

PARECER

Consultam-me os ilustres advogados GUSTAVO TEIXEIRA (OAB/RJ nº 123924) e RAFAEL KULLMANN (OAB/RJ nº 135031) sobre as implicações jurídicas das imputações feitas ao administrador de empresas EDUARDO CARVALHO BANDEIRA DE MELLO pelo Ministério Público, em denúncia pelo crimes de incêndio culposo (art. 250, § 2º), com resultado de lesão e morte culposas (art. 258), ofertada à 36ª Vara Criminal do Rio de Janeiro, Processo n.º 0008657-88.2021.8.19.0001.

I. RESUMO DOS FATOS

Segundo os consulentes, os fatos narrados na denúncia podem ser resumidos da seguinte forma:

Narra a denúncia que de 2015 a fevereiro de 2019, por consequência de condutas comissivas e/ou omissivas, por imperícia, negligência e/ou imprudência, realizadas pelos denunciados, entre os quais o paciente, concorrem eles para que **no dia 8 de fevereiro de 2019** no interior do Centro de Treinamento (CT) George Helal (“Ninho do Urubu”) ocorresse um incêndio de grandes proporções, do qual resultou “direta e consequentemente na morte de dez adolescentes”,¹ além de lesões graves em outros três. As vítimas eram atletas da categoria de base do futebol do Clube de Regatas do Flamengo (CRF), e, no momento dos fatos, dormiam “em contêiner utilizado por adaptação como dormitório.”²

Sobre o fato, assim está consignado no Relatório final do Inquérito Policial: “No início do ano de 2016, o clube inaugurou no Ninho do Urubu

¹ Pg. 5 da denúncia.

² Pg. 6 da denúncia.

o centro de excelência em performance, constituído de módulos habitacionais alugados da NHJ, bem como, no final deste ano, inaugurou o primeiro módulo definitivo (CT 1). Neste momento, os atletas profissionais foram transferidos para o módulo definitivo, enquanto os atletas da base foram transferidos para os módulos habitacionais”³.

Assim, após ser concedida a licença pela Prefeitura para a construção do segundo módulo definitivo (CT 2), a empresa “NHJ recolheu todos os módulos habitacionais e realocou os novos módulos contratados em outro espaço”⁴.

A denúncia afirma que os contêineres utilizados no CT não eram adequados para pernoite e que apesar do CRF aportar investimentos em infraestrutura ao CT entre os anos de 2012 a 2019, manteve os adolescentes dormindo em contêineres, ressaltando ainda que esses alojamentos não foram registrados como parte do licenciamento do CT, “montados em estruturas móveis clandestinas e produzidos sem as devidas cautelas quanto à estrutura de evacuação, luzes de emergência, disposição de portas, gradeamento das janelas e dotação de extintores de incêndio”.⁵,

Afirma ainda a denúncia que o CT havia sofrido interdição pela 5ª Gerência Regional de Licenciamento e Fiscalização, da Secretaria Municipal de Fazenda em 24 de outubro de 2017, “decorrente da lavratura do auto de infração no dia 20 de outubro de 2017 (auto nº 818763, no valor de R\$802,46), em razão do exercício ilegal de atividade no local”,⁶ tendo sido fixado edital de interdição na fachada do CT no dia seguinte, o qual não teria sido respeitado pelo CRF, fato que gerou diversos sancionamentos posteriores.

³ Pg. 1104 do IPL n.º 042-00897/2019

⁴ Pg. 1104 do IPL n.º 042-00897/2019

⁵ Pg. 8 da denúncia.

⁶ Pg. 12 da denúncia.

Nesse sentido, antes da data do fato supostamente criminoso, o alvará de funcionamento do CT não teria sido concedido em razão da não apresentação pelo CRF do Certificado de Aprovação do Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Rio de Janeiro.

A inicial faz referência à Ação Civil Pública n.º 0117405-30.2015.8.19.0001, ajuizada em 2015 pela 5ª Promotoria de Justiça da Infância e Juventude da Comarca da Capital, em que foi requerida a interdição imediata do alojamento da base do CRF em razão da “estrutura precária e da ausência de monitores treinados”.⁷

No final do mês de janeiro de 2019, ou seja, poucos dias antes do incêndio ocorrido no dia **8 de fevereiro** daquele ano, **e já na gestão do novo Presidente do Clube**, o denunciado Edson Colman da Silva foi chamado para realizar a manutenção dos aparelhos de ar-condicionado dos módulos habitacionais, tendo retirado dois aparelhos, levados à oficina e depois devolvidos para o CT Ninho do Urubu.

Após a devolução pelo denunciado, um dos aparelhos apresentou falha e inclusive teria produzido faísca, oportunidade em que o aparelho defeituoso foi retirado e colocado outro em seu lugar.

Em seguida, o denunciado Edson Colman da Silva foi chamado novamente para realizar o conserto, oportunidade em que constatou que o ar em questão era o que havia sido levado para a oficina, passando a examinar o aparelho retirado e verificando que o problema havia sido um defeito na conexão elétrica do ventilador, evoluindo para uma pane. O denunciado Edson Colman da Silva fez o reparo da conexão e, então, retirou o aparelho

⁷ Pg. 13 da denúncia.

que havia sido colocado no local e reinstalou aquele que havia consertado, ligando-o.⁸

Ao tentar individualizar *a conduta típica* supostamente praticada pelo denunciado EDUARDO CARVALHO BANDEIRA DE MELLO, a acusação inicia sua narrativa afirmando que ele foi Presidente do Clube de Regatas do Flamengo de **2013 a 2018**. E que, apesar de ele ter contratado um CEO (*Chief Executive Officer* ou Diretor Executivo), visando profissionalizar a gestão geral da Agremiação, “a eventual delegação de responsabilidades por meio de contrato ou estatuto privado não o exime da necessidade de adoção das medidas preventivas.”⁹

Nesse ponto, deve-se informar que, além da figura do Diretor Executivo (CEO), o qual tinha a função de realizar a gestão geral do Clube, incluindo fiscalizar toda a parte de legalização e regularização das autorizações de funcionamento do centro de treinamento, na gestão do acusado EDUARDO BANDEIRA DE MELLO foram criadas diversas Diretorias técnicas (doc. anexo), cada qual com competência específica, igualando a estrutura organizacional do clube a de uma empresa.

Diversas testemunhas atestaram, em sede policial, a divisão das atividades e respectivas responsabilidades no Clube, entre as quais Rodolfo Landim (Ex-Vice-Presidente de Planejamento até 2015 e atual Presidente), Antonio Márcio Mongelli Garotti (Diretor de Meios), Marcelo Maia de Sá (Diretor Adjunto de Patrimônio de Obras), Marcelo Claudio Helman (Ex-Diretor Executivo de Administração), Reinaldo José Belloti (Atual CEO), Frederico Derzie Luz (Ex-CEO), Paulo Roberto Dutra (Ex-Diretor de Meios), Claudio Pracownik (Ex-Vice Presidente de Administração) e Carlos Renato Noval (Ex-Diretor de Futebol da Base).

⁸ Pg. 47 da denúncia.

⁹ Nota de rodapé 12 da denúncia

Os depoimentos podem ser aqui assim resumidos:

- RODOLFO LANDIM: (Vice-Presidente gestão Bandeira e atual Presidente) – *“Que o declarante esclarece que os executivos (diretores remunerados) se reportam ao CEO e ao Vice Presidente da respectiva parte simultaneamente, sendo que cabe ao CEO exigir dos executivos as determinações passadas efetivamente pelos VPs; Que, no caso, da Vice Presidência de Patrimônio, então exercida por Alexandre Wrobel, o mesmo repassava efetivamente as deliberações e diretrizes da sua pasta ao respectivo executivo, considerando que era um Vice Presidente muito ativo;”*
- ANTÔNIO MÁRCIO MONGELLI GAROTTI (diretor de meios) - *“a estrutura do Flamengo é composta inicialmente do Presidente e Vice Presidente geral; que abaixo do Presidente há as Vices Presidências estatutárias, primordialmente as Vice Presidências de Finanças, Administração, Patrimônio, Futebol Profissional, Futebol de Base, Jurídica entre outras, as Vice Presidências tem como função o planejamento estratégico e as incumbências de suas áreas específicas; Que abaixo das Vice Presidências existe o CEO, que se reporta diretamente ao Presidente, tendo como função coordenar as atividades operacionais do clube através de suas diretorias; Que suas diretorias são, Futebol Profissional, Futebol de Base, Jurídica, Meios, Fla-Gávea, Esportes Olímpicos, Remo, entre outras (...)”*
- MARCELO MAIA DE SÁ (Diretor adjunto de patrimônio de obras) - *“Que a estrutura do Flamengo é composta inicialmente do Presidente e Vice Presidente geral; que abaixo do Presidente há as Vices Presidências estatutárias, primordialmente as Vice Presidências de Finanças, Administração, Patrimônio, Futebol Profissional, Futebol de Base, Jurídica entre outras, as Vice Presidências tem como função*

o planejamento estratégico e as incumbências de suas áreas específicas; Que abaixo das Vice Presidências existe o CEO, que se reporta diretamente ao Presidente, tendo como função coordenar as atividades operacionais do clube através de suas diretorias; Que suas diretorias são, Futebol Profissional, Futebol de Base, Jurídica, Meios, Fla-Gávea, Esportes Olímpicos, Remo, entre outras;(...).”

- MARCELO CLAUDIO HELMAN (ex- diretor executivo de Administração) – *“Que a estrutura do Flamengo a época em que o declarante foi contratado era composta do Presidente, Eduardo Bandeira de Melo, do Vice Presidente geral, Mauricio Gomes de Mattos; que abaixo existia um conselho diretor, composto dos Vice presidentes e abaixo as próprias Vices Presidências estatutárias, primordialmente as Vice Presidências de Finanças, Administração, Patrimônio, exercida por Alexandre Wrobel, Futebol Profissional, Jurídica, esporte olímpico, Fla Gávea, Remo entre outras; Que abaixo das Vice Presidências existia o CEO, Frederico Derzie Luz, que se reportava diretamente aos Vice-Presidentes, presidente do conselho diretor e presidente do clube; Que o CEO tinha como função coordenar as atividades administrativas e operacionais do clube através de suas diretorias; Que suas diretorias são, Futebol, Futebol de base, Jurídica, Meios, Fla-Gávea, Esportes Olímpicos, Remo, secretaria entre outras; (...).”*
- REINALDO JOSÉ BELLOTI: (Atual CEO) - *“Que o cargo não é estatutário, porém é uma organização com o fim de implantar as políticas e diretrizes traçadas pelo conselho diretor, formado pelo Presidente e Vice-presidentes estatutários e temáticos; Que após assunção a percepção que o declarante tem sobre as funções do CEO é que são compartilhadas com os Vice-presidentes que tem interferência direta com os diretores da sua área de atuação, referindo-se por vezes como "meu diretor";*

- FREDERICO DERZIE LUZ: (Ex-CEO) - *“Que dentro da estrutura do Flamengo existia o Presidente, depois os Vice-Presidentes que formavam o Conselho Diretor, esse conselho era que deliberava sobre as metas e orçamentos, tendo o poder estatutário para decidirem a respeito; Que cabia ao CEO a gestão da execução dessas metas aprovadas;”*
- PAULO ROBERTO DUTRA: (Ex-Diretor de Meios) – *“Que a incumbência sobre a gestão e execução das deliberações tomadas pelo conselho diretor ficava a cargo do então CEO Fred Luz; Que abaixo do declarante havia Diretoria adjunta de patrimônio exercida por Marcelo Sá formalmente a partir da metade do ano de 2017; Que anteriormente Marcelo Sá era consultor para as obras do CT Ninho do Urubu, desde 2015; Que havia a diretoria adjunta Administrativa, exercida por Marcelo Helman, o qual se reportava efetivamente ao CEO Fred Luz; Que havia ainda a diretoria adjunta Financeira que era exercida pelo declarante, tendo como gerente Renato Blaute”*
- CLAUDIO PRACOWNIK: (Ex-Vice Presidente de Administração) – *“enquanto ocupou o cargo de VP de finanças, não chegou ao declarante qualquer contrato de modificação ou alteração dos módulos habitacionais; Que perguntado o declarante esclarece que qualquer ocupação do espaço no CT eram relacionadas a Diretoria de futebol e a diretoria de Patrimônio com a gestão executiva do diretor de Meios, com a responsabilidade final do CEO;”*
- CARLOS RENATO NOVAL: (Ex-Diretor de Futebol da base) – *“Que o declarante não se recorda nesse caso específico à quem demandou essas mudanças, no entanto o procedimento ocorre da seguinte forma, o declarante passa suas necessidades a diretoria de Administração, no caso ocupada por Marcelo Helman e sua equipe, Luiz Humberto e Douglas, diretoria esta ligada ao Vice Presidente de administração,*

Claudio Pracownik e este acionava as diretorias de Patrimônio Ligada ao Vice presidente de patrimônio, Alexandre Wrobel e Diretoria de finanças, ocupada por Paulo Dutra, a fim de viabilizar as referidas mudanças;”

De conformidade com esses depoimentos, a administração do Clube se compõe, portanto, em sua cúpula, do Presidente, do Vice-Presidente Geral e das Vice-Presidências estatutárias (Finanças, Administração, Patrimônio, Futebol Profissional, Futebol de Base, Jurídica entre outras) que têm a função de planejamento estratégico e as incumbências de suas áreas específicas. Subordinadas às Vice-Presidências situa-se o Diretor Executivo (CEO), que tem a função de coordenar as atividades operacionais do clube por meio de suas diretorias, especificamente, as de Futebol Profissional, Futebol de Base, Jurídica, Meios, Fla-Gávea, Esportes Olímpicos, Remo, entre outras.

É de se ressaltar que o Diretor Executivo (CEO) e a equipe de Diretores nomeados pelo então Presidente EDUARDO BANDEIRA DE MELLO foram todos mantidos pela Nova Presidência do Clube – o primeiro no exercício do cargo de Diretor Executivo de Futebol e não mais como CEO, – a qual tomou posse em janeiro de 2019, antes do fatídico acidente.

Prossegue a acusação afirmando que o denunciado EDUARDO BANDEIRA DE MELLO, ciente da “situação vivenciada pelo Futebol de Base, bem como das demandas envolvendo o acolhimento noturno dos jovens atletas”,¹⁰ foi quem assinou os contratos com a NHJ para locação de contêineres para serem utilizados como módulos habitacionais pelo futebol de base.

¹⁰ Pg. 22 da denúncia.

Em seguida, afirma que, em 8 de maio de 2014, o Clube foi notificado conjuntamente pelo MPRJ e pelo MPT, na pessoa do Presidente EDUARDO BANDEIRA DE MELLO, para que fosse regularizada a situação precária dos atletas de base que àquela altura ainda dormiam em um prédio de alvenaria, ou seja, os módulos sequer existiam.

Cabe aqui explicar que o contrato com a NHJ foi assinado em 2017 e a decisão para a locação de contêineres para serem utilizados pela base como módulos habitacionais não foi tomada pelo Presidente, o qual assinou o contrato apenas por dever estatutário.

A decisão acerca do uso dos contêineres foi tomada pelas Diretorias e aprovada pelos setores financeiro e jurídico, sendo certo que o que fora repassado para o Presidente foi que a utilização dos contêineres como módulos habitacionais era lícita e autorizada pelas autoridades fiscalizadoras.

A prova (e-mails - Fls. 988 e ss) dos autos demonstra que em nenhum momento o Presidente participou das tratativas do Clube com a empresa NHJ sobre projeto dos módulos, os quais foram vendidos como próprios para o alojamento de pessoas e feitos com **material protegido frente a incêndios**.

Apesar de ter contratado os referidos módulos habitacionais, conforme será demonstrado na instrução, em dezembro de 2018, antes de EDUARDO BANDEIRA DE MELLO deixar a presidência, **cerca dois meses antes dos fatos**, os atletas da base que ainda tinham competição foram transferidos para novas instalações do CT.

Após fazer referência à notificação conjunta do MPRJ e do MPT, a acusação afirma que o denunciado EDUARDO BANDEIRA DE MELLO, de forma livre e consciente, na condição de detentor final da tomada de decisão no CRF, “incrementando o risco da produção de resultado e violando dever jurídico de cuidado, optou por não cumprir a disponibilização de 1 (um)

monitor, por turno, para cada 10 (dez) adolescentes residentes, responsável pela organização do ambiente (espaço físico e atividades adequadas ao grau de desenvolvimento de cada adolescente), pelo acompanhamento nos serviços de saúde, escolas e outros serviços requeridos no cotidiano e apoio na preparação para desligamento do Clube”.¹¹

Ademais, acrescenta a denúncia que o denunciado EDUARDO BANDEIRA DE MELLO, de forma livre e consciente, na condição de detentor final da tomada de decisão no CRF, “incrementando o risco da produção de resultado e violando dever jurídico de cuidado, optou por não cumprir a adequação da estrutura física do espaço destinado ao acolhimento dos adolescentes residentes às diretrizes e parâmetros mínimos, inclusive com sistema de prevenção de incêndio devidamente certificado pelo Corpo de Bombeiros Militar.”¹²

Outrossim, a denúncia afirma que, assim como os outros denunciados, o ex-presidente do CRF “tinha plena ciência do estado de clandestinidade administrativa dos módulos habitacionais”¹³, vide a ação de interdição do CT em 2015, quando o denunciado teve “inúmeras oportunidades (...) de regularizar a situação através da adoção de medidas, tais como a disponibilização de um monitor para cada grupo de 10 (dez) jovens atletas, a melhoria da condição das instalações dos dormitórios e a definição de um protocolo adequado para o tratamento de emergências”,¹⁴ sendo que “desde 2012 foram produzidos relatórios de vistoria técnica que relatavam os mesmos problemas e, por conta da omissão e da negligência dos dirigentes esportivos e, em especial, do denunciado EDUARDO BANDEIRA DE MELLO, a situação jamais foi plenamente regularizada de maneira a tornar

¹¹ Pgs. 22 e 23 da denúncia.

¹² Pg. 23 da denúncia.

¹³ Pg. 23 da denúncia.

¹⁴ Pg. 23 da denúncia.

os alojamentos do “Ninho do Urubu” seguros, protegidos e adequados para o albergue dos jovens atletas da base.”

Aqui vale destacar que em momento algum o clube chegou a ser efetivamente fechado pelas autoridades públicas por conta das supostas irregularidades narradas na denúncia e que os editais de interdição não chegaram ao conhecimento do Presidente, ficando no âmbito das diretorias técnicas.

Ao contrário, em 30 de novembro de 2018, foi feita a festa de inauguração das novas instalações do CT2, a qual contou com a presença de representantes da administração municipal, levando o Presidente a crer que as questões relacionadas à regularização das licenças administrativas, delegadas para as diretorias técnicas, foram devidamente resolvidas.

Ademais, é absolutamente infundada a afirmação da denúncia de que os módulos habitacionais estavam em *estado de clandestinidade* e que os relatórios de vistoria técnica revelaram os mesmos problemas. Os módulos foram adquiridos de uma firma idônea no mercado e foram instalados cumprindo todas as normas habituais da construção civil.

Indo além, afirma a acusação que “em termos de culpa na operação, como gestor” do CRF, o denunciado EDUARDO BANDEIRA DE MELLO teria tido oportunidade de regularizar a situação dos adolescentes no CT por meio da proposta de assinatura de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) junto ao MPRJ, tendo, contudo, com a sua recusa ao TAC, incrementando o “risco do resultado danoso, colocando os adolescentes sob a tutela do Clube de Regatas do Flamengo em uma situação perigosa e precipitada, na medida em que resolveu prosseguir na condução das atividades de operador de futebol da base e na condição de guardião de dezenas de jovens atletas sem

que fossem imediatamente cumpridos todos os protocolos de segurança para a proteção dos direitos dos adolescentes alojados.”¹⁵

Imputa-se, então, como *conduta imprudente*, ação precipitada e sem cautela, em inobservância reconhecida pelo próprio DENUNCIADO de uma série de deveres de cuidado, tais como “a disponibilização de 1 (um) monitor, por turno, para cada 10 (dez) adolescentes residentes, responsável pela organização do ambiente, a adequação da estrutura física do espaço destinado ao acolhimento dos adolescentes residentes às diretrizes e parâmetros mínimos, a regularização administrativa (com obtenção de alvarás e certificados) dos espaços destinados ao uso da categoria de base e a adoção de sistema de prevenção de incêndio devidamente certificado pelo Corpo de Bombeiros Militar.”

