

CATHERINE RURIKO SATO

**“Deveres de cuidado e Dimensões do Risco: da Regulação de Risco ao
Direito Penal”**

Tese de doutorado

Orientador: Professor Titular Renato de Mello Jorge Silveira

Universidade de São Paulo (USP)

Faculdade de Direito

São Paulo-SP

2023

CATHERINE RURIKO SATO

**“Deveres de cuidado e Dimensões do Risco: da Regulação de Risco ao
Direito Penal”**

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial do título de Doutora em Direito, na área de concentração de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, sob orientação do Prof. Titular Dr. Renato de Mello Jorge Silveira.

Tese produzida com adesão da candidata ao “*Recognised Student Program*” da *Law Faculty da University of Oxford*.

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior -Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

Universidade de São Paulo (USP)

Faculdade de Direito

São Paulo-SP

2023

Autorizo a reprodução e divulgação parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

SATO, Catherine Ruriko

Deveres de cuidado e Dimensões do Risco: da Regulação de Risco ao Direito Penal; Catherine Ruriko SATO ; orientador Renato de Mello Jorge Silveira -- São Paulo, 2023.

358

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2023.

1. deveres de cuidado. 2. Direito Penal. 3. Regulação de Risco. 4. sistema romano-germânico. 5. sistema anglo-americano. I. Silveira, Renato de Mello Jorge, orient. II. Título.

Nome: SATO, Catherine Ruriko

Título: “Deveres de cuidado e dimensões do Risco: da Regulação de Risco ao Direito Penal”

Tese de Doutorado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial do título de Doutora em Direito, na área de concentração de Direito Penal.

Orientador: Prof. Titular Renato de Mello Jorge Silveira

Data:

Banca Examinadora:

Presidente: Prof. Titular Renato de Mello Jorge Silveira Instituição: FDUSP

Prof(a) Dr(a): _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof(a) Dr(a): _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof(a) Dr(a): _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof(a) Dr(a): _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof(a) Dr(a): _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer ao meu orientador Professor Renato Silveira pela oportunidade e orientação desde a minha graduação, passando pelo meu mestrado, na Universidade de São Paulo.

Devo também agradecer imensamente à Professora Bettina Lange (University of Oxford) por toda sua orientação, disponibilidade e gentileza, desde que a conheci em 2019. Agradeço, principalmente, por ter-me aceito como sua orientanda durante meu estágio de pesquisa na University of Oxford, pela leitura e comentários de minha tese. Sua colaboração foi essencial para a minha compreensão do método interdisciplinar, empírico e da abordagem da Regulação de Risco.

Não posso também deixar de agradecer ao Professor Matthew Dyson (University of Oxford) por ter tido paciência para ler e comentar tantas vezes minha pesquisa sobre *negligence* e *recklessness*, a qual, de fato apenas tomou forma após a incorporação de seu mais recente livro sobre o tema. Agradeço também ao Professor Julian Roberts (University of Oxford) por ter me apresentado o *Centre of Criminology* e ter me indicado tantos professores e fontes de pesquisa.

Agradeço também a atenção do Professor Andrew Ashworth (University of Oxford), o qual me enviou diversos de seus textos sobre omissões, os quais tomei como base para a minha pesquisa. Agradeço também ao Professor Antony Duff (University of Stirling) por ter me enviado um capítulo sobre crimes de perigo abstrato no contexto regulatório, muito tempo antes da sua publicação. Capítulo esse que inspirou boa parte de minha pesquisa.

Devo também agradecer especialmente ao Professor Florian Grisel (University of Oxford), por ter estendido meu estágio de pesquisa para que pudesse ter acesso remoto às *Bodleian Libraries*. Devo também agradecer à Professora Justine Pila (University of Oxford) por me aceitar como ouvinte em um de seus cursos.

Não posso deixar de mencionar os Professores da Faculdade de Direito Universidade de São Paulo, os quais me concederam cartas de recomendação para que fizesse meu estágio de pesquisa no exterior, Professor Diogo R. Coutinho e Professor Eduardo Tomasevicius Filho.

Agradeço também à Professora Fernanda Pirie (University of Oxford), ao Professor Benjamin Vogel (Max Planck), ao Professor Kai Ambos (University of Göttingen), ao Professor Alexander Hellgart (University of Regensburg), à Professora Nicola Lacey (LSE), ao Professor Georghio Tomelin, à Professora Jessica Spochiado (USP) pelo seu tempo e atenção

comigo para me auxiliar em minha pesquisa. Agradeço ao Professor Floriano de Azevedo Marques Neto, enquanto diretor da Faculdade de Direito, pelo apoio.

Agradeço também aos pesquisadores do CSLS da University of Oxford Francesca Uberti, Gianluca Iazzolino, John Zerilli, Giovanni De Gregorio, Nathan Dobson, Lena Rose Anna Tsalapatani e Marie Burton pelas suas valorosas contribuições. Da mesma forma, também fico muito grata a Leopoldo Pagotto (IBA), Cristina Valenga Chipoco (University of Oxford/University of Freiburg), Luca Zambelli (Università di Bologna) e Aleydis Niessen (Leiden University) pela atenção.

Agradeço também aos alunos de doutorado Roberto Tauffick (USP), Ana Carolina Dall’Agnol (University of Oxford), Caio Machado (University of Oxford), Selina Abächerli (University of Oxford), e Junyu (Loveday) Liu (University of Oxford), Marcus Dahl (University of Oxford), Genki Kimura (University of Oxford). Da mesma forma que à Aastha Prasad (University of Oxford), que organizou tantos eventos sociais. Com agradecimento especial para Francesca Vitarelli (Università degli Studi di Milano), Jessica Steinberg (University of Oxford), Anna Loebbert (University of Oxford), Andreas Vassiliou (University of Oxford) e Alvin Hung (University of Oxford).

Não posso deixar de mencionar os meus pais, por terem arcado com a maior parte do financiamento dessa pesquisa e por sua constrangedora confiança em mim.

“Riches I heed not, nor man’s empty praise,
Thou mine inheritance through all my days;
 Thou, thou only the first in my heart,
High King of heaven, my treasure thou art”
(Irish, c. 8th C, Mary Bryne (1881-1931))

CSPBCSSMLNDSMDVRSNSMVSMQLIVB

“Deveres de cuidado e Dimensões do Risco: da Regulação de Risco ao Direito Penal”

RESUMO

Esta tese trata dos deveres de cuidado e das dimensões do risco, trazendo as contribuições da Regulação de Risco para o Direito Penal.

Inicialmente, indicamos que a “Teoria da Acessoriedade Administrativa” apenas abarca o plano normativo da questão do risco. Sugerimos a análise do “Direito Penal no contexto regulatório”, conforme realizada pela *common law*, para o desenvolvimento de nosso tema. A interdisciplinaridade foi escolhida como método, sendo percebida como um ponto em comum entre o funcionalismo teleológico alemão, adotada no Brasil, e a Regulação de Risco.

As dimensões sociocultural e técnico-científica do risco foram analisadas tanto na Regulação de Risco como no Direito Penal, a partir da estrutura dos deveres de cuidado. A Regulação de Risco foi abordada a partir de seus métodos, principalmente, a Regulação em metas e a Regulação em regras, como também a solução dada às questões da incerteza científica e do risco sistêmico. Os tópicos abordados foram escolhidos visando as possíveis consequências ao tema dos deveres de cuidado no Direito Penal. Quanto ao Direito Penal, abordamos os deveres de cuidado como instituto “importado” da Regulação de Risco, principalmente, quanto aos crimes de perigo abstrato, culposos e omissivos. Nesse ponto, realizamos um estudo de direito comparado funcionalista para compreendermos se e como as dimensões do risco são tratadas nessas classes de crimes, a partir dos deveres de cuidado. A análise de direito comparado deu-se entre o sistema romano-germânico e a *common law*.

Palavras-chave: “deveres de cuidado”, “Direito Penal”, “Regulação”, “sistema romano-germânico”, “common law”

“Duties of care and Risk Dimensions: from Risk Regulation to Criminal Law”

ABSTRACT

This thesis deals with the duties of care and the dimensions of risk, referring to the contributions of the Risk Regulation to criminal law.

Initially, we indicate that the "Teoria da Acessoriedade Administrativa" only encompasses the normative level of risk. We suggest the analysis of "Criminal Law in the regulatory context", as performed by the *common law*, for the development of our topic. The interdisciplinarity was chosen as a method, being perceived as a common point between the German teleological functionalism adopted in Brazil and the Risk Regulation.

The sociocultural and technical-scientific dimensions of risk were analyzed both in Risk Regulation and Criminal Law, based on the structure of duties of care. Risk Regulation was addressed based on its methods, mainly, regulation in goals and regulation in rules, as well as the solution given to the issues of scientific uncertainty and systemic risk. The topics addressed were chosen aiming at the possible consequences to the theme of the duties of care in criminal law. As for Criminal Law, we approach the duties of care as an "imported" institute of Risk Regulation, mainly regarding crimes of abstract danger, crimes with negligence and recklessness, and omissions. We conducted study based on a functionalist comparative law approach to understand “if” and “how” the dimensions of risk are treated in these classes of crimes, based on the duties of care. The comparative analysis took place between the Roman-Germanic system and *the common law*.

Keywords: "duties of care", "Criminal law", "Regulation", "Roman-Germanic system", "common law"

“Doveri di diligenza e dimensioni del rischio: dalla Regolazione del rischio al Diritto Penale”

RIASSUNTO

Questa tesi affronta i doveri di diligenza e le dimensioni del rischio, riferendosi ai contributi della Regolazione del rischio al Diritto Penale.

Inizialmente, indichiamo che la "Teoria da acessoriedade administrativa" comprende solo il piano normativo della questione del rischio. Sugeriamo l'analisi del "Criminal Law in the regulatory context", come svolto dal *common law*, per lo sviluppo del nostro tema. L'interdisciplinarietà è stata scelta come metodo, essendo percepita come un punto comune tra il funzionalismo teleologico tedesco, adottato in Brasile, e la Regolazione del rischio.

Le dimensioni socioculturali e tecnico-scientifiche del rischio sono state analizzate sia nella Regolazione del rischio sia nel Diritto Penale, sulla base della struttura dei doveri di diligenza. La Regolazione del rischio è stata affrontata sulla base dei suoi metodi, principalmente la “goals-based Regulation” e “rules-based Regulation”, nonché la soluzione data ai problemi dell'incertezza scientifica e del rischio sistemico. I temi affrontati sono stati scelti mirando alle possibili conseguenze al tema dei doveri di diligenza nel Diritto Penale. Per quanto riguarda il Diritto penale, i doveri di diligenza stano considerati come uno istituto "importato" di Regolazione del rischio, principalmente per i reati di pericolo astratto, colposo e omissivo. A questo punto, abbiamo condotto uno studio di diritto comparato funzionalista per capire “se” e “come” vengono trattate le dimensioni del rischio in queste classi di reati, sulla base dei doveri di diligenza. L'analisi comparativa ha avuto luogo tra il sistema romano-germanico e la *common law*.

Parole chiave: "doveri di diligenza", "Diritto Penale", " Regolazione", "sistema romano-germanico", "common law"

Sumário

Introdução	1
1. Deveres de cuidado: da Regulação de Risco ao Direito Penal	8
1.1. O Direito Penal no contexto regulatório no direito inglês e norte-americano	8
1.2 A relação entre Direito Penal e Regulação de acordo com a Teoria da Acessoriedade Administrativa	24
1.3 Funcionalismo teleológico e Regulação de Risco: possibilidades dos diálogos entre Direito, Ciência e Tecnologia	37
2 Desconstruindo o conceito de risco: a abordagem multidimensional do risco como caminho para os penalistas	51
2.1 Primeira dimensão do risco: risco e seus aspectos técnico-científicos	52
2.2 Segunda dimensão do risco: risco e sua análise sociocultural	67
3. Da construção do risco através da Regulação de risco:	77
3.1. Regulação de Risco: conceito adotado e delimitação do tema	77
3.2 Da construção do “risco” pela Regulação de risco:	85
3.2.1. A regulação de risco e a incerteza científica: o caso dos riscos advindos da tecnologia	89
3.2.2 A regulação de risco no caso dos riscos sistêmicos: casos CBE e Criptoativos	95
3.2.3 Deveres de cuidado de acordo com a Regulação em metas e Regulação em regras:	104
3.2.4 Standards e deveres de cuidado no Direito Penal: a questão do controle judicial	110
3.3 Controle jurídico da Regulação de Risco:	116
4. Da construção normativa do risco pelo Direito Penal através dos deveres de cuidado:	132

4.1. Os deveres de cuidado “importados” da Regulação de risco para o Direito Penal: abordagem de direito comparado funcionalista	132
4.2 Interpretação jurídico-penal dos deveres de cuidado: estrutura do delito e fundamentos para criminalização	135
4.3 A antiga questão do objetivo e subjetivo no Direito Penal e sua relação com os deveres de cuidado:	150
4.3.1. O objetivo e o subjetivo no Direito Penal na construção normativa do risco	150
4.3.2 Da construção normativa do risco no Direito Penal: função dos deveres de cuidado	161
4.3.3 Deveres de cuidado: normas de conduta ou de imputação?	167
4.4 Crimes culposos e deveres de cuidado: da construção normativa do risco e sua relação com a culpa	174
4.4.1 Crimes culposos no sistema romano-germânico: a relação entre risco e dever de cuidado	174
4.4.2. Recklessness e negligence no direito inglês e norte-americano: padrões objetivos e subjetivos e construção normativa do risco	191
4.5 Deveres de cuidado e crimes de perigo abstrato: construção normativa do risco	202
4.5.1. A análise dos deveres de cuidado nos crimes de perigo abstrato, no sistema romano-germânico:	203
4.5.2 A análise da construção normativa do risco nos crimes de perigo no sistema anglo-americano:	209
4.6 Da construção normativa do risco através de deveres de cuidado em crimes omissivos	218
4.6.1. Crimes omissivos e deveres de cuidado no direito romano-germânico:	218
4.6.2 Crimes omissivos e dever de cuidado na sistema anglo-americano: análise das dimensões do risco nos deveres de cuidado	237
4.7. Estudo de caso: deveres de cuidado e relações entre Regulação de Risco, Direito, Ciência e Tecnologia na jurisprudência brasileira, inglesa e italiana	249

4.7.1 Relatório dos casos italianos:	252
4.7.2. Relatório de casos do Reino Unido:	279
4.7.3 Relatório dos casos brasileiros:	292
5. Conclusões:	310
6. Referencias:	314
ANEXO	342

Introdução

Esta tese busca responder à pergunta: quais aportes a teoria da Regulação de Risco pode trazer para o Direito Penal, quanto à questão do conteúdo dos deveres de cuidado?

Como um esforço para uma análise interdisciplinar do tema, temos como pressuposto que do que, além do Direito, existem outros fatores que direcionam o comportamento humano¹, afastando-nos de uma análise puramente normativista.

A doutrina nacional² baseia-se apenas na abordagem jurídica dos deveres de cuidado, com grande enfoque em sua vertente normativa, com referência à abordagem sistêmica da Regulação³, a qual não seguiremos.

¹ Kagan (KAGAN, Robert A. What socio-legal scholars should do when there is too much law to study? In **Journal of Law and Society**, v. 22, n.1, março de 1995, pp. 142, 144 e 145. (tradução livre)) considera que o papel principal de tais estudos seria tratar das “consequências sociais” do Direito em um momento em que há um clamor social pela “justiça total”, em que os cidadãos vêm exigindo, “proteções regulatórias profiláticas contra fontes de dano”. E, a partir de tal análise ponderar sobre os “limites e possibilidades” do Direito, o qual “não é o único fator que influencia o comportamento humano”, aconselhando uma abordagem de direito comparado, para que se compreenda como as diferenças nos ordenamentos jurídicos “podem afetar as funções sociais e os tipos de atividade”.

² Dá-se como exemplo, Silveira (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal empresarial: A omissão do empresário como crime**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p.77-8), “Por outro lado, a avaliação hodierna dos problemas relativos à omissão em Direito Penal, e, em especial pelo Direito Penal Empresarial, passa, necessariamente, pela noção de deveres de organização da própria entidade empresarial. Os parâmetros de funcionalidade e administração – os quais hoje acabam por sustentar toda a avaliação dos *compliance programs* (...) devem ser considerados para que se possa ter em conta a própria medida da responsabilização criminal por omissões dadas dentro do ambiente corporativo. Para tanto, devem ser verificados além da divisão de tarefas dentro do seio empresarial, a subordinação hierárquica e os conhecimentos técnicos necessários de cada função, o que Jakobs vai denominar de distribuição de papéis conforme os círculos de organização, que se compõem como sendo uma somatória de pequenas liberdades individuais vinculadas ao mando central.(...) resulta interessante saber em que medida as partes atuantes em um determinado curso causal podem ser penalmente responsabilizadas (...)”. Também Bottini (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p.117) indica que, “A proposta de categorização aqui defendida se aproxima daquela apresentada por JAKOBS, que defende a divisão dos deveres de garante em aqueles vinculados à gestão organizacional de alguém e os atrelados a deveres institucionais. No entanto, os contornos e os conteúdos destas categorias são distintos daqueles propostos pelo professor alemão.”

³ A abordagem sistêmica é defendida por parte da doutrina brasileira. Podemos citar: Silveira (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Autorregulação, responsabilidade empresarial e criminal compliance**. In SILVEIRA, Renato de Mello Jorge & SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, Direito Penal e Lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015, pp; 74-75), o qual afirma que, “De toda a forma, essa percepção regulatória, tomada por diversos autores, como o próprio Kuhlen, poderia implicar em uma decorrencial avaliação da autorregulação sistêmica, o que levaria, por sua vez, a uma remissão da tese da teoria dos sistemas de Luhmann. Recordando sua Sociologia do Direito, percebe-se, em toda a construção de sistemas, certa autonomia dos mesmos, o que poderia afirmar o espectro regulatório (...) Essas teses, em particular a autorregulação regulada, ganham corpo com a própria teoria proposta por Teubner acerca dos sistemas sociais autopoieticos, que prevêm autoreferência específica”. Também Saad-Diniz (SAAD-DINIZ, Eduardo. **Fronteras del normativismo: a ejemplo de las funciones de la información en los programas de criminal compliance** In **Revista da Faculdade de Direito**, n. 108, jan-dez. 2013, pp. 435-6) defende que: “E, no entanto, a partir da psicologia comportamental – que irá analisar os **aspectos subjetivos do comportamento econômico** (antes de tudo um comportamento humano), que podem levar aos excessos de confiança ou insegurança cognitiva – ou, inclusive, de aplicação das **neurociências** no âmbito corporativo na discussão da evolução da autorregulação regulada é possível identificar uma **interface** muito significativa entre a análise microeconômica do **Direito Penal e a teoria dos sistemas**, especialmente no domínio das dimensões de

Os deveres de cuidado podem ser analisados como um conceito importado da Regulação de Risco para o Direito Penal, nos casos em que sua violação seja criminalizada, já que são estabelecidos por uma tomada de decisão regulatória.

Na doutrina brasileira, o grande tema “Regulação” é, ainda, tratado de modo incipiente⁴. A própria doutrina de direito administrativo brasileira indica se deparar com entraves dogmáticos para o desenvolvimento do tema⁵. A inovação trazida no desenvolvimento de

manipulação da informação (imperfeita, fragmentada, difusa nas complexas estruturas do direito societário, ou, inclusive, falsificadas) na determinação dos deveres de colaboração público-privados” (grifo nosso).

Parece-nos que também CAMPILONGO, Celso Fernandes – AMATO, Lucas Fucci – BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. **Luhmann and Socio-Legal Research: an empirical agenda for social systems theory**. Londres: Routhledge, 2021

⁴Podemos perceber que a própria doutrina nacional também reconhece a “Regulação” como tema de origem recente, que embora seja tido como multidisciplinar, acaba por sendo conectado à questão do direito estatal administrativo. Por exemplo, Sundfeld (SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Público e Regulação no Brasil**. In Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar, Rio de Janeiro: FGV, 2014, p.112), afirma que embora recente, a regulação como Direito Administrativo, já seria algo consolidado: “A presença generalizada do termo regulação no debate jurídico brasileiro é relativamente recente. Embora o uso normativo da palavra já existisse – bastando mencionar a Constituição de 1988, em seu art. 174, caput, havia reconhecido ao Estado o papel de “agente normativo e regulador da atividade econômica” – ela não designava uma imagem forte nas mentes dos aplicadores e autores jurídicos. Isso começou a mudar em 1995, quando as emendas constitucionais n.8 e 9 mandaram instituir “órgãos reguladores” dos setores de telecomunicações e petróleo, o que desencadeou uma onda de criação de “agências reguladoras” e, rapidamente, transformou a ideia de regulação em lugar-comum jurídico.”. Também, por exemplo, Aragão (ARAGÃO, Alexandre Santos de. A Regulação da Economia: conceitos e características. In CARDOZO, José Eduardo Martins – QUEIROZ, João Eduardo Lopes – SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. **Curso de Direito Administrativo Econômico**. São Paulo- Malheiros, 2006, p. 417), embora perceba que o tema pode ser mais amplo, classificando-o como “multifacetário”, acaba também o relacionando com direito administrativo.

⁵ Mesmo no direito administrativo, a doutrina nacional apresenta entraves dogmáticos para o desenvolvimento da teoria da Regulação, como indica Rocha (ROCHA, Jean-Paul Veiga da. Quem tem medo da delegação legislativa” in **RDA**, Rio de Janeiro, v.271, , jan/abr de 2016 p. 221) “Entretanto, ao comemorarmos os 30 anos da Constituição cidadã, uma das tarefas jurídico-políticas mais importantes da agenda regulatória de nosso tempo é romper, de uma vez por todas, política e intelectualmente, com a versão reacionária da separação dos poderes. Sem medo, e sem mistificação, como fizeram nossos mestres do passado”. Também Marques Neto (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006, p.95) quanto à questão da violação do princípio da legalidade pela regulação emitida pelas agências, indica que “Presente parece estar a inviabilidade de se pretender que o princípio da legalidade imponha que a norma legal deva trazer, precisamente, o conteúdo, a forma, a oportunidade e a ocasião do exercício da atividade regulatória. Daí, porque assistimos ao advento de uma nova motriz normativa, marcada pelo surgimento do que Eros Grau denomina por normas-objetivo. A relação das agências reguladoras com o Direito se dá em face de uma nova legalidade: a lei define as metas principais e os contornos da atividade do órgão regulador, cometendo-lhe (...) a margem de atuação. Atuação, esta, que segue um novo tipo de discricionariedade, pautado fundamentalmente, pelos objetivos definidos em lei para serem implementados pelo setor regulado.”. Indicamos algumas obras já clássicas de direito administrativo que remetem à questão criticada pelo professor da Universidade de São Paulo, como Meirelles (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1990, p.164) trata das restrições dos regulamentos frente ao princípio da legalidade, “Como ato inferior à lei, o regulamento não pode contrariá-la ou ir além do que ela permite (...) não tem a forma e a extensão da lei, porque procede de órgãos executivos”. Bandeira de Mello (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 350) é ainda mais crítico “Por isso, a lei que limitar-se a (pretender) transferir ao Executivo o poder de ditar, por si, as condições ou meios que permitem restringir um direito configura delegação disfarçada inconstitucional”. Indicamos, ainda, que essa situação, aparentemente, não é uma questão apenas brasileira, Canotilho (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Existe um direito constitucional da regulação? **Revista da AASP**, v.73, nov. 2003, p.109) também informa que “Em rigor, algumas Constituições (Brasil, Portugal) apontam no sentido contrário ao direito constitucional da regulação”.

pesquisas sobre essa temática é ainda intensificada, quando há o enfoque em um tipo específico de “Regulação”, como a “Regulação de Risco”.

O próprio termo “Regulação de Risco” é desconhecido por muitos, causando, inclusive, confusão. Diante desse contexto, abordaremos os temas da “Regulação” e da “Regulação de Risco”, para que não percamos a oportunidade de fazer uma contribuição, ainda que limitada, à doutrina nacional, especialmente para a diferenciar os conceitos “Regulação” e *compliance*⁶, sendo que esse último tema tem tomado a atenção dos penalistas nacionais.

Já indicamos de antemão, que a noção de “Regulação” não é, de modo algum, limitada ao Direito Administrativo⁷ ou ao próprio Direito⁸. A identificação da Regulação com o Direito Administrativo é o corrente na doutrina nacional, o que, conseqüentemente, acaba por levar à

⁶ Silveira e Saad-Diniz (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge & SAAD-DINIZ, Eduardo. Boa governança e *compliance*: regras quanto às responsabilidades pessoais e regras relativas às pessoas jurídicas. In SILVEIRA, Renato de Mello Jorge & SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2017, p.272.), considerando que *compliance* “descreve o cumprimento de um dever jurídico. Na falta desse cumprimento poder-se-ia justificar uma infração de dever e, portanto, um crime. (...) com a necessária cautela de se evitar uma tendência perigosamente expansiva do conceito de imputação”. Em Costa e Araújo (COSTA, Helena Regina Lobo da & ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. *Compliance* e o julgamento da AP 470 In **RBccrim**, ano 22, v. 106, jan-fev 2014, pp. 215-230), há uma análise que trata dos efeitos penais da utilização dessa técnica de *enforcement* (aplicação) da Regulação jurídica, incluindo, do próprio Direito Penal, com base em *deterrence*. A preocupação das autoras é indicar uma “possível transferência de responsabilidade” como um efeito nefasto da técnica dos programas de *compliance*, “Já no que se tange às pessoas físicas a questão se revela muito mais complexa e há uma imensa plêiade de hipóteses que podem ser examinadas: a questão dos crimes culposos, os crimes comissivos por omissão, a responsabilidade dos administradores entre outros”. Sarcedo e Raicher (SARCEDO, Leandro & RAICHER, Jonathan Ariel. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. In Portal contábil SC, originalmente publicado no Jornal Valor Econômico, 30/03/2011. Disponível em: <https://portalcontabilsc.com.br/artigos/responsabilidade-penal-da-pessoa-juridica/>. Acesso em: 20/09/2021.), por exemplo, ao invés de tratar do tipo de Regulação selecionado pela Lei dos Crimes de Lavagem de dinheiro, para criar o conteúdo do dever de informação, limitam-se em afirmar que “existem regras de *criminal compliance*”. Nieto Martín (NIETO MARTÍN, Adán. **O cumprimento normativo** In NIETO MARTÍN, Adán – LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio – GARCÍA de la GALANA, Beatriz – FERNÁNDEZ PÉREZ, Patricia – BLANCO CORDERO, Isidoro. Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, pp 36-37) representante da doutrina espanhola é ainda mais radical, considerando “*compliance* como forma de regulação pública”, chegando a afirmar que “as agências administrativas nos Estados Unidos apostaram sempre no cumprimento voluntário e na autorregulação”.

