

ANO I - NÚMERO 5 - OUTUBRO/DEZEMBRO DE 2002

BRASÍLIA/DF

DO CRIME MILITAR CULPOSO

*Edmar Jorge de Almeida**

Sumário: 1. Introdução. 2. Estrutura do crime militar culposo. 3. Conclusão

1. Introdução

As sociedades contemporâneas, impelidas por vertiginoso desenvolvimento científico e tecnológico, têm-se caracterizado pela geração progressiva de situações perigosas para a incolumidade física, para a saúde e para a vida humana. Perigos potenciais ou concretos, todavia inevitáveis, em face da necessidade e da utilidade de atividades essenciais ao desenvolvimento humano. Os veículos automotores de transporte de pessoas ou cargas, v.g., pela potência, velocidade final ou capacidade de carga, são pálida expressão do grande número de circunstâncias perigosas engendradas para a vida coletiva. A estas poderiam ser acrescidas as atividades industriais, comerciais e de prestação de serviços perigosas, desde a produção instrumentos, armas e petrechos militares, de elevado poder destrutivo, ou substâncias inflamáveis, ácidas, corrosivas, tóxicas, combustíveis, explosivas, biológicas, ao simples transporte, manipulação ou armazenamento destes.

Dentre o rol de atividades concreta ou potencialmente perigosas incluem-se, com maior razão, aquelas em que *o perigo é da própria natureza destas*; operações em plataformas de petróleo, de lançamento de foguetes, ações de busca e salvamento, de segurança, vigilância, defesa, etc. As atividades profissionais do militar, nesse contexto, estão entre as que maiores e mais acentuados riscos para a incolumidade física produzem, a reclamar dos aplicadores do direito exame e observação diferenciados na delimitação da culpa. É condição própria das ações militares, no emprego de meios e modos de combate, como nos simples treinamentos, na instrução, em manobras ou exercícios, a geração de situações perigosas, ampliando a esfera de incidência do *conceito de risco permitido* para as situações produzidas. À margem de discricionariedade dos instrutores militares incumbidos do mister, não raro de difícil delimitação no plano teórico ou prático, acrescentaríamos a complexidade técnica e

* Edmar Jorge de Almeida é vice-procurador geral da Justiça Militar.

operacional de algumas ações especiais, indutoras de situações-limite de risco para a vida.

Quanto mais complexo o emprego dos meios e modos na ação, quanto maior a complexidade dos objetivos da operação ou da instrução, mais especializado o adestramento, maior a geração de riscos. Quanto mais adverso o meio ambiente, no qual se desenvolvem as ações, quanto maior o antagonismo dos inimigos, quanto maiores as dificuldades a enfrentar, mais perigosos os exercícios, maiores as exigências da instrução, de forma a premunir os instruídos com recursos técnicos e físicos para o enfrentamento, na busca da otimização dos recursos humanos e materiais, visando à eficiência e a eficácia das ações de ataque ou defesa.

À luz da tal ambiência profissional, a noção clássica de culpa não atende com a desejável clareza às necessidades de *delimitação da culpa em sentido estrito*. À *inobservância do cuidado objetivo devido*, haveremos de agregar as noções de *risco permitido e risco proibido, do princípio da confiança e das regras da profissão do militar*.

A concepção clássica do Direito Penal reduzia o crime culposo à culpabilidade nas modalidades de negligência, imprudência e imperícia, condutoras da causação do resultado lesivo. Por isso, e por muito tempo, considerou-se a *previsibilidade do evento* como essência do delito culposo, tendo no evento danoso seu aspecto mais saliente, a implicar o fato punível no desvalor do resultado.¹

A delimitar a *previsibilidade do evento* estariam, no limite superior, o dolo eventual, fronteira da culpa consciente, ou culpa com previsão – na qual a vontade passa a desenvolver-se teleologicamente para um resultado que o agente confia poder evitar –, e no limite inferior, os casos fortuitos ou de força maior, nos quais a previsibilidade já não teria a menor relevância em relação ao resultado. Ou os resultados seriam imprevisíveis, ainda que adotados os cuidados exigidos pela lei ou pelo costumes para o comportamento, ou inevitáveis, ainda que previsto o resultado, por forças superiores às do agente. É o que se extrai da fórmula casuística adotada pelo Código Penal Comum de 1940, art. 15, II, mantida pela reforma de 1984, na dicção do art. 18: *Diz-se o crime: - II – culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia*.

Imprudência, negligência ou imperícia constituiriam modalidades genéricas de culpa, enunciação casuística do cuidado objetivo exigível. Em substância, através dessa formulação, se apresentariam as condutas reprováveis de quem omite a cautela, a atenção e a diligência ordinária ou especial devidas.