Nesse ponto, vale destacar que a decisão de não celebrar o TAC não partiu do Presidente. Foi ela previamente tratada no âmbito das diretorias técnicas (conforme e-mail anexo). E mais, a realização dos pontos destacados na denúncia como sendo caracterizadores do incremento do risco da produção do resultado por parte do então Presidente não jamais lhe disseram respeito e foram rechaçados pelo Clube.

Na realidade, em sua manifestação pela recusa ao TAC, a Agremiação informou que as exigências já estariam sendo “providenciadas e/ou adequadas nos termos da legislação específica e atual”¹⁶. Logo, na prática, conforme mais uma vez se verifica no e-mail anexo, o que ocorreu foi a delegação destes deveres para as diretorias técnicas que, dentro das suas competências, assumiram a responsabilidade.

¹⁵ Pg. 24 da denúncia.

¹⁶ Fls. 565/568 dos autos

A acusação, então, conclui que as ações do ex-presidente do CRF, somadas às dos demais denunciados, “foram determinantes para a produção do resultado ilícito que culminou no incêndio do módulo habitacional e na morte dos dez adolescentes e lesões nos demais. Ademais, demonstrada a prática de atos comissivos e omissivos pelo denunciado EDURADO BANDEIRA DE MELLO, independentemente de atos *ultra vires*, é inoponível o estatuto jurídico privado para afastamento de responsabilidade penal do dirigente”¹⁷.

Em continuidade, a denúncia passa narrar a conduta dos demais denunciados, que seriam, de forma resumida, as que seguem:

- **Antônio Marco Mongelli Garotti (Diretor de Meios do CRF desde 4/11/2017)**: Deu continuidade aos projetos em curso sem ter conhecimento se os alojamentos deveriam constar dos projetos anteriores e se seriam devidamente autorizados, sendo sabedor que nunca houve inspeção em relação aos módulos habitacionais. Era conhecedor da inexistência de autorização legal (alvará, licença, certificado etc.) para a utilização de contêineres como alojamento noturno dos atletas da base.

- **Carlos Renato Mamede Noval (Diretor de Futebol da Base do CRF, de junho de 2010 a março de 2018)**: Solicitou que as instalações antes utilizadas pelos atletas profissionais fossem destinadas ao futebol de base, sem, contudo, atentar que as referidas estruturas, quando destinadas aos atletas profissionais, eram utilizadas apenas como aparato de descanso, não tendo finalidade de utilização como moradia ou dormitório noturno e sem proceder às reformas devidas.

- **Marcelo Maia de Sá (Diretor Adjunto do Patrimônio do CRF desde agosto de 2017)**: Assumiu papel decisivo na escolha e implementação da

¹⁷ Pg. 25 da denúncia.

estrutura de contêineres e sua destinação como local de repouso noturno dos atletas de base, já que tinha ciência da inexistência de alvará de funcionamento do CT junto à Prefeitura, bem como da ausência de Certificado de Autorização do Corpo de Bombeiros Militar, apesar do órgão ter fiscalizado diversas vezes o CT, ao longo de 2018, “apenas no que toca às instalações construídas e pertencentes à solicitação de regularização para funcionamento”¹⁸.

- **Luiz Felipe Almeida Pondé (Engenheiro da Diretoria de Patrimônios** em abril de 2016): Participou da elaboração do croqui da estrutura do módulo habitacional incendiado. Em 13/10/2017 realizou o procedimento de vistoria e avaliação das instalações elétricas em nome do CRF, conforme Termo de Aceitação de Produto juntado às folhas 1262 do IPL. Em suma, “não fez a previsão ou alertou para a necessidade de instalação de sistema preventivo de incêndio, optando pela adoção de portas de correr e janelas gradeadas nos dormitórios, ausência de sinalização de escape ou qualquer sistema ativo de combate às chamas”¹⁹.

- **Cláudia Pereira Rodrigues (representante legal da NHJ)**: Realizou o “fornecimento de produto e serviço em desconformidade com a finalidade anunciada, causando dano aos usuários/destinatários”²⁰, sendo o produto o dormitório incendiado. Quando das obras programadas para a reforma do CT voltada aos atletas da base, a denunciada formalizou o novo contrato em conjunto com o ex-presidente do CRF, Eduardo Bandeira de Mello.

- **Wesley Gimenes (engenheiro civil, funcionário da NHJ desde 2006 e responsável técnico na área de montagem de contêineres)**: Assinou a responsabilidade técnica dos produtos e serviços fornecidos, sem proceder a

¹⁸ Pg. 30 da denúncia.

¹⁹ Pg. 34 da denúncia.

²⁰ Pg. 39 da denúncia.

qualquer tipo de análise dos materiais importados, se baseando na certificação expedida pelo fornecedor estrangeiro. Seguiu normas técnicas que “não especificam a utilização do módulo habitacional como alojamento”²¹. Seria o responsável pela análise técnica dos produtos relacionados à parte estrutural.

- **Fábio Hilário da Silva (engenheiro elétrico, funcionário da NHJ desde 2009, responsável pela parte elétrica):** Assinou a responsabilidade técnica dos produtos e serviços fornecidos, sem proceder a qualquer tipo de análise dos materiais importados, se baseando na certificação expedida pelo fornecedor estrangeiro. Seguiu normas técnicas que “não especificam a utilização do módulo habitacional como alojamento”²². Seria o responsável pela análise técnica dos produtos relacionados à parte elétrica.

- **Danilo da Silva Duarte (engenheiro de produção, funcionário da NHJ desde outubro de 2011, integrando a Diretoria Operacional):** Seria o responsável pela análise técnica superficial sobre a viabilidade dos produtos utilizados na produção do contêiner, tendo se baseado somente na certificação da empresa estrangeira.

- **Edson Colman da Silva (proprietário da Colman Refrigeração Ltda., responsável por realizar a manutenção nos seis aparelhos de ar-condicionado instalados nos módulos habitacionais incendiados):** Atuou com imperícia no reparo dos aparelhos de ar-condicionado dos módulos incendiados, já que não considerou as regras técnicas atinentes à rede elétrica e ao funcionamento dos componentes dos aparelhos.

- **Marcus Vinicius Medeiros (monitor dos atletas da base do CRF):** Contribuiu para a produção dos resultados ilícitos ao deixar de desempenhar

²¹ Pg. 42 da denúncia.

²² Pg. 42 da denúncia.

corretamente a função que lhe era assinalada, qual seja, permanecer em tempo integral junto aos adolescentes, especialmente no período noturno, tendo se ausentado do contêiner na noite dos fatos de maneira injustificada.

Ao fim e ao cabo, todos os acusados foram denunciados como incurso nas penas dos arts. 250, §2º, c/c art. 258 (ref. art. 121, §3º, por dez vezes, e art.129, por três vezes, na forma do art.70), todos do Código Penal.

Descritos os fatos dessa forma, os consulentes formulam-me os quesitos que seguem.

II. OS QUESITOS

1 - É possível responsabilizar criminalmente o Ex-Presidente do Clube de Regatas do Flamengo, EDUARDO BANDEIRA DE MELLO, por fatos ocorridos após a sua saída da Presidência do Clube?

2 - Com a mudança do mandato, operou-se a substituição do dever de garante que justifica a imputação por omissão? Ou seja, houve a transferência do dever de cuidado, levando em consideração que a diretoria técnica foi mantida no cargo pela nova gestão e tinha total ciência dos riscos apontados na denúncia?

3 - Para fins de imputação do resultado ao Ex-Presidente EDUARDO BANDEIRA DE MELLO, qual a relevância causal da “pane” de origem elétrica, narrada na denúncia às fls. 48/49 dos autos, ocorrida dias antes do incêndio no aparelho de ar-condicionado que pegou fogo?

4 - Pode o ex-Presidente EDUARDO BANDEIRA DE MELLO responder à título culposo, seja por omissão ou comissão, em conjunto com alguns diretores da nova gestão da empresa por fato ocorrido após sua saída do Clube, sob a alegação de que *as ações adotadas pelo denunciado, somada às*

condutadas dos demais denunciados, foram determinantes para a produção do resultado ilícito (fls. 27)? Ou, o ex-Presidente está eximido de responsabilidade por não mais poder agir para evitar o resultado?

5 - É correta a afirmação do Ministério Público, feita na denúncia às fls. 23 dos autos, nota de rodapé 12, de que a delegação de tarefas por meio de contrato ou estatuto privado não exime o Ex-Presidente do Clube de Regatas do Flamengo, EDUARDO BANDEIRA DE MELLO, de responsabilidade penal?

6 - No contexto do quesito anterior, considerando que o Ministério Público deixou de denunciar o CEO, por ele reconhecido ser o responsável pela gestão geral do clube, é possível imputar responsabilidade criminal ao ex-Presidente EDUARDO BANDEIRA DE MELLO?

7 - Pode-se afirmar que há nexo de fim de proteção da norma entre os resultados lesivos a bens jurídicos descritos na denúncia e as condutas de EDUARDO BANDEIRA DE MELLO, consubstanciadas na assinatura de contrato de locação de módulos habitacionais revestidos de material antichamas – conforme certificados internacionais apresentados pela locadora (fls. 284-394; fls. 456-477) – e na recusa em aderir a Termo de Ajustamento de Conduta proposto em 2014, quando os atletas da base do CRF eram alojados em imóvel de alvenaria, não em contêineres?

III. OS FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CRIMINAL

1. OS ANTECEDENTES

Desde que se formaram os sistemas jurídicos do Ocidente, a responsabilidade por atos considerados criminosos teve por base duas orientações: segundo a relação de causalidade entre o ato do sujeito e o resultado proibido (direito germânico), ou segundo a orientação subjetiva do

sujeito em face desse resultado (direito romano). Essas duas orientações acabaram por se fundir, principalmente por influência do direito canônico que privilegiava os momentos subjetivos da conduta, de modo a constituir as duas modalidades de imputação, ainda hoje vigentes, como atividades dolosas ou culposas.

A configuração do dolo e da culpa, no entanto, passou por diversos modos de expressão, conforme a metodologia adotada na teoria do delito. Ainda impregnado pela ideia de causalidade, que sedimentava o pensamento positivista, o chamado sistema clássico do delito, derivado da teoria causal-naturalista de ação, concebia-os como formas de culpabilidade, mais precisamente como modos de ligação subjetiva entre o agente e o fato. Nesse sistema, o dolo era basicamente constituído de uma relação cognitiva e volitiva para o evento, enquanto a culpa se esgotava em um juízo de previsibilidade.

A relação da culpa com o resultado suscitou uma enorme discussão acerca de sua essência, ora por força da análise dos defeitos de inteligência ou atenção, ou mesmo de vício de vontade, ora por uma tentativa de tratá-la exclusivamente sob o aspecto causal, ainda que com limitações.²³

CARRARA, o grande penalista do século XIX, compreendia-a como “*omissão voluntária de diligência no calcular as consequências possíveis e previsíveis do próprio fato*”, com o que perquiria sobre seu conteúdo subjetivo. Essa concepção implicava enfocá-la como vício de inteligência, pelo qual não teriam sido previstas as consequências do ato, e também como vício de vontade, porque fora justamente por uma deficiência de vontade que

²³ STOPPATO, Alessandro. *L'evento punibile*, Verona: Drucker, 1898, p. 211.

não se tornara possível refletir corretamente sobre os efeitos que a conduta poderia produzir.²⁴

Está claro, por outra parte, que em face do princípio da responsabilidade subjetiva as teorias puramente causais não puderam se firmar, ainda que sob as tentativas de evitar o arbítrio judicial. O que sempre caracterizou, portanto, a culpa foi a previsibilidade. A teoria da previsibilidade, aliás, é tão antiga quanto a própria noção de delito. Está contemplada no Direito Romano, sob a conhecida definição de Paulo: "*culpa est quod cum a diligente provideri poterit non esset provisum*" (PAULUS, 1.31 ad leg. Aquil. 9, 2). Depois do Direito Romano, a previsibilidade estendeu-se, também, dos glosadores e pós-glosadores até o direito moderno.²⁵ Em uma síntese muito difundida, de conformidade com esta teoria, **a culpa consistiria na falta de previsão do previsível ou na previsão do resultado, sem incluí-lo no processo volitivo.** A previsibilidade do resultado, dessa forma, constitui até hoje o elemento capaz de vincular subjetivamente o fato ao agente, mesmo que este não o tenha diretamente querido.

Mesmo, porém, no finalismo, que rompia com os sistemas anteriores (clássico e neoclássico), ao excluir a culpa da culpabilidade para edificá-la em espécie diferenciada de delito com estrutura própria e diversa do delito doloso, a referência à causalidade jamais foi deixada de lado. Até porque, ao proceder a ressignificação do conteúdo da ação como "*exercício de uma atividade final*", teria de indicar como a execução do ato para o alcance do objetivo final teria de se desdobrar no mundo empírico, inicialmente, mediante a escolha, seleção e avaliação do meio empregado, e, depois, com a efetiva realização do ato.

²⁴ CARRARA, Francesco. *Programa de direito criminal*, tradução brasileira, São Paulo: Saraiva, 1956, tomo I, p. 89.

²⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luís. *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires: Losada, 1956, vol. V, p. 752 e ss.

A elevação da culpa à qualidade de uma espécie diferenciada de delito e não mais como forma de culpabilidade provocou uma profunda alteração no exame de seus elementos. Se a previsibilidade estava ainda presente como seu fundamento, o delito culposos estaria assentado também em outros elementos, todos derivados da análise do conteúdo de injusto do fato e de seus reflexos no conteúdo da culpabilidade. Em face disso, pôde-se estabelecer uma diferenciação de como a conduta contrariava a norma proibitiva, de um lado, e como seria atribuída ao autor, de outro, como conduta pessoal. Ainda que hoje modificada, a teoria finalista trouxe uma contribuição relevante para uma reformulação da teoria do delito, porque possibilitou aprofundar o estudo de todas suas formas de aparecimento e, assim, delimitar com maior precisão o processo de imputação. Igualmente, ao aprofundar o exame da norma proibitiva mediante o recurso ao conceito de injusto pessoal, descartou do exame da responsabilidade uma imputação genérica do resultado. Como o injusto é sempre produto de uma atuação concreta e objetiva, levada a efeito por um processo de seleção subjetiva dos meios causais, só pode ser imputado a uma pessoa quando lhe corresponda como consequência de sua atuação específica. Essa contribuição do finalismo é importante porque mostra a necessidade de uma individualização da responsabilidade culposa. Ninguém pode ser autor de crime culposos porque apenas descumpra uma norma. Será preciso que sua conduta se vincule pessoalmente ao resultado.

2. OS ELEMENTOS DO INJUSTO

A teoria jurídica influenciada pelo finalismo compreende a análise do fato culposos em duas etapas: no âmbito do injusto e no âmbito da culpabilidade. No âmbito do injusto, afirma-se que o crime culposos se expressa por meio de um processo de imputação, tendo como elementos

básicos: a) Uma conduta volitiva contrária ao dever de cuidado; b) Uma relação de causalidade entre a conduta e o resultado; c) A previsibilidade objetiva do resultado.

A partir, contudo, da teoria do risco que se desenvolveu mais recentemente como uma consequência da estrutura capitalista da modernidade e pós-modernidade, esses elementos foram se conjugando sob outro enfoque. Assim, segundo uma definição mais moderna, pode-se dizer que o crime culposos se caracteriza como uma **ação violadora dos limites do risco autorizado, vinculada à produção de um resultado e subordinada a critérios normativos de imputação.**

2.1 A AÇÃO TÍPICA COMO CONDOTA VOLITIVA

A ação típica culposa é, de qualquer modo, uma conduta volitiva. Sem o elemento volitivo, será impossível afirmar que essa ação violou os limites do risco autorizado ou, segundo outra metodologia, violou os limites de uma norma de cuidado. Isto porque toda ação culposa implica o exercício de uma atividade sobre a execução de meios causais, que não pode prescindir de uma atuação positiva do agente. Veja-se, por exemplo, nos acidentes de trânsito: o agente dirige seu automóvel acima da velocidade permitida ou desatendendo aos avisos de trânsito, ou de noite com as luzes apagadas, ou na contramão de direção, ou na calçada. Por trás dessas infrações há sempre uma ação volitiva, que possibilita ao motorista manejar o veículo. Sem uma ação volitiva o veículo nem sairia do lugar em que se encontrava. Se o agente, durante a condução do veículo, vem a sofrer um acidente vascular-cerebral que lhe retire totalmente a capacidade de manejá-lo volitivamente, não haverá ação típica culposa. Tratar-se-á de nítido caso fortuito. Até se poderia afirmar que o caso fortuito é o fato imprevisível, mas será também fato fortuito aquele que estiver fora do domínio causal do agente. O agente acometido de derrame cerebral não é simplesmente um inimputável, mas sim

alguém que não detém mais as qualidades de ação, tal como ocorre nos atos de sonambulismo, hipnose ou estados de inconsciência.

Em oposição à tese de que a conduta culposa é uma conduta voluntária costuma-se invocar o fato de que, aqui, o agente não dirige sua atividade no sentido do resultado proibido, como ocorre no delito doloso, mas que o resultado decorre de uma forma descuidada de se conduzir. É verdade que no crime doloso o agente vincula o objeto de referência de sua conduta à sua vontade, portanto, quer a realização da conduta típica e do resultado. Contudo, essa diferenciação básica dos crimes dolosos e culposos não impede reconhecer que nesses últimos há também uma atividade volitiva. Nesse passo, para se compreender como se desenvolve a estrutura do crime culposos, será preciso salientar que a ação humana, qualquer que seja, só pode ser concebida, primeiramente, como uma conduta social, e, depois, como uma atividade que se orienta dentro de um processo de comunicação, no qual se destacam fatores referenciais. Quando o resultado é incluído na vontade, os fatores referencias podem ser aqueles que se vinculam à causalidade e sua direção no sentido do objetivo final. Quando, porém, o resultado é estranho à vontade e só é imputado ao sujeito por meio de critérios que o vinculam, de outro modo, à sua ocorrência, os fatores referenciais não podem ficar reduzidos a elementos naturalísticos, como o tempo (sol, chuva, calor, frio), a substância dos objetos (duros, moles, orgânicos e inorgânicos, inflamáveis ou amorfos), ou às relações pessoais (parentesco, amizade ou inimizade), mas sim ao complexo de indicadores ou regras que disciplinam a atividade.

Assim, a conduta culposa do agente tem como fatores de referência que a orienta, não apenas os dados puramente naturalísticos, mas também os dados normativos vinculados a um processo de comunicação que indicam como o agente deve realizar sua atividade de modo a não causar dano a outrem. Há, assim, no delito culposos, diversamente do delito doloso, uma submissão da conduta a determinadas regras de sua execução, sem cujo atendimento tornaria a conduta impossível. Como no delito culposos o agente

não quer o resultado, mas quer realizar uma certa atividade, deve fazê-lo atendendo às regras que a disciplinam. Se o agente, por exemplo, quer dirigir seu automóvel para se locomover de sua casa ao seu local de trabalho, para alcançar esse objetivo não pode sair atropelando as pessoas nem colidindo com outros veículos. O objeto de orientação de sua conduta não será apenas os dados físicos do caminho, mas os dados normativos que disciplinam sua atividade. Se o médico quer extirpar o apêndice infeccionado de um paciente tem que fazer a incisão no local correto e segundo as técnicas cirúrgicas adequadas; não pode fazê-lo mediante uma incisão no ombro, como se fosse proceder a uma cirurgia ortopédica.

