



INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR “PRESIDENTE TANCREDO DE ALMEIDA NEVES”

RODRIGO CESAR PICON DE CARVALHO

**RESPONSABILIDADE PENAL DOS SÓCIOS OU ADMINISTRADORES
DE PESSOA JURÍDICA, NO EMPRÉSTIMO OU NA LOCAÇÃO DE
SEU IMÓVEL A TERCEIROS**

SÃO JOÃO DEL-REI
2014

RODRIGO CESAR PICON DE CARVALHO

**RESPONSABILIDADE PENAL DOS SÓCIOS OU ADMINISTRADORES
DE PESSOA JURÍDICA, NO EMPRÉSTIMO OU NA LOCAÇÃO DE
SEU IMÓVEL A TERCEIROS**

Monografia apresentada ao Curso de Bacharel em Direito do Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves – IPTAN – como requisito parcial à obtenção do título de Graduado, sob orientação do Prof. Msc. Gian Miller Brandão.

SÃO JOÃO DEL-REI
2014

RODRIGO CESAR PICON DE CARVALHO

**RESPONSABILIDADE PENAL DOS SÓCIOS OU ADMINISTRADORES
DE PESSOA JURÍDICA, NO EMPRÉSTIMO OU NA LOCAÇÃO DE
SEU IMÓVEL A TERCEIROS**

Monografia apresentada ao Curso de Bacharel em Direito do Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves – IPTAN – como requisito parcial à obtenção do título de Graduado em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Msc. Gian Miller Brandão (Orientador)

Prof.^a Dr. Carla Leila Oliveira Campos

Prof. Esp. Paulo César Oliveira do Carmo

Aos mortos na Kiss.
Que Deus receba suas almas no céu.
E que essa tragédia jamais se repita.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente aos meus pais, Rui e Bete, por todo o conhecimento que me passaram e por me trilharem no caminho do bem. Formo este ano no curso de Direito graças à dedicação e ao empenho de vocês para comigo.

Ao meu irmão, Bruno, pelas imensas horas que passamos discutindo leis, posicionamentos, filosofia, e que enriqueceram minha mente.

À minha namorada, Carla, por todo o carinho e atenção que recebi por parte dela, pela compreensão em entender quando das minhas ausências, meus desesperos, minhas ansiedades, durante todo o curso, e por estar sempre ao meu lado, me apoiando e me acalmando nas horas difíceis.

Ao meu orientador, Gian, por toda atenção dada durante a monografia, pela ajuda na escolha do tema, pelos ensinamentos e dicas que iluminaram o meu caminho e me ajudaram a trilhar por esse difícil trajeto chamado monografia. A ele o meu muito obrigado.

Aos professores, por todo o ensinamento que me foi repassado, pelas dicas de Direito e de experiência de vida, que certamente me ensinarão a ser um profissional do Direito melhor.

RESUMO

O tema da responsabilidade penal dos sócios ou administradores de pessoa jurídica, no empréstimo ou locação do imóvel a terceiros, surgiu no caso do incêndio da boate Kiss, em janeiro de 2013. O cerne da discussão deste trabalho é delimitar até onde os sócios ou administradores responderão criminalmente por ofensas a bens jurídicos penalmente tutelados alheios, quando emprestam ou locam o imóvel da pessoa jurídica a terceiros, uma vez que existe a figura do sócio ou do administrador e a figura daquele que recebeu o imóvel, sendo que o sócio ou administrador corroborar, ou não, na ocorrência do resultado danoso. Para isso, será analisado primeiramente o Dolo e a Culpa, com todas as suas subdivisões. Passa-se, posteriormente, para a análise da Responsabilidade, da Conduta e da Relação de Causalidade, requisitos indispensáveis para o estudo da responsabilidade penal. Por fim, analisar-se-á a responsabilidade penal dos sócios ou administradores e, utilizando-se do caso do incêndio da boate Kiss, o trabalho traçará as delimitações da responsabilidade penal dos sócios ou administradores, no empréstimo ou locação do imóvel a terceiros, cerne do trabalho. Para isso, serão empregados os institutos anteriormente estudados, bem como estudos doutrinários e análises jurisprudenciais, aplicando-os com o intuito de se criar um caminho para delimitar a dita responsabilidade penal.

Palavras-chave: Responsabilidade penal, sócio ou administrador, empréstimo ou locação, boate Kiss, Direito Penal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 DO DOLO E DA CULPA	9
1.1 Do Dolo	9
1.1.1 Dolo Direto	13
1.1.2 Dolo Eventual	15
1.2 Da Culpa	17
1.2.1 Da Culpa Inconsciente, da Culpa Consciente e da Culpa Imprópria	21
1.3 Diferença entre Dolo Eventual e Culpa Consciente	23
2 DA RESPONSABILIDADE E DA CONDUTA	28
2.1 Da Responsabilidade	28
2.1.1 Responsabilidade civil	28
2.1.2 Responsabilidade penal	29
2.1.3 Responsabilidade subjetiva e objetiva	31
2.2 Da Conduta	33
2.2.1 Ação	35
2.2.2 Omissão	36
2.2.2.1 Crimes omissivos próprios	37
2.2.2.2 Crimes omissivos impróprios	38
2.2.3 Relação de Causalidade	41
2.3 Breves Considerações.....	43
3 RESPONSABILIDADE PENAL DOS SÓCIOS OU ADMINISTRADORES QUANDO EMPRESTAM OU LOCAM UMA PESSOA JURÍDICA	45
3.1 Responsabilidade penal dos sócios ou administradores de uma pessoa jurídica	45
3.1.1 Responsabilidade penal objetiva dos sócios ou administradores	49
3.2 Responsabilidade penal dos sócios ou administradores de pessoa jurídica, no empréstimo ou na locação de seu imóvel a terceiros	53
3.2.1 O incêndio na boate Kiss	53
3.2.2 Responsabilidade penal dos sócios ou administradores de pessoa jurídica, no empréstimo ou na locação de seu imóvel a terceiros	54
CONSIDERAÇÕES FINAIS	67
REFERÊNCIAS	69

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como escopo delimitar a responsabilidade penal dos sócios ou administradores de uma pessoa jurídica, quando emprestam ou locam o imóvel desta a terceiros e, durante este empréstimo ou locação, ocorre um evento que resulta em ofensa a bens jurídicos penalmente tutelados alheios, resultante de um fato caracterizado pela lei penal como delito, seja como crime ou como contravenção.

Este tema entrou em voga após o incêndio ocorrido no interior da boate Kiss, em 27 de janeiro de 2013, que resultou na morte de 242 pessoas e ferimento de outras centenas. Durante as investigações, a Polícia Civil e o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul procuraram delimitar a responsabilidade penal dos sócios da boate Kiss, que cederam o espaço da boate para os organizadores da festa “Agromerados”, que ocorreu na noite do incêndio. E o caminho foi tortuoso, tendo em vista ser o primeiro caso no Brasil que discutiu tal responsabilidade, não havendo precedente algum no país. A Polícia Civil e o Ministério Público levaram em consideração, para auferirem a responsabilidade penal dos sócios da boate Kiss, diversos pontos fundamentais do Direito Penal, cujas funções sejam delimitar a responsabilidade penal de modo geral, a qualquer pessoa, para, posteriormente, delimitarem a responsabilidade penal como sócios de uma pessoa jurídica.

E é esse mesmo caminho que este trabalho percorrerá para determinar a responsabilidade penal dos sócios ou administradores de uma pessoa jurídica, quando emprestam ou locam o imóvel desta a terceiros, sendo o paradigma - tendo em vista ser o caso que trouxe o tema em voga – o incêndio da boate Kiss.

Para desenvolver a discussão acerca deste tema, a metodologia adotada neste trabalho foi a pesquisa bibliográfica, que serviu como fundamento para a análise jurisprudencial e para o estudo de caso.

O trabalho se organiza em três capítulos. No primeiro capítulo, serão labutados dois importantes – e fundamentais - institutos do Direito Penal que servem para demarcar a responsabilidade penal – o Dolo e a Culpa, pois, sem estes, não se pode falar em responsabilidade em matéria penal. Serão trabalhadas as variações do Dolo – Dolo Direto e Dolo Eventual – e da Culpa – Culpa Consciente e Culpa Inconsciente -, delimitando em quais momentos se aplicará cada variância. Ao final,

se determinará a aplicação do Dolo Eventual e da Culpa Consciente, dois institutos parecidos, mas de efeitos jurídicos diversos. É mister que o Dolo e a Culpa sejam trabalhados primordialmente, pois não se consegue falar nos demais institutos do Direito Penal sem mencioná-los.

O segundo capítulo se ocupará, primeiramente, a Responsabilidade, de modo geral, definindo-a, para depois demonstrar suas subdivisões. O capítulo definirá Responsabilidade Civil; Responsabilidade Penal, dita exhaustivamente neste trabalho; e as Responsabilidade Subjetiva e Objetiva – a chamada responsabilidade sem culpa -, que serão igualmente repetidas infinitamente quando se trabalhar a responsabilidade dos sócios ou administradores *per si*.

Posteriormente, o capítulo laborará a Conduta, fundamental e imprescindível instituto do Direito Penal para se delimitar a responsabilidade penal, pois só se pode punir alguém se este praticou uma conduta. Será trabalhada a Ação, o agir, sendo este o mecanismo mais utilizado para consumir crimes. Igualmente trabalhar-se-á a Omissão, própria ou imprópria, sendo o enfoque maior na Imprópria, pois, nesta, pode-se consumir qualquer crime desde que o agente possa, e deva, conforme a lei, obrigar, agir, e este não aja – e poderá ser que a responsabilidade penal recaia no sócio ou administrador por este ter deixado de agir quando podia, e deveria por lei, daí sua importância. Ao final, o segundo capítulo se ocupará da Relação de Causalidade, o nexo entre a conduta do agente e o resultado, pois, deve-se analisar se a conduta do sócio ou administrador corroborou, de alguma forma, para a ocorrência ou majoração do resultado danoso.

O terceiro e último capítulo tratará, primeiramente, da responsabilidade penal dos sócios ou administradores de uma pessoa jurídica *per si*. Será laborado até onde recairá a responsabilidade dos sócios ou administradores, em quais momentos e em quais crimes. Por fim, este trabalho determinará, com todos os institutos supramencionados, a responsabilidade penal dos sócios ou administradores de uma pessoa jurídica, quando emprestam ou locam a terceiros o imóvel desta, tendo como paradigma o caso precursor deste tema, a saber, o incêndio da boate Kiss. Será demonstrado até onde irá a responsabilidade dos sócios ou administradores, levando-se em consideração que há um terceiro – aquele que recebeu o imóvel – que também pode possuir responsabilidade no resultado danoso.

1. DO DOLO E DA CULPA

Para discutir acerca da responsabilidade penal dos sócios que emprestam ou locam o imóvel da pessoa jurídica a terceiros, mister é discutir sobre os elementos subjetivos do tipo, pois estes são imprescindíveis na averiguação da possível responsabilidade por parte dos sócios ou administradores. Este capítulo explicará, portanto, em que consistem o Dolo e a Culpa e suas modalidades, findando o capítulo com uma breve discussão acerca da diferença entre o Dolo Eventual e a Culpa Consciente, dois institutos semelhantes, entretanto, com efeitos jurídicos distintos.

1.1 Do Dolo

Dolo é “a vontade e consciência dirigidas a realizar a conduta prevista no tipo penal incriminador” (GRECO, 2006, p. 193). O Código Penal, por sua vez, traz a definição de crime doloso como sendo: “Art. 18 – Diz o crime: I – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”. (BRASIL, 1940). O art. 33 do Código Penal Militar trata o crime doloso com a mesma descrição dada pelo art. 18 do Código Penal.

Portanto, dolo é, para o Direito Penal, a vontade do agente em querer cometer um ato vedado pelo ordenamento jurídico pátrio, objetivando a ofensa a um bem jurídico penalmente tutelado ou, na ausência do querer, o assumir o risco de produzir a referida ofensa.

Nucci (2010, p. 204) apresenta três características do dolo, todas necessárias para sua ocorrência: a) *abrangência*, pois o dolo deve envolver todos os elementos objetivos do tipo; b) *atualidade*, pois o dolo deve estar presente no momento da realização da ação, não podendo ser apenas anterior ou ulterior; c) *possibilidade de influenciar o resultado*, pois é indispensável que a vontade do agente consiga produzir o fato típico.

Para haver o dolo em um crime, é necessário, primeiramente, que ele esteja presente em todas as elementares do tipo penal e não apenas no verbo do tipo. Dá-se a título de exemplo o crime de furto (art. 155 do Código Penal), que possui como elementares: 1 – subtrair; 2 – para si ou para outrem; 3 – coisa alheia móvel. Para

existir o dolo do agente em praticar o crime de furto, é necessário que ele subtraia, coisa alheia, coisa móvel, para si ou para outrem, não podendo o agente ter dolo apenas, por exemplo, em subtrair coisa alheia móvel e não ter a destinação de para si ou para outrem; ou subtrair coisa móvel, para si ou para outrem, e não ser alheia a coisa. Para Damásio de Jesus (1991, p. 49),

o dolo deve abranger os dados descritivos da figura típica. Assim, para que se possa dizer que o agente agiu dolosamente, é necessário que seu elemento subjetivo tenha se estendido às elementares e às circunstâncias do delito.

Igualmente necessária é a presença do dolo no momento da realização da ação, não podendo ser apenas anterior ou ulterior, senão se trataria de dolo antecedente ou subsequente, respectivamente, o que é vedado no nosso ordenamento jurídico.

Por fim, é necessária a possibilidade de o ato ilícito influenciar no resultado, por força do Princípio da Potencialidade Lesiva¹, pois, caso o agente, mesmo com a intenção de lesionar bem jurídico penalmente tutelado alheio, execute o ato de forma inteiramente incapaz de lograr êxito na ofensa ao bem jurídico, trata-se de crime impossível (art. 17 do Código Penal).

Não basta, entretanto, apenas a abrangência, atualidade e possibilidade de lesionar bem jurídico para se concretizar o dolo em um tipo penal. É necessária também a existência dos elementos *cognitivo* e *volitivo* (BITTENCOURT, 2006, p. 334-335).

O elemento cognitivo é a consciência do agente em praticar o injusto penal. É necessário que o agente entenda o ilícito penal que está cometendo, e este entendimento deve abranger de forma correta e completa todas as elementares do tipo ou, caso isso não ocorra, envolver-se-á em uma excludente de pena (art. 28, § 1º; art. 20, *caput* e § 1º ou art. 21, *in fine*, todos do Código Penal). A consciência do agente deve ser atual, existente no momento da realização da ação, e abrange

a realização dos elementos descritivos e normativos, do nexos causal e do evento (delitos materiais), da lesão ao bem jurídico, dos elementos da autoria e da participação, dos elementos objetivos das circunstâncias agravantes e atenuantes que supõem uma maior ou

¹ Reza o Princípio da Potencialidade Lesiva que, para configurar crime, o ato praticado pelo agente tem que ser capaz de ofender bem jurídico penalmente tutelado de outrem.

menor gravidade do injusto (*tipo qualificado ou privilegiado*) e dos elementos acidentais do tipo objetivo (PRADO e BITTENCOURT, 1995, *apud* BITTENCOURT, 2004, p. 258-259).

Também é indispensável o conhecimento, pelo autor dos fatos, dos chamados *caracteres negativos*, tais como “sem consentimento de quem de direito” (art. 164), “sem licença da autoridade competente” (art. 166), “da inexistência de nascimento” (art. 241, todos do Código Penal), entre outros (BITTENCOURT, 2004, p. 259).

Já o elemento volitivo é a vontade do agente em praticar o injusto penal, abrangendo-se a ação ou omissão, o resultado e o nexu causal. É imprescindível que o agente tenha a vontade de praticar a ação ou omissão que dá causa ao tipo penal, com o intuito de se chegar ao resultado pretendido (ofensa ao bem jurídico), pois, do contrário, poderá se encaixar em causas de isenções de pena ou dirimentes de culpabilidade, como a inexigibilidade da conduta diversa, obediência hierárquica ou coação irresistível (art. 22 do Código Penal). Portanto, para se concretizar o dolo no tipo penal, é necessário o *conhecer* e o *querer* do ilícito.

O dolo se subdivide em:

- a) *Dolo direto*: quando o agente quis e conheceu o resultado.
- b) *Dolo indireto*: quando o agente não quis o resultado, mas conheceu do risco.
- c) *Dolo alternativo*: quando o agente quis, indiferentemente, de um resultado ou outro. Nucci (2010, p. 208) nos dá o exemplo do ladrão que encontra uma carteira, envolta em um pano, na praia. Não se sabe se foi deixada ali por um banhista que foi à água ou se alguém a esqueceu ali e foi para casa. Leva-a. Somente analisando o caso concreto irá determinar se o crime cometido pelo ladrão foi furto (art. 155) ou apropriação indébita de coisa achada (art. 169, Parágrafo Único, II, ambos do Código Penal).
- d) *Dolo cumulativo*: significa que o agente deseja alcançar dois resultados, de forma sequencial.
- e) *Dolo antecedente*: significa que o agente quis o injusto penal antes de sua ocorrência, que se deu de forma lícita ou culposa. Não possui validade no Direito Penal atual, tendo em vista a necessidade de o dolo ser atual, conforme dito anteriormente. Assim, se A deseja a morte de B, mas o mata em um acidente de trânsito, sem ter a intenção da morte, mas agindo com imprudência, por exemplo,

não responderá a título de dolo e sim de culpa, pois o seu dolo foi anterior à sua conduta, e não atual.

f) *Dolo subseqüente*: significa que o agente quis o resultado danoso após a sua ocorrência, que se deu de forma lícita ou culposa. Igualmente não possui validade no Direito Penal atual, tendo em vista a necessidade de o dolo ser atual. No caso anterior, se A, ao perceber a morte de B, que se deu mediante culpa, felicita-se, tendo em vista ser desafeto daquele, não responderá a título de dolo e sim de culpa, tendo em vista que a sua intenção em praticar o injusto penal foi ulterior à sua conduta, e não no momento do dito injusto.

g) *Dolo genérico e dolo específico*: o dolo genérico significa que o agente apenas quis praticar o fato típico, enquanto que no dolo específico, além do intuito de praticar o fato típico, possui outro fim específico. O crime de homicídio (art. 121, *caput*, CP) é dolo genérico, pois o intuito do agente é a morte da vítima, enquanto que no crime de extorsão mediante sequestro (art. 159, *caput*, do Código Penal) é dolo específico, pois, além do intuito do sequestro da vítima, possui o intuito de receber vantagem indevida (“Sequestrar pessoa **com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem** como condição ou preço do resgate”) (BRASIL, 1940, grifo nosso). Para a teoria finalista, não há diferenciação entre dolo genérico ou dolo específico.

Igualmente, não há diferenciação, para a teoria finalista, entre nenhuma das modalidades do dolo para dosimetria da pena do art. 59 do Código Penal, tendo em vista que, segundo a referida teoria, o dolo (assim como a culpa) faz parte da tipicidade da conduta delituosa, e não da culpabilidade, como previa antigamente o art. 42 do Decreto-Lei 2848/40, antes da reforma advinda pela Lei 7.209/84. Assim, pouco faz distinção a modalidade do dolo na hora da dosimetria da pena. (DAMÁSIO DE JESUS, 1991, p. 51).