⁷ Sem a intenção de fazer uma revisão de toda a literatura nacional sobre o grande tema da “Regulação”, percebemos em nossa análise que há a tendência de identificação da “Regulação” com Direito Administrativo. A doutrina nacional vem desenvolvendo o tema nas últimas décadas, dando enfoque ao que Salomão Filho (SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e desenvolvimento In SALOMÃO Filho, Calixto. **Regulação e Desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 61), denomina de “Regulação em sentido próprio ou estrito” como a “edição de normas específicas e sua fiscalização”. Como exemplo, temos Aragão (ARAGÃO, Alexandre Santos de. O conceito jurídico da Regulação na Economia In **Revista de Direito Mercantil**, n. 122, abr-jun, 2001, p. 46) conceitua “regulação” como “mecânica estatal de ordenação das atividades econômicas em geral, incluindo, portanto, os serviços públicos e as atividades econômicas em sentido estrito”.

⁸ Parker, Scott, Lacey, Braithwaite (PARKER, Christine – SCOTT, Colin – LACEY, Nicola – Braithwaite, John. Introduction In PARKER, Christine – SCOTT, Colin – LACEY, Nicola – Braithwaite, John (eds). **Regulating Law**. Oxford: Oxford, 2004, pp.1-2. (tradução livre)) tratam, por exemplo, do “Direito como uma forma de Regulação” e como algo que “também é afetado pelas outras formas de Regulação”, definindo como características de um regime regulatório, presença de processos para “a definição de standards”, “monitoramento do *compliance* (cumprimento) desses *standards*” e “implementação coercitiva (*enforcement*) dos *standards*”. Os autores indicam que, em apenas certos casos, será possível encontrar na doutrina jurídica claras “metas regulatórias”.

chamada acessoriedade (ou assessoriedade⁹) administrativa¹⁰, limitando a questão à análise jurídica¹¹. Essa visão traz uma tendência de se evitar a “intromissão” do juízo penal sobre os

⁹ Termo cunhado por COSTA, Helena Regina Lobo da. **Os crimes ambientais e sua relação com o Direito Administrativo**. In VILARDI, Celso Sanchez – PEREIRA, Flávia Rahal Bresser – NETO, Theodomiro Dias. *Direito Penal Econômico: Análise Contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.191.

¹⁰ Podemos citar, de modo exemplificativo: Oliveira (OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos. **Lavagem de dinheiro: Responsabilidade pela omissão de informações**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p.31) limita-se a afirmar que “No contexto do mencionado modelo de risco (*risk based approach*) para a prevenção de lavagem de dinheiro, adotado pela lei brasileira, as operações suspeitas não estão exaustivamente definidas pela lei, que acaba por remeter ao cumprimento de regras setoriais”. Também Naves (NAVES, José Paulo Micheletto. **Assessoriedade Administrativa e Erro no Direito Penal**. Dissertação de Mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018, p. 167-9. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-01102020-203537/pt-br.php>. Acesso em 14/04/22.) que afirma: “O Direito Penal, ao se voltar a interesses antes próprios ao Direito Administrativo, disciplinados por complexas regulamentações técnicas, depara-se com formulações típicas abertas, com alta incidência de remissões normativas (...) De tal sorte, a autonomia conceitual da assessoriedade administrativa mostra-se absolutamente necessária a fim de se ter melhor tratamento dogmático (...) Adota-se a grafia “assessoriedade administrativa” por carregar consigo uma ideia de amparo ou assessoria, superando a concepção majoritária de dependência do Direito Penal ao Direito Administrativo(...) Entende-se que o erro sobre a assessoriedade administrativa deve ser considerado, em todas as ocasiões, um erro de tipo”.

Como também temos a análise de Greco (GRECO, Luís. *A relação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo no Direito Penal Ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa* in **RBCCRIM** n. 58, 2006, pp.155 e 193) “Não seria mais fácil que o legislador houvesse omitido qualquer referência ao direito administrativo ao formular o dispositivo penal?”.

E, de modo contrário, mas mantendo-se no âmbito normativo: Silveira (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Crise Econômica e reflexos penais: leis penais em branco, compliance fiscal e regularização de ativos**. In SILVEIRA, Renato de Mello Jorge & SAAD-DINIZ, Eduardo. *Repatriação e crime: aspectos do binômio crise econômica e direito penal*. Belo Horizonte: D’Placido, 2017, pp.81-116) Silveira relata que há uma “nova intensidade” na relação entre Direito Administrativo e Direito Penal, chegando-se a considerar “uma dependência absoluta”, nos casos em que “se transformar a seara penal em mero campo de simples execuções de pretensões administrativa” ou “dependência relativa”, nos casos em que a norma administrativa tratar do “campo proibido e permitido”, fixando o “risco permitido”, sendo mais “raros” os casos em que o Direito Penal veja-se “totalmente autônomo”.

¹¹ Na doutrina nacional, podemos indicar, pela importância, a análise de Bechara (BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Valor, norma e injusto penal: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo**. Belo Horizonte: D’Placido, 2020, p.251-2) a qual considera os deveres de cuidado como inseridos na teoria de Roxin de elementos de valoração global, sendo tidos como casos em que “a determinação típica não se mostra possível sem uma complementação da matéria de proibição apenas sugerida pelo legislador por uma valoração autônoma levada a efeito pelo julgador e situada, assim, fora do tipo, como regra da ilicitude”. Bechara filiando-se à teoria de Roxin, indica que “Em síntese, os elementos de valoração global do fato, encontrados em diversas normas penais incriminadoras do ordenamento brasileiro, tais como “indevidamente” (art. 151 e 319 do Código Penal; art. 195, V da Lei Federal n. 9279/1996), “ilicitamente” (art. 174 da Lei Federal 11.101/2005), “sem justa causa” (art. 154 e 244 do Código Penal; art. 6, I da Lei Federal n. 8137/1990), distinguem-se dos elementos normativos do tipo, em sentido estrito, seja em razão de pertencerem apenas em parte (os pressupostos de valoração global) ao tipo penal, ficando o restante – a valoração em si – compreendido pela antijuridicidade, seja por serem incompatíveis com a ocorrência de causas de justificação.”. Ou, ainda a dissertação de Kassada (KASSADA, Daiane Ayumi. **Concorrência normativa no direito penal: reflexões à luz dos crimes ambientais**. Dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 231. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-04052021-010345/pt-br.php>. Acesso 14/04/22.) em que conclui: “Por sua vez, o princípio da íntegra valoração do fato consiste na possibilidade de, diante de um concurso de normas penais, um único preceito penal ser capaz de captar integralmente o conteúdo do injusto e da culpabilidade de um determinado fato concreto para verificar se será hipótese de reconhecer um concurso de delitos – pluralidade de crimes – ou identificar um concurso aparente de normas penais – unidade delitiva. Para tanto, o bem jurídico, a estrutura do delito e a redação legal referentes aos tipos penais envolvidos constituem elementos fundamentais e imprescindíveis para proceder tal tarefa de grande relevância que cabe ao papel da dogmática

deveres de cuidado, tidos como uma expressão jurídica do direito administrativo baseado apenas em análises de cunho científico. A análise da acessoriedade ou assessoriedade administrativa acaba blindando as tomadas de decisão dos reguladores do escrutínio dos penalistas, pois há a percepção de que o conteúdo dos deveres de cuidado é algo que lhes escapa a capacidade de análise.

Já o método interdisciplinar permite o diálogo também com outras áreas do conhecimento humano, como Ciência, Tecnologia, Economia. Nesse caso, buscaremos incorporar elementos empíricos para esclarecer os penalistas quanto ao conteúdo dos deveres de cuidado.

Além disso, buscaremos desenvolver a noção de que, também os demais setores do conhecimento encontram seus papéis na “Regulação de Risco”, criando um complicado equilíbrio com o próprio papel do Direito. Nesse caso, as outras áreas do conhecimento surgem como parte do esquema regulatório, sendo originadas dos trabalhos dos especialistas, sem que se desconsidere o papel do Direito, na definição dos deveres de cuidado. Esse método também nos permitirá tratar dos tipos de risco e de seus deveres de cuidado específicos, como também da possibilidade de controle judicial.

Partimos do pressuposto de que essa visão holística é exigida pelo próprio conceito de risco, extrapolando a ideia de que a criminalização do dever de cuidado equivaleria à violação da norma administrativa que prevê um certo *standard* de risco permitido. A visão que tentamos abandonar é a unidimensional que considera a violação do dever de cuidado como apenas um ato ilícito formal, o qual viola uma norma jurídica administrativa, complemento do tipo penal.

Defenderemos que o funcionalismo teleológico propõe uma análise interdisciplinar do risco, tanto tratando dos elementos técnicos como socioculturais do risco. Questionaremos se a abordagem mais adequada para o tema seria a análise da relação normativa entre Direito Administrativo e Direito Penal, considerando o próprio método do funcionalismo teleológico, especialmente quanto aos riscos advindos da tecnologia.

A escolha por um enfoque sobre os riscos advindos da tecnologia, sem limitarmos o ano de criação, efeitos, setores de aplicação, é feita porque tais critérios não são capazes de selecionar os casos em que poderemos encontrar deveres de cuidado ainda não consolidados. A própria dinâmica do uso da tecnologia admite a constatação de novos riscos em tecnologias

penal. Por isso, o princípio da íntegra valoração do fato atua como um princípio fundamentador da questão concursal”.

antigas, exigindo novos deveres de cuidado¹². Nos casos de deveres de cuidado não consolidado, há maior propensão para que reconheçamos as dimensões técnico-científicas e sociocultural do risco, ao se buscar a definição do risco permitido. E, diante dessa situação, entendermos a necessidade de controle judicial dos deveres de cuidado, especialmente se “importados” para o Direito Penal.

Para testar nossa hipótese, aplicaremos o referido método interdisciplinar. Essa metodologia é, sem dúvida, desafiadora, já que temos como meta não apenas a abordagem normativa, como faz a Teoria da acessoriedade administrativa. Nossa meta é incorporar elementos de outras áreas do conhecimento para compreender o conceito de risco. Tentaremos evitar o que Ost¹³ denomina de “diálogo de surdos”, onde “cada um constrói o objeto de acordo com os conceitos, método e valores específicos de sua disciplina”, impedindo qualquer possibilidade de enriquecimento mútuo. Aplicaremos o método interdisciplinar, descrito por Ost como “um paciente diálogo cooperativo e progressivo que se desenvolve entre ensaios e erros, tentativas e ajustes progressivos”.

Poderemos, a partir da análise interdisciplinar, desconstruir o dever de cuidado, percebendo seus elementos técnico-científicos e socioculturais, a partir da compreensão do processo de tomada de decisão na Regulação de Risco. Essa visão holística do conceito de risco acabará por viabilizar uma melhor compreensão dos próprios temas que o Direito Penal abarca. Ao se estudar o processo interdisciplinar de formação dos deveres de cuidado, será possível compreender os deveres de cuidado como um produto da Regulação de Risco, resultado de um delicado equilíbrio de contribuições de diversos ramos do conhecimento, diferindo da análise normativa que os reconhece como um complemento de Direito Administrativo à norma penal.

Analisaremos a construção normativa do risco pelo Direito Penal através da “importação” dos deveres de cuidado, analisando como se situa o tema na questão do “objetivo” e “subjetivo” no Direito Penal. Tal estudo buscará tratar da possibilidade do uso de deveres de cuidado subjetivos, o que poderia tornar o parâmetro do dever de cuidado mais ou menos restritivo, considerando-se as características pessoais daquele que realiza a conduta perigosa. E de como tal opção relaciona-se com a Regulação em Metas.

¹² Para se dar um exemplo, foi descoberta (KEAVENEY, Alexis – PETERS, Ellen – WAY, Baldwin. Effects of acetaminophen on risk taking. In **Social Cognitive and Affective Neuroscience**, 2020, pp. 725–732.(tradução livre) uma correlação do uso do princípio ativo do “Tylenol” (acetaminofeno) com a “redução da percepção de risco e aumento da assunção de risco”.

¹³ OST, François. A tese de doutorado em Direito: do projeto à defesa. In **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 7, fasc.2, maio-agosto de 2015, pp. 107-108.

Para isso, realizaremos um estudo de direito comparado funcionalista para compreendermos a função do dever de cuidado e sua relação com as dimensões do risco, nos crimes culposos, omissivos e de perigo abstrato nos sistemas romano-germânico e anglo-americano. A partir dessa análise, será realizado um estudo de casos, o qual visa testar se nas jurisprudências brasileira, italiana e inglesa, há indícios de análise das dimensões do risco; e como se dá a relação entre Direito Penal e Regulação de Risco, para analisarmos as possíveis diferenças entre elas.

1. Deveres de cuidado: da Regulação de Risco ao Direito Penal

A análise de deveres de cuidado como um elemento “importado” da Regulação de Risco para o Direito Penal exige que tratemos das abordagens do relacionamento entre essas duas áreas. No sistema romano-germânico, temos o conceito da “acessoriedade administrativa”, enquanto no sistema anglo-americano, temos a inserção do Direito Penal no “contexto regulatório”¹⁴.

No direito brasileiro, temos uma tendência à redução do conceito de “Regulação” a um equivalente ao Direito Administrativo. A consequência dessa visão é a limitação da análise do relacionamento entre Regulação e Direito Penal a uma dimensão normativa. No entanto, quando analisamos o sistema anglo-americano, percebemos que há outros conceitos mais abrangentes de “Regulação”. O conceito por nós adotado, por exemplo, é mais amplo que o próprio Direito formal¹⁵. Essa conceituação mais ampla pode ser entendida como uma influência dos estudos sociojurídicos. Passaremos a analisar ambas as concepções, buscando indicar uma nova abordagem do tema.

1.1. O Direito Penal no contexto regulatório no direito inglês e norte-americano

Para que possamos compreender a diferença entre “Direito Penal no contexto regulatório” e Acessoriedade Administrativa, devemos analisar certas infrações mistas, próprias do sistema anglo-americano. Essa digressão permite que compreendamos como se dá o relacionamento entre Direito Penal e Regulação nesse sistema.

¹⁴ Para um exemplo prático de tal interpretação, é recomendável a análise, quanto aos crimes de perigo de DUFF, Antony & HÖRNLE, Tatjana. Crimes of Endangerment. In AMBOS, Kai et al (eds). **Core concepts in Criminal Law and Criminal Justice**, v. II. Cambridge: Cambridge, 2022, manuscrito fornecido pelos autores. Pp.1, 10.

¹⁵ Cf. Cap. 3. Da construção do risco através da Regulação de risco.

É possível que essa aceção mais ampla seja uma influência dos estudos sociojurídicos. Zweigert e Kötz (ZWEIGERT, Konrad & KÖTZ, Hein. **Introduction to Comparative Law**. Oxford: Claredon, 1998, p.11. (tradução livre)) já que os sociólogos do Direito tendem a considerar que “o comportamento humano é controlado por muitos outros fatores, diferentes do Direito”. Comparam o método jurídico e o método sócio-jurídico. Afirmam que para um jurista, seria “um esforço contínuo ser suficientemente receptivo às forças não jurídicas que controlam uma conduta”; sendo essa abordagem muito diferente daquela dos estudos sociojurídicos, os quais tem “mente aberta”. Os professores alemães indicam que os juristas “tem muito o que aprender” com o método sócio-jurídico.

Alguns Estados, em sua lei nacional, diferenciam crimes e violações de Regulação¹⁶, como se dá, por exemplo, na Alemanha¹⁷ (que apresenta uma lei geral de infrações regulatórias) e no Brasil¹⁸ (com esquemas regulatórios específicos para cada setor¹⁹).

Em outros casos, como no direito inglês, essas categorias não são tão bem demarcadas. Dyson e Vogel²⁰ indicam muitas diferenças nesse ponto entre o direito inglês e o alemão. O direito alemão traria essas duas categorias de modo bastante explícito. Já o direito inglês apresentaria essa classificação em “termos menos explícitos”, isto é, afirmam que se pode perceber “um efetivo desencorajamento” de processos criminais para “certas ofensas de direito penal regulatório”, com reforço para “sanções não-penais”, embora não exista “uma descriminalização formal”. Além disso, haveria “diferenças institucionais” que indicariam que o direito penal inglês “pode ser mais afetado pelas visões morais da comunidade” do que o direito alemão, já que nesse último não haveria discricionariedade para o início da persecução penal. Na Inglaterra, o CPS (*Crown Prosecution Service*) “tem uma grande discricionariedade para não iniciar a persecução penal”, sendo que “o senso intuitivo de justiça dos agentes parece crucial” para essa decisão, além disso, a competência para o julgamento é do júri, formado por “pessoas leigas”.

¹⁶ **The Law Commission.** Consultation paper n.195: Criminal Liability in regulatory contexts – a consultation paper, Reino Unido, 2010, p. 37. (tradução livre)

A Law Commission conclui que é muito difícil distinguir infrações criminais e regulatórias. Em *Sweet v Parsley*, Lord Diplock descreve as “infrações regulatórias como as que abranjam Regulação de certa atividade que envolvam risco”. (*Sweet v Parsley*, [1970] AC 132, 163). A dificuldade dessa definição é que “muitas ofensas criminais também tratam de atividades que envolvam risco”. Lord Diplock considera que “as ofensas criminais seriam aquelas que se dão no cotidiano”. Contudo, considera que ‘muitos crimes regulatórios apenas se dão em certos contextos, como a corrupção, ou são muito raras, como no caso de terrorismo’.

¹⁷ **Alemanha.** Lei de infrações regulatórias. 1987. Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_owig/englisch_owig.pdf.

CHAPTER ONE SCOPE OF APPLICATION

Section 1

Definition (1) A regulatory offence shall be an unlawful and reprehensible act, constituting the factual elements set forth in a statute that enables the act to be sanctioned by imposition of a regulatory fine.[Capítulo 1- Da aplicação

Seção 1

Definição (1) Uma infração regulatória deve ser um ato ilícito e reprovável, cujos elementos fáticos sejam descritos em uma lei, a qual preveja como sanção regulatória, a pena de multa. (tradução livre)]

¹⁸ **The Law Commission.** Consultation paper n.195: Criminal Liability in regulatory contexts – a consultation paper, Reino Unido, 2010

¹⁹ Também o Brasil opta por leis específicas, com esquemas regulatórios próprios. Podem se citar como exemplos: Código de Defesa do Consumidor, art.55 a 60; Lei Geral de Proteção de Dados, art.52 a 54; Lei Geral de Telecomunicações, art. 173 a 182; as infrações administrativas ambientais, presentes no Decreto 6514 de 2008, e, assim como as infrações administrativas quanto à Regulação do Sistema Nacional de Armas, previstas nos art.33 e 34 do Estatuto do Desarmamento.

²⁰ DYSON, Matthew & VOGEL, Benjamin. Crime and regulation. In **The limits of Criminal Law: anglo-german concepts and principles**. Cambridge: Intersentia, 2020, pp.264-9 (tradução livre). Concluem que tanto o direito inglês como o alemão devem “fortalecer a moralidade que já existe na sociedade”, apesar de não poderem apenas “replacar as práticas sociais”, as quais podem ser “discriminatórias” ou “injustas”.

Também no direito norte-americano essas duas categorias encontram-se pouco delimitadas. A relação entre Direito Penal e Regulação é considerada por Brown²¹ como “inevitável” nas “economias modernas”, considerando a complexidade de certos setores²², como também os casos de “privatização”, em que se criam “novos regimes regulatórios para monitorar e tornar responsável empresas privadas e indivíduos que realizam atividades públicas”. No entanto, Brown indica que o recurso ao Direito Penal é visto como uma forma de remediar²³, “a ineficiência ou ausência de Regulação civil”,²⁴ sendo possível considerar que o “ceticismo em relação à Regulação tem o efeito perverso de se regular a partir do Direito Penal”²⁵.

²¹ BROWN, Darryl K. Criminal Law’s unfortunate triumph over Administrative Law. In **Journal of Law, Economics & Policy**, v. 7:4, 2011, pp.679-680. (tradução livre)

²²BROWN, Darryl K. Criminal Law’s unfortunate triumph over Administrative Law. In **Journal of Law, Economics & Policy**, v. 7:4, 2011, n. 34, p. 669 (tradução livre). Cf 18 U.S.C. §§ 24(a), 669, 1035, 1347, 1518 (2006) (crimes de fraude plano de saúde); U.S. DEPT OF JUSTICE, U.S. ATTORNEYS’ MANUAL §§ 9-42.000, -43.000, -44.000 (1997) (descrevem considerações para a escolha de remédios cíveis e criminais); 18 U.S.C. §§ 1831-1837 (2006); U.S. ATTORNEYS’ MANUAL § 9-59.100 (1997) (descrevem medidas cíveis e criminais para espionagem econômica); 29 U.S.C. § 216 (2006) (sanções cíveis e criminais para infrações da legislação trabalhista); 30 U.S.C. § 801 (2006) (o Mine Safety and Health Act, com sanções cíveis e criminais, 30 U.S.C. § 820); 45 U.S.C. § 152 (2006) (sanções cíveis e criminais por violações à Railway Labor Act); 7 U.S.C. § 195 (2006) (crimes de práticas fraudulentas de precificação entre empresas de certos mercados); 7 U.S.C. §§ 192, 193 (2006) (definindo vedações e responsabilidade civil); 18 U.S.C. § 2320 (2006), and 15 U.S.C. § 1501 (2006) (sanções criminais e cíveis para falsificação de remédios).

²³ Além disso, Brown (BROWN, Darryl K. Criminal Law’s unfortunate triumph over Administrative Law. In **Journal of Law, Economics & Policy**, v. 7:4, 2011, pp.665-669, 679-680. (tradução livre)) pondera que a “Regulação civil” é baseada na *Commerce Clause* (**Estados Unidos**. Congresso. Constituição dos Estados Unidos da América. 1787. (tradução livre) Seção 8: “O Congresso terá o poder (...) de regular o Comércio (...) entre os diversos estados(...)”) Litman e Greenberg (LITMAN, Harry & GREENBERG, Mark D. **Federal Power and Federalism: A Theory of Commerce-Clause Based Regulation of Traditionally State Crimes**. In Case W. Res. L. Rev. v. 47, 1997, p. 921. (tradução livre) Disponível em: <https://scholarlycommons.law.case.edu/caselrev/vol47/iss3/5>) explicam que a *Commerce clause* determina a competência ao governo federal para regular o “comércio interestadual”, inclusive no que se refere à criação de crimes. Assim, para que seja possível a criação de crimes federais, é preciso que a atividade refira-se ao “comércio interestadual”. Nos demais casos, haveria competência estadual.

²⁴Brown (BROWN, Darryl K. Criminal Law’s unfortunate triumph over Administrative Law. In **Journal of Law, Economics & Policy**, v. 7:4, 2011, pp.665-669, 679-680. (tradução livre)) aponta que o “governo federal tem seus poderes limitados na própria Constituição dos Estados Unidos”, tendo os “Estados-federados competência residual”, sendo um sinal do “ceticismo em relação à autoridade e burocracia federal”, considerada um “Estado fraco”, em “comparação com as democracias europeias. Para Brown, isso acaba por aprofundar a ideia de que os “norte-americanos sempre foram ideologicamente conservadores, mas operacionalmente liberais”, sendo que “conservador” aqui é definido como um “compromisso com um Estado mínimo”, envolvido com uma “Regulação mínima de mercados e atividades empresariais”, enquanto o “liberalismo denota uma aprovação mais simples de muitas políticas federais envolvidas em tal intervenção”. Em diversos casos em que a “opinião pública” apoiou a intervenção penal, que, atualmente, são tidos como exemplos de “*overcriminalization*”, principalmente, quanto às condutas referentes aos “direitos autorais” e às “práticas empresariais” (como nos casos de práticas na “precificação, fraudes em propagandas e planos de saúde”).

²⁵Myers II (MYERS II, Richard E. Complex Times Don’t Call for Complex Crimes. In **North Carolina Law Review** v.89, n.5, 2011, pp. 1860-1 e 1856. (tradução livre) Disponível em: <https://scholarship.law.unc.edu/nclr/vol89/iss5/13>) considera que o poder de criação de crimes acaba dando “mais autoridade para a agência”, “melhorando seu *status*”, já que podem recorrer ao Direito Penal para a aplicação da lei, podendo “auxiliar nas investigações”, com “acesso independente ao *US Attorney* e ao *Department of Justice*”.

É no contexto regulatório que aparece o conceito das *regulatory offences* (“crimes regulatórios”). As *regulatory offences*²⁶ (também conhecidos como *public welfare offenses* ou *administrative crimes*)²⁷ são uma instituição desconhecida do direito brasileiro, isto é, não temos uma instituição jurídica análoga.

No direito inglês, a *Law Commission*²⁸ esclarece que “contexto regulatório” é “aquele setor em que um órgão do governo ou agência estatal é responsável por desenvolver e aplicar parâmetros de conduta”. Ashworth²⁹ conclui que “a maioria dos crimes” pode ser considerado “regulatório”, por ser “parte de um esquema de Regulação”.

