, si a carga attingir essa pessoa.

Theorica e praticamente se justifica este criterio: theoreticamente porque o que caracteriza a culpa é a imprevisão contraria ao dever, e prevér que um evento não se realizará, é o mesmo que não prevér tal evento; praticamente, porque é incontestavel a maior periculosidade do egoista que sobrepõe seu interesse illicito á incolumidade da ordem juridica, do que a do desattento, imprudente e irreflectido que, antes por defeito de intelligencia que de vontade, occasiona o mal.

— Outra distincção geralmente acceita, é a do dolo generico especifico.

O dolo *generico* é a *voluntas sceleris* em geral, é a resolução de violar o direito penal objectivo; basta a voluntariedade do acto e a presumida consciencia da illegalidade.

O motivo ou o fim do acto não entra no conceito do dolo generico: matar o homem ferido de hydrophobia para abreviar-lhe os horribéis padecimentos, arrebatár o preso das mãos da auctoridade porque é elle innocente, é praticar homicidio doloso, é dolosa tirada de preso do poder da justiça; exercer a medicina sem estar legalmente habilitado, é incorrer dolosamente nas penas do art. 156, do c. p., qualquer que seja o movel ou intuito.

Ha, porém, casos de delinquencia para cuja configuração legal é exigido um determinado movel, ou um certo fim, ou o emprego de tal ou tal meio,— este intuito, este escopo, este meio constitue o chamado *dolo especifico*.

Assim, não haverá prevaricação si o julgamento ou procedimento do empregado publico contra litteral disposição de lei não fôr determinado por odio, affeição, contemplação ou para promover interesse pessoal seu (art. 207); não haverá injuria sem o *animus injuriandi*, nem o furot sem o *animus furtandi*, nem o estellionato, sem o artificio ou fraude, etc.

O dolo especifico, pois, é, como diz Manzini, o intuito ou o fim especial a que se propõe o criminoso e que servê para distinguir varios delictos entre si: a tirada de cousa alheia movel, para si ou para outrem contra a vontade do seu dono, é furto; para destruil-a, é damno; si o meio empregado fôr o artificio fraudulento, é estellionato; si para fazer justiça pelas proprias mãos é o exercicio arbitrario do direito, o que os italianos chamam *ragion fattasi*.

— Convém não confundir o dolo generico com o chamado *dolus generalis*.

Esta denominação é reservada para o caso em que o auctor do delicto, julgando já o ter consummado, pratica, noutro intuito, actos posteriores que realmente ultimam o crime: exemplo classico o do individuo que, acreditando já ter morto a victima, atira-lhe o corpo, no intuito de esconder o attentado, ao rio, onde ella de facto succumbe por asphyxia.

Para a maioria dos auctores ha, na hypothese, concurrencia de tentativa dolosa o consummação culposa.

Voltaremos mais demoradamente ao assumpto, quando tratarmos do erro no curso causal do attentado.

— Distincção que merece conhecida pelos effeitos que produz na punição, é a existente entre o *dolus repentinus* e o *dolus praemeditatus*, ou entre o dolo de proposito e o dolo de impeto, como os denomine Carrara.

Este criminalista, tratando da gradação do dolo, diz que sua força intrínseca, isto é, a maior ou menor energia da determinação criminosa, afere-se pelo critério da duração e da espontaneidade dessa determinação, podendo dizer-se que tanto mais grave é o dolo, quanto mais vencível é o impulso criminoso e que a vencibilidade do impulso, está na razão directa do tempo concedido á reflexão e na razão inversa da energia da paixão.

Da combinação destes dois elementos deduz Carrara os seguintes quatro graus do dolo, os dois primeiros constituindo o *dolus ex proposito* e os dois ultimos o *dolus ex impeto, in rixa, ou in calore iracundiae*;

1.º) a determinação é tomada com frieza d'animo e se mantém com perseverança,—é o que se chama na technica criminal a premeditação;

2.º) existe a perseverança, mas sem frieza d'animo, é a simples deliberação ;

3.º) o criminoso obra d'animo frio, mas sua determinação não teve tempo para ser reflectida, é a resolução imprevista ;

4.º) finalmente, não houve nem perseverança e nem frieza d'animo, é o caso da paixão cega, do impeto de ira e de dôr.

Verificaremos estas noções quando, tratando das circumstancias aggravantes, estudarmos a premeditação.

VIII — Quanto á conceituação legal do dolo, seguindo Alimena dividimos os codigos em dois grandes grupos — o dos que não definem o elemento moral do delicto e os que o definem.

O primeiro grupo de legislações limita-se a mencionar as circumstancias excludentes da responsabilidade criminal, conceituando assim negativamente o dolo (francez, allemão, etc.).

O segundo grupo se triparte nestes systemas :

1.º) dos codigos que definem o dolo pelo livre arbitrio (S. Marinho) ;

2.º) systema da vontade (hespanhol, portuguez, italiano, etc.) ;

3.º) systema do dolo mau (austriaco, *boese Absicht*).

Na Allemanha, na Suissa e na Austria, cuida-se da reforma das respectivas legislações penaes.

Todos os projectos definem o dolo e o extremam da culpa.

O allemão de 1909, fal-o consistir na consciencia e na vontade (*mit Wissen und Willen*) com que é praticado o acto : o contra-projecto de v. Liszt e outros de 1911 articula o conceito da representação.

O projecto suiso de 1909 define o dolo como intenção, mas explica que obrar com intenção é praticar o acto sciente e voluntariamente.

O projecto austriaco de 1912 diz que obra dolosamente quem quer occasionar, ou presta annuencia a que se produza a lesão ou periclitacão que constitue o fundamento da punição.

O cod. criminal brasileiro de 1830 continha estes dispositivos : art. 2º

§ 1º — julgar-se crime ou delicto a acção ou omissão *voluntaria*, contraria ás leis penaes, art. 3º. não haverá criminoso ou delinquente sem *má fé*, isto é, sem conhecimento do mal e intenção de o praticar.

Para nós que já vimos que a vontade não se confunde com a intenção e que a má fé não é essencial ao dolo criminal, resalta o defeito dessa conceituação.

O código vigente, cujo auctor tomou por paradygma o cod. italiano de 1889, afastou-se deploravelmente do seu modelo nos dispositivos em que pretendeu definir o elemento moral do delicto.

Assim, diz no art. 7.º, ser crime a violação imputavel e *culposa* da lei penal.

Ora, na technica criminal a culpa é uma modalidade da imputabilidade, antinómica com o dolo.