É necessário salientar que as modalidades de dolo mais importantes para se estudar são o direto e o eventual, principalmente para se delimitar a responsabilidade penal de quem que seja, como do sócio ou administrador quando se empresta ou loca o imóvel a terceiros; portanto, serão estas modalidades de dolo a serem esmiuçadas neste capítulo.

1.1.1 Dolo direto

O inciso I do art. 18 do Código Penal denomina o crime doloso, na modalidade dolo direto, como sendo: “Diz-se o crime: I – doloso, quando o agente quis o resultado [...]”. (BRASIL, 1940). O Código Penal Militar, em seu artigo 33, traz denominação semelhante. Nucci (2010, p. 205), todavia, traz uma definição mais especificada de dolo direto: “é a vontade do agente dirigida especificamente à produção do resultado típico, abrangendo os meios utilizados para tanto”.

Dado o exemplo do crime de homicídio, é dolo direto quando A, fitando B, seu alvo, saca uma arma e desfere diversos tiros contra si, ceifando-lhe a vida. A tinha a intenção de retirar a vida de B (“quis o resultado”) e utilizou os meios bastantes para a produção do resultado do tipo penal elencado no art. 121 do Código Penal (ao desferir diversos tiros contra a vítima). É, sem sombra de dúvida, a modalidade de ocorrência de crime mais comum, sendo, inclusive, a única forma de ocorrência em diversos crimes, tais como furto, roubo, estupro, e outros.

Para a confecção do tipo penal na modalidade dolo direto é necessário que possua os elementos *cognitivo* (a consciência da ocorrência do crime) e o *volitivo* (a vontade da ocorrência do crime). Ausentes algum dos dois elementos, não há que se falar de crime ocorrido na modalidade dolo direto.

O dolo direto possui três aspectos:

- a) representação do resultado, dos meios necessários e das consequências secundárias; b) o querer o resultado, bem como os meios escolhidos para a sua consecução; c) o anuir na realização das consequências previstas como certas, necessárias ou possíveis, decorrentes do uso dos meios escolhidos para atingir o fim proposto ou da forma de utilização desses meios. (BITTENCOURT, 2004, p. 260).

É imprescindível, portanto, o conhecimento dos meios necessários para a consumação do injusto penal, o conhecimento do resultado de sua ação ou omissão, e o conhecimento das consequências do resultado; é igualmente necessário o querer o resultado (*quis o resultado*, descrito no art. 18, I do Código Penal) e o querer os meios utilizados para se chegar ao resultado. Por fim, é obrigatório o anuir na realização das consequências dos meios utilizados para se chegar ao resultado, pois responderá pelos resultados dos meios empregados. Por exemplo, caso A

aponte uma arma na direção de B para subtrair, para si, seus pertences e, diante da grave ameaça, B, cardíaco, tem uma síncope cardíaca e vem a óbito, A responderá pelo resultado morte (art. 157, § 3º, *in fine*, Código Penal) e não apenas pelo roubo.

O dolo direto é subdividido em *dolo direto de primeiro grau* e *dolo direto de segundo grau*. No dolo direto de primeiro grau, “o agente busca diretamente a realização do tipo legal, a prática do delito. O resultado delitivo era seu fim principal”. (PRADO, 2010, p. 339). Por exemplo, A, querendo subtrair para si R\$ 1000,00 de B, aponta uma arma em sua direção e, utilizando-se da grave ameaça, subtrai o montante para si. Tendo todas as elementares do tipo penal do crime de roubo no caso em tela, e tendo A o ânimo de cometer o dito tipo penal, utilizando-se do meio necessário para tanto (utilizando-se da grave ameaça através de uma arma), A responderá pelo delito do art. 157 do Código Penal.

Já o dolo direto de segundo grau “é a intenção do agente, voltada a determinado resultado, efetivamente desejado, embora, na utilização dos meios para alcançá-lo, termine por incluir efeitos colaterais, praticamente certos”. (NUCCI, 2010, p. 205). Dá-se o exemplo de A, que quer matar seu desafeto B. Para tanto, implanta uma bomba em seu carro. Em determinado momento, o carro se encontra abastecendo no Posto X, onde estão diversas pessoas. A, sabendo que lá o seu resultado é mais garantido, detona a bomba, matando B, todos que se encontravam no posto e ainda mata ou fere aqueles que se encontravam nas adjacências no momento da explosão. A responderá pelo crime de homicídio contra B na modalidade dolo direto, todavia, responderá igualmente na modalidade dolo direto contra a morte e ferimento de todos os envolvidos no caso, pois A, por mais que desejara a morte apenas de B, conhecia os efeitos colaterais (mortes e ferimentos dos adjacentes) quando se utilizou do meio explosão para ferir o bem jurídico penalmente tutelado vida de B. Não responderá por dolo eventual, por mais que “não quis o resultado, mas assumiu o risco”, e sim na modalidade direta, por ser tal dolo direto de segundo grau – em relação às demais vítimas; em relação a B, responderá por dolo direto de primeiro grau.

O dolo direto de segundo grau difere-se do dolo eventual por neste o agente não querer resultado danoso algum, apenas conhece e assume o risco de produzi-lo, enquanto que, naquele, por mais que o agente não quisesse o resultado danoso em relação aos demais, o quis em relação ao seu alvo, e conhecia o risco, praticamente certo, de lesionar bens jurídicos penalmente tutelados de terceiros.

A distinção entre dolo direto de primeiro grau e dolo direto de segundo grau se faz necessária por ocasião da fixação da pena-base na forma prevista no art. 59 do Código Penal.

1.1.2 Dolo Eventual

O art. 18, I do Código Penal denomina crime doloso, na modalidade eventual, como sendo: “Diz-se o crime: I – doloso, quando o agente [...] assumiu o risco de produzi-lo”. (BRASIL, 1940). Nucci (2010, p. 205), por sua vez, conceitua o dolo eventual como sendo “a vontade do agente dirigida a um resultado determinado, porém vislumbrando a possibilidade de ocorrência de um segundo resultado, não desejado, mas admitido, unido ao primeiro”. Damásio de Jesus (1991, p. 50) dá uma definição parecida de dolo eventual, ao retratá-lo como sendo “quando o sujeito assume o risco de produzir o resultado, i.e., admite e aceita o risco de produzi-lo”.

Ele não quer o resultado, pois se assim fosse haveria dolo direto. Ele antevê o resultado e age. A vontade não se dirige ao resultado (o agente não quer o evento), mas sim à conduta, prevendo que esta pode produzir aquele. Percebe que é *possível* causar o resultado e, não obstante, realiza o comportamento. Entre desistir da conduta e causar o resultado, prefere que se produza. (DAMÁSIO DE JESUS, 1991, p. 50).

Já Bittencourt (2004, p. 261) conceitua dolo eventual, ao relatar que o mesmo acontece “quando o agente não quiser diretamente a realização do tipo, mas a aceita como possível ou até provável, *assumindo o risco* da produção do resultado (art. 18, I, *in fine*, do CP)”.

Dolo eventual, portanto, ocorre quando o agente age ou deixa de agir, conhece do risco de produzir um resultado danoso a um bem jurídico penalmente tutelado através de sua conduta e se conforma caso este venha a acontecer. O dolo eventual não se consubstancia apenas em o agente, conhecendo do risco, não se abstém de agir, pois isso pode configurar culpa consciente. Não basta, pois, apenas o agir quando não deveria – pois isso caracteriza a imprudência –, é imprescindível o conformismo sobre a possibilidade da ocorrência do resultado danoso.

Capez (2011, p. 227) nos dá o exemplo do motorista, que conduz em velocidade incompatível com o local e realizando manobras arriscadas. Mesmo este

prevendo que poderá vir a perder o controle direcional do veículo e atropelar ou até mesmo matar alguém, não se importa com a ocorrência de eventuais resultados indesejáveis, pois correr o risco é melhor do que interromper o prazer em dirigir em alta velocidade. Para este, o resultado danoso não é querido, mas o risco é aceito. É a famosa frase proferida por Frank (1931, *apud* HOLANDA, 2004): “Seja como for, dê no que der, em qualquer caso não deixo de agir”.

Quando o agente, estando em dúvida a respeito de um dos elementos do tipo penal, arrisca-se em concretizá-lo, também age com dolo eventual. Por exemplo, o agente se encontra com dúvida acerca da idade do indivíduo – se o mesmo possui idade igual ou superior, ou não, a catorze anos – e, ainda assim, o induz a satisfazer a lascívia de outrem, ou mantém conjunção carnal com o mesmo, cometerá, em caráter de dolo eventual, crime de corrupção de menor (art. 218 do Código Penal) ou estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal), respectivamente. (CAPEZ, 2011, p. 227). Não se recai, no caso, a excludente por ocasião de erro sobre elementos do tipo, esculpida no art. 20, *caput* do Código Penal, por ter o agente assumido o risco acerca da elementar do tipo penal, não respondendo, portanto, a título de culpa – ou, na ausência da previsão legal da mesma, a atipicidade da conduta –, como prevê o artigo retromencionado, e sim a título de dolo.

Todavia, em determinados casos, a descrição da conduta impõe ao agente um especial conhecimento da circunstância. Dá-se o exemplo do crime de receptação (art. 180 do Código Penal), em que é elementar do tipo saber ser a coisa produto de crime. O tipo penal é claro em dizer “sabe” – só recaindo, portanto, o dolo direto; caso quisesse abarcar o dolo na modalidade eventual, teria trazido a expressão “deve saber” como elementar, ou outra que indique assumir o risco, como ocorre no § 1º do próprio art. 180 e os *caput* dos art. 130 e 245, todos do Código Penal. O conhecimento especial da circunstância também se verifica nos tipos penais da denúncia caluniosa (art. 339) e da comunicação falsa de crime ou contravenção (art. 340), além das condutas esculpidas no § 1º do art. 138, todos do Código Penal, entre outros.

No dolo eventual, ao contrário das demais modalidades de dolo, não existe o elemento volitivo (a vontade), pois se o elemento volitivo é a “vontade do agente de praticar o fato típico almejando o resultado, e, existindo entre ambos, o nexos causal” (TAVARES, 2010), e não havendo vontade do agente em praticar o fato típico, e sim mero aceite por parte do mesmo, não há que se falar em existência de elemento

volitivo no dolo eventual. Entretanto, é certo dizer que o elemento cognitivo se faz presente, pois o agente *sabe* da possibilidade da ocorrência do evento danoso quando age ou deixa de agir, pois, se não soubesse, não haveria sequer a previsibilidade do agente da ocorrência do fato delituoso, pressuposto essencial da culpa consciente e do dolo eventual, e, sem a mesma, seria meramente culpa inconsciente.

O dolo eventual não deve, todavia, ser confundido com a mera esperança ou o desejo simples que determinado resultado ocorra, como no exemplo trazido por Bittencourt (2004, p. 263), do sujeito que manda seu adversário a um bosque, durante uma tempestade, na esperança de que seja atingido por um raio. É diferente, porém, do agente que não conhece com clareza as elementares do tipo penal e, com dúvida sobre a existência da mesma, age ou deixa de agir, aceitando a possibilidade da existência da dita elementar. Nesse caso, configurar-se-á o dolo eventual.

O nosso Código Penal equiparou os efeitos do dolo eventual e do dolo direto, nos termos da Exposição de Motivos do Código Penal de 1940, escrito por Ministro Francisco Campos, *in verbis*: “O *dolo eventual* é, assim, plenamente equiparado ao *dolo direto*. É inegável que arriscar-se conscientemente a produzir um evento vale tanto quanto querê-lo: ainda que sem interesse nele, o agente o ratifica *ex ante*, presta anuência ao seu advento”. (BITTENCOURT, 2004, p. 263). O mesmo peso dado ao dolo eventual é dado ao dolo direto pelo nosso Código Penal, tendo em vista que arriscar-se sabendo da possibilidade de ocorrência do resultado lesivo e aceitar a ocorrência do mesmo, tem, às vistas do legislador de 1940, pelos dizeres supra, a mesma validade daquele que agiu com a intenção pura e clara de ofender o bem jurídico penalmente tutelado alheio.

1.2 Da Culpa

O Código Penal, no inciso II de seu art. 18, conceitua crime culposo como sendo “quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia”. (BRASIL, 1940). Os conceitos doutrinários, todavia, são mais específicos em detalhar a culpa do que o conceito trazido pelo Código Penal.

Para Nucci (2010, p. 210), culpa é “o comportamento voluntário desatencioso, voltado a um determinado objetivo, lícito ou ilícito, embora produza resultado ilícito,

não desejado, mas previsível, que podia ter sido evitado”. Já para Bittencourt (2004, p. 270), culpa é a “inobservância do dever objetivo de cuidado manifestada numa conduta produtora de um resultado não querido, objetivamente previsível”. O Código Penal Militar, em seu art. 33, II, também traz o conceito de crime culposo, igualmente mais específico que o conceito trazido pelo Código Penal.

Art. 33: Diz-se o crime: II - culposo, quando o agente, deixando de empregar a cautela, atenção, ou diligência ordinária, ou especial, a que estava obrigado em face das circunstâncias, não prevê o resultado que podia prever ou, prevendo-o, supõe levianamente que não se realizaria ou que poderia evitá-lo. (BRASIL, 1969).

Para se configurar crime culposo é necessário que o agente aja ou omita-se em agir, violando-se o dever do cuidado, típico da vivência em sociedade, mediante imprudência, imperícia ou negligência, sem possuir intenção do resultado danoso, embora sua ocorrência seja previsível.

Imprudência é “a prática de uma conduta arriscada ou perigosa e tem caráter comissivo. [...]. Conduta imprudente é aquela que se caracteriza pela intempestividade, precipitação, insensatez ou imoderação”. (BITTENCOURT, 2004, p. 279). Age com imprudência, por exemplo, o motorista que dirige em velocidade acima da permitida na pista, que dirige embriagado ou fazendo manobras arriscadas.

Negligência é “um deixar de fazer aquilo que a diligência normal impunha”. (GRECO, 2006, p. 216). Age com negligência, por exemplo, o motorista que não troca os pneus já desgastados.

Imperícia é a “incapacidade ou falta de conhecimento necessário para o exercício de determinado mister”. (NUCCI, 2010, p. 213). É o profissional que não possui o conhecimento necessário para o exercício de sua profissão. Age com imperícia, por exemplo, o médico que, na operação, erra a artéria a ser cortada, trazendo a óbito o paciente.

Greco (2006, p. 208) elenca os requisitos necessários para se tipificar o tipo penal culposo, *in verbis*:

- a) Conduta humana voluntária, comissiva ou omissiva;
- b) Inobservância de um dever objetivo de cuidado;
- c) O resultado lesivo não querido, tampouco assumido, pelo agente;
- d) Nexos de

causalidade entre a conduta do agente e o resultado lesivo; e) Previsibilidade; f) Tipicidade.

Todo crime depende de uma conduta humana voluntária, que pode ser comissiva (agir) ou omissiva (deixar de agir). Todo crime culposo, como já dito anteriormente, deve possuir a inobservância de um dever de cuidado, que poderá acontecer por imprudência, negligência ou imperícia, e o resultado lesivo não querido (pois, senão, tratar-se-ia de dolo, na modalidade direto) e não assumido (pois, senão, tratar-se-ia de dolo, na modalidade eventual) pelo agente, e um nexo de causalidade entre a conduta do agente que inobserva o dever de cuidado e o resultado lesivo.

É necessária também, para se configurar o crime culposo, a previsibilidade do resultado danoso através da conduta que inobserva o dever de cuidado. A previsibilidade se consubstancia quando se consegue prever o resultado lesivo com a conduta do agente. Ocorre a *previsibilidade objetiva* quando o homem médio, aquele que não é ínfimo ou extraordinário, consegue prever o resultado lesivo. Entretanto, na previsibilidade objetiva, o agente, contrariando o homem médio, não foi capaz de prever o dito resultado.

A previsibilidade objetiva se determina quando um juízo levado a cabo, colocando-se o observador (por exemplo, o juiz) na posição do autor no momento do começo da ação, e levando em consideração as circunstâncias do caso concreto cognoscíveis por uma pessoa inteligente, mais as conhecidas pelo autor e a experiência humana da época sobre os cursos causais. (BITTENCOURT, 2004, p. 276-277).

Deve-se distinguir da *previsibilidade subjetiva*, que é a previsão do agente, devendo este “prever o resultado segundo suas aptidões pessoais, na medida do seu entendimento individual”. (CONCEIÇÃO, 2010). Enquanto a previsibilidade objetiva se consubstancia quando o homem médio consegue prever o resultado danoso através da conduta do agente, menos este, a previsibilidade subjetiva se consubstancia quando o próprio agente consegue prever o resultado danoso. A *previsibilidade subjetiva* não afasta a culpa e a transforma em dolo, na modalidade eventual, caso o agente, prevendo o resultado, acredita sinceramente na sua não-ocorrência (a chamada *culpa consciente*).

O último requisito da culpa é a *tipicidade*, que faz parte do Princípio da Legalidade, estampado nos art. 1º do Código Penal e art. 5º, XXXIX da Constituição Federal. É necessária prévia disposição legal para se responder pelo crime na modalidade culposa. E é necessário não apenas a prévia disposição legal do tipo penal a ser imputado ao agente, mas também que o mesmo possa existir na modalidade culposa (como homicídio, lesão corporal, incêndio e outros), ou, na sua ausência, só poderá responderá pelo crime aquele que o cometeu na modalidade dolosa, por força do Parágrafo Único do art. 18 do Código Penal, *in verbis*: “Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.” (BRASIL, 1940). Portanto, por exemplo, aquele que, por imprudência e não querendo o resultado lesivo, destruir, danificar ou deteriorar coisa alheia, não responderá pelo crime de dano (art. 163 do Código Penal) na modalidade culposa, sendo apenas um ilícito civil, nos fulcros do art. 168 do Código Civil.

Nucci (2010, p. 212) traz algumas situações peculiares no campo da culpa, *in verbis*:

- Não existência da *culpa presumida*: a culpa tem que ser demonstrada e provada pela acusação.

- Não diferenciação, no campo do Direito Penal, para os *graus de culpa* (levíssima, leve ou grave), devendo apenas diferenciar-se na individualização da pena e, caso a culpa levíssima for insignificante, não poderá ser considerada requisito para concretizar o tipo penal.

- Não incidência da *compensação de culpa*, como ocorre na esfera civil, pois não há débito que se compense em esfera penal. Assim, caso A atropela B por imprudência, não pode alegar que B agiu com negligência e esta foi relevante para o seu atropelamento.

- A possibilidade da ocorrência da *concorrência de culpas*, quando todos os envolvidos lesionam bens jurídicos alheios por culpa, e sem liame psicológico entre todos.

Não há, na esfera da culpa, a modalidade tentativa, devendo apenas responder, a título de culpa, pelos crimes consumados. Não há ocorrência da tentativa pelo fato de o primeiro de seus elementos ser a vontade livre e consciente de querer praticar a infração penal, enquanto que, na culpa, o agente não quer produzir resultado ilícito. O *iter criminis* é um instituto jurídico destinado aos crimes

dolosos, não culposos. Não se cogita, prepara e executa crime culposo, mas tão somente crimes dolosos. (BITTENCOURT, 2004, p. 225). A doutrina, contudo, aceita a possibilidade de tentativa nos crimes culposos, quando ocorre a chamada culpa imprópria - o agente atua com dolo, mas, devido a erro de cautela que, analisado com mais cuidado, poderia ter sido evitado, responderá pelo crime na modalidade culposa.