Essa característica da atividade culposa, ainda que estivesse presente na Antiguidade e na Idade Média, foi mais bem compreendida com o advento da sociedade industrial. Na verdade, a reformulação da teoria do crime culposos se procedeu a partir da intensa motorização da vida moderna, já século XIX, que veio a criar atividades e serviços especialmente técnicos. Por via de consequência, a vida comum começou a compor-se de uma série de atividades arriscadas e, em muitos casos, lesivas, o que conduziu à necessidade de aprofundar o exame do delito, que passou a justificar, sob outros parâmetros, a política criminal de estender, também, a essas condutas perigosas a sanção criminal e, conseqüentemente, a proceder à sua análise no conteúdo do injusto penal.²⁶ Em termos estritamente dogmáticos, portanto, como manifestação abstrata dessa nova política criminal, pode-se dizer que o interesse doutrinário em torno dessa espécie de delito se orientou sob diversas perspectivas.

Cada uma dessas perspectivas está vinculada, por sua vez, a distintos aspectos da política criminal, ora a elementos simbólicos, ora a regras específicas de conduta. Os elementos simbólicos estão associados à chamada finalidade de proteção de bens jurídicos; as regras específicas deram lugar a um discurso argumentativo penal conduzido pela necessidade prática de

²⁶ GROPP, Walter. *Strafrecht, AT*, 2ª edição, Heidelberg: Springer, 2001, p. 415.

proceder a uma separação das atividades delituosas e das atividades puramente perigosas ou arriscadas. Por exemplo, com o processo de industrialização, ainda que se pudesse reconhecer que as atividades industriais produzissem danos pessoais, o objetivo das regras era evitar a proibição extensiva dessas atividades. A inserção de regras especiais de conduta não tem como objetivo primário, dessa forma, a criminalização extensiva de condutas. Seu objetivo é justamente o de possibilitar a exclusão ou a redução da punição em face de condutas normais da vida.

Por seu turno, a inserção de regras, ao contrário do que postulava a escola italiana, que a tratava como meio de presunção de responsabilidade, visou a alimentar o discurso argumentativo de elementos técnicos capazes de instrumentalizar um julgamento correto na justiça criminal e assegurar, pelo menos teoricamente, uma decisão coerente. Uma vez fixados os parâmetros para evitar que o processo de imputação se estendesse àquelas atividades consideradas socialmente essenciais ou adequadas, as decisões judiciais deveriam ser prolatadas de acordo com essa finalidade, o que poderia ser obtido mediante uma aproximação do julgador às formulações teóricas. Com o recurso de regras, o decisionismo judicial ficaria delimitado, portanto, a uma estrutura sedimentada no risco autorizado. Ainda que a finalidade fosse restritiva, o discurso servia também para solidificar a proibição de que os fatos não se multiplicassem para além de certa frequência estatística, isto é, que restassem confinados a uma determinada quantidade, com algum grau de estabilidade. Com isso se poderia atender a uma expectativa daquilo que se projetava como juridicamente aceitável conforme o modelo de organização social vigente. Por conseguinte, o objetivo da incriminação não era o de eliminar os fatos danosos, apenas fazê-los estacionar em determinados limites aceitáveis. Para tanto, a caracterização da conduta culposa não poderia ser feita apenas por meio de elementos naturais.

Uma vez admitida a qualidade volitiva da conduta culposa e, ao mesmo tempo, sua subordinação a regras especiais, será preciso analisar as

características do que se denomina de “violação do risco autorizado” ou “violação de uma norma de cuidado”.

2.2 A VIOLAÇÃO DO RISCO AUTORIZADO

As denominações “violação do risco autorizado” e “violação de uma norma de cuidado” são, aqui, sinônimas e resultam de como é enfocada a ação culposa, como uma ação desenvolvida na sociedade de risco ou no âmbito normativo do Estado de Direito.

Toda ação culposa está subordinada a uma norma proibitiva, mas, ao mesmo tempo, a uma norma de cuidado com carga mandamental. A relação entre norma proibitiva e norma de cuidado levou à concepção de que em todo delito culpososubstite no fundo uma omissão, justamente a omissão de não realizar uma conduta nos limites do que é autorizado. A concepção acerca de um conteúdo omissivo no delito culpososubstite tem como consequência a assertiva de que seu processo de imputação deve ser construído sobre o princípio da responsabilidade individual, ou seja, só será autor do crime culpososubstite quem tenha violado uma norma de cuidado que lhe era, especificamente, imposta em face da atividade que, volitivamente, vier a praticar. Essa característica do tipo de injusto dos delitos culpososubstite, de se subordinar ao mesmo tempo a uma norma proibitiva e a uma norma mandamental extrapenal, está, inclusive, de conformidade com todo o arcabouço do moderno processo assentado pela teoria da imputação objetiva, a qual busca a identificação do resultado como “**obra do agente**” e **não como qualquer consequência de sua conduta anterior**. Ao salientar que todo o processo de imputação é um processo pessoal, a teoria de imputação objetiva visa também à superação do velho critério do **versari in re illicita**, em pleno vigor nas legislações medievais, pelo qual o sujeito deveria responder por todas as consequências derivadas de sua conduta irregular. Essa era a ideia delineada pela doutrina medieval da Igreja para punir os infiéis por qualquer acontecimento, desde que o sujeito tivesse infringido um dever do ofício.

Uma vez subordinado, outrossim, o conceito de ação ao conceito de vontade por influência da filosofia hegeliana, ficou consignado que o sujeito só poderia ser responsável pelo que se incluísse no âmbito de projeção dessa vontade. Tudo o que restasse fora desse espectro de projeção estaria excluído da imputação de responsabilidade do sujeito.

Enquadrada essa imputação no âmbito de uma norma proibitiva, tem-se sua formulação ora como atividade dolosa, ora como culposa. Exatamente por força da individualização da imputação é que nasce, ademais, a necessidade de uma análise mais rigorosa dos elementos do dever de cuidado, pois será esse dever de cuidado que deverá traçar também os limites da imputação.

Ao fazer-se a análise da característica da ação culposa como ação descuidada, deve-se proceder, inicialmente, à distinção entre o dever de cuidado, associado à norma jurídica, e a lesão a este dever. O dever de cuidado tem características exclusivamente normativas e se impõe, de modo concreto, a todos os que vivem em sociedade e desenvolvem atividades que não se dirijam direta ou eventualmente à realização de um tipo de delito ou a um resultado típico. No entanto, esse dever só é imposto em face de atividades que impliquem lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico, de atividades que guardem em si mesmas uma carga de risco. Portanto, pressuposto para a imposição de um dever de cuidado é a realização de uma atividade perigosa ou arriscada. Quem não dirige automóvel, por exemplo, não está sujeito aos deveres de cuidado da condução de veículos; quem dirige, como profissional, está sujeito a deveres especiais de condução. O médico que vai realizar uma cirurgia está submetido a deveres especiais de atenção e diligência, diversamente do médico que apenas examina clinicamente o paciente.

A lesão ao dever de cuidado, por sua vez, resulta da omissão da ação cuidadosa, imposta pela norma, no sentido de atender às funções de

delimitação da atividade proibida ou mesmo de uma atividade positiva que viole a própria norma. A comprovação da lesão ao dever de cuidado se faz negativamente: se a ação realizada pelo agente era adequada ao objetivamente exigido, será cuidadosa e, portanto, não será típica. Caso contrário, haverá a lesão ao dever de cuidado, porque, na condução da atividade, foram omitidas as exigências impostas pela norma em face da lesão ou do perigo ao bem jurídico. Apesar de a moderna teoria da imputação objetiva haver caracterizado o tipo dos delitos culposos em razão da violação do risco autorizado e não da norma de cuidado, nada obsta a que se estabeleçam ainda aqui os parâmetros relativos à infração do dever de cuidado, que servem de etapas necessárias aos fundamentos da própria imputação. Inclusive, a separação entre a análise da infração à norma de cuidado e os critérios de imputação é absolutamente necessária em face dos delitos culposos de mera atividade, que se apresentam cada vez mais frequentes na legislação penal e nos quais seria inaplicável a limitação da causalidade, porquanto inexistiria a referência material (o resultado) para torná-la efetiva.

Ademais, a comprovação da lesão ao dever de cuidado é indispensável em um sistema no qual a ação do agente se afirme como uma atividade de comunicação, isto é, que se oriente em função de um objeto de referência. De acordo com o conceito comunicativo de ação, é necessário que a ação se oriente por parâmetros de referência, como forma de vinculação entre autor e meio. Em se tratando de ação típica culposa, o parâmetro de referência não poderá ser o resultado, uma vez que este está fora do processo de comunicação. O agente não se relaciona ao resultado que efetivamente vem a ocorrer. O resultado só está situado como objeto de referência da conduta nos delitos dolosos. Aqui o objeto de referência só pode ser a norma de cuidado, ao lado das condições fáticas de realização da própria atividade, daí a sua relevância como elemento essencial na configuração do tipo culposos. Isto terá, inclusive, uma consequência prática imediata: todo o procedimento penal deverá expressar, de modo claro e insofismável, acerca de qual norma de cuidado se trata e de que forma fora violada.

JESCHECK, o grande penalista alemão, por muitos anos diretor do Instituto Max-Planck para Direito Penal Estrangeiro e Internacional, ao equacionar o dever de cuidado, procedeu a uma identificação prévia de alguns deveres que constituem pressupostos necessários para uma atuação adequada e, portanto, para uma antecipada valoração do cuidado imposto por uma norma específica. São o *dever de reconhecimento do perigo para o bem jurídico*, resultante da ação a ser realizada (**cuidado interno**), e, depois, o *dever de se abster dessa ação perigosa ou somente efetuar-la sob cautela (cuidado externo)*.²⁷

O *dever de reconhecimento do perigo*, tido como dever preliminar a uma conduta perigosa, constitui, logicamente, um pressuposto do cuidado externo, pois não é possível o atendimento de uma medida cautelar ou cuidadosa sem o dever de reconhecê-la. Nesta área, é de se levar em conta o conhecimento especial do autor, bem como a gravidade do perigo e as qualificações do bem jurídico.²⁸ Assim, por exemplo, o conhecimento especial que tem o autor de que, em determinado cruzamento e certa hora, a rua estará cheia de escolares, faz com ele deva esperar que surjam pessoas diante do veículo.²⁹ A mesma expectativa se verifica diante de crianças brincando em ambos os lados da rua. Isto se estende igualmente a outros fatos. No exemplo de uma compressa na cirurgia esquecida no abdôme do paciente, o especial conhecimento do médico de que essa pode ser confundida com órgãos do corpo faz com que esse médico tenha o dever de reconhecer que, na manipulação de compressas, isso possa acontecer. Na construção civil, o engenheiro encarregado da obra deve reconhecer, por seu conhecimento

²⁷ JESCHECK-WEIGEND. *Lehrbuch des Strafrechts, AT*, Berlin: Duncker & Humblot, 1996, p. 578 *et seq.*; WESSELS-BEULKE. *Strafrecht, AT*, 32ª edição, Heidelberg: C.F. Müller, 2002, p. 227.

²⁸ Neste sentido, JESCHECK-WEIGEND. *Ob. Cit.*, p. 578; orientando-se unicamente pela própria atividade e não pelo bem jurídico, SEILER, Robert. “Die Bedeutung des Handlungsunwertes im Verkehrsstrafrecht”, in *Festschrift für Maurach*, 1972, p. 86: “O núcleo da responsabilidade em delitos negligentes situa-se em que o autor permaneceu aquém do dever de cuidado e não que ele tenha causado uma lesão ou perigo concreto ao bem jurídico”.

²⁹ JESCHECK-WEIGEND. *Ob. Cit.*, p. 579; WESSELS/BEULKE. *Ob. Cit.*, p. 227.

especial e por sua experiência, a suficiência ou insuficiência dos pilares de sustentação, ou a necessidade ou desnecessidade de utilizar uma fiação mais grossa nos cabos de eletricidade para o efeito de evitar possível curto-circuito ou um incêndio. Esse dever especial, saliente-se, incide sobre pessoas que são especificamente encarregadas dessas atividades. Não se pode exigir o dever de reconhecimento do perigo de uma septicemia, senão ao médico, e não ao atendente do hospital. Na construção civil, a prova de carga da estrutura está a cargo do engenheiro e não do dono do prédio. Este último nem teria condições de avaliar essa carga.

O dever de reconhecimento do perigo consiste, praticamente, no atendimento de condições relativas ao exercício de uma atividade, incluindo a condução causal e eventuais variações das circunstâncias e do desenvolvimento do perigo. Esse dever de reconhecimento do perigo pode resultar da imposição de uma norma escrita, mas essa não é sua condição necessária. Importante é que a atividade a ser desenvolvida seja posta à prova em face da capacidade do seu executor. Portanto, o dever de reconhecimento do perigo *deve estar associado a uma atividade concreta, não é um dever genérico que afete todas as pessoas*. O anestesista, portanto, deve reconhecer a possibilidade de reações alérgicas, tendo em vista o tipo de anestesia empregado, o estado do paciente e os efeitos secundários do produto. Deve-se evitar, contudo, qualquer extensão exagerada das exigências de cuidado, quando seja absolutamente impossível o seu reconhecimento ou este ultrapasse a medida do que pertence à experiência geral da vida diária.³⁰

Por exemplo, o motorista não deve reconhecer o fato de que alguém, em ação de suicídio, se atire de um edifício em queda livre sobre seu carro. Deve, porém, contar com a possibilidade de os freios não funcionarem a contento, quando em velocidade excessiva, ou trafegando com lonas ou pneus molhados ou sobre areia. Dadas, ademais, as características do veículo, por

³⁰ JESCHECK-WEIGEND. Ob. Cit. p. 579; WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1970, p. 188; WESSELS-BEULKE. Ob. Cit. p. 22

exemplo, em se tratando de carro novo, o motorista não tem o dever de reconhecer defeitos de fabricação dos componentes, ainda mais quando garantidos de modo manifesto pelo produtor. O administrador de um clube não tem o dever de reconhecer previamente que um de seus pavilhões pode desabar ou ser tomado por um incêndio, quando o engenheiro responsável lhe tenha assegurado que as condições de sustentação ou de impermeabilização contra o fogo estejam adequadas. Como diz FISCHER, ex-presidente do Tribunal Supremo da Alemanha, o delito culposo tem como pressuposto indeclinável esse dever de reconhecimento do perigo.³¹ *Uma vez que esse dever prévio não possa ser cumprido, porque inexigível em face da incapacidade do sujeito, não há que se falar, então, de delito culposo.*

Desde que ao agente se imponha o dever de reconhecer o perigo para o bem jurídico como resultado de sua ação, mas em face de sua capacidade pessoal, é de exigir-se-lhe, em consequência, conduta adequada aos preceitos de cuidado. Esse dever pode dizer respeito a uma total abstenção da conduta perigosa ou a uma execução de ação sob as medidas adequadas de cuidado. A divisão, nestes dois aspectos, do dever de evitar a realização do tipo, conduz a um aperfeiçoamento da prática judiciária, vindo a atender à mais perfeita incidência da norma sobre situações concretas diversificadas. O atendimento do chamado cuidado externo se manifesta com a *abstenção da conduta perigosa* e a *execução da ação cautelosa*, aliadas ao *dever de atenção, controle e guarda* e ao *dever de prévia informação e preparação*.

A *primeira consequência* do reconhecimento do perigo ao bem jurídico deve ser, via de regra, a *abstenção da conduta perigosa*. Esta abstenção deve ser imediata e repentina e tomada sempre em vista, desde que o agente, com a atividade, não se encontre em condições efetivas de evitar o perigo. Assevere-se que esse dever de abstenção só tem significado quando o agente

³¹ FISCHER, Thomas. *Strafgesetzbuch, Kurz-Kommentar*, München: Beck, 1016, p. 126.

tenha que praticar a ação perigosa, quando, afinal, a ação perigosa depende de sua iniciativa.

Aquele que, apesar da inaptidão, realiza uma atividade perigosa, para a qual não estava preparado, infringe especialmente o dever de cuidado. Aqui se dá o caso que a doutrina chama de “**culpa pelo excesso**” ou “**pela assunção**”.³² Tal não implica necessariamente habilitação profissional, mas, sim, aptidão ou capacidade concreta de efetuar a atividade. Por exemplo, o motorista recém-habilitado não deve aventurar-se a conduzir veículos em ruas de tráfego intenso, se não estiver suficientemente prático e experiente para isso, nem deve participar de competição automobilística. O mesmo se passa com o médico recém-formado com relação aos atos de extrema delicadeza e habilidade.³³ Ou mesmo a um engenheiro recém-formado diante de obras mais complexas.

Nesses casos, a infração ao dever de cuidado não resulta da forma de execução da atividade, mas da própria realização dessa atividade. Isto não significa que a forma de atividade culposa não condicione a norma, mas que a forma concreta da execução dessa atividade, às vezes, não é a única modalidade de infração ao dever de cuidado. Por exemplo, o leigo que resolve fazer em alguém uma operação delicada não infringe o cuidado apenas porque se tenha saído mal na intervenção, mas por não se abster de realizá-la.

³² DREHER, Eduard. *Strafgesetzbuch*, München: Beck, 1976, p. 73; HEINRICH, Bernd. *Strafrecht, AT*, Stuttgart: Kohlhammer, 2014; p. 463; JESCHECK-WEIGEND. Ob. Cit. p. 580; LACKNER-KÜHL. *Strafgesetzbuch*, 24ª edição, München: Beck, 2001, p. 99; MAURACH, Reinhart. *Strafrecht, AT*, Karlsruhe: C. F. Müller, 1971, p. 576: “(...) a negligência não se situa, nesse caso, na ação arriscada (que o autor, materialmente, não podia realizar melhor do que efetivamente o fez), mas na assunção de uma atividade, cujo realizador reconhecia não estar para ela preparado”; SANGUINETTI. *La colpa penale nella circolazione stradale*, Milano: Giuffrè, 1976, p. 178.

³³ MAURACH, Reinhart. Ob. Cit. p. 576: “Atua negligentemente (...) o médico clínico-geral, quando o encaminhamento do paciente ao médico especialista era de se impor; igualmente a assunção de tratamento através de médico que se descuidou de sua progressiva formação científica”.

A *segunda consequência* do dever de reconhecimento do perigo é a *execução da ação, tomando-se as devidas precauções para não ultrapassar os limites do risco autorizado*. Esse dever vem ligado ao chamado “risco permitido”, que se destina a encontrar uma solução dentro do direito para a permissão de certas atividades, consideradas perigosas por natureza, mas, ao mesmo tempo, tidas como socialmente úteis. Isto se refere especialmente à utilização dos meios rápidos de transporte, à implantação de indústrias de gás, eletricidade ou nucleares, à confecção de substâncias venenosas para a agricultura ou para o consumo doméstico, e assim por diante. No sistema finalista, essas atividades estariam compreendidas no que WELZEL denominou de **ações socialmente adequadas**.

A teoria do risco permitido, na verdade, chega, em certos casos, a uma conclusão de identificar o cuidado devido com o próprio risco permitido. Como a questão não estaria em se determinar o cuidado devido, mas em delimitar a extensão do risco autorizado, toda atividade perigosa em geral, mas que é socialmente útil, poderia ser considerada dentro do cuidado objetivamente devido. Isso pode gerar, por um lado, a visão de que a norma encerra uma proibição geral de perigo, conforme os padrões de utilidade social. Este ponto de partida não é correto, pois não observa que todo perigo só constitui objeto de proibição, na medida em que se concretize em determinada atividade e sua forma de execução, ou seja, quando efetivamente seja potencialmente danoso ao bem jurídico. De conformidade com BINAVINCE pode-se afirmar que perigosa não é a instalação industrial como tal, mas a atividade realizada no exercício dessa indústria em relação a um bem jurídico concreto.³⁴ Esta consideração tem relevância, porque a simples subsunção da conduta à atividade industrial permitida não a classifica como cuidadosa, nem socialmente útil.