No Reino Unido³⁰, é comum que uma “*primary legislation*”, a “lei (*statute*) permita que os crimes sejam veiculados por regulamentos ou outros *secondary legislation*”. Em certos

²⁶ Sayre (SAYRE, Francis Bowes. Public Welfare Offenses. In *Columbia Law Review*, janeiro de 1933, p. 70, n. 54. (tradução livre).) considera que os crimes administrativos (*administrative crimes*) são um termo usado para tratar de “um grupo de crimes relacionados ao poder de polícia e distúrbios criminais”, que foi desenvolvida nos últimos “três quartos do século XX” nos Estados Unidos e, na Inglaterra, a “partir da metade do século XIX”. Sayre considera que esse movimento histórico é indicativo de que, no Direito Penal, existe um “conflito de interesses”, sendo que o público busca a punição “de todos aqueles que ameacem o bem-estar social”, em oposição ao setor privado, “o qual demanda a máxima liberdade”, enquanto no “século XIX o foco estaria nos direitos individuais, no século XX, deu-se mais importância à proteção social e aos interesses públicos”, a qual embasou a Regulação setorial e os crimes administrativos. No entanto, Sayre observa que alguns desses *regulatory crimes*, como “vender comida adulterada” não surgem com a regulação setorial, mas são tão antigos, que podem ser considerados *common law*.

Fissel (FISSEL, Brenner M. When Agencies make Criminal Law. In *UC Irvine Law Review*, v.10, 2020, pp.856 e 858 (tradução livre)) afirma que desde 1911, são reconhecidos como constitucionais pela Suprema Corte norte-americana, desde o caso *Touby v. United States*. No entanto, o autor considera que, em muitos casos, é possível se falar em falta de aceitação social daquele crime.

²⁷ Fissel (FISSEL, Brenner M. When Agencies make Criminal Law. In *UC Irvine Law Review*, v.10, 2020, p.860 (tradução livre).) apresenta uma série de exemplos desses crimes no direito norte-americano, crimes de colarinho-branco, formados a partir das regulações da SEC (*Securities and Exchange Commission*), previsto na 33 USC § 1520 (b) 2018, direito penal ambiental (*Ocean Dumping Act*, 33 USC §1415 (b) 2012), Direito de Alimentos e Drogas, baseado no *Food, Drug and Cosmetic Act*, 21 USC §331 (b) 2018; Programas assistenciais (7USC §2024 (b) (1)(2018)), Conservação da vida selvagem, de acordo com o 16 USC §668 dd (f)(1)(2018), entre outros.

²⁸ The Law Commission. **Consultation paper n.195: Criminal Liability in regulatory contexts – a consultation paper**, Reino Unido, 2010, p.3. (tradução livre)

²⁹ Ashworth (ASHWORTH, Andrew. **Is Criminal Law a lost cause?** In ASHWORTH, Andrew. *Positive Obligations in Criminal Law*. Hart: Oxford and Oregon, 2013, pp.3-4 (tradução livre)). dá ênfase ao *Social Security Administration (Fraud) Act* de 1997, o qual cria “vários *strict liability offences*” de omissão de informação, os quais “podem ou não permitir a defesa do réu”, o *Firearms Act 1997*, o qual tenta “aumentar o controle de armas, criando diversos crimes omissivos”, os quais “permitem a defesa do réu, baseada na *due diligence*”, e o *Merchant Shipping e Maritime Security Act 1997* introduz “diversos novos crimes em relação a não observância de zonas de exclusão pelos donos dos navios”. Identifica características “estranhas ao Direito Penal tradicional” nos *regulatory offences*, a “desconsideração do elemento subjetivo”, a “responsabilização por omissões” e “inversão de ônus da prova para defesa”.

Weigend (WEIGEND, Thomas. **Subjective elements of criminal liability**. In DUBBER, Markus Dirk & HORNLE, Tatjana. *The Oxford Handbook of Criminal Law*. Oxford:Oxford, 2014, p. 491.) afirma que, “no Reino Unido, nos Estados Unidos e na França há crimes que não requerem a prova do *mens rea*”, seriam “*strict liability offenses*”, no direito anglo-americano, ou *contraventions purement matériels*, no direito francês, sendo que a “ideia seria aumentar a pressão para que haja a obediência às normas de segurança”.

³⁰ A Comissão (The Law Commission. **Consultation paper n.195: Criminal Liability in regulatory contexts – a consultation paper**, Reino Unido, 2010, pp.5-8(tradução livre)): dá como exemplos: “em 2008, DEFRA trouxe a emenda sobre a transmissão da encefalopatia espongiforme (Amendment) Regulations 2008, a qual trouxe 103

casos, no entanto, a *secondary legislation* pode dar poderes para que as próprias agências criem tipos penais, sendo discutida a sua limitação³¹.

Simester e von Hirsch³² esclarecem que, no direito inglês, tais ofensas são consideradas parte do Direito Penal. Já no direito norte-americano, embora haja certa controvérsia doutrinária, “não é possível afastar” as características penais de tais crimes³³.

crimes para reduzir o seu risco de transmissão”. Indica que os crimes criados pelas agências “são pouco aplicados”, “cerca de 1,5 a 2% dos réus são julgados com base nessas ofensas, na *Crown Court*”, nas “*magistrates’ courts*, cerca de 10%”.

³¹ São as propostas provisórias e questões da Comissão (**The Law Commission**. Consultation paper n.195: Criminal Liability in regulatory contexts – a consultation paper, Reino Unido, 2010, pp.8-19 (tradução livre)):

“Proposta 1: O Direito Penal deve apenas ser aplicado em casos que mereçam o estigma social associado com uma condenação criminal, por se tratar de uma conduta seriamente condenável. Não deve se tratar de um meio primário para promover objetivos regulatórios.

Proposta 2: Dano ou risco devem ser considerados sérios suficientes para garantir a criminalização apenas se,

- a. O indivíduo puder ser condenado à pena privativa de liberdade;
- b. Uma multa ilimitada seja necessária para tratar da seriedade do crime e suas consequências.

Os crimes de pequena ofensividade devem ser evitados, se a multa cível for capaz de garantir níveis apropriados de repressão e prevenção especial.

Proposta 4: o Direito Penal não deveria ser usado para tratar de “*inchoate offenses*”, se for abrangido pelas leis penais já existentes de conspiração, tentativa, participação no crime.

Proposta 5: Não deve o Direito penal tratar de fraude, se já abrangido pelo *Fraud Act 2006*.

Proposta 6: As ofensas criminais e civis devem ser consideradas em gradação com a seriedade do crime.

Proposta 7: Mais deve ser feito para que se respeite o devido processo legal, aumentando a confiança no sistema penal. Há necessidade de fortalecer os deveres dos reguladores de formalmente advertir os potenciais ofensores, submetidos à responsabilidade, concedendo às Cortes o poder de suspender processos até que essas medidas sejam tomadas.

Proposta 8: Os crimes apenas devem ser criados por *primary legislation*.

Proposta 9: Um esquema regulatório que permita a imposição de qualquer sanção cível, deve permitir que esse ato seja sindicável.

Proposta 10: Os elementos de *fault* devem ser proporcionais aos casos de assunção de risco não justificado. Deve haver requerimentos mais severos de *fault* como desonestidade, intenção, consciência ou imprudência, se a conduta criminalizada causar um risco de dano remoto ou o dano seja pouco grave.

Proposta 11: Em relação às condutas relativas à necessidade de dar alguma informação, apenas é possível a criminalização em caso de tal conduta ilícita seja conhecida ou imprudente.

Proposta 12: O Ministro da Justiça deve buscar, em colaboração com outros órgãos e agências, que os elementos de *fault* sejam essenciais para a criação de crimes, para apoiar objetivos de Regulação, assim como a necessidade de consistência e esclarecimento do uso de tais elementos, nos casos em que o crime em questão seja usado por outros órgãos e agências para esses mesmos fins.

Proposta 13: a legislação poderia incluir específicas provisões de crimes para indicar as bases nas quais as empresas poderiam ser responsáveis, mas a ausência de tais provisões, os Tribunais deveriam tratar da questão de como incorporar a *fault* em tais crimes, o que poderia ser resolvido por meio da interpretação da lei. Nós encorajamos os Tribunais a não presumir que a *identification doctrine* seja aplicável, quando houver interpretação de crimes para empresas.

Proposta 14: Os tribunais têm poder de aplicar a ampla defesa para qualquer crime que não requeira prova da *fault* do réu. No entanto, o ônus da prova deve ser do réu.

Proposta 15: O cuidado devido (*due diligence*) deve ter sido observado para evitar o crime, em todas as circunstâncias”.

³² Simester e von Hirsch (SIMESTER, A P & VON HIRSCH. **Crimes, Harms and Wrongs: On the Principles of Criminalisation**. Londres: Hart, 2011, p.7 (tradução livre)) consideram que “não se pode afirmar categoricamente que *as public welfare regulatory offences* não sejam parte do Direito Penal”. O direito norte-americano não traz uma diferença clara entre infrações regulatórias e crimes, no entanto, “na Inglaterra os *regulatory crimes* são parte do Direito Penal”.

³³ Husak (HUSAK, Douglas. **Reservations about overcriminalization**. In *New Criminal Law Review*, v.14, n.1, n.18, p.106. (tradução livre).), professor norte-americano, jocosamente, chega a afirmar que “alguns doutrinadores indicam que um *malum prohibitum* não é um crime”, ao que ele responde que “aqueles condenados a penas

Green³⁴, na doutrina norte-americana, indica que tal termo teria um caráter misto³⁵, o qual pode se referir tanto às “penalidades civis como criminais”, sem indicar qual “remédio seria escolhido” de antemão.

Percebemos com essas análises que a delimitação categórica entre infrações administrativas e crimes apresenta grandes dificuldades, sendo difícil encontrar critérios^{36,37} *a priori* para a identificação de cada uma. Ashworth³⁸ lembra que a Corte Europeia de Direitos Humanos tem considerado, nos casos *Schmautzer v Austria* e *Garyfallou AEBE v Grécia*³⁹, que

privativas de liberdade extensas por crimes como a lavagem de dinheiro, ficariam surpresos em descobrir que não foram condenados por um crime.”, lembrando que as penas de privativa de liberdade para esse crime “chegam a dez anos”.

³⁴ GREEN, Stuart. Why it’s crime to tear the tag off a mattress: overcriminalization and the moral content of regulatory offenses. in **Emory Law Journal**, Outubro, 1997, p.1544. (tradução livre).

³⁵ No direito norte-americano, em audiências públicas ao Congresso, houve manifestação de juristas criticando a falta de elemento subjetivo desses crimes. Barkow (Statement of Rachel E. Barkow Segal Family Professor of Regulatory Law and Policy Faculty Director, Center on the Administration of Criminal Law. New York University School of Law. In House of Representatives: Committee on the Judiciary. **Regulatory crime: identifying the scope of the problem. Hearing before the over-criminalization task force of 2013**: One hundred thirteenth Congress: first Session. October 30, 2013. Serial n. 113-60, pp.21, 25-26. (tradução livre)) considera inadequada “a falta de *mens rea*” para a aplicação de uma sanção carregada de estigma social, já que não garante a “suficiente reprovação social”. E, mesmo nos casos em que existe esse requerimento subjetivo, “o réu pode não ter ciência de que a conduta é proibida”, questionando a regra da vedação da ignorância da lei.

Rubinstein (RUBINSTEIN, Reed D. Testimony of Reed D. Rubinstein before the U.S. House of Representatives Committee on Judiciary’s Task Force on Overcriminalization "Regulatory Crime: defining the scope of the problem". House of Representatives: Committee on the Judiciary. **Regulatory crime: identifying the scope of the problem. Hearing before the over-criminalization task force of 2013**: One hundred thirteenth Congress: first Session. October 30, 2013. Serial n. 113-60, p.12 e 19-20.) (tradução livre)) também alerta que a “falta do elemento de intenção causa um efeito adverso às pequenas empresas, empreendedores e à inovação científica”, já que “desestimula o investimento nessas atividades”, as quais ficam submetidas à “ameaça da responsabilidade criminal”. Conclui que, apesar da inegável importância da Regulação, a “discricionariedade das agências federais” deveria ser limitada.

³⁶ Silveira e Gomes (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge & GOMES Jr, João Florêncio de Salles. Direito Penal, Direito Administrativo Sancionador e a questão do *ne bis in idem*: o parâmetro da jurisprudência internacional. In BLAZECK, Luiz Mauricio Souza & MARZAGÃO Jr, Laerte I. (coord). **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p.298.) já afirmaram que teria havido a identificação da “unidade do *jus puniendi*” estatal nessas decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos, limitando o papel do Direito Administrativo Sancionador.

³⁷ Já Brudner (BRUDNER, Alan. **Punishment and Freedom: a liberal theory of penal justice**. New York: Oxford, 2009, pp.169-170(tradução livre)) aponta como principal característica para diferenciar crimes de infrações administrativas seria considerar o tipo de interesse protegido. O Direito Penal tutelaria “apenas interesses privados”, “proibindo as condutas”, criando as “regras fundamentais da sociedade”; enquanto a Regulação trataria dos “interesses públicos”, “regulando condutas lícitas”, tratando de “normas úteis à sociedade”. Assim, Brudner resume as diferenças, considerando que as graves sanções criminais buscam prevenir condutas danosas, enquanto a regulação “pondera custos e benefícios das atividades”.

³⁸ ASHWORTH, Andrew. **Is Criminal Law a lost cause?** In ASHWORTH, Andrew. Positive Obligations in Criminal Law. Hart: Oxford and Oregon, 2013, p.6 e n. 23, p.6. (tradução livre).

³⁹ União Europeia. Corte Europeia de Direitos Humanos. *Caso Schmautzer v Austria*. Data de julgamento 24/95, item 28. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-57945>. Acesso em 10/12/21. (tradução livre)

Tem-se que: “(...) A Corte nota que, apesar da ofensa em questão e o seu respectivo procedimento referirem-se à esfera administrativa, eles são criminais em sua natureza. (...) a multa imposta ao condenado é acompanhada pela ameaça de prisão, em caso de falta de pagamento”.

União Europeia. Corte Europeia de Direitos Humanos. *Caso Garyfallou AEBE v Grécia*. Data de julgamento 24/09/97, item 34. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58096>. Acesso em 10/12/21. (tradução livre)

“mesmo que a sentença indique uma pena de multa, basta a possibilidade de pena privativa de liberdade” para considerar a existência de um crime⁴⁰.

No tema das *regulatory offences*⁴¹, essa dificuldade leva a um debate doutrinário quanto a sua legitimidade⁴². A questão gira em torno da análise da reprovabilidade moral⁴³ de tais

“A Corte observa que a empresa condenada foi multada em 500.000 dracmas (...) Havia cominação de pena máxima igual ao valor das mercadorias importadas (...) igual a 15.050 marcos alemães, equivalente a quase o triplo da pena aplicada. No caso de não pagamento da multa, a lei nacional prevê (...) a prisão de seus diretores por até 1 ano(...)”

⁴⁰ Duff, Marshall, Renzo e Tadros (DUFF, RA- FARMER, Lindsay – MARSHALL, S. E. – RENZO, Massimo – TADROS, Victor. **Introduction- Towards a theory of Criminalization?** In DUFF, RA- FARMER, Lindsay – MARSHALL, S. E. – RENZO, Massimo – TADROS, Victor. **The political morality of the Criminal Law**. Oxford University: Oxford, 2014, pp.28-30. (tradução livre)) diferenciam as infrações administrativas dos crimes, baseados na ausência de pena de prisão, na imposição de apenas “multas ou desqualificações nas atividades reguladas” e no fato de não gerarem a mesma censura que as condenações criminais e pela adição de procedimentos mais simples do que o processo penal para sua imposição.

⁴¹ Myers II (MYERS II, Richard E. Complex Times Don't Call for Complex Crimes. In **North Carolina Law Review** v.89, n.5, 2011, n. 15, p. 1852(tradução livre)) cita como exemplos no direito norte-americano: “Clear Water Act, the Endangered Species Act de 1973, Wildlife Disaster Recovery Act de 1989. 33 U.S.C. § 1319 (2006). 9. 42 U.S.C. § 7413 (2006). 10. 42 U.S.C. § 6928 (2006). 11. 16 U.S.C. § 1540 (2006). 12. 16 U.S.C. § 551 (2006).Federal Insecticide, Fungicide, and Rodenticide Act, 7 U.S.C. § 1361(b) (2006); Toxic Substances Control Act, 15 U.S.C. § 2615(b) (2006); Surface Mining Control and Reclamation Act, 30 U.S.C. § 1268(e), (g) (2006); Rivers and Harbors Appropriation Act of 1899, 33 U.S.C. § 411 (2006); Clean Water Act, 33 U.S.C. § 1319(c) (2006); Ocean Dumping Act, 33 U.S.C. § 1415(b) (2006); Act to Prevent Pollution From Ships, 33 U.S.C. § 1908(a) (2006 & Supp. II 2008); Safe Drinking Water Act, 42 U.S.C. §§ 300h-2(b), 300h3(c), 300i-1 (2006); Noise Control Act of 1972, 42 U.S.C. §§ 4910(a)(1), 4912(c) (2006); Resource Conservation and Recovery Act of 1976, 42 U.S.C. § 6928(d), (e), (f) (2006); Clean Air Act, 42 U.S.C. § 7413(c) (2006); Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act, 42 U.S.C. § 9603(b) (2006); Emergency Planning and Community Right-To-Know Act of 1986, 42 U.S.C. § 11045(b)(4) (2006); Hazardous Materials Transportation Authorization Act, 49 U.S.C. § 5124 (2006).”

⁴² Husak (HUSAK, Douglas. **Sobrecriminalización: Los limites del Derecho Penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, pp.209,213-5 (tradução livre)) trata dos limites externos criminalização, sendo que primeiro “o Estado deve ter um interesse substancial, qualquer que seja o objeto de legislação”, isto é, há certas características próprias do interesse que legitimam a intervenção penal. Como também, “a lei deve promover esse interesse diretamente”, assim como, “a lei penal não pode ser mais extensa que o necessário para alcançar seu propósito.” E, tentando traçar diretrizes para identificação dos interesses com dignidade penal, Husak apenas a reconhece naqueles “interesses públicos”, os quais seriam aqueles que, “mesmo se cometidos contra uma pessoa”, são “considerados como cometidos contra a comunidade”, já que as “penas são impostas em nome do Estado”. Abdica da possibilidade de elencar as condutas de interesse público, já que “mudanças sociais podem mover as barreiras entre a esfera pública e privada”. Husak conclui que o “Direito Penal” acaba por exigir “um interesse substancial para as leis” penais, isto é, deve ter “um certo nível de importância”. Cita alguns casos, como as “condutas violentas” e a “tutela de bens públicos”.

⁴³ Hart Jr (HART Jr, Henry M. The aims of the Criminal Law. In **23 Law and Contemporary Problems**, summer 1958, pp. 405. (tradução livre)) apenas considera legítimos os crimes com conteúdo moral, já que a própria distinção entre direito penal e civil, dá-se pela “condenação da comunidade que acompanha a sanção criminal”, a “expressão do ódio, medo ou desprezo (*hatred, fear or contempt for the convict*) da comunidade” pelo condenado, o que “caracteriza o sofrimento físico como pena”. Conclui que “o crime é a conduta que demanda um pronunciamento da comunidade, formal e solene, de condenação moral”.

crimes⁴⁴ (a questão do *wrongfulness*⁴⁵), a partir da classificação⁴⁶⁴⁷ *mala in se* ou *mala prohibita*.

⁴⁴Essa necessidade de conectar o Direito Penal à moralidade é explicada por Simester e Von Hirsch (SIMESTER, A P & VON HIRSCH, Andrew. **Crimes, Harms and Wrongs: On the Principles of Criminalisation**. Londres: Hart, 2011, pp. 4-5, 18, 24 e 27 (tradução livre)) que indicam a “função comunicativa” do Direito Penal, tratando do “peso moral” do discurso jurídico-penal, pois se entende a “criminalização” como “declaração” de “reprovabilidade” (*wrongfulness*) de certa conduta. O Direito Penal falaria “diretamente com os cidadãos”, tratando-os como “sujeitos capazes de reflexão moral.”. Assim, a “pena criminal contém tanto características preventivas como deontológicas”, sendo que o caráter de reprovabilidade da conduta (*wrongfulness*) é “um requisito essencial para a criminalização”.

⁴⁵ Simester (SIMESTER, Andrew P. **Fundamentals of Criminal Law**. Oxford: OUP, 2021, pp. 7 e 234 (tradução livre)) afirma que “os princípios do *wrongdoing* e da *culpability* estariam entrelaçados”, sendo que o “*wrongdoing*”, o “fazer algo errado” é a base para a condenação criminal, não o fato de “alguém ser uma má pessoa”. As *regulatory offences* não seriam parte de uma divisão “categórica” entre “crimes sérios e os assim chamados *regulatory offences*”, mesmo que os últimos não possuam “o tipo de condenação moral que está associada aos *wrongs* mais sérios”.

⁴⁶ Green (GREEN, Stuart. Why it’s crime to tear the tag off a mattress: overcriminalization and the moral content of regulatory offenses. in **Emory Law Journal**, Outubro, 1997, p.1570-6. (tradução livre).) afirma que essa classificação surge em 1496, mas tem origem em Aristoteles (Ética a Nicomaco, V, capítulo 7, n. 114) ou São Agostinho (De vera religione, 44-46; Romanos 7:13 n.115), como também das cortes eclesiais e do próprio Talmude. Afirma que o *malum in se* refere-se a “crimes cujo *wrongfulness* vem de uma autoridade mais alta, como Deus ou a lei natural”, já o *malum prohibitum* vem de “crimes trazidos pela autoridade civil, como o rei ou a lei positiva”. No entanto, atualmente, *malum in se* “refere-se à criminalização de atos que poderiam ser vistos pela sociedade como reprovável (*wrongful*), não importa se proibidos pela lei”, já o termo *malum prohibitum* refere-se a “atos ou omissões que são crimes, porque vedados pela lei”.

⁴⁷ Green (GREEN, Stuart. Why it’s crime to tear the tag off a mattress: overcriminalization and the moral content of regulatory offenses. in **Emory Law Journal**, Outubro, 1997, p.1544. (tradução livre)), ao tratar da reprovabilidade moral (*moral wrongfulness*) trata da “violação de moral ou um standard”, baseada em um consenso social, como se dá no caso de “homicídios, estupros roubos”, havendo a criação de um *harm* (dano) ou um perigo de dano, sendo essa característica o fundamento da pena como retribuição. Já os *regulatory crimes*, também poderiam trazer conteúdo moral, apesar de não trariam diversos conceitos ligados ao conteúdo moral, como “a necessidade de um elemento subjetivo”, já que a “pessoa pode não saber que viola a norma ou não tem intenção de a violar”, no caso de *strict liability* ou, ainda, a ausência de dano, no caso das *trivial* ou *petty violations*, onde há apenas a criminalização de violação de normas técnicas.

Há uma corrente⁴⁸ que nega a existência de qualquer conteúdo moral nas *regulatory offences*, enquanto outra⁴⁹ defende a existência do referido conteúdo. E uma terceira⁵⁰ nega a própria pertinência da classificação *mala in se* ou *mala prohibita*.

A análise quanto ao objeto de proteção para tratar da legitimidade da tutela penal recorda aquela trazida pela teoria pessoal do bem jurídico de Hassemer⁵¹. O conceito pessoal do bem jurídico insere-se, segundo Hassemer, no “campo de tensão entre indivíduo, sociedade e Estado”, já que os “bens jurídicos são interesses humanos, que requerem proteção estatal”. Nesse ponto, tem-se praticamente a identidade com o que veremos o sistema anglo-americano chamar de *real crimes* ou *mala in se*. No entanto, o autor admite bens jurídicos difusos, desde que haja “a possibilidade de servir aos interesses do Homem”. Quanto aos bens difusos, a doutrina anglo-americana considera-os *mala quia prohibita*, fazendo ou não referência aos “interesses do Homem”.

⁴⁸ Husak (HUSAK, Douglas. **Sobrecriminalización: Los limites del Derecho Penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, pp.171-3 e 247. (tradução livre)), por exemplo, considera que não haveria conteúdo moral nas *regulatory offences*, sendo caso de *mala prohibita*, isto é, casos em que “a conduta proibida não é inadmissível anteriormente ou com independência da lei”, já os *mala in se* seriam o “núcleo duro do Direito Penal”, aqueles considerados como “crimes reais”. E, para intensificar a ideia de ausência de reprovabilidade, Husak indica que os *regulatory crimes* geralmente são *inchoate offenses* (crimes sem dano, como os crimes de perigo abstrato), os quais apenas existem para tratar de riscos, não sendo “reprováveis por si próprias, apenas sendo punidas para diminuir a probabilidade de um dano”.

⁴⁹ Já Green (GREEN, Stuart. Why it’s crime to tear the tag off a mattress: overcriminalization and the moral content of regulatory offenses. in **Emory Law Journal**, Outubro, 1997, p.1570-6. (tradução livre) afirma que o *malum prohibitum* “pode ser reprovável”, indicando que *malum prohibitum* não é um sinônimo de *regulatory crimes*, já que existem aqueles que podem ser considerados *mala in se*, como os crimes tributários e ambientais. Além disso, Green considera muito difícil “encontrar um *mala in se* puro”, já que “todos os crimes são vistos a partir de sua cultura” e, o “Direito Penal” também tem uma “função educacional, socializadora”, isto é, tem a função de indicar, ao mesmo tempo, se algo é imoral e ilegal.

Também von Hirsch e Simester (SIMESTER, A P & VON HIRSCH. **Crimes, Harms and Wrongs: On the Principles of Criminalisation**. Londres: Hart, 2011, pp. 4-5, 18, 24 e 27 (tradução livre)) consideram que os *regulatory offences* teriam conteúdo moral, já que “o Estado pode contribuir para a criação de justificativas morais”, ajudando a “cristalizar aquelas razões *ex ante*” para a criminalização, isto é, fala de “convenções sociais” criadas pelo Estado para certos fins, tornando-se “morais”. Assim, nos crimes *malum prohibitum*, a “força moral depende de seu valor instrumental”, isto é, “de seus objetivos”. Entendemos, portanto, que esses crimes, na verdade, são legitimados pelo tipo de bem jurídico que buscam tutelar ou, como afirmam Simester e von Hirsch, “esses crimes podem ser parte de uma estratégia para evitar um dano maior”. Depende, portanto, da “função” da norma.

