



O CUIDADO ENTRE A ILICITUDE E A CULPA

Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas Ataíde¹

1 A TEORIA CLÁSSICA DA RESPONSABILIDADE: APRECIÇÃO CRÍTICA

Durante o século XIX e ao longo da primeira metade do século XX, a teoria da responsabilidade (civil e criminal) foi dominada pela prevalência quase incontestada de uma concepção naturalística da ação, entendida como uma modificação do mundo exterior, ligada causalmente à vontade do agente, indiferente a qualquer juízo de valor.

Por seu lado, a ilicitude concentrava a chamada “matéria objectiva” do facto, sendo definida pela violação ou perigo de violação de bens jurídicos dotados de protecção delitual, caso não sobreviesse uma causa de justificação. Por seu turno, a ação ilícita seria culposa, sempre que se comprovasse a existência entre o agente e o facto de um nexó psíquico passível de fundar a sua imputação, fosse a título de dolo, enquanto conhecimento e vontade de realização do ilícito, ou negligência, entendida como deficiente tensão de vontade, impeditiva de uma correta previsão do fato, por isso se fala de uma concepção psicológica da culpa.

Deste modo, o pensamento clássico organizava a matéria delitual segundo uma divisão bipartida, que encerrava integralmente a dimensão “objectiva” do fato na ilicitude e concentrava a sua dimensão “subjectiva”, também por inteiro, na culpa.

A partir de certo momento², a tese naturalística de ação conheceu ásperas e justificadas críticas dirigidas contra os seus principais pilares conceptuais. Deste logo, além do entorse de alguns delitos comissivos (assim, as injúrias representariam a emissão de vibrações sonoras que provocavam processos psicológicos no sistema nervoso do ofendido³...), manifesta-se a sua total impropriedade para abarcar a categoria das omissões. Este despojamento integral de elementos valorativos, impeditivo da apreensão da normatividade imprescindível à relevância jurí-

¹ Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

² Com respeito à teoria da infração criminal, informa EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, Volume I, Coimbra, Livraria Almedina, 1971, p. 205, que as primeiras oposições à construção naturalística do conceito de acção datam de finais do século XIX, sendo protagonizadas pela Escola sud-occidental alemã ou de Baden.

³ Assim, GÜNTHER JAKOBS, *Derecho penal, Parte general. Fundamentos y teoria de la imputacion*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, 2ª edição, 1997, p. 161, citando VON LIZT.

dica das omissões, também se fazia sentir na concepção “negativa” da ilicitude, reduzida à mera ausência de uma causa de justificação, desprovendo-a do desvalor ínsito a um comportamento contrário a um dever de conduta imposto em ordem à proteção de posições jurídicas alheias.

Por seu turno, a concepção psicológica da culpa também se prestava a várias críticas. Por um lado, ignorava a possibilidade de o inimputável – por definição, incapaz de culpa – poder agir com dolo ou negligência, bem como a falta de qualquer relação psicológica entre o agente e o facto na negligência inconsciente. Por outro, a inclusão do dolo e da negligência na culpa confundia valoração do objeto e objeto da valoração, uma vez que tanto o dolo como a negligência constituem elementos do próprio comportamento, ou seja, do substrato que é valorado em sede de culpa, não podendo por isso pertencer-lhe.⁴

Estas incongruências reflectiam-se no tratamento da matéria do cuidado, que era integralmente remetido para a negligência, entendida como modalidade de culpa, a qual compreenderia a falta ao dever objetivo de cuidado, tanto no seu aspecto objetivo ou exterior (padrão pelo qual se mede o grau de capacidade, destreza ou diligência necessária), como sob o ponto de vista subjectivo ou interior (grau de aptidão ou diligência possível em face das circunstâncias reais do caso, da capacidade pessoal do agente, etc.); estes dois aspectos estariam intimamente associados na óptica da responsabilidade civil, nenhuma vantagem se obtendo com a sua distribuição por conceitos diferentes, como a ilicitude e a culpa.⁵

São essencialmente duas as razões que impedem a procedência desta orientação:

Por um lado, a inclusão da violação do dever objectivo de cuidado na culpa constituía um paradoxo teórico, porque ordena na mesma instância dogmática o objeto da valoração – infração do dever – e a valoração do objeto – avaliação da reprovabilidade daquela violação. A culpa não contém deveres, antes pressupõe a sua violação, servindo para avaliar se a sua prevaricação é ou não censurável.