O Código Penal Militar em vigor, Decreto-Lei nº 1001, de 21 de outubro de 1969, acompanhando as modificações introduzidas na Lei Penal Comum pelo Código Penal de 1969, Decreto-Lei nº 1004, de 21 de outubro de 1969 – revogado antes de entrar em vigor – preferiu conceituar tecnicamente a culpa:

– Art. 33. *Diz-se o crime:*

Culpabilidade

I – doloso...;

II – culposo, quando o agente deixando de empregar a cautela, atenção ou

¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*, Forense, 6ª ed., p. 220.

diligência ordinária, ou especial, a que estava obrigado em face das circunstâncias, não prevê o resultado que podia prever ou, prevendo, supõe levemente que não se realizaria ou que poderia evitá-lo.

Em que pese a rubrica marginal referir-se à *Culpabilidade*, ao sabor da visão causativa da ação, a fórmula engloba a *previsibilidade objetiva* – incidente na tipicidade – quando o agente deixando de empregar a cautela, atenção ou diligência ordinária, a que estaria obrigada uma pessoa prudente e com discernimento medianos; da *previsibilidade subjetiva* – quando o agente, segundo as suas aptidões e poder pessoal², deixa de empregar a cautela, atenção ou diligência especial a que estava obrigado nas circunstâncias em que esteve envolvido –, esta sim incidente para o juízo de reprovação da conduta, ou *Culpabilidade*.

Em perfeita consonância com a nova dogmática do direito penal, o *Dever de Cuidado* na Lei Penal Militar passa a ser o critério determinante da culpa *stricto sensu*, ao definir a ilicitude dos crimes culposos pela discrepância entre a conduta observada e as exigências do ordenamento jurídico com respeito à cautela necessária em todo comportamento social, para evitar dano aos interesses e bens de terceiros.³

O *conceito de cuidado necessário é objetivo e normativo* e corresponde à conduta do homem prudente na situação do autor, critério do *homo medius*, que informa a conduta típica. A reprovabilidade pela falta de observância do cuidado objetivo, por parte do agente nas circunstâncias, é que identificará a culpabilidade, ou seja, o cuidado exigível daquele agente determinado em empregar a diligência especial a que estava obrigado, em meio às circunstâncias que envolveram as circunstâncias do resultado lesivo.

A *estrutura do crime militar culposo*, diversa, portanto, da do crime doloso, abarcaria uma *conduta voluntária*, em cujo eixo central acha-se o *dever de cuidado objetivo*, informado pelos conceitos de *risco permitido e risco proibido*, pelas *regras da profissão do militar* e pelo *princípio da confiança*, o *resultado involuntário*, o *nexo de causalidade* e a *tipicidade*.

2. Estrutura do crime militar culposo

2.1 Conduta humana voluntária

A *conduta culposa* consiste na ação ou omissão voluntárias, da qual resulta um evento lesivo não querido, por inobservância do *dever de cuidado objetivo*.

Os fins perseguidos pela conduta são irrelevantes sob o ponto de vista penal, a conduta é dirigida para um fim lícito, *o modo* ou *os meios* empregados é que não se conformam à cautela, atenção, ou diligência ordinária, ou especial, exigíveis nas circunstâncias.

Não será decisivo se o resultado involuntário, não querido, era ou não previsível, influenciando tal distinção apenas na caracterização da espécie de culpa: inconsciente ou consciente. Na primeira, o resultado não é previsto pelo agente, conquanto previsível, se agisse com o cuidado

² WESSELS, J. W., *apud* Damásio Evangelista de Jesus. DP, 25ª ed., 1º vol., 2002, p. 299.

³ Exposição de Motivos do CP/69, item 10.

devido. É a culpa comum, que se manifesta pela imprevisão do previsível, no dizer de Nelson Hungria: “previsível é o fato cuja possível superveniência não escapa à perspicácia comum.”⁴ A segunda, culpa consciente, também chamada culpa com previsão, é aquela em que o agente prevê o resultado, mas confia, com honestidade de propósitos, que ele não ocorra, ou que poderá evitá-lo com a sua atuação pessoal. É a dicção da parte final do art. 33, II do CPM:

Art. 33. Diz-se o crime:

II – culposo, quando o agente, deixando de empregar a cautela, atenção, ou diligência ordinária, ou especial, a que estava obrigado em face das circunstâncias, não prevê o resultado que podia prever ou, prevendo-o, supõe levemente que não se realizaria, ou que poderia evitá-lo.