⁵⁰ Há, ainda os que rejeitam essa classificação. Duff, Farmer, Marshall, Renzo e Tadros (DUFF, RA- FARMER, Lindsay – MARSHALL, S. E. – RENZO, Massimo – TADROS, Victor. **Introduction- Towards a theory of Criminalization?** In DUFF, RA- FARMER, Lindsay – MARSHALL, S. E. – RENZO, Massimo – TADROS, Victor. **The political morality of the Criminal Law**. Oxford University: Oxford, 2014, pp. 22-23.(tradução livre)) entendem que a distinção “*mala in se /mala prohibita*” acaba tratando as condutas criminalizadas de um “modo *a priori*”, baseando sua reprovabilidade em uma “característica” “pré-jurídica, pré-política, pré-institucional”, deixando de considerar o Direito Penal como “situado em um certo sistema jurídico, em uma ordem particular política e social, com certa contingência histórica”.

⁵¹ HASSEMER, Winfred. Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico. In **Doctrina Penal**, ano 12, n. 45-48, p. 282 (tradução livre)

Além disso, há questionamentos quanto ao excesso de criminalização⁵² e à possibilidade de ausência de elemento subjetivos em tais crimes⁵³.

Há, inclusive, uma tendência a reconhecer que nas *regulatory offences* estariam baseados em uma função preventiva do Direito Penal, não apenas na função retributiva. Ashworth⁵⁴ considera que a função “preventiva do Direito Penal”, tida como “uma meta” principal, é bastante defendida pela Regulação Responsiva⁵⁵ de Braithwaite, sendo que o

⁵² Husak (HUSAK, Douglas. **Overcriminalization: the limits of criminal law**. New York: Oxford, 2018, pp. 3, 7, 11 e 14 (tradução livre)) define *overcriminalization* como a “expansão do Direito Penal e o aumento do uso da pena criminal”. Husak, juntando-se aos retributivistas, considera que “uma pena merecida não é um mal em si mesma”, divergindo do utilitarismo de Bentham, que considera “toda a punição é um mal”.

⁵³ No direito norte-americano, Meyers II (Meyers II (MYERS II, Richard E. Complex Times Don't Call for Complex Crimes. **North Carolina Law Review** v.89, n.5, 2011, pp. 1868-9 (tradução livre). Disponível em: <https://scholarship.law.unc.edu/nclr/vol89/iss5/13>)) afirma que a jurisprudência admitiu que se “reintroduzisse a defesa baseada na ignorância da lei”, especialmente para crimes relacionados a “atividades inocentes ou regulações complexas”, a partir da interpretação do termo *willfull* como necessidade da acusação “comprovar que o agente conhecia a lei ou a regulação” violada. Meyers II indica o caso *Cheek v US* (498 US 192 (1991)) como parâmetro para os casos de regulação complexa. Nesse caso, afirma a Suprema Corte que há a “presunção do conhecimento da lei na *common law*”, mas a “proliferação de leis e regulações dificultam para que um cidadão mediante conheça e compreenda a extensão de deveres e obrigações”, no caso, referindo-se à legislação tributária e, por isso, há necessidade do elemento subjetivo para os crimes tributários, com o termo *willfully*.

No direito inglês, especificamente no direito ambiental, Fisher, Lange e Scotford (FISHER, Elizabeth. LANGE, Bettina. SCOTFORD, Eloise. **Environmental Law: text, cases and materials**. NY: Oxford University Press, 2019, p.140. (tradução livre)) indicam, que a “falta de conhecimento sobre a natureza do depósito”, no entanto, foi considerada em *R v Evan Jones, John Jones & Sons Ltd*, demonstrando como “definições incertas de termos-chave nos crimes ambientais podem, inclusive, enfraquecer a necessidade de conhecimento”, já que, nesse caso, “ficou claro que em crimes ambientais complexos” o “conhecimento” que o réu deveria ter no momento do ato é “difícil” de definir. Consideram que teria sido no caso *Natural England v Day* que se tratou da necessidade do “réu ter conhecimento das ações” para ser condenado. Nesse caso, as autoras indicam que Philip Day foi acusado de cometer violações dos 28E(1) e s 28P(1) do *Wildlife and Countryside Act* 1981, que tratam do crime dos “proprietários ou ocupantes de terra de realizar ou permitir que se realizem operações em suas terras, sem dar notícia delas para a *Natural England*, a agência regulatória”. No caso, Day “teria causado a derrubada de 43 árvores”, assim como teria “construído uma trilha, em área de especial interesse científico (*Site of Special Scientific Interest - SSI*)”, sendo que o réu defendeu-se afirmando a ausência de “sua permissão expressa”. No entanto, a acusação comprovou que o “réu pagou por essas atividades, sendo que foram executadas por seu gerente”. Indicam que, a “questão da necessidade do conhecimento para o cometimento do crime” ressurge no *Thames Water Utilities Ltd v Brimley Magistrates' Court and the Environment Agency*, sendo que a empresa foi condenada por uma offence ao s33(1)(a) *Environment Protection Act 1990*, que “proíbe o depósito de resíduo controlado, ou sabendo causar ou permitir que tais resíduos, no ou sobre qualquer solo, a menos que haja uma licença ambiental autorizando o depósito”. A defesa do cuidado devido do s33(7) EPA, teria sido “negada pela *Magistrate's Court*”, já que “não houve a adoção de todas as medidas de precaução consideráveis, para evitar a comissão da ofensa”, considerando a *High Court* que a “primeira parte do s33(1), descreve uma conduta *strict liability*”, referindo-se ao “depósito de resíduo controlado”, concluindo que essa defesa apenas caberia para “condutas intencionais, quando a empresa aplicou a *due diligence* e um funcionário praticou a conduta intencionalmente”.

⁵⁴ ASHWORTH, Andrew. **Is Criminal Law a lost cause?** In ASHWORTH, Andrew. *Positive Obligations in Criminal Law*. Hart: Oxford and Oregon, 2013, pp. 24, 27-30. (tradução livre)

⁵⁵ Nesse ponto, considerando a reação do setor privado à regulação estatal, há o conceito de *responsive regulation* de Braithwaite and Ayres, BRAITHWAITE, John & AYRES, Ian. **Responsive regulation: transcending the deregulation debate**. Nova Iorque: Oxford University, 1992. Na doutrina nacional, Carreiro Pagotto (CARREIRO PAGOTTO, Leopoldo Unibratan. Estratégias jurídicas inovadoras no combate à corrupção. In **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, n. 57, julho-dezembro de 2010, pp. 241-280) traz uma análise detalhada da aplicação da regulação responsiva no caso da corrupção. Da mesma forma, Taufick (TAUFICK, Roberto D. The undeterrence, underperformance response to privacy, data protection laws in **Technology in Society**, v. 67, 2021, pp.1-14.) traz uma análise de estudos empíricos sobre o *compliance* das empresas de tecnologia com a regulação da proteção de dados pessoais.

Direito Penal, como “um dos mecanismos” regulatórios pode ser usado, quando “eficiente” e, descartado, se “ineficiente”⁵⁶. No entanto, Ashworth adverte que a função principal do Direito Penal é de indicar a reprovabilidade das condutas, tendo uma “função de censor”, a qual traz “possíveis consequências severas aos cidadãos, sendo que deve ser exercitada de modo justo e não discriminatório”. Reconhece, no entanto, que a “função preventiva” do Direito Penal mantém-se como “justificativa”⁵⁷ para a criminalização de condutas, desde que essa “não seja a única justificativa”. Visa evitar os excessos na busca da “eficiência e a prevenção”⁵⁸, ou apenas do “efeito simbólico” da afirmação de tais finalidades, sem tratar da seriedade da conduta reprovável (*wrongdoing*). Ashworth conclui que as “sanções híbridas, tanto cíveis como criminais”, são “inadequadas”, pois impedem a proteção dos “direitos previstos nos artigos 6.2 e 6.3 da Convenção europeia de Direitos Humanos”⁵⁹, já que a “Corte Europeia de Direitos Humanos”, apenas consideraria que haveria “um processo-crime”, se o “regulador pudesse impor pena privativa de liberdade ou multa considerável”.

⁵⁶ Short e Toffel (SHORT, Jodi L. e TOFFEL, Michael W. Making Self-Regulation More than Merely Symbolic: The Critical Role of the Legal Environment In **Administrative Science Quarterly**, v. 55, 2010, pp. 362-3, 368. Disponível em: http://repository.uchastings.edu/faculty_scholarship/1259. Acesso em 22/09/2021. (tradução livre)) indicam que o “efeito preventivo (*deterrent effect*) das sanções jurídicas seria insuficiente para prevenir comportamento danoso das empresas e promover o cumprimento (*compliance*) da lei”, consideram que, a partir dessa constatação, que se passou a dar ênfase a buscar “compromissos normativos” através de controles internos” das empresas, passando-se a considerara que as “estruturas de *compliance* internas” poderiam “alinhar o comportamento das empresas com as expectativas jurídicas e sociais”. Assim, os autores indicam que teria havido um aumento de “autorregulação interna das empresas” para garantir “cumprimento (*compliance*) com a regulação financeira”, “ambiental”, “da segurança no local de trabalho e trabalhista” entre outras. No entanto, advertem que a maioria dos estudos tem demonstrado que “as iniciativas autorregulatórias falham nos casos em que não exista pressões preventivas externas, como a possibilidade de sanções (Ayres and Braithwaite, 1991; McCaffrey and Hart, 1998; King and Lenox, 2000; Parker, 2002; Short and Toffel, 2008).”

⁵⁷ Há, inclusive, a possibilidade de fundamentação da função preventiva no Direito Penal de acordo com o *harm principle*. Duff e Marshall ((DUFF, R.A. & MARSHALL, S.E. “Abstract Endangerment”, two harm principles, and two route to criminalisation. In **Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice**. V.3, issue 2, 2015, pp.131-161. (tradução livre)) consideram, inclusive, a existência de dois *harm principles*. O primeiro seria o *Harmful conduct principle*, o qual justifica a criminalização de condutas, desde que causem danos aos outros, assim, a reprovabilidade da conduta (*wrongfulness*) está baseada na existência do dano. O segundo, o *Harm Prevention Principle*, o qual é classicamente formulado por Mill e Feinberg, isto é, a “justificação da criminalização para prevenção do dano a outros”, permitindo a criminalização de “condutas não danosas”. Duff e Marshall consideram que esse último prescinde do requisito da *wrongfulness*, o qual deveria ser intrínseco à conduta, não sendo adequado para justificar a criminalização.

⁵⁸ Fisher, Lange e Scotford (FISHER, Elizabeth. LANGE, Bettina. SCOTFORD, Eloise. **Environmental Law: text, cases and materials**. NY: Oxford University Press, 2019, p.143 e 154. (tradução livre)) indicam que a sanção criminal aparece muito mais com uma função de último recurso, “uma ferramenta poderosa para os reguladores”, mas que, na prática, acaba sendo pouco utilizada. Dá-se preferência às sanções administrativas, as quais permitam aos reguladores articularem-se com os regulados para o “aconselhamento, educação e cooperação”, atividades que podem ser colocadas em risco “diante da ameaça de persecução penal”.

⁵⁹ ASHWORTH, Andrew. **Is Criminal Law a lost cause?** In ASHWORTH, Andrew. *Positive Obligations in Criminal Law*. Hart: Oxford and Oregon, 2013,p.27 (tradução livre)..

Não defendemos a adoção de *regulatory offences* pelo direito brasileiro. A instituição jurídica é intensamente criticada. No entanto, quanto ao Direito Penal no contexto regulatório, temos uma abordagem diversa daquela trazida pela teoria da Acessoriedade Administrativa.

A noção de Direito Penal no contexto regulatório potencialmente aceita uma expansão do objeto de análise, permitindo que outros elementos diferentes dos normativos venham a ser avaliados. E, no que se trata dos deveres de cuidado, essa ampliação do objeto pode favorecer a compreensão do risco em suas diversas dimensões, permitindo maior controle sobre a decisão regulatória que embasa a intervenção penal.

No entanto, também não se está a defender o predomínio da racionalidade da Regulação sobre o Direito Penal. Na própria doutrina inglesa, encontramos entendimentos que impõe limites na relação entre Regulação e Direito Penal. Ashworth⁶⁰ identifica que a própria lei penal é aplicada de modo diferente quando se trata do contexto regulatório. As “agências não consideram “seus” crimes da mesma forma que o *Crown Prosecution Service* considera os crimes “comuns””. As agências consideram “o *ethos*, foco e técnicas” do setor regulado para definir a melhor estratégia para a implementação da regulação. Ashworth⁶¹ considera que a *Law Commission* falha em justificar as “diferenças nas práticas para a persecução penal do *Crown Prosecution Service* e das agências regulatórias”, assim como, questiona a justificativa para “que certos reguladores possam impor multas enormes sem qualquer revisão judicial”.

Essa observação de Ashworth também é relevante para o direito brasileiro, onde a decisão regulatória é excluída do controle judicial mesmo em casos criminais, como demonstraremos no próximo item⁶². Em tal contexto, a racionalidade da Regulação é levada para o Direito Penal, sem a possibilidade de controle judicial. De fato, é importante evitar interpretações radicais que venham a violar os princípios e garantias atrelados à dogmática penal, a partir de uma intromissão indevida da Regulação nessa seara. Tal entendimento já vem sendo indicado em alguns casos do direito inglês. Veja-se que no caso *The Serious Fraud Office v Barclays Plc & Anor*⁶³, houve a consideração de que a responsabilidade criminal dá-se pelos

⁶⁰ ASHWORTH, Andrew. **Is Criminal Law a lost cause?** In ASHWORTH, Andrew. *Positive Obligations in Criminal Law*. Hart: Oxford and Oregon, 2013, p.22. (tradução livre)

⁶¹ Ashworth, A. **Positive Duties, Regulation and the Criminal Sanction.** IN *Law Quarterly Review*, vol. 133, n. October, *Law Quarterly Review*, 2017, pp.11-15 (manuscrito cedido pelo autor) (tradução livre) Aceita que os ilícitos menos graves poderiam receber sanções vindas de estruturas regulatórias, desde que “as multas sejam moderadas ou baixas” e exista a observância “dos princípios do devido processo legal”.

⁶² Cf. 1.2 A relação entre Direito Penal e Regulação de acordo com a Teoria da Acessoriedade Administrativa.

⁶³ *The Serious Fraud Office v Barclays Plc & Anor* [2018] EWHC 3055 (QB) (tradução livre). Nesse julgado, afirma-se que:

(...)67.(...) Além do mais, deve-se considerar (que as considerações políticas as quais pode ter levado a *doctrine of vicarious liability* no Direito dos Danos simplesmente não se aplica da mesma forma ao Direito Penal. Em parte, isso se deve ao enfoque do Direito dos Danos sobre a responsabilidade (e a reparação, geralmente

seus próprios fundamentos, diferenciando-a da civil. Essa análise pode ser bastante interessante para nosso sistema, já que, cada vez mais vemos justificativas para o impedimento de análise das decisões regulatórias na esfera criminal.

A própria *Law Commission*⁶⁴, no direito inglês, também considera que, no “contexto regulatório”, o Direito Penal leva em consideração a própria regulação, já que os “crimes são tão específicos” que apenas “são compreendidos considerando o próprio contexto regulatório”. O que levou a *Law Commission* à conclusão da adequação do instrumento das *regulatory offenses*, já que o próprio contexto regulatório traz em seu bojo, a interpretação possível dos termos, garantindo que “as metas regulatórias” sejam observadas também na aplicação da lei penal. Impede-se que essas ofensas sejam tratadas por leis gerais, sem referência ao contexto regulatório, o que poderia gerar insegurança jurídica e colocar em risco as finalidades regulatórias.

A relação entre Regulação e Direito Penal é ainda mais clara quando se trata da Regulação de Risco, onde há a construção dos deveres de cuidado, específicos para cada setor regulado. Duff e Hörnle⁶⁵, por exemplo, indicam que há uma tendência de criação de tipos penais de perigo já fazendo referência a um “contexto específico”, às “regulações de segurança” de cada setor, as quais tem como finalidade “determinar *standards* e sistemas de supervisão” para o risco.

A complexidade do setor regulado, transparece na definição do esquema regulatório, o qual não pode ser compreendido apenas como um complemento normativo da norma penal, sendo necessário um estudo interdisciplinar sobre o setor e, conforme defendemos, também sobre o tema do “risco”.

No caso inglês, *The Serious Fraud Office v Barclays Plc & Anor*⁶⁶, temos a afirmação de que o caso seria tão complexo, sem que se pudesse indicar “um erro de direito” “claro e

financeira envolvida). Mas, como o Lorde Diplock indica, o foco do Direito Penal é diferente. Com exceção dos casos *strict liability*, o foco é a *culpability*.”

(...)67.(...) Moreover, it is to be borne in mind that the policy considerations which have driven the doctrine of vicarious liability in the law of tort simply do not apply in the same way in criminal law. This is in part because tort is focused on issues of *liability* (and the redress, ordinarily financial, involved). But, as Lord Diplock points out, the focus of the criminal law is different. For, other than in strict liability cases, the focus is on *culpability*.”

⁶⁴ **The Law Commission**. Consultation paper n.195: Criminal Liability in regulatory contexts – a consultation paper, Reino Unido, 2010, pp.20-22, 30 (tradução livre)

⁶⁵ DUFF, Antony & HÖRNLE, Tatjana. **Crimes of Endangerment**. In AMBOS, KAI et al (eds). Core concepts in Criminal Law and Criminal Justice, v. II. Cambridge: Cambridge, 2021, manuscrito fornecido pelos autores, p.10 (tradução livre).

⁶⁶*The Serious Fraud Office v Barclays Plc & Anor* [2018] EWHC 3055 (QB) (tradução livre). Destacamos os seguintes trechos do julgamento:

óbvio”, forçando o magistrado a ler “tanto o julgamento como os argumentos escritos mais de uma vez para compreender as questões”. Tem-se a indicação da complexidade dos casos que envolvem o contexto regulatório, o que exige o conhecimento do contexto regulatório.

Defendemos que a compreensão do que seria o “contexto regulatório” vai além do texto da norma jurídica produzida na Regulação. Verhulst⁶⁷, ao tratar das *regulatory offences* no direito canadense, esclarece que “sentenciar no contexto regulatório deveria ser entendido como parte de um ciclo”, isto é, devem ser consideradas as metas regulatórias, a tomada de decisão regulatória e a implementação das medidas visando tais metas. Essa necessidade de interpretação específica torna-se mais intensa diante da existência de certos tipos de regulação onde *standards* regulatórios, como os deveres de cuidado, não indicam aos “regulados como fazer as coisas”. Nesse caso, não são mais determinados como regras (*design-based*), sendo indicados por conceitos indeterminados para “encorajar comportamentos” com melhor performance. Os regulados “podem ter dificuldades para obedecer a *standards* que não sejam bem delineados”, levando à incerteza quanto ao “o cuidado devido (*due diligence*)”. Sugere que o Poder Judiciário examinasse “a estratégia regulatória”, para indicar “como as sentenças podem ser usadas para auxiliar os réus para determinar, cumprir ou exceder os *standards* regulatórios no futuro”.

Essa tendência de análise específica para preservar a relação entre Direito Penal e Regulação pode ser vista, por exemplo, no anteriormente referido caso inglês *The Serious Fraud Office v Barclays Plc & Anor*⁶⁸, entendeu-se que a análise da *culpability* da pessoa

“13.(...) Como é possível que seja dito que o erro de direito é “claro e óbvio”? A verdade é que, não se pode afirmar isso. De fato, falando por mim mesmo, tive de ler tanto o julgamento como os argumentos escritos mais de uma vez para compreender as questões.”

(“13. (...)How can it possibly be said that any asserted error of law involved is “clear or obvious”? The truth is, it cannot be said. In fact, speaking for myself, I had to read both the judgment and the written arguments more than once just to get a real grip on the issues”)

⁶⁷ VERHULST, Sherie. Legislating a principled approach to sentencing in relation to regulatory offences. In **Canadian Criminal Law Review**. Setembro 2008, v.12, fasc. 3, pp. 283-285 (tradução livre)

⁶⁸ *The Serious Fraud Office v Barclays Plc & Anor* [2018] EWHC 3055 (QB) (tradução livre).

Selecionamos alguns trechos do julgado:

“61. É comum nesse contexto começar com o discurso do Visconde Haldane no caso *Lennard’s Carrying Company Ltd. v Asiatic Petroleum Co. Ltd.* [1915] AC 705 (a case on s. 502 of the Merchant Shipping Act 1894) e sua introdução da noção da pessoa que está “dirigindo a mente e a vontade da pessoa jurídica”. Mas, meu ponto de partida é a decisão da House of Lordes no caso *Tesco v Natrass* (citado acima), o qual era um caso envolvendo o Direito Penal em um contexto regulatório: nesse caso, alegou-se a violação do Trade Description Act 1968 e a defesa disponível na s. 24 do Ato.

(...)⁶⁷(...) Mas de modo contrário, a decisão no *Tesco v Natrass* (juntamente com o caso *Lennard’s*) pode dar a base a um grau de certeza na abordagem requerida. Além do mais, deve-se considerar que as considerações políticas as quais pode ter levado a *doctrine of vicarious liability* no Direito dos Danos simplesmente não se aplica da mesma forma ao Direito Penal. Em parte, isso se deve ao enfoque do Direito dos Danos sobre a responsabilidade (e a reparação, geralmente financeira envolvida). Mas, como o Lorde Diplock indica, o foco do Direito Penal é diferente. Com exceção dos casos *strict liability*, o foco é a *culpability*. ”

jurídica deveria ser feita de acordo com um precedente próprio do “Direito Penal no contexto regulatório” (o caso *Tesco v Natrass*).

Ashworth⁶⁹ também identifica nos contextos regulatórios, além da preocupação da prevenção de certos danos e riscos, a necessidade de obtenção de um resultado positivo consistente na observância das metas regulatórias. Essas duas finalidades são sopesadas pela agência para a aplicação das sanções.

Nesse ponto, é importante enfatizar que a *Law Commission*⁷⁰. considera que a própria legitimidade das *regulatory offenses* é pensada de acordo com a possibilidade de “riscos desnecessários e indesejáveis de dano”, referindo-se às metas regulatórias. Veja-se, por exemplo, que os crimes de “omissões de informação” à agência reguladora são considerados “uma tentativa de obstrução dos objetivos regulatórios”.

Veja-se que, no caso inglês *Moss v The Crown*⁷¹, ao se analisar a *regulatory offence*, houve indicação clara da meta regulatória (“intenção de minimizar o potencial de introduzir encefalopatia espongiforme bovina na cadeia alimentícia humana”), para a interpretação do crime, que se refere à falta de registro dos rebanhos.

É importante frisar que a análise do contexto regulatório na interpretação da norma penal permite que se considere como se dá a tomada da decisão regulatória e o modo de implementação do *standard* pelo regulado. Essa visão é reforçada pelo entendimento de que a Regulação é funcionalista, isto é, a tomada de decisão regulatória visa uma consequência prática. Dessa forma, há a necessidade da consideração dos efeitos práticos, das consequências da conduta do regulado, indo além do entendimento da regulação como complemento da norma penal.

“61. It is common in this context to start with the speech of Viscount Haldane in the case of *Lennard's Carrying Company Ltd. v Asiatic Petroleum Co. Ltd.* [1915] AC 705 (a case on s. 502 of the Merchant Shipping Act 1894) and his introduction of the notion of a person who is "the directing mind and will of the corporation". But I take as my starting point the House of Lords decision in *Tesco v Natrass* (cited above), which was a case involving the criminal law in a regulatory context: in that case, alleged infringement of the Trade Description Act 1968 and the defence available under s. 24 of that Act.

(...)67.(...) But as against that, the decision in *Tesco v Natrass* (read with *Lennard's*) can be said to give rise to a degree of certainty in the required approach. Moreover, it is to be borne in mind that the policy considerations which have driven the doctrine of vicarious liability in the law of tort simply do not apply in the same way in criminal law. This is in part because tort is focused on issues of *liability* (and the redress, ordinarily financial, involved). But, as Lord Diplock points out, the focus of the criminal law is different. For, other than in strict liability cases, the focus is on *culpability*.”

⁶⁹ ASHWORTH, Andrew. **Is Criminal Law a lost cause?** In ASHWORTH, Andrew. *Positive Obligations in Criminal Law*. Hart: Oxford and Oregon, 2013, p.22. (tradução livre)

⁷⁰ **The Law Commission**. Consultation paper n.195: *Criminal Liability in regulatory contexts – a consultation paper*, Reino Unido, 2010, p.13 (tradução livre).

⁷¹ *Moss v the Crown* [2015] EWCA Crim 713.

No caso inglês *Repic Ltd v The Environment Agency*⁷², que apesar de se tratar de um caso cível, analisa a relação da *regulatory offence* e a caracterização do esquema de implementação da regulação como “viável”. Essa análise da “viabilidade” apenas é possível considerando-se os efeitos em concreto do esquema do produtor para o tratamento de resíduo eletrônico e elétrico, tendo como parâmetro as metas regulatórias.

Essa análise dos efeitos concretos da conduta, e, mais precisamente em nosso tema, se o dever de cuidado violado causaria um risco desarrazoado ao objeto da ação, parece adequado também ao sistema romano-germânico. Em nosso sistema, buscamos a tutela de bens jurídicos, o que torna o resultado da conduta algo que embasa a própria legitimidade da intervenção penal. Entretanto, o conceito da Acessoriedade Administrativa, ao tratar da questão em um viés normativo, enfraquece a análise dos efeitos da conduta, a qual depende da análise da especialização técnica da esfera regulatória.

No direito inglês, entretanto, é possível encontrar, na mesma lei que estabelece o crime, a previsão de que o réu poderia provar que a conduta foi realizada de uma forma adequada. No caso *AH Ltd & MR SJ v R*⁷³, admitiu-se essa possibilidade, conforme previsto na *s.40 do Health*

⁷² *Repic Ltd v The Scottish Environment Protection Agency & Anor* [2009] EWHC 2015. Afirma-se que: “36. I have reached the clear conclusion that the use of the word “*equivalent*” (...) In my judgment, the use of the word is intended to ensure that a producer compliance scheme has viable plans to collect no more and no less than is necessary to meet its obligation under Regulation 22. If it does not have viable plans to collect a sufficient amount of WEEE a breach of paragraph 4 will be established. If its plans for collection envisage over-collection there will be a breach of paragraph 4.”