A culpa se divide em três tipos: - *culpa inconsciente*, quando o agente não previu o resultado, embora previsível; - *culpa consciente*, quando o agente previu o resultado, mas acreditou sinceramente na sua ocorrência; - *culpa imprópria*, quando o agente agiu com dolo, mas responderá pelas penas cominadas ao crime culposo, conforme dito logo acima.

1.2.1 Da Culpa Inconsciente, da Culpa Consciente e da Culpa Imprópria

Segundo Damásio de Jesus (1991, p. 53), “na (culpa) inconsciente o resultado não é previsto pelo agente, embora previsível. É a culpa comum, que se manifesta na imprudência, negligência ou imperícia”. Conforme os ensinamentos de Damásio de Jesus, na culpa inconsciente o resultado não é previsto pelo agente, embora o requisito da culpa *previsibilidade* (objetiva) exista - ou seja, o homem médio consegue prever o resultado -, e a sua conduta é eivada de imprudência, negligência ou imperícia. Nucci (2010, p. 211), por sua vez, trata a culpa inconsciente como sendo “a culpa por excelência, ou seja, a culpa sem previsão do resultado. O agente não tem previsão (ato de prever) do resultado, mas mera previsibilidade (possibilidade de prever)”. Prado (2010, p. 348) trata a culpa inconsciente como sendo “a culpa comum, que se verifica quando o autor não prevê o resultado que lhe é possível prever. A lesão ao dever objetivo de cuidado lhe é desconhecida, embora conhecível”.

O agente, portanto, não foi capaz de prever o resultado – ou a lesão ao dever de cuidado -, mas o homem médio conseguiria prever. É a chamada *culpa comum* ou *culpa sem previsão*. E é imprescindível a previsibilidade do homem médio, pois, na sua ausência, configura-se caso fortuito ou força maior, não sendo, portanto, fato típico, por ausência de um dos requisitos da culpa e, conseqüentemente, pela ausência da mesma.

Já a culpa consciente é a culpa que ocorre “quando o agente prevê que sua conduta pode levar a um certo resultado lesivo, embora acredite, firmemente, que tal evento não se realizará, confiando na sua atuação (vontade) para impedir o resultado” (NUCCI, 2010, p. 211). Greco (2006, p. 218), por sua vez, define a culpa consciente como sendo

aquela em que o agente, embora prevendo o resultado, não deixa de praticar a conduta acreditando, *sinceramente*, que este resultado não venha a ocorrer. O resultado, embora previsto, não é assumido ou aceito pelo agente, que confia na sua não-ocorrência.

Configura-se culpa consciente, por exemplo, quando o agente ultrapassa um veículo em uma estrada e, verificando que na direção contrária vem outro veículo, acredita que, caso acelere, consiga ultrapassar o primeiro veículo sem chocar-se contra o segundo, o que não ocorre, gerando o resultado lesivo ofensa à integridade física ou morte. Por mais que o agente tenha previsto a possibilidade de chocar-se contra o segundo veículo, acreditou sinceramente que, caso acelerasse, conseguiria findar a ultrapassagem sem se chocar contra o dito veículo. Bittencourt (2004, p. 281), por sua vez, acredita que, ao analisar a culpa consciente, deve-se agir cautelosamente, pois a mera previsão do resultado não significa culpa consciente, pois se necessita da consciência do agente acerca do resultado. É a chamada *culpa com previsão*.

O Código Penal, por sua vez, não traz diferença alguma entre a culpa consciente e inconsciente, devendo o juiz apenas trazer no momento da dosimetria da pena prevista no art. 59 do Código Penal. O art. 18, II do Código Penal, que trata da culpa, sequer traz distinção da culpa consciente ou da inconsciente, como o inciso I do dito artigo traz distinção das modalidades do dolo, tendo sido trazida apenas pelo inciso II do art. 33 do Código Penal Militar e por construção doutrinária e jurisprudencial.

Bittencourt (2004, p. 280) questiona se a culpa consciente não seria, na maioria das vezes, indício de *menor insensibilidade ético-social*, sendo que há maior atenção por parte do agente na hora da execução das atividades perigosas, enquanto que na culpa inconsciente o descuido é maior e, assim, mais perigoso, haja vista a exposição ao risco ser mais frequente quando o agente nem percebe a possibilidade de ocorrência do evento danoso. Para o autor, é mais culpado aquele

que sequer olhou o obstáculo, em detrimento daquele que avistou o obstáculo, mas acreditou sinceramente que este se afastaria a tempo. Essa análise, entretanto, deve ser feita pelo juiz na fase de dosimetria da pena.

Além da culpa consciente e da culpa inconsciente, o ordenamento jurídico brasileiro traz outra modalidade de culpa, a *culpa imprópria*. Apesar de ser considerado culpa, o crime foi cometido com a intenção de acontecer o resultado. Todavia, tal intenção é viciada por um erro que, com mais cuidado, poderia ter sido evitado. E tal erro deve ser evitável, pois, se inevitável fosse, excluiria por completo a responsabilidade penal. É a chamada *culpa imprópria, por extensão ou assimilação*.

A culpa imprópria ocorre quando o agente, no processo psicológico, analisa mal uma situação ou os meios empregados, faltando na cautela na dita avaliação, agindo assim de forma culposa. Porém, na execução do crime, age dolosamente, com o objetivo do resultado lesivo, embora viciado pelo erro evitável e culposo.

O § 1º do art. 20 do Código Penal especifica bem o que é a culpa imprópria: “§ 1º - É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo” (BRASIL, 1940). Analisando o dito parágrafo, consegue perceber que, caso o agente, por erro, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima, é isento de pena. Todavia, caso o erro derivou de culpa – ou seja, faltou cautela por parte do agente -, responderá por culpa, desde que haja previsão de culpa no tipo penal em questão, por força do art. 18, Parágrafo Único, do Código Penal.

Além do § 1º do art. 20 do Código Penal, a culpa imprópria também aparece na parte final do Parágrafo Único do art. 23 do mesmo diploma legal, quando diz que o agente responderá pelos excessos dolosos ou culposos nas excludentes de ilicitude (estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal, exercício regular do direito ou aceitação da vítima, nos bens jurídicos penalmente tutelados disponíveis).

1.3 Diferença entre Dolo Eventual e Culpa Consciente

O dolo eventual se consubstancia quando o agente age ou deixa de agir, prevê que tal conduta pode acarretar uma lesão a um bem jurídico penalmente

tutelado e pouco se importa se a dita lesão ocorrer ou não. O art. 18, I do Código Penal preceitua que comete crime na modalidade dolo eventual quando o agente “assume o risco de produzi-lo (o resultado lesivo)”. (BRASIL, 1940), entendendo-se por *assumir o risco* o agente que conhece do risco e lhe é indiferente.

Para se concretizar o dolo eventual, em detrimento da culpa consciente, não basta o agente conhecer o risco do resultado lesivo e nada fazer para que este não ocorra, ou não agir para minorar o risco ou o resultado lesivo, pois isso não é *assumir o risco*; é imprescindível que o agente, ao conhecer do risco, pouco se importar com a ocorrência da lesão ao bem jurídico penalmente tutelado alheio. É o caso do agente que dirige em alta velocidade perto de uma escola, no horário de saída, e pouco se importa se acertará algum transeunte ou não.

Já a culpa consciente se consubstancia quando o agente age ou deixa de agir, prevê que tal conduta pode acarretar uma lesão a um bem jurídico penalmente tutelado, mas acredita sinceramente na sua não ocorrência. Como bem preceitua Greco (2006, p. 218), “na culpa consciente, o agente, embora prevendo o resultado, acredita sinceramente na sua não-ocorrência; o resultado previsto não é querido ou mesmo assumido pelo agente”. Percebe-se que, para ocorrer a culpa consciente, é necessário que o agente faça uma conduta (com todos os requisitos da culpa, como a imprudência, negligência ou imperícia), preveja que tal conduta possa levar a um resultado lesivo (previsibilidade subjetiva, lembrando-se que a conduta seja capaz de causar ofensa a um bem jurídico penalmente tutelado de forma iminente, e não remota) e acredita que não ocorrerá tal resultado, embora venha a ocorrer. É o caso, por exemplo, do motorista em alta velocidade que, vendo um transeunte atravessando na sua frente, correndo, acredita não necessitar frear o veículo, pois o pedestre conseguirá atravessar o veículo a tempo, mas acaba não dando tempo, acertando-o e ceifando-lhe a vida.

A diferença consubstancial entre o dolo eventual e a culpa consciente se dá em o agente, ao prever o resultado lesivo, acreditar sinceramente na sua não-ocorrência ou lhe for indiferente. É algo interno, do âmago do agente. E, como não se dá para retirar do âmago do agente se este acreditou na não ocorrência ou foi indiferente ao resultado lesivo, entendem os doutrinadores e a jurisprudência pátria que deverá retirar tais requisitos dos fatos que cercam a ofensa ao bem jurídico penalmente tutelado alheio.

AGRAVO INTERNO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. HOMICÍDIO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. DOLO EVENTUAL. CULPA CONSCIENTE. REVALORAÇÃO DE PROVAS. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Considerando que o dolo eventual não é extraído da mente do acusado, mas das circunstâncias do fato, na hipótese em que a denúncia limita-se a narrar o elemento cognitivo do dolo, o seu aspecto de conhecimento pressuposto ao querer (vontade), não há como concluir pela existência do dolo eventual. Para tanto, há que evidenciar como e em que momento o sujeito assumiu o risco de produzir o resultado, isto é, admitiu e aceitou o risco de produzi-lo. Deve-se demonstrar a antevisão do resultado, isto é, a percepção de que é possível causá-lo antes da realização do comportamento. 2. Agravo a que se nega provimento. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento, 1189970 DF 2009/01050713-6, Relator: Celso Limongi, 2010).

PENAL. PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ALÍNEA C DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. FALTA DE COTEJO ANALÍTICO. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. HOMICÍDIO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. DOLO EVENTUAL. CULPA CONSCIENTE. REVALORAÇÃO DE PROVAS. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS DO DOLO EVENTUAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO FATO QUE NÃO EVIDENCIAM A ANTEVISÃO E A ASSUNÇÃO DO RESULTADO PELO RÉU. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA QUE SE IMPÕE. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 4. Considerando que o dolo eventual não é extraído da mente do acusado, mas das circunstâncias do fato, na hipótese em que a denúncia limita-se a narrar o elemento cognitivo do dolo, o seu aspecto de conhecimento pressuposto ao querer (vontade), não há como concluir pela existência do dolo eventual. Para tanto, há que evidenciar como e em que momento o sujeito assumiu o risco de produzir o resultado, isto é, admitiu e aceitou o risco de produzi-lo. Deve-se demonstrar a antevisão do resultado, isto é, a percepção de que é possível causá-lo antes da realização do comportamento. 5. Agravo a que se nega provimento. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Recurso Especial, 1043279 PR 2008/0066044-4, Relatora: Jane Silva, 2008).

Conforme as jurisprudências acima lecionam, como é impossível retirar a aceitação ou não da ocorrência do resultado lesivo extraindo da mente do autor dos fatos, deve-se retirar as circunstâncias do fato que resultou na ofensa ao bem jurídico penalmente tutelado alheio. Por exemplo, A, ao perceber transeuntes à sua frente, acelera o veículo e passa próximo a todos, buzinando em tom de deboche. Em dado momento, acaba por acertar alguém, ceifando-lhe a vida ou ofendendo sua integridade física. É impossível saber se o autor dos fatos foi indiferente ou não na possível ocorrência do resultado lesivo, pois o simples fato de, ao prever o resultado

lesivo, não agir para minorar o resultado, ou para o mesmo não ocorrer, não se configura, de plano, dolo eventual. Entretanto, analisando-se os fatos, pode-se extrair facilmente o dolo eventual, tendo em vista a aceitação do risco se dar no fato de, assim que fitou transeuntes à sua frente – visualizou a possibilidade da ocorrência do resultado lesivo -, acelerou o veículo. Passou próximo aos mesmos, buzinou em tom de deboche, o que demonstra sua total indiferença a possível resultado lesivo.

Em algumas situações, os fatos respondem, por si só, se o agente assumiu ou não o risco de produzir o resultado lesivo – como no exemplo acima, que todos os fatos apontam, categoricamente, para a aceitação do resultado lesivo por parte do agente. Todavia, há casos em que não se consegue extrair facilmente o dolo eventual ou culpa consciente dos fatos por si só. Além disso, há casos que, mesmo os fatos demonstrando que o agente assumiu o risco de produzir o resultado lesivo, é mister tentar verificar se, de fato, ele aceitaria ou não o risco da produção do resultado lesivo, como se adentrasse em sua mente, para verificar tal fato.

Greco (2006, p. 220) nos dá o exemplo do pai que comemora bodas de prata com sua mulher e três filhos e, durante a festa, bebe incomensuravelmente, ficando embriagado. Terminada a festa, volta para casa dirigindo o seu veículo, junto de sua família. Com pressa, pois queria assistir a uma partida de futebol, que seria transmitida na televisão, acelera o veículo. Entretanto, colide o seu veículo em outro, ceifando a vida de sua família inteira. Por mais que os fatos (dirigir embriagado, dirigir em alta velocidade por um motivo fútil) demonstrem que o pai agiu com dolo eventual, nunca, em tempo algum, ele assumiria o risco de matar toda sua família, pois um homem médio nunca aceitaria a possibilidade de ele próprio ceifar a vida de seu cônjuge e filhos no dia de comemoração de 25 anos de casado. Deve-se sempre enxergar com cautela o dolo eventual única e exclusivamente através dos fatos, pois, muitas das vezes, por mais que os fatos apontem o dolo eventual, ao adentrar no âmago do agente, perceber-se-á clara e indubitavelmente que o agente não aceitou – e jamais aceitaria - o resultado lesivo.

O dolo eventual e a culpa consciente são dois institutos do Direito Penal praticamente idênticos, difíceis de enxergar no caso concreto – muita das vezes, mesmo os retirando dos fatos –, e sempre passíveis de causar injustiça. Rotineiramente, ocorrerão dúvidas se o agente aceitou o não a possibilidade da ocorrência do resultado lesivo, mesmo retirando a resposta dos fatos que circundam

a ofensa. Nesses casos, ocorrendo dúvida, deve-se sempre pesar sobre o réu a punição menos severa, para fazer jus ao princípio que ronda o Direito Penal do *in dubio pro reo*, ao invés de o princípio do *in dubio pro societate*, como muitos querem (GRECO, 2006, p. 221). A culpa consciente, por ser menos gravosa ao réu, deve sempre ser a regra, enquanto que o dolo eventual, por ser mais gravoso, deve sempre ser a exceção, para fazer jus ao princípio dito acima, devendo o último instituto apenas ocorrer quando tiver sido, nos autos, comprovado de forma indubitável, mesmo que através dos fatos, não podendo ser aplicado se pairam dúvidas.

2. DA RESPONSABILIDADE E DA CONDUTA

Para discutir acerca da responsabilidade penal dos sócios que emprestam ou locam a terceiros os imóveis da pessoa jurídica, mister é discutir sobre dois importantes pontos do Direito Penal: a responsabilidade, pressuposto basilar para estudar a responsabilidade penal de quem quer quem seja; e a conduta, igualmente basilar, tendo em vista que só se pune no Direito Penal quem pratica uma conduta, conforme se verá oportunamente.

2.1 Da Responsabilidade

Responsabilidade (no âmbito do Direito) é a consequência (jurídica) advinda ao agente que desrespeitou norma ou preceito legal, causando, por sua conduta, dano a terceiro(s). Divide-se primordialmente em responsabilidade civil (quando o dano causado é de natureza patrimonial ou moral) ou responsabilidade penal (quando o dano causado é considerado, pela lei, delito – crime ou contravenção, no caso do Direito brasileiro).

2.1.1 Responsabilidade Civil

Responsabilidade civil é a responsabilidade existente, no âmbito do Direito Civil, que serve para aplicar medidas que obrigam a pessoa a reparar o dano (seja ele moral ou material) causado a terceiro, em razão de ato por a pessoa praticado – ou que por terceiro, a qual ela responda. Nas palavras de Silva (2008, *apud* SANTOS, 2012):

Dever jurídico, em que se coloca a pessoa, seja em virtude de contrato, seja em face de fato ou omissão, que lhe seja imputado, para satisfazer a prestação convencionada ou para suportar as sanções legais, que lhe são impostas. Onde quer, portanto, que haja obrigação de fazer, dar ou não fazer alguma coisa, de ressarcir danos, de suportar sanções legais ou penalidades, há a responsabilidade, em virtude da qual se exige a satisfação ou o cumprimento da obrigação ou da sanção.

A função da responsabilidade civil é não deixar a vítima do ato ilícito sem ressarcimento, de forma a restaurar o equilíbrio moral e material (ou patrimonial).

O lesionamento a elementos integrantes da esfera jurídica alheia acarreta ao agente a necessidade de reparação dos danos provocados. É a responsabilidade civil, ou obrigação de indenizar, que compele o causador a arcar com as consequências advindas da ação violadora, ressarcindo os prejuízos de ordem moral ou patrimonial, decorrente de fato ilícito próprio, ou de outrem a ele relacionado. (BITTAR, 1994, *apud* SANTOS, 2012).

A responsabilidade civil está atrelada à ideia de encargo, obrigação e contraprestação. Todavia, conforme leciona Santos (2012), deve-se diferenciar obrigação da responsabilidade, pois, enquanto a primeira é sempre um dever jurídico originário, a responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, consequência da violação de um primeiro dever.

2.1.2 Responsabilidade Penal

A responsabilidade penal é “o dever jurídico de responder pela ação delituosa que recai sobre o agente imputável” (FRAGOSO, 1986, *apud* SILVA, 2012). Em outras palavras, é o dever do agente imputável de responder pelo delito (crime ou contravenção) que cometeu. Valença (s.d.) assevera que se deve distinguir a responsabilidade da imputabilidade, que é a capacidade do agente de entender o caráter criminoso do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Difere-se da responsabilidade civil, pois esta tem um caráter *reparatório*, enquanto a responsabilidade penal possui um caráter *punitivo*. O reflexo disso advém nos efeitos da responsabilidade: enquanto o cálculo da indenização civil é medida pela extensão do dano causado, a pena é calculada pela reprovabilidade do ato. (COSTA; COSTA, 2008).

Soares (2009) aponta que, em matéria penal, para alguém ser responsabilizado penalmente por determinado crime ou contravenção, são necessários três condições básicas: ter efetivamente praticado o delito (responsabilidade pessoal); na época do fato ter tido entendimento do caráter criminoso de sua conduta (imputabilidade); na época do fato ter sido livre para

escolher entre praticar ou não praticar a conduta, seja ela comissiva ou omissiva (exigibilidade de conduta diversa).

Somente com o somatório dos três poderá alguém ser responsabilizado penalmente. A ausência de qualquer uma das condições acarretará na ausência de responsabilidade, tendo em vista que, no caso da prática do delito, não poderá terceiros ser responsabilizados por determinada prática delituosa (art. 5º, XLV da Constituição Federal); no caso do entendimento do caráter criminoso, caso não entenda a ilicitude do fato, será considerado inimputável (art. 26, 27 ou 28, §§ 1º e 2º, todos do Código Penal); no caso da liberdade entre praticar ou não praticar a conduta, caso o agente não possua a dita liberdade, não terá vontade, e, portanto, não haverá conduta – e, não havendo conduta, não há que se falar em fato típico ou crime.

Conforme assevera Bittencourt (2004, p. 211), somente poderão ser responsabilizados criminalmente o ser vivo, nascido de uma mulher, por ser o crime uma ação *humana*. Segundo o autor, “a capacidade de ação, de culpabilidade, exige a presença de uma *vontade*, entendida como *faculdade psíquica* de pessoa individual, que somente o ser humano pode ter”. (BITTENCOURT, 2004, p. 211).