Donde se dever concluir (si attendessemos a letra errada do código de 1890) que legalmente só existem crimes culposos,— o que seria rematado absurdo.

No art. 24 preceitúa que as acções ou omissões contrarias à lei penal, que não forem commettidas com *intenção* criminosa, (dolo) ou não resultarem de negligencia, imprudencia ou impericia, (culpa), não serão passíveis de pena.

E no art. 42, § 1.º, menciona como attenuante não ter havido o delinquente pleno conhecimento do mal e *directa intenção* de o praticar.

Quer dizer que nosso código adopta o systema do dolo — intenção, repudiado completamente na doutrina e nas modernas legislações.

Preferível seria que, traduzindo o art. 45 do cod. Zanardelli, dissesse: aó será punido por um delicto quem tiver querido o facto que o constitue, a menos que a lei expressamente lh'o impute como consequencia de sua acção ou omissão.

IX — Os delictos voluntarios ou dolosos não esgotam as incriminações. A par delles, conceituam todas as legislações, os chamados crimes involuntarios ou culposos, isto é, infracções em que o auctor não quiz ou não annuiu em que a lesão de direito alheio se realizasse, mas ainda assim foi causa do evento damnoso por desatenção para as consequencias de sua acção.

O *chauffeur* que, em carreira vertiginosa em rua frequentada, atropella o viandante, não quiz feril-o ou matal-o, mas é criminalmente responsavel pela falta de cuidado com que se conduziu.

Tratemos de verificar o conceito da *culpa*, *stricto sensu*, differenciando-a do dolo e do caso.

A noção ainda hoje geralmente aceita é a da imprevisão do que podia e devia ser previsto.

E' a velha definição de Mucio, reproduzida por Paulo no frag. 31, Dig., *ad legem Aquiliam*:— *culpam esse quod, cum a diligente praxideri poterit, non esset praxisum.*

Ou como mais tarde conceituou um pratico medievo — *est non scire quod scire possumus et debemus.*

Os classicos orthodoxos, isto é, os que consideram o livre arbitrio como pedra angular da imputabilidade, não podem acceitar esta consequencia tão natural da responsabilidade por culpa. Para elles a culpa é também crime voluntario, porque de outra fórma seria inimputavel, visto como só é querido o que é conhecido (*nihil volitum nisi precognitum*), ora no delicto culposo o resultado não é previsto, e, não sendo previsto, o agente não tem sobre elle a opção ou livre escolha, e, portanto, não é por elle responsavel.

Para evitar esta consequencia, os classicos procuram conceituar a culpa como vicio da vontade, definindo-a o egregio Carrara «a omissão voluntaria de diligencia no calculo das consequencias possiveis e previsiveis do proprio facto».

Esta definição é absolutamente inaceitavel. E' contradictoria nos proprios termos, porque não se comprehende a omissão voluntaria de previsão; a imprevidencia é uma attitude psychica negativa, inconjugavel com a voluntariedade que é attitude dinamica, activa. E, si possível fosse alguém deliberadamente deixar de prevêr a consequencia de seu acto, obraria dolosamente e não culposamente.

E' certo que Carrara defende sua theoria, affirmando que, no delicto culposo, o resultado ou effeito é que é involuntario, mas que o acto que o produz é sempre voluntario. Não procede: 1.º) porque no accidente casual também involuntario é só o effeito, porque o acto é voluntario; ex: um individuo entra em casa de um armeiro para comprar uma pistola, o negociante tira-a do armario e entrega-a ao exame do freguez e este, experimentando-lhe o gatilho, fal-a detonar e fere alguém que se achava proximo (crime casual); para mostrar ao freguez o mecanismo da arma, o negociante carrega-a em presença daquelle, que, imprudentemente, acciona o aparelho detonador e occasiona um damnº pessoal (crime culposo); tanto num como noutro caso, a acção foi voluntaria, mas na primeira hypothese, o resultado era imprevisivel (não houve defeito de intelligencia); porque não é usual guardar armas novas á venda carregadas, ao passo que na segunda o evento era previsivel, porque a cautela ordinaria aconselha não accionar o gatilho de arma que se sabe carregada, tendo deante della alguém que póde ser victima do tiro; 2.º) porque o acto de que resulta no delicto culposo, a lesão de delicto alheio póde ser involuntario, e tal acontece em casos de omissão, exc. : o guarda-chave que adormece na guarita e que, por não dar o signal regulamentar, occasiona um encontro de comboios;—é sem duvida alguma involuntaria a omissão nos casos de esquecimento, bastando lembrar para elucidação o que aconteceu na Italia com o cirurgião D'Antona e que foi muito discutido no fôro daquelle paiz: praticando a laparotomia no seu cliente Sammarino, esqueceu-se o operador de retirar do abdomen do paciente um rôlo de gaze que por descuido alli deixara e que produziu a morte do operado.

Preferível, pois, á definição de Carrara é a de von Liszt «o não conhecimento, contrario ao dever, da importancia da acção ou omissão como causa», ou a de Impallomeni «inobservancia de norma de conducta, tendo como effeito lesão não querida de direito subjectivo».

A culpa extrema-se do dolo, em que este é previsão e aquella imprevisão, e differencia-se do caso em que na culpa ha previsibilidade e no caso impresivibilidade.

São elementos do delicto culposo :

a) o evento danoso, porque sem damno verificado não pôde haver culpa, visto como a negligencia, a imprudencia e a impericia só se revelam taes pelo contraste entre a conducta do agente e o resultado de seu acto. O legislador, que prevê a periculosidade de certas attitudes, pôde prohibil-as sob comminação penal, mesmo que dellas ainda não tenha resultado o mal temido. Neste caso, porém, a figura é a da méra contravenção, que justamente por esta ausencia de damno immediato se distingue do delicto culposo. O simples porte de armas prohibidas incorre em punição como contravenção policial; sómente apparecerá o crime culposo si o portador desattento da arma vedada occasionar com ella lesão de direito ;

b) este evento danoso, deve ser previsto em lei penal; a punição do dolo é geral, a da culpa excepcional, o que quer dizer que o legislador só pune a desattenção em casos que, a seu juizo, ãos de maior relevancia ;

c) o resultado deve ter sido involuntario, no que a culpa se extrema do dolo ;

d) tal resultado deve ser previsível, com o que se aparta o conceito da culpa do caso, que é a imprevisibilidade.