Assim, por exemplo, construir alojamentos a partir do uso de contêiner não é, por si só, inadequado nem perigoso ou arriscado, até porque hoje a

³⁴ BINAVINCE, Emilio. *Die vier Momente der Fahrlässigkeitsdelikte*, Bielefeld: Gieseking, 1969, p. 75.

arquitetura moderna tem se valido em muitos países desse tipo de construção. Tudo depende, portanto, da forma e do modo de execução da atividade de construção. Se a construção corresponder às exigências normais da atividade de engenharia ou arquitetura, o fato de ser efetuada sobre contêineres não indica uma ação inadequada.

Está claro que há certa espécie de atividade, que, pela possibilidade de acarretar perigos incalculáveis, necessita de uma limitação e de normas rígidas de segurança, como medidas preventivas a sérios desastres ecológicos e humanos. Sua autorização ou proibição não pode ficar, assim, exclusivamente, na dependência de sua utilidade social. Por outro lado, na medida em que estas atividades perigosas se situem como objeto de valoração do tipo culposo, suas características de perigosidade e risco devem submeter-se aos parâmetros das normas de cuidado, a fim de possibilitar a exata dimensão desse perigo e de seus efeitos. Aqui, já não se está tratando de medidas de proteção, mas de elementos a determinarem se esse perigo, apesar de sua utilidade social, ultrapassou ou não os limites fixados normativamente para a sua admissibilidade.

Não obstante, o risco permitido poderá servir de elemento limitativo, quando for levado em conta como fator que intervenha na relação entre a infração à norma de cuidado e o resultado danoso. Uma vez atendido o risco produzido pela execução de certas atividades, é de se levar em conta o *dever de atenção, controle e guarda* a todos os que se encontrem interessados na realização dessas atividades.³⁵

Esse dever de atenção, controle e guarda tem que se associar ao tipo de atividade concretamente realizada, pois, caso contrário, se cairia na teoria dos riscos gerais. A atividade concreta que se desenvolve sob as condições da

³⁵ Neste sentido, mas fiel à teoria do risco permitido, JESCHECK-WEIGEND. Ob. Cit. p. 580; também SAMSON, Erich. *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, comentário 16 ao § 16, Frankfurt: Metzner, 1977.

atividade potencialmente perigosa é que estabelece os requisitos e especificações do cuidado a ser atendido.

Ligado ao dever de cuidado na execução da atividade concreta está também o dever de *prévia informação e preparação*, a ser tomado como medida preliminar a essa execução.³⁶

A esse dever de se informar e se preparar para a execução de uma atividade, está por igual associado o dever, já mencionado, de reconhecimento do perigo para o bem jurídico. Tendo em vista este binômio **reconhecimento do perigo-informação e preparação**, como cuidados prévios, é que se estipula, por exemplo, a norma impositiva de só se permitir a condução de veículos por pessoas habilitadas segundo regras e exames convencionados, ou que somente médicos possam realizar cirurgias, ou engenheiros, cálculos estruturais ou prova de resistência de barragens.

Essa norma, por sua vez, não encerra a amplitude e a espécie desse dever. Pode tanto se referir, a uma habilitação para dar rápido diagnóstico acerca do perigo, quanto a aprofundar-se na atividade concreta determinada. Essa norma impositiva da prévia habilitação se estende desde a condução de veículos até atividades profissionais ou de execução perigosa ao bem jurídico.

Assim, no tocante à possibilidade de diagnóstico da situação de perigo, ali se incluem o diagnóstico médico de identificar prontamente certa enfermidade; a previsão, a um físico nuclear, de acidente em determinado reator, conforme o conhecimento informativo e preparatório que tiveram ou que deveriam ter tido; a avaliação de um engenheiro sobre a habitabilidade de um imóvel.

³⁶ Por esta exigência prévia, ENGISCH, Karl. Untersuchungen über Vorsatz und Fabrlässigkeit im Strafrecht, Berlin: de Gruyter, 1930, p. 290; JESCHECK-WEIGEND. Ob. Cit. p. 581.

Há que se estabelecer, também, o dever de informar-se sobre as condições de uma atividade concreta. O agente, antes de executá-la, deve tomar as devidas precauções, segundo as informações que dela deveria ter.

Aqui, no entanto, do mesmo modo como ocorre com o dever de reconhecimento do perigo, não se deve estender demasiadamente esta exigência, mas apenas associá-la concretamente à atividade que é desenvolvida pelo agente e nas circunstâncias concretas em que ela se realiza. Caso contrário, tornar-se-ia impossível a prática de qualquer atividade, pois, na maioria das vezes, devido mesmo às circunstâncias vitais, a prévia informação detalhada de tudo não se materializa na execução dessa atividade, como, por exemplo, em relação às normas direcionais vigentes para certa cidade.

Há que se mencionar ainda que esse dever de informação e preparação não deve ser tomado em sentido genérico, mas individualizado para o caso específico da ação a ser realizada.³⁷ Da mesma forma, embora o motorista deva informar-se acerca das regras de condução em uma cidade, antes de empreender a atividade de conduzir, não será culpado por não se haver informado previamente do sentido de uma determinada via, mas pela sua desatenção às placas indicativas desse sentido.

Tal como ocorre com a caracterização da ação descuidada, a medida do cuidado não pode ser dada, aqui, pela concepção do homem prudente, consciencioso e diligente, ainda que postado na posição e papel concreto do autor e associado ao critério da previsibilidade objetiva, com referência à profissão, ao círculo social e às circunstâncias da vida diária.³⁸ Dadas as

³⁷ Assim, ENGISCH, Karl. *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, p. 396; KAUFMANN, Arthur. *Das Schuldprinzip*, Heidelberg: Carl Winter, 1961, p. 157; MAYER, Max Ernst. *Strafrecht, AT*, Heidelberg: C. Winter, 1923, p. 131

³⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*, São Paulo: Bushatsky, 1976. , p. 241; JESCHECK-WEIGEND. *Ob. Cit.* p. 582; WESSELS-BEULKE. *Ob. Cit.* p. 227.

características do dever, que é um dever vinculado ao agente e não a um mero símbolo, sua medida deve obedecer às condições pessoais de imputação.

Essa individualização do dever de cuidado supera, essencialmente, o critério do *homo medius* por algo mais concreto e factível no mundo da vida e possibilita adequar a norma abstrata à conduta concreta. Há que se ponderar aqui o seguinte: embora no tipo de injusto a conduta seja posta em análise em face da norma de cuidado, o que ensejaria, à primeira vista, uma avaliação objetiva dessa conduta, não pode ela estar dissociada da capacidade concreta do autor, porque só dessa forma se poderá individualizar o processo de imputação. Ao se dizer, assim, que uma pessoa é responsável porque o resultado produzido lhe é imputado como “obra sua”, estar-se-á individualizando sua atividade em face de sua capacidade de conduzir o processo causal. Se o sujeito não pode conduzir o processo causal, porque esse procedimento se encontra na atribuição de outrem, mais capacitado, estará excluída a imputação.

A doutrina sempre manteve dúvidas acerca do critério definitivo e perfeito para estabelecer a medida desse dever de cuidado. Embora a melhor solução possa ser a de utilizar-se o *critério da previsibilidade objetiva*, baseado no que seja efetivamente necessário para dimensionar efeitos danosos ou perigosos de uma determinada conduta,³⁹ esse critério tem que ser individualizado, principalmente nos casos em que a previsibilidade deve ser aferida pela posição do autor concreto.

Desde que não seja possível a aplicação do critério de previsibilidade, porquanto se trate, por exemplo, de delito culposo de mera atividade, pode ser invocada também, como medida do dever de prévia informação, a regularidade com que se realiza a atividade sem produzir perigo ou lesão ao bem jurídico. Em função dessa regularidade, será possível afirmar-se, em consequência, se o resultado era ou não objetivamente evitável, segundo a

³⁹ BLEI, Hermann. *Strafrecht I*, München: Beck, 1975, p. 265.

experiência da vida diária, quer dizer, se podia, nas circunstâncias concretas em que se encontrava o agente, ser tomado a sério por ele, segundo sua profissão, papel social, grau de instrução e facilidades de reconhecimento do perigo e de informação, e de seu preparo diante da execução da atividade concreta. Por exemplo, o uso de contêineres para o efeito de módulos habitacionais, segundo a experiência geral da vida, não gera em si mesmo um risco a bens jurídicos pessoais. O agente pode aceitá-los e nem por isso está realizando atividade perigosa ou mesmo ilícita.

Nisso tudo, devem ser eliminados do tipo de injusto todos os *processos causais anormais* ou inadequados, segundo juízo *ex ante* da situação do perigo. Essa exigência é uma decorrência da própria teoria da causalidade, que tem limitações, principalmente no que toca ao regresso infinito. Como já dizia a tradicional doutrina brasileira, o fabricante de automóvel não pode ser responsabilizado pelo atropelamento causado por haver o motorista dirigido em excesso de velocidade, ainda que tenha posto à venda veículos com motores superpotentes.

O administrador de um clube não pode ser responsabilizado porque uma ginasta tenha quebrado a perna ao executar um salto no ginásio olímpico, ou porque um de seus sócios se tenha embriagado na cantina e daí sofrido uma queda e fraturado o braço, ou se responsabilizar por todos os defeitos de instalação da sede ou de suas dependências, quando essa instalação tenha sido realizada por uma firma previamente contratada para isso.

Analisando a questão da relação entre a causa antecedente e o resultado, decorrente de uma conduta posterior, a Suprema Corte de Cassação italiana assim consignou em decisão bastante difundida, de 20/05/2011, que “*para avaliar a possível interrupção do nexu causal entre a conduta e o evento, a causa superveniente, que por si só é dada como suficiente para determinar o evento a que se refere o art. 41 do Código Penal, parágrafo 2, não se refere apenas ao caso de um processo causal completamente autônomo, já que, nesse caso, a disposição seria quase inútil,*

*já que a exclusão da relação causal seria alcançada, em qualquer caso, com base na teoria da condição ou da equivalência das causas” (...) “a norma, vice-versa, é também aplicada no caso de um processo que não esteja completamente desvinculado do antecedente, mas caracterizado por um caminho causal completamente atípico, de caráter absolutamente anômalo e excepcional”.*⁴⁰

2.3. O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA

Quando se trate de atividades comunitárias ou societárias, a análise do dever de cuidado tem tomado em conta, também, o chamado *princípio da confiança*.⁴¹ O princípio da confiança foi desenvolvido pela jurisprudência, especialmente, no direito de trânsito, mas alguns autores, inclusive, como JAKOBS, o utilizam como critério geral de imputação.⁴²

Segundo este princípio, todo aquele que atende adequadamente ao cuidado objetivamente exigido, pode confiar que os demais coparticipantes da mesma atividade ou de atividades paralelas também operem cuidadosamente.⁴³ O princípio da confiança nasce justamente em decorrência da impossibilidade de, na vida moderna e diante de outras variadas atribuições, as pessoas tenham que cumprir um dever especial de fiscalização sobre condutas de outrem. Se o motorista dirige corretamente em sua mão de direção, ao fazer uma curva em uma estrada, não tem que se preocupar com que outros motoristas também dirijam em sua mão de direção. Se tivesse, a cada momento, de pensar na atividade do outro, o motorista estaria impossibilitado de dirigir, porque, então, deveria parar o veículo e a pé

⁴⁰ Cassazione penale, sez. V, sentenza 18/07/2012, nº 29075.

⁴¹ ROXIN, Claus. *Strafrecht, AT*, 4ª edição, vol. I, München: Beck, 2006, p. 1070; STRATENWERTH, Günter. Köln-Berlin-Bonn-München: Heymanns, 2002, p. 427; WESSELS-BEULKE. Ob. Cit. p. 228.

⁴² JAKOBS, Günther. *Strafrecht, AT*, 2ª edição, Berlin- N. York: de Gruyter, 1993, p. 208 *et seq.*; KINDHÄUSER, Urs. *Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar*, Baden-Baden: Nomos, 2015, p. 178.

⁴³ WESSELS-BEULKE. Ob. Cit. p. 228.

verificar se outro carro estaria sendo conduzido adequadamente. Claro que isso afetaria toda a circulação.

Igualmente, se o administrador de um Clube tiver que, a todo momento, largar suas atividades normais de administração para verificar como os demais estariam atuando no âmbito de suas atribuições, não poderia gerir a sociedade. Uma vez que cumpra seus deveres no que toca ao seu cargo, pode confiar que outros também o façam. A consequência da aplicação deste pensamento no direito penal será a de excluir a responsabilidade dos agentes em relação a fatos que se estendam para além do dever concreto que lhes é imposto nas circunstâncias e nas condições existentes no momento de realizar a atividade.

Conforme a metodologia aplicada, o princípio da confiança pode ser apreciado sob dois aspectos: como critério limitador do dever concreto de cuidado ou como delimitador do risco autorizado. Está claro que em ambos os casos as soluções conduzirão ao mesmo desfecho, que será o de limitar a incidência da norma criminalizadora ao caso concreto. Parece, à primeira vista, que, atendendo à postulação de que o tipo dos delitos culposos está assentado sobre a violação do risco autorizado, se pode dizer que o princípio da confiança implica um critério de delimitação daquele risco, ou seja, a incidência do princípio da confiança impede o reconhecimento de que a ação do agente incrementou ou aumentou o risco de produção do resultado. Este é o raciocínio empreendido por ROXIN e que deve prevalecer na doutrina jurídica.⁴⁴

Convém observar que, como será absolutamente impossível exigir-se de cada pessoa uma atenção extraordinária, que pudesse ir além daquela que lhe era atribuível, segundo juízo concreto de adequação, este princípio vigora como limitador, precisamente, no âmbito da atividade concreta, quer esteja

⁴⁴ ROXIN, Claus. Ob. Cit. p. 1070.

ou não expressamente disciplinada.⁴⁵ Como o princípio da confiança é extraído de uma atividade concreta, convém destacar alguns grupos de casos para dar maior clareza aos seus contornos.

Tomando em conta a afetação ao bem jurídico, costuma-se fazer uma diferenciação entre o perigo produzido pelas forças naturais e aquele criado por ação de outra pessoa. Tratando-se de perigo produzido pelas forças naturais (por exemplo, o resultante de inundação, de um raio, da queda de uma árvore, de uma inundação ou qualquer calamidade), tem-se estabelecido que vigora o preceito de que todo e qualquer risco deve ser evitado por todos, desde que previsível e não admissível, segundo uma razão mais elevada de utilidade social.⁴⁶ Quando o perigo provém de atividades humanas singulares, teria aplicação regra inversa: neste caso, o perigo não precisa ser levado em conta por todos, uma vez que a pessoa humana que o produziu é, por si mesma, responsável por essa produção, de tal modo que toda desgraça, levada a efeito através de sua conduta contrária ao cuidado, lhe deva ser, exclusivamente, computada e não aos demais.

Salvo na hipótese de ação conjunta e vinculante (duas pessoas fazem, conjuntamente, reparos na rede elétrica), ninguém, em princípio, deve responder por ações defeituosas de terceiros. Nesse caso, pode até mesmo confiar em que todos os demais atendam aos respectivos deveres de cuidado.⁴⁷ Essa confiança está hoje associada ao *princípio de autorresponsabilidade*, que é, na verdade, um critério de limitação da imputação e não, propriamente, de limitação do dever de cuidado.

Um exemplo, no qual se estipulam as duas espécies de produção de perigo e as respectivas responsabilidades, é mencionado por

⁴⁵ JAKOBS, Günther. *Strafrecht, AT*, 2ª edição, p. 208 *et seq.*, entende que o princípio da confiança constitui um critério de exclusão da imputação objetiva e não propriamente um limitador da extensão do dever de cuidado.

⁴⁶ STRATENWERTH, Günter. Ob. Cit., p. 427.

⁴⁷ STRATENWERTH, Günter. Ob. Cit., p. 427; WELZEL, Hans. Ob. Cit., p. 191.

STRATENWERTH: deve um motorista contar que certa galeria de estrada se tornou obstruída por detritos de toda ordem, durante longo temporal (perigo ocasionado por ação natural, que todos devem evitar), mas não precisa contar que os encarregados da limpeza dessas galerias e, por elas responsáveis, se omitiram de as desobstruir, contrariando, assim, o dever de cuidado.⁴⁸

Passando esse exemplo a um caso da administração de uma associação, pode-se ter o seguinte: o administrador, depois de um grande temporal, precisa atuar para impedir que a piscina do clube continue aberta em face do risco de descarga elétrica em seus frequentadores, mas não precisa se preocupar como deve atuar o guarda-vidas, contratado especificamente para isso, diante de perigo de afogamento de pessoas que, sem saberem nadar, se arriscam a usar a piscina em seu lado mais fundo.

Tem-se estabelecido, porém, duas limitações ao princípio da confiança: quando o descumprimento do dever de cuidado seja manifesto ou quando incumbe ao agente um dever especial de fiscalização. No primeiro caso, é fundamental que o agente tenha conhecimento de que as demais pessoas ou não atendam ao cuidado ou não estejam em condições de fazê-lo. Por exemplo: em uma cirurgia, o médico-chefe não pode confiar na regularidade do anestesista se este estiver embriagado. No segundo caso, o dever de fiscalização deve resultar de norma expressa, quer seja uma norma legal, estatutária ou contratual. Não existe dever genérico de fiscalização, resultante apenas do costume. Assim, no caso de uma empresa, seu diretor, não pode excluir seu dever de fiscalização da atividade de seus subalternos ou de pessoas com atribuição delegada, sem estiver a isso obrigado por força das disposições estatutárias ou contratuais. Essa fiscalização, porém, deve estar vinculada diretamente a uma atividade concreta a ser executada. Caso esse diretor não tenha a atribuição específica de fiscalização da execução da

⁴⁸ STRATENWERTH, Günter. *Strafrecht, AT*, 2ª edição, 1976, p. 314.

atividade, mas sim apenas de sua regularização formal, não pode responder pela ação descuidada do executor do contrato.

Em outro caso, o engenheiro que é encarregado da supervisão de todos os trabalhos executados em uma obra não pode confiar em que seus supervisionados cumpram seus respectivos deveres, porque a fiscalização se estende também à verificação concreta desse cumprimento. Contudo, ainda que o engenheiro tenha como ocupação o controle da atividade dos demais, o seu dever estará limitado à verificação das atividades concretas dos subordinados que estejam diretamente ligadas à lesão do bem jurídico e não de todas suas atividades.

Além dos casos específicos dos delitos culposos, pode-se aplicar, ainda, o princípio da confiança para solucionar questões da participação culposa em ação subsequente de outrem. Esta participação pode ocorrer de duas formas: a) quando a ação subsequente de outrem é culposa; b) quando a ação subsequente é dolosa.

Convém desde logo repetir que não é possível a participação culposa em crime doloso, de modo que o autor culposos possa responder como se tivesse em concurso de agentes com o autor doloso. Há casos, porém, em que o agente atua com violação da norma de cuidado e, em virtude disso, contribui para que outrem possa realizar uma ação dolosa ou culposa. A questão aqui é determinar se o agente culposos, embora não seja coautor ou partícipe do crime doloso e nem tenha realizado a ação culposa subsequente, responde pelo crime culposos correspondente e até que medida isto realmente é admissível.

JESCHECK entende, por exemplo, que, nesta matéria, devem ser diferenciados dois grupos de casos: a) no primeiro caso, a infração ao dever de cuidado já congrega em si mesma o perigo de verificação do resultado

típico; b) no segundo caso, a infração ao dever de cuidado não constitui um risco juridicamente abusivo.⁴⁹

No primeiro caso, o que ocorre é um comportamento desatento, mas de tal forma que o agente efetivamente poderia prever, sem maiores problemas, o resultado típico. Assim, por exemplo, realizaria o tipo do delito culposo de homicídio o farmacêutico que tivesse vendido ao homicida, mediante infração à norma de cuidado, a substância venenosa, sabendo que esta era altamente perigosa e que só poderia ser fornecida sob estrita vigilância e teria restrita aplicação terapêutica. Da mesma forma, seria autor de delito culposo de homicídio o médico que liberasse da internação um paciente psicopata, sem a cautela de comunicar o fato a seus familiares, embora soubesse que aquele poderia assassinar, como o fez, sua própria família, porque isto lhe fora repetidas vezes relatado.⁵⁰ Seria ainda autor do crime culposo de homicídio aquele que emprestasse seu automóvel para que outrem o dirigisse, embora não tivesse para isso habilitado e nessa condição (lesando a norma de cuidado) atropelasse e matasse um pedestre. Em todas essas hipóteses, a atuação subsequente dolosa ou culposa seria manifesta, e o agente, ao saber dessas circunstâncias, infringiria, por sua vez, grosseiramente uma norma de cuidado relativa ao exercício de atividade que lhe era própria.