Noutro sentido, terá relevância a previsibilidade no que tange à denominada Culpa Imprópria, também chamada Culpa por Extensão, Assimilação ou Equiparação. Nesta o evento é previsto e querido pelo agente, que age conscientemente no sentido de realizá-lo, laborando, nada obstante, em erro inescusável ou vencível. Se agisse com o cuidado objetivo devido, evitaria o resultado.

Cabe aqui, por inteiro, a objeção de Cezar Roberto Bitencourt: “Só impropriamente se pode admitir falar de *culpa* em uma conduta que prevê e quer o resultado produzido, sob pena de se violentar os conceitos dogmáticos da teoria do delito.”⁵ (Grifos do autor). Erro culposo não se confunde com crime culposo, sublinha o mesmo autor. De fato, com base na doutrina de Jescheck e Graf Zu Dohna, nas hipóteses de erro culposo não se está criando nenhuma culpa, própria ou imprópria, mas se está somente adotando uma cominação do tipo imprudente, há na realidade um crime doloso. No mesmo sentido, diz Damásio E. de Jesus: “A denominação é incorreta, uma vez que na chamada culpa imprópria temos, na verdade, um crime doloso a que o legislador aplica a pena do crime culposo.”⁶

O CPM cuida da matéria sob o título de Erro de Fato, art. 36, § 1º, não obstante reconhecer a imperfeição técnica – cuja atualização recomendaria o critério adotado pelo CP comum, ao tratar do Erro de Tipo – mantendo a então clássica distinção entre Erro de Direito e Erro de Fato, preferida pelos doutrinadores pátrios da época.

O eixo condutor e configurador da *culpa* nesse contexto, estará vinculado à violação do *Dever de Cuidado Objetivo*, delimitado pelos conceitos de risco permitido e risco proibido, pelas regras do ofício ou profissão militar e pelo princípio da confiança.

2.1.1 Dever de cuidado objetivo

O conceito de cuidado exigível, informado pela cautela, atenção ou diligência ordinária ou especial nas circunstâncias, é objetivo e normativo, vale remarcar. A *inobservância do cuidado objetivo* necessário é elemento do tipo culposo. A cautela, atenção, ou diligência, ordinárias devidas são identificadas pelo cotejo entre a conduta adotada pelo agente e a condu-

⁴ Comentários ao Código Penal, Vol. 1, tomo 2, p. 188.

⁵ BITENCOURT, C. R. *Manual de Direito Penal*. 6ª ed., vol. 1, 2000, p. 228.

⁶ JESUS, D. E.. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, vol. 1, 2002, p. 304.

ta que adotaria o homem prudente e com discernimento na situação do autor, é o chamado critério do *homo medius*, ao qual se remete o desvalor do resultado e a tipicidade do comportamento. A dúvida nesses casos milita em desfavor do agente, segundo os critérios adotados pelo direito penal comum; havendo incerteza quanto à superveniência do resultado danoso, deve abster-se de realizar a conduta. Agindo movido pela dúvida acerca do resultado, sobrevivendo este, tornar-se-á agente de crime culposo por imprudência. No direito penal militar, ao contrário, como se verá à frente, a incerteza é componente inseparável da atividade, sempre envolvida em riscos; perigos inerentes à própria profissão, não constituindo a dúvida pressuposto da culpa, menos ainda exigência de abstinência do comportamento, o que comprometeria a própria razão de existir da profissão.

A responsabilidade pelo resultado lesivo, nesse entremeio, só se imputará ao autor, se e quando reprovável a conduta.

A reprovabilidade do comportamento será obtida pela inserção do agente nas circunstâncias objetivas em que se deu o evento. Levar-se-á em conta o agente, seu discernimento e poder de agir. Se pudermos exigir deste conduta mais consentânea com a cautela, com a atenção ou diligência nas circunstâncias objetivas do caso em concreto, haverá violação do cuidado exigível, devendo, portanto, responder pelos danos que tiver causado.

Elemento fundamental para configurar o crime culposo – *o dever objetivo de cuidado* – será informado pela diligência devida e não pela simples conexão entre a conduta e o resultado lesivo.⁷

Para configurar a violação do dever objetivo de cuidado será necessário que o agir descuidado ultrapasse os limites dos perigos socialmente aceitáveis na atividade desenvolvida. Somente quando se falar na ausência da atenção e cuidados especiais, poder-se-ia falar em culpa. Quanto maior o perigo da atividade realizada, maior a prudência e vigilância.⁸

Damásio E. de Jesus relaciona a inobservância do cuidado objetivo necessário à imprudência, à negligência e à imperícia. Estas, segundo o autor, são formas de manifestação objetiva da violação do dever de cuidado⁹.