“36. Eu cheguei à conclusão que o uso da palavra “*equivalente*”(…) Considero que o uso da palavra busca garantir que o esquema de *compliance* do produtor planeje recolher nem mais nem menos que o necessário para cumprir com a obrigação da Regulação 22. Se não houver planos viáveis para coletar o suficiente de resíduo eletrônico e elétrico tem-se uma violação ao parágrafo 4. Se houver planos para coletar além do necessário, haverá uma violação do parágrafo 4.

“37. A producer compliance scheme which is in breach of the terms of paragraph 4 will be in breach of a condition of its approval as a producer compliance scheme. That is clear from Regulation 43(i). A producer compliance scheme which contravenes Regulation 43 is guilty of a criminal offence (see Regulation 73(3)).”

37. Um esquema de *compliance* de um produtor, o qual é uma violação dos termos do parágrafo 4 violará a condição de sua aprovação como esquema de *compliance* do produtor. Isso está explícito na Regulação 43(i). Um produtor com um esquema de *compliance*, o qual viole a Regulação 43 é culpado de um crime (veja-se a Regulação 73 (3)).”

⁷³ *AH Ltd & MR SJ v R* [2021] EWA Crim 359. Indicamos alguns pontos relevantes do julgado, que trata do *Health and Safety at Work Act 1974* :

“3. A acusação afirma que a morte seria totalmente evitável e deveria ter sido evitada se as banheiras, os chuveiros e as pias no asilo possuísem Válvula Misturadora Termostática (VMT) as quais sejam regularmente checadas, revisadas e com manutenção. A banheira onde o residente recebeu suas lesões fatais tinha um VMT, mas era do tipo inadequado; não tinha sido revisada; e tinha defeito. Além disso, a equipe que trabalhava na casa de repouso não tinha o treinamento ou supervisão adequado para tomar cuidado dos residente de modo seguro.(...)”

12. A seção 40 trabalha com o ônus de provar os limites do que seria “razoavelmente factível”. Isso significa que “Em qualquer processo cujo objeto seja uma infração prevista na lei, referindo-se a uma falha em desempenhar um dever ou requerimento de se fazer algo ... desde que seja razoavelmente factível... deve o réu provar... que não era razoavelmente factível fazer mais do que de fato foi feito para desempenhar o dever ou o requerimento”.

“3. The prosecution case is that this death was entirely avoidable and would have been avoided if baths, showers and sinks in the care home had been fitted with Thermostatic Mixer Valves (TMVs) which were regularly checked, serviced and maintained. The bath where the resident received her fatal injuries was fitted with a TMV but it was

and Safety at Work Act 1974. Nesse caso, tem-se a “defesa do cuidado devido” (*due diligence defence*) garante a “possibilidade de o réu demonstrar de que todas as precauções razoáveis teriam sido tomadas pelo réu” e de que ele teria exercido a “devida diligência para evitar a crime”⁷⁴.

Percebemos que a ideia do Direito Penal no contexto regulatório traz para a dogmática penal certos aspectos da Regulação, especialmente quanto à noção do risco à meta regulatória. Acaba-se garantindo uma avaliação do resultado da conduta em concreto, especialmente através da “defesa do cuidado devido”.

Como veremos no sistema romano-germânico, há muitos autores que dispensam qualquer possibilidade de defesa dos réus ou de questionamento da acusação quanto à precisão do *standard* estabelecido, baseando-se na dificuldade probatória do nexo de causalidade.

1.2 A relação entre Direito Penal e Regulação de acordo com a Teoria da Acessoriedade Administrativa

A relação entre Direito Penal e Regulação no direito brasileiro, alemão e espanhol tem sido reduzida à relação entre Direito Penal e Direito Administrativo, baseada em uma abordagem normativa. Diferente do que ocorre no sistema anglo-americano, não há análise de como se dá a tomada de decisão regulatória e da forma de sua implementação.

Há, inclusive, aqueles que consideram um despropósito qualquer referência da norma penal a uma norma jurídica que não se origine no Direito Penal. Outros, aceitam essa técnica, embora apenas analisem a questão como uma mera referência da norma penal ao Direito Administrativo. Dificilmente encontra-se a compreensão de que a Regulação não é idêntico ao

not the appropriate type of TMV; had not been serviced; and was defective. Additionally, the staff working at the nursing home were not given adequate training or oversight to ensure they cared for residents in a safe way.

12. Section 40 deals with the onus of proving the limits of what is reasonably practicable. It provides that: “In any proceedings for an offence under any of the relevant statutory provisions consisting of a failure to comply with a duty or requirement to do something... so far as is reasonably practicable... it shall be for the accused to prove... that it was not reasonably practicable to do more than was in fact done to satisfy the duty or requirement.”

⁷⁴ A Law Commission (**The Law Commission**. Consultation paper n.195: Criminal Liability in regulatory contexts – a consultation paper, Reino Unido, 2010, pp.14-15. (tradução livre)) considera que, ao se tratar de responsabilidade penal de pessoas jurídicas, o próprio conceito de *fault* “não seria adequado”, diante de sua “conexão com critérios subjetivos intenção, conhecimento e imprudência”. A conexão entre *fault* e pessoa jurídica é feita por sua “aferição na pessoa de um de seus diretores, com base na *the identification doctrine*”. No entanto, sendo uma “grande organização”, essa identificação acaba sendo um “obstáculo para a acusação”. A “tendência” das leis mais recentes é a de admitir a “limitação da responsabilidade criminal para empresas”, a partir da “análise do cuidado devido e das medidas razoáveis de precaução”. Em certas leis, para se entender se um “diretor é culpável”, considera-se se houve “consentimento ou conivência para o cometimento do crime”, para os casos em que os “diretores foram considerados negligentes”. Opõe-se à “criação de um crime de omissão na prevenção de crimes”, já que se podem “eleger pessoas erradas para essa função”.

Direito Administrativo, sendo que a análise da Regulação como direcionamento de condutas poderia expandir a análise judicial no caso concreto.

No direito alemão, Tiedmann⁷⁵ reconhece a importância da Regulação na sociedade moderna. Considera que a criação dos “espaços em branco” nas leis penais estaria justificada pelas “necessidades regulatórias” como também “por circunstâncias dinâmicas no espaço e no tempo”, considerando adequado delegar à Administração, por exemplo, “as disposições concretas da política econômica”, ficando para o “Legislador o desenvolvimento unitário da política econômica”.

Tiedemann⁷⁶ identifica “lei penal em branco” em “sentido amplo”, com o conceito de “tipos abertos”, “que necessitam de complementação”, para a “descrição da proibição”, o que considera como algo que “geralmente” acontece, já que os “elementos normativos do tipo geralmente remetem às normas” seja jurídicas ou não jurídicas, como as normas técnicas.

Na teoria de Tiedmann, há a noção de que a Regulação poderia trazer a complementação de modo bem delimitado ao tipo penal. Não há referência à Regulação em metas, onde não se declara expressamente “como o regulado deve agir”.

Também no direito alemão, Heine⁷⁷ defende a atuação do Direito Penal nos casos antes limitados ao Direito Administrativo, especificamente para a tutela do meio ambiente. É perceptível que Heine considera o Direito Ambiental como uma arena para ponderação de interesses, como “interesse público” e “desenvolvimento tecnológico”, admitindo-se como lícitos certos “comportamentos danosos” ao meio ambiente.

No entanto, Heine⁷⁸ mantém a análise em um âmbito normativo, restringindo-a à relação entre Direito Penal e Direito Administrativo. Entre os tipos de arranjo entre Direito Penal e Direito Administrativo, importante destacar que Heine defende os casos em que o Direito

⁷⁵ TIEDEMANN, Klaus. La ley penal em blanco: concepto y cuestiones conexas. In **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 37, pp.75-76. (tradução livre)

⁷⁶ TIEDEMANN, Klaus. La ley penal em blanco: concepto y cuestiones conexas. In **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 37, pp.73-75. (tradução livre). Segundo Tiedemann, não haveria “lei penal em branco”, mas “elemento normativo do tipo”, nos crimes tributários.

⁷⁷ HEINE, Günter. Accessoriedad administrativa em el Derecho Penal del Medio Ambiente: análisis funcional y jurídico comparado. Términos jurídicos indefinidos, Alcance de las autorizaciones. In **ADPCP**, 1993, t.46, fasc.1, pp.292-300. (tradução livre)

⁷⁸ HEINE, Günter. Accessoriedad administrativa em el Derecho Penal del Medio Ambiente: análisis funcional y jurídico comparado. Términos jurídicos indefinidos, Alcance de las autorizaciones. In **ADPCP**, 1993, t.46, fasc.1, pp.292-300. (tradução livre). Heine indica três tipos de arranjo entre Direito Penal e Direito Administrativo. O primeiro seria utilizar a sanção penal para garantir as decisões administrativas. Já o segundo, exigiria que houvesse a análise “dignidade penal” de certos bens para legitimar a intervenção penal. E, o terceiro tipo seria o da criação pelo Direito Administrativo dos padrões de risco permitido.

Administrativo determina os “*standards* de proibição” e o risco permitido, de acordo com a “variedade e importância dos interesses, o estado dos conhecimentos das ciências naturais e a avaliação de riscos”. Considera que não há “violação do princípio da legalidade, diante do rápido desenvolvimento das ciências naturais e da técnica”.

Também na teoria de Heine, o *standard* criado pela Regulação é visto como uma regra bem delimitada, sem referência aos casos em que a Regulação cria uma meta cuja forma de cumprimento deve ser concretizada pelo regulado.

No direito espanhol, Silva Sánchez⁷⁹ percebe essa relação entre Direito Penal e Direito Administrativa como “remissão normativa”, onde haveria a “incorporação da infração de normas extrapenais” pode dar-se de duas formas. A primeira seria a de “leis penais em branco”, quando o tipo faz “referência expressa a certa regulação”. A segunda seria de “elementos normativos” de “conteúdo jurídico”, nos casos de “remissões interpretativas”, isto é, “conceitos definidos por outros ramos do ordenamento jurídico” ou como “elementos de valoração global da conduta ou do dever jurídico”.

Silva Sánchez critica essa técnica da lei penal em branco, pois as remissões à regulação podem criar tensões para “a estabilidade do texto jurídico-penal”, como também a sua “constante adaptação a novas formas de proteção”. Embora aceite o “reenvio” à “normas de nível inferior”, a “atos administrativos” ou às “normas técnicas ou ético-jurídicas de autorregulação”.

Silva Sánchez⁸⁰ chega a reconhecer uma “acentuada a dimensão regulatória do Direito Penal”, que acabaria indicando uma função preventiva a ser considerada além de sua função característica “retributiva-repressiva”. Essa função preventiva seria um “mecanismo de reforço das estratégias estatais de prevenção de riscos”. Apesar de reconhecer essa influência da Regulação no Direito Penal, limita o tema ao que denomina de “Administrativização” do Direito Penal, isto é, restringe a questão à influência do Direito Administrativo ao Direito Penal.

Na teoria de Silva Sánchez, não há qualquer menção à Regulação como algo além de Direito Administrativo, sendo essa relação considerada pelo viés normativo. Sendo assim, não abre possibilidades para a análise dos efeitos concretos das condutas, considerando as metas regulatórias.

⁷⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **Tema2: La Legislación penal económica**. In SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria (dir). *Lecciones de Derecho Penal Económico y de la empresa: parte general y especial*, Barcelona: Atelier, 2020, pp.51-52. (tradução livre)

⁸⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Introducción al Derecho Penal económico-empresarial*. (parte I-III) SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria (dir). **Lecciones de Derecho Penal Económico y de la empresa: Parte General y Especial**. Barcelona: Atelier, 2020, p. 36. (tradução livre)

No entanto, a análise de Silva Sánchez lembra em muito a de Ashworth no direito inglês. Ashworth⁸¹ apresenta duas funções do Direito Penal inglês, sendo uma “declarar e proibir” as condutas ilícitas mais graves que “justifiquem a censura da condenação e punição”; e, a outra função, “reforçar” a Regulação de “natureza civil ou administrativa”⁸². A Regulação é reconhecida como “uma forma de controle”, já que também “limita a liberdade”, a qual pode ser analisada em termos “consequencialistas”, isto é, de acordo com seus efeitos empíricos sobre as condutas não desejadas, referindo-se à efetividade da sanção.

⁸¹ ASHWORTH, A. **Positive Duties, Regulation and the Criminal Sanction**. IN Law Quarterly Review, vol. 133, n. October, Law Quarterly Review, 2017, pp.11-15 (manuscrito cedido pelo autor) (tradução livre).

⁸² Baldwin e Cave (BALDWIN, Robert & CAVE, Martin. **Understanding Regulation: theory, strategy and practice**. Oxford: Oxford, 1999, p. 35. (tradução livre)) indicam que “a essência da regulação *command-and-control* (comando e controle) é exercer influência impondo *standards*, apoiados em sanções criminais”. Consideram que a grande vantagem seria “usar a força do Direito” para impor *standards*. Quanto a uma abordagem política, consideram que o “governo está tomando uma posição clara”, o que acaba indicando ao público que “o poder do Direito vem sendo usado de modo prático e simbólico para o proteger”.

Cole e Grossman (COLE, Daniel H. & GROSSMAN, Peter Z. "When Is Command-and-Control Efficient? Institutions, Technology, and the Comparative Efficiency of Alternative Regulatory Regimes for Environmental Protection". In **Articles by Maurer Faculty**, n 590, 1999, pp.892-3, 935-6. (tradução livre)) promovem a efetividade das técnicas de comando-e-controle em comparação das técnicas baseadas em incentivos econômicos. Concluem que os “custos de instituição de incentivos” econômicos para o controle da poluição “podem ser excessivamente altos”, apesar “das vantagens teóricas”, devendo se considerar os “o contexto histórico” e social da Regulação. Cole e Grossman entendem que há certos “contextos institucionais”, por motivos “ideológicos, políticos, jurídicos, sociais, históricos, administrativos, motivacionais, informacionais, de fiscalização, implementação” que os instrumentos de comando-e-controle são mais adequados. Concluem que, considerando os “custos institucionais e tecnológicos” as regulações de comando-e-controle não são “ineficientes” em comparação com “incentivos econômicos teóricos”, especialmente nos casos de “altos custos de fiscalização”.

Quanto à efetividade da sanção regulatória, no Brasil, há uma série de questionamentos⁸³ quanto à imposição de multas, o que tem reforçado o argumento pela tutela penal, embora consideramos que essa não deve ser a melhor alternativa⁸⁴.

⁸³ É de se considerar, portanto, que as pesquisas empíricas que concluem pela inefetividade do Direito Administrativo Sancionador no Brasil. É o caso da “fiscalização ambiental para o controle do desmatamento da Amazônia” de Schimitt (SCHIMITT, Jair. **Crime sem castigo: a efetividade da fiscalização ambiental para o controle do desmatamento ilegal na Amazônia**. Tese de Doutorado apresentada no Centro de Desenvolvimento Sustentável. Universidade de Brasília. Brasília, 2015, p.172.), que conclui: “Por último, foi possível responder ao problema principal da pesquisa, ou seja, se o poder coercitivo administrativo do Estado, exercido por meio da atividade de fiscalização ambiental federal, tem efetividade para o controle do desmatamento ilegal na Amazônia. O estudo mostrou que a hipótese apresentada é válida, pois o Estado não consegue promover a dissuasão necessária para evitar que tais ilícitos ambientais ocorram. Ocorre que o efeito dissuasório promovido pela fiscalização ambiental não é elevado o suficiente para influenciar a mudança plena de comportamento e impedir todo o desmatamento ilegal, mas pode influenciar circunstancialmente parte dos atores que realizam esse desmatamento e que são mais suscetíveis a nível de dissuasão gerado, o que explica a tendência de redução nas taxas anuais de desmatamento no período de 01.08.2008 a 31.07.2013. Complementarmente, alguns eventos também podem influenciar essa redução como as apreensões de bens e produtos envolvidos nas infrações ambientais, o que pode promover a descapitalização imediata dos infratores e, o embargo das áreas onde ocorrem as infrações por desmatamento ilegal, o que pode transferir risco ao mercado e reduzir as oportunidades de negócio para aqueles que desmatam ilegalmente.”

Como também, o principal instrumento do Direito Administrativo Sancionador, a sanção pecuniária, é executada por um ineficiente procedimento judicial, a execução fiscal. Como afirmam Moreira e Galdino (MOREIRA, André Mendes & GALDINO, Breno Santana. Congestionamento judiciário e execução fiscal: a falta de interesse processual em débitos de baixo valor. In **Revista ABRADT Fórum de Direito Tributário**. Ano 04, jan-junho de 2020, p. 132), “o regime previsto na Lei 6830/1980, assim, é anacrônico em diversos pontos, não conseguindo dar instrumentos eficientes para a persecução dos créditos.”. Consideram que parte dessa “ineficiência” dessa lei, tida pelos autores, como anacrônica, por “não ter conseguido acompanhar as mudanças comportamentais dos mercados e seus consideráveis avanços científicos, principalmente a partir da década de 90”.

Os autores indicam a publicação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), “Justiça em Números”, analisemos a edição mais recente, referente ao ano de 2019 (Conselho Nacional de Justiça. Poder Judiciário. **Justiça em números 2020**. Brasília, 2020, pp. 155-6), na qual se afirma, “Historicamente as execuções fiscais têm sido apontadas como o principal fator de morosidade do Poder Judiciário. O executivo fiscal chega a juízo depois que as tentativas de recuperação do crédito tributário se frustraram na via administrativa, provocando sua inscrição na dívida ativa. Dessa forma, o processo judicial acaba por repetir etapas e providências de localização do devedor ou patrimônio capaz de satisfazer o crédito tributário já adotadas, sem sucesso, pela administração fazendária ou pelo conselho de fiscalização profissional. Desse modo, acabam chegando ao Judiciário títulos de dívidas antigas e, por consequência, com menor probabilidade de recuperação. Os processos de execução fiscal representam 39% do total de casos pendentes e 70% das execuções pendentes no Poder Judiciário, com taxa de congestionamento de 87%. Ou seja, de cada cem processos de execução fiscal que tramitaram no ano de 2019, apenas 13 foram baixados. Desconsiderando esses processos, a taxa de congestionamento do Poder Judiciário cairia em 8,1 pontos percentuais, passando de 68,5% para 60,4% em 2019. (...)O tempo de giro do acervo desses processos é de 6 anos e 7 meses, ou seja, mesmo que o Judiciário parasse de receber novas execuções fiscais, ainda seria necessário todo esse tempo para liquidar o acervo existente.”.

Silveira (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. As duas faces de Janus: A criminalização e a descriminalização do Direito Ambiental. in SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva (criminalista do século)**. São Paulo: Método, 2001, pp.297-308) indica que também o Direito Penal Ambiental teria um “déficit de execução”, diante da presença de cifras negras e da seletividade dos condenados, basicamente, os “pequenos infratores”. Afirma que, na Alemanha, a queda das infrações ambientais estaria relacionada “à maior vigilância policial”, como também à “vontade política para tutela do meio ambiente”.

⁸⁴ Duff, Farmer, Marshall, Renzo, Tadros (DUFF, RA- FARMER, Lindsay – MARSHALL, S. E. – RENZO, Massimo – TADROS, Victor. Introduction- Towards a theory of Criminalization? In DUFF, RA- FARMER, Lindsay – MARSHALL, S. E. – RENZO, Massimo – TADROS, Victor. **The political morality of the Criminal Law**. Oxford University: Oxford, 2014, pp.24-25. (tradução livre)) considera que o Direito Penal em um contexto regulatório deve-se manter como *ultima ratio*, sendo que o “Direito Penal apenas poderia ser usado depois que as demais medidas disponíveis, tenham sido aplicadas e mostraram-se ineficientes”, e, ainda, que a intervenção penal apenas seria adequada quando dispor de uma “resposta proporcional”. Assim, concluem que o recurso ao direito

Também no direito espanhol, a tese de Corcoy Bidasolo⁸⁵ é muito interessante, porque seu conceito de Direito Penal Acessório aproxima-se das noções presentes no direito inglês de “Direito Penal no contexto regulatório”. Corcoy Bidasolo percebe que o “Direito Penal Acessório” trata de “novos riscos”. Esse Direito Penal Acessório refere-se, formalmente, à legislação penal especial, que estaria “fora do Código Penal”. E, materialmente, esse conceito refere-se às áreas em que há ausência de “clara consciência da antijuridicidade social” desses novos crimes, tidas como neutras pela sociedade, “do ponto de vista ético-valorativo”, sendo próprio para setores em que já exista “controle por parte das autoridades administrativas”. No entanto, Corcoy Bidasolo não se aprofunda na análise dos métodos de Regulação.

No direito brasileiro, as teses também refletem a relação entre Direito Penal e Regulação, considerando a Regulação como Direito Administrativo.

Greco⁸⁶, por exemplo, questiona: “Não seria mais fácil que o legislador houvesse omitido qualquer referência ao direito administrativo ao formular o dispositivo penal?”. A teoria da “acessoriedade administrativa”, segundo Greco, indica a relação entre o Direito Penal e o Administrativo, existindo no Direito Penal Econômico e no Ambiental. Aceita três tipos de acessoriedade. A primeira seria a “conceitual” quando o direito penal usa conceitos do direito administrativo. A segunda seria a “acessoriedade ao ato administrativo”, quando o tipo penal fizer “referência a um ato administrativo concreto”, “como licença, permissão e autorização”. Já a terceira “a acessoriedade ao direito administrativo”, quando houver a remissão a um “ato administrativo de alcance geral” (“decreto, resolução ou portaria”).

Greco⁸⁷ critica a acessoriedade administrativa, baseando-se em uma potencial tensão com o princípio da legalidade, já que o Legislador poderia “por meio de tais remissões, relegando à administração a competência para definir quais comportamentos são puníveis”, principalmente nos casos em que o próprio “ato administrativo for viciado”.

Outra tese de referência no direito brasileiro é a de Costa⁸⁸, que se mostra crítica ao controle judicial das decisões regulatórias no processo criminal. Costa identifica Regulação

penal possui um maior “ônus de justificativa” para confirmar sua legitimidade, que os demais tipos de “regulação jurídica”.

⁸⁵ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. **Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos**. In MIR PUIG, Santiago & CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (direc.). Política criminal y reforma penal. Buenos Aires: B de f. 2007, pp. 33-54. (tradução livre)

⁸⁶ GRECO, Luís. A relação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo no Direito Penal Ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa in **RBCCRIM** n. 58, 2006, pp.155, 159-160.

⁸⁷ GRECO, Luís. A relação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo no Direito Penal Ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa in **RBCCRIM** n. 58, 2006, pp.155 e 193.

⁸⁸ COSTA, Helena Regina Lobo da. **Os crimes ambientais e sua relação com o Direito Administrativo**. In VILARDI, Celso Sanchez – PEREIRA, Flávia Rahal Bresser – NETO, Theodomiro Dias. Direito Penal Econômico: Análise Contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2010, pp.189-225.

com Direito Administrativo, que traria “conhecimentos técnicos específicos”, como também “decisões políticas” na ponderação entre “proteção ambiental e objetivos econômicos”. Falando especificamente sobre o Direito Ambiental, entende as referências na norma penal ao Direito Ambiental como uma forma de evitar “tipos específicos”, que trouxessem “em seu bojo todo o detalhamento da matéria ambiental”. Considera que o correto seria “assessoriedade administrativa”, entendendo que o Direito Penal é “socorrido, assessorado” pelo Direito Administrativo, “sem que se torne dele dependente”. Essa situação ocorreria “nos crimes ambientais, tributários e de trânsito”, entre outros.

Costa⁸⁹ conclui que não caberia ao juiz criminal definir conceitos e questionar os *standards* regulatórios, mesmo nos casos em que “não conste da redação do tipo penal” qualquer “referência ao direito administrativo”. Garante que se deixada a análise de “dano ou a colocação em perigo” dos bens jurídicos para que o juiz decida no caso concreto, apenas haverá a “realocação” da questão para a definição da causalidade e se criará uma instrução probatória complexa. No entanto, defende a “relativa independência das instâncias”, onde o “direito penal se vincula parcialmente às decisões ou aos dados do direito administrativo, mas possui, também espaço para analisar, com base em seus próprios critérios, diversos aspectos”.

Infelizmente, Costa dispensa a análise empírica a ser comprovada por provas técnicas, que possivelmente trariam elementos para a análise pelo Direito Penal de modo autônomo das decisões regulatórias e da sua implementação no caso concreto.

Também no direito penal brasileiro, Silveira⁹⁰ admite que há a tendência de uma fusão entre direito penal e administrativo, sendo essa um obstáculo para a “interpretação das normas econômicas, fiscais, de mercados de valores ou mistas, como são exemplos as leis de regularização cambial e tributária”. Dessa forma, acredita que, para se compreender o Direito Penal, exige-se conhecimento do Direito administrativo, o qual aparece na dogmática penal pela aceitação dos tipos abertos de Welzel, assim como da teoria dos elementos de valoração global de Roxin.

Silveira⁹¹ identifica uma “nova intensidade” na relação entre Direito Administrativo e Direito Penal, chegando-se a considerar “uma dependência absoluta”, nos casos em que “se

⁸⁹ COSTA, Helena Regina Lobo da. **Os crimes ambientais e sua relação com o Direito Administrativo**. In VILARDI, Celso Sanchez – PEREIRA, Flávia Rahal Bresser – NETO, Theodomiro Dias. *Direito Penal Econômico: Análise Contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp.189-225.

⁹⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Crise Econômica e reflexos penais: leis penais em branco, compliance fiscal e regularização de ativos**. In SILVEIRA, Renato de Mello Jorge & SAAD-DINIZ, Eduardo. *Repatriação e crime: aspectos do binômio crise econômica e direito penal*. Belo Horizonte: D’Placido, 2017, pp.81-116.