No segundo caso (em que a violação da norma de cuidado não constitui um risco desmedido), o agente só seria responsável pelo delito culposo, se tivesse um conhecimento especial acerca das circunstâncias, do contrário restaria impune, por não ser permitido um regresso causal infinito.

Neste aspecto, quando a atuação do sujeito for descuidada, mas não constituir um risco desmedido, deve ser atendida a ponderação de STRATENWERTH de que só haverá realização do tipo culposo se a produção do resultado subsequente (aquele que o agente cometer culposamente), for

⁴⁹ JESCHECK-WEIGEND. Ob. Cit. p. 572 et seq.

⁵⁰ JESCHECK-WEIGEND. Ob. Cit. p. 573.

não apenas uma consequência possível, mas, principalmente, seu único fim possível,⁵¹ ou seja, *não houver outra alternativa além do que efetivamente ocorreu*. Assim, por exemplo, só realizará o tipo culposo de lesão, por omissão, o dono do bar que vender bebida alcoólica a um motorista que vem a atropelar e ferir um pedestre, caso aquele já demonstre não estar mais em condições de dirigir e responder por seus atos.⁵² Neste exemplo, tanto a atuação descuidada do motorista quanto o resultado eram mais do que previsíveis e a conduta do dono do bar, servindo mais bebida ao motorista, contribuiu para sua atuação culposa subsequente, caso o resultado do acidente tenha decorrido, está claro, da embriaguez do motorista e não de outros fatores. Aqui não pode ele invocar o princípio da confiança. No entanto, poderá invocar o princípio da confiança o diretor de um Clube que, mesmo violando seu dever de fiscalização, tenha fundadas razões para acreditar que seu subordinado cumprirá seu dever especial, porque sempre o fez e no momento do fato lhe relata sua intenção de fazê-lo.

Essas ponderações não se reduzem a meros argumentos doutrinários, em respaldo na experiência jurídica. O Supremo Tribunal Federal tem decisões consolidadas no sentido de excluir do direito penal a simples responsabilidade objetiva e também de acolher o princípio da confiança para limitar a extensão do dever de cuidado.

Justamente, tratando de ambos os temas, em que se decidia acerca da responsabilidade do Presidente e do Diretor Executivo de um Parque de Diversões por defeitos em brinquedos, dos quais resultaram mortes, assim se pronuncia aquela Suprema Corte no HC 138637, com a seguinte ementa:

E m e n t a: “habeas corpus” – homicídio culposo – acidente em parque de diversões – imputação desse evento delituoso ao presidente e administrador do complexo hopi hari – inviabilidade de instaurar-se persecução penal contra alguém pelo fato de ostentar a condição

⁵¹ STRATENWERTH, Günter. Ob. Cit. p. 430. Contra, JESCHEK-WEIGEND. Ob. Cit. p. 574.

⁵² JESCHECK-WEIGEND. Ob. Cit., p. 574.

formal de “chief executive officer” (ceo) – precedentes – doutrina – necessidade de demonstração, na peça acusatória, de nexo causal que estabeleça relação de causa e efeito entre a conduta atribuída ao agente e o resultado dela decorrente (cp, art. 13, “caput”) – magistério doutrinário e jurisprudencial. Inexistência, no sistema jurídico brasileiro, da responsabilidade penal objetiva – prevalência, em sede criminal, como princípio dominante do modelo normativo vigente em nosso país, do dogma da responsabilidade com culpa – “nullum crimen sine culpa” – não se revela constitucionalmente possível impor condenação criminal por exclusão, mera suspeita ou simples presunção – o princípio da confiança, tratando-se de atividade em que haja divisão de encargos ou de atribuições, atua como fator de limitação do dever concreto de cuidado nos crimes culposos – entendimento doutrinário – inaplicabilidade da teoria do domínio do fato aos crimes culposos – doutrina – “habeas corpus” deferido – recurso de agravo improvido. (HC 138337, 2ª Turma, Relator: Ministro CELSO DE MELLO, decisão unânime de 10/10/2020, publicação em 22/10/2020).

2.30 PROCESSO DE IMPUTAÇÃO

Inclui-se necessariamente no tipo dos delitos culposos o processo de imputação do resultado, que se funda em dois elementos essenciais: a relação de causalidade e a imputação normativa.

2.4.1 A RELAÇÃO DE CAUSALIDADE

O Código Penal brasileiro adota, expressamente, a teoria da condição, ou da equivalência dos antecedentes, para definir a relação da causalidade. Será, portanto, segundo o art. 13, causa de um resultado a condição sem qual o resultado não teria ocorrido. Como o código não individualiza o nexos causal, afirma-se que seu enunciado segue uma fórmula contrafática, porque prescinde de uma avaliação empírica para sua definição. Está claro que a

fórmula contrafática não pode eximir a análise dos fatos. Ela vale apenas para definir o nexos causal e, inclusive, para excluir a apreciação de seus possíveis aspectos de suficiência ou adequação. Sua análise concreta, porém, não pode deixar de se situar em um contexto fático.

Em face da amplitude da fórmula da condição, a doutrina tem buscado uma limitação correta do nexos causal, a fim de ajustar seu conceito aos objetivos do direito penal que se dirigem a só atribuir a responsabilidade pelo resultado quando for inequívoca a contribuição do agente em sua produção.

Essa limitação pode se dar sob dois enfoques: no âmbito dos elementos da causalidade e conforme os critérios da imputação normativa.

A primeira manifestação quanto aos limites da causalidade, pelo primeiro enfoque, diz respeito à chamada causalidade alternativa, na qual o resultado decorre da conjugação de dois ou mais fatores e não apenas de um comportamento individual. Isto porque nem sempre o resultado pode ser imputado a única ação. Na prática, o resultado é produzido por um amplo espectro de fatores. No conhecido exemplo do jardineiro: as plantas morrem não apenas porque o jardineiro deixou de regá-las, mas sim também pela secura do clima, pela delicadeza das plantas, pela falta de chuva e mesmo por deficiência dos adubos. O mesmo fato ocorre quando duas ou mais pessoas concorrem simultânea ou sequencialmente para o evento. Por exemplo, duas pessoas ministram ao mesmo tempo quantidade de veneno suficiente para matar a vítima; ou, depois de um agente haver provocado na vítima uma lesão, outra pessoa agrava o ferimento, levando-a à morte.

A doutrina tem buscado uma solução para essa causalidade alternativa. No primeiro caso (do veneno em quantidades iguais e suficientes), é evidente a impropriedade da aplicação do critério da eliminação hipotética, porquanto, eliminada mentalmente qualquer das condutas, o resultado permanecerá. A doutrina tem trabalho aqui sob dois critérios. Pelo primeiro, o critério da eliminação hipotética é aferido pelos fatores globais, de tal

modo que, eliminadas ambas as ações, se o resultado for eliminado haverá causalidade; portanto, ambos responderão por homicídio consumado, que pode ser doloso ou culposo. Pelo segundo, aplica-se aqui o princípio do *in dubio pro reo*, de tal forma que, como é impossível determinar qual dos venenos agira, antecedentemente ao outro, no corpo para a produzir a morte, cada agente só responderá até o momento de sua efetiva contribuição, o que implica responderem ambos por tentativa de homicídio e não por homicídio consumado. Em se tratando de crime culposo, como não há tentativa, ambos os agentes deveriam responder apenas por lesão corporal.

No segundo caso (da lesão), a causalidade cumulativa não apresenta, a princípio, dificuldades, mas será preciso verificar no caso concreto a efetiva contribuição dos agentes no fato. Se, por exemplo, o agente produz uma lesão levíssima na vítima, a qual vem a ser intensamente agravada por parte do segundo agente para conduzir a vítima à morte, está claro que o primeiro agente só pode responder por lesão corporal e não por homicídio.

Questão mais complexa reside, ademais, no chamado regresso infinito, quando haja uma sequência de causas, todas elas vinculadas ao resultado. O Código Penal, na esteira do empirismo inglês, busca delimitar o regresso infinito, instituindo o critério da causa suficiente, ou seja, quando concorram causas antecedentes e supervenientes, haverá exclusão da causa antecedente quando a causa superveniente por si só puder explicar o resultado (art. 13, § 1º).

Se, assim, alguém reforma contêineres e os instala como módulos residenciais (causa antecedente) não pode responder por um incêndio que neles se produz em decorrência de um curto-circuito produzido pela falha de instalação no ar-condicionado, realizada por outra pessoa (causa superveniente relativamente independente).

Veja-se que o Código Penal exclui a imputação não apenas quando a causa superveniente é absolutamente independente da causalidade anterior (os contêineres pegam fogo em virtude da queda de um raio), mas também e

principalmente quando a causalidade superveniente é relativamente independente da causalidade anterior (o fogo se dá por circuito provocado no ar-condicionado instalado nos contêineres, não por falha de quem os comprou e mandou instalar, senão de quem os concretamente instalou). Para que o resultado decorrente do incêndio fosse atribuído à pessoa que comprou o ar-condicionado e mandou instalar seria preciso que ela tivesse participado também da própria manutenção do aparelho. Por exemplo, diante de uma falha constatada, indicando que o aparelho era impróprio para uso, determinasse, assim mesmo, sua instalação. Neste último caso, o resultado decorreria tanto da ação descuidada do instalador quanto do supervisor.

A exigência de demonstração de uma relação de causalidade entre a conduta do agente e o resultado nos crimes culposos tem sido acolhida de forma definitiva também pelos tribunais. Assim, no HC 61.826-0/SP, o Colendo Supremo Tribunal Federal excluiu a responsabilidade do diretor de uma empresa, que havia sido denunciado por homicídio culposo em virtude da morte de um empregado, em decorrência de este não estar, no momento do fato, utilizando equipamento de segurança na obra. Confira-se a ementa da decisão:

Ementa

Habeas Corpus. Qualificação de fato incontroverso. Crime culposo.

Nexo causal. Justa causa.

1- *Não se trata de reexame de prova, quando incontroverso o fato se afere o seu correto enquadramento legal.*

2- *Inexiste justa causa para condenação por homicídio culposos se não se estabelece um nexo causal entre a conduta e o evento lesivo, sendo inadmissível, no direito penal, a culpa presumida ou a responsabilidade objetiva.*

3- *Habeas Corpus concedido.*”

(HC nº 61.826-0. Primeira Turma, Rel. Min. RAFAEL MAYER. Julgado em 24/06/1984).

No referido Acórdão, deve-se destacar, ademais, um trecho significativo do voto do eminente relator:

“Importa, na verdade, a ligação com o fato em si, não bastando para inculpar, do ponto de vista criminal, a condição de diretor, pois seria o estabelecimento de uma culpa em abstrato. Essa colocação importaria, na verdade, como bem parecer aos ilustres impetrantes, em uma culpa presumida, não mais admissível no Direito Penal, ou em responsabilidade objetiva própria do direito civil.”

Com essas ponderações, a Suprema Corte não admite a responsabilidade com base no regresso infinito por força do simples exercício de uma atividade antecedente de administrador ou diretor de uma empresa. Em qualquer caso, a contribuição causal do agente tem que estar demonstrada como condição sem qual o evento não teria ocorrido.

A limitação do regresso infinito se apresenta relevante também no âmbito da imputação normativa, na qual outros critérios lhe serão agregados.

2.4.2 A IMPUTAÇÃO NORMATIVA

Há vários critérios destinados a delimitar a extensão da causalidade a partir de uma análise mais aprofundada do tipo de delito. Esses critérios podem ser condensados no seguinte: a causalidade típica, o comportamento alternativo, a causalidade funcional e o fim de proteção da norma, o aumento ou diminuição do risco e a previsibilidade.

Nos crimes culposos, a relação de causalidade adquire um *status* diferenciado, porque deve incluir entre seus elementos o modo como a ação foi realizada, ou seja, deve especificar que ação foi realizada com infração a um dever de cuidado. Daí se dizer que nos crimes culposos a causalidade é uma questão própria do tipo de injusto, não é simplesmente uma relação da causalidade física, senão uma relação de causalidade típica.

1.4.2.1 A CAUSALIDADE TÍPICA

A questão da *causalidade típica* não é novidade no direito penal. A inclusão da causalidade na própria tipicidade já fora empreendida por BELING,⁵³ que assim se expressa: “*Mas também a posição sistemática da causalidade se tornou mais clara: não pertence ela à teoria da ação, mas à teoria do tipo e, na verdade, ao tipo material*”. Defendendo uma causalidade adequada ao tipo, também, ENGISCH,⁵⁴ embora disso passe a inferir um conceito de causalidade natural, muito usado na jurisprudência alemã e que, no fundo, corresponde ao princípio da causa eficiente.

A adequação da causalidade ao tipo dos delitos culposos implica que o resultado só poderá ser atribuído ao autor se decorrer da própria ação descuidada. Não haverá, portanto, causalidade em delito culposo se o resultado advier apenas da relação física entre a conduta e o evento. A principal consequência da causalidade típica é a de que a infração ao dever de cuidado tem que ser verificada em face do resultado concreto. Portanto, a mera infração ao dever de cuidado não é suficiente para fundar o processo de imputação. Para que o resultado concreto possa ser imputado ao agente que, fisicamente, o causou será preciso afirmar que esse resultado só ocorreu em decorrência direta da violação à norma de cuidado.

Por exemplo, um administrador não exerce suficientemente seu dever de fiscalização, violando, assim, a norma de cuidado, mas o resultado é provocado por atuação de outrem, que estava fora do âmbito de fiscalização. É o mesmo caso do motorista que dirige em excesso de velocidade, mas a morte da vítima decorre do fato de haver esta se lançado, em ato suicida, na frente do veículo. A morte, nesse caso, não decorreu do excesso de velocidade, senão exclusivamente por ato da vítima.

⁵³ BELING, Ernst. *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen: Mohr, 1906, p. 208.

⁵⁴ ENGISCH, Karl. *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Tübingen: Mohr, 1931, p. 21.

2.4.2.2. O COMPORTAMENTO ALTERNATIVO

No que toca ao *comportamento alternativo*, extrai-se a conclusão de não haver imputação quando a obediência à norma de cuidado for indiferente ao resultado, ou seja, mesmo que o agente tivesse observado rigorosamente o devido cuidado o resultado teria ocorrido de qualquer modo. Mesmo que um administrador tivesse exercido todos os atos preventivos de incêndio e de fiscalização, isso não alteraria o resultado porquanto o incêndio decorreria da explosão de um ar-condicionado que havia sido, anteriormente, devidamente reparado e considerado pelos técnicos como apto para uso. Neste último caso, portanto, a ação preventiva ou fiscalizadora do administrador não poderia alterar o resultado.

2.4.2.3 A CAUSALIDADE FUNCIONAL

A *causalidade funcional* implica a exigência de que todo o processo causal só tenha significado quando puder ser confrontado com as finalidades da norma em face da efetiva contribuição de cada participante no fato. Nas ações comunitárias, por exemplo, é fundamental verificar como cada pessoa influenciou na decisão final que veio a contribuir para o resultado. Em sociedades ou empresas, as decisões são tomadas, geralmente, em colegiado em que cada um de seus integrantes expõe seus argumentos, na medida de sua competência.

Se uma empresa ou um Clube resolve instalar contêineres como alojamento, o simples fato de seu presidente assinar o respectivo contrato de aquisição, assessorado pela área técnica e jurídica, não pode implicar que tenha contribuído para produção de resultados lesivos decorrentes dos aparelhos que deles constarem, como elementos da própria obra. Nas ações societárias, a afirmação da causalidade tem que se delimitar ao âmbito das efetivas funções exercidas pelos sócios ou dirigentes. Caso contrário, o simples fato de alguém participar como membro de um conselho implicaria automaticamente sua responsabilidade por qualquer resultado lesivo produzido por atos de qualquer funcionário da sociedade, o que reproduziria

o velha e superado critério da responsabilidade objetiva. Imagine-se, por exemplo, que um avião tenha sido adquirido por uma companhia aérea e, depois de passar por revisão adequada, tenha sido colocado em uso, mas sofra um acidente com resultado morte dos passageiros e tripulantes. Está claro que o presidente da empresa que comprou o avião não pode responder pelo acidente, salvo se, dentro de suas respectivas funções, tiver decidido pela compra de um avião defeituoso, com sério risco de acidente. Fora dessa hipótese, estará excluída a imputação do resultado.

2.4.2.4 O FIM DE PROTEÇÃO DA NORMA

Vinculada à causalidade funcional, vigora também o critério do *fim de proteção da norma*. e acordo com DEGENER, a discussão sobre o fim de proteção da norma como limitação da responsabilidade penal foi levada a sério, primeiramente, por MAX LUDWIG MÜLLER, no âmbito da culpabilidade, com dois exemplos muito significativos, que podem ainda ser usados como paradigmáticos.⁵⁵ O primeiro exemplo: uma pessoa em estande de tiros usa, indevidamente, como munição, um projétil fora dos padrões adequados; neste momento, se mete um estranho, de repente, na linha de tiros, que vem a ser mortalmente ferido pelo projétil indevido. Aqui, embora a ação tenha violado a norma de cuidado quanto ao uso dos projéteis, a morte da vítima não se inclui no âmbito da proibição, porquanto não era sua finalidade específica evitar que o uso de projéteis incorretos pudesse matar alguém que se metesse indevidamente na linha de tiro. O outro exemplo: alguém deixa em posição bastante instável sobre o parapeito de sua janela um vaso de plantas, o qual vem a cair sobre um transeunte, em dia de tempestade; antes, porém, que o vaso o alcançasse, o transeunte salta para a outra calçada e vem a ser morto por uma laje que desaba sobre sua cabeça. Embora a ação de se colocar na janela um vaso naquelas condições de instabilidade fosse descuidada e induzisse a atitude do transeunte a saltar para a outra calçada,

⁵⁵ DEGENER, Wilhelm. *Die Lehre vom Schutzzweck der Norm und die strafgesetzlichen Erfolgsdelikte*, Baden-Baden: Nomos, 2001, p. 14 et seq.

a sua morte não se incluiu no âmbito de incidência da norma de cuidado relacionada à exigência de não se colocar vasos na janela, que não pode se estender à higidez da marquise de prédios vizinhos. Com estes exemplos, se pode mostrar o cerne da questão relativa ao fim de proteção de norma, que é determinar o alcance das limitações das atividades que ela encerra.

A norma de que se trata não é, evidentemente, a norma penal que fundamenta o tipo de delito culposos, mas a norma de cuidado à qual está submetida a conduta concreta do agente.⁵⁶ Esta distinção é importante, porque, em se tratando de norma penal, já não se cogita propriamente de sua finalidade protetiva, mas do alcance do tipo. ROXIN faz, perfeitamente, esta distinção, ao compreender o critério do fim de proteção da norma dentro das hipóteses de exclusão da imputação pela realização do risco não permitido, e o critério do alcance do tipo como gênero de situações de autocolocação ou heterocolocação em perigo.⁵⁷ As normas aqui tratadas são regulamentares, que apresentam comandos determinados, como as normas de trânsito, de prática médica ou de regulamentos profissionais.

2.4.2.5 A TEORIA DO RISCO

Diversamente da doutrina tradicional, a partir da contribuição de ROXIN, é possível construir uma estrutura de imputação com base na *teoria do risco*, a qual englobará, sob este signo, diversos critérios como o do comportamento alternativo e do fim de proteção da norma.⁵⁸ Pretendendo

⁵⁶ Assim, KÜHL, Kristian. *Strafrecht, AT*, 3ª edição, München: Vahlen, 2017, p. 593.