Helena Cláudio Fragoso também considera o cuidado objetivo o eixo condutor para a verificação da conduta culposa. Para identificar o cuidado objetivo exigível, cumpre ter presente não só as características gerais de uma pessoa prudente e normal, mas, também, as características específicas do agente com as qualificações profissionais que apresente.

Quando se trate de ofício ou profissão, intercala, pode dizer-se que não viola o cuidado objetivo o agente que atende às regras da arte (*legis artis*), ou seja, as normas de comportamento dadas pela ciência, pela experiência ou pela prática habitual. Não age ilicitamente o profissional que observa fielmente as regras de seu ofício, embora essas regras estejam em constante evolução. Embora não seja necessariamente contrário ao dever de cuidado o comportamento que se afasta das normas, é sempre conforme ao dever o comportamento que as observa (Lenckner).¹⁰ Adita Juarez Cirino dos Santos:

⁷ ENGISCH, *apud* Muños Conde. *Teoria Geral do Delito*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris editor, 1988.

⁸ BITENCOURT, C. R. São Paulo: Saraiva, 1º Vol, 2000.

⁹ Id.

¹⁰ FRAGOSO, H. C. *Lições de Direito Penal*. Forense, 1984.

“As ações socialmente perigosas devem ser realizadas com o cuidado objetivo exigido para evitar lesão a bens jurídicos. O conteúdo do cuidado objetivo exigido é delimitado concretamente pelos conceitos de risco permitido e de previsibilidade do resultado, auxiliados por critérios complementares.¹¹”

Na tipicidade culposa, portanto, o núcleo basilar é o *descumprimento do dever de cuidado*, no qual se insere a finalidade do agir. A culpa só poderá ser examinada *ex post*, como recomenda Jescheck, pois só com a causação do resultado é que se poderá examinar e concluir pelo *descumprimento do dever de cuidado*. A não-observância do dever de cuidado constituirá o fator determinante do resultado.¹²

Fundamental, nesse passo, a precisa delimitação do *risco permitido* e do *risco proibido*. O limite da permissibilidade social, ou profissional, como no caso dos militares, é o ponto de partida para delimitar de modo geral o *cuidado objetivo exigido*.

2.1.1.1 Risco proibido – Risco permitido

Ponto de inflexão para a definição da culpa, o conceito de *risco permitido* delimitará de modo genérico o cuidado objetivo exigido nas ações, potencial ou concretamente perigosas. O primeiro referencial, por conseguinte, será o estabelecido pela lei para o caso concreto. O exemplo mais comum é a limitação de velocidade para veículos automotores nas zonas urbanas e nas estradas. Ultrapassados os limites estabelecidos ocorrerá a violação do dever de cuidado objetivo exigido, ingressando a conduta, em princípio, no *risco proibido*, a cuja superveniência de um resultado danoso estará vinculada, a implicar responsabilidade para o agente.

A desobediência às regras produz um *risco proibido*, desaprovado, caracterizador do desvalor da ação, limite da previsibilidade de ações perigosas.

De ressaltar, por óbvio, a insuficiência desses parâmetros. Ninguém admitirá como socialmente permissível a conduta de quem conduz um veículo na velocidade máxima permitida em lei, diante da probabilidade próxima e iminente de causar danos à pessoa que, desavisada ou desatenta, incapaz ou enferma, atravesse a rua de forma descuidada. Diante da dúvida acerca da possibilidade de lesão, haverão de ser reduzidos os limites da conduta permitida até a abstinência, se indispensável para evitar o resultado lesivo. Este critério, valioso para a aferição da culpa no direito penal comum, é insuficiente para a sua determinação na esfera penal militar. A possibilidade de lesão é sempre presente, a dúvida aqui haverá de ter outro campo de incidência, específico, em relação ao planejamento, execução e controle de ações, não genericamente para todas as ações, dado que em todas as atividades haverá sempre a possibilidade de lesão pelos perigos da profissão.

Daí a necessidade de aditar critérios auxiliares para a distinção do *risco permitido* e do *risco proibido*, assim no direito penal comum como no direito penal militar, com mais acentuadas razões. Não será a gravidade do perigo que determinará essa diferença, adverte

¹¹ SANTOS, J. C. *Teoria do Crime*. Ed. Acadêmica.

¹² PIERANGELLI, J. H. *Teoria Geral do Crime*. Curso sobre a Reforma Penal, São Paulo: Saraiva, 1985.