Todavia, a Constituição Federal de 1988 trouxe ao Direito brasileiro a figura da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, em seu art. 225, § 3º, que assim reza: “§ 3º - **As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.**” (BRASIL, 1988) (grifo nosso), transcrita a dita responsabilidade no art 3º da Lei 9605/98, que trata dos crimes ambientais, cuja lei ainda trata das penas dadas às pessoas jurídicas infratoras (arts. 21 a 24). Bittencourt (2004, p. 212) afirma a total incompatibilidade do instituto da responsabilidade penal com a pessoa jurídica, tendo em vista a ausência da capacidade de ação e a carência da capacidade de culpabilidade. Dotti (1995, *apud* BITTENCOURT, 2004, p. 213) assim afirma, explicando o porquê da incompatibilidade entre a responsabilidade penal e as pessoas jurídicas:

No sistema jurídico positivo brasileiro, a responsabilidade penal é atribuída, exclusivamente, às pessoas físicas. Os crimes ou delitos e as contravenções não podem ser praticados por pessoas jurídicas,

posto que a imputabilidade jurídico-penal é uma qualidade inerente dos seres humanos.

Jescheck (1981, *apud* BITTENCOURT, 2004, p. 212-213) corrobora para o entendimento supra, explicando que

as pessoas jurídicas e as associações sem personalidade somente podem atuar através de seus órgãos, razão pela qual elas próprias não podem ser punidas. Frente a elas carece, ademais, de sentido a desaprovação ético-social inerente à pena, visto que a reprovação de culpabilidade somente pode ser formuladas a pessoas individualmente responsáveis, e não perante membros de uma sociedade que não participaram do fato nem perante a uma massa patrimonial.

Além da discussão acerca da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, Bittencourt (2004, p. 215-216) ainda traz à tona a responsabilidade penal nos crimes contra o sistema financeiro. Conforme preceitua o art. 25 da Lei 7492/86, que trata dos crimes contra o sistema financeiro, serão “penalmente responsáveis, nos termos desta Lei, o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores, gerentes (VETADO)”. (BRASIL, 1986). Para o autor, a responsabilidade dos controladores e dos administradores deve ser, unicamente, a *responsabilidade subjetiva*, não existindo meramente pelo simples fato de serem controladores ou administradores das instituições financeiras. Qualquer entendimento contrário importará no reconhecimento da responsabilidade objetiva, vedada pelo texto constitucional e pelo Direito Penal moderno, conforme se verá posteriormente (BITTENCOURT, 2004, p. 216).

2.1.3 Responsabilidade Subjetiva e Objetiva

A responsabilidade subjetiva é pautada na existência de culpa do agente, que deve ser comprovada pela vítima para esta ter direito, e a outra dever, a indenização cabal. Só se pode obrigar alguém a indenizar outrem se este tiver culpa, não bastando apenas ser o causador do dano ou do prejuízo.

Rodrigues (2002, *apud* SHALLKYTTON, 2010) ensina que

se diz ser subjetiva a responsabilidade quando se inspira na ideia de culpa e que de acordo com o entendimento clássico a “concepção

tradicional a responsabilidade do agente causador do dano só se configura se agiu culposa ou dolosamente”. De modo que a prova da culpa do agente causador do dano é indispensável para que surja o dever de indenizar. A responsabilidade, no caso, é subjetiva, pois depende do comportamento do sujeito.

Já no tocante à responsabilidade penal, a responsabilidade subjetiva se consubstancia na necessidade da existência de culpa, em sentido amplo, na conduta do agente, para que este possa responder pela conduta ilícita que praticou (ou deixou de praticar, no caso dos crimes omissivos).

Já a responsabilidade objetiva é aquela que se abstrai a ideia de culpa para que se caracterize a responsabilidade. Para esta responsabilidade, basta a relação de causalidade entre o ato do agente e o dano causado à vítima para surgir o dever de indenizar (ou, no caso da responsabilidade penal objetiva, para que lhe seja imputado determinado tipo penal). A culpa será presumida, ou desnecessária a sua prova. Nas palavras de Rodrigues (2002, *apud* SHALLKYTTON, 2010):

na responsabilidade objetiva a atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano é de menor relevância, pois, desde que exista relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente, surge o dever de indenizar, que tenha este último agido ou não culposamente.

O Parágrafo Único do art. 927 do Código Civil torna clara a responsabilidade civil objetiva, lastreada pela Teoria do Risco, pois afirma que haverá obrigação de reparar o dano “independentemente de culpa, nos casos específicos em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. (BRASIL, 2002). O elemento importante para o surgimento do dever de indenizar, no campo da responsabilidade objetiva, é a ocorrência do fato, e não há existência da culpa. (SHALLKYTTON, 2010).

O art. 37, § 6º da Constituição Federal de 1988 e o art. 43 do Código Civil também trazem a responsabilidade civil objetiva para o âmbito da Administração Pública, ao determinar que as pessoas jurídicas de direito público sejam responsabilizadas, independentemente de culpa, pelos atos dos seus agentes que causarem dano a terceiro. O Código de Defesa do Consumidor, em seus art. 12 e 14 também trazem a responsabilidade civil objetiva para o âmbito do direito consumerista, ao determinar que os fabricantes, produtores, construtores e importadores de produtos e serviços serão responsabilizados, independentemente

de culpa, pelos danos causados pelos fatos dos produtos ou serviços (defeitos) que lançarem no mercado.

Já no tocante à responsabilidade penal, a responsabilidade objetiva é impossível, tendo em vista que, pela Teoria Finalista, a culpa, em sentido amplo, é elemento da conduta, sendo esta pressuposto basilar para a existência da tipicidade – e, sendo este, um dos elementos do crime, junto da ilicitude e da culpabilidade. Assim, a ausência da culpa, típica da responsabilidade objetiva, afasta um dos elementos da conduta, afastando-a e, assim, sem conduta não há que se falar de fato típico e, conseqüentemente, de crime (sendo, portanto, mero fato atípico). (BOECHAT, s.d.).

Entretanto, embora o disposto supra demonstre não existir responsabilidade penal objetiva, nos dias atuais ela existe, no âmbito da responsabilidade penal das pessoas jurídicas nos crimes ambientais, elencada no art. 3º, *caput*, da Lei 9605/98, que dita que

As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. (BRASIL, 1998).

Pelo artigo supramencionado, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas existirá quando a infração for praticada por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, não exigindo, portanto, dolo ou culpa da pessoa jurídica, que responderá criminalmente pela conduta lesiva, existindo apenas dolo ou culpa de terceiros (representante legal/contratual ou órgão colegiado). Também há resquícios da responsabilidade penal objetiva na rixa qualificada (art. 137, Parágrafo Único, Código Penal) e no latrocínio (art. 157, § 3º, *in fine*, Código Penal).

2.2 Da Conduta

Conduta é, para Damásio de Jesus (1999, p. 227), “a ação ou omissão humana consciente e dirigida a determinada finalidade”. Nucci (2010, p. 144), por sua vez, acredita que o conceito de conduta pode variar, de acordo com os diversos pontos de vista existentes. Para ele, na visão finalista, a qual o Código Penal adota

atualmente, conduta é “a ação ou omissão, voluntária e consciente, implicando em um comando de movimentação ou inércia do corpo humano, voltado a uma finalidade” (NUCCI, 2010, p. 144), embora o mesmo autor alegue divergência doutrinária quanto ao fato de aceitar a omissão unida ou não à ação no conceito básico de conduta.

A conduta possui como características imprescindíveis:

- o comportamento do ser humano. Só pode ser autor de uma conduta pessoa física, nunca um animal irracional ou um agente vago, como a coletividade, por exemplo (embora haja discussão sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas nos crimes ambientais, conforme preceitua o art. 225, § 3º da Constituição Federal e o art. 3º da Lei 9605/98);

- somente condutas corporais externas constituem ações (*cogitationes poenam nemo patitur*), não se ocupando o Direito Penal de atividades puramente psíquicas;

- movimento ou abstenção de movimento corporal comportamental (ação ou omissão).

Portanto, não há conduta quando não há ao menos uma das características supramencionadas. Assim, por exemplo, não se pode punir um agente por simples vontade de delinquir, pois é imprescindível uma conduta externa. Igualmente não se pode punir alguém por sua conduta se o movimento corporal que lhe deu causa não for orientado pelos elementos consciência e vontade.

Para Bittencourt (2004, p. 208-210) são três os grupos em que há ausência de ação:

- *coação física irresistível* (“*vis absoluta*”): não há conduta quando alguém atua obrigado por uma força física da qual não poderia resistir. Nucci (2010, p. 146) nos dá o seguinte exemplo, para explicar a *vis absoluta*: “A é empurrado violentamente por B, caindo em cima de C, que se lesiona”. A não pode responder pela conduta, tendo em vista não ter havido, por parte dele, vontade. Damásio de Jesus (1999, p. 229) acredita ainda ser imprescindível a distinção entre coação física e coação moral (*vis compulsiva*), pois, para ele, a primeira exclui a conduta, enquanto que a segunda não a exclui, retirando, apenas, o juízo de reprovação (culpabilidade);

- *movimentos reflexos*: são os movimentos puramente ocasionados pelo sistema nervoso central, em resposta a um estímulo a um nervo sensitivo. Não possuem vontade do agente, tendo em vista ser uma resposta automática de seu cérebro. Nucci (2010, p. 146) nos dá o exemplo do motorista que, dirigindo um

veículo, é picado perto do olho por uma vespa. Por causa da picada, vira bruscamente o volante, causando um acidente. Não há conduta penalmente relevante, já que o movimento foi reflexivo;

- *estados de inconsciência*: inconsciência é

a área da vida psíquica, onde se encontram os impulsos primitivos que influenciam o comportamento, e dos quais não tem consciência e um grupo de ideias, carregadas emocionalmente, que uma vez foram conscientes, mas em vista de seus aspectos intoleráveis foram expulsas da consciência para um plano mais profundo, de onde não poderão vir à tona voluntariamente. (D'ANDREA, 2001, *apud* NUCCI, 2010, p. 146-147).

Não pode se caracterizar conduta tendo em vista a ausência da consciência, um dos elementos basilares da conduta. Bittencourt (2004, p. 210) cita alguns exemplos de estado de *inconsciência*, como o *sonambulismo*, a *embriaguez letárgica* e a *hipnose*.

2.2.1 Ação

Ação é, para Damásio de Jesus (1999, p. 237), “a [conduta] que se manifesta por intermédio de um movimento corpóreo tendente a uma finalidade”. É a forma de cometer o verbo (núcleo) da maioria dos tipos penais existentes, tais como homicídio (matar), furto e roubo (subtrair), apropriação indébita (apropriar-se), dano (destruir; danificar), estupro e constrangimento ilegal (constranger), etc. É denominado crime *comissivo*.

Para se consubstanciar o crime comissivo, entretanto, não basta apenas o tipo penal ser de modo positivo, deve-se a conduta igualmente o ser. Dado o exemplo do tipo penal homicídio, cujo núcleo é o verbo “matar”, será cometido o crime de homicídio na modalidade comissiva se “A” matar “B”, por exemplo, a facadas. E não será na modalidade comissiva se “A” matar “B”, por exemplo, deixando-o com fome. A esta última forma de cometer um crime comissivo – da forma omissiva – damos o nome de crime *comissivo* por *omissão*, que será visto oportunamente.

Damásio de Jesus (1999, p. 237) cita que alguns autores ensinam que a comissão não é o mero movimento corpóreo, mas também pode ser a inércia, inatividade, sem, contudo, transformar-se em crime omissivo, cometendo o crime, na

modalidade comissiva, de forma estática. O autor dá o exemplo do crime de violação de domicílio (art. 150 do Código Penal), na modalidade *permanecer*. Bruno (1978, *apud* DAMÁSIO DE JESUS, 1999, p. 237) nos explica, no dito exemplo, que

a ação em sentido estrito nem sempre se traduz em movimento corpóreo. O agente pode praticá-la de maneira puramente estática, que não é uma omissão, mas uma ação positiva, um fazer, não um abster-se de fazer. Assim é a atitude do indivíduo que simplesmente permanece na casa alheia, contra a vontade do dono, e só com isso realiza o crime de violação de domicílio.

Para o autor, todavia, o crime de violação de domicílio, na modalidade *permanecer*, é crime omissivo, não comissivo.

2.2.2 Omissão

A omissão ocorre “quando o agente não faz o que pode e deve fazer, que lhe é juridicamente ordenado”. (BITTENCOURT, 2004, p. 217). Assim, caracteriza-se a omissão quando o agente pode agir, fisicamente, e deve agir, juridicamente, e abstém-se, dolosa ou culposamente, de agir. É chamado também de crime *omissivo*.

Damásio de Jesus (1999, p. 237) cita duas teorias acerca da natureza da omissão:

- *teoria naturalística*: nas palavras de Damásio de Jesus (1999, p. 237-238): “a omissão é uma forma de comportamento que pode ser apreciada pelos sentidos, sem que seja preciso evocar a norma penal. Esta só teria função de atribuir a ela relevância em face do Direito”;

- *teoria normativa*: para se configurar a omissão não basta o mero não-fazer, é imprescindível o não-fazer *alguma coisa*, ou seja, a especificidade da conduta omissiva. O fundamento da ação omissiva é a ação esperada, que não é realizada. A omissão, sem a ação esperada, não tem relevância jurídica.

A nossa legislação atribui aos crimes omissivos duas subdivisões: *omissivos próprios* e *omissivos impróprios*. Conforme assevera Bittencourt (2004, p. 217-218), os crimes de omissão própria são *crimes de mera conduta*, ou seja, o simples abster de agir configura o crime, não sendo necessário resultado algum para sua configuração, enquanto que os crimes de omissão imprópria são *crimes de resultado*, por ser o resultado imprescindível para a configuração do crime.

A segunda diferenciação entre os crimes omissivos próprios e os impróprios é que os primeiros são obrigatoriamente previstos em tipos penais específicos, por obedecerem ao princípio da reserva legal (art. 5º, XXXIX, CF e art. 1º do Código Penal). Já os crimes omissivos impróprios não possuem tipologia própria, inserindo-se na tipificação comum dos crimes de resultado, tais como homicídio, lesão corporal, entre outros.

2.2.2.1 Crimes omissivos próprios

Os crimes omissivos próprios, ou puros, são “aqueles cuja conduta envolve um *não fazer* típico – ou não – dar causa a um resultado naturalístico”. (NUCCI, 2010, p. 157), ou, nas palavras de Bittencourt (2004, p. 218), “consistem numa desobediência a uma *norma mandamental*, norma esta que determina a prática de uma conduta, que não é realizada”.

Conforme já explicitado anteriormente, para se configurar crime omissivo próprio, basta a abstenção ao dever de agir para a configuração do delito. Assim, para se configurar o crime de omissão de socorro (art. 135 do Código Penal), basta apenas que a pessoa se abstenha de ajudar as pessoas especificadas no dito tipo penal, para configurar o crime do art. 135 do Código Penal, não necessitando haver resultado lesivo algum (lesão corporal ou morte, por exemplo). Aliás, eventuais resultados podem, assim como acontece no crime de omissão de socorro, configurar uma majorante ou qualificadora. Assim, no crime do art. 135 do Código Penal, se a vítima, pela abstenção do agente de ajudar-lhe, tem lesões corporais graves ou morte, a pena deste último aumentará da metade ou do triplo, respectivamente (Parágrafo Único do art. 135 do Código Penal).

Nesse caso, como assevera Bittencourt (2004, p. 218), é indispensável analisar a relação de causalidade entre a conduta omissiva do agente e o resultado que majorará a pena. Deve-se indagar se a ação omitida teria evitado o resultado. Se comprovar que o resultado ocorreu por virtude da abstenção do agente, por não ter desviado ou obstruído o processo causal em andamento, configura a relação de causalidade. Todavia, é mister ressaltar que o agente não tinha obrigado de impedir o resultado, apenas de agir – o resultado poderia ocorrer mesmo com sua ação. Sua obrigação é de agir, não de evitar o resultado. Assim, se “A”, verificando que “B” precisa de ajuda, ajuda-lhe e este, mesmo com a ajuda daquele, falece, “A” não

poderá ser responsabilizado pela morte de “B”, tendo em vista ter cumprido o seu papel no caso (ajudar “B”, não salvar-lhe).

São exemplos de crimes omissivos próprios: art. 135 (“deixar”), art. 236 (“ocultando-lhe”), art. 244, (“deixar”), art. 246 (“deixar”), art. 257 (“ocultar”), art. 269 (“deixar”), art. 299 (“omitir”), art. 305 (“ocultar”), art. 319 (“deixar”), art. 356 (“deixar”), todos do Código Penal. (DAMÁSIO DE JESUS, 1999, p. 239).

Há alguns crimes omissivos próprios, todavia, que podem ser cometidos com uma conduta comissiva inicial, lícita. Damásio de Jesus (1999, 239) nos dá o exemplo da apropriação indébita de coisa achada (art. 169, Parágrafo Único, II, do Código Penal), que pode haver uma conduta inicial positiva (alguém achou uma *res* jogada na rua, levando-a como sua fosse) lícita, consumando o crime da apropriação supramencionada quando o sujeito deixar de restituir a *res* ao dono ou legítimo possuidor, ou de entregá-la à autoridade competente, dentro do prazo de quinze dias. São os chamados crimes de *conduta mista*.

2.2.2.2 Crimes omissivos impróprios

Crimes omissivos impróprios são os crimes na qual certos grupos de pessoas possuem o dever de agir, dado por lei, para evitar um resultado concreto, e se abstém do agir. É conhecido também como crimes *comissivos por omissão*, tendo em vista que, ao contrário dos crimes omissivos próprios, a lei os trata como crimes comissivos, mas são executados na modalidade omissão.

Ao contrário dos crimes omissivos próprios, os crimes comissivos por omissão são crimes de resultado, ou seja, o agente não possui meramente o dever de agir, e sim o dever de agir com a finalidade de evitar um resultado, sob pena de incorrer em responsabilidade penal. Os crimes comissivos por omissão são crimes materiais.

A lei diferencia os crimes comissivos dos comissivos por omissão porque, no primeiro caso, a lei obriga um abster-se de condutas que firam, ou possam ferir, bens jurídicos penalmente tutelados alheios, enquanto que, no segundo, a lei obriga o agir para evitar o resultado lesivo aos bens jurídicos alheios. Ademais, mister é salientar que, no caso dos crimes comissivos, a norma proibitiva se dirige a todos aqueles que podem ser sujeitos ativos do crime, enquanto que no segundo caso a norma se dirige apenas às pessoas que têm uma relação especial de proteção com

o bem juridicamente tutelado. Essas pessoas são chamadas de *garantidores*. (BITTENCOURT, 2004, p. 220).

O art. 13, § 2º do Código Penal especifica os crimes comissivos por omissão, *in verbis*:

A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado. (BRASIL, 1940).

Segundo o retromencionado artigo, configurar-se-á crime comissivo por omissão quando aquele que se omite devia e podia agir para evitar o resultado lesivo. Deve-se, no momento da omissão, existir o binômio *dever* e *poder*, não podendo ser punido o agente que podia agir, sem dever (pois não era garantidor), e não podendo punir igualmente o agente que devia agir, mas não podia (pois puniria alguém por crime com ausência de conduta). Bittencourt (2004, p. 220) assinala o *poder agir* como possibilidade física de o mesmo agir, pois é pressuposto da conduta penalmente relevante a voluntariedade. Para Nucci (2010, p. 159), entretanto, a causa impeditiva do *poder agir* pode advir de outros fatores além da possibilidade física, tais como decorrente de lei, contrato, medida judicial ou outra situação fática, que afasta o garante de seu posto natural.