⁵⁷ ROXIN, Claus. Ob. Cit., p. 325 e 334; considerando importante esta distinção, também, GRECO, Luís. “Imputação objetiva: uma introdução”, in ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 165.

⁵⁸ Parece que a teoria do aumento do risco, como critério da imputação, foi criada por ROXIN em um artigo publicado na ZStW, tomo 74, 1962, p. 411 *et seq.*, intitulado “Contrariedade ao dever e resultado nos delitos culposos” (“Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten”), no qual examina, sob aquele argumento, alguns casos controvertidos da jurisprudência, como o do “ciclista” (tratado pelo Supremo Tribunal em 1957), do “farmacêutico” (julgado pelo Tribunal do Reich em 1887), do “fabricante de pincéis” (tratado pelo Tribunal do Reich em 1929) e da “cocaína” (referido como um julgado não publicado do Tribunal do Reich de

superar os fundamentos desses outros critérios, ROXIN quer tratar sob o ângulo da teoria do risco sob três aspectos: a) diminuição do risco; b) aumento do risco; c) realização do risco no resultado.

A teoria do aumento do risco se insere em um sistema de base funcional, que apresenta a peculiaridade de buscar uma relação mais íntima entre a formulação doutrinária e sua concretização empírica, de modo a construir argumentos jurídicos sedimentados, resultantes da discussão travada em torno de casos práticos.⁵⁹ Mediante o emprego desses argumentos, que constituiriam uma síntese de proposições teóricas e soluções concretas formuladas a exemplos padronizados, seria possível edificar um conjunto de *topoi*, que terá relevância no preenchimento de campos indeterminados das normas penais e na assunção de uma política criminal compatível com um Estado democrático de direito.

Portanto, essas hipóteses dizem respeito tanto à questão da criação do risco quanto de sua realização. Ao ultrapassar os limites do risco autorizado, a conduta implicou, por seu turno, um perigo relevante ao bem jurídico e, pois, um aumento do risco da ocorrência do resultado. Quer dizer, então, que só haverá imputação quando a conduta implicar um aumento do risco da ocorrência do resultado e quando este resultado constituir, concretamente, a realização material daquele risco não autorizado.

Isso se dá, normalmente, nas seguintes hipóteses: a) quando a conduta, em vez de aumentar, diminuiu o risco do resultado; b) quando a conduta não aumentou o risco para o resultado; c) quando a conduta arriscada não se concretizou no resultado proibido; d) quando a conduta arriscada não se inclui no âmbito do tipo do respectivo delito.

15/10/1926). O próprio ROXIN faz referência, ademais, que fora KARL BINDING o precursor desta teoria, ao estabelecer para o âmbito de justificação dos fatos culposos, o critério do risco adequado (Nota 225, p. 320).

⁵⁹ Neste sentido, também, GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*, Lisboa: aafdl, 2005, p. 67 *et seq.*

2.4.2.5.1 A DIMINUIÇÃO OU NÃO AUMENTO DO RISCO

Em primeiro lugar, não haverá imputação na hipótese de *diminuição do risco*. Haverá *diminuição do risco*, quando a conduta do agente, embora perigosa e causal para o resultado, tenha produzido um dano menor na vítima. Se a norma penal tem como pressuposto o dano ou o perigo de dano ao bem jurídico, a orientação da conduta do agente fixa os parâmetros de intensidade da agressão a esse bem jurídico. Aqui, opera-se uma exclusão da imputação, porque o agente, em vez de se dirigir à lesão do bem jurídico, orientou, concretamente, sua conduta, no sentido de proteger esse bem jurídico diante de um dano de maior gravidade. Não se exige, para excluir-se a imputação, que o agente tenha salvado, efetivamente, o bem jurídico. Uma vez que tenha evitado um dano maior, não importa que de sua conduta tenha resultado, de qualquer modo, um dano à vítima, pois se reconhece que atuara na medida de suas possibilidades.

Da mesma forma, não haverá imputação, quando a conduta do agente, ainda que não autorizada, perigosa e causal para o resultado, não tenha aumentado o risco de sua produção. Aqui, como a lesão ao bem jurídico ocorreria de qualquer modo caso a conduta do agente fosse autorizada ou não, a imputação é excluída por não ser possível medir a alteração da intensidade de agressão a esse bem jurídico. A conduta do agente estaria situada, pois, numa zona de neutralidade e indeterminação.

Assim, se o administrador de um Clube, com sua conduta, não incrementa o risco de que determinados alojamentos tenham sido incendiados, não se lhe pode imputar esse resultado.

Incluem-se ainda, no âmbito da criação ou do aumento do risco, os casos de *causas causais hipotéticas*, nos quais a causalidade anterior se vê modificada por uma causalidade superveniente. Estes casos podem ser tratados, normalmente, sob os critérios limitadores na própria causalidade. O Código Penal brasileiro, inclusive, prevê, no art. 13, § 1º, uma regra

expressa sobre a causalidade superveniente, que pode ser aplicada a fatos dolosos e culposos.

Há, porém, algumas hipóteses que fogem ao âmbito da limitação do art. 13, § 1º, e para as quais se deverá atender ao critério do aumento do risco. Em se tratando, por exemplo, de *concausas* que são intensificadas por atuação de outrem, deve-se verificar até que ponto a contribuição do agente terá ainda alguma relevância para o resultado final.

Esse quadro pode ficar mais explícito nas hipóteses de intervenção de terceiro sobre a causalidade anterior, de modo que a força da concausa se veja fortalecida por essa intervenção. Por exemplo, alguém desfere um soco no braço de um hemofílico, que horas antes havia se submetido a uma transfusão de sangue para a reposição do fator coagulante, o que torna inócuos os efeitos do soco para desencadear imediatamente uma hemorragia. Mais tarde, deixa a vítima de continuar o tratamento, ou, por qualquer motivo, se modifica o quadro inicial e sua situação se agrava ainda mais com a intervenção do médico sobre o hematoma que se havia produzido no braço da vítima, do que lhe resulta a morte.

Semelhante a essa hipótese poder-se-ia incluir o fato de que um incêndio fora causado por curto-circuito no ar-condicionado, em face de que este tivesse sido inadequadamente instalado por quem dele se encarregara. Nesta hipótese, estará excluída a imputação em face do comprador do aparelho ou do diretor do clube que o mandara instalar, por força da atuação defeituosa de terceiro (do instalador), de modo a se poder dizer que as ações anteriores (do comprador ou do diretor que o mandara instalar) não representaram um aumento do risco do resultado morte das pessoas que estavam no dormitório, o qual só fora viável, na verdade, pela ação descuidada do técnico da instalação.

2.4.2.5.2 A DELIMITAÇÃO TEMPORAL

A professora MARIA DEL CÁRMEN GOMES RIVERO, catedrática da Universidade de Sevilha, assevera, ademais, que a imputação pelo aumento do risco deve ser delimitada também no tempo.⁶⁰ Isto quer dizer que aquele que tenha realizado uma ação descuidada anterior não pode responder, eternamente, por todos os resultados dela decorrentes, quando depois de sua atuação o desdobramento da relação de causalidade se tenha alterado no tempo. Isso ocorre, independentemente de se perquirir sobre a delegação de competência, tanto por efeito de fatos naturais quanto pela atuação de terceiros no processo causal.

Nesse procedimento, que consiste, portanto, de uma avaliação em que se descarta a simples determinação da causalidade em favor do reconhecimento de uma alteração de estado, com a consequente exclusão da imputação, poderão ser utilizados dois critérios: o da funcionalidade da condição e o da suficiência. Pelo primeiro, poder-se-á excluir a imputação quando se concluir que o resultado (a morte da vítima, por exemplo) não estará mais em função da condição (a assinatura do contrato de compra do ar-condicionado) que poderia ser tida, inicialmente, como a criação do risco de sua ocorrência, caso se comprove que o aparelho comprado pelo diretor era inadequado ao ambiente e também defeituoso, mas sim de outros fatores, na medida em que estes passem a tornar crônico seu próprio estado.

O resultado estará em função de uma condição, quando só possa ser explicado em face de uma alteração dessa, ou seja, quando sua produção só adquira sentido se vinculada a essa condição, segundo as regras que disciplinam sua relação. Assim, no exemplo citado, a morte da vítima não adquire sentido em função do aumento do risco provocado pela ação do agente, mas pelas alterações que se processaram no estado do objeto, pela

⁶⁰ GÓMES RIVERO, María del Carmen. *La imputación de los resultados a largo plazo: especial referencia a la problemática del SIDA*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

falha na instalação. Se isto se dá, podemos dizer que a imputação estará excluída porque o resultado não se situou em função do aumento do risco.

Pelo segundo critério, a imputação será excluída quando, sopesados os diversos fatores produtores do resultado, a condição inicial (suponha-se que seja a compra de um aparelho defeituoso ou inadequado) não for mais suficiente para explicar a morte da vítima, ou seja, quando a transfiguração do aumento do risco em alteração de estado minimize de tal forma a contribuição causal que a torne irrelevante para o resultado. Em ambos se dirá que o evento não pode ser imputado ao agente como *obra sua*.

2.4.2.5.3 A REALIZAÇÃO DO RISCO

Ademais, para se concluir acerca do processo de imputação é necessário verificar se a produção do risco se exauriu no resultado. Isso implica considerar se o perigo que a ação descuidada desencadeou veio a intervir concretamente no resultado. Normalmente, esses casos são tratados no âmbito da interrupção da imputação pela limitação da própria causalidade (art. 13, § 1º, do CP), sendo conhecidíssimos no Brasil os clássicos exemplos da ambulância, da infecção hospitalar e de outros desdobramentos causais da ação inicial contrária ao dever.⁶¹ No âmbito dos delitos culposos, o que efetivamente interessa é se o resultado foi ou não produzido conjuntamente pela ação perigosa (descuidada) e pela ação superveniente. Se o resultado for produzido concretamente apenas pela ação superveniente não haverá imputação.

Tampouco haverá imputação quando a ação descuidada não houver influído na produção concreta do resultado. A aferição aqui é feita *ex post*, de modo a concluir que o cumprimento do dever de cuidado seria, no caso,

⁶¹ Por exemplo: alguém é ferido na perna, levado ao hospital e morre devido a um acidente provocado por culpa do motorista da ambulância, no qual a vítima tem sua cabeça esmagada; alguém é ferido e levado ao hospital e morre por infecção hospitalar; alguém produz na vítima um ferimento, esta toma um medicamento para aplacar a dor, que lhe produz uma reação alérgica e conseqüentemente a morte.

absolutamente inútil. Há semelhança entre esta hipótese e os casos de comportamento alternativo conforme ao direito. Lá, entretanto, se concluiu que não haveria causalidade se o evento tivesse sido produzido por comportamento conforme ao cuidado, ou seja, por comportamento situado dentro dos limites do risco autorizado. Aqui, não se está buscando propor uma causalidade alternativa, mas sim verificar se a conduta contrária ao cuidado, ou seja, fora dos limites do risco autorizado, influiu ou não sobre o resultado.

É fundamental também aqui que a suposta ação descuidada anterior tenha seguido um ritmo que conduza inexoravelmente ao resultado sem interrupção. Por exemplo, será preciso demonstrar que a simples assinatura de um contrato de compra de aparelhos ou dos contêineres para o alojamento já tinha, em si mesmo, a potencialidade de risco da produção de um incêndio. Nesse passo, deve também se levar em conta a experiência geral da vida: os contêineres são hoje utilizados em todo o mundo como módulos habitacionais e os aparelhos de ar-condicionado raramente produzem risco de incêndio. Portanto, pode-se dizer que a aquisição desses módulos, por si mesma, não é suficiente para explicar que por conta dela o resultado se produziu.

Devem ainda ser incluídos, no âmbito da realização do risco no resultado concreto, todos os casos em que a contribuição da ação descuidada seja insignificante para a sua produção. Nesta hipótese, se aplica o *princípio da intangibilidade do risco*. Assim, não haveria crime culposo de inundação no fato de um alguém lançar um balde de água sobre uma represa prestes a transbordar. Em face da impossibilidade de se avaliar, empiricamente, essa contribuição da ação, deverá ser excluída a imputação, porque a sua afirmação não pode submeter-se a um procedimento de refutação. **Da mesma forma, em termos causais, a assinatura de um contrato de compra e venda de contêineres para alojamentos é fator insignificante para explicar um incêndio produzido nesses alojamentos.**

Cada delito, ao ser elaborado pelo legislador, comporta uma interpretação adequada a delimitar-lhe as respectivas zonas de injusto, situadas na perfeita identificação das exigências normativas quanto à lesão ou ao perigo de lesão do bem jurídico que lhes serve de substrato. Não se trata, assim, do fim de proteção da norma de cuidado. Aqui importam especialmente os casos submetidos ao âmbito de responsabilidade de outrem.

Todos estes casos estão subordinados ao *princípio geral da autorresponsabilidade* que se desenvolve no Estado democrático como condição para a regulação das expectativas de conduta.⁶² Assim, ninguém deverá ser responsabilizado porque outrem decidiu, por conta própria, atuar de outro modo, ainda que se submetendo aos riscos de sua atividade.

Embora se reconheça ao Estado um importante papel na regulação da vida social, não lhe cabe, todavia, a função de tutor das atividades individuais. Esta é a consequência que decorre da consideração do princípio da autodeterminação como fundamento de um regime de liberdade e garantia. Em face desse argumento, pondera HAFT que cada pessoa é responsável apenas por sua conduta e não pela conduta dos demais, salvo quando se situe na posição de garantidor do bem jurídico ou quando, em face de seu especial conhecimento do risco resultante de sua atividade, o tenha apreendido os riscos de forma mais direta e imediata do que quem vier a produzir o perigo.⁶³

Mesmo nos procedimentos administrativos em que um administrador delega poderes a outros diretores, sua própria atribuição de fiscalização deve estar limitada ao âmbito de responsabilidade da pessoa delegada. Caso contrário, para não responder pelos erros do delegado, o delegante deveria, a todo momento, ele mesmo realizar a atividade ou exercer um controle

⁶² Assim, por exemplo, KÜHL, Kristian. *Strafrecht, AT*, p. 63; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER. *Strafgesetzbuch Kommentar*, 24ª edição, München: Beck, 2006, p. 164.

⁶³ HAFT, Fritjof. *Strafrecht, AT*, 6ª edição, München: Beck, 1994, p. 65.

imediatamente e diretamente sobre a conduta daquele, o que tornaria inviável a própria atividade administrativa.

Ao analisar a conduta descuidada, deve-se afirmar que a imputação poderá ser também excluída em face das características da própria ação realizada pelo agente. Pode-se dizer que pela qualidade da ação não há imputação, quando aquela se mantém nos limites do cuidado que era imposto ao agente para seu empreendimento ou sua execução, mas tampouco haverá imputação quando, embora haja descumprimento da norma de cuidado, a conduta se mantenha nos limites do chamado *risco habitual*. Diz-se, então, nesse caso, a violação de uma norma de cuidado não tem *idoneidade* para fundamentar a intervenção do poder punitivo.

Não importa, para essa espécie de argumentação, a relação entre ação e resultado, mas a legitimidade da própria ação para servir de base ao processo de imputação. A questão, portanto, diz respeito ao conteúdo de injusto de uma ação para caracterizá-la como culposa e, assim, possibilitar a responsabilidade do seu autor.

O presidente de um Clube que exerce suas atividades de acordo com as normas do estatuto não pode ser responsabilizado por atos extraordinários que decorram de sua gestão, salvo quando sua ação tenha relação direta com o evento. Ainda que se admita (o que não corresponde à realidade da vida moderna) ser arriscado usar contêineres para alojamento de atletas, sua aquisição corresponde a um risco habitual da vida, tal como ocorre quando se compra um ar-condicionado ou quando se promove uma reforma na instalação elétrica de uma casa.

2.4.2.6 A PREVISIBILIDADE

Finalmente, o processo de imputação deve estar limitado pela *previsibilidade*.

Normalmente, a noção de previsibilidade está ligada à questão do poder do agente. MEZGER exprime, com nitidez, essa corrente, ao afirmar

que “*existe previsibilidade do resultado, quando o autor, ao realizar a conduta contrária ao dever, houvesse podido prever o resultado dessa sua conduta contrária ao dever*”.⁶⁴ Dessa ligação entre previsibilidade e poder resulta uma conceituação tautológica: previsibilidade é poder prever. Mesmo assim, porém, essa conceituação continua sendo válida dentro do sistema e até fora dele, o que ocasiona, agora, uma descaracterização da previsibilidade como um claro e puro vínculo psicológico da negligência. O que aqui ocorre é um vínculo de ordem e caráter pessoal, mas não psíquico. A previsibilidade não é, portanto, um componente orgânico-psíquico do indivíduo. É o resultado de um juízo de valor, puramente normativo, porque associado também à compreensão do injusto (não-atendimento das normas de cuidado) e sua verificação, conforme graus de possibilidade. Neste particular, não há que se confundir o problema da causação do resultado com a atribuição ao agente de uma conduta negligente que o produziu.

Desde a influência do finalismo, a doutrina costuma distinguir duas espécies de previsibilidade: uma previsibilidade objetiva, a ser delineada no âmbito do tipo de injusto e uma previsibilidade subjetiva, que pertence à culpabilidade. Essa é ainda a tese dominante. Uma vez que a violação ao dever de cuidado integra o tipo dos delitos culposos, como seu componente essencial, a previsibilidade do resultado terá seu papel como uma consequência necessária dessa tese. A questão está, entretanto, em, primeiramente, decifrar o que se deva entender por previsibilidade; depois, determinar o parâmetro de sua aferição. São coisas distintas, que devem ser tratadas separadamente.

O conceito de previsibilidade é bastante controverso, porquanto não existem elementos que possam informá-lo com absoluta precisão. Normalmente, a previsibilidade tem o sentido de um determinado *prognóstico* que se faz acerca da possibilidade de realização de um certo

⁶⁴ MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*, trad. de J. A. Rodríguez Muñoz, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955, vol. II, p. 200.

evento. Como se trata de um prognóstico e não de um juízo de probabilidade, muitas foram as discussões sobre o modo de seu enunciado. Já no âmbito da teoria da causalidade adequada, por exemplo, a previsibilidade resultaria de um juízo objetivo feito *ex post*, mas levando em conta os fatores *ex ante*, substanciando a chamada *prognose posterior objetiva*, que fora proposta por MAX RÜMELIN na virada dos séculos XIX e XX.⁶⁵

A ciência moderna, por seu turno, sempre esteve atenta para o significado das previsões. Como informa o filósofo da ciência MARIO BUNGE, há uma tendência de não se proceder à diferenciação entre previsibilidade e descrição, ou explicação de um fenômeno, o que só é válido, porém, no âmbito das estruturas lógicas, porque a previsão, na prática, jamais poderá identificar-se com a descrição ou a explicação científica.⁶⁶ Em consequência dessa identidade e atendendo às considerações da mecânica clássica e do eletromagnetismo, a previsibilidade científica fora vista unicamente sob o aspecto quantitativo, daí reconhecer-se, inicialmente, apenas uma espécie de previsibilidade, que seria a *previsibilidade estatística*. Entretanto, como a previsibilidade não vem associada especialmente a um parâmetro quantitativo, mas a diversos fatores e circunstâncias, hoje são reconhecidas outras espécies de previsibilidade, conforme o número ou as características das leis que disciplinam esses fatores.⁶⁷ Somada à previsibilidade estatística há ainda a previsibilidade taxonômica, a previsibilidade estrutural, a previsibilidade fenomenológica e a previsibilidade temporal. Não há necessidade de se traçar aqui o exame de cada uma dessas espécies, que não dizem respeito ao caso posto em discussão.