XI—Este criterio de previsibilidade foi durante muito tempo tranquillo na doutrina da culpa criminal. Ultimamente, porém, surgiram tentativas, que me parecem malogradas, de substituil-o por outro que melhor caracterize a culpa.

Rebatendo as objecções ao conceito da previsibilidade e, em seguida, criticando os que foram propostos para substituil-o, teremos justificado nossa preferencia pela theoria tradicional.

Manzini resume nestes tres argumentos os motivos que lhe parecem procedentes para rejeição do principio da previsibilidade:

1.º) tudo pôde acontecer e tudo, portanto, pôde ser previsto; e si tudo pôde ser previsto deve ser evitado, a actividade humana se restringiria ao minimo indispensavel á existencia, isto é, ficaria entravada no receio de incorrer em responsabilidade criminal ;

2.º) a justiça penal não toma contas ao individuo por causa das suas previsões, mas sim, por causa das suas acções ou omissões ;

3.º) si o agente criminoso tivesse podido prevêr o evento, não o teria occasionado.

Quanto á primeira objecção. Nem tudo que é possível é previsível, porque a phenomenallidade universal ainda não está scientificamente averiguada.

Da astronomia, que é a sciencia das previsões mathematicas, nem todos os phenomenos são previsiveis; e tanto mais elevada é a hierarchia de um systema de verdades geraes relativas a um objecto determinado, mais difficil é a previsão dos phenomenos regidos pelo conjuncto de leis que constituem essa sciencia. Tudo saber para tudo prevêr, afim de tudo provêr—é uma aspiração irrealizavel!

Mas, quando mesmo tudo que póde acontecer pudesse ser previsto, o criterio informativo da culpa não consiste no *poder* de previsão, mas no *dever* de previsão.

O que o legislador exige é que se preveja o que ordinariamente acontece, o que é consequencia costumeira do trafego usual da vida, e não o que é inopinado, extraordinario, excepcional.

Ora, quando se exige de quem vive em sociedade que, em bem desta, tenha presentes as consequencias de certos actos, as quaes ordinariamente os acompanham, não se exige cousa impossivel e, pois, não se commette injustiça em exigil-o.

Quanto á segunda objecção. Certo que a justiça não toma contas ao individuo pelas suas previsões, sim, pelas suas acções; mas, só imputa os effeitos dessas acções, si ellas foram previsiveis.

Semelhantemente no crime doloso: a lei não incrimina a méra *voluntas sceleris*, sim a acção ou omissão; mas o effeito desta acção ou omissões só será punido si tiver sido querido, voluntario.

Exemplifiquemos: um individuo, de dentro de seu quarto com duas janellas, dando uma para a rua e outra para o pateo interior fechado, atira um objecto pesado por cada uma dessas janellas; e fere um viandante que passava no momento pela rua e tambem um garoto que tendo pulado o muro, se achava na occasião no pateo; naquelle caso praticou crime culposo, neste outro crime casual; e porque? Porque na primeira hypothese era previsível a consequencia do seu acto, e na segunda, o não era, pois que não tinha obrigação, não estava no dever de conjectuar que alguém tivesse escalado o muro e penetrado no pateo sem consentimento.

Quanto á terceira objecção. Não padece duvida que, de accordo com os ensinamentos da psychologia experimental, o facto de não ter sido previsto um determinado resultado, é a prova de que, nas mesmas circumstancias, tal resultado era imprevisível.

Mas, uma das circumstancias que determinaram a imprevisão, e a mais importante, foi o desleixo ou desatenção do agente; ora, um dos fins da pena é exactamente avivar representações enfraquecidas, isto é, tornar alerta a faculdade de atenção e precaução que devemos exercitar nos actos communs da vida em sociedade.

E' por isso que a previsibilidade não é aferida pelo criterio subjectivo, mas pelo objectivo, isto é, tendo em conta o que normalmente acontece.

Si as objecções ao principio da previsibilidade se manifestam improcedentes, os criterios propostos para substituil-as são tambem inaceitaveis.

Brusa pretendeu addiccionar ao principio da previsibilidade, o da *prevenibilidade*, definindo a culpa—a omissão voluntaria de diligencia necessaria para prevêr e prevenir um evento penalmente anti-juridico, possivel, previsivel e prevenivel.

E exemplifica: o cocheiro que atira o carro á disparada por estrada publica, deserta no momento, vê de repente que uma criança procura atravessal-a a pouca distancia; elle prevê o accidente, mas já não pôde prevenir, por maior que seja o esforço em deter a parelha. A isto se responde que a prevenção presuppõe previsão, não se podendo evitar o que se não prevê.

A culpa reside, não na attitude de falta de prevenção no decurso da acção, mas no acto inicial, cuja consequencia deverá ser avaliada.

No exemplo de Brusa, o delicto é culposo, não porque o cocheiro não preveniu o accidente, mas porque não previu, ao lançar os cavallos á desparada, o evento previsivel e consequente.

Outro criterio suggerido é o da *casualidade voluntaria do evento*. Si o delinquente culposo, diz Stoppato, não quiz a lesão de direito alheio é certo que poz por obra meios de que resultou tal lesão,—e tanto basta para que seja penalmente responsavel.

Este criterio ou é demasiadamente estreito por não comprehender a culpa por omissão, na qual a attitude causal é involuntaria, ou é excessivamente extenso confundindo a culpa com o caso, pois que tambem nos accidentes casuaes o acto humano causativo pôde ser voluntario.

O mesmo escriptor tentou completar sua theoria, exigindo para o conceito da culpa, além da causalidade voluntaria, o *emprego de meio ante-juridico*.

Mas, quando se dirá que um meio é anti-juridico, ou, como aiz elle, não é homogeneo á ordem juridica? Certamente, quando se *prevê* que de seu emprego pôde resultar mal a tёрceiro.

Porque o legislador define como injuridicos a excessiva rapidez dos automoveis, o porte das armas perigosas, o não desinfecar o barbeiro os utensilios de sua arte? Porque a experiencia commum denuncia esses factos como occasionadores de damnos.

O mesmo meio será homogeneo ou heterogeneo com a ordem juridica, conforme a previsibilidade da consequencia lesiva do seu emprego:—o derrubar uma arvore, se for no meu quintal e attingir algum extranho que imprudentemente se approximou, é um accidente casual; si eu for empregado da Prefeitura e, podando a arborização publica, offender um transeunte, o accidente será culposo.