Quanto ao *dever agir*, é o próprio Código Penal quem traz as circunstâncias em que o agente possui o dever de agir, no § 2º de seu art. 13:

a) *tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância*: é o dever de agir decorrente da imposição de lei. O exemplo mais comum é o de assistência mútua entre cônjuges, ascendentes e descendentes, entre outros. Todavia, conforme assevera Bittencourt (2004, p. 222), o dever de agir pode ser também dado por lei aos profissionais de determinadas atividades, que possuem implicitamente a obrigação de cuidado ou vigilância, tais como médico, bombeiro, policial, segurança, entre outros. Luisi (1999, *apud* NUCCI, 2010, p. 159) assegura que os deveres impostos pelo ordenamento jurídico pátrio não são meramente às leis em sentido estrito, mas também a qualquer dispositivo que possa constituir vínculo jurídico, tais como decretos, regulamentos, portarias, sentenças judiciais e provimentos judiciais em geral, e até de ordem legítima de autoridade hierarquicamente superior;

b) *de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado*: conforme leciona Nucci (2010, p. 159-160): “é o dever decorrente de negócios jurídicos ou de relações concretas da vida”. Não se deve mais ser creditado que o dever de agir, no caso da alínea *b* do § 2º do art. 13 do Código Penal, é um *dever contratual*, já que a posição de garantidor pode advir de situações em que não existe relação jurídica entre as partes. (DAMÁSIO DE JESUS, 1991, p. 32).

Pode a posição de garantidor existir mesmo sem contrato entre as partes, desde que o sujeito tenha assumido, de fato, voluntariamente, determinada responsabilidade para com outrem. Bittencourt (2004, p. 222) explica que a posição não precisa perdurar por determinado ou longo período de tempo, podendo ser transitória, por exemplo, questão de horas ou até mesmo de minutos.

O autor nos dá o exemplo da mãe, que, sem condição de arcar com os custos da contratação de uma babá, deixa seu filho com a vizinha para ir trabalhar. Esta vizinha, ao assumir a responsabilidade dos cuidados da criança, assume a posição de garantidor, até o momento em que a mãe retornar e retomar o cuidado do próprio filho. Neste ínterim, a vizinha será garantidora;

c) *com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado*: é o dever que surge de ação anterior do agente, que deu causa ao aparecimento do risco. Nucci (2010, p. 160) nos dá o exemplo do trote acadêmico, em que alguém (possivelmente um veterano) lança outro (provavelmente um calouro) na piscina, sabendo que a vítima não sabe nadar. Fica obrigado a intervir, impedindo a morte, sob pena de responder pelo resultado. Todavia, como bem assevera Bittencourt (2004, p. 32), “como os *pressupostos fáticos* que configuram a *condição de garantidor* são elementos constitutivos do tipo, devem ser abrangidos pelo dolo”. Por essa razão, o agente deve possuir consciência da sua condição de garantidor do impedimento do resultado danoso, pois o erro sobre os pressupostos fáticos constitui *erro de tipo* e isenta de pena o agente, se evitável o erro.

Além do binômio *dever e poder agir*, Bittencourt (2004, p. 221) traz um terceiro pressuposto fundamental para a configuração dos crimes comissivos por omissão, a qual o denominou como *evitabilidade do resultado*. Para o autor, não basta o poder e o dever de agir, deve-se fazer um *juízo hipotético de eliminação* – na realidade, um juízo hipotético de acréscimo –, que será explicado oportunamente, para verificar que, caso o autor da omissão tivesse agido, o resultado teria ocorrido ou não. Caso não teria acontecido, considera-se a omissão *causa* do resultado. Entretanto, se,

mesmo o autor da omissão agisse, o resultado teria acontecido, e teria acontecido da mesma maneira, não pode a omissão ser considerado *causa* do resultado, pois não há relação de causalidade entre a omissão e o resultado danoso.

2.2.3 Relação de Causalidade

O fato típico possui como elementos essenciais para sua ocorrência a conduta (humana, voluntária, dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva), o resultado (ofensa a um bem jurídico penalmente tutelado) e o nexo de causalidade, o liame entre a conduta e a modificação no mundo exterior, o resultado.

O nosso Código Penal adotou, no nexo de causalidade, a Teoria da Equivalência das Condições, ou *conditio sine qua non*, disciplinada no art. 13, caput, *in fine, in verbis*: “Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.” (BRASIL, 1940). Para a Teoria da Equivalência das Condições, considera causa todos os elementos preponderantes para a ocorrência do resultado. Todas as causas são imprescindíveis para a ocorrência do resultado danoso, e sua exclusão tornar-se-ia impossível a ocorrência do dito resultado.

Para se averiguar se determinado fato é causa ou não do resultado danoso, Bittencourt (2004, p. 228) leciona que se deve fazer o *juízo hipotético de eliminação*, que consiste em a pessoa realizar, mentalmente, a eliminação do dito fato, imaginando se o resultado aconteceria da mesma forma com a citada eliminação. Caso o resultado não ocorreria, o fato é considerada *causa*. Do contrário, não será considerado. Não é necessário, entretanto, que, ao realizar o *juízo hipotético de eliminação*, o resultado não ocorra, podendo ser considerado causa se, ao eliminar o fato, o resultado se daria de forma diversa da que efetivamente ocorreu. Damásio de Jesus (1999, p. 250) nos dá o exemplo do agente que encontra a vítima mortalmente esfaqueada em local solitário e lhe desfere golpes de punhal, antecipando-lhe a morte iminente. Eliminando mentalmente os golpes dados pelo agente, o resultado morte aconteceria da mesma forma. Todavia, o evento *não teria ocorrido como ocorreu*, sendo, portanto, os golpes de punhal *causa*.

Entretanto, a Teoria da Equivalência das Condições possui a desvantagem de regredir *ad infinitum* a pesquisa do que foi causa ou não ao resultado. Dá-se o exemplo da pessoa que compra uma arma e atira no desafeto, ceifando-lhe a vida. Pela Teoria da Equivalência das Condições é considerado causa todas as condições

na qual sem sua existência o resultado não ocorreria: o disparo da arma de fogo, a compra da arma de fogo, a venda da arma de fogo na loja de armas, a fabricação da arma de fogo, chegando ao extremo de ser considerado causa os pais do criminoso, que foram quem o colocou no mundo, pois se ele não tivesse vindo ao mundo, o resultado morte não teria ocorrido. Precisou-se, portanto, de auferir limitações à dita teoria, na qual Bittencourt (2004, p. 229-234) listou como sendo três:

a) *Localização do dolo e da culpa no tipo penal*: por inexistir, no Direito Penal brasileiro, a responsabilidade penal objetiva, é necessário averiguar se houve, por parte do agente causador do fato transcrito como causa ao resultado danoso, dolo ou culpa. Assim, no caso supramencionado, o vendedor da arma de fogo (licitamente), o fabricante da arma, os pais do criminoso, entre outros, não são responsabilizados pelo resultado morte, pois não agiram com dolo ou culpa para a ocorrência do mesmo;

b) *Causas (concausas) absolutamente independentes*: condições que causam o resultado de forma absolutamente independente, não tendo ligação alguma com a outra conduta. Damásio de Jesus (1999, p. 257) trata que as causas podem ser *pré-existentes, concomitantes ou supervenientes*, dependendo do momento em que a condição que deu causa ao resultado ocorreu em relação à condição analisada (antes, simultaneamente ou posterior, respectivamente). Fazendo o *juízo hipotético de eliminação*, verifica-se que a conduta analisada não ajudou, auxiliou ou modificou o resultado danoso, que ocorreu única e exclusivamente pela causa absolutamente independente. O próprio *caput* do art. 13 do Código Penal, ao tratar que “o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.” (BRASIL, 1940) elimina a conduta que nada auxiliou o resultado danoso, como nas causas absolutamente independentes;

c) *Superveniência de causa relativamente independente*: Quaisquer das causas (pré-existentes, concomitantes ou supervenientes) que podem atuar de tal maneira que auxiliam ou reforçam o resultado danoso, mas que podem gerar o resultado por si mesmas não são consideradas *absolutamente independentes*, mas sim apenas *relativamente independentes*. Assim, se por conta de um tiro, a vítima vai ao hospital e, lá estando, termina morrendo por conta de um incêndio que acertou o local, o incêndio é causa *relativamente independente*, afinal, por mais que

o incêndio causou o resultado danoso *per si*, a vítima não estaria no hospital se não fosse o tiro do agente. (NUCCI, 2010, p. 157).

O art. 13, § 1º do Código Penal² trata apenas da exclusão da responsabilidade do agente nas causas supervenientes, excluindo as pré-existentes e as concomitantes. Pela leitura do dito artigo, caso a conduta do agente auxiliou a outro ato (causa), posterior à conduta, e que, por si, causou o resultado danoso, mas que o mesmo não teria ocorrido sem a dita conduta, o agente não responderá pelo resultado danoso *per si*, mas sim, e unicamente, pelos fatos anteriores que causou, pois o § 1º do dito artigo exclui a imputação na superveniência de causa relativamente independente.

Por fim, é mister analisar a relação de causalidade nos crimes omissivos. Como bem leciona Damásio de Jesus (1999, p. 254), no plano físico existem apenas ações. A omissão não produz resultado algum, mas sim auxilia na sua ocorrência, visto que, se a pessoa agisse quando a norma lhe obriga a agir, teria impedido a ocorrência do resultado. Ele responde não porque causou o resultado com a omissão, mas porque não o impediu agindo quando deveria. É o nexos de *não-impedimento*, dito por Bittencourt (2004, p. 236).

O sujeito, nos crimes omissivos, seja ele próprio ou impróprio, não causou o resultado danoso com o seu ato de abster-se de agir, e sim não impediu o resultado danoso, quando do seu abster. Assim, não há nexos de causalidade entre sua conduta e o resultado danoso, mas sim um nexos de “não-impedimento”, transformado pelo Direito Penal em causa – como se fosse a causa dos crimes comissivos – para fins de responsabilidade penal.

2.3 Breves Considerações

Conforme debatido de forma minuciosa neste capítulo, responsabilidade, no âmbito do Direito, é a consequência jurídica advinda ao agente que, ao transgredir norma legal, viola direito de terceiros, causando-lhe danos. No âmbito do Direito Civil, o dano poderá ser, via de regra, patrimonial ou moral, e o autor do dano ficará obrigado a reparar, através do instituto da indenização. No âmbito do Direito Penal,

²Art. 13, § 1º do Código Penal: “A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.” (BRASIL, 1940).

por sua vez, o dano será a ofensa – ou, em determinados casos, o perigo de uma ofensa – a um bem jurídico a que o Direito Penal tutela, e ficará o autor obrigado a cumprir uma pena dentre as impostas legalmente, de acordo com a natureza e a gravidade da conduta e do dano.

A conduta, por sua vez, é a ação ou omissão humana tendente a uma finalidade. É indispensável ao Direito Penal que o resultado danoso a um bem jurídico penalmente tutelado (ou o perigo ao dito bem) seja movido por uma conduta, humana, voluntária, comissiva ou omissiva, dolosa ou culposa, ocasionada pelo ser vivo – a quem será imposta a responsabilidade penal. A conduta poderá ser comissiva – caso o autor da conduta tenha efetivamente agido – ou omissiva – quando o autor da conduta deveria agir, e se absteve de tal. A conduta omissiva, por sua vez, se subdivide em conduta omissiva própria – quando o legislador imputa a todos o dever de agir, através de uma norma específica, e o autor da conduta deixa de agir – ou omissiva imprópria – quando a lei obriga certas e determinadas pessoas a agirem para impedirem um dano a um bem jurídico penalmente tutelado, e estas deixam de agir, ocasionando o dito dano.

Por fim, o capítulo trouxe a Relação de Causalidade, que é o nexos de causalidade entre a Conduta e o Resultado, igualmente indispensável para se imputar a alguém a responsabilidade penal. Via de regra, a Teoria da Equivalência das Condições, adotada pelo nosso Código Penal, trouxe a figura de que, para ser considerado causa para o resultado danoso, basta que o ato seja indispensável para o dito resultado – embora, tal fato deva ser analisado sob as cautelas dos demais institutos do Direito Penal, como o dolo e a culpa.

3. RESPONSABILIDADE PENAL DOS SÓCIOS OU ADMINISTRADORES DE UMA PESSOA JURÍDICA, NO EMPRÉSTIMO OU NA LOCAÇÃO DE SEU IMÓVEL A TERCEIROS

3.1 Responsabilidade penal dos sócios ou administradores de uma pessoa jurídica

Delimitar o alcance da responsabilidade penal dos sócios ou administradores de uma pessoa jurídica é de difícil apuração, tendo em vista que entra em cena a complexa figura de uma pessoa jurídica como sujeito ativo de infrações criminais, normalmente dotada de um órgão colegiado de direção e gestão no comando da empresa. Uma vez que a responsabilidade, no âmbito do Direito Penal, é sempre individual, por força constitucional³, torna-se difícil traçar qual(is) do(s) dirigente(s) ou gestor(es) agiu(aram), ou deixou(aram) de agir quando deveria(m), e causou(aram) a ofensa a um bem jurídico penalmente tutelado.

Conforme indaga Inacarato (s.d), como apurar a responsabilidade penal individual dos sócios ou administradores, se normalmente todas as ordens oriundas de uma pessoa jurídica são emanadas de um órgão colegiado, ou, ao menos, de um grupo de pessoas? E quem será o verdadeiro responsável pelo fato criminoso?

Para responder à indagação, Machado (2002) afirma que se devem analisar os seguintes requisitos: a imputabilidade do agente, a culpabilidade do ato e a conduta do agente. Se presentes os três requisitos, subsistirá a responsabilidade do sócio ou administrador.

Primeiramente, deve-se atender ao requisito da *imputabilidade*. Imputabilidade é, conforme leciona Machado (2002), “o conjunto de condições psicológicas capaz de tornar alguém apto a assumir as consequências jurídico-penais de seus atos”. O Código Penal, nos seus artigos 26 a 28, trata da imputabilidade, ao dizer quem são os inimputáveis – aqueles que não possuem o requisito da imputabilidade. Segundo os referidos artigos, será inimputável aquele que for menor de 18 anos⁴ ou que, no

³ O art. 5º, inciso XLV preceitua que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado” (BRASIL, 1988).

⁴ Assim preceitua o art. 27 do Código Penal: “Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.” (BRASIL, 1940).

momento da conduta, não possuía condições de entender o caráter ilícito do fato, por ocasião de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto⁵.

O segundo requisito é o da *culpabilidade do ato* por parte do agente. A culpabilidade, no caso, é a culpa no sentido amplo. Segundo Machado (2002), culpabilidade é

o conjunto de circunstâncias que cercam o fato, e o seu autor, das quais se for inferir quer [sic] o mesmo quis o resultado de sua conduta, assumiu o risco de produzi-lo ou embora sem ter a sua vontade dirigida para o resultado agiu com negligência, imperícia ou imprudência, e por isso se deu o fato que a lei define com crime.

Para existir a culpabilidade do ato, portanto, deve a conduta do agente ser eivada de dolo, na *responsabilidade subjetiva*, rechaçando, assim, a *responsabilidade objetiva*, conforme visto anteriormente.

O terceiro e último requisito é a *conduta do agente*, na qual só poderá ser aferida a responsabilidade ao agente caso este tenha agido ou omitido de agir quando deveria, dolosa ou culposamente. Não há que se falar, portanto, de responsabilidade, se o autor do resultado danoso não ter agido ou deixado de agir quando deveria, pois sem conduta não há responsabilidade penal.

Portanto, só recairá sobre o agente a responsabilidade penal caso este seja imputável, tenha agido ou deixado de agir, e sua conduta seja eivada de dolo ou culpa. Ausente um desses requisitos, não há de se falar de responsabilidade no âmbito do Direito Penal.

Entretanto, é difícil separar a conduta individual de um grupo societário – um órgão colegiado, por exemplo. Muitas das decisões são dadas pela maioria, ou por um dentre vários sócios, ou até mesmo por um administrador não sócio, já que o mesmo é permitido por lei. E não se pode punir a pessoa jurídica, com a exceção dos crimes ambientais; entretanto, mesmo se puni-la, dever-se-á punir também os sócios ou administradores que deram a ordem para cometer o delito ambiental⁶. Igualmente não se podem punir todos os sócios pela conduta de algum ou alguns

⁵ Assim preceitua o art. 26 do Código Penal: “É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.” (BRASIL, 1940).

⁶ Ressalta-se aqui o entendimento novo da ministra do Supremo Tribunal Federal, Rosa Weber, consubstanciada no Informativo 714, de que se pode punir separadamente pessoa física da jurídica nos delitos ambientais.

deles. Pedrazzi (s.d.), *apud* Inacarato (s.d.) leciona que “nos nossos sistemas jurídicos não se trata de responsabilidade penal da sociedade como tal; trata-se, pois, de buscar entre os órgãos sociais as pessoas físicas a quem deve ser imputada a responsabilidade pela infração”. Assim, deve-se buscar, dentre as pessoas físicas que compõem a jurídica, a qual ou quais deles deva recair a responsabilidade penal.

Oliveira (s.d) ensina que, para delimitar a conduta de um grupo societário – delimitando, assim, também, a responsabilidade penal -, é necessário que

eventual fato delitivo praticado durante a atividade empresarial só poderá ser atribuído àqueles que possuam, dentro da empresa, algum poder de decisão e cuja atribuição funcional contemple a fiscalização e intercessão na atuação dos empregados.

Assim, será responsabilizado penalmente aquele que possui, dentro da empresa, poder de decisão (regra geral). Se dentro de um grupo de sócios, apenas um deles tiver o poder de decidir acerca da empresa, não poderá recair sobre os demais a responsabilidade penal – pois isso seria responsabilidade objetiva, vedada no ordenamento jurídico. Deve-se analisar, em seguida, os demais requisitos para aferir a responsabilidade penal.

Além disso, caso o administrador da empresa for alguém diverso dos sócios (igual ocorre rotineiramente nas Sociedades Anônimas), e este – e somente este – possuir poder de decisão, apenas o administrador será responsabilizado penalmente, não recaindo nos sócios – novamente sob pena de haver responsabilidade objetiva -, ainda que este exerça a administração *de fato*, ou seja, esteja nomeado para aquele cargo de forma irregular. “[...] todas as pessoas que ‘exercem de fato’ a função diretora (eleitas irregularmente, por exemplo), ocupando a condição de ‘diretor de fato’, são penalmente responsáveis” (INACARATO, s.d), afinal, não se pode deixar de punir alguém por estar irregular em sua função.

Deve-se, portanto, sempre imputar a responsabilidade penal àquele que agiu (ou deixou de agir), violando bem jurídico penalmente tutelado, não se podendo recair sobre terceiros, sob pena de *responsabilidade por fato de terceiro*, vedada no nosso ordenamento jurídico pelo Princípio da Responsabilidade Penal elencada no art. 5º, XLV da Constituição Federal.

Ademais, poderá recair a responsabilidade penal naquele que tiver, em sua atribuição dentro da empresa, a fiscalização da atuação dos empregados, por terem a atribuição funcional de zelar e fiscalizar tal atuação. É uma forma de omissão imprópria imposta aos sócios e aos administradores – vale ressaltar que, além deste fato, é importante analisar os demais requisitos para aferir, ou não, aos membros da pessoa jurídica, a responsabilidade penal.