Damásio E. de Jesus, ao referir o pensamento de Enrique Gimbernat Ordeic. O perigo e o risco são inerentes ao mundo natural, a permissão e a proibição são axiológicos e derivam das normas de diligência estabelecidas pela ordem social.¹³

A permissibilidade de condutas perigosas advém das estruturas sociais que a disciplina através de critérios de *utilidade e necessidade, evitabilidade e inevitabilidade* do risco. O *Risco Permitido* ou *Proibido* estará, portanto, sempre vinculado à situação concreta, dentro das condições gerais de permissibilidade.

Na ambiência castrense, maiores dificuldades defrontará o aplicador do direito, variando, sobremodo, como antes sublinhado, os critérios de *utilidade, necessidade, evitabilidade* ou *inevitabilidade* do perigo, em face das especificidades da profissão do militar, na qual a geração e convivência com o risco é inerente, permanente e inseparável do mister.

As condições gerais de permissibilidade estarão extremadas, portanto, no travejamento das regras do ofício e pelo princípio da confiança, segundo os critérios de necessidade, utilidade ou inevitabilidade do perigo.

2. 1.1.2. Regras do ofício e princípio da confiança

Não sendo possível eliminar todos os riscos do tráfego social, o que resultaria na paralisação da produção e da prestação de serviços essenciais para a saúde e para a vida coletiva, os critérios de utilidade, necessidade e inevitabilidade dos riscos serão ditados por *normas jurídicas, regras técnicas*, pelo *conhecimento técnico das profissões – Lex artis –* e pelo *dever de informar-se*.¹⁴

Exemplo de norma jurídica que delimita o *risco proibido* é o art. 279 do CPM. *Dirigir veículo motorizado, sob administração militar, na via pública, encontrando-se em estado de embriaguez, por bebida alcoólica, ou qualquer outro inebriante. Pena – detenção, de três meses a um ano.* Em que pese punir-se a conduta por dolo, não sendo prevista a modalidade culposa, nada obsta a imputação pelo *risco proibido*.

Regras Técnicas: As instituições militares possuem grande número de regulamentos e instruções para a utilização de armas, instrumentos, equipamentos, instalações, ou veículos, estabelecidas com a finalidade de reduzir ou eliminar os riscos mais comuns da atividade. São indicadores colhidos pelo desenvolvimento científico e tecnológico, pela experiência consolidada ao longo do tempo e pela repetição das ações, delimitadoras, no campo técnico profissional, do cuidado exigido nas situações concretas e peculiares da profissão do militar. São padrões objetivos que devem servir de balizamento na avaliação do cuidado objetivo exigido.

Manuais – *Lex artis*: O exercício da profissão do militar, pelos riscos inerentes à atividade, em regra, é regulado por compêndios de consulta e manuseio simples, cujo objetivo é facilitar a execução de tarefas peculiares, a constituir verdadeiros limites a determinadas ações. A mera desobediência aos princípios e regras por estes recomendadas leva à constatação do *risco proibido em meios e modos de atuação*. Vinculando o descumprimento dos limites

¹³ JESUS, D. E. *Imputação Objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000.

¹⁴ *Ibid.* p. 42-43.

recomendados conduz à responsabilização pela produção dos riscos não cancelados pela utilidade e necessidade da conduta. Exemplo digno de nota nesse contexto são os Manuais de Segurança da Instrução Militar, sempre valiosas nas ações de elevados riscos.

Deve ressaltar-se que não bastará a simples violação das regras técnicas ou dos manuais de exercício para conduzir à responsabilização pelo resultado lesivo. Há de verificar-se se existe o nexo de causalidade entre a violação e o resultado danoso e se o cumprimento da norma técnica impediria o resultado proibido. Há de reconhecer-se que, na busca da otimização de meios e modos de atuação, desfrutam os instrutores e comandantes militares de uma faixa de discricionariedade, em que o interesse público não é regulado em sentido amplo, nem pela tutela penal, nem pelas regras técnicas, ou pelos manuais da profissão.

Dever de informar-se: O profissional em geral e o militar em particular, pelos perigos característicos da profissão, devem planejar cuidadosamente a atividade a ser realizada. A surpresa para os militares, em regra, quando não atribuível a caso fortuito ou de força maior, constitui falha de planejamento. Por isso, está obrigado ao exame prévio de todas as ações e conseqüências, de forma a prever todos os resultados potencialmente lesivos. A omissão nesses casos induz a criação de riscos juridicamente desaprovados, conduzindo à violação do dever objetivo de cuidado. No emprego de meios e modos de combate estará obrigado ao conhecimento pleno do que emprega. Não é aceitável que o militar desconheça os efeitos do uso de determinada arma, equipamento, ou acessórios e os utilize sem o domínio e controle dos efeitos. Se o curso causal de sua atuação não estiver sob seu domínio cognitivo e volitivo, deve abster-se de praticá-lo. A dúvida aqui é indutora do risco proibido, a abstinência do comportamento obrigatória, respondendo o agente pelos resultados danosos que vier a dar causa.