Os proprios adversarios da previsibilidade são forçado a recorrer a esse principio para caracterizar a culpa. E' de Stopato este trecho: Quem obra voluntariamente, produzindo evento damnoso com meios não homogeneos aos fins juridicos, *não tendo em conta as consequencias do proprio facto*, não pôde incontestavelmente ser considerado bom cidadão».

Concluindo pelas palavras de B. Alimena: a previsibilidade é condição essencial e sufficiente para imputabilidade por culpa; é *essencial*, porque o que sem ella acontece transcende o poder humano e entra no fortuito; *sufficiente*, porque, alem della, abre-se o previsto, e dado este, mesmo com a probabilidade minima, se integra o dolo.

XII—A difficuldade em harmonizar a imputabilidade por culpa com a doutrina do livre arbitrio occasionou varias theorias sobre o *fundamento da punibilidade dos delictos culposos*.

Carmignani pretende que o fundamento é a *suspeita de dolo*, e, por isso mesmo que a suspeita não pôde ser equiparada á certeza, o delicto culposo é punido mais levemente que o doloso.—Não merece refutação theoria que assenta nessa transacção de provas, e que é arbitraria, conjectural, iniqua, incompativel com a liberdade individual.

Mori diz que se trata de uma *punibilidade de excepção*,—o que nada adeanta, porque não explica o fundamento dessa imputabilidade excepcional.

Feuerbach e Romagnosi encontram o fundamento no *contracto social*; por elle o homem se obrigou a ser diligente, e como a culpa é infracção dessa clausula do pacto social, incorre na pena que é a sancção contractual.

Ha os que, reconhecendo que a culpa é defeito de intelligencia, e não de vontade, opinam pela *impunibilidade*.

Ha ainda os que, confundindo noções elementares, dizem que a infracção culposa é *contravenção*.

Nada disso. O fundamento da imputabilidade penal do delicto culposo, é o mesmo de todo o direito de punir,—reacção social contra actos anti-sociaes. O individuo desattento, negligente, imprevidente é tambem perigoso para a communhão, porque de sua desattenção, negligencia, imprevidencia facilmente resultam lesões dos mais importantes bens juridicos.

A pena, no delicto culposo, tem a mesma função que no delicto doloso: o fim *permanente* de admoestação geral, de reprovação a attitudes perigosas, e de inculcação do sentimento de segurança por estar vigilante e activo o orgão de defesa social; os fins *variaveis*, conforme a natureza do deliquente,—o de intimidação pessoal, o de educação ou de reavivamento de representações enfraquecidas, o de reducção á innocuidade dos elementos inadaptaveis ao meio social.

XIII—Os criminalistas têm tentado conceituar numerosas *especies de culpa*, mas semelhantes distincções são, na maior parte, puramente verbaes e sem valor theorico ou pratico.

Uma que esteve mais em voga e que ainda tem partidarios, é a da differençação entre a culpa *inconsciente* (negligencia) e a culpa *consciente* (luxuria). Dá-se a primeira, quando o agente não teve representação do resultado do acto; dá-se a segunda quando tendo a representação de tal resultado, praticou o acto com as cautelas que julgou necessarias e na convicção de que a consequencia não se realizaria. Esta distincção é ontologicamente falsa, e tambem perigosa na sua applicação: falsa, porque, como diz Carrara, tanto vale não prevêr um evento, como prevêr que elle não aconteça, —haveria manifesta contradicção em dizer «tu previste que isto não aconteceria, portanto, tu previste que isto succederia»; —perigosa, porque leva a tratar mais benignamente o culposo inconsciente, isto é, o estroina, o leviano, do que o individuo precatado que toma medidas para evitar um mal que por erro de sua intelligencia, se realiza apesar dessas precauções.

—Distincção verdadeira é a de culpa *generica* e *especifica*; generica é a que infringe norma geral de conducta ou regra commum de policia; especifica, é a que viola dispositivos especiaes de leis e regulamentos ou disciplinas. No homicidio culposo (art. 297), haverá culpa generica, si tiver elle sido commettido por negligencia ou imprudencia; dar-se-á culpa especifica si resultar de violação de preceito regulamentar (por ex. o machinista que não apita ao se approximar de uma passagem de nivel). O art. 210 offerece exemplo de culpa especifica que anima a falta de exactão no cumprimento do dever.

A culpa póde consistir em *acção* ou em *omissão*, isto é, a negligencia a imprudencia, a impericia, podem depender de se fazer o que se não devia fazer, ou de não fazer o que se devia fazer: o cavalleiro que a galope atropella na rua o transeunte, incorre em culpa commissiva, o machinista a que a pouco me referia, incide em culpa omissiva.

—Tradicional é a graduação da culpa em *lata*, *leve* e *levissima*. Diz-se lata quando o evento era previsivel por todos os homens, leve quando só por homens diligentes, levissima quando apenas por homens de diligencia extraordinaria. A inimputabilidade da culpa levissima é geralmente aceita. Basta observar, como diz Impallomeni, que a lei penal é norma de conducta e que, por isso, deve ser uma regra cujos preceitos possam ser obedecidos pela generalidade dos homens. Ora o que se pode exigir da generalidade dos homens é a diligencia compativel com a capacidade média presumida em uma população. Para a punição da culpa levissima faltaria o que na linguagem de Carrara se chama a força moral objectiva do delicto, isto é, o sentimento de insegurança, de temor e de reprobção geral que desperta o attentado; todos consideram o evento com piedade tanto para com a victima como para com o autor e equiparam o accidente a uma fatalidade, *culpa levissima pro casu fortuito habenda erit*.

XIV—Uma das questões mais discutidas em materia de imputabilidade é da *culpa mediata*, quero dizer a de responsabilidade por evento que

não resultou immediatamente da negligencia, imprudencia ou impericia do autor, mas que lhe é attribuível como effeito mediato da sua acção ou omissão.

Ficou bem explicito, na exposição anterior, que não existe delicto culposo sem damno. A conducta imprudente ou negligente que não tiver produzido lesão juridica poderá ser incriminavel como contravenção, jamais como delicto culposo.

Si, pois, para a configuração da culpa é essencial que o comportamento contrario ao dever juridico tenha sido causador do damno, pergunta-se: é recebivel a velha maxima *causa causanti est causa causati*, para o fim de responsabilizar o autor por todas as consequencias do seu acto, por mais remotas que sejam? Ou, pelo contrario, só se deve ter em conta, para o fim penal, a causalidade immediata? E, si nem uma e nem outra destas soluções radicaes é aceitavel, qual o criterio guiador da solução intermedia?