Inacarato (s.d.) leciona que os diretores, administradores e fiscais (no caso, das Sociedades Anônimas) possuem o dever de bem servir e o de impedir o desvio da atividade econômica da empresa, além do dever de vigilância. Caso se omita em um desses deveres, poderá vir a recair, sobre si, a responsabilidade penal do resultado lesivo. É uma imposição da lei que obriga os diretores, administradores e fiscais, por comandarem, administrarem e/ou fiscalizarem a sociedade, a impedirem resultados lesivos por parte de terceiros, ao lhes darem a obrigação da vigilância e do impedimento do desvio da atividade econômica da empresa, sob pena de, junto daquele que violou diretamente bem jurídico penalmente tutelado alheio, responderem criminalmente.

Já em relação aos crimes ambientais, a própria Lei 9605/98, em seu art. 2º, trata da responsabilidade penal dos diretores e administradores por ato omissivo, conforme se apura da análise do artigo retromencionado, *in verbis*:

Art. 2º Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, **bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.** (BRASIL, 1998). (grifo nosso)

Deve-se, todavia, atentar-se à ressalva feita por Machado (2002) na aplicação deste dispositivo, devendo-se aplicar a todos os casos de omissão imprópria envolvendo sócios ou administradores:

Não é fácil, porém, saber-se até onde este dispositivo legal produz efeitos práticos, pois não é fácil saber-se em que casos o diretor, o administrador, o membro do conselho, etc., pode agir para evitar a conduta que vem depois a ser tida como crime contra o meio ambiente. Um diretor acionista minoritário, ou mesmo não acionista, cuja permanência no cargo depende de vontade de quem deliberou adotar a conduta, ou uma outra das pessoas indicadas, em situação

idêntica, teria o dever de impedir aquela conduta que suspeitasse ser criminosa?

Assim, ao analisar o caso concreto de omissão imprópria por parte dos sócios ou administradores, é necessário analisar o binômio *poder-dever*, e não apenas do *dever* – pois todos os dois dispositivos que versam sobre a omissão imprópria (art. 13, § 2º do Código Penal e art. 2º da Lei 9605/98) possuem o verbo *poder* escrito, de forma clara. Ou seja, caso seja impossível, diante do caso fático, de o sócio agir – seja por qualquer motivo, mas que o escuse completamente de agir -, não poderá ser responsabilizado penalmente.

Mister ressaltar, por fim, que a omissão imprópria só recairá sobre o sócio ou administrador se o mesmo houver procedido com dolo (ainda que eventual) ou culpa, não respondendo única e simplesmente pelo fato de ter se omitido, por ser vedado no ordenamento jurídico brasileiro a responsabilidade objetiva, conforme já se viu anteriormente e se verá adiante, no tocante aos sócios ou administradores.

3.1.1 Responsabilidade Penal Objetiva dos Sócios ou Administradores

No campo da responsabilidade penal dos sócios ou administradores, existe uma gigantesca polêmica acerca da aplicação, na prática, da responsabilidade penal objetiva para punir os sócios ou administradores de uma pessoa jurídica nos chamados crimes societários (crimes cometidos pela pessoa física em nome de uma jurídica), pelo simples fato de ser sócio ou administrador.

A primeiro plano, a responsabilidade penal objetiva aparenta existir nas legislações pátrias. Na leitura de determinados artigos da legislação criminal, estes aparentemente imputam ao administrador ou ao sócio a responsabilidade penal por meramente ostentarem a função de sócio ou administrador, sem necessidade de comprovar dolo ou culpa, como ocorrem nos art. 25 da Lei 7492/86⁷, art. 2º da Lei 9605/98 e art. 75 da Lei 8078/90⁸, dentre outros.

⁷ Art. 25: “São penalmente responsáveis, nos termos desta lei, o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores, gerentes (VETADO)” (BRASIL, 1986).

⁸ Art. 75: “Quem, de qualquer forma, concorrer para os crimes referidos neste código, incide as penas a esses cominadas na medida de sua culpabilidade, bem como o diretor, administrador ou gerente da pessoa jurídica que promover, permitir ou por qualquer modo aprovar o fornecimento, oferta, exposição à venda ou manutenção em depósito de produtos ou a oferta e prestação de serviços nas condições por ele proibidas.” (BRASIL, 1990).

Todavia, analisando os artigos supramencionados junto com os demais do ordenamento jurídico pátrio, como, por exemplo, o Código Penal, não há que se falar em responsabilidade penal objetiva, tendo em vista que a legislação criminal trata da imprescindibilidade da conduta do agente ser eivada de dolo ou culpa, sob pena de não existir a própria conduta – por ser a culpabilidade, no sentido amplo, requisito da conduta – e, não existindo conduta, não há que se falar em fato típico e, conseqüentemente, de crime. É o chamado *nullum crimen sine culpa* (não há crime sem culpa, em latim).

A responsabilidade penal objetiva dos sócios ou administradores sobreveio, ao longo dos anos, por diversas manifestações ministeriais que a adotavam como tese, para tentar prevenir e reprimir as inúmeras condutas praticadas por intermédio de atividade empresarial, conforme leciona Teixeira (2012). Todavia, este pensamento não se pode prosperar, tendo em vista que a presunção de responsabilidade do sócio, por si só, afronta o Estado Democrático do Direito consagrado na Constituição Federal de 1988, violando a presunção de inocência lá contida (TEIXEIRA, 2012).

A responsabilidade do sócio ou administrador deve ser aferida por ocasião de uma conduta ilícita do próprio sócio ou administrador, ainda que mascarada pela pessoa jurídica, mas nunca poderá ser aferida pelo simples fato de ostentar a condição de sócio ou administrador. “Ser sócio ou administrador da pessoa jurídica é fato, em si mesmo, irreprovável.” (SCHOLZ, 2013). Machado (2002) assim disserta sobre a responsabilidade penal objetiva do sócio ou administrador, pelo simples fato de ostentar a dita posição:

Na prática, muitos têm sido os casos em que diretores são denunciados simplesmente porque são diretores. [...]. A responsabilidade penal não pode decorrer do fato do exercício da administração da empresa. É claro que se o acusa não é de fato, embora o seja de direito, diretor da empresa, não terá ele responsabilidade penal como resultado simplesmente de sua condição jurídica. Não basta, porém, que o acusado seja de fato diretor. É preciso que tenha praticado a conduta que o coloca na condição de autor, ou de partícipe, no crime. Em outras palavras, a responsabilidade penal depende sempre da conduta pessoal, que há de configurar autoria, ou participação.

Assim, segundo o autor, se um empregado da empresa, que não tem nenhum poder de decisão, pratica uma conduta que em tese configura como sendo um crime, sem que nenhum dos sócios ou administradores da pessoa jurídica tenha

conhecimento do fato, não há que se imputar, a estes últimos, a responsabilidade penal do crime cometido pelo primeiro. E, ainda segundo o autor, não há também que se falar de o empregado sempre age por determinação do sócio ou administrador. Por mais que às vezes pode-se presumir que assim agiu, não pode ser consolidado como regra – deve-se apurar a conduta do sócio ou administrador para posterior análise de sua responsabilidade.

Os Tribunais Superiores, em especial o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, têm, atualmente, rechaçados a responsabilidade objetiva dos sócios ou administradores, obrigando o órgão ministerial a, em sua peça laboral, delimitar, ainda que não descrita de forma minuciosa, a conduta – e, conseqüentemente, a responsabilidade - do sócio ou administrador, inclusive a diferindo da responsabilidade da empresa, em casos em que a última responde, conforme se aúfere na análise de seus julgados, *in verbis*:

RHC - PENAL - PROCESSUAL PENAL - PESSOA JURÍDICA - SÓCIO - RESPONSABILIDADE PENAL - DENUNCIA - REQUISITOS - **A RESPONSABILIDADE PENAL É PESSOAL. IMPRESCINDÍVEL A RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. REPELIDA A RESPONSABILIDADE OBJETIVA.** TAIS PRINCÍPIOS SÃO VÁLIDOS TAMBÉM QUANDO A CONDUTA É PRATICADA POR SÓCIOS DE PESSOA JURÍDICA. NÃO RESPONDEM CRIMINALMENTE, PORÉM, PELO SÓ FATO DE SEREM INTEGRANTES DA ENTIDADE. INDISPENSÁVEL O SÓCIO PARTICIPAR DO FATO DELITUOSO. CASO CONTRÁRIO, TER-SE-Á, ODIOSA RESPONSABILIDADE POR FATO DE TERCEIRO. SER SÓCIO NÃO É CRIME. A DENÚNCIA, POR ISSO, DEVE IMPUTAR CONDUTA DE CADA SÓCIO, DE MODO A QUE O COMPORTAMENTO SEJA IDENTIFICADO, ENSEJANDO POSSIBILIDADE DE EXERCÍCIO DO DIREITO PLENO DE DEFESA. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso de *Habeas-Corpus*, 2.882/MS, 6ª Turma, Relator: Luiz Vicente Cernicchiaro, 1993, grifo original).

HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA E SONEGAÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA. PRINCÍPIO *NULLUM CRIMEN SINE CULPA*. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL.

1. Desprovida de vontade real, nos casos de crimes em que figure como sujeito ativo da conduta típica, **a responsabilidade penal somente pode ser atribuída ao homem, pessoa física que, como órgão da pessoa jurídica, a presentifique na ação qualificada como criminosa ou concorra para a sua prática.**

2. Em sendo fundamento para a determinação ou a definição dos destinatários da acusação, **não a prova da prática ou da**

participação da ou na ação criminosa, mas apenas a posição dos pacientes na pessoa jurídica, faz-se definitiva a ofensa ao estatuto da validade da denúncia (CPP, art. 41), consistente na ausência da obrigatória descrição da conduta de autor ou de partícipe dos imputados.

3. Denúncia inepta, à luz dos seus próprios fundamentos.

4. Habeas corpus concedido para trancamento da ação penal. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, *Habeas-Corpus* 15051/SP, 6ª Turma, Relator: Min. Hamilton Carvalhido, 2001) (grifado original).

HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL. TRIBUTÁRIO. DENÚNCIA GENÉRICA RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA. INÉPCIA.

Nos crimes contra a ordem tributária a ação penal é pública. **Quando se trata de crime societário, a denúncia não pode ser genérica. Ela deve estabelecer o vínculo do administrador ao ato ilícito que lhe está sendo imputado. É necessário que descreva, de forma direta e objetiva, a ação ou omissão do paciente. Do contrário, ofende os requisitos do CPP, art. 41 e os Tratados Internacionais sobre o tema. Igualmente, os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Denúncia que imputa co-responsabilidade e não descreve a responsabilidade de cada agente, é inepta. **O princípio da responsabilidade penal adotado pelo sistema brasileiro é o pessoal (subjetivo)**. A **autorização pretoriana de denúncia genérica para os crimes de autoria coletiva não pode servir de escudo retórico para a não descrição mínima da participação de cada agente na conduta delitiva. Uma coisa é a desnecessidade de pormenorizar. Outra, é a ausência absoluta de vínculo do fato descrito com a pessoa do denunciado.** Habeas deferido. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* 80549, 2ª Turma, Rel. Min. NELSON JOBIM, 2001) (grifado original).**

Os julgados acima demonstram o entendimento jurisprudencial atual, de que as chamadas denúncias genéricas (que não delimitam a conduta individualmente de cada pessoa) devem ser rechaçadas de plano, trancando a ação penal, por violar o direito constitucional da ampla defesa e do contraditório. Sem delimitar a conduta individual de cada sócio ou administrador, não há como se defender de forma eficiente, além de que se pode acabar por aferir, a algum sócio ou administrador, a responsabilidade penal objetiva, pois, sem ter a conduta do agente especificada, não há como se analisar se a mesma foi eivada de dolo ou culpa.

3.2 Responsabilidade penal dos sócios ou administradores de uma pessoa jurídica, no empréstimo ou na locação de seu imóvel a terceiros

Delimitar o alcance da responsabilidade penal dos sócios ou administradores de uma pessoa jurídica, quando estes emprestam ou locam imóveis a terceiros, é de difícil comento, mais que a responsabilidade penal dos sócios *per si*, pois é preciso separar, no campo fático, a conduta dos sócios ou administradores da conduta daquele que recebeu o imóvel, para não gerar responsabilidade penal àquele que não deu causa ao resultado danoso.

A pesquisa sobre a responsabilidade penal dos sócios ou administradores de uma pessoa jurídica, quando estes emprestam ou locam o imóvel a terceiros é novo, praticamente inexistente no campo do Direito brasileiro, nascendo após o incêndio na Boate Kiss, em 2013. Assim, tendo em vista a importância do estudo do caso do incêndio na Boate Kiss para o estudo da responsabilidade penal dos sócios ou administradores quando estes emprestam ou locam o imóvel a terceiros, o mesmo será utilizado, neste trabalho, como paradigma.

É necessário, entretanto, antes da utilização do caso do incêndio da Boate Kiss como paradigma, a explicação dos fatos do dito incêndio.

3.2.1 O incêndio da Boate Kiss

No dia 27 de janeiro de 2013, por volta das 3 horas e 15 minutos da manhã, horário local, iniciou, no interior da boate Kiss, situada na Rua dos Andradas, 1925, Centro, na cidade de Santa Maria, Rio Grande do Sul, um incêndio de grandes proporções na espuma de revestimento acústico da boate, causado pelo lançar de um fogo de artifício pelo vocalista da banda “Gurizada Fandagueira”, que se encontrava no palco no momento do início do incêndio. A queima da espuma do revestimento acústico gerou uma fumaça tóxica que, auxiliada pela ausência de saída de emergência na boate e pelo fogo que rapidamente se alastrou pelas dependências do local, matou 242 pessoas – a grande maioria delas jovens, que se encontravam na festa universitária denominada “Agromerados”, festa esta que reunia diversos cursos das faculdades locais – e feriu outras centenas.

Após um inquérito minucioso sobre as causas do incêndio, a Polícia de Santa Maria imputou a culpa pelo incêndio e mortes a todos que concorreram para sua

ocorrência, de uma forma mais acentuada ou mais branda. O inquérito indiciou dezesseis pessoas como culpadas pelo incêndio da boate Kiss. Entretanto, na denúncia, o número foi reduzido para oito (sendo quatro considerados principais culpados pelo incêndio que vitimou as 242 vítimas - Elisandro Callegaro Spohr e Mauro Londero Hoffman, sócios da boate Kiss, Marcelo de Jesus dos Santos, vocalista da banda “Gurizada Fandagueira” - aquele que acendeu o artefato pirotécnico – e Luciano Augusto Bonilha Leão, produtor da banda referida, e aquele quem colocou o artefato pirotécnico na mão de Marcelo).

O inquérito indiciou os supracitados por homicídio qualificado por meio insidioso – asfixia – (art. 121, §2º, III), acumulado com crime de incêndio em lugar público (art. 250, § 1º, II, b), todos com dolo eventual e em concurso material (art. 69, todos do Código Penal) e incluiu os agentes públicos responsáveis por vigiar o bom funcionamento da Boate Kiss em “*culpa in vigilando*” –, indiciando, portanto, como incurso no crime de homicídio na modalidade culposa, por negligência (art. 121, § 3º do Código Penal).

Já o Ministério Público, na denúncia, retirou a culpa dos agentes públicos, diminuiu o rol de acusados e modificou a imputação dos crimes aos agora denunciados, retirando o crime de incêndio em lugar público, mas mantendo o homicídio doloso qualificado, na modalidade eventual, agora com uma nova qualificadora – motivo torpe (art. 121, § 2º, I, do Código Penal).

Em relação aos sócios da boate Kiss, o Ministério Público Estadual do Rio Grande do Sul alegou que ambos foram responsáveis penalmente pelas mortes no interior da Boate Kiss, por terem sido os responsáveis pelas reformas estruturais da boate, pela instalação da espuma, superlotação da boate e por permitirem o show pirotécnico da banda “Gurizada Fandagueira” sem condições de segurança.

3.2.2 Responsabilidade penal dos sócios ou administradores de pessoa jurídica, no empréstimo ou na locação de seu imóvel a terceiros

Para se delimitar a responsabilidade penal dos sócios ou administradores de uma pessoa jurídica quando emprestam ou locam o imóvel desta última a terceiros é preciso utilizar, para tanto, os mecanismos de delimitação da responsabilidade penal de qualquer um, dados pela legislação penal. O primeiro deles é a responsabilidade penal daquele que é sócio ou administrador.

Conforme visto de forma exaustiva anteriormente, a responsabilidade dos sócios ou administradores deve sempre ser pessoal, por mais que haja um grupo no comando da pessoa jurídica. Re cairá a cada sócio ou administrador a responsabilidade penal acerca da conduta que ele próprio tomou – seja ela comissiva, seja omissiva -, mas nunca poderá recair sobre ele a responsabilidade penal por conduta de terceiro. Deve recair, também, a responsabilidade penal aos sócios ou administradores sobre aqueles que decidiram acerca do ato que veio ofender bens jurídicos penalmente tutelados de terceiro, não se podendo punir aquele que nada colaborou para a ocorrência da ofensa.

Não se pode, também, punir todos os sócios ou administradores quando a conduta que levou à ofensa foi realizada por apenas um ou uma parcela dos sócios ou administradores. Da mesma forma, se a ofensa foi realizada por um empregado da empresa, por exemplo, em que os sócios ou administradores nada sabiam de sua conduta, a responsabilidade penal recairá apenas sobre o empregado, nada recaindo sobre os sócios ou administradores.

É necessário atentar, no campo da responsabilidade penal dos sócios ou administradores, que só recairá sobre estes a responsabilidade penal caso tenham, primeiramente, agido – pois a conduta é indispensável para a configuração de um crime. Não se pode punir alguém pelo simples fato de ostentar a qualidade de sócio ou administrador. Ademais, a conduta deve ser eivada de dolo ou culpa – a chamada responsabilidade penal subjetiva.

Assim, não se pode punir, por exemplo, o sócio que apenas está investido nessa categoria e que não possui nenhum poder dentro da pessoa jurídica, ou, mesmo aquele que possui poder dentro da pessoa jurídica, se em que nada colaborou para a ocorrência do fato delituoso.

No caso do incêndio na boate Kiss, eram sócios Elisandro Callegaro Spohr, o “Kiko”, Mauro Londero Hoffmann, o “Maurinho”, Ângela Aurélia Callegaro e Marlene Terezinha Callegaro, respectivamente, irmã e mãe de “Kiko”. Para o Ministério Público, a responsabilidade penal pelos mortos e feridos pelo incêndio recaiu sobre os sócios Elisandro e Mauro, pois, para eles, além de proprietários da Kiss, eram responsáveis “pelas reformas estruturais da Kiss, instalação da espuma, superlotação da boate e pela contratação do show pirotécnico sem condições de segurança” (MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO SUL, s.d.), enquanto que, para as sócias Ângela e Marlene, o Ministério Público pediu o retorno dos autos

à Delegacia para apuração da participação das mesmas nas reformas estruturais da boate Kiss que resultaram no incêndio do dia 27 de janeiro de 2013, conforme relatado pelo próprio Ministério Público Estadual do Rio Grande do Sul:

É necessário, para fim de responsabilidade criminal, esclarecer se tiveram efetiva contribuição na implantação do cenário que resultou no fogo e nas mortes, ou seja, se tinham poder de mando e de veto nas decisões relativas à contratação do show pirotécnico, reformas da boate, instalação da espuma e lotação da casa. (MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, s.d.)