Ainda que a proposição do finalismo seja dominante, subsiste ainda uma discussão acerca da característica da previsibilidade. Diante dessa

⁶⁵ RÜMELIN, Max. “Die Verwendung der Kausalbegriffe im Straf und Civilrecht”, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1900, tomo 90, p. 171 *et seq.*

⁶⁶ BUNGE, Mario. *Kausalität, Geschichte und Probleme*, Tübingen: Mohr, 1987, p. 342 *et seq.*

⁶⁷ BUNGE, Mario. *Kausalität, Geschichte und Probleme*, p. 347 *et seq.*

discussão, a questão da previsibilidade deve seguir, neste particular, pelo menos metodologicamente, a linha traçada por WIESELER e WOLTER de acolher, no próprio injusto, os dois critérios de sua aferição, um objetivo e outro subjetivo.⁶⁸ Isto não implica a admissão de um tipo subjetivo nos delitos culposos, porque não se está tratando aqui de qualquer elemento subjetivo, mas apenas de um critério pessoal de aferição da previsibilidade, conjuntamente com um critério objetivo ou impessoal. Em vez de se estabelecer que toda a previsibilidade deve estar assentada apenas em elementos objetivos, pondera-se que isto não se pode dar em todas as suas modalidades, mas somente naquelas que só comportam um juízo puramente objetivo. A adoção, portanto, do critério pessoal é necessária no âmbito de aferição da previsibilidade temporal e, em alguns casos, da previsibilidade fenomenológica, que podem variar conforme o agente disponha de uma capacidade especial ou não para antever o evento.

O critério pessoal deve estar relacionado à capacidade objetiva do agente, em face dos fatores causais existentes no momento do fato de prever o resultado. Não há, assim, que se proceder a uma comparação entre este agente e um imaginário homem *standard*, mas simplesmente de conferir, diante do contexto, se as condições materiais da conduta e das circunstâncias poderia embasar um juízo objetivo de que aquele agente previu o resultado.

Nos casos de desdobramentos causais em que atuam diversos fatores separados sequencialmente tem sempre lugar a discussão acerca da chamada previsibilidade temporal. Segundo essa espécie de previsibilidade, sua aferição deve ser feita em face do desdobramento causal, quer dizer, é preciso verificar que o primeiro participante (por exemplo, o presidente que assina o contrato da instalação dos alojamentos em contêineres) poderia ou não

⁶⁸ WIESELER, Johannes. Der objektive und der individuelle Sorgfaltspflichtmaßstab beim Fahrlässigkeitsdelikt, Aachen: Shaker, 1995, p. 159 et seq.; WOLTER, Jürgen. Objektive und personale Zurechnung von Verhalten. Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, Berlin, 1981, p. 42 et seq.

prever que nesses alojamentos eclodisse um incêndio, com o resultado morte de seus ocupantes.

Em face dessa sequência, não bastam para afirmar essa previsibilidade apenas os dados objetivos, senão a própria intervenção do agente no processo causal. É mais do que evidente que, se o primeiro agente já não integrava a diretoria do Clube, não poderá mais intervir no processo causal, o que implica que os eventos que decorressem desse processo causal estariam fora das reais possibilidades de sua previsão pessoal. A previsibilidade, nesse caso, não tem por base uma suposto e invisível *homem prudente*, senão o próprio agente, com todas as suas qualidades e deficiências.

Por outro lado, o critério objetivo deve estar lastreado na experiência geral da vida para a espécie de previsibilidade estatística, ou nas medidas próprias a cada um dos fatores nas outras espécies de previsibilidade. Por exemplo, no caso dos alojamentos, deve estar presente o conhecimento objetivo da vida diária de que os contêineres seriam altamente inflamáveis ou altamente perigosos quando usados como alojamentos. Se a experiência da vida diária contraria esse conhecimento, por força do uso comum de contêineres como elementos residenciais em todo o mundo, está claro que o incêndio em seu interior é evento extraordinário e não será objetivamente previsível. Nesse caso, portanto, não se configura o processo de imputação do resultado ao agente que assina o contrato para sua instalação com todos os demais utensílios. Diante da experiência geral da vida, a simples assinatura de um contrato para a instalação desses contêineres não induz a previsão de um incêndio em seu interior. Note-se que aqui não se trata de assinar um contrato para a instalação de explosivos em uma mina, mas de elementos normais usados na construção de alojamentos.

Saliente-se, ademais, que a previsibilidade do evento será substancialmente comprometida quando a atividade do agente estiver inserida em um contexto no qual se verificam instâncias gerenciais diversificadas. Uma vez que em um Clube, conforme dispõem as atribuições estatutárias, se diferenciam as atividades de gerenciamento, fiscalização e

execução, mais difícil se torna ao presidente ou aos diretores de primeiro escalão preverem desdobramentos danosos decorrentes do exercício dessas atividades. Essa previsibilidade comprometida faticamente pela diversidade de atividades exclui o processo de imputação.

Essa argumentação doutrinária é também assimilada pelos tribunais. Assim, no HC 83.554/PR, o Supremo Tribunal excluiu a responsabilidade do diretor da Petrobras por dano ambiental decorrente de vazamento de oleoduto, uma vez não demonstrada sua relação direta com o fato. Analisando, inclusive, a questão da falta de fiscalização, assim decidiu Colenda Suprema Corte:

Habeas Corpus 2. Responsabilidade penal objetiva . 3. Crime ambiental previsto no art. 2º da Lei nº 9.605/98. 4. Evento danoso: vazamento em um oleoduto da Petrobras 5. Ausência de nexo causal. 6. Responsabilidade pelo dano ao meio ambiente não-atribuível diretamente ao dirigente da Petrobras . 7. Existência de instâncias gerenciais e de operação para fiscalizar o estado de conservação dos 14 mil quilômetros de oleodutos. 8. Não-configuração de relação de causalidade entre o fato imputado e o suposto agente criminoso. 8. Diferenças entre conduta dos dirigentes da empresa e atividades da própria empresa. 9. Problema da assinalagmaticidade em uma sociedade de risco. 10. Impossibilidade de se atribuir ao indivíduo e à pessoa jurídica os mesmos riscos. 11. 'Habeas Corpus' concedido . (HC 83.554/PR, Segunda Turma, Rel. Min. GILMAR MENDES, julgado em 28/10/2005).

A terminologia usada pela Suprema Corte, ao descaracterizar no caso a relação de causalidade, não difere do que a doutrina aduz como exclusão do processo de imputação. Isso porque a exclusão da causalidade constitui também uma forma de exclusão da imputação. Nem sempre os tribunais se valem dos mesmos critérios metodológicos dispostos pela doutrina, mas ambos convergem quanto ao acerto da conclusão.

3. A CULPABILIDADE DO FATO CULPOSO

Uma vez que a infração à norma de cuidado e o processo de imputação preenchem o tipo de injusto, a culpabilidade do fato culposos pode ser enfocada, conforme o caso, apenas no que toca aos elementos da previsibilidade subjetiva.

Diversamente do que ocorre no injusto, em que os dados e critérios da previsibilidade se orientam conforme os elementos objetivos dos fatos, relacionados ao processo de produção do resultado proibido, na culpabilidade o evento passa a ser o motivo pelo qual se pode analisar o poder de agir de outro modo. Se a culpabilidade é um juízo sobre a conduta do agente com base no fato por ele praticado, está claro que a aferição de sua previsibilidade deve ter por fundamento a capacidade de orientação do próprio agente diante das exigências da norma. Daí se dizer que a previsibilidade aqui é subjetiva e não objetiva. Contudo, quando se diz que a previsibilidade é subjetiva isso não implica que o juízo sobre ela seja subjetivo. O juízo será sempre objetivo, com base no comportamento concreto do agente, mas sob a perspectiva da capacidade pessoal desse agente diante do evento. A inserção da previsibilidade pessoal na culpabilidade provoca, por seu turno, uma avaliação sobre a capacidade do agente de evitar o evento. O agente só poderá ser capaz de evitar o evento, se puder pessoalmente prevê-lo.⁶⁹

A atribuição pessoal de responsabilidade depende não apenas do fato de que o agente tenha ou pudesse ter tido consciência do resultado e de que poderia evitá-lo (**cognição do resultado**), mas também de que sua execução lhe seja ou tenha sido previsível ou evitável segundo suas condições pessoais (**cognição da execução**). Nesta última hipótese, é necessário ainda que seja investigado até que ponto a ordem jurídica não está exacerbando seu poder

⁶⁹ BÖRNER, René. *Umweltstrafrecht*, Berlin: Springer, 2020, p. 79.

regulamentador, instituindo um juízo normativo sem respaldo empírico e acolhendo uma responsabilidade objetiva pelo resultado.

São conhecidas as dificuldades de poder prever o resultado em inúmeras atividades, principalmente na construção civil, exacerbadas pela crescente complexidade das situações concretas apresentadas (abalos no solo ou transformações atmosféricas violentas, indevida intervenção do proprietário na estrutura da obra, estafa do material, etc.). Ao construtor é muito difícil prever que sua obra possa enfrentar um terremoto ou vendaval, ou que o material possa sofrer uma deterioração intempestiva. Uma vez presentes estas dificuldades, não pode subsistir o juízo de culpabilidade, porque ao autor não se pode exigir uma capacidade sobre-humana de prever eventos extraordinários. Claro que se pode, por exemplo, prever que na cidade do Rio de Janeiro haverá um temporal, mas não um terremoto, nem que desmorone o Corcovado, ou que exploda um transformador de luz e incendeie o prédio, ou que alguém intervenha no funcionamento da bomba de água e faça transbordar a caixa d'água do prédio. Somam-se aos eventos extraordinários aqueles que resultam também de falhas em aparelhos, ainda que devidamente instalados. O construtor não poder prever que um ar-condicionado vá explodir, caso seja novo, no prazo de garantia e corretamente instalado. Claro, poderá prever uma sobrecarga na rede elétrica, caso se acumulem indevidamente os aparelhos nela ligados. Mas daí, então, já não se tratará de um evento extraordinário.

Discute-se, por outro lado, se a previsão implica ou não um conhecimento pormenorizado da situação de fato. A doutrina majoritária tem seguido a orientação de que basta que, nas circunstâncias concretas, o resultado e o processo causal possam ser visualizados pelo autor em seus traços essenciais no âmbito do dever de cuidado.⁷⁰

⁷⁰ Nesse sentido, é esclarecedor o parecer de RUDOLPHI, Hans-Joachim. "Literaturbericht Strafrecht, Allgemeiner Teil", in ZStW nº 85 (1973), p. 127, de que a culpabilidade negligente não pressupõe que o autor tenha podido prever: "[...] a ocorrência do acidente e o conseqüente resultado típico em seu desenvolvimento

Está claro que não se deve exigir que o nexos causal e o resultado possam ser previstos nos mais mínimos pormenores, mas a previsão deve abarcar o nexos causal e o resultado não apenas em seus elementos essenciais, mas inclusive em todos seus desdobramentos.

Por exemplo, alguém lança de uma ponte uma lata de refrigerante, que vem a atingir uma pessoa, produzindo-lhe lesões na cabeça. Neste caso, não se vai exigir que o agente tenha previsto, pormenorizadamente, o tipo de lesão que fora produzido, se contundente ou cortante. Se, porém, em consequência do corte na cabeça, a vítima se descontrola na direção de um barco e vem a lesar outra pessoa, este último resultado tem que ser previsível ao agente. Se este último resultado for remoto, não haverá culpabilidade culposa em face desse evento, apenas do corte na cabeça da primeira vítima.

Portanto, o agente para responder por crime culposos deve ter tido também a capacidade de prever o desdobramento da lesão. Atribuir-se ao agente que lançou uma lata de refrigerante todos seus possíveis desdobramentos será evidentemente incompatível com um juízo de previsibilidade, que deve estar limitado ao desenrolar normal dos acontecimentos e não a situações catastróficas.

No HC 84.589/SP, o Colendo Supremo Tribunal Federal, também enfatizou no voto do relator, Ministro Celso de Mello, que:

“Em matéria de responsabilidade penal, não se registra, no modelo constitucional brasileiro, qualquer possibilidade de o Judiciário, por simples presunção ou com fundamento em meras suspeitas, reconhecer a culpa do réu. Os princípios democráticos que informam o sistema

final, mas, sim, que o autor tenha podido prever a verificação desse resultado típico exatamente como realização do perigo antijurídico derivado de sua conduta. Isto não significa, em todo caso, que o autor deva ter podido prever o processo causal concreto, produtor do resultado típico injusto, em todos os seus pormenores. Indispensável é apenas que ele possa prever a verificação do resultado como realização possível do perigo para o bem jurídico, causado antijuridicamente por sua conduta, ou seja, que possa prever o fato de que a causação concreta do resultado se situava no âmbito de proteção do cuidado por ele lesado”.

jurídico nacional repelem qualquer ato estatal que transgrida o dogma de que não haverá culpa penal por presunção nem responsabilidade criminal por mera suspeita.” (HC nº 84.580/SP, Segunda Turma, Rel. Min. CELSO DE MELLO, julgado em 18/09/2009).

IV. A PARTICIPAÇÃO NO CRIME CULPOSO

Seguindo um linha puramente causal, uma parte da doutrina admite participação em crime culposo. Dá-se, quanto a isso, o exemplo clássico de dois operários que lançam conjuntamente uma tábua de um prédio, a qual vem atingir uma pessoa, causando-lhe a morte. Afirma-se que, nesse caso, ambos serão coautores do crime culposo de homicídio. Essa é, porém, uma teoria que deve ser eliminada da consideração dogmática, pelo menos, por duas razões: porque expressa uma responsabilidade puramente objetiva e porque deixa de levar em consideração a real contribuição do agente para o fato. A responsabilidade objetiva está assentada exclusivamente no nexo causal: os agentes levantam conjuntamente a tábua e a lançam na rua. A real contribuição para o fato exigiria verificar a relação concreta entre os agentes e sua efetiva capacidade de prever que naquele momento passavam pessoas na rua. Portanto, a simples conjugação de condições causais não é suficiente para fundar uma coautoria do crime culposo.

Vindo a tecer outra linha de reflexão, o finalismo sempre entendeu que no crime culposo cada autor deve ser analisado isoladamente no fato. Assim, tanto a violação da norma de cuidado, quanto o processo de imputação do resultado devem conduzir a identificar se, efetivamente, o evento poderá ser atribuído ao agente como “**obra sua**”. Esse é o fundamento da imputação.

Como os delitos culposos estão subordinados a duas normas, uma norma proibitiva e uma norma mandamental extrapenal relativa à imposição do cuidado, o tratamento do concurso de agentes tem que ser diverso do que ocorre com os delitos dolosos. Se, no fato doloso, se pode prescindir de como o autor execute a ação, o mesmo não se dá no fato culposo. Aqui, a execução

está condicionada ao modo e à forma como determinado autor viola a norma de cuidado e, através disso, produz a lesão do bem jurídico. Se o autor culposo está vinculado a uma norma de cuidado, está, igualmente, submetido a um dever de agir de certa forma e de certo modo. Se esta forma e este modo não o condicionarem, não se lhe pode imputar o resultado proibido. Daí se dizer que os delitos culposos são uma subespécie dos *delitos de dever*.

Tratando-se de delitos com um tipo de estruturação complexa, no qual estão mesclados dever extrapenal, proibição penal e resultado imputável, cada autor detém características objetivas próprias que não podem ser estendidas simplesmente a qualquer um que tenha contribuído causalmente para o resultado proibido. Portanto, os delitos culposos não são simplesmente delitos de domínio, nos quais o importante é o controle que o agente exerça sobre a sua realização, mas delitos cuja substância se encontra – repita-se – na forma e no modo como o agente é alcançado pela proibição, a partir do não atendimento a um dever de cuidado, o qual, inclusive, deverá impregnar todo o processo de imputação.

Em função dessa relação normativa complexa, os delitos culposos *não comportam coautoria*, somente autoria colateral.⁷¹ Caso um determinado evento tenha contado com a participação de mais de uma pessoa, cada uma responderá, individualmente, pelo delito culposos respectivo, à medida que tenha violado a respectiva norma de cuidado.

⁷¹ Assim, com esta posição, BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal, parte general*, 2ª edição, Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 501; BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 84; COSTA JÚNIOR, Heitor. *Teoria dos delitos culposos*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1988, p. 111 *et seq.*; FREUND, Georg. *Strafrecht, AT*, Berlin- Heidelberg: Springer, 1998, p. 379; GROPP, Walter. *Strafrecht, AT*, 2ª edição, p. 347; JESCHECK-WEIGEND. Ob. Cit. p. 573; LACKNER-KÜHL. *StGB*, 24ª edição, 2001, p. 170; PUPPE, Ingeborg. “Wider die fahrlässige Mittäterschaft”, in *GA* 2004, 129-146; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal, parte geral*, 2ª edição, Rio de Janeiro, 2007, p. 249; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho penal, parte general*, com a colaboração de Alejandro Slokar e Alejandro Alagia, 2ª edição, Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 690.

Se os delitos culposos não comportam coautoria, mesmo quando ambos os autores tiverem efetuado atos conjuntos no processo causal, está mais do que claro que essa coautoria será, de plano, inviável quando as ações sejam praticadas individualmente em momentos de tempos diversos. No exemplo dos operários que jogam a tábua na rua, imagine-se que essa ação tenha sido realizada mediante uma sequência de atos: um operário deixa a tábua solta no andaime, e outro a atira na rua. Neste caso, o primeiro operário não poderá ser, jamais, coautor da ação do segundo, ainda que se analise o fato sob plano absolutamente causal. Tampouco pode ser coautor desse fato o engenheiro da obra, encarregado de sua fiscalização. Até porque lhe seria impossível ficar de olho em todos os andaimes e em todas as atividades dos operários. A vingar essa exigência, o engenheiro não faria outra coisa do que ser feitor direto de todos os operários.

O mesmo raciocínio se pode estender ao presidente de um Clube, com complexa estrutura de atribuições. Não pode ele ficar o tempo todo de sua gestão fiscalizando diretamente a atividades de seus subalternos e muito menos de pessoas que são contratadas para serviços específicos. Assim, se o presidente do Clube contrata uma firma para instalar contêineres para alojamento de atletas, jamais poderá ser coautor da negligência dos empregados dessa firma. Por força mesmo do princípio da confiança, que delimita o âmbito do dever de cuidado, a coautoria é aqui juridicamente impossível.

A invocação de uma hipotética coautoria culposa é, na verdade, um expediente usado por uma parte da doutrina para tentar suprir a falta de demonstração da relação de causalidade entre a conduta descuidada de cada um dos participantes e o resultado efetivamente ocorrido. Essa tentativa, entretanto, vem sendo repudiada pela doutrina mais abalizada.

Analisando, justamente, os casos de participação culposa em empresas ou associações, afirma PUPPE o seguinte:⁷²

“Conforme demonstrado, os casos que implicam a necessidade de uma coautoria culposa, em substituição à causalidade, principalmente quando se trate de excesso de condições na decisão de uma diretoria, não são adequados a esse fim, pois nesses casos a responsabilidade das partes envolvidas pode ser inquestionavelmente demonstrada por meio do tratamento correto do conceito de causalidade.

(...)

Em vista disso, é de se congratular que o BGH tenha recentemente se afastado de resolver o problema das decisões supercondicionadas de uma diretoria por meio da figura de coautoria culposa substitutiva da causalidade e que não se tenha aproximado dessa ideia de uma coautoria culposa.”

V. A QUESTÃO DOS CRIMES OMISSIVOS CULPOSOS

Há muito a doutrina penal tem buscado um fundamento para a culpa, ora visto como defeito de atenção, de inteligência, de vontade ou como previsibilidade. Ao elaborar o Código Penal brasileiro vigente, a comissão redatora, presidida pelo saudoso ministro ASSIS TOLEDO, houve por bem manter na definição do crime culposos a mesma estrutura da antiga redação de 1940, compreendendo-o como uma forma de causação por meio de imprudência, negligência ou imperícia. Note-se que pela redação do art. 18, II, do Código Penal, já se estabelece que a causalidade no crime culposos não é uma causalidade natural, mas uma causalidade típica, a qual dá lugar à aplicação de todos os critérios de imputação objetiva. O legislador brasileiro, portanto, não está atrasado em relação à doutrina mais moderna, em oposição ao que a mídia desavisada tem divulgado aos quatro cantos. O crime culposos

⁷² PUPPE, Ingeborg. “Wider die fahrlässige Mittäterschaft”, GA 2004, 129-146.

está assentado em uma estrutura complexa na qual se mesclam a causalidade e também a forma e o modo de execução da ação típica, como uma ação descuidada.