Princípio da confiança

A confiança é a base de orientação das opções e decisões humanas no meio social. Pressuposto de segurança constitui valor fundamental nas relações sociais e profissionais, de forma a reduzir ou eliminar os crescentes riscos engendrados pela complexidade das relações humanas na sociedade contemporânea.

Confiança presume segurança e consciência de interdependência da qual não se pode fugir e de cuja existência e valor depende o êxito das iniciativas, a harmonia, ordem e bem-estar sociais ou profissionais.

O princípio da confiança define a expectativa de comportamentos adequados dos demais partícipes da vida social em ações perigosas. Esta confiança varia conforme a extensão dos riscos implícitos nas atividades dos sujeitos socialmente relacionados e constitui uma das bases de decisão e orientação da própria conduta.¹⁵

Se na vida de relação intersubjetiva de todos se exige o dever objetivo de cuidado, é justo que se espere de cada um o comportamento prudente e inteligente, exigível para uma harmoniosa e pacífica atividade no interior da vida social e comunitária.¹⁶

¹⁵ SANTOS, J. C. *Teoria do Crime*. Ed. Acadêmica, 1993.

¹⁶ TOLEDO, F. A. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1987.

Imprescindível ao meio social, na ambiência militar, e sobretudo nesta, o princípio da confiança é a expectativa de cumprimento das rotinas aceitas como indispensáveis à consecução dos fins visados. Relevante em especial nas ações coletivas, nas quais o êxito de uma tarefa se acha na dependência da eficácia da ação de outros, que agem em convergência de vontades e objetivos. Quem atua nessas condições, tem o direito de esperar que seus companheiros atuem em conformidade com as precauções exigidas para a profissão, ou pelas cautelas peculiares da ação empreendida. Por isso, quem deflagra um processo causal de resultado eventualmente lesivo, dentro dos limites do *risco permitido*, cuja superveniência ingresse no *risco proibido* pela omissão de outro obrigado a agir, não pratica conduta típica, se as regras do comportamento implicavam a incidência do *princípio da confiança*. Da mesma forma, não pratica conduta típica quem no desempenho de ação perigosa recíproca dá causa a dano a outrem, cuja conduta, violando o *princípio da confiança*, ingressou em *riscos proibidos* assumidos pela própria vítima. As denominadas *Ações a próprio risco* excluem a responsabilidade de quem, conquanto participe de obra comum, manteve-se dentro dos limites do princípio da confiança, agindo, ainda que perigosamente, dentro das regras aceitas como apropriadas para a ação.

2.2 Resultado involuntário

Nos delitos culposos, ao resultado lesivo como efeito há de estar vinculada uma conduta humana voluntária como causa. Conduta humana voluntária que omite a cautela, a atenção ou a diligência devida. A ilicitude nos crimes culposos surge com a discrepância entre a conduta observada e as exigências do ordenamento jurídico com respeito ao cuidado objetivo necessário em todo comportamento, de forma a evitar dano a interesses e bens de terceiros.

Os resultados nos delitos culposos militares serão sempre em detrimento da vida, da saúde, da integridade física, ou do patrimônio, da pessoa ou da instituição militar. Quanto ao aspecto qualitativo o resultado ou evento terá a sua configuração em dano ou perigo de dano. Em nenhuma hipótese será admissível a tentativa, posto que nesta a vontade se dirige a um resultado proibido, diverso daquele que resulta da conduta culposa, que não é dirigida ao evento típico.

O resultado culposo poderá também qualificar a conduta dolosa ou culposa, nos crimes preterdolosos e culposos qualificados pelo resultado culposos, v.g., nos crimes de perigo comum, art. 277 do CPM, entre outros.

A relevância penal da ação empreendida dependerá sempre da concretização do resultado, sem este, vale dizer, *sem o componente de azar*, como alguns de forma imprecisa costumam denominar, a conduta lesiva ao dever objetivo de cuidado será um indiferente penal. Daí porque é indispensável o vínculo objetivo entre a ação e o resultado, relação de causa e efeito de cuja existência dependerá a relevância jurídica do resultado. O evento danoso há de ser produto necessário da conduta que transgredir o dever objetivo de cuidado. Sendo inevitável o dano, mesmo que adotadas a cautela, atenção ou diligência ordinárias ou especiais, a que estava obrigado o agente nas circunstâncias, não se caracterizará o delito culposos. O resultado será produto de fatores imprevisíveis ou inevitáveis ainda que previstos, e não efeito necessário da conduta descuidada.