Por outro, o teor das considerações essenciais desenvolvidas em sede de culpa não correspondia minimamente ao anunciado, quando se distinguia o “aspecto objectivo ou exterior” do “ponto de vista subjectivo ou interior” do dever objectivo de cuidado; ao invés, toda a análise da culpa se concentrava no “lado interior”, contrapondo a negligência consciente à inconsciente, conforme, respectivamente, o agente previsse a produção do fato ilícito como possível, embora acreditando por leviandade ou incúria na sua não verificação e não tomando por isso as providências necessárias para o evitar ou nem sequer concebesse essa possibilidade, podendo e devendo prevê-lo, evitando a sua verificação, se empregasse a diligência devida.⁶

Em suma, o tratamento do dever objetivo de cuidado, que supostamente faria parte

4 São fundamentais neste contexto as críticas dirigidas por FIGUEIREDO DIAS. **Direito Penal– Parte Geral, Questões Fundamentais – A doutrina geral do crime**. Tomo I, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 240-242 e RIBEIRO FARIA. **Algumas notas sobre o finalismo no direito civil**. BFDUC, Volume LXX (1994), p. 187. Segundo ARTHUR KAUFMANN. **Das Schuldprinzip: eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung**. Heidelberg, 1961, coube a REINHARD FRANK. **Über den Aufbau des Schuldbegriffs**. Giessen, 1907, a demonstração pioneira da inviabilidade da concepção psicológica da culpa, com base no estado de necessidade desculpante que exclui a culpa, apesar de o agente atuar com dolo.

5 Assim, ANTUNES VARELA. **Das Obrigações em Geral**. Almedina, Coimbra, 5ª edição, 1986, pp. 464-465.

6 ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, pp. 448-449.

da negligência, era afinal omissa na doutrina clássica da responsabilidade, não se explicando verdadeiramente em que consistia, os critérios que o determinavam nem as fontes de que promanava. Os desenvolvimentos esgotavam-se no que hoje se designa por “cuidado interno”, olvidando o conteúdo e as características do comportamento devido para evitar lesões nos bens juridicamente protegidos pela tutela delitual.

2 A RECONSTRUÇÃO TEÓRICA – EM ESPECIAL, OS ELEMENTOS SUBJETIVOS DA ILICITUDE

A evolução doutrinária provocou a reconstrução global da teoria da responsabilidade.

Com respeito à ilicitude, em particular, entende-se atualmente que o seu núcleo assenta na violação do dever de conduta aplicável ao caso concreto, de que resulta a lesão ou o perigo de lesão de bens jurídicos, conforme se trate da ofensa de direitos subjetivos ou normas de proteção. Deste modo, enquanto violação da regra de conduta pertinente, a ilicitude ou bem que foi cometida com dolo, se o agente quis infringir a regra ou bem que foi realizada com negligência, se o agente descurou a sua observância, embora a pudesse cumprir. Logo, ao contrário do que sempre sustentou a tese clássica, que concentrava integralmente a dimensão subjectiva do facto na categoria da culpa, pode sustentar-se a conclusão de que, ao lado dos elementos objetivos que compõem a ilicitude, o dolo e a negligência são os elementos subjetivos constitutivos do comportamento ilícito, fazendo parte do substrato que vai ser avaliado em sede de culpa.

Esta conclusão não significa contudo que o dolo e a negligência operem exclusivamente ao nível da ilicitude, não desempenhando qualquer função no plano da culpa. Pelo contrário, o dolo e a negligência são conceitos complexos que compreendem diversos componentes, alguns dos quais se situam no campo da ilicitude e outros no domínio da culpa. Enquanto conhecimento e vontade de realização do facto proibido, o dolo apresenta-se como elemento subjectivo constitutivo do ilícito doloso, ao passo que a prevaricação do dever de cuidado representa um elemento subjectivo constitutivo do ilícito negligente; por seu lado, o dolo, enquanto expressão de uma atitude pessoal de oposição ou indiferença à conduta devida e a negligência, enquanto expressão de uma atitude pessoal de descuido ou leviandade em relação ao dever-ser, são, respectivamente, elementos constitutivos da culpa dolosa e negligente.

3 O DESDOBRAMENTO DOGMÁTICO DA NEGLIGÊNCIA

A negligência apresenta assim um conteúdo complexo, composto pela violação de um dever objetivo de cuidado, cujo incumprimento se deveu a uma de duas hipóteses: o agente tanto pode ter representado a realização do resultado ilícito como possível mas ainda assim, ter agido porque confiou levemente na sua não verificação (negligência consciente), como, por descuido ou imprevidência, nem sequer representar essa possibilidade, embora pudesse e devesse tê-lo feito para evitar a produção do evento (negligência inconsciente). Da negligência fazem assim

parte um *elemento material*, a infracção do dever objectivo de cuidado e um *elemento psíquico*, a deficiente ou inexistente representação do evento.