Justamente, por se tratar de uma ação descuidada, o crime culposos comporta, essencialmente, um núcleo omissivo. Diversamente, porém, dos crimes omissivos impróprios, nos quais a inatividade se converte em conduta proibida em face da posição de garantidor do seu autor, os crimes culposos são fundamentalmente derivados de uma norma proibitiva.

De acordo com uma posição clássica sobre sua diferenciação dos crimes omissivos, os crimes culposos implicam um dispêndio de energia por parte de seu autor. Sem esse dispêndio de energia, não há crime culposos. Isso tem como consequência que o autor do crime culposos deve necessariamente empreender uma conduta que se vincule de qualquer forma ao resultado. Esse argumento vale tanto para a imprudência (o motorista dirige em excesso de velocidade) quanto para a negligência (o motorista dirige de noite com as luzes apagadas). Veja que em ambos os casos (no excesso de velocidade e na direção noturna com luzes apagadas), a violação da norma de cuidado por imprudência ou negligência está vinculada à condução do veículo. Se o motorista não dispense energia para a conduzir o veículo, se o veículo estiver na garagem, simplesmente se ele não dirigir, não se pode falar de negligência em termos de delito culposos.

Há, porém, delitos omissivos culposos, nos quais se mesclam as normas proibitivas que são típicas de delitos culposos com aquelas que disciplinam os deveres de garantidor. Pode-se dar um exemplo clássico: o médico realiza uma cirurgia, mas depois, mesmo diante de queixas do paciente de que continuava a sentir dores atrozes, simplesmente não o medica porque entende que o fato das dores seria irrelevante, o que lhe provoca a morte por septicemia. Aqui, houve uma ação inicial, praticada pelo médico com algum defeito, mas sem que este o perceba, ação essa que causa o risco da produção da morte, e o médico nada faz para intervir no processo causal. O médico seria, então, garantidor do bem jurídico e para evitar sua lesão deveria

medicar o paciente ou mesmo rever os dados da cirurgia para tomar ciência do que se passava e, assim, tomar as providências devidas para o caso.

Fundamental, no entanto, nos delitos omissivos impróprios é que o sujeito detenha as condições de garantidor (ou garante, como diz a doutrina mediante seu espanholismo) do bem jurídico. Se o sujeito não se enquadrar nos elementos do art. 13, § 2º, do Código Penal, não poderá responder por crime omissivo.

O Código Penal é bastante explícito na identificação das condições de garantidor, as quais resultam ou da lei, ou da assunção contratual, ou pela ingerência. Uma vez que o Código Penal equipara a assunção de responsabilidade contratual à imposição de um dever resultante de lei, está claro que esse dever de impedir o resultado não pode ser um dever simplesmente genérico. Para que a responsabilidade contratual fundamente uma posição de garantidor é necessário que o sujeito assuma **expressa e concretamente** o dever de impedir o resultado. Não havendo essa assunção expressa de dever, não há posição de garantidor, nem crime omissivo. O fato de o Código Penal não exigir um contrato escrito, mas se contentar com a assunção fática do dever de impedir o resultado, não exclui a exigência de que essa assunção fática seja expressa e inequívoca.

Por outra parte, na ingerência é indispensável que a ação criadora do perigo da ocorrência do resultado seja em si mesma ilícita. Quem atua licitamente não precisa se preocupar com as consequências de sua conduta. Esse é um princípio geral da ordem jurídica democrática: ao cidadão só se exige que atenda às normas que lhe são prescritas. Fazendo-o, não está obrigado a fiscalizar o trabalho dos demais, nem se preocupar do que poderá disso resultar, salvo se entre suas atribuições se inserir expressamente aquelas de fiscalização.

Nas sociedades, clubes ou empresas, o respectivo Estatuto disciplina as diversas atribuições de cada um dos sócios, dirigentes ou diretores. Essa divisão de tarefas é essencial para o funcionamento dessas entidades.

Justamente no âmbito de suas atribuições é que vigora o princípio da confiança, que também se aplica aos delitos omissivos.

Fala-se muito na doutrina sobre a questão de **delegação de poder**. A delegação de poder pode ser expressamente prevista no Estatuto, como também resultar de uma atividade fática dentro do contexto da própria administração. O fato de o presidente de um Clube delegar poderes a outros diretores, principalmente, ao diretor de operações, uma vez aceita essa delegação, não precisa aquele ficar de vigia para verificar se as atividades delegadas estão sendo bem executadas. Essa fiscalização só é exigível se, apesar da delegação, o delegante assumir o compromisso de fiscalizar a ação delegada. A fiscalização aqui será sempre indireta, o que não implica uma interferência sobre a ação causal, ou seja, se resume a uma cobrança de contas e não propriamente a uma fiscalização de atividades.

Nos delitos omissivos impróprios, como a incriminação não está disposta diretamente na lei, mas advém de uma complementação à norma proibitiva por meio das normas complementares que assinalam a condição de garantidor, todos os deveres devem ser expressos. Nesse passo, convém sempre repetir: não existe imposição genérica de deveres porque a pessoa vive em sociedade ou exerce cargo, emprego ou função em determinada. Para que se configure o delito omissivo impróprio é indispensável que a norma que disciplina o exercício desses cargos ou funções disponha expressamente sobre os deveres que lhe são inerentes.

Relativamente à responsabilidade por fato de terceiro em face do dever de fiscalização, a doutrina alemã mais recente pondera o seguinte, em face da relação entre o agente fiscalizador e o executor do fato, quando se trate de pessoa não subordinada ou subordinada:⁷³

“Quanto à posição de fiscalizador incide a questão até que ponto alguém como garantidor pode ser responsabilizado por fatos puníveis realizados

⁷³ RENGIER, Rudolf. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, München: Beck, 2018, p. 506.

por outras pessoas. Normalmente, isso deve ser negado, pois do princípio da autorresponsabilidade resulta que não subsiste qualquer dever jurídico de impedir que outras pessoas cometam fatos puníveis.

(...)

*“As pessoas encarregadas de fiscalização são obrigadas, de qualquer modo, a impedir fatos puníveis de seus subordinados, quando **esses não atuem sob completa autorresponsabilidade.**”*

Portanto, mesmo quando o executor da obra é empregado subordinado ao dirigente encarregado da fiscalização, o dever deste de impedir fatos cometidos por aquele está limitado ao princípio da autorresponsabilidade. O dever de fiscalizar só se estende, assim, a impedir fato cometido pelo subordinado, quando este atue sob sua determinação direta. Se o subordinado atuar livremente, sua condição de subordinação não é suficiente para estender o resultado por ele causado à custa da responsabilidade do agente fiscalizador. Isso porque é impossível, dentro de uma empresa ou de um clube, que seu presidente fiscalize diretamente todas as atividades de seus empregados.

Endossando essas considerações, assim se manifestou o Supremo Tribunal Federal no voto proferido pelo eminente Ministro Celso de Mello:

“A mera invocação da condição de diretor ou de administrador de instituição financeira, sem a correspondente e objetiva descrição de determinado comportamento típico que o vincule, concretamente, à prática criminosa, não constitui fator suficiente apto a legitimar a formulação de acusação estatal ou a autorizar a prolação de decreto judicial condenatório. – A circunstância objetiva de alguém meramente exercer cargo de direção ou de administração em instituição financeira não se revela suficiente, só por si, para autorizar qualquer presunção de culpa (inexistente em nosso sistema jurídico-penal) e, menos ainda, para justificar, como efeito derivado dessa particular qualificação formal, a

correspondente persecução criminal". (HC 84580/SP, STF, julgado em 18/09/2009).

Igualmente, o Superior Tribunal de Justiça, analisando a responsabilidade de dirigentes de uma companhia aérea por acidente ocorrido na aeronave por defeito de manutenção, também limitou essa responsabilidade ao cumprimento das normas concretas. Do voto do relator, o eminente Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, colhe-se o seguinte:

“Por outro lado, cumpre registrar que se trata de um acidente aéreo, penoso, de tristes consequências, mas não se pode, por ele, traçar o aspecto da omissão generalizada, que, aí sim, poderia envolver o Administrador Maior da Empresa. No caso, não se trata, como dito, de vários acidentes aéreos ocorridos por falha na manutenção, mas sim de um caso isolado, cuja singularidade escapa totalmente ao controle direto de um Diretor Presidente de Companhia Aérea, não se podendo imaginar que aquele possa inspecionar, in loco, todas as atividades desta.” (HC 13.300/PE, STJ, Quinta Turma, julgado em 07/12/2000).

Vistos os fundamentos jurídicos relacionados aos fatos, cumpre agora responder aos quesitos formulados pelos consulentes.

VI. RESPOSTAS AOS QUESITOS

- 1) É possível responsabilizar criminalmente o Ex-Presidente do Clube de Regatas do Flamengo, EDUARDO BANDEIRA DE MELLO, por fatos ocorridos após a sua saída da Presidência do Clube?

RESPOSTA: Não. No caso, opera-se a vedação do regresso infinito, contida na regra inserida no art. 13, § 1º, do Código Penal. Uma vez que o incêndio ocorreu, segundo as informações, por falta de manutenção ou defeito de aparelhos, cuja supervisão e revisão estava a cargo de um técnico, essa causa superveniente (conduta descuidada

do técnico ou supervisor) exclui a suposta causalidade anterior, imputada ao ex-presidente do Clube.

Aqui se aplica inteiramente o pensamento de PUPPE no sentido de que para a responsabilidade penal é indispensável que o resultado corresponda exatamente à conduta descuidada do sujeito, a qual explica por si mesma o resultado.⁷⁴ Portanto, se o resultado pode ser inteiramente explicado pela ação posterior do técnico ou instalador, sem que se tenha a necessidade de incorporar nessa explicação o comportamento do ex-presidente, está claro que se trata de uma interrupção do nexa causal que exclui a imputação anterior.

Ademais, como se observa da imputação contida na denúncia, nenhum dos atos atribuídos ao ex-presidente, como o fato de não designar um 1 (um) monitor, por turno, para cada 10 (dez) adolescentes residentes, responsável pela organização do ambiente (espaço físico e atividades adequadas ao grau de desenvolvimento de cada adolescente), pelo acompanhamento nos serviços de saúde, escolas e outros serviços requeridos no cotidiano e apoio na preparação para desligamento do Clube, ou assinar o contrato de locação de contêineres, ou não assinar o Termo de Ajustamento de Conduta, pode explicar o resultado do incêndio e as lamentáveis consequências daí decorrentes. Estas são explicáveis especificamente pelo descuido na manutenção dos aparelhos, que não precisa se juntar aos atos antecedentes para produzi-las.

Em resumo pode-se dizer que a ação do ex-presidente em nenhum caso implicou um aumento do risco para as pessoas que estavam no alojamento, nem se realizou no resultado, porquanto este último se

⁷⁴ PUPPE, Ingeborg. “Die Lehre der subjektiven Zurechnung und ihre Anwendung”, in Zeitschrift für das juristische Studium, 6/2008, p. 609.

produziu por fato completamente alheio à sua conduta. Tampouco poderia ele prever o resultado concretamente ocorrido, tanto em face de um juízo objetivo quanto subjetivo.

- 2) Com a mudança do mandato, operou-se a substituição do dever de garante que justifica a imputação por omissão? Ou seja, houve a transferência do dever de cuidado, levando em consideração que a diretoria técnica foi mantida no cargo pela nova gestão e tinha total ciência dos riscos apontados na denúncia?

RESPOSTA: O ex-presidente do Flamengo não se encontrava na condição da garantidor. O simples exercício do cargo de presidente não o transforma em garantidor do bem jurídico dos atletas do Clube. Para que isso ocorresse seria preciso que o próprio Estatuto do Clube o dispusesse expressamente de que lhe caberia fiscalizar diretamente todas as atividades do clube e de seus empregados e diretores, ou que o ex-presidente tivesse assumido expressamente esse encargo. Por outro lado, o fato de a diretoria anterior e seus respectivos empregados continuarem a exercer suas funções, entre as quais se incluem as de fiscalização das condições e manutenção dos alojamentos, evidencia, como se afirmou na resposta ao quesito anterior, uma interrupção do nexo causal, de modo a excluir a imputação ao ex-presidente dos efeitos ocorridos após o término do seu mandato.

- 3) Para fins de imputação do resultado ao Ex-Presidente EDUARDO BANDEIRA DE MELLO, qual a relevância causal da “pane” de origem elétrica, narrada na denúncia às fls. 48/49 dos autos, ocorrida dias antes do incêndio no aparelho de ar-condicionado que pegou fogo?

RESPOSTA: A pane elétrica em aparelhos de ar-condicionado, embora possa ocorrer, é acontecimento excepcional, que escapa à previsibilidade de uma pessoa, como ex-presidente, que não pode ficar

testando, diária e diretamente, esses aparelhos, os quais, uma vez controlados por técnico, pressupõem um funcionamento sem falhas.

- 4) Pode o ex-Presidente EDUARDO BANDEIRA DE MELLO responder à título culposo, seja por omissão ou comissão, em conjunto com alguns diretores da nova gestão da empresa por fato ocorrido após sua saída do Clube, sob a alegação de que *as ações adotadas pelo denunciado, somada às condutas dos demais denunciados, foram determinantes para a produção do resultado ilícito* (fls. 27)? Ou, o ex-Presidente está eximido de responsabilidade por não mais poder agir para evitar o resultado?

RESPOSTA: Uma vez terminado o mandato, não pode o ex-presidente responder por atos ou omissões realizados pelos demais diretores e empregados, que continuaram a exercer suas funções no Clube. De acordo com o princípio da autorresponsabilidade, cada um deve responder por seus atos que lhe são imputados como obra sua. De qualquer modo, a responsabilidade não é eterna, ela se esgota pelo decorrer do tempo e, principalmente, pelo término formal das atribuições dos dirigente, no caso, do ex-presidente.

- 5) É correta a afirmação do Ministério Público, feita na denúncia às fls. 23 dos autos, nota de rodapé 12, de que a delegação de tarefas por meio de contrato ou estatuto privado não exime o Ex-Presidente do Clube de Regatas do Flamengo, EDUARDO BANDEIRA DE MELLO, de responsabilidade penal?

RESPOSTA: De acordo com as normas que disciplinam a responsabilidade por omissão, desde que não haja proibição expressa ou se trate de atividade personalíssima definida em lei, pode o ex-presidente delegar tarefas e poderes aos demais diretores e empregados. Salvo se houver a ressalva de que, apesar dessa delegação, lhe compete

o dever de fiscalização **direta (não indireta)** das atividades delegadas, o ex-presidente não pode responder pelas falhas realizadas pelas pessoas às quais foram delegadas as tarefas ou atividades.

- 6) No contexto do quesito anterior, considerando que o Ministério Público deixou de denunciar o CEO, por ele reconhecido ser o responsável pela gestão geral do clube, é possível imputar responsabilidade criminal ao ex-Presidente EDUARDO BANDEIRA DE MELLO?

RESPOSTA: A responsabilidade criminal é pessoal. Se ao Diretor Executivo competia a tarefa de coordenação, controle e fiscalização das atividades dos encarregados da manutenção dos alojamentos, a ele deveriam ser imputadas as falhas decorrentes dessas tarefas. Se essas falhas não lhe foram imputadas, sua imputação ao ex-presidente, que não detinha essas atribuições, constitui evidente contradição da denúncia, o que implica sua rejeição por inépcia, porque quer atribuir ao ex-presidente a responsabilidade por fato de outrem.

- 7) Pode-se afirmar que há nexo de fim de proteção da norma entre os resultados lesivos a bens jurídicos descritos na denúncia e as condutas de EDUARDO BANDEIRA DE MELLO, consubstanciadas na assinatura de contrato de locação de módulos habitacionais revestidos de material antichamas – conforme certificados internacionais apresentados pela locadora (fls. 284-394; fls. 456-477) – e na recusa em aderir a Termo de Ajustamento de Conduta proposto em 2014, quando os atletas da base do CRF eram alojados em imóvel de alvenaria, não em contêineres?

RESPOSTA: O simples fato de assinar um contrato de locação de contêineres como módulos habitacionais não constitui qualquer ação ilícita. O uso de contêineres como alojamento é comum em todo o

mundo e sua locação, no caso, se situava absolutamente nos limites legais e até mesmo nos limites do chamado risco autorizado. Assim, a assinatura do contrato não pode implicar uma forma de ingerência, porque na ingerência a ação que provoca o risco da ocorrência do resultado deve ser ilícita. Ademais, na ingerência não se descarta a análise concreta da situação de risco, que tem que estar presente desde logo no momento da prática da ação. No ato da assinatura de um contrato de locação não está presente qualquer fator de risco para o bem jurídico. Por outra parte, o fato de os módulos terem sido adquiridos de uma empresa idônea e especializada demonstra que o ato do ex-presidente não implicou uma conduta que pudesse embasar um risco ao bem jurídicos, no caso, que pudesse expressar um comportamento em si mesmo perigoso. Isso está evidenciado pela própria declaração da empresa fornecedora dos contêineres, no sentido de que o material não era inflamável e que, portanto, era adequado aos alojamentos. Correspondendo essa compra a uma conduta habitual da vida diária, pode o adquirente confiar em que está comprando material adequado aos fins a que se propunha. Tem aqui, portanto, inteira aplicação o princípio da confiança: se o ato de compra é um ato habitual e correto do comércio, portanto, realizado nos limites do risco autorizado, está claro que o comprador pode confiar em que o vendedor também agira corretamente. Caso assim não fosse, o comércio de qualquer mercadoria se tornaria, desde logo, um empreendimento arriscado, o que contraria a natureza da coisas.

Mesmo, porém, que os contêineres fossem defeituosos, porque revestidos de material impróprio, seria impossível ao ex-presidente reconhecer o perigo que deles se pudesse esperar. Se o dever prévio de reconhecimento do perigo, que constitui o que JESCHECK denomina de **cuidado interno**, não poderia ser exigido do ex-presidente, pode-se dizer que não há crime culposo, por ausência de uma condição essencial ao atendimento da norma de cuidado.

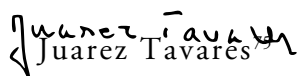
Igualmente, ser-lhe-ia impossível prever que, ao adquirir os contêineres, isso iria provocar um defeito no aparelho de ar-condicionado e, conseqüentemente, um incêndio no local com resultado morte. A morte, aqui, era objetiva e subjetivamente imprevisível.

Por outro lado, o fato de o ex-presidente deixar de assinar o Termo de Ajustamento de Conduta com o Ministério Público não o transforma em garantidor do bem jurídico, nem o torna responsável por todos os atos que vierem a ocorrer nos módulos habitacionais. Tal imputação, sem qualquer demonstração da relação de causalidade entre essa conduta e o incêndio constitui manifesta responsabilidade objetiva, que é repudiada expressamente pelo Supremo Tribunal Federal, em torrencial e firme jurisprudência.

Em conclusão: a prática ou a omissão de atos puramente formais não constituem fatores causais concretos a fundamentar o processo de imputação do resultado.

É o parecer

Rio de Janeiro, 1º de fevereiro de 2020


Juarez Tavares

⁷⁵ Professor Titular de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor Visitante na Universidade de Frankfurt am Main, na Universidade de Buenos Aires e na Universidade Pablo D' Olavide (Sevilha). Professor Honorário da Universidade de San Martín (Peru). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro e pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Professor Emérito da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Subprocurador-Geral da República aposentado. Advogado (OAB/PR 3583; OAB/RJ 1352-A; OAB/DF nº 39.209).