Além do liame objetivo, decorrente do nexos causal naturalístico, há de se verificar a existência de um vínculo normativo, valorativo, confinado ao plano jurídico.

2.3 Nexu de casualidade – imputação objetiva

Eppur si muove! (No entanto, se move) insistiria Galileu Galilei – 1564/1642 – para ver-se punido definitivamente com a prisão domiciliar e o silêncio pelo resto dos seus dias, livrando-se da fogueira destinada aos hereges, na qual, antes dele, Giordano Bruno viu-se consumido pelas mesmas razões.

O movimento, ininterrupto, é a força da vida, em qualquer ponto do universo. É do movimento, incessante, que as transformações surgem por força de energias naturais, que alguns consideram cegas, ou pela vontade dos protagonistas principais, os homens, cujos efeitos sequer podem evitar em grande número de casos, convertendo-os em agentes e objeto dessa energia transformadora e eterna.

O Direito Penal ocupa-se apenas de parte dessas transformações, as engendradas pela vontade humana, pretendendo antecipar ações e conseqüências, quando importam em perturbações ou lesões para as relações intersubjetivas. Há ações que dispensam a eclosão do resultado para serem incriminadas, outras os prevêm mas antecipam a incriminação dispensando a ocorrência, outras exigem a produção naturalística da ocorrência danosa para a responsabilização dos autores. Nesta última se acham os delitos culposos em geral, os delitos militares de par com eles.

Daí por que é imprescindível estabelecer critérios que vinculem o resultado à ação que lhe deu causa. Identificar o liame que constitui o fio condutor entre ação e resultado. É esta relação de causa e efeito que interessa aos crimes culposos na configuração do tipo culposos.

Preceitua o art. 29 do CPM, com idêntica dicção na lei penal comum:

Art. 29. O resultado de que depende a existência do crime somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

O Direito Penal Militar não distingue causa ou condição; tudo quanto contribua para o resultado é causa. Adotou a teoria equivalência dos antecedentes causais, ou *conditio sine qua non*. Ainda que outras causas ou condições concorram antes, durante ou depois da ação incriminada, não estará livre o seu autor da imputação pela causalidade objetiva.

Com a adoção da teoria da equivalência dos antecedentes a cadeia causal poderá ser projetada infinitamente, exigindo critérios auxiliares que a limitem, sob pena de perder o sentido prático de instrumento de valoração das condutas relevantes para o direito. O primeiro limite oposto é o elemento subjetivo do comportamento proibido – dolo ou culpa. Além desses limites o resultado resvalará para o imprevisível, ou ainda que previsto, inevitável, por forças superiores a quem age. Assim, toda e qualquer conduta que não for impulsionada pela vontade, livre e consciente na origem, ou pela negação dos cuidados exigidos, estará fora da esfera de incriminação.

Na busca da determinação do momento no qual a lesão a um bem jurídico pode ser atribuído a uma pessoa reside um dos mais antigos problemas do Direito Penal, cuja solução não foi possível encontrar com o dogma causal naturalístico ou com a doutrina finalista da ação. Para Damásio de Jesus, o problema não se resolve na área das ciências físicas, mas no plano jurídico, normativo, valorativo. *Reside no estabelecer o critério de imputação do resultado em face de uma conduta no campo normativo*. Não se destaca o resultado naturalístico, próprio da doutrina causal clássica e do fato típico, mas o evento jurídico, lesão ou perigo de lesão do bem tutelado pelo direito penal.

Significa atribuir a alguém a realização de uma conduta criadora de um risco relevante e juridicamente proibido e a produção de um resultado jurídico¹⁷.

Trata-se de atribuir juridicamente a alguém uma conduta de risco proibido e de haver provocado um resultado jurídico, estabelecer um vínculo normativo entre a conduta e o resultado jurídico – dano ou perigo de dano jurídico.

Consiste em aditar um elemento normativo a todos os tipos, dolosos ou culposos, sem este a conduta será atípica, por ausência de imputação objetiva. A tudo, poderíamos resumir: – diante da causalidade objetiva verificar-se-ia se a conduta observada criou para o bem tutelado um risco juridicamente proibido e relevante; se o perigo engendrou um resultado jurídico abrangido pelo tipo incriminador.