⁹¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Crise Econômica e reflexos penais: leis penais em branco, compliance fiscal e regularização de ativos**. In SILVEIRA, Renato de Mello Jorge & SAAD-DINIZ, Eduardo. *Repatriação e crime: aspectos do binômio crise econômica e direito penal*. Belo Horizonte: D’Placido, 2017, pp.81-116.

transformar a seara penal em mero campo de simples execuções de pretensões administrativas” ou uma “dependência relativa”, nos casos em que a norma administrativa tratar do “campo proibido e permitido”, fixando o “risco permitido”, sendo mais “raros” os casos em que o Direito Penal veja-se “totalmente autônomo”.

Devemos dar um destaque à tese de Schünemann⁹² proveniente do direito alemão. Em sua tese, o professor alemão esclarece que as decisões regulatórias trazem em si “decisões valorativas materiais”, as quais são responsáveis pela “delimitação da zona de proibição”, isto é, seriam a “base para as valorações especiais do Direito Penal!”. A Regulação é vista por ele como o “ordenamento jurídico mais adequado”, o qual “cria a relevância jurídica das estruturas sociais”, essas “valorações prévias” trazidas pela Regulação devem ser observadas pelo Direito Penal. Sendo assim, percebe a “contradição” em se menosprezar a Regulação, considerando-a meramente formal, para, depois, usar as decisões regulatórias como base para o desenvolvimento da valoração jurídico-penal.

Essa posição nos parece diferente das demais porque ressalta que a Regulação não é meramente formal, mas traz em si um conteúdo material. A teoria da acessoriedade administrativa parece-nos muito focada na análise formal, normativa, da questão.

Em nosso tema específico dos deveres de cuidado, o mais comum é a análise da questão da lei penal em branco, isto é, do complemento trazido pela regulação identificada como direito administrativo à norma jurídica penal. Assim, esse enquadramento (*framing* como dizem os ingleses) do tema já induz o estudioso a uma análise meramente formal, normativa. Essa teoria não admite a análise jurídica sobre os juízos de valor presentes na decisão regulatória ou da abordagem interdisciplinar necessária para a construção do conceito de risco.

⁹² Schünemann (SCHÜNEMANN, Bernd. **Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia: con una aportación a la metodología del Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2009, pp. 265-270 (tradução livre)) apresenta um conceito de acessoriedade administrativa que faz referência entre o caráter secundário do Direito penal. O “caráter secundário do Direito Penal” trata da “situação meta-jurídico-penal”, a qual indica que “o Direito Penal está basicamente circunscrito a castigar aquelas ações cuja antijuridicidade se deflui dos demais ramos jurídicos”. Nesse caso, a acessoriedade administrativa, que trata da assunção “sem modificações”, dos “conceitos criados pelos demais ramos jurídicos. Indica três tipos de acessoriedade administrativa. O primeiro seria dos casos em que o “Direito Penal é estritamente acessório”, buscando os conceitos em outros ramos jurídicos. O segundo refere-se aos casos em que o “Direito Penal constrói um conceito totalmente independente”, que “não leva em conta os demais ramos jurídicos”. E, por fim, os casos em que o Direito Penal considera que “o outro ramo jurídico representa o ordenamento valorativo pré-jurídico-penal”, que será a base para a atuação jurídico-penal, embora o Direito Penal realize modificações nessas estruturas jurídicas, tendo em vista seus próprios “objetivos”. Adverte que, a “acessoriedade não significa” a “limitação preexistente do Direito Penal”, mas a “vinculação do Direito Penal ao ordenamento meta-jurídico penal de base”. Conclui que a relação entre o Direito Penal e a Regulação jurídica seria considerar as “decisões valorativas materiais” da Regulação como uma base para “as valorações especiais do Direito Penal”, selecionando dentre as ações tidas como antijurídicas pela regulação, aquelas capazes de requerer sanções penais.

E, ao se analisar a decisão regulatória apenas formalmente, acaba-se por defender a ausência de controle judicial sobre as decisões regulatórias. É comum, conforme indicamos, o argumento de que a decisão regulatória é um campo de controle absoluto dos especialistas, sem que se considere o papel do Direito como faz Fisher⁹³, também no Direito Penal. Essa constatação é ainda intensificada quando tratamos de deveres de cuidado estabelecidos por agências reguladoras, onde se tem uma aura de imparcialidade e saber científico, sendo identificada com o ontológico, neutro.

Devemos ressaltar que no direito norte-americano, há a possibilidade de revisão da decisão das agências no Direito Penal, isto é, não há aplicação da doutrina Chevron ao Direito Penal, como bem afirma Greenberg⁹⁴. É nesse sentido a decisão do caso *US v McGOFF*⁹⁵, onde se afirma que: “a lei criminal deve ser clara. Há menos espaço para flexibilidade da lei,(...) Para resumir, nós estamos bem longe do território do caso Chevron aqui.”.

No passado, uma ideia semelhante foi aplicada quando se tratou do ontológico na teoria de Welzel, quanto às lógico-objetivas de Welzel, conforme indicado por Roxin. Roxin⁹⁶ critica o uso dessas estruturas lógico-objetivas, uma referência ao empírico na teoria finalista, como uma forma de escamotear os possíveis problemas dos deveres de cuidado, “já que a melhor maneira de tornar algo inatacável seria baseá-lo em algo objetivo, não modificável”, tornando-o “blindado contra críticas”. Atualmente, consideram-se as decisões regulatórias das agências reguladoras, assim como as de órgãos técnicos privados, como uma expressão do “imutável” saber científico. Justifica-se, dessa forma, a criação de uma exceção ao controle judicial e a submissão do Direito Penal às suas escolhas, sendo cada vez mais difícil abrir-se a possibilidade de sua crítica.

Devemos indicar que, embora possamos traçar diferenças já teóricas entre a Acessoriedade Administrativa e a análise do Direito Penal no contexto regulatório, é na análise de casos que percebemos as principais diferenças entre as abordagens.

⁹³ Cf. Cap. 3. Da construção do risco através da Regulação de risco.

⁹⁴ GREENBERG, Sanford N. "Who Says It's a Crime: Chevron Deference to Agency Interpretations of Regulatory Statutes That Create Criminal Liability." In **University of Pittsburgh Law Review**, vol. 58, no. 1, Fall 1996, pp. 1-70 (tradução livre)

⁹⁵Estados Unidos. Court of Appeals. District of Columbia Circuit. n. 87-3005. Decisão em 13/10/1987, p.1077(tradução livre), conforme citado por Levine (LEVINE, Justin. "A Clash of Canons: Lenity, Chevron, and the One-Statute, One-Interpretation Rule." In **Georgetown Law Journal**, vol. 107, no. 5, May 2019, p.1435 (tradução livre)).

⁹⁶ ROXIN, Claus. **Teoria del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico**. Depalma: Buenos Aires, 1979, p. 121,134 e 168 (tradução livre).

É o que se deu, por exemplo, no caso do Superior Tribunal de Justiça, Resp 1439150/RS⁹⁷, onde não se aceitou a alegação da defesa de necessidade de prova pericial para atestar a impropriedade, perigo ou nocividade do produto transportado, pois o voto do relator considerou que “a violação da norma constitui a criação de um risco não permitido, culminando com o desvalor da ação, na lesão ao dever de cuidado objetivo”⁹⁸. Dessa forma, impede a análise do efetivo risco a ser produzido no caso em concreto, impedindo o controle judicial das normas de direito administrativo.

Essa análise dos efeitos práticos da conduta em relação à meta regulatória impõe-se em certos casos, mesmo com os obstáculos criados pela teoria da Acessoriedade Administrativa, a ser fundamentada com base no princípio da proporcionalidade.

No acórdão do Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp n. 1.913.289/RS⁹⁹, considerou-se atípica a conduta de portar “munição, em quantia ínfima”, “duas munições calibre 38”, sem a existência de intenção de comercialização como também sem apreensão de arma de fogo. Nesse caso, considerou-se que haveria violação do princípio da proporcionalidade na condenação criminal por essas condutas, mesmo tendo havido violação à regulação setorial, sendo considerado “crime impossível pela ineficácia absoluta do meio”.

Temos também o exemplo do acórdão do Superior Tribunal de Justiça AgRg no AgRg no Recurso em HC n. 148516-SC¹⁰⁰. Nesse caso, foi considerada atípica a conduta de portar arma sem a guia de trânsito. O porte de arma sem a guia de trânsito é uma violação à regulação, prevista no art. 247 do Decreto 3665/2000, criminalizada pelo art. 14 da Lei 10.826 de 2003. No entanto, nesse julgado, considerou-se como desproporcional a sanção penal, já que o réu possuía a guia de tráfego, assim como o registro da arma, tendo apenas “esquecido de levar consigo a referida guia”, enquanto “se deslocava da sua residência para o clube”. No acórdão, o relator considera que teria ocorrido a “simples ausência de cumprimento de uma formalidade”, isto é, analisou-se o efeito prático da conduta, concluindo-se que “não praticou nenhum ato que pudesse colocar em risco a incolumidade de terceiros”.

⁹⁷ Brasil. Superior Tribunal de Justiça - REsp: 1439150 RS 2014/0047232-9, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 05/10/2017, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/10/2017. (grifo nosso)

⁹⁸ Voto do Relator, pp. 10-11 In Brasil. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1439150 RS 2014/0047232-9, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 05/10/2017, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/10/2017.

⁹⁹ Brasil. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp n. 1.913.289/RS, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 8/6/2021, DJe de 17/6/2021.

¹⁰⁰ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AgRg no RHC n. 148.516/SC, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 9/8/2022, DJe de 15/8/2022

O relator analisou o esquema regulatório, tanto as normas jurídicas penais como não penais, assim como os efeitos práticos da conduta, para considerar se a conduta do agente possuía dignidade penal.

Em outro acórdão do Superior Tribunal de Justiça o REsp n. 1.972.092/SP¹⁰¹, houve análise do contexto regulatório, quando se tratou de salvo-conduto para o “cultivo doméstico de *cannabis sativa* para fins medicinais”. No acórdão, o relator trata da regulação do tráfico de drogas, indo além da análise do art. 33 da lei 11343/06 como mera norma penal em branco. Justifica a concessão do salvo conduto, considerando a regulação das drogas, referindo-se à Portaria 344/98 da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, que prevê a substância como “substância entorpecente”. Analisa a tomada de decisão regulatória, como a autorização dos pacientes pela Anvisa para a importação de remédios a base de canabidiol. Trata da análise dos especialistas sobre a questão técnica, isto é, dos laudos de médicos apresentados pelos impetrantes que indicam a necessidade do medicamento. Faz uma análise da regulação setorial, indicando a ausência da resolução específica sobre o tema no direito brasileiro. E, por fim, realiza um juízo de valor, ponderando dois interesses presentes no caso concreto, concluindo que “a ausência de segurança, de qualidade, de eficácia ou equivalência técnica e terapêutica da substância preparada de forma artesanal” seria uma expressão da “autonomia de cada um deles para escolher o tratamento de saúde que lhes corresponda às expectativas de uma vida melhor e mais digna”.

Outro exemplo seria o dos crimes tributários e a dificuldade em se tratar o contexto regulatório tributário. A insuficiência da teoria da Acessoriedade Administrativa apresenta-se pela própria origem jurisprudencial do desenvolvimento da relação entre Direito Tributário e Direito Penal. Veja-se o caso do art. 168-A do CP, em que se entendeu tratar de um “crime material”, apenas para que se exija a análise do contexto regulatório pelo juiz criminal, exigindo a prévia constituição do débito tributário pela Administração tributária. Esse método foi estabelecido em um famoso julgado do Supremo Tribunal Federal¹⁰². Ou, ainda, em acórdão do Superior Tribunal de Justiça¹⁰³, no qual se decidiu a exigência da suspensão do processo criminal, para que se finalizasse uma ação cível que tratava da exigibilidade do crédito tributário.

¹⁰¹Brasil. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.972.092/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 30/6/2022.

¹⁰²BRASIL. Supremo Tribunal Federal, AgRg no Inq 2.537/GO, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 13-06-2008.

¹⁰³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 266.462/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, relatora para acórdão Ministra Regina Helena Costa, Quinta Turma, julgado em 25/2/2014, REPDJe de 30/4/2014, DJe de 12/03/2014.)

Como também podemos citar o crime de gestão temerária¹⁰⁴ de instituição financeira, o qual apenas encontra uma compreensão adequada do tipo penal se analisado juntamente com o contexto regulatório, ou, como afirmado na decisão do Resp 1.613.260 – SP no Superior Tribunal de Justiça¹⁰⁵, exige que o juiz criminal analise se o “agente, conhecendo as circunstâncias de seu agir,” violou a Regulação setorial tida como “as normas regentes de sua condição de administrador da instituição financeira”.

A necessidade de análise crítica do contexto regulatório, surge pela própria sensibilidade dos magistrados. No entanto, tais decisões não indicam uma tendência da jurisprudência, sendo apenas pontuais ou restritas a certos crimes.

No acórdão AgRg no HC n. 626.888/MS¹⁰⁶ do mesmo Superior Tribunal de Justiça, considerou-se como típica a conduta de portar arma de fogo totalmente “inapta para produzir disparos” e duas munições. Essa decisão está alinhada com o entendimento previsto no acórdão do STJ AgRg no HC n. 729.926/PR¹⁰⁷, que indica que não há necessidade de perícia para analisar a “potencialidade lesiva do armamento”, o qual considera que a “segurança pública” seria colocada em risco diante do “porte ou posse de munição, ainda que desacompanhada de arma de fogo”. Esse entendimento existe mesmo que se considere que, havendo prova pericial indicando a “inaptidão da arma para produzir disparos”, não haveria crime, conforme o AgInt no REsp n. 1.788.547/RN¹⁰⁸.

Nesse caso, a ausência da declaração expressa da meta perseguida pela regulação referente ao porte e posse de arma de fogo, dificulta até mesmo a identificação do bem jurídico; e, conseqüentemente, a interpretação da norma penal. O intérprete perde o norte para a interpretação do tipo penal, criando a possibilidade de decisões contraditórias.

O mesmo se deu no acórdão AgRg no REsp n. 1.960.147/SP¹⁰⁹ do Superior Tribunal de Justiça, que trata do crime de “guardar, manter em depósito e vender cigarros com selo

¹⁰⁴ BRASIL. Lei 7492/86. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional. DOU 18/06/1986. Art. 4: “Art. 4º Gerir fraudulentamente instituição financeira:

Pena - Reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa.

Parágrafo único. Se a gestão é temerária:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.”

¹⁰⁵ Brasil. Superior Tribunal de Justiça – Resp: 1.613.260 - SP 2016/0062668-9 Relator: Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, julgado em 09/08/16.

¹⁰⁶ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC n. 626.888/MS, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 2/8/2022, DJe de 8/8/2022.

¹⁰⁷ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC n. 729.926/PR, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 17/5/2022, DJe de 20/5/2022.

¹⁰⁸ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp n. 1.788.547/RN, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 2/4/2019, DJe 16/4/2019

¹⁰⁹ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp n. 1.960.147/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 21/6/2022, DJe de 27/6/2022.

falsificado destinado ao controle tributário federal”. Por se tratar de uma violação da regulação tributária, o juiz deveria analisar o valor dos tributos sonegados para se considerar a punição criminal. No entanto, desconsiderou-se o contexto regulatório em que se dá o crime, mesmo com a referência no próprio acórdão, de que se trata da “regularização fiscal das mercadorias expostas à venda, perante o Fisco e os particulares”. No caso, preferiu-se interpretar que haveria uma tutela à “fé pública”, afastando a análise do valor do tributo sonegado.

Dessa forma, nós defendemos a análise do contexto regulatório em que se situa tal crime, assim como as análises interdisciplinares que fundamentam as avaliações de risco permitido. Análises baseadas apenas na teoria penalista, sem fazer referência à Regulação de Risco, tem como defeito trágico¹¹⁰ ignorar precisamente o que fundamenta a norma, isto é, a prevenção de riscos potencialmente desastrosos para a sociedade. Sem que o intérprete considere a meta regulatória, o motivo para a criação da regulação, pode-se entender como “mera violação de disposição administrativa” o que se trata de peça fundamental no sistema de prevenção de risco ou identificar como risco a mera violação da norma jurídica.

Parece que nos deparamos com um dos casos em que a Ciência do Direito Penal, com estudos apenas normativos, não se mostra como suficiente para dar uma solução concreta especialmente considerando a multidimensionalidade do risco e o método interdisciplinar da Regulação. Prantl¹¹¹, inclusive, conclui que “uma Ciência que só gera frutos para si mesma é inútil”. Resta-nos questionar se seria possível uma análise comparativa entre Regulação de Risco e Direito Penal funcionalista, tema que trataremos a seguir.

¹¹⁰ Defeito trágico (*tragic flaw*), nesse contexto, é trazida por nós como uma referência à ideia aristotélica de *hamartia*, que trata de um “erro o qual é derivado de uma ignorância de alguma evidência material ou circunstância” ou “agir cegamente para seu próprio mal” conforme Hyde (HYDE, Isabel. **The tragic law: is it a tragic error?** In *The modern language review*, julho de 1963, v. 58, n. 3, pp. 321-324 (tradução livre). Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/3721422>. Acesso em 27/12/21).

¹¹¹ Prantl (PRANTL, Heinbert. *La ciencia alemana del Derecho Penal debe aprender a hablar*. In ESER, Albin – HASSEMER, Winfred – BURKHARDT, BJÖRN. **La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio**. Valencia: tirant lo blanch, 2004, pp. pp.368-9, 371, 374 (tradução livre)) afirma que a “Ciência do Direito Penal” não tem nenhuma repercussão na opinião pública. Já os economistas consideram-se muito mais que “meros assessores da Política”, imaginando que sua meta seria “escrever eles mesmos as leis”, e a “opinião pública os trata como se houvessem chegado a esse ponto”. Assim, conclui que a Economia é hoje “parte da política”, o que o Direito Penal está “distante anos-luz” de ser. Os economistas atualmente, segundo Prantl, acabam definindo quais metas de políticas públicas “são importantes e quais não”, o que seria uma conversão de “competência técnica” em “atrevimento”, porque passa a influenciar a política. A “pouca ou nenhuma” influência do Direito Penal na política deve-se ao fato de que o “Direito Penal não se faz notar nem entender” pelo público, assim, “não faz justiça a sua responsabilidade pública”.

Também para Burkhardt (BURKHARDT, Björn. *Dogmática penal afortuna y sin consecuencias*. In ESER, Albin – HASSEMER, Winfred – BURKHARDT, BJÖRN. **La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio**. Valencia: tirant lo blanch, 2004, pp. 171 e 174. (tradução livre)) afirma que a “qualidade extradogmática da dogmática jurídico penal” não é nem avaliada. Refere-se às questões de “capacidade de resolução de problemas, eficiência, funcionalidade, aceitabilidade, custos sociais.”. Indica que “conclusões mais precisas apenas seriam obtidas através de investigações sociológicas”, as quais, segundo o autor, não existem na Alemanha.

1.3 Funcionalismo teleológico e Regulação de Risco: possibilidades dos diálogos entre Direito, Ciência e Tecnologia

Os deveres de cuidado são criados pela Regulação de Risco em setores em que há uma necessária abordagem interdisciplinar entre Direito, Ciência e Tecnologia. Esse método holístico surge como uma resposta à própria complexidade das demandas atuais.

Faure¹¹² afirma que os problemas do mundo moderno “são tão complexos que qualquer tentativa de os resolver depende de esforços de várias disciplinas combinadas”, indicando que o estabelecimento de padrões pela regulação além da análise jurídica, apresenta facetas científicas e políticas. Também Silbley¹¹³ assevera que “o Direito e a Ciência são as duas instituições mais importantes na sociedade moderna”, portanto a reação dos dois, “quando colocados face a face”, é um ponto de partida para o método interdisciplinar traçado pelos estudos sociojurídicos¹¹⁴.

Dessa forma, o método interdisciplinar surge como uma exigência das características do estudo do risco na sociedade contemporânea para o enfrentamento de questões científicas e jurídicas. Nesse ponto, parece-nos que uma análise interdisciplinar, de acordo com o método sócio jurídico, pode ser uma boa opção para tratar a possibilidade de enfrentamento do tema.

¹¹² FAURE, Michael. The future of Socio-Legal Research with respect to Environmental Problems, In GALLIGAN, D.J. **Socio-Legal studies in context: the Oxford centre past and future**. Oxford: Blackwell, 1995, pp. 127-9 (tradução livre).

¹¹³ SILBEY, Susan S. What makes a Social Science of Law? Doubling the Social in **Socio-Legal Studies** In FEENAN, Dermot (ed). **Exploring the ‘socio’ of socio-legal studies**. New York: Palgrave Macmillan, 2013, p. 27 (tradução livre)

¹¹⁴ Os estudos sócio-jurídicos de acordo com Feenan (FEENAN, Dermot. Exploring the ‘Socio’ of Socio-Legal Studies. In FEENAN, Dermot (ed). **Exploring the ‘socio’ of socio-legal studies**. New York: Palgrave Macmillan, 2013, pp.3-12 (tradução livre) podem ser divididos em ondas. A primeira, seria do “direito em ação”, indicando “como o Direito de fato opera”, em um sentido funcionalista, “focando nas normas e no que elas fazem sem considerar as normas em um sentido estrutural ou hermenêutico”. No caso da segunda onda, temos o “Direito em seu contexto”, *law-in-context*, a qual “presume que o Direito esteja de modo autônomo em um contexto social”, o qual “ignora total ou seletivamente”. Já nos anos 80 e 90, a terceira onda deu-se com base nos pós-estruturalistas, como Foucault, como também dos pós-modernos, para tratar do pós-colonialismo e tradições não-ocidentais. É dessa época a análise da teoria de Luhmann e da autopoiese. Depois, os estudos sócio-jurídicos, passaram a tratar da população como “local de significação”, sendo que, atualmente, há enfoque nos estudos dos geógrafos críticos, “para revelar como as relações de poder e interesses sociais estão distribuídos geograficamente”. Conclui que os estudos sócio-jurídicos não podem admitir uma única conceituação do que seria o “sócio”, diante da diversidade de estudos que o método permite.

Shaw¹¹⁵ indica que esse “sócio” é necessariamente “transdisciplinar”, indicando que “o Direito está imbricado em um contexto moral de discurso humano, e, portanto, trata-se de uma instituição social”. Conclui que o termo “sócio” deve fazer referência, necessariamente, ao método interdisciplinar, “holístico” sendo um meio para responder aos “desafios políticos e jurídicos aparentemente insolucionáveis”, evitando uma abordagem que trate “de mundos fechados de conhecimento mutuamente excludentes”.

Essa noção do termo “sociojurídico” sugere que se “levará o Direito para outras configurações”, fazendo surgir “novas possibilidades”¹¹⁶.

Silbey¹¹⁷, entretanto, tem como um erro considerar o “sócio no jurídico” como algo totalmente distinto do Direito, já que o direito é “uma construção social colaborativa”, sendo mais adequada uma análise conjunta do *law in action* (direito aplicado) com a *law in books* (doutrina). Os estudos passaram a focar “os ideais e princípios que as instituições jurídicas defendem”.

A ideia dos estudos sociojurídicos é a de que o Direito, ao reconhecer a Sociedade (tida como tudo o que não for Direito), acabará por tornar-se um meio mais adequado para abordar a própria Sociedade.

Minkkinen¹¹⁸ afirma que o “sócio, no termo estudos sociojurídicos” refere-se à “Ciência de um Direito contextualizado socialmente”, a qual pode “mudar seu objeto”, sendo, portanto, uma possibilidade de “reforma social”. Assim, o “sócio” seria tanto uma “forma de reconhecer a sociedade a qual o Direito pertence como também a habilidade de modificar a sociedade através de um conhecimento e ciência contextualizados”. Diferencia a análise jurídica tradicional, dogmática, da sociojurídica. A análise dogmática apenas trata do “ponto de vista interno do Direito”¹¹⁹, analisando as normas jurídicas de *lege lata*, “como o Direito apresenta-

¹¹⁵ SHAW, Julia J. Reimagining Humanities: Socio-Legal Scholarship in an Age of Disenchantment. In FEENAN, Dermot (ed). **Exploring the ‘socio’ of socio-legal studies**. New York: Palgrave Macmillian, 2013, pp.112, 116. (tradução livre).

¹¹⁶ CLARKE, John. The contested social. In FEENAN, Dermot (ed). **Exploring the ‘socio’ of socio-legal studies**. New York: Palgrave Macmillian, 2013, p. 37 (tradução livre)

¹¹⁷ SILBEY, Susan S. What makes a Social Science of Law? Doubling the Social in **Socio-Legal Studies** In FEENAN, Dermot (ed). **Exploring the ‘socio’ of socio-legal studies**. New York: Palgrave Macmillian, 2013, pp.26-27(tradução livre)

¹¹⁸ MINKKINEN, Panu. De lege ferenda: what is the ‘socio’ of legal reasoning. In CLARKE, John. The contested social. In FEENAN, Dermot (ed). **Exploring the ‘socio’ of socio-legal studies**. New York: Palgrave Macmillian, 2013, pp.85-87. (tradução livre)

¹¹⁹ HAMPSTED, Lord Lloyd of. **Introduction to Jurisprudence**. Londres: Stevens and Sons, 1972, pp.168-170 (tradução livre). Nesse ponto, Minkkinen refere-se a visão de Hart dos aspectos internos e externos do Direito. Segundo Hampsted, Hart indica dois tipos de normas. As primárias são as que “estabelecem padrões de comportamento” e aquelas que indicam deveres, já as secundárias seriam as procedimentais. Hampsted explica a noção de “aspectos internos do Direito”, considerando que o “Direito não depende apenas das pressões sociais externas para evitar o descumprimento de normas, mas também do aspecto interno que os seres humanos têm das

se”, o que poderia “alienar o Direito da realidade”. A “realidade seria um termo usado metonimicamente para tudo o que for social em relação ao Direito”. Conclui que “uma análise jurídica que esteja desconectada com a realidade” seria “incapaz de obedecer aos padrões do conhecimento científico e aos desafios da vida moderna”. Já a análise sociojurídica trata do Direito do “ponto de vista externo”, “de *lege ferenda*, como o Direito deve ser”. Nos estudos sociojurídicos, há uma “renúncia da idolatria à dogmática”, a qual tanto dificulta como também pode “deformar” nossa compreensão do Direito.