Exemplificando: um *chauffeur*, com o automovel em velocidade contra-regulamentar, damnifica outro vehiculo, cujo conductor, tentando livrar-se do abalroamento, desvia-se do caminho que levava e fere uma creança, e a mãe da victima, correndo em seu soccorro, cae e succumbe a uma commoção cerebral. Serão imputaveis ao *chauffeur* todas as consequencias do seu acto, —o damno ao outro vehiculo, o ferimento da creança e a morte da mãe desta? Só lhe deve ser imputado o effeito immediato da imprudencia, isto é, o damno ao outro vehiculo? Qual o principio informativo para solução de hypotheses semelhantes?

Comecemos por fixar o conceito de causa, ao qual teremos que recorrer no estudo da tentativa, da cumplicidade, das concausas e de outros problemas juridico-criminaes. Os Escholasticos definiram-n'a: *causa est id vi cujus ens est id quod est*, ou o mesmo conceito por outras palavras, *per causam intelligo id, quo sublato, tollitur effectus*. E', pois, a força ou energia creadora de um effeito.

A *causa efficiens*,, diz a Eschola, não se confunde:

Com o *antecedente*, mesmo constante: a noite antecede sempre o dia, mas não é causa deste;

Com a *condição*, pois que esta é o *removens prohibens*, o que retira o obstaculo afim de que a causa opere: —para que haja luz nesta sala é condição que a janella seja aberta, mas a causa da claridade é o sol;

Com a *ocasião*, a qual apenas facilita a causa e a provoca á acção: —a noite foi occasião para o roubo, mas não causa d'elle.

Não é neste sentido metaphysico ou ontologico que se apura a causalidade em Direito Criminal.

Rosumamos, a proposito, a lição de Stuart Mill (*Système de Logique*, rad. de L. Peisse, Pme. ed., tome I, pags. 368 e seguintes). A noção de causa é adquirida pela experiencia; a observação nos revela a inviolabilidade de successão entre um facto natural e outro facto que o precede; o antecedente invariavel é chamado *causa*, o invariavel consequente

é o *effeito*. Mas esta invariavel successão jamais se opera entre um consequente e um unico antecedente; o consequenté é sempre a resultante da totalidade de varios antecedentes, cujo concurso é necessario para a producção do consequente. E' arbitrario escolher um entre os antecedentes e dar-lhe a cathegoria de causa, degradando os outros a meras condições.

«A causa real é o concurso de todos os antecedentes, e não se tem o direito, philosophicamente falando, de dar a um delles o nome de causa com exclusão dos outros.»

O acto humano, pois, é sempre um dos antecedentes, o qual operando com as outras condições, produz o *effeito*.

«Em todos os casos e sem excepção alguma, diz von Liszt, a efficacia da acção humana com relação ao resultado depende do concurso de uma série de circumstancias externas, que não se pôde pensar supprimidas sem que se nos apresente tambem mudado o curso das coisas.

Sómente podemos designar a acção humana como causa de um resultado no sentido limitado e discreto, segundo o qual a causa não é mais que uma das muitas condições necessarias do resultado.»

Na accepção juridico-criminal, pois, causal será o comportamento ante-juridico (acção ou omissão) que intervier como condição (como um dos antecedentes necessarios) para lesão do direito).

Foi a proposito de um caso judiciario, que se tornou celebre na Italia, que os criminalistas italianos e estrangeiros mais se occuparam com o problema.

Em 1888, viajando o tenente-coronel Carlo Le Piane em estrada de ferro e com a familia, aconteceu que um seu filhinho caiu á linha com o comboio em movimento, por ter se encostado á portinhola do carro, que o empregado ferroviario David não tinha fechado; o pae precipitou-se em soccorro do filho, morrendo na quéda; a creança recebeu apenas ferimentos. A Côrte de Cassação condemnou David por negligencia culposa, não só pelas offensas phisicas do menino como pela morte do pae.

Um dos criticos a essa sentença e partidario da exclusiva imputabilidade da causa immediata resume assim os argumentos em abono desta ultima solução:

1.º) não apresenta temibilidade, e portanto não é penalmente imputavel, quem commette negligencia ou imprudencia, que ficaria innocua, si não fosse o acto illicito de terceiro;

2.º) para os *effeitos civis*, que constituem o mais, a causa mediata culposa responde por damno unicamente por via fideijussoria, e por isso tem direito regressivo por inteiro contra a causa immediata, que é a principal e unica devedora; não è, portanto, logico que para os *effeitos penaes*, que constituem o menos, a causa mediata responda por via principal pelo damno verificado; e nem se comprehende responsabilidade penal fideijussoria, de vez que bem se pôde pagar a divida de terceiro, mas não se pôde purgar a pena inflingida a terceiro;

3.^o) a imputabilidade da causa mediata traria como consequencia serem punidas culpas mediatas mais leves e ficarem impunes as mais graves.

Não procedem taes argumentos. O primeiro, porque não é exacto que desapareça a temibilidade do negligente ou imprudente, só porque a imprudencia ou negligencia de terceiro se conjugou com a culpa inicial para produzir o evento danoso. O guarda cancella de uma passagem de nivel não a fecha á aproximação do comboio e um automovel atravessa a linha a toda velocidade no momento em que passa o trem, resultando d'ahi damno para o passageiro do automovel: — quem dirá que a culpa do *chauffeur* faça de apparecer a do guarda cancella? A proceder o argumento, a causa immediata tambem deveria ficar impune, porque sem a causa mediata (a cancella aberta) não produziria effeito a causa immediata (a velocidade contra regulamentar do automovel). Ninguem nega que, quando o facto humano é seguido de caso fortuito ou de facto humano licito da victima ou de terceiro, permanece a imputabilidade da causa mediata; porque então, affirmar que se interrompe o nexu causal sempre que o facto illicito da victima ou de terceiro concorre para a eclosão do damno?

Quanto ao segundo argumento. Não é exacto que, em materia civil, a responsabilidade do causador mediato seja simplesmente fideijussoria; tanto no direito italiano como no nosso (cod. pen. art. 69 paragrapho unico), é solidaria a obrigação de indemnização do damno proveniente de delicto praticado por diversas pessoas. O mais superficial confronto entre o instituto da fiança e a responsabilidade criminal da causa mediata denuncia a impossibilidade de parificar as duas situações. As relações penaes não intervêm entre os individuos, mas entre os individuos e o Estado, o qual tutela o interesse de todos; o demerito de um não pôde constituir, nem moral, nem juridicamente, razão para sanar o demerito de outro e para privar a ordem juridica geral da tutela que o direito lhe assegura.

