

A CULPA TEMERÁRIA

Selma Pereira de Santana

Até relativamente pouco tempo, o delito culposo ocupava uma posição de menor importância no Direito Penal, que reconhecia e cedia lugar fundamental ao delito doloso, de mais fácil apreensão conceitual e de maior dimensão estatística.

Esse tratamento diferenciado dado à teoria da culpa fez com que esta permanecesse à margem da evolução da dogmática jurídico-penal. Hoje, em razão das condições da sociedade moderna, marcada pelo avanço tecnológico, pela mecanização das atividades e pela ocorrência, cada vez mais crescente, de condutas consideradas perigosas - a ponto de se nomeá-la "sociedade de risco"-, assiste-se a um incremento da preocupação científica sobre ela, buscando-se que o resultado de sua evolução cumpra o papel instrumental de oferecer soluções mais justas às questões que dele dimanam.

Para o problema aqui tratado, tem-se antevisto desafio emergente e, ainda maior, propiciador de impulsos catalisadores de um ritmo mais intenso na pesquisa jurídico-penal, qual seja a evidente e radical transformação que sofre a sociedade moderna, e que se poderá sintetizar como sendo a globalização dos riscos civilizatórios.

Não obstante a atual preocupação científica sobre o tema, poder-se-á afirmar que o atraso da dogmática do delito culposo constitui uma das maiores contradições do Direito Penal, e assim permanecerá enquanto a ciência jurídica não for capaz de apreender, racionalmente, toda a complexidade de matizes que a realidade da culpa representa, pois, em que pesem no plano dogmático alguns notáveis avanços, o estado atual da teoria da culpa constitui um dos maiores fracassos da dogmática jurídico penal.

Numa pontual regressão histórica, os primeiros penalistas científicos da Itália trataram de extrair das fontes romanas a graduação da culpa em lata, leve e levíssima, invocando, para a primeira, o Livro XVII do Digesto, conquanto

permaneça para nós, e tantos outros, ainda indefinido, se o Direito Romano chegou, ou não, a conhecer penalmente a culpa.

Na evolução da dogmática jurídico-penal, ainda que existam aqueles que considerem dispensável a graduação da culpa, e outros, até, que a condenem, vários critérios foram e são utilizados para configurar e delimitar praticamente a culpa temerária, que corresponde ao conceito clássico de culpa lata.

A culpa temerária representa um tipo de culpa substancialmente elevado, determinante de uma moldura penal agravada. É indispensável que se esteja perante uma ação particularmente perigosa e de um resultado de verificação altamente provável à luz da conduta adotada, mas que se tem de alcançar, ainda, a prova autônoma de que o agente, não omitindo a conduta, revelou uma atitude particularmente censurável de leviandade ou de descuido perante o comando jurídico-penal.

Já há alguns anos, o conceito tem sido inserido e mantido nos textos de alguns códigos penais europeus, como ocorre, v.g., em Portugal, Alemanha, Itália e Espanha.

O legislador tem feito uso do conceito, quando, em determinados casos, não torna pressuposto da punibilidade a mera culpa simples, mas, tão somente, a forma qualificada, a culpa temerária. Ela surge, às vezes, em tipos legais básicos, outras vezes, é empregada para qualificar o resultado, e tem servido, ainda, como exemplo-regra para casos especialmente graves. Também, no Direito de infrações administrativas, emprega-se, cada vez mais, o conceito de culpa temerária.

Do ponto de vista jurisprudencial, assiste-se a uma apreensão do conceito de uma maneira mais rica que a dogmática. E isto, em razão da constatação de uma constelação multifacetada de possibilidades de delimitação do seu conteúdo, cujas possibilidades, conquanto não sejam marcadas pela característica da absoluta congruência, mantêm uma zona de identificação comum, ao elegerem fatores consensuais, como a omissão dos cuidados mais elementares, a irreflexão e a ligeireza.

A realidade brasileira, contudo, tem se mostrado desinteressada, injustificadamente, na abordagem e no tratamento da questão dos graus da culpa.

Do ponto de vista legal, o Código Penal brasileiro, ao se referir ao delito culposo, além de fornecer uma definição absolutamente insatisfatória, em momento algum faz distinção entre os graus da culpa, para o fim de dar-lhes tratamento diverso.

Do ponto de vista dogmático, poucos autores nacionais se tem debatido sobre o tema.

Do ponto de vista jurisprudencial, a tendência é considerar o grau da culpa, não para a configuração do delito culposo, mas para relevá-lo, apenas, para efeito de gradação da pena. Há, entretanto, julgados no sentido de que a culpa levíssima não para o reconhecimento do ilícito penal.

A inserção da abordagem e do tratamento dos graus da culpa e da culpa temerária no direito penal pátrio, ao contrário do que pode inicialmente parecer, não vai de encontro aos princípios da subsidiariedade e da *ultima ratio*. Por mais paradoxal que possa ser, eles os ratificam, até mesmo na medida em que admitem não ser razoável que um delito culposo tenha a mesma pena abstrata para hipóteses concretas distintas realizadas por sujeitos, com capacidades individuais diferenciadas e que, dessa forma, se comportaram variavelmente, realizando condutas perigosas, e de um resultado de verificação altamente provável, revelando uma atitude de leviandade ou de descuido perante o comando jurídico-penal.

Daí porque deveria o Direito Penal brasileiro adotar a conduta de há muito praticada no Direito europeu, no sentido de que o legislador faça uso da culpa temerária, quando, em determinados casos, não torna pressuposto da punibilidade a mera culpa simples, mas, tão somente, a forma qualificada, a culpa temerária. Isso quer dizer que, determinados delitos culposos só deveriam ser punidos se a culpa nele revelada fosse temerária: em não o sendo, a conduta deveria ser considerada como infração administrativa.

Em outras hipóteses, a culpa temerária surgiria em tipos penais básicos, sobretudo, em função da dignidade penal e da carência da pena; outras

vezes, poderia ser empregada para qualificar o resultado, como ainda, funcionar como exemplo-regra, para casos especialmente graves.

Por fim, ao escolhermos esse assunto para apresentar aos leitores, esperamos que nossa abordagem tenha atingido a um fim teleologicamente correto e funcionalmente adequado, e que tenha contribuído, de alguma forma, para a discussão jurídico-penal de tão palpitante tema.