Nesse passo, não haverá dúvida de que a imputação objetiva somente é aplicável aos crimes materiais, de resultado naturalístico, posto que sem resultado o crime culposos não teria existência real. Daí, para concluir: o resultado há de ser consequência necessária da inobservância do cuidado devido na conduta, esta será a causa daquele; se o resultado ocorreria, ainda que a conduta fosse cautelosa, não será possível atribuí-la ao agente, por ausência de nexo causal; se houver inobservância do cuidado devido no agir, mas não sobrevier o resultado, não haverá crime; ainda que a conduta que antecedeu o resultado seja desatenta, descuidada ou com descautela e aquele resultado ocorreria mesmo que a conduta estivesse de acordo com a atenção, cautela ou diligência ordinária ou especial a que estava obrigado o agente nas circunstâncias, não poderá ser atribuído a este o resultado lesivo, visto que ocorreria a despeito daquela.

2.4 Tipicidade

Nem todo fato da vida social que causa lesão ou perigo de lesão a interesses jurídicos relevantes é incriminado e punido por sanção penal que o condiciona à ordem jurídica. Por isso o legislador apenas previu os comportamentos que maiores reflexos lesivos podem causar à ordem jurídica, definindo-os como condutas proibidas. Essa definição, abstraído qualquer conteúdo valorativo, é a tipicidade.

O tipo legal é a descrição abstrata que expressa os elementos da conduta lesiva.

Tipicidade é a correspondência entre o fato praticado pelo agente e a descrição de cada espécie de infração contida na lei penal incriminadora, conceitua Damásio E. de Jesus. É a qualidade que possui o fato de encontrar correspondência descritiva no modelo legal, conclui.¹⁸

Decorrencia lógica do princípio da reserva legal, exige adequação do fato praticado com a descrição abstrata da lei penal. Como sublinha Cezar Roberto Bitencourt, essa adequação, operação intelectual de conexão entre fatos e o modelo típico, *cumpra uma função fundamental na sistemática penal. Sem ela a teoria ficaria sem base, porque a antijuridicidade*

¹⁷ JESUS, D. E. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, vol. 1, 2002, p. 280.

¹⁸ JESUS, D. E. *Imputação Objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000.

*deambularia sem estabilidade e a culpabilidade perderia sustentação pelo desmoronamento do seu objeto*¹⁹, socorrendo-se do pensamento de Zaffaroni.

3. Conclusão

1ª. A cláusula genérica consagrada no Direito Penal comum para a valoração do dever objetivo de cuidado, através da fórmula casuística do art. 18, II do CP: Diz-se o crime: – Culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia, é insuficiente para a delimitação da culpa, em sentido estrito, no Direito Penal Militar;

2ª. A previsibilidade do evento lesivo, adotada pela doutrina clássica como essência do crime culposo, cede à violação do dever objetivo de cuidado como critério para a determinação da culpa *stricto sensu*;

3ª. O dever objetivo de cuidado, eixo central e condutor da conduta culposa, é informado pelos conceitos de risco permitido e risco proibido, pelas regras da profissão do militar e pelo princípio da confiança;

4ª. A permissibilidade de condutas perigosas no âmbito do direito penal militar, advém da estrutura, organização, atribuições, meios e modos e atuação das Instituições Militares, segundo critérios de necessidade, utilidade, evitabilidade ou inevitabilidade do risco, vinculadas a atividades perigosas por sua própria natureza, não se aplicando os escólios da doutrina penal comum. De tal modo discrepam destes, que no âmbito do DP comum, antevisto o resultado lesivo, os limites do risco permitido se estreitam até a abstinência da conduta, ao contrário da ambiência militar, onde o risco é peculiar da própria atividade e o incremento, variação ou grau de risco permitido subordinado a outros fins.

Bibliografia

- BITENCOURT, Cezar Roberto. São Paulo: Saraiva, 1º Vol, 2000.
- ENGISCH, *apud* Muñoz Conde. *Teoria Geral do Delito*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris editor, 1988.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio, *Lições de Direito Penal*. Forense, 1984.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. 1, tomo 2.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Imputação Objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Manual de Direito Penal*. 6ª ed., vol. 1, 2000.
- PIERANGELLI, José Henrique. *Teoria Geral do Crime*. Curso sobre a Reforma Penal, São Paulo: Saraiva, 1985.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria do Crime*. Ed. Acadêmica, 1993.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1987.
- WESSELS, Johannes Wessels, *apud* Damásio Evangelista de Jesus. DP, 25ª ed. 1º vol., 2002.

¹⁹ *Op. cit.* ZAFFARONI *apud* Cezar Roberto Bitencourt.