Quanto ao terceiro argumento. Não é logica a consequencia iniqua que se pretende tirar da imputabilidade da causa mediata, qual a da impunidade da culpa mais grave e da punição da mais leve. O exemplo com que se documenta a objecção é este: o pae consente que um filho de 15 annos, de optima indole, vá brincar em um lugar em que ha uma arma de fogo carregada; o menino, ao tentar retiral-a, deixal-a cahir, ferindo a tiro outra creança; — outro pae commette a imprudencia mais grave de entregar ao filho, rixoso e de má indole, um revolver carregado, e este em uma briga de rapazes, mata a tiro um companheiro; só o pae do primeiro menino seria condemnado, porque o dolo do filho do segundo exciue a culpa deste.—Ora, esta conclusão é que não é verdadeira. Na hypothese configurada em segundo lugar temos dois titulos distinctos de imputabilidade, doloso quanto ao rapaz homicida, e culposo quanto ao pae imprudente.

O pharmaceutico que, contra o regulamento, deixa o veneno ao alcance de terceiro e, assim, permite que este o retire e o utilize para fim doloso, é sem duvida culposamente responsavel. Que differença, pergunta Manzini, pôde haver entre o facto de provocar a acção de uma energia inconsciente e a de determinar uma energia consciente, do ponto de vista da imputabilidade do agente culposo ? Nenhuma : porque o dolo da causa immediata não justifica e nem attenua, e até talvez aggrave objectivamente a conducta da causa mediata.

A culpa se perfaz potencialmente pelo simples facto da conducta illicita ; a condição da sua punibilidade, isto é, a verificação do damno por ella causado, não deixa de intervir só porque o dolo de terceiro tambem concorreu para o evento lesivo—Uma vez que a imprudencia ou a negligencia foi causa do resultado, quer dizer, este não se daria sem aquella,—é responsavel o imprudente ou negligente quer directamente tenha produzido o damno, quer á sua conducta illicita se tenha associado a culpa ou dolo de terceiro.

Si improcedem os argumentos para restringir á causa immediata a imputabilidade por culpa, não haverá temperamento para a regra *causa causae est etiam causa causati*? Um exemplo : um empreiteiro de concerto de uma ponte de transito publico interrompe o serviço e, por não ter tomado as necessarias cautelas, dá logar a que uma creança da vizinhança cáia ; a mãe, com o espirito conturbado, precipita-se em soccorro e tambem é victima da quêda ; outro filho que, por isso ficára abandonado em casa, brincando com phosphoros ateia incendio ; o pae, ao se lhe deparar todas essas desgraças, enlouquece. Será penalmente responavel por todos esses damnos o empreiteiro desidioso ? Do ponto de vista puramente logico e uma vez admittida a imputabilidade da causa mediata,—a resposta é affirmativa, porque todos esses factos são consequencias uns dos outros, e si não tivesse occorrido a negligencia inicial, não se teriam verificado esses accidentes.

Repugna, porém, ao bom senso e aos principios da sciencia criminal semelhante amplitude. Na verdade : si o fundamento da imputabilidade por culpa é a imprevisão do previsivel, ha de ella se deter onde desapparecer a previsibilidade ; esta é essencial tanto na causa immediata como na causa mediata. Verificada a causalidade natural, a causalidade juridica se detem nos limites da previsibilidade.

Guiado por este criterio, resolve o juiz ou criminalista as mais variadas hypotheses de imputabilidade da causa mediata, as quaes Manzini assim classifica, tendo em conta a natureza da causa immediata : 1) causa immediata consistente em energia inanimada, sub humana ou humana inconsciente, propria ou alheia ; 2) no facto innocente de terceiro ; 3) no facto da victima ; 4) no facto culposo de terceiro ; 5) no facto doloso de terceiro.

—Para terminar este capitulo, duas palavras sobre a *compensação de culpas*.

Alguns criminalistas, applicando discriteriosamente o conhecido principio *quod quis ex culpa sua damnum sentit non intelligitur damnum sentire*, pretendem a impunibilidade da causa mediata, quando o proprio offendido concorreu tambem com culpa sua para o evento damnoso. Mas não é esse, no Direito Privado, o fundamento da compensação. Ella é um modo de extincção de obrigação, por motivo economico de celeridade, porque diz a Ord. L. IV, 78, pr., «mais razão a não pagar alguém o que deve, se lhe outro tanto é devido, que pagal-o e depois repetil-o, como cousa que não era devida».

Em Direito Civil, é admittida a compensação de culpas (compensação judicial ou reconvençional) desde que se verifiquem os requisitos da reciprocidade, exigibilidade e homogeneidade: *ut par existat culpa in utraque parte et par damnum ex ea proventum sit*.

Em Direito Criminal essa compensação não é possivel, porque os co-auctores culpados não são devedores reciprocos, mas cada um é devedor de obrigação penal para com o Estado, que a cada um tem o direito de inflingir a punição comminada.

Si dois vehiculos, infringindo ambos as posturas municipaes cu regulamento de policia, chocam-se e occasionam damnos reciprocos iguaes, —o conductor de um poderá proveitosamente oppôr, no civil, reconvenção á acção de indemnização que o outro lhe moveu; na instancia criminal, porém, a allegação da culpa do outro reu não faz desaparecer a culpa propria. A incolumidade da segurança publica exige que o imprudente ou negligente seja punido, para escarmento seu e advertencia geral aos conductores de vehiculos.

Nosso cod. penal (art. 322) admitte a compensação de injurias. E comprehende-se: — a injuria é um crime de acção privada; na hypothese de contumelias reciprocas e quando o querellante é o primeiro injuriado e segundo injuriante, o reu (primeiro injuriante e segundo injuriado) opporá a perempção da acção dizendo ao querelante, «certo que eu incorri em punição, mas tu mesmo já me puniste retorquindo a injuria contra mim; e si preferiste exercitar a justiça privada, renunciaste invocar a justiça publica». (Carrara *opuscoli*, vol. VI, 197).

Todos os crimes culposos são de acção publica, e por isso, em nenhum delles é configuravel a compensação.

XIV— Podem ser os cods. penaes classificados em tres grupos no tratamento do delicto culposo: a) os que não contém noção alguma geral sobre a culpa, na parte introductoria, configurando na parte especial os casos de delictos culposos (fr., all., etc.); b) os que na parte geral dão a noção ou definição da culpa (austr., russo, etc.); c) os que na parte geral, dizem que os delictos culposos se punem, por excepção, nos casos taxativamente designados (ital., norueguez, etc).