Esta complexidade heterogénea que estrutura a negligência justifica a repartição dogmática dos seus elementos componentes. A violação do dever objectivo de cuidado, com a consequente criação de um perigo não permitido de lesão para um bem juridicamente protegido, faz parte da ilicitude, enquanto a reprovável atitude pessoal de imprudência que se traduziu na deficiente ou inexistente representação da possibilidade de verificação do resultado ilícito, não pode deixar de pertencer à culpa.⁷

A inserção do dever objectivo de cuidado na ilicitude encontra a sua razão de ser no fato de se tratar de um dever instrumental, imposto para evitar lesões nos bens jurídicos protegidos pela própria ilicitude. Logo, em termos de construção teórica, seria paradoxal que esse dever fosse ordenado numa categoria dogmática, a culpa, que, por definição, pressupõe consumada a ilicitude, ou seja, a lesão ou o perigo de lesão dos bens jurídicos que o dever objectivo de cuidado se propõe, justamente, acautelar. Tal localização sistemática representaria uma nova confusão metodológica entre o objeto da avaliação e a avaliação do objeto.

Por seu lado, já pertence ao foro exclusivo da culpa saber se o incumprimento do cuidado objectivamente devido podia ter sido evitado e, decidir, por conseguinte, da respectiva censurabilidade.

4 CUIDADO EXTERNO E ILICITUDE – CUIDADO INTERNO E CULPA

A repartição dos elementos componentes da negligência pela ilicitude e culpa reflecte-se no tratamento dogmático do cuidado, cuja preterição constitui precisamente o núcleo da negligência.

Em regra, o conceito de “cuidado” costuma ser utilizado em vários sentidos, tanto podendo designar uma atitude interna de reflexão (a pessoa que pensa bem antes de agir), como comportamentos cautelosos (a pessoa cujos atos revelam o cuidado adequado às circunstâncias do caso). São estas duas facetas do cuidado que importa agora analisar com algum desenvolvimento.

De um lado, temos uma certa prestação de concentração intelectual e psíquica, necessária para formar percepções corretas dos fatos e preparar as decisões correspondentes, que referem-se ao chamado “cuidado interno”.

De outro lado, temos o comportamento apropriado para esconjurar perigos, evitando

⁷ Assim, ULRICH HUBER. *Zivilrechtliche Fahrlässigkeit*. FS für Ernst Rudolf Huber, Göttingen, 1973, p. 256-257: “A evolução levou a que atualmente se reconheça no juízo de negligência – ou seja no conceito de “cuidado exigível no tráfego” – em parte um juízo de ilicitude e em parte de culpa”. Como sublinham JOSEF ESSER/HANS – LEO WEYERS, *Schuldrecht*, Band II – *Besonderer Teil*, Teilband 2 – *Gesetzliche Schuldverhältnisse*. Heidelberg, 8ª edição, 2000, p. 170, saber “se o responsável não terá observado o necessário cuidado no tráfego, que foi anteriormente concebida apenas como uma questão de culpa, resulta, de acordo com a opinião correcta e importante, de apurar se ele agiu de forma ilícita. Ou de forma concisa: a violação do dever de cuidado é uma característica da ilicitude”. Também FRANZ WIEACKER. *Rechtswidrigkeit Und Fahrlässigkeit Im Bürgerlichen Recht*. JZ 7- 1957, p. 536, defendia a divisão do conceito de negligência, ao incluir o exame do cumprimento do cuidado objectivamente necessário na ilicitude e a imputação do comportamento desaprovado na culpa.

lesões, o qual corresponde ao chamado “cuidado externo” (circular à velocidade aconselhável pelas condições do tráfego, assinalar o piso molhado em centros comerciais, fixar corrimãos nas escadas para que as pessoas se possam segurar, etc.).