Quanto à relação entre Direito Penal e Regulação no âmbito dos deveres de cuidado, parece-nos que encontramos um caso em que a “idolatria à dogmática” pode vir a “deformar” a própria compreensão do papel do Direito, evitando a análise de argumentos técnicos e juízos de valor provenientes da Regulação.

Příbáň¹²⁰ considera que “questões substantivas e argumentos não jurídicos vindos do ambiente do sistema jurídico, como da moralidade, política, religião, economia e Ciência, exigem que o Direito considere argumentos sociais e racionalidades fora do sistema jurídico”. Porém, aponta como obstáculo para um estudo interdisciplinar a “capacidade do sistema jurídico construir normativamente sua realidade interna”.

De fato, a possibilidade de uma abordagem normativa, como se dá na teoria da Acessoriedade Administrativa, cria uma tendência para o Direito Penal para que venham a dispensar a análise interdisciplinar, focando sua análise apenas na noção de complementariedade normativa.

A abordagem interdisciplinar no Direito é explicada por Balkin. Balkin¹²¹ afirma que a própria ideia de termos de indicar interdisciplinaridade pela expressão “Direito e”; ao invés de apenas “Direito”, já indica que a nova metodologia não será entendida como metodologia jurídica. Essa ausência de fusão é uma demonstração do “poder do Direito como uma disciplina profissional”, mostrando que o “Direito recebe a outra disciplina, mas quer se manter separado dela”. Propõe um modelo de interdisciplinaridade em que “uma disciplina tente colonizar a outra”, já indicando que “o Direito não será colonizado com sucesso, porque se trata de uma disciplina voltada à prática, não à Academia”.

regras concebidas como um dever”. Hampsted indica que não é necessário para a existência de um ordenamento jurídico que cada indivíduo conceba a percepção do Direito como “padrões de comportamento estabelecidos”, como deveres.

¹²⁰ PŘIBÁŇ, JIŘÍ. A sociology of legal distinctions: Introducing Contemporary Interpretations of classic socio-legal concepts. In **Journal of Law and Society**, v. 44, issue s1, outubro de 2017, pp. s9. (tradução livre)

¹²¹ BALKIN, J. B. **Interdisciplinarity as Colonization**. In *Washington & Lee Law Review*, v. 53, fasc. 3, 1996, pp.949-50, 957, 960-1, 964. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol53/iss3/5>. (tradução livre)”

Balkin¹²² define “interdisciplinaridade” como “a tentativa de um acadêmico de usar informação, abordagens, questões e normas profissionais de outra disciplina e combiná-las de alguma forma com suas próprias ferramentas da disciplina”. O estudo interdisciplinar é visto como uma forma das “disciplinas expandirem seus impérios, colonizando e tomando conta de outras disciplinas”. Identifica dois tipos de acadêmicos: “os invasores”, os quais buscam impor seu conhecimento de “sua *expertise superior*”, compara-os a “generais militares”; e, outros, os “importadores”, os quais querem “importar o conhecimento de outra disciplina”, comparando-os com “espiões”.

Dessa forma, buscaremos ampliar o objeto de nossa análise, extrapolando a noção jurídica dos deveres de cuidado, acessando também conhecimentos de outras áreas para enfrentar a questão de seu conteúdo. Pensamos que essa abordagem holística poderá nos trazer novas conclusões sobre o tratamento do conteúdo de tais deveres pelo Direito Penal. Dessa forma, buscaremos evitar o que Cloatre e Cowan¹²³ chamam de “estreitamento de visão”, quando em estudos sociojurídicos interdisciplinares aceita-se o “imperialismo do Direito”, isto é, quando se dá primazia ao Direito. Nesse caso, Cotterrell¹²⁴ considera que haveria uma visão limitada da “natureza do Direito”, considerando-o como “técnicas, práticas e normas”, esse conceito “subestima sua potencial importância cultural e seu poder para reforçar e ajudar a constituir compreensões mais amplas da natureza do mundo social”.

Notamos que a Regulação de Risco já parte de uma abordagem sociojurídica, interdisciplinar por concepção, pois envolve tanto os conhecimentos dos especialistas, como juristas. Picciotto¹²⁵ identifica a “Regulação” como um “desafiador campo interdisciplinar”, forçando a compreensão da “normatividade” como algo além da “visão estrita positivista da lei como comando”.

Tratar dos deveres de cuidado em setores relacionados à Ciência e Tecnologia requer uma análise do conceito de risco, considerando a sua influência sobre o Direito. Garante-se, assim, a possibilidade de um enfoque empírico, capaz de tratar do conteúdo da norma penal, afastando-se do normativismo. Por outro lado, o tema do risco não deve ter um enfoque

¹²² BALKIN, J. B. **Interdisciplinarity as Colonization**. In *Washington & Lee Law Review*, v. 53, fasc. 3, 1996, pp.949-50, 957, 960-1, 964. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol53/iss3/5>. (tradução livre)

¹²³ CLOATRE, Emile & COWAN, Dave. **“Indefensible and Irresponsible”: Interdisciplinarity, truth and #reviewer2**. In CREUTZFELDT, Naomi -MASON, Marc – McConnachie, Kirsten. *Routledge Handbook of Socio-Legal Theory and Methods*. Londres: Routledge, 2020, pp.97-98. (tradução livre)

¹²⁴ COTTERRELL, Roger. Theory and values in socio-legal studies. In *Journal of law and society*, v. 44, issue S1, outubro 2017, pp.s25. (tradução livre)

¹²⁵ PICCIOTTO, Sol. Regulation: Managing the Antinomies of Economic Vice and Virtue In *Socio & Legal Studies*, v. 26(6), 2017, p.676 (tradução livre)

unicamente nos aspectos da técnica, também os fatores políticos, sociais e jurídicos não podem ser deixados de lado para o próprio delineamento do que se considera risco. Sendo assim, a abordagem do tema deve ser, necessariamente, interdisciplinar.

Analisaremos se o Direito Penal nos apresenta uma *framework*, um método capaz de enfrentar o risco como uma questão interdisciplinar, e, não, meramente normativa.

Para iniciarmos nosso intento de aproximação entre Regulação de Risco e Direito Penal, passaremos a analisar a harmonia entre os métodos do funcionalismo teleológico e da Regulação de Risco. E, para esse fim, devemos buscar uma teoria do Direito Penal que permita esse almejado diálogo interdisciplinar. Parece-nos que muito adequado é o método proposto pelo funcionalismo teleológico, que trata o Direito Penal como um sistema aberto, permitindo a análise das características do risco tanto técnicas como daquelas apoiadas em valores, como se dá com os estudos de regulação que tratam da interação entre Direito, Ciência e Tecnologia, tratando das possibilidades de influências recíprocas, embasadas no empirismo.

Importante salientar que a racionalidade presente em ambas as áreas é semelhante, já que ambas consideram o Direito um sistema aberto, garantindo a possibilidade de interação com Ciência e Tecnologia, sem chegar nem ao extremo do empirismo, nem ao extremo do normativismo¹²⁶.

Nesse sentido, Faulkner, Lange e Lawless¹²⁷ tratam do tema da Regulação a partir do conceito dos mundos materiais (“*material worlds*”), os quais seriam “espaços sociais”, em que há a relação entre Tecnologia, Ciência e Direito, tratando das possibilidades de acomodação entre os setores que se influenciam mutuamente.

¹²⁶LATOUR, Bruno. **A fabricação do Direito: um estudo de etnologia jurídica**. São Paulo: Unesp, 2019, pp.294-5. Latour afirma que: “Na definição mesma de “fato bruto”, um híbrido incongruente de direito e de ciência, estaria explicado porque as virtudes da distância, da indiferença, do distanciamento e do desinteresse, que qualificam o trabalho do juiz, puderam migrar para o científico para elaborar a figura histórica do especialista, totalmente improvável e fortemente politizada, capaz de fechar toda a discussão atribuindo-se o poder de vincular e desvincular, por delegação, às questões de fatos. (...)mas desvio maior ainda do direito que se permite fechar a discussão porque não delega a nenhuma autoridade o cuidado de terminar uma disputa(...) Estranho engano que permite o empirismo clássico confundir em um nó górdio as virtudes da política, da ciência e do direito, transformadas em vícios”.

¹²⁷ FAULKNER, Alex -LANGE, Bettina – LAWLESS, Christopher. **Material Worlds: Intersections of Law, Science, Technology, and Society**. In Journal of Law and Society, v. 39, n. 1, march 2012, pp.1-19 (tradução livre). Faulkner, Lange e Lawless traçam o histórico de desenvolvimento da metodologia de estudo desses “mundos materiais” no Reino Unido, tendo sido iniciado nos anos 70, com os *Science and Technology Studies (STS)*, a partir de um método interdisciplinar. Esses estudos estão divididos em duas correntes: o “*Strong Programme*” considera que a “Ciência é bastante influenciada pela Sociedade”; e a *Social Construction of Technology (SCOT)*, cuja análise enfoca no papel da “Sociedade em relação ao desenvolvimento de artefatos materiais”. E, por fim, o *Actor-Network Theory (ANT)*, cuja abordagem garante “maior isonomia entre as forças sociais e técnicas”.

No desenvolvimento do conceito de risco, é possível ver essa contínua influência entre essas diversas áreas do conhecimento e o Direito. Faulkner, Lange e Lawless¹²⁸ indicam que, na Regulação de Risco, as “complexidades de cada uma dessas áreas são obstáculos a serem superados”. Por exemplo, tanto as questões ontológicas apresentadas pela Ciência e Tecnologia, como as demandas sociais são enfrentadas no momento da Regulação. Esses autores demonstram que esses estudos de Ciência e Tecnologia acabam tratando do papel do Direito na análise da materialidade, com ênfase nas questões sociopolíticas, considerando o Direito um instrumento de controle do desenvolvimento da Ciência e da Tecnologia.

A análise do Direito Penal quanto a sua relação com Ciência e Tecnologia não é muito diversa desta. Schünemann¹²⁹ opta por considerar o Direito Penal como um “sistema aberto”, permitindo a “influência social” para a definição da sua própria função, a tutela de bens jurídicos. Na teoria de Schünemann, a “própria linguagem” tem o efeito de garantir essa contínua adaptação¹³⁰ do aparato jurídico-penal às evoluções sociais.

Assim, a relação entre o empírico, originado na Ciência e na Tecnologia e o normativo, baseado no Direito, pode ser visto no próprio método do funcionalismo. Dessa forma, o Direito Penal na Escola do Funcionalismo Teleológico já apresenta em si a possibilidade da interdisciplinaridade. Não há, portanto, a necessidade de adotarmos a terminologia “Direito e”, que Balkin¹³¹ já lembra que serve para indicar que haverá uma divisão na metodologia da análise, podemos também aceitar o próprio Direito Penal do funcionalismo teleológico como um método interdisciplinar. E, provavelmente, essa afinidade entre os métodos talvez se dê porque são metodologias funcionalistas.

O próprio conceito de função, segundo Robert Merton¹³², é o da “consequência observada, a partir da adaptação ou ajuste a certo sistema”. Classificando como “função manifesta”, aquelas “consequências objetivas que contribuem para a adaptação ou ajuste de um

¹²⁸ FAULKNER, Alex -LANGE, Bettina – LAWLESS, Christopher. **Material Worlds: Intersections of Law, Science, Technology, and Society**. In Journal of Law and Society, v. 39, n. 1, march 2012, pp.1-19. (tradução livre)

¹²⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal in **El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario**. Madrid: Tecnos, 1991, pp. 31-80(tradução livre).

¹³⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal in **El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario**. Madrid: Tecnos, 1991, pp.54-55(tradução livre). Trata de casos em que dados empíricos são usados para a análise de conceitos jurídicos, como o da culpabilidade, o qual depende de análises empíricas de psiquiatria.

¹³¹ BALKIN, J. B. **Interdisciplinarity as Colonization**. In Washington & Lee Law Review, v. 53, fasc. 3, 1996, pp.949-50, 957, 960-1, 964. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol53/iss3/5>. (tradução livre)

¹³² MERTON, Robert K. **Social Theory and Social Structure**, Nova Iorque: The Free Press, 1968, p.105 (tradução livre).

sistema, que são vistas como metas e reconhecidas pelos participantes de um sistema”; e como “funções latentes”, aquelas “consequências não visadas nem reconhecidas” pelos participantes do sistema. Frisch¹³³ esclarece que “consequência” é um termo “empírico”.

Nesse sentido, o conceito de funcionalismo, segundo Schünemann¹³⁴, é o de “um método jusfilosófico” para a “justificação de normas jurídicas”, a partir das metas almejadas, sendo, portanto, “consequencialista”. Assim, tendo-se o conceito de função manifesta de Merton, no funcionalismo jurídico, a partir da escolha de certa meta, de certa consequência, tem-se a justificativa para a norma jurídica. Hassemer¹³⁵ esclarece que “a orientação das decisões jurídicas com base em suas consequências” trata das “consequências fáticas de sua atuação e que justificam (legitimam) seus comportamentos na produção de resultados desejados e na prevenção dos reprováveis”. Hassemer, inclusive, contextualiza o consequencialismo no Direito Penal enfatizando que nos encontramos em uma “época de elevada exigência de legitimação” do próprio “funcionamento do sistema penal”, forçando a análise dos “efeitos satisfatórios sobre o delinquente e a sociedade”, os quais apenas podem ser avaliados se o “Legislador penal” tiver acesso aos “conhecimentos empíricos”, se buscar “prestar atenção nos resultados de sua decisão”. Hassemer¹³⁶ afirma que o funcionalismo faz o “Direito Penal repensar suas relações com a realidade”, passando-se a dar ênfase aos “efeitos reais produzidos pelo sistema penal, e não na sua profundidade e coerência teóricas”.

Schünemann¹³⁷ considera que o “ordenamento jurídico deve partir, em sua conformação conceitual, da referência teleológica (a função)”. Também Hassemer¹³⁸, em tom crítico, define o funcionalismo como “uma orientação do direito voltada para as consequências, onde há a ponderação dos princípios de acordo com o caso concreto”, lamentando que essa metodologia seja “muito adequada às exigências vindas das mudanças sociais rápidas e complexas”, sendo difícil a “reversão” do processo de aceitação do funcionalismo pelo direito,

¹³³ FRISCH, Wolfgang. Dogmática jurídico-penal afortunada y Dogmática jurídico-penal sin consecuencias. In ESER, Albin – HASSEMER, Winfred – BURKHARDT, BJÖRN. **La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio**. Valencia: tirant lo blanch, 2004, p.179. (tradução livre)

¹³⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción del deber en los delitos especiales. In **Revista de la Facultad de Derecho PUCP**, dezembro-maio de 2018, pp.93-112. (tradução livre)

¹³⁵ HASSEMER, Winfred. **Fundamentos del Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1984, p.34-36. (tradução livre).

¹³⁶ HASSEMER, Winfred. História das ideias penais na Alemanha no pós-guerra. In **ADPCP**, t. 48, janeiro-abril de 1995, p.30.

¹³⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. La función de la delimitación de injusto y culpabilidad. In **Revista Peruana de Ciencias Penales**, n. 18, 2006, pp.368, 378-9 .

¹³⁸ HASSEMER, Winfred. Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico. In **Doctrina Penal**, ano 12, n. 45-48, pp.275-6, 281 (tradução livre). Defende Hassemer que “os bens jurídicos universais tem fundamento apenas na medida em que correspondam aos interesses – adequados – dos indivíduos. O fundamento dessa tradição é uma concepção liberal do Estado que não é um fim em si mesmo, mas somente busca fomentar o desenvolvimento e garantir as possibilidades vitais do Homem”.

aceitando apenas a possibilidade de se “funcionalizar os interesses gerais do Estado a partir do indivíduo”.

Schünemann¹³⁹ rechaça a noção de “uma teoria do crime sem empirismo”, como a teoria normativista de Jakobs, cuja finalidade é tutelar a vigência da norma jurídica, sem qualquer referência ao mundo externo, empírico, sendo uma teoria meramente deontológica. Conclui que quem defende a tese de Jakobs ou “não a compreendeu ou não entende o que seria funcionalismo”. Sendo que o funcionalismo deve-se pautar pela relação entre “ideia jurídica e matéria jurídica”, conforme explanado por Roxin, considerando que nem os fatos “pré-existentes”, as chamadas por Welzel de “estruturas lógico-materiais”, nem os “princípios valorativos” deveriam ser analisados isoladamente. Schünemann chega, inclusive, a afirmar que “a moderna doutrina alemã substituiu a famigerada falácia naturalista pela falácia normativista”, sem que haja a devida análise “das consequências práticas de conceitos concretos”.

Também Hassemer¹⁴⁰ defende que a evolução do Direito Penal leva o crime da “infração de uma norma ética ou divina” para a tutela de bens jurídicos, indicada pela “lesão de interesses materiais de outras pessoas”, o que fundamenta “um sistema penal orientado empiricamente”. A questão da “danosidade social” aparece como essencial na teoria do bem jurídico, já que a criminalização deve ser limitada às condutas socialmente danosas, cujos “efeitos lesivos vão além do conflito entre autor e vítima” e o seu “dano individual”, sendo necessário que o Legislador “disponha de conhecimentos empíricos” para essa análise. Conclui Hassemer¹⁴¹ que tal sistema consequencialista apenas pode levar a “um sistema penal que deixa de ser um sistema de implementação (cumprimento) das normas e transforma-se em um sistema de orientação de condutas”

Fica, portanto, clara a classificação da teoria de Roxin como funcionalista, já que há influência do empírico sobre a dogmática, afastando-se de “um sistema jurídico-penal ordenado de conhecimentos com validade geral”¹⁴². É interessante dar um exemplo de tal análise, quando Roxin¹⁴³, ao tentar definir o conceito de “morte”, refere-se às “diretrizes da junta consultiva científica da Câmara Federal de Médicos”, como também afirma que “a morte encefálica como

¹³⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción del deber en los delitos especiales. In **Revista de la Facultad de Derecho PUCP**, dezembro-maio de 2018, pp.93-112(tradução livre).

¹⁴⁰ HASSEMER, Winfred. **Fundamentos del Derecho Penal**. Barcelona:Bosch, 1984,pp.37-38. (tradução livre).

¹⁴¹ HASSEMER, Winfred. **Fundamentos del Derecho Penal**. Barcelona:Bosch, 1984,pp.38-39. (tradução livre).

¹⁴² ROXIN, Claus. Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal. in **Estudos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp.78-99.

¹⁴³ ROXIN, Claus. **A proteção da vida humana através do Direito Penal**. In ROXIN, Claus, **Estudos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp.183-4

momento da morte não é, de modo algum, incontroversa”, chegando a analisar diversas correntes científicas sobre o tema.

Na tradição anglo-americana, Mermim¹⁴⁴ afirma que o funcionalismo não aceita o Direito como um fim em si mesmo, tratando do “papel operacional do direito na sociedade”, partindo da abordagem funcionalista de Llewellyn¹⁴⁵, que enfatiza o interesse e a avaliação de seus efeitos. Dá como exemplo a interpretação funcionalista na jurisprudência, a qual deve tratar das “consequências prováveis de suas decisões”, assim como interpretar o “objetivo da lei para harmonizar com as consequências sociais vistas pelo Tribunal como prováveis”, evita-se assim, segundo Mermim, “colocar em risco o espírito da lei”. Mermim conclui que esse é o único método que se assemelha ao pensamento humano, “o qual não se inicia com premissas”.

Devemos salientar, ainda, que a própria Regulação de Risco é funcionalista. Black¹⁴⁶ afirma que a abordagem funcionalista de Regulação trata da “função que a Regulação assume na sociedade”. E, como afirma Levi-Faur¹⁴⁷, essa é uma visão proeminente da Regulação na tradição anglo-americana, sendo a redução do risco um exemplo de função regulatória.

Roxin¹⁴⁸ também busca se afastar de uma teoria determinada pelo aspecto ontológico, como se deu no Classicismo e Neoclassicismo que se baseou no nexos causal; e no Finalismo, baseado na análise das estruturas lógico-objetivas. Schünemann¹⁴⁹ afasta o conceito de Direito Penal das estruturas lógico-objetivas incontestáveis, embora o considere um “sistema aberto”, já que admite a “possibilidade da constante atualização dos conceitos de acordo com as mudanças sociais e tecnológicas”. Também Camargo¹⁵⁰ afirma que,

As características desta administração do Estado ocasionaram o surgimento de leis experimentais de caráter temporário, **de regulação, de prognóstico inseguro**, bem como a inclusão de cláusulas gerais, referência em branco e conceitos jurídicos dúbios, na linguagem do legislador, resultando numa **indeterminação do Direito**. Estas características **interferem também no Direito Penal, por ter este um conteúdo social, e deve levar em conta essa complexidade, que no desenvolvimento da ciência e da técnica apresenta novos riscos**, exigindo do

¹⁴⁴ MERMIM, Samuel. Legal functionalism. In *Anuario de Filosofia del Derecho*, setembro, 1973, pp. 81-91. (tradução livre)

¹⁴⁵ Llewellyn, Jurisprudence 55 (1962) apud MERMIM, Samuel. Legal functionalism. In *Anuario de Filosofia del Derecho*, setembro, 1973, p. 81, n.1 (tradução livre).

¹⁴⁶ BLACK, Julia. Critical Reflections on Regulation. In *Australian Journal of Legal Philosophy*, n. 27, 2000, p.22 (tradução livre)

¹⁴⁷ LEVI-FAUR, David. **Regulation & Regulatory Governance** In Jerusalem Papers in Regulation & Governance. Working Paper n. 1, 2010, p. 6.

¹⁴⁸ ROXIN, Claus. Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal. in *Estudos de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp.78-99.

¹⁴⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal in *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario*. Madrid: Tecnos, 1991, pp. 31-80. (tradução livre)

¹⁵⁰ CAMARGO, Antonio Luís Chaves. **Imputação objetiva e Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p.139.

legislador uma atenção especial para a proteção destes interesses. Podemos citar como exemplo o desenvolvimento na área da técnica genética e nuclear, tornando agudo os problemas de segurança jurídica ou da submissão à lei, uma vez que **são riscos sem prognoses concretas**.(grifo nosso)

No direito espanhol, Cerezo Mir¹⁵¹ também adverte que o funcionalismo “não pode se afastar do real”, do ontológico, base material de sua Regulação, mesmo que se abandonem as estruturas lógico-objetivas.

O sistema funcionalista teleológico também se refere à Política Criminal, no lugar de juízos de valor neokantianos, conforme a análise de Greco¹⁵², para, depois, tratar minúcias do caso concreto, método esse que seria capaz de garantir uma maior aproximação do Direito Penal da realidade. Greco conclui que a teoria de Roxin traria uma mescla da análise dos fatos e dos valores, assim, considera que seria a própria “natureza da coisa”, o modo de ser dos fatos, que indicaria se o Direito foi aplicado de modo correto. É interessante como exemplo, a análise de Roxin¹⁵³, quanto a questão da eutanásia,

o consenso sobre o permitido e o proibido na eutanásia é dificultado por não se tratar da seara exclusiva do penalista. Nesta esfera, também médicos, filósofos, teólogos e literatos reclamam para si – e com razão – o direito de ingressar no debate, direito esse cujo exercício por um lado enriquece a discussão, ao mesmo tempo em que, por causa das várias premissas extrajurídicas que, na opinião pública, advêm de ideologias ou concepções de mundo entre si contraditórias, dificulta o consenso sobre a apreciação jurídico-penal

Deixando de lado as teorias que buscam fundamentos socio-filosóficos¹⁵⁴ da teoria funcionalista, enfocando apenas em suas expressões jurídicas e regulatórias, o método de Larenz ganha importância, principalmente quando comparado ao funcionalismo teleológico.

¹⁵¹ CERZO MIR, José. Ontologismo e normativismo na teoria finalista. In **Ciências Penais**, v. 0, jan de 2004, pp.9-23. (tradução livre)

¹⁵² GRECO, Luis. Introdução à dogmática funcionalista do delito: em comemoração aos trinta anos de “Política criminal e sistema jurídico-penal” de Roxin in **RBCCrim**, n.32, v.8, 2000, pp.120-163

¹⁵³ ROXIN, Claus. **A proteção da vida humana através do Direito Penal**. In ROXIN, Claus, Estudos de Direito Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.191.

¹⁵⁴ Entre tais teorias, pode-se indicar a análise de Tavares que trata do funcionalismo baseada em Luhmann, veja-se: TAVARES, Juarez. **Fundamentos da Teoria do Delito**. Florianópolis: Tirant Lo Blanc, 2018, pp.44-46. “Com a institucionalização normativa de expectativas, o que se quer é a superação da complexidade e contingência do mundo social, por meio de uma fórmula que assegure a normalização de condutas. A questão está, porém, em se decidir até que ponto o padrão dominante pode ser legítimo para proibir condutas ou impor o cumprimento de deveres (...) A fim de que não se realize uma forma de legitimação por força eficaz simbolicamente generalizada, que pode gerar um estado de terror, se a expectativa de alguém em relação à expectativa de terceiro passa a se basear na suposição de que o que todos esperam é que a decisão exerça sobre o afetado uma intervenção física, de que contra ela não se admita qualquer forma de rebelião, o funcionalismo procura trabalhar com outro elemento, que será a participação dos interessados em um determinado procedimento. (...) o funcionalismo assinala que tal procedimento tem como finalidade reduzir as complexidades do mundo social por meio da eliminação daquelas possibilidades que não devem ser integradas na decisão. Isso significa que a contribuição comunicativa da decisão reside no fato de que ela subordina o interessado à sua função social, ao seu papel dentro do procedimento como agente ou omitente.”