É a intervenção estatal para não se configurar a responsabilidade penal objetiva. Se as duas sócias em nada contribuíram para o resultado danoso (mortos e feridos), não se pode imputar a elas a responsabilidade penal.

Além dos quatro sócios supramencionados, a boate Kiss possuía um gerente, Ricardo de Castro Pasche. O Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul pediu o arquivamento dos autos em relação a Ricardo, mesmo ele sendo gerente, pois, para o *parquet*,

[...] Ricardo atuava meramente como gerente, não tendo poder de decisão com relação ao cenário que resultou no fogo e nas mortes. Não há, no inquérito policial, elementos que demonstrem ter o gerente poder de mando ou veto nas decisões relativas à contratação do show pirotécnico, reformas da boate, instalação da espuma e lotação da casa. (MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, s.d.)

Em suma, foram responsabilizados penalmente os sócios ou gerentes da boate Kiss que possuíam poder de administrador; e mais, não apenas poder de decidir acerca da boate Kiss, mas apenas aqueles que efetivamente decidiram para a construção do cenário (reformas estruturais da Kiss, instalação da espuma, superlotação da boate e pela contratação do show pirotécnico sem condições de segurança) que resultou no incêndio na boate. O Ministério Público rechaçou, portanto, a responsabilidade penal objetiva.

Outro ponto importante para se delimitar a responsabilidade penal dos sócios ou administradores de pessoa jurídica quando emprestam ou locam o imóvel a terceiros é no tocante à conduta.

Deve-se, primeiramente, ressaltar que a conduta a ser incidida a responsabilidade penal aos sócios ou administradores, quando estes emprestam ou

locam o imóvel a terceiros, deve ser dos próprios sócios ou administradores, jamais de terceiros, pois, conforme o texto constitucional preceitua⁹ e já foi visto anteriormente, a responsabilidade penal é sempre pessoal. Assim, se a conduta que resultou a uma ofensa a um bem jurídico penalmente tutelado for feita por aquele que recebeu o imóvel, ou por terceiros, a estes recairão a responsabilidade penal, jamais ao sócio ou administrador.

Dado o exemplo do incêndio da boate Kiss, só poderá recair a responsabilidade penal sob os sócios da boate (no caso, Elisandro e Mauro) em relação às condutas por estes praticadas (reformas estruturais da Kiss, colocação da espuma, etc), jamais em relação às condutas por terceiros praticadas (por exemplo, o acender do artefato pirotécnico, realizado pelo Marcelo, vocalista da banda).

Ainda no tocante à conduta, conforme dito anteriormente, ela deve ser eivada de dolo ou culpa, seja o primeiro direto ou indireto e a segunda, consciente ou inconsciente.

Tendo em vista que no momento do evento danoso a bem(s) jurídico(s) alheio(s) a posse do imóvel estava nas mãos daquele que recebeu o imóvel, difícil é o dolo direto por parte dos sócios ou administradores, uma vez que, no momento do resultado danoso, estes não se encontram com a posse do imóvel – a menos que estes criem o evento danoso (por exemplo, os sócios da boate Kiss que incendiassem a boate, matando a todos), mas aí não responderiam na qualidade de sócios ou administradores, mas sim como sujeitos ativos do crime, comum, como se nada da pessoa jurídica fossem.

Neste tipo de responsabilidade penal, é mais comum incorrer os sócios ou administradores em dolo eventual ou em culpa, seja ela consciente ou inconsciente, pois o sócio ou administrador normalmente se descuidará das normas de dever de cuidado a todos imposta (pressuposto da culpa), seja por imprudência, negligência ou imperícia, ou assumirá um risco por um propósito, e, auxiliado a outros fatores, acarretará na ofensa a bem jurídico penalmente tutelado alheio.

No caso do incêndio da boate Kiss, os sócios da boate foram denunciados por homicídio na modalidade dolo eventual. Para os promotores, os sócios da boate Kiss

⁹ Art. 5º, XLV da Constituição, que preceitua que: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;” (BRASIL, 1988).

assumiram o risco de produzir mortes das pessoas que estavam na boate, revelando total indiferença e desprezo pela segurança e pela vida das vítimas, pois, mesmo prevendo a possibilidade de matar pessoas em razão da falta de segurança, não tinham qualquer controle sobre o risco criado pelas diversas condições letais da cadeia causal, [...] (MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, s.d.)

O *parquet* demonstrou, portanto, que os sócios da boate Kiss pouco se importaram com a segurança e vida das vítimas do incêndio.

Ainda no tocante à conduta, além de dolosa ou culposa, a conduta pode ser comissiva ou omissiva. Na conduta comissiva, o sócio ou administrador agirá e, posteriormente, essa ação trará resultado danoso a bem jurídico penalmente tutelado alheio. Dado o exemplo do incêndio da boate Kiss, será considerada conduta comissiva as reformas estruturais na boate, a implantação da espuma, dentre outras.

Além da conduta comissiva, os sócios ou administradores poderão incorrer na responsabilidade penal por uma conduta omissiva, desde que essa tenha corroborado para o resultado danoso. Poderão recair os sócios na omissão própria ou imprópria. Quanto às condutas por omissão própria são mais difíceis de ocorrer, pois grande parte dos crimes omissivos próprios dita a obrigação de agir a todos, como a omissão de socorro (art. 135 do Código Penal). Assim, o sócio ou administrador responderá pela omissão não por vislumbrar posição de sócio ou administrador, mas sim por ser uma pessoa que deixou de agir quando deveria.

Já no tocante à conduta omissiva imprópria, recairá sobre eles a responsabilidade penal quando deveriam ter agido - por exemplo, terem feito uma saída de emergência - e não agiram, podendo. Recairá a responsabilidade penal aos sócios ou administradores por terem por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância (pois a lei impõe aos sócios ou administradores o dever de zelo pela pessoa jurídica, pelos empregados e pelos usuários da pessoa jurídica), enquanto que, em relação ao que recebeu o imóvel, recairá a responsabilidade penal por conduta omissiva no tocante a quem, de qualquer forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado. Se "A" empresta um imóvel a "B", implicitamente (ou explicitamente) "B" zelará pelo espaço, pelos empregados e pelos usuários da mesma forma que os sócios ou administradores, ou jamais alguém emprestaria um imóvel a terceiros.

Em relação à omissão por comportamento anterior perigoso, já é mais difícil de este acontecer, pois necessita de uma conduta anterior, que colocará, direta ou indiretamente, a(s) vítima(s) em risco e, no momento da ocorrência do evento que possa resultar em ofensa a um bem jurídico dos que estão em risco acontecer, o agente, devendo agir, por disposição legal (art. 13, § 2º, c do Código Penal) e podendo, se negue. Usando como exemplo o caso do incêndio da boate Kiss, seria conduta omissiva por parte dos sócios quando estes fizeram as reformas estruturais na boate e, no momento do incêndio, lá dentro, podendo agir para salvar vidas, se negue a agir, acabando por essas pessoas falecerem.

Por fim, é necessário observar se a conduta do sócio ou administrador corroborou, de qualquer forma, para o resultado danoso, sendo que, com sua ausência, este não teria ocorrido – na Relação de Causalidade, conforme já visto anteriormente. Diz-se corroborar pelo fato de a conduta do sócio ou administrador dificilmente fará ocorrer um resultado lesivo naquele instante, e sim posteriormente, quando o uso do imóvel não estiver mais com o sócio ou administrador. Dado o exemplo do incêndio da boate Kiss, é conduta colaborativa para o resultado danoso, por parte dos sócios, as reformas estruturais na boate, dentre outras.

Assim, diante de todo o exposto, pode-se concluir que, para se chegar à responsabilidade penal dos sócios ou administradores, quando emprestam ou locam o imóvel a terceiros, é preciso trilhar sobre os principais institutos do Direito Penal que tratam da responsabilidade penal geral, com as alterações necessárias para o caso em concreto. Primordialmente, é necessário averiguar a quais sócios ou administradores poderão recair, e a quais não poderão, a responsabilidade penal em relação ao evento danoso.

Ainda no tocante à delimitação de quais sócios ou administradores recairá a responsabilidade penal, mister é analisar o instituto da conduta. Primeiramente, analisarão quais sócios ou administradores agiram (ou deixaram de agir quando deveriam por expressa disposição legal). Se o sócio ou administrador não agiu ou deixou de agir quando deveria, a ele não poderá ser imputado a responsabilidade penal. Assim, delimita-se a quais sócios ou administradores recairá a responsabilidade penal.

Após, deverá analisar se a conduta do sócio ou administrador foi comissiva (ação) ou omissiva (omissão). Caso tenha sido comissiva, e influenciou na ocorrência do resultado lesivo, recairá sobre si a responsabilidade penal. Entretanto,

caso a conduta do sócio ou administrador tenha sido omissiva, dever-se-á analisar, primeiramente, se a lei impõe como crime o deixar de agir quando deveria a todos em determinadas situações (omissão própria), respondendo o sócio ou administrador por tal crime. Se não, deverá analisar se o sócio ou administrador se encontra em uma das situações em que a lei lhe obriga a agir (conforme art. 13, §2º do Código Penal). Se, estando em uma daquelas situações, não agiu, podendo, incorrerá em responsabilidade penal.

Ademais, deverá analisar se a conduta do sócio ou administrador foi eivada de dolo (direto ou eventual) ou culpa (consciente ou inconsciente), não podendo ser responsabilizado o sócio ou administrador que não agiu com dolo ou culpa – sob pena de incorrer em responsabilidade penal objetiva. Se estiver eivada de dolo, ainda que indireto, ou culpa – e o tipo penal em questão tipificar a culpa como punível -, recairá sobre o sócio ou administrador a responsabilidade penal.

Por fim, deverá analisar se a conduta do sócio ou administrador auxiliou, de qualquer forma, para a ocorrência do resultado lesivo – ou seja, se não tivesse ocorrido a conduta, não teria ocorrido o resultado, ou teria ocorrido de forma diferente -, na chamada Relação de Causalidade. Se apenas a conduta daquele que recebeu o imóvel corroborou para o resultado lesivo, não recairá, sobre os sócios ou administradores, a responsabilidade penal.

E assim, analisando todos os pontos cruciais, delimita-se a responsabilidade penal de todo e qualquer sócio ou administrador de uma pessoa jurídica, que empresta ou loca o seu imóvel a terceiros.

No caso do incêndio da boate Kiss, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, primeiramente, delimitou a quais sócios iria recair a responsabilidade penal (a Elisandro Callegaro Spohr e a Mauro Londero Hoffmann), pelo fato de terem sido estes sócios os que possuíam o poder de decisão dentro da boate.

Após, analisou-se a conduta de Elisandro e Mauro. Conforme visto anteriormente, os sócios modificaram a boate Kiss (modificaram-na estruturalmente, implementaram a espuma tóxica), além de permitirem o show pirotécnico, realizado pela banda “Gurizada Fandagueira”. Separou-se, assim, a conduta dos sócios da conduta daqueles que receberam o imóvel e organizaram a festa “Agromerados”, bem como dos também denunciados Marcelo Jesus dos Santos e Luciano Augusto Bonilha Leão.

A conduta de Elisandro e Mauro foi primordialmente comissiva (reformas estruturais da Kiss, instalação da espuma, superlotação da boate e pela permissão do show pirotécnico sem condições de segurança), e para o *parquet*, dolosa, na modalidade dolo eventual, pelos motivos anteriormente mencionados. Tais condutas foram preponderantes para o resultado danoso (incêndio e mortes), eis que, sem tais condutas, não teria ocorrido o cenário de incêndio e mortes no local.

E, ao final, o Ministério Público imputou aos sócios da boate Kiss a responsabilidade penal pela morte (homicídio) das 242 pessoas, na modalidade eventual, com as qualificadoras “meio insidioso” (asfixia, por causa da queima da espuma tóxica) e “motivo torpe” (ganância, por importaram com o lucro que receberiam em detrimento da segurança das pessoas que se encontravam no local), além da tentativa de homicídio por parte dos – no mínimo, 626 – sobreviventes.

Entretanto, é necessário ressaltar que o incêndio da boate Kiss, devido à sua magnitude, tornou-se alvo de sensacionalismo por parte da mídia. Houve grande cobertura do caso, todavia, os grandes jornais do país acabaram por serem insensíveis e sensacionalistas, por terem explorado o tema até o limite – foram notícias incessantes durante todo o dia, muita das vezes sem qualquer conteúdo novo ou completo, além de, constantemente, interromperem programas dominicais para passarem notícias acerca do incêndio -, incluindo durante os programas de entretenimento, e pela abordagem constante dos repórteres em relação à dor das famílias das vítimas, chegando ao absurdo de quererem saber o gosto pessoal dos mortos na boate. (FRAGA, 2013). Noticiar é imprescindível, pois é direito inviolável dos cidadãos saber das notícias de seu país e do mundo, porém é importante não criar sentimentos de dor, tristeza ou impunidade à população, pois pode afastar a imparcialidade na hora do julgamento.

Com todo o sensacionalismo criado pela mídia, pode ter acarretado – na tentativa de dar à população uma sensação de justiça e afastar o falso sentimento de impunidade – uma tentativa, por parte da Polícia Civil e do Ministério Público – até mesmo para parecer na mídia como “heróis” – de se punir mais severamente os réus do caso. Deve-se punir, mas sob a ótica do Direito Penal, e não envolto a sentimentos particulares da população – como a impunidade -, pois estes podem acabar criando injustiças, quando se pune para satisfazer tais sentimentos.

Os sócios da boate Kiss, cerne deste trabalho, realizaram condutas que efetivamente levaram ao incêndio na boate e contribuíram para a morte das 242

vítimas. Segundo a Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul (2013), Elisandro Callegaro Spohr foi o

responsável pela instalação da espuma no palco; pela colocação de guarda-corpos e corrimãos que dificultaram a saída das pessoas daquele ambiente; pelo excesso de público, não somente naquela noite, como em grande parte dos eventos ali promovidos; pela retirada dos extintores de incêndio dos locais a eles destinados, sob a alegação de que estragavam o visual; pela falta de manutenção nesses mesmos extintores; pela permissão para que fossem utilizados fogos de artifício no ambiente fechado.

Já Mauro Londero Hoffmann possuía forte poder de decisão dentro da Boate Kiss, e Elisandro nunca tomava decisão sem consultá-lo. (POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2013). Assim, eles agiram – houve, portanto, conduta. E tais condutas foram preponderantes para o resultado danoso, eis que as reformas estruturais e a ausência de saída de emergência contribuíram para o aumento no número de mortes, além de a instalação da espuma ter sido a causadora do incêndio e da fumaça tóxica. Sem tais condutas, não ocorreriam o incêndio e as mortes advindas deste, e não ocorreriam *da forma como ocorreu*, com o mesmo número de mortos e feridos – sendo, portanto, *causa*. Assim, houve conduta e houve relação de causalidade entre esta e o resultado.

O cerne principal da discussão acerca da boate Kiss se encontra envolvido no tipo penal e na modalidade (dolosa ou culposa) de crime apontados tanto pela Polícia Civil quanto pelo Ministério Público. Os sócios da boate Kiss foram denunciados por homicídio doloso, na modalidade eventual, qualificado por motivo torpe e meio insidioso (art. 121, § 2º, I e III do Código Penal), conforme vastamente dito anteriormente. Todavia, tipos penais diferentes poderiam ser imputados aos denunciados, principalmente incêndio – doloso ou culposo – com resultado morte, ou até mesmo lesões corporais culposas e homicídios culposos.

Deve-se salientar que as mortes no interior da boate Kiss derivaram de um incêndio – ou seja, o primeiro resultado danoso foi o incêndio e, por causa deste, ocorreram as mortes. O acender do artefato pirotécnico não deu início ao crime de homicídio, mas sim ao de incêndio. Caso a boate Kiss tivesse sido evacuada a tempo, nenhuma morte ocasionada pelo incêndio teria ocorrido – porém, o incêndio aconteceria normalmente –, o que demonstra que o artefato pirotécnico acendido no interior da boate deu causa ao crime de incêndio, e não ao de homicídio.

Há, portanto, um conflito aparente de normas – pois há duas normas aplicáveis a determinado fato. Para resolver qual tipo penal será aplicado no caso, é preciso utilizar dos princípios que regem – e resolvem – as chamadas antinomias jurídicas.

O primeiro dos ditos princípios – que sempre deverá ser o primeiro a ser aplicado – é o Princípio da Especialidade, onde as normas especiais revogam as normas gerais. Se o tipo penal “A” é mais especial, no caso em comento, do que o tipo penal “B”, deve-se aplicar aquele em detrimento deste.

No caso do incêndio da boate Kiss, o crime de incêndio é especial em relação ao crime de homicídio, por ter o acender pirotécnico dado causa ao crime de homicídio. E o Código Penal, em seu art. 258¹⁰, trata do resultado morte em crimes de perigo comum, como o incêndio (art. 250), de forma autônoma ao crime de homicídio esculpido no art. 121 do Código Penal. Assim, deve-se aplicar o tipo penal característico do crime de incêndio (art. 250) em detrimento do crime de homicídio (art. 121), por ser aquele especial em relação a este.

E não cabe concurso de crime entre ambos, pois só poderá ocorrer o concurso se “o sujeito ativo subjetiva, com a produção do incêndio, matar ou lesionar pessoa certa” (BITTENCOURT, 2006), não ocorrendo a hipótese no caso do incêndio da boate Kiss.

Portanto, devem-se punir os sócios da boate Kiss por incêndio (doloso ou culposo) com resultado morte (art. 250 c/c art. 258 do Código Penal), e não por homicídio (seja este doloso ou culposo).

Aras (2013) compara o incêndio da boate Kiss ao incêndio ocorrido na Argentina, em 2004, na boate *República Cromañón*, onde 194 pessoas morreram, com circunstâncias semelhantes ao do incêndio na boate Kiss. Em primeiro grau, o vocalista da banda *Callejeros*, que tocava no momento do incêndio, e os donos da boate foram considerados culpados e condenados pelo crime de incêndio doloso seguido de morte; entretanto, em vias recursais, a sentença foi modificada, para incêndio, na modalidade culposa, seguido de morte, cuja reprimenda, segundo o artigo 189 do Código Penal argentino, é de prisão, de 1 mês a 5 anos. O autor

¹⁰ Art. 258 - **Se do crime doloso de perigo comum** resulta lesão corporal de natureza grave, a pena privativa de liberdade é aumentada de metade; se **resulta morte, é aplicada em dobro**. No caso de culpa, se do fato resulta lesão corporal, a pena aumenta-se de metade; se resulta morte, aplica-se a pena cominada ao homicídio culposo, aumentada de um terço (BRASIL, 1940) (grifo nosso).

ressalta que “a hipótese do homicídio foi **descartada** diante da ‘*impossibilidade de demonstrar no caso concreto que Chabán [Omar Chabán, um dos donos da boate Cromanõn] agiu com **dolo eventual de lesão***” (grifado original). Os magistrados de primeiro grau entenderam ser impossível comprovar o dolo eventual específico de lesionar terceiros, mas de apenas em incendiar o local – por isso, imputou-os o crime de incêndio, com resultado morte, e não de homicídio.