Embora o emprego do cuidado interno seja em regra pressuposto de cumprimento do cuidado externo, as duas formas de cuidado revelam-se perfeitamente dissociáveis, sendo imagináveis situações em que apesar de se ter observado elevada reflexão, se agiu, ainda assim, de forma imprudente, de que é exemplo o atirador que, durante uma caçada, se esforça muitíssimo – mas em vão – para não atingir o batedor, juntamente com a presa; embora o caçador devesse ter omitido o tiro, não esteve contudo desatento. De todo o modo, o comportamento do agente não foi cuidadoso, porque não evitou a realização da ofensa. Em suma, não houve “cuidado externo”, apesar de se ter observado “cuidado interno”. A situação inversa também se pode configurar facilmente, como sucede com os comportamentos apropriados casuais, que não foram precedidos de “cuidado interno”; será o caso do automobilista que, apesar de distraído, conduz à velocidade regulamentar ou que se deteve antes de uma passagem de peões sem se ter apercebido da sua existência.

O cuidado externo exprime-se através dos deveres de conduta aplicáveis às circunstâncias de cada caso e cuja violação gera a ilicitude do comportamento, servindo assim a defesa dos bens jurídicos cristalizados nos chamados interesses de integridade⁸. Logo, o correspondente dever de conduta deve obedecer ao estalão do cuidado máximo, vigorando ainda que o vinculado não o possa cumprir nas condições concretas que se lhe deparam: por exemplo, a avaria de um taquímetro ou o fato de uma placa com indicação da velocidade máxima estar tapada por uma árvore, não isentam o condutor de respeitar a velocidade máxima.

Enquanto tarefa fundamental das regras delituais, a proteção dos referidos interesses de conservação exige a excelência dos comportamentos adotados para os prevenir de lesões. A “excelência” não constitui uma abstração inatingível: o automobilista que se apercebe de um caminhão mal estacionado a encobrir um certo espaço, pode perfeitamente representar a hipótese de estar tapada uma placa de trânsito e nesse caso decide parar o veículo para avaliar as circunstâncias, concluindo que existia mesmo uma tal placa. Ninguém provavelmente procede deste modo, mas a conduta é possível e é esse padrão de cuidado que a regra espera a final de quem participa no tráfego, razão pela qual, não sendo cumprido, comina o comportamento com o juízo de ilicitude, porque não cumpriu o dever objetivo de cuidado apesar de materialmente o poder cumprir.

Por seu lado, o cuidado interno compreende a identificação das circunstâncias que impõem o dever de comportamento e a preparação das decisões conducentes ao seu cumprimento. Servem de exemplo os procedimentos que devem anteceder uma ultrapassagem: antes de a efetuar, o condutor deve verificar, de modo a evitar uma colisão, se nesse momento não existe outro

⁸ Aos interesses de integridade (ou de conservação) correspondem os bens jurídicos existentes (*status quo*) e que são protegidos pela responsabilidade extracontratual, enquanto os interesses de movimento correspondem aos bens jurídicos a adquirir (*status ad quem*) através do comércio jurídico (mormente, tráfego negocial) e são defendidos pela responsabilidade contratual.

veículo atrás de si que esteja também a realizar a mesma manobra; o fato de não ter visto o outro automóvel por este se encontrar no ângulo de sombra do espelho retrovisor, ainda assim não impedirá a imputação negligente, uma vez que, antes da ultrapassagem, deveria ter olhado pela sua janela lateral de forma a apurar se o ângulo “morto” se encontrava realmente vazio; de igual modo, o médico prudente presta atenção ao fato de não deixar zaragatoas no corpo do doente que está ser operado; este dever de “prudência interna” é transformado pelo juiz em “prudência externa” através da seguinte constatação: o médico consciente das suas responsabilidades evita o esquecimento de zaragatoas, mandando contá-las antes e depois da operação.⁹

Estão, assim, fundamentalmente em causa, as capacidades físicas, intelectuais e emocionais que permitem ao agente antever a possibilidade de verificação do facto ilícito e decidir-se pela sua evitação, razão pela qual os elementos constitutivos da culpa negligente consistem na *previsibilidade* e *evitabilidade* do evento.

A previsibilidade não significa, contudo, que o agente tenha que tomar em consideração toda e qualquer possibilidade de lesão, por remota que seja, sob pena de se comprometer irremediavelmente a liberdade geral de ação, mas apenas as que, segundo as regras da experiência, se apresentem como prováveis. Os exemplos abundam: quem coloca em circulação objetos cuja utilização *imprópria* poderão estar ligados a perigos – v. g., facas, machados ou artigos pirotécnicos – não age negligentemente, se não houver razão para supor o fato que semelhante utilização irá acontecer, a qual já será contudo natural quando se vende artigos pirotécnicos, fósforos ou isqueiros a crianças e adolescentes: as crianças gostam de “brincar com o fogo” de maneira descuidada, e, por isso, causam frequentemente incêndios; do mesmo modo, pode ser descuidada a possibilidade de se causar uma lesão durante uma caçada pela utilização de um cartucho defeituoso, quando, por experiência, se sabe que existem entre 100 a 500 cartuchos regulares.¹⁰