Os recentes projectos all., austriaco e suiso, definem na parte geral a culpa; é esta a do projecto all., de 1909— «dá-se culpa, quando o acto é praticado sem dolo, mas com falta de attenção a que o auctor era obri-

gado e estava em condições de ter, de accordo com as circumstancias e com sua situação pessoal».

O cod. brasileiro de 1830 não cuidava da culpa nem na parte geral nem na especial. D'aquí — ou ficarem impunes os crimes culposos, ou serem punidos com a pena dos dolosos, com a diminuição correspondente á attenuante do a.t. 18 § 1.º, «não ter havido no delinquente pleno conhecimento do mal e directa intenção de o praticar».

A reforma judiciaria, lei n. 2.033, de 28 de setembro de 1871, no art. 19, assim definiu o homicídio culposo e as offensas physicas culposas: «aquelle que por impericia, imprudencia ou falta de observancia de algum regulamento, commetter ou fôr causa de um homicidio involuntario, será punido com prisão de 1 mez a 2 annos e multa correspondente. Quando do facto resultarem sómente ferimentos ou offensas physicas a pena será de 5 dias a 6 mezes».

O cod. vigente extrema, no art. 24, o dolo da culpa.

A definição legal do delicto culposo, é a de «acção ou omissão contraria á lei penal que resultar de negligencia, imprudencia ou impericia».

Nem todos os crimes podem ser perpetrados culposamente, e dos que por esse modo podem ser praticados, só serão puniveis aquelles para os quaes a lei prescreveu pena, e taes são os dos arts. 148, 151, 153, § 1.º, 160, 210, 297, 302 e 306.

O codigo não usa sempre da mesma technica para exprimir o requisito da culpa.

Além da negligencia, imprudencia e impericia, conceitua tambem a inobservancia de regulamento, ordem ou disciplina, o descuido, a frouxidão, a indolencia e a omissão.

A negligencia e a imprudencia (*negligentia aut incuria, inconsiderantia aut precipitantia*), resumem todas as fórmulas de imprevidencia. A *negligentia* implica passividade; a *imprudencia* traduz actividade. A *impericia* no exercicio da arte ou profissão, tanto pôde ser por negligencia como por imprudencia, tanto pôde se manifestar por acção como por omissão.

A menção especial deste caso de imprevidencia é a justificada presumpção de que quem se dedica ao exercicio da arte ou profissão deve ter a capacidade e apidão necessarias para exercital-as, e que o damno oriundo da impericia é, por isso, penalmente culposo. — A *inobservancia de regulamentos, ordens ou disciplinas* importa em culpa lata, porque esses dispositivos concretos valem como advertencia especial sobre o perigo de certos actos, que o legislador prohibiu justamente por prevêr que delles é facil resultar damno.

XV — Do que vem exposto até aqui, já resulta claro que não pôde haver gráo intermediario entre o dolo e a culpa, isto é, que a chamada *preterintencionalidade* não é uma figura autonoma de imputabilidade.

Alguns criminalistas confundem-na com o chamado dolo indirecto, outros com o dolo indeterminado, e Feuerbach a chamava *culpa dolo de-terminata*.

Reserva-se especialmente essa denominação para o excesso nos fins do delicto, para os casos em que o resultado foi além da intenção do autor.

Verificado um evento danoso, só são possíveis estas hypotheses: a) o autor previu e quiz o resultado (dolo na sua expressão de intenção), ou previu mas não desejou o resultado, comquanto a previsão d'elle não demovesse o autor da acção (dolo eventual); b) não o previu, comquanto pudesse e devesse prevêê-lo (culpa); c) não o previu, porque era imprevisível (caso).

Ha quem sustente que no chamado delicto preterintencional existe sempre o dolo com relação ao resultado mais grave, porque quem scientemente perpetra um crime não póde invocar negligencia ou imprudencia para o evento que ultrapassou a sua intenção.

E' a revivescencia do velho brocardo — *qui in re illicita versatur, tenetur etiam pro casu*, maxima que repugna ao espirito de justiça.

E' uma presumpção de dolo com que não póde se satisfazer o direito e que não convém á defesa social.

Si, num nomento de ira, um individuo aggride outro com um socco, e o offendido, cahindo desastradamente, bate com a cabeça em uma pedra, tem uma commoção cerebral e morre,—não se dirá que o aggressor seja reu de homicidio doloso.

Aqui, mais uma vez, a previsibilidade é o principio guiador, o qual ha de ser verificado caso por caso.

Si o agente previu o evento mais grave — dolo; si o não previu e era previsível—culpa; si o não previu e nem o podia e devia prevêê—caso. O resultado intencional é sempre doloso; o preterintencional poderá ser doloso, culposo ou casual.

Ha, sim, uma presumpção *hominis* de dolo, porque, quem pratica voluntariamente um attentado em geral prevêê as consequencias possíveis do seu acto; mas é uma presumpção que cede á prova em contrario.

Os codigos mencionam algumas hypotheses especiaes de preterintencionalidade, punindo-as com pena mais grave que a da culpa e mais branda que a do dolo. Vide arts. 146 e 295 §§ 1.º o 2.º.

XVI! — Não tem oppugnadores o principio *nullum crimen in casu*. Divergem, porém, os criminalistas na conceituação do caso fortuito.

Do ponto de vista philosophico, o caso ou acaso é synonymo de ignorancia de causa, pois que a lei de causalidade universal não se compadece com o fortuito, isto é, com a existencia de phenomeno que não tenha um antecedente determinante.

Do ponto de vista juridico, tres theorias se formaram a respeito: a) a de Bartholo, a da irresistibilidade ou imprevisibilidade, *cui resisti non po-*

test; b) a da imprevisibilidade, *quod prævideri non potest*; c) a de Strickio, que é a associação dos dous criterios anteriores, *inopinatus eventus, quem nullum consilium humanum providere potest et cui resisti non potest*.

O verdadeiro, como já deixamos dito, é o criterio tradicional da imprevisibilidade. Está bem visto que não deve ser elle tomado em sentido absoluto, mas relativo; não pôde haver um estalão préviamente posto para aferir todas as hypotheses, mas o principio terá de ser applicado caso por caso, conforme as circumstancias e a situação pessoal do agente.