Quanto à modalidade dolosa ou culposa, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul imputou aos sócios a responsabilidade penal por dolo eventual, pois, para o *parquet*, ocorreram diversos fatores que demonstraram a indiferença e o desprezo, por parte daqueles, pela segurança e pela vida das vítimas, resultando no incêndio e na majoração do número de mortes, *in verbis*:

- a) o fogo de artifício era sabidamente inapropriado para o local, pois se destinava a uso externo;
 - b) o ambiente também era visivelmente inapropriado para shows desse tipo, pois, além de conter madeira e cortinas de tecido, a espuma usada como revestimento do palco era altamente inflamável e tóxica, sem qualquer tratamento antichama;
 - c) apesar dessas condições, o fogo de artifício foi acionado no palco, perto das cortinas e a poucos centímetros da espuma que revestia o teto;
 - d) consoante imagens, testemunhas e somatório do número de vítimas, a boate estava superlotada, com número de pessoas bem superior à capacidade pericialmente apurada;
 - e) a boate não apresentava saídas alternativas ou sinalização de emergência adequada;
 - f) a única saída disponível apresentava dimensões insuficientes para dar vazão às pessoas;
 - g) a única saída disponível estava obstruída por obstáculos de metal do tipo guarda-corpo que restringiam significativamente a passagem;
 - h) os funcionários da boate não tinham treinamento para situações de emergência;
 - i) os seguranças da boate dificultaram a saída das vítimas nos primeiros instantes do fogo, cumprindo ordem prévia e geral dos proprietários ora denunciados, em razão do não pagamento da despesa;
 - j) os exaustores estavam obstruídos, impedindo a dispersão da fumaça tóxica, que acabou direcionando-se para a saída, justamente onde as pessoas se aglomeraram para tentar deixar o prédio.
- (MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, s.d.)

O Ministério Público assim agiu porque, como não se pode adentrar na mente dos agentes para saber se os mesmos aceitaram, ou não, o risco de produzir o resultado, é necessário utilizar dos fatores externos para se chegar à resposta. Os

fatos demonstraram que realmente os sócios da boate Kiss, o vocalista e o produtor da banda “Gurizada Fandagueira” agiram com indiferença para a ocorrência do resultado incêndio. Entretanto, deve-se ressaltar da impossibilidade de os mesmos aceitarem o incêndio como resultado danoso. Como bem diz Aras (2013), os denunciados “são **pessoas normais**, e não insensíveis morais ou psicopatas”. (grifado original). Eles jamais aceitariam o risco de causar um incêndio que ocasionasse a morte de 242 pessoas, por exatamente serem pessoas comuns.

É a ressalva feita por Greco (2006), de que se deve imputar o dolo eventual ou a culpa consciente como se adentrasse na mente do agente, ainda que os fatos demonstrem que o mesmo assumiu o risco de produzir o resultado lesivo. A boate Kiss dava um gigantesco lucro a Elisandro e a Mauro, tanto que um dos motivos de o Ministério Público imputar a qualificadora “motivo torpe” a ambos foi, na visão deles, a ganância de quererem ganhar mais dinheiro, enchendo a boate de pessoas acima do limite¹¹. E, se o negócio era lucrativo, os seus sócios jamais aceitariam o risco de o artefato pirotécnico causar um incêndio e destruir por completo (como, de fato, aconteceu) o seu negócio. É ilógico.

Ademais, para se caracterizar o dolo eventual é necessário que os autos do processo provem, de forma indubitável, que o agente previu o resultado (no caso, o incêndio), aceitou-o e agiu com indiferença à possível ocorrência do mesmo. Não havendo essa prova inequívoca – ou seja, pairando dúvidas, ainda que ínfimas -, deve-se imputar aos agentes a responsabilidade penal a título de culpa, consciente ou inconsciente, por ser menos gravosa que o dolo eventual (Princípio do *in dubio pro reo*). E, no caso *in comento*, há a dita dúvida, uma vez que, analisando os fatos, houve, por parte dos agentes, a indiferença, enquanto que, analisando o caso como se adentrasse na mente dos agentes, seria impossível haver a aceitação do risco por parte destes. Deve-se imputar aos réus, portanto, a responsabilidade penal a título de culpa, por ser menos gravosa.

Assim, o mais sensato seria imputar aos sócios da boate Kiss o crime de incêndio, na modalidade culposa (art. 250, § 2º c/c art. 258, todos do Código Penal),

¹¹ É o que se desprende da leitura do seguinte trecho da denúncia da boate Kiss: “Os crimes foram praticados por **motivo torpe**, ganância, pois ELISSANDRO e MAURO, além de economizarem com a utilização de espuma inadequada como revestimento acústico e não investirem em segurança contra fogo, também lucraram com a superlotação do estabelecimento, chegando a desligar o sistema de ar condicionado para aumentar o consumo de bebidas” (MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, s.d.) (grifado original)

cuja pena varia entre 1 ano e 4 meses a 4 anos de detenção. Não haverá aumento de pena por ter morrido um número maior de pessoas (242, no caso), por se tratar de um crime único. É o que leciona Bitencourt (2014, p. 291):

Em havendo várias vítimas, responderá o agente por apenas um delito qualificado pelo resultado, excluindo-se o concurso formal. [...] Assim, havendo na lei penal (art. 258) expressa previsão da genérica qualificação dos crimes de *perigo comum* em decorrência de lesões pessoais ou de morte, não há como considerar separadamente tais resultados para admiti-los como figurar autônomas, ao lado do crime de perigo que as ensejou.

A pena, que poderá ser substituída por restritiva de direitos (art. 44 do Código Penal), poderá ser considerada irrisória para a população, eis que, no máximo, irão para o regime aberto, por ser a pena, no máximo, de até 4 anos (art. 33, § 2º, c do Código Penal). Entretanto, puni-los com penas altíssimas (vinte, trinta anos) apenas para satisfazer a pretensões populares não é justiça, e sim vingança. Todos sabem que o incêndio na boate Kiss foi uma tragédia imensurável, com a perda de um número imenso de jovens em seu momento de lazer, de uma forma lamentável e cruel, enquanto aproveitavam a vida. Mas toda essa dor não deve ser utilizada para punir mais gravemente os autores, de forma exacerbada, contrária à lei. O Direito Penal é matéria de Direito Público, entre Estado e acusados e não se devem prosperar sentimentos particulares da população. Para tanto, existe, no campo do Direito Civil, a figura da indenização, que se mede sua extensão pelo tamanho do dano sofrido pela vítima¹², e esta satisfaz completamente tais sentimentos particulares.

¹² Art. 944, *caput*, do Código Civil, que dita que: “A indenização mede-se pela extensão do dano.”. (BRASIL, 2002).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final deste trabalho, é possível determinar as delimitações da responsabilidade penal dos sócios ou administradores de uma pessoa jurídica, quando estes emprestam ou locam a terceiros imóvel da empresa.

Primeiramente, deve-se analisar a conduta do sócio ou administrador, ou seja, se o mesmo agiu ou deixou de agir quando deveria. A conduta do sócio ou administrador deve ser considerada delito – crime ou contravenção – para ter relevância no campo do Direito Penal. Poderá ser a conduta do sócio ou administrativa comissiva (agiu) ou omissiva (deixou de agir quando deveria). Caso a conduta seja omissiva, deve-se analisar primeiramente se a omissão por si só já constitui tipo penal. Caso contrário, deve-se analisar se o sócio ou administrador podia agir e deveria, por imposição de lei (art. 13, § 2º do Código Penal), e se houve ofensa a bem jurídico penalmente tutelado. Do contrário, não se pode falar em conduta e, não havendo conduta, não há que se falar em fato típico e, conseqüentemente, em crime ou contravenção. É necessário, pois, haver conduta por parte do sócio ou administrador, pois não se pode puni-lo pelo simples fato de ostentar tais cargos.

Após analisar se houve conduta por parte do sócio ou administrador, é imprescindível que se analise se essa conduta foi motivada por dolo ou culpa, eis que, no campo do Direito Penal, só se pode punir alguém se este agiu, ou deixou de agir quando deveria, motivado por dolo ou culpa. Do contrário, estaríamos falando de responsabilidade objetiva, rechaçada na esfera criminal. E, no campo da responsabilidade penal dos sócios ou administradores, quando emprestam ou locam o imóvel a terceiros não é diferente. É necessário analisar se a conduta do sócio ou administrador foi motivada por Dolo ou Culpa.

Ademais, deve-se analisar se essa conduta do sócio ou administrador corroborou, de alguma forma, para a ocorrência do resultado danoso – ofensa a bem jurídico penalmente tutelado –, ou para sua majoração, na chamada Relação de Causalidade, pois, se nada corroborou, não se pode falar em nexos entre conduta e resultado e, conseqüentemente, em responsabilidade penal. Deve-se separar a conduta do sócio ou administrador da conduta de terceiros – por exemplo, aquele

que recebeu o imóvel –, para que não se impute responsabilidade a alguém por conduta alheia – a chamada responsabilidade por fato de terceiros.

Delimitando-se dessa forma, chega-se à responsabilidade penal do sócio ou administrador, quando cede ou loca o imóvel a terceiros. No caso do incêndio da boate Kiss, que serviu de paradigma a este trabalho, a Polícia Civil e o Ministério Público utilizaram-se do caminho supramencionado para se chegar à responsabilidade dos sócios da boate Kiss – Elisandro Callegaro Spohr e Mauro Londero Hoffman. No referido caso, o *parquet* e a Polícia Civil imputaram aos ditos sócios a responsabilidade pelas mortes das 242 pessoas, na modalidade dolosa, por dolo eventual, ou seja, o *parquet* estadual e a Polícia Civil acreditaram que Elisandro Spohr e Mauro Hoffman assumiram o risco de matar os jovens na boate Kiss, ao permitirem o acionamento de material pirotécnico no interior da boate e ao realizarem as reformas estruturais na mesma (conduta), sendo que estes foram fatores determinantes para o incêndio e para as mortes (Relação de Causalidade).

De fato, os sócios da boate Kiss foram responsáveis pelo incêndio na boate e pela gama de mortes, uma vez que suas condutas corroboram a dar causa ao incêndio e a agravar o número de mortes. Entretanto, o mais sensato seria imputá-los o crime de incêndio com resultado morte – uma vez que acender o artefato pirotécnico deu causa ao crime de incêndio, e não de homicídio – na modalidade culposa, eis que impossível os sócios terem aceitado o risco de destruir o próprio negócio e de matar tantas pessoas.

O tema em questão, ressurgido no caso do incêndio da boate Kiss, é algo novo, irrigado de intensas dúvidas e questionamentos. Não será este trabalho que o esgotará e dará aos juízes e promotores a certeza de que, se “A” fez isso, recairá sobre ele a responsabilidade “X”, e se “B” fez aquilo, recairá sobre ele a responsabilidade “Y”. Não existe algo certo, exato, como o resultado de uma conta, onde “X” mais “Y” dá “Z”, e pronto, somente “Z” e nada mais, quando se trata do Direito, principalmente na esfera criminal. E não será este tema, novo, encharcado de dúvidas, que será diferente. Este trabalho, ao analisar as estruturas do Direito Penal para se chegar à responsabilidade penal, é apenas um caminho e não a resposta a uma questão tão controversa quanto esta.

REFERÊNCIAS

ARAS, Vladimir. *A tragédia de Santa Maria: questões penais e processuais*, fev. 2013. Disponível em: <<http://blogdovladimir.wordpress.com/2013/02/03/a-tragedia-de-santa-maria-questoes-penais-e-processuais/>>. Acesso em: 24 out. 2014.

BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Tratado de Direito Penal*. v. I. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Tratado de Direito Penal*. v. IV. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Tratado de Direito Penal*. v. IV. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BOECHAT, Marcos. *Presunção de culpa e responsabilidade civil objetiva*. Disponível em: <<http://www.esinf.com.br/texto-de-apoio-detalhes/?id=9>>. Acesso em: 29 abr. 2014.

BRASIL. (1940). *Decreto-Lei 2848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 10 jun. 2014.

_____. (1969). *Decreto-Lei 1001, de 21 de outubro de 1969*. Código Penal Militar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm>. Acesso em: 24 fev. 2014.

_____. (1986). *Lei 7492, de 16 de junho de 1986*. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l7492.htm>. Acesso em: 12 jun. 2014.

_____. (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 abr. 2014.

_____. (1990). *Lei 8078, de 11 de setembro de 1990*. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 12 jun. 2014.

_____. (1998). *Lei 9605, de 11 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em: 11 jun. 2014.

_____. (2002). *Lei 10406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 29 abr. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso de *Habeas-Corpus* nº 2882/1993. Relator: Luiz Vicente Cernicchiaro. Brasília, Recurso de *Habeas-Corpus* de 1993. *Migalhas*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI184860,11049-Breves+%20apontamentos+sobre+a+responsabilidade+penal+dos+socios+e>>. Acesso em: 12 jun. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas-Corpus* nº 15051/2001. Sexta Turma. Relator: Min. Hamilton Carvalhido. Brasília, *Habeas-Corpus* de 1993. *Migalhas*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI184860,11049-Breves+%20apontamentos+sobre+a+responsabilidade+penal+dos+socios+e>>. Acesso em: 12 jun. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-Corpus* nº 80549/2001. Segunda Turma. Relator: Nelson Jobim. Brasília, *Habeas-Corpus* de 2001. *Migalhas*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI184860,11049-Breves+%20apontamentos+sobre+a+responsabilidade+penal+dos+socios+e>>. Acesso em: 12 jun. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1043279/2008. Sexta Turma. Relatora: Jane Silva. Brasília, Agravo Regimental no Recurso Especial de 03 nov. 2008. *Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2095281/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1043279-pr-2008-0066044-4>>. Acesso em: 22 fev. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1189970/2010. Sexta Turma. Relator: Celso Limongi. Brasília, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento de 06 dez. 2010. *Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17668960/agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-ag-1157234-rs-2009-0028911-2>>. Acesso em: 22 fev. 2014.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte geral*. v. I. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: <<https://direito20112.files.wordpress.com/2012/08/curso-de-direito-penal-1-parte-geral-15c2aa-edic3a7c3a3o-capez.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2014.

CONCEIÇÃO, Arnaldo Alves da. Distinção de dolo eventual e culpa consciente. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 79, ago. 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8149>. Acesso em: 4 mar. 2014.

COSTA, Henrique Araújo; COSTA, Alexandre Araújo. *Erro médico: a responsabilidade civil e penal de médicos e hospitais*, out. 2008. Disponível em:

<<http://www.arcos.org.br/livros/erro-medico-a-responsabilidade-civil-e-penal-de-medicos-e-hospitais>>. Acesso em: 30 abr. 2014.

D'ANDREA, Flavio Fortes. *Desenvolvimento da personalidade*. 15. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 11/201, 1995.

FRAGA, Isabel. *Tragédia em boate de Santa Maria mobiliza mídia brasileira, que é acusada de sensacionalismo*, jan. 2013. Disponível em: <<https://knightcenter.utexas.edu/pt-br/blog/00-12716-tragedia-em-boate-de-santa-maria-mobiliza-midia-brasileira-que-e-acusada-de-sensaciona>>. Acesso em: 30 nov. 2014.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

FRANK, Reinhard Von. *Das strafgesetzbuch für das deutsche reich, Kommentar*, 1931.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. v. I. 6. ed. Niterói: Impetus, 2006.

HOLANDA, Cornélio José. *O dolo eventual nos crimes de trânsito*, mai. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5263/o-dolo-eventual-nos-crimes-de-transito/1>>. Acesso em> 21 out. 2014.

INACARATO, Márcio Antônio. *A responsabilidade penal dos administradores das sociedades anônimas*, s.d.. Disponível em: <<http://www.justitia.com.br/revistas/8054b8.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2014

JESCHECK. *Tratado de Derecho Penal*, Barcelona, Bosch, 1981.

JESUS, Damásio de. *Código Penal Comentado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *Direito Penal*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

LAURIA, Thiago. *A Responsabilidade de Sócios, Diretores e Gerentes nos Crimes Contra a Ordem Tributária*, 2006. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=56>. Acesso em: 23 jun. 2014.

LUISI, Luiz. *Um novo conceito de legalidade penal*. *Ajuris Especial*, 1999.

MACHADO, Hugo de Brito. *Responsabilidade penal no âmbito das empresas*, fev. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3009/responsabilidade-penal-no-ambito-das-empresas/2>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Habeas-Corpus* 1.0000.08.476094-1/000/2008. Relator: Des. Vieira de Brito. Belo Horizonte,

Habeas-Corpus de 26 jun. 2008. *Tribunal de Justiça de Minas Gerais*. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5959557/100000847609410001-mg-1000008476094-1-000-1/inteiro-teor-12094847>>. Acesso em: 19 jun. 2014.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO SUL. [Denúncia do caso do incêndio da boate Kiss], s.d. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/areas/principal/arquivos/denunciakissfinal.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2014

_____. *Tragédia na Boate Kiss*: informações sobre a denúncia criminal e outras providências, s.d. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/areas/criminal/arquivos/informacoessobreaboatekiss.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Dinovan Dumas. *Responsabilidade penal dos Sócios, Diretores e Administradores*, s.d. Disponível em: <http://www.mfb.com.br/Mailing/17/Resp_Penal_Socios.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2014.

PEDRAZZI, Cesare. *O Direito Penal das Sociedades e o Direito Comum*. In: Rev. Bras. De Criminologia e Direito Penal, v. 9, pág. 135.

POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. *Relatório Final*, mar. 2013. Disponível em: <http://estaticog1.globo.com/2013/03/22/relatorio_kiss_definitivo.pdf>. Acesso em: 24 out. 2014.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral – Arts. 1º a 120*. v. 1. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PRADO, Luiz Regis; BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Elementos de Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. v. IV. 19. São Paulo; Saraiva, 2002.

SANTOS, Pablo de Paula Saul. Responsabilidade civil: origem e pressupostos gerais. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 101, jun. 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11875>. Acesso em: 29 abr. 2014.

SCHOLZ, Leônidas Ribeiro. *Breves apontamentos sobre a responsabilidade penal dos sócios e administradores de empresas*, ago. 2013. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI184860,11049-Breves+apontamentos+sobre+a+responsabilidade+penal+dos+socios+e>>. Acesso em: 12 jun. 2014.

SHALLKYTTON, Erasmo. *Responsabilidade civil: objetiva e subjetiva*, abr. 2010. Disponível em: <<http://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/2191012>>. Acesso em: 29 abr. 2014.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico conciso*. Rio de Janeiro. Forense, 2008.

SILVA, Marco Junio Gonçalves da. Responsabilidade civil do empregador - Acidente de trabalho. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 100, mai. 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11518&revista_caderno=25>. Acesso em: 30 abr. 2014.

SOARES, Paulo José da Rocha. *Psiquiatria forense: responsabilidade penal*, jan. 2009. Disponível em: <<http://www.polbr.med.br/ano09/for0109.php>>. Acesso em: 30 abr. 2014.

TAVARES, Ana Maria Gautério. Os elementos subjetivos do tipo e os limites fronteiriços entre o dolo eventual e a culpa consciente. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 83, dez. 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8832>. Acesso em: 22 fev. 2014.

TEIXEIRA, Márcio Holanda. *Responsabilidade penal e seus reflexos na atividade empresarial: descabimento da denominada responsabilidade objetiva do sócio*, mai. 2012. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI155228,61044-Responsabilidade+penal+e+seus+reflexos+na+atividade+empresarial>>. Acesso em: 12 jun. 2014.

VALENÇA, Alexandre. *Responsabilidade penal: conceitos e aplicações*, s.d. Disponível em: <http://www.abpbrasil.org.br/boletim/exibBoletim/?bol_id=19&boltex_id=74>. Acesso em: 30 abr. 2014.