Em suma, no âmbito da culpa negligente, investiga-se se a pessoa comum do círculo de tráfego a que pertence o agente, agindo nas condições concretas deste e empregando as normais capacidades intelectuais, emocionais e físicas, poderia ter previsto a verificação do evento e evitá-lo, mediante a adoção do comportamento apropriado.¹¹

O processo de imputação delitual constitui um sistema de “pesos e contrapesos” que balanceia e equilibra a defesa de bens jurídicos relativamente antagónicos (liberdade *versus*

9 Assim, ULRICH HUBER, *Zivilrechtliche Fahrlässigkeit*, p. 266.

10 Como observa ULRICH HUBER, *Zivilrechtliche Fahrlässigkeit*, p. 280 (nota 98), as dificuldades que presidem à determinação do que seja previsível, resultam do duplo significado que pode ser associado ao conceito, incluindo tanto as consequências que se pode prever mediante a utilização do bom senso, como as que não se pode excluir, fazendo igualmente uso do bom senso, entendendo que a previsibilidade apenas deve abranger as consequências cuja eventual ocorrência possa servir de fio condutor para os actos momentâneos e a ausência dos mesmos por parte de uma pessoa prudente. Neste mesmo sentido, PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil* (reedição), Lisboa, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, 1972, p. 87, frisando que a previsibilidade se limitava às lesões prováveis. Segundo LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band I, *Allgemeiner Teil*, 14ª edição, 1987, p. 283, o comerciante que vende fósforos a uma criança que não conhece, age negligentemente e, por isso, poderá ser responsabilizado pelos prejuízos de um incêndio, se não se interessar pela finalidade da compra e se não tiver nenhuma razão para supor que a criança agiu a pedido de adultos ou será vigiada suficientemente por eles, na utilização dos fósforos.

11 Como assinala LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band I, *Allgemeiner Teil*, p. 283, a avaliação da culpa tem sempre que tomar em consideração a situação concreta, não sendo possível determinar esquematicamente a exata medida necessária no caso.

interesses de integridade).

Enquanto a definição do dever de cuidado, para efeitos de ilicitude, obedece a um critério estritamente objectivo, aferido pelos interesses de integridade e nessa medida se norteia pela *posição do lesado*, a avaliação, em sede de culpado, seu incumprimento visa salvaguardar a liberdade de ação, orientando-se agora pela *posição do lesante*. Quem cumpre o cuidado que, em regra, é necessário para evitar lesões de bens jurídicos, não tem que indenizar os danos causados; privilegia-se, assim, os processos dinâmicos à situação existente, reservando-se um espaço de livre atuação, pois caso se tivesse que responder por qualquer causação de prejuízos, os comportamentos humanos orientar-se-iam sobretudo pela sua prevenção, mais do que pela criação de bens novos.

O princípio da culpa vem, assim, corrigir os desequilíbrios criados pela vigência predominante de fatores objetivos ao nível da determinação da regra cuja violação gera a ilicitude do comportamento. Deste modo, condutas ilícitas, como o caso do automobilista que desrespeitou a velocidade máxima por o velocímetro, apesar de realizada a inspeção devida, se ter avariado ou por não se ter apercebido do sinal de trânsito que estava encoberto por um camião mal estacionado, serão agora isentas de culpa, em virtude de não ter havido falta de cuidado interno, impedindo portanto o preenchimento da negligência. Não se exige, em suma, nada de impossível ao agente, estando, antes, em causa, determinar a medida de cuidado que, nas condições do caso, uma pessoa comum pertencente ao seu círculo de tráfego poderia tomar para impedir a ofensa dos interesses de integridade.¹²

¹² Como observa ERWIN DEUTSCH, *Der Begriff der Fahrlässigkeit im Zivilrecht*, Jura 9-1987, p. 508, a negligência está sempre dependente das circunstâncias: se um transeunte sofre, na rua, um ataque de asfixia, então um médico que passa pelo local pode efectuar um corte de traqueia até com o canivete para salvar o doente; em exames de raio X em série numa cidade alemão destruída com a guerra, puderam ser aplicadas medidas de precaução mais reduzidas contra a confusão de imagens de raio X do que as geralmente habituais.