O mesmo facto pôde ser culposo ou casual, conforme as condições em que se produzir: si um profano em chimica, exemplifica Manzini, encontrando substancias para elle desconhecidas, as mistura para atiral-as fóra e produz uma explosão desastrosa, pratica um damno casual; si, porém, o facto se dêr em um laboratorio chimico ou fabrica de fogos artificiaes, e fôr obra de quem conhece ou devesse conhecer as energias virtuaes dessas materias ou substancias, então o crime será culposo.

Os autores que regeitam o criterio da imprevisibilidade voltam a elle, exprimindo-o por outras palavras.

Assim, na definição de Coviello «casual é o damno oriundo de quem se comportou regularmente, isto é, pela mesma fórma porque quasi todos os outros teriam procedido em circumstancias identicas».

Assim tambem na de Manzini: «é toda energia extranha á vontade do individuo, em cuja orbita de acção se deu o evento, a qual impedira esse individuo de pôr por obra a diligencia ordinaria que, segundo as relações de que se trata, bastaria para conformar-lhe a attitude com o mandamento penal ou com outra norma de conducta, cuja violação voluntaria pôde dar logar á responsabilidade por consequencias não queridas».

A generalidade dos codigos não conceitua o fortuito, entendendo, e bem, o legislador, que o crime casual está excluido pelas condições geraes de imputabilidade, para as quaes se exige o dolo ou a culpa.

O nosso é um dos raros que pleonasticamente dispõe no art. 27, § 6.º: «não são criminosos os que commetterem o crime casualmente, no exercicio ou pratica de qualquer acto licito, feito com a tenção ordinaria».

XVII — Para terminar, indaguemos do elemento moral das contra-venções.

Nosso Codigo Penal adoptou a bipartição das infracções em crimes (synonymo de delictos) e contra-venções, definindo a contra-venção no art. 8º «o facto voluntario punivel, que consiste unicamente na violação, ou na falta de observancia das disposições preventivas das leis e dos regulamentos».

Seguiu, pois, o criterio objectivista, dominante na doutrina, para differenciação entre o injusto criminal e o injusto policial: — constituem *injusto criminal* as infracções que importam em lesão ou periclitacão de

um determinado bem juridico ; *injusto policial* as que importam em perigo meramente eventual para bens juridicos, sem lesal-os ou ameaçal os actualmente.

Não existe crime, propriamente dito, sem aggressão a determinado direito ; esta aggressão—ou se manifesta pela lesão do bem juridico (e é o crime consummado), ou pelo perigo proximo que corre a integridade de tal direito (e é a tentativa).

Assim, ou foi obtido o evento lethal, e tem-se o crime consummado de homicidio, ou a vida da victima corre perigo immediato e tem-se a tentativa de homicidio

Mas o Poder Publico ou o Estado, não exgotta a sua missão de orgam protector da incolumidade dos bens juridicos punindo o damno effectivo e o risco de damno, lesão do direito e o perigo proximo da lesão. A experiencia demonstra que muitos actos existem que, em si mesmos innocuos ou indifferentes, não contendo nem lesão nem periclitación imminente de bem juridico alheio, contém ainda assim um «pericolo appresso», um risco eventual para direitos que o Estado deve assegurar penalmente. E, então, taes acções são prohibidas sob comminação punitiva, como infracções de regra geral de comportamento, a qual visa afastar a possibilidade de eventos injuridicos. O uso de armas offensivas sem licença da auctoridade policial é, em si mesmo, inincriminavel; como porém, da negligencia ou imprudencia do seu portador pôde resultar morte ou lesão-corporal de alguém, prohibe-se trazel-as consigo; o medico que deixa de denunciar á auctoridade competente a existencia de doente de molestia infecciosa verificada em sua clinica, incorre em punição mesmo que não se propague epidemia e não haja damno á saude publica. O Estado exerce, pois, nestes casos uma funcção especialmente preventiva ou policial, tutelando e protegendo a segurança publica, a incolumidade dos cidadãos, a ordem e prosperidade geraes.

A distincção entre o injusto criminal e o injusto policial é substancial, intrinseca; ontologica; não é meramente quantitativa pelo expoente da pena (*distintio delictorum ex poena*); é realmente qualitativa, porque a contravenção não é «um menos», mas é cousa diversa do crime (*non minus sed aliud*). No injusto criminal, a pena, além do fundamento *formal* resultante da contradicção á norma de ordem publica, tem tambem um fundamento material oriundo da natureza damnosa ou directamente perigosa da acção concreta. No injusto policial, o fundamento unico da pena é formal, é a desobediencia á norma. Quando se trata de crime o juiz tem de indagar si seu autor, além de desobedecer ao preceito legal, lesou ou poz em perigo proximo o bem juridico que o legislador quiz especialmente proteger; quando se trata de contravenção, o juiz não tem que fazer essa indagação. Comminando pena contra carros á disparada por vias publicas, quiz o legislador impedir a acção que só eventualmente pôde lesar a vida ou integridade corporea do transeunte; o juiz para applicar a pena, não tem que averiguar si a rua era no mo-

mento transitada, si houve lesão ou periclitacão real de viandante, mas só inquerir si foi voluntariamente que o contraventor descumpriu, desrespeitou, desobedeceu o preceito vedativo da norma.

Si, na conformidade da theoria esposada pelo Codigo, as contravenções são acções ou omissões contrarias á lei penal, as quaes, mesmo desacompanhadas de intenção perversa, constituem perigo eventual para interesses juridicos, sem lesal-os ou ameaçal-os actualmente, — seu elemento moral se exgotta na voluntariedade do acto. Certamente que, do ponto de vista subjectivo, o contraventor é animado pelo dolo ou pela culpa: pelo dolo, si obra sciente e conscientemente; pela culpa, si por negligencia, por desatencão, por esquecimento, por ignorancia da lei penal. Mas para punição não é necessario, como acontece no crime, provar que a attitude do contraventor foi dolosa ou foi culposa.

Com isto não se accita a theoria da contravenção como infracção puramente material. As mesmas causas que dirimem a imputabilidade ou excluem a responsabilidade nos delictos intervêm para obstar a punição por contravenção.

Si este ensinamento é corollario do principio estabelecido pelo Codigo na sua Parte Geral, nem sempre será possível applical-o ás figuras de contravenções articuladas no Livro III, porque o legislador não foi coherente e definiu como taes verdadeiros crimes para cuja configuração é necessario não só o damno real como o dolo especifico: ex. arts. 380, 381 alinea.