O método do funcionalismo teleológico dividido em análises de fatos e de valores reflete o próprio método teleológico objetivo de Larenz. Larenz¹⁵⁵ conceitua esse método como a análise das metas que o Direito busca alcançar, com as normas jurídicas. A interpretação jurídica, afirma Larenz, deve aspirar a uma “Regulação materialmente adequada”, isto é, buscase uma solução adequada ao caso concreto. Indica dois critérios de interpretação. Primeiro, sua base empírica que não pode ser alterada, “as estruturas do âmbito material regulado, dados factuais”. E, segundo, tem-se os “princípios ético-jurídicos, que estão antepostos a uma Regulação, nos quais a referência de sentido dessa Regulação à ideia de Direito se torna apreensível, manifesta.”. Esse método é chamado de teleológico-objetivo, porque ele se impõe ao intérprete, já que exige a análise da realidade para que se chegue a uma solução adequada.

Essa visão de necessária análise empírica, sem que se ceda ao normativismo, é bastante presente nos teóricos penalistas. Schünemann¹⁵⁶ considera que as normas jurídicas devem ser analisadas de acordo com a realidade, permitindo uma “complementação” harmônica entre empirismo e normativismo. De alguma forma, o mesmo é analisado em Silva Sánchez¹⁵⁷ que reconhece as limitações do Direito em tratar do real, tanto diante das “barreiras da linguagem” como instrumento de “reconstrução dos fatos”, como também há os limites trazidos pelos “conhecimentos empíricos científicos e sociais”. Conclui que o limitado sistema funcionalista deve reconhecer a “necessária abertura ao empírico”. Roxin¹⁵⁸ afirma que sua “posição metodológica” parte dos “princípios reitores normativos político-criminais”, os quais apenas são capazes de produzir uma “solução para problemas concretos” quando aplicados “à matéria jurídica, aos dados empíricos”, afirmando que a solução de questões dogmáticas parte de “uma ideia orientadora normativa, a qual, porém receberá contornos diversos a depender das

Ou, ainda, a de Serrano Maillo (SERRANO MAÍLLO, Alfonso. **Ensayo sobre el derecho penal como ciencia: acerca de su construcción**. Madrid: Dykinson, 1999, pp.149-151.), que considera, “As origens metodológicas remotas do funcionalismo encontram-se em Darwin, ou mais concretamente nas tentativas, posteriores a ele, de aplicar suas descobertas em um terreno social; a origem próxima, sem dúvida, encontra-se em autores como Durkheim. Deixando de lado exemplos pouco frutíferos cientificamente – se bem que muito influentes – do terreno mais puramente sociológico, o funcionalismo pode-se dizer que tem suas bases na Antropologia – agora em uma perspectiva mais distanciada do evolucionismo – nas mãos de Malinowski e Radcliffe Brown, os quais com base em um estudo de campo – que pressupunha uma importante inovação metodológica – chegam à conclusão de que o objeto de seu estudo deve ser das funções que desempenham as distintas instituições em certa cultura(...) Trata-se não só de uma teoria, mas de um método”.

¹⁵⁵ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2019, pp.469-470.

¹⁵⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. **La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal**. in Revista de Derecho Penal, n.15, outubro de 2005, pp.127-142. (tradução livre)

¹⁵⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. Política Criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre el contenido y límites. in ROXIN, Claus. **La evolución de la política criminal, el Derecho Penal y el proceso penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 2000, pp. 95-158. (tradução livre)

¹⁵⁸ ROXIN, Claus. Normativismo, política Criminal e dados empíricos na dogmática do Direito Penal. In **Estudos de Direito Penal**. São Paulo: Renovar, 2006, pp.61-63.

características do dado da vida a que ela se aplicará”. Conclui que essa “ideia reitora normativa” é a diretriz para a revisão do “material empírico”, sendo que os parâmetros para indicar a relevância serão normativos. Propõe, portanto, “uma dogmática plena de dados empíricos”, sendo que “normativismo e referência empírica não são métodos que se excluem mutuamente, mas que se complementam”.

Na análise do risco, o necessário diálogo entre empírico e normativo floresce de modo intenso. O risco é um ponto central do sistema de Roxin¹⁵⁹, o qual sempre é analisado buscando tratar de ambos os aspectos normativo e empírico. Roxin não ignora que o problema do risco vai “bem além da esfera dogmática jurídico-penal”, sendo um tema que “possibilita e favorece” a análise de temas empíricos, demandando a abertura da dogmática à realidade, afastando-se de teorias normativas, fechadas em si mesmas. No caso do risco permitido, Roxin considera que, para que venha a ser fixado pelo juiz, ausente qualquer indicação legal, deve haver a identificação de “uma estimativa exata do risco”, com “ajuda de critérios socio-politicamente fundados” para identificar o que seria “socialmente tolerável”.

Roxin¹⁶⁰ refere-se à “resistência das coisas”, como critério de diretriz material para a dogmática. Essa análise está em oposição àquela que “taxa de “naturalismo” qualquer referência aos dados empíricos e não reconhece pretensões que a dotem de um conteúdo concreto”. Radbruch¹⁶¹ afirma que a “natureza das coisas” impõe essa “resistência” à qual as “ideias jurídicas devem mais ou menos se acomodar”, já que a “filosofia do Direito” é uma “arte do possível”.

Essa percepção da inafastável influência do empirismo no Direito também é reconhecida por Faulkner, Lange e Lawless¹⁶² quando tratam do conceito de materialidade social, que seriam as “estruturas materiais que corporificam relações sociais e vice-versa”. Há, inclusive, duas correntes variando no grau de interconexão entre o social e o empírico, a teoria ator-rede (*Actor-*

¹⁵⁹ ROXIN, Claus. Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal. in **Estudos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp.78-99.

¹⁶⁰ ROXIN, Claus. **La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal**. Valencia: tirant lo blanch, 2000, pp.78-9 (tradução livre).

¹⁶¹ RADBRUCH, Gustav. **Introducción a la Filosofía del Derecho**, México: Fondo de Cultura Económica, 1951, p. 29. (tradução livre)

¹⁶² FAULKNER, Alex -LANGE, Bettina – LAWLESS, Christopher. **Material Worlds: Intersections of Law, Science, Technology, and Society**. In *Journal of Law and Society*, v. 39, n. 1, march 2012, pp.1-19. (tradução livre)

Network Theory - ANT)¹⁶³ considera-os “intrinsecamente entrelaçados”¹⁶⁴, enquanto os estudos sociojurídicos percebem mais autonomia entre elas. Interessante notar o destaque dado por Faulkner, Lange e Lawless¹⁶⁵ na análise que Latour faz da “matéria”, a qual, para ele, “seria fonte de incerteza”, diante de sua origem “altamente politizada da causalidade”, indicando Faulkner, Lange e Lawless, que as próprias tecnologias são, na sua origem, também influenciadas pela própria Regulação, sendo “tanto um sujeito como um direcionador da evolução do Direito”.

Faulkner, Lange e Lawless¹⁶⁶ introduzem um conceito que demonstra essa influência da Regulação sobre a análise da Tecnologia para a interação entre Direito, Ciência e Tecnologia, os *standards* ou “*immutable mobiles*”¹⁶⁷, os quais são limites para o exercício do poder de controle, já que são “imutáveis, onde quer que sejam verificados”, sendo, inclusive, base para a regulação, seja privada, seja pública. Esses “móveis imutáveis” apresentam a possibilidade da uniformização internacional dos *standards*, o que apenas reforça a necessidade do estudo da Regulação de Risco, para se tratar dos deveres de cuidado.

¹⁶³ LATOUR, Bruno. **Reagregando o social: uma introdução à teoria ator-rede**. EDUFBA-EDUSC: Salvador-Bauru, 2012, pp.113-4. “Para entender bem a ANT, tenha-se em mente que ela não pressupõe uma reconciliação da famosa dicotomia objeto/sujeito. Distinguir vínculos materiais e sociais *a priori* antes de religá-los, faz tanto sentido quanto captar a dinâmica de uma batalha imaginando um pelotão de soldados e oficiais completamente nus, de posse de uma tremenda parafernália – tanques, fuzis, mapas e uniformes – e alegando que: “sem dúvida, existe uma relação dialética entre as duas coisas”. A resposta seria um sonoro “não”. Não há relação alguma entre o “mundo material” e o “mundo social” justamente porque essa divisão é um completo artefato. Repelir semelhante divisão não é “relacionar” soldados nus “com” elementos materiais: é redistribuir o conjunto todo de alto a baixo e do começo ao fim. Não se pode falar num caso empírico quando a existência de dois agregados coerentes e homogêneos, por exemplo Tecnologia “e” sociedade, façam algum sentido. A ANT não é – repito: não é – a criação de uma absurda “simetria entre humanos e não humanos”. Obter simetria, para nós, significa não impor *a priori* uma assimetria espúria entre ação humana intencional e mundo material de relações causais. Existem divisões que não devemos ultrapassar, superar, reduzir dialeticamente. Elas precisam, isto sim, ser ignoradas e abandonadas a seus próprios recursos, como um castelo outrora formidável e hoje em ruínas.”

¹⁶⁴ LATOUR, Bruno. **Ciência em ação: como seguir cientistas e engenheiros sociedade a fora**. São Paulo: Unesp, 2011, pp. 274-5. “Seria possível chegar à conclusão de que, não sendo a ciência feita de ciência e comandada por cientistas, é feita e comandada por todos os grupos de interesse. (...) essa alternativa é exatamente a defendida pelos chamados “estudos sociais da ciência”. Quando a ciência e a tecnologia não são explicadas por seu empuxo interno, é explicada por impulsos e demandas externas (...) Segundo nossa quarta regra metodológica, devemos agir simetricamente e duvidar das fronteiras das profissões científicas tanto quanto das fronteiras da “ciência e da tecnologia” nem mais nem menos”.

¹⁶⁵ FAULKNER, Alex - LANGE, Bettina – LAWLESS, Christopher. **Material Worlds: Intersections of Law, Science, Technology, and Society**. In *Journal of Law and Society*, v. 39, n. 1, march 2012, pp.1-19. (tradução livre).

¹⁶⁶ FAULKNER, Alex - LANGE, Bettina – LAWLESS, Christopher. **Material Worlds: Intersections of Law, Science, Technology, and Society**. In *Journal of Law and Society*, v. 39, n. 1, march 2012, pp.1-19. (tradução livre).

¹⁶⁷ LATOUR, Bruno. **Drawing things together**. In LYNCH, Michael & WOOLGAR, Steve. *Representation in Scientific Practice*. Londres: MIT, 1990, pp. 32-34(tradução livre). Os móveis imutáveis (*immutable mobiles*) são um conceito de Latour. A “imutabilidade” seria a “permanência do conteúdo, mesmo diante do grande número (a referência ao “mutável”) de cópias de algo que pode ser tanto difundido como corrigido por aqueles que tem acesso a ele. Assim, a possibilidade de fazer cópias de algo permite que tanto haja a cópia exata e essa seja divulgada, como também estimula a correção, pela sua própria divulgação ao público”.

Para o Direito Penal, esses *standards* podem ser vistos como os deveres de cuidado, que, segundo Roxin¹⁶⁸, são essenciais para que se compreenda o conceito de “risco permitido”, o qual “só pode ser entendido tendo em conta os conhecimentos empíricos”, em conjunto com a ponderação entre a “periculosidade de certos comportamentos” e seus efeitos benéficos, em uma definição muito próxima daquela trazida pela Regulação de Risco.

Faulkner, Lange e Lawless¹⁶⁹ concluem que as relações entre Direito, Ciência, Tecnologia “formatam os mundos socio-materiais em que vivemos”. Diante disso, consideramos evidente a importância do método interdisciplinar no delineamento do dever de cuidado. Seu conteúdo deve ser bem ponderado, porque se muito intenso poderia impedir a inovação; e, até mesmo, provocar retrocessos autoritários. No entanto, deve ser suficiente para tutelar bens jurídicos individuais e transindividuais, sendo um meio de gerenciamento de risco.

Como opção metodológica, nesse estudo serão analisadas as teorias funcionalistas teleológicas, sem que se faça uma análise das teorias normativistas de Jakobs, para que possamos dar destaque às teorias de Direito Penal que possibilitem o diálogo com o aparato teórico da Regulação de Risco. Esse ponto de partida faz-se necessário, porque a multidimensionalidade do risco¹⁷⁰, como veremos, exige o método interdisciplinar para sua compreensão.

¹⁶⁸ ROXIN, Claus. **La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal**. Valencia: tirant lo blanch, 2000, p.88 (tradução livre).

¹⁶⁹ FAULKNER, Alex -LANGE, Bettina – LAWLESS, Christopher. **Material Worlds: Intersections of Law, Science, Technology, and Society**. In Journal of Law and Society, v. 39, n. 1, march 2012, pp.1-19. (tradução livre)

¹⁷⁰Cf. Cap. 2 Desconstruindo o conceito de risco: a abordagem multidimensional do risco como caminho para os penalistas.

2 Desconstruindo o conceito de risco: a abordagem multidimensional do risco como caminho para os penalistas

O conceito de risco é produto da intersecção de diversas áreas do conhecimento, tendo aspectos a serem definidos pela ciência e tecnologia, mas também valorativos e jurídicos. Sua conformação complexa demanda uma abordagem interdisciplinar, holística, que é conhecida pelos reguladores, mas não é explorada pelo Direito Penal.

Tomasevicius Filho et al¹⁷¹ afirmam que, mesmo no Direito brasileiro, o conceito de “risco”, apesar de amplamente utilizado, não é propriamente desenvolvido, principalmente, porque “o modelo judicial brasileiro segue a legislação como principal fonte normativa”, o que não favorece que a jurisprudência “desenvolva um discurso sofisticado para fundamentar seus julgamentos”.

Esta tese, visando desenvolver o conceito de “risco”, adota um método interdisciplinar, como decorrência dessa natureza multidimensional do risco. As facetas do risco terão seus efeitos regulatórios e jurídicos penais próprios para a definição de deveres de cuidado, os quais serão estudados em seu devido tempo¹⁷².

A dimensão técnico-científica do risco tratará da relação entre Direito, Ciência e Tecnologia. Em segundo lugar, trataremos da dimensão sociocultural do risco, abordando a interessante análise da antropóloga Mary Douglas¹⁷³. Essa análise será o parâmetro para comparar o método de Regulação de Risco e da Dogmática penal nos próximos dois capítulos. Nós avaliaremos se as dimensões do risco são consideradas em ambos e como essas dimensões vão afetar a construção do conceito de risco.

¹⁷¹ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo et al. **Risk and Brazilian Private Law** in DYSON, Matthew. *Regulating Risk through Private Law*. Cambridge: Intersentia, 2018, p.255 (tradução livre).

¹⁷² A necessidade de uma abordagem interdisciplinar do risco parece também ser a conclusão de Laestadius, Deckers e Baran (LAESTADIUS, Linnea – DECKERS, Jan – BARAN, Stephanie – *Food crimes, harms and carnist technologies*. In GRAY, Allison & HINCH, Ronald. **A handbook of food crime: Immoral and illegal practices in the food industry and what to do about them**. Bristol: University of Bristol, 2019, p. 307 (tradução livre), os quais concluem que a questão dos crimes no setor de alimentação apenas podem ser abordados a partir do desenvolvimento de “soluções tecnológicas” como também por “políticas sociais baseadas em um pensamento crítico referentes aos novos e atuais danos sofridos pelo amplo aspecto de atores no setor da alimentação”.

¹⁷³ Essa divisão de facetas do risco também pode ser encontrada em Lupton (LUPTON, Deborah. **Risk**. Londres:Routledge, 2013), mas a autora acaba criando outras divisões.

2.1 Primeira dimensão do risco: risco e seus aspectos técnico-científicos

Inicialmente, devemos considerar a relação entre Direito, Ciência e Tecnologia para tratar do risco. Essa relação dá-se quando tratamos da causalidade para embasar os deveres de cuidado, isto é, quando buscamos leis causais fora do âmbito jurídico para construir a noção de risco permitido presente nos deveres de cuidado. Essa correlação entre o conceito de risco e a causalidade é analisada no direito espanhol por Mendez Rodriguez¹⁷⁴, cuja conclusão é a de que, ao se afirmar que risco é a probabilidade de dano, somos obrigados a o reconhecer como um tipo de nexos de causalidade.

A própria noção de causalidade e imputação deve ser considerada como diversas. Já no positivismo, encontramos essa diferenciação. Kelsen¹⁷⁵ esclarece que o princípio da causalidade não passaria de uma criação humana, como Hume indica, “não existe na natureza da causalidade” essa “ligação necessária”, há apenas uma “sucessão regular de eventos”. No entanto, a causalidade foi apreendida, como algo mais do que uma mera sucessão de eventos, com uma faceta ligada à imputação de responsabilidade. Considerou-se que “a causa atrai o efeito, exatamente como o mal, ou mais exatamente, o homem, por seu ato errado atrai a punição”, sendo que a “causa”, “é responsável pelo efeito”.

Kelsen¹⁷⁶ conclui que a “ideia de uma lei geral da causalidade, em conformidade com a qual causas similares devem necessariamente produzir efeitos similares, é mero hábito do pensamento”. Esse “hábito” seria fruto da “observação de sucessões regulares de eventos”, e, por esse motivo, Kelsen conclui que Hume atribui à causalidade a natureza de um “princípio subjetivo do pensamento humano”. E, sendo “um postulado epistemológico dirigido à cognição humana”, sendo possível antever exceções, por se tratar de uma regra “da ciência natural que

¹⁷⁴ RODRÍGUEZ MONTAÑES, Teresa. **Delitos de peligro, dolo e imprudencia**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, p.101 (tradução livre).

No direito brasileiro, podemos indicar a definição de Reale Jr (REALE Jr, Miguel. O perigo para a vida e a saúde de outrem, In REALE Jr, Miguel (coord). **Direito Penal – Jurisprudência em debate**. São Paulo: Saraiva, 2016, posição 3068, 3075 (livro eletrônico)) de perigo como a representação subjetiva da “possibilidade objetiva de dano”, a qual será indicada “conforme as relações de causalidade que a experiência indica, segundo critérios e métodos de base científica”.

¹⁷⁵ KELSEN, Hans. Causalidade e Retribuição In KELSEN, Hans. **O que é justiça?** São Paulo: Martins Fontes, 2001, pp.304, 310, 312, 316. Seria essa relação entre “mal”, como precedente, e “punição”, como consequente, que ainda forçaria a “Ciência moderna” a considerar que “a causa deve preceder no tempo”, apenas abandonado com a formulação da “dependência puramente funcional”, a qual “admite eventos simultâneos”. Kelsen afirma que o Direito não é mais conectado com a retribuição desde os sofistas, depois da identificação da função preventiva da pena. No entanto, a ciência ainda se mantém ligada ao princípio da causalidade, indicando “uma ligação objetiva” entre causa e efeito, “a causa faz algo ao induzir o efeito. Portanto, ela é concebida como um agente, uma substância ativa”.

¹⁷⁶KELSEN, Hans. Causalidade e Retribuição In KELSEN, Hans. **O que é justiça?** São Paulo: Martins Fontes, 2001, pp.304, 310, 312, 316.

descreve a realidade em conformidade com o postulado epistemológico da causalidade”, são “meras leis estatísticas de probabilidade”¹⁷⁷.

Lupton¹⁷⁸, a qual identifica diversas dimensões do risco, trata da dimensão “técnico-objetiva do risco” como ligada às leis causais, sendo originada em áreas como “engenharia, estatística, atuaria, psicologia, epidemiologia e economia”. Refere-se à noção de probabilidade, sendo que os “debates nessa área referem-se à medição e cálculo do risco para construção de modelos preditivos”. Também Willett¹⁷⁹ conecta essa noção do risco refere-se à “existência de uma condição do mundo exterior”, sendo possível a análise do risco como probabilidade ou como incerteza.

Ao buscarmos essa “condição” na realidade acabamos por, necessariamente, criar uma arena para o diálogo entre Ciência e Direito. Assim, ao tratarmos do risco como probabilidade de dano¹⁸⁰, teremos base para a imputação criada a partir das leis causais, definidas por outras áreas do conhecimento.

No entanto, devemos observar que a chamada “cientificação” do risco é apenas uma etapa do desenvolvimento do termo, a qual tem muito mais relação com tentativas de controle

¹⁷⁷ Nesse sentido, Brady (BRADY, Henry E. **Causation and Explanation in Social Science**. In GOODIN, Robert E. (ed). *The Oxford Handbook of Political Science*. Oxford: Oxford, 2011, p.1062. (tradução livre)) indica dois casos de nexos de causalidade, um determinista, baseado na “Física Newtoniana”, segundo a qual “as mesmas condições inevitavelmente produzem o mesmo efeito”; outro, o “probabilístico”, “possível nas ciências físicas, comum nas ciências biológicas e capaz de se infiltrar nas ciências sociais”. Também Angioni (ANGIONI, Francesco. **Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale: la struttura oggettiva**. Milano: Giuffrè, 1994, p.128 e 130 (tradução livre)) diferencia os tipos de “leis de experiência”. Há as “leis universais”, as quais tratam de “conexões rigorosamente uniformes entre fenômenos empíricos”, indicando o nexo causal; enquanto as “leis estatísticas” trazem a “conexão entre duas ou mais categorias de fenômenos” que ocorre com uma frequência intensa, mas não o suficiente para se indicar uma certeza, sendo “um juízo de probabilidade”. Angioni esclarece que as leis estatísticas que produzem juízos de probabilidade sobre os nexos causais são usadas nos casos em que “o componente indeterminado tem o papel de perturbar a uniformidade dos resultados”.

¹⁷⁸ LUPTON, Deborah. **Risk**. Londres:Routledge, 2013, p.27 (tradução livre).

¹⁷⁹ WILLETT, Allan H. **The economic theory of risk and insurance**. Nova Iorque: Columbia University, 1901, p. 28 (tradução livre)

¹⁸⁰ Beck (BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: ed. 34, 2010, p. 76.) também reconhece a dificuldade na determinação do nexo causal, o qual seria “essencial para a harmonia entre Ciência e Direito”, já que os riscos tecnológicos são melhor representados por “processos de estatística do que pelo princípio da causalidade”. Afirma Beck que, “No Japão, os juízes decidiram, em face do entrelaçamento global dos riscos da modernização, não mais interpretar a impossibilidade de uma rígida comprovação causal nos termos das Ciências naturais em prejuízo das suscetibilidades ao risco. (...) Eles já admitem uma relação causal se correlações estatísticas entre teores de poluentes e enfermidades específicas puderem ser comprovadas. As empresas que emitirem tais poluentes poderão então ser judicialmente imputadas e condenadas a pagar as indenizações correspondentes. Com base nisto, no Japão, uma série de empresas foram obrigadas a pagar aos afetados indenizações gigantescas em espetaculares processos ambientais.” Beck, inclusive, critica a falta de adesão a esse método pela Alemanha, a qual “experimenta a perda de concretude de uma racionalidade e *práxis* científicas, que de mais a mais sempre se manteve alheia e cega diante dos riscos e ameaças a ela mesma produzidos”.

do mundo material, portanto, com preocupações políticas e jurídicas. Lupton¹⁸¹ considera que o termo “risco” “presume responsabilidade humana”, o que deixa implícito que “algo pode ser feito”. Essa noção de risco como fundamento para responsabilidade surge no século XVII, quando se considera que “a chave para o progresso humano e a ordem social é o conhecimento objetivo do mundo através da exploração científica e o pensamento racional”, assim, “os mundos naturais e sociais seguem leis que podem ser medidas, calculadas e, portanto, previstas”. Já na Revolução Industrial, nos séculos XVIII e XIX, a Europa teve de lidar com novas questões sociais, como a “urbanização em massa”, sendo um estímulo para o desenvolvimento da ciência da probabilidade e da estatística, “criando meios de calcular a lei causal e identificar seus desvios”, tornando o conceito de risco cada vez mais científico¹⁸², sendo ampliado, para tratar das condutas humanas. Deixa-se de se aceitar os conceitos de “sorte”, “vontade de Deus”, considerando que “efeitos não esperados podem ser consequência da conduta humana”. Sendo assim, “os modernos” substituíram a noção caótica do mundo, percebida na “incerteza” e na “indeterminação”, por uma impressão de controle, “através do mito do cálculo confiável”.

É possível perceber que o termo “risco” aparece conectado à função de fundamentação da responsabilidade baseada no controle, a partir de justificativas científicas. Essa aura científica do termo “risco” por, pretensamente, estar baseado em um “cálculo incontestável científico”, é bastante questionável.

Hampsted¹⁸³ indica que as Ciências naturais deixam de ser consideradas “rigidamente mecânicas” como resultado do método indutivo, onde “há a observação de fatos empíricos, a proposição das hipóteses para explicar aqueles fatos, e sua verificação ou refutação subsequente”. Não se aceita mais que a “indução leve a inferência de leis causais rígidas incontestáveis”, mas apenas “constantes estatísticas que presumimos que serão observadas, até que não o sejam, no mundo físico”, concluindo que “tais elementos de indeterminação ou sorte

¹⁸¹ LUPTON, Deborah. **Risk**. Londres: Routledge, 2013, pp.3-7 (tradução livre). Lupton esclarece que “O termo “risco” surge aparece em alemão na metade do século XVI e em inglês na segunda metade do século XVII. No entanto, o termo latino renascentista “riscum” tem sido usado há muito tempo em países como a Alemanha”. Seria um termo ligado às Grandes Navegações. Nesse caso, Lupton esclarece que não há referência à responsabilidade humana, o que apenas surgirá com o mundo industrializado, nos séculos XVII e XVIII.

¹⁸² No entanto, Popper (POPPER, Karl R. **Contra a sociologia do conhecimento**. In POPPER, Karl R. Textos escolhidos. Rio de Janeiro: Contraponto, 2010, p. 368.), conhecido pela sua análise do referido método científico, inclui a possibilidade de revisão da lei científica, como parte do próprio desenvolvimento da Ciência, “Os resultados científicos são “relativos” (se é que se deve usar esse termo) apenas na medida em que são resultados de determinado estágio do desenvolvimento científico, passíveis de serem superados pelo avanço da Ciência. (...) Significa apenas que a maioria dos resultados científicos tem o caráter de hipóteses, ou seja, de enunciados em relação aos quais as provas são inconclusivas; por conseguinte, são passíveis de revisão a qualquer momento.”

¹⁸³ HAMPSTED, Lord Lloyd of. **Introduction to Jurisprudence**. Londres: Stevens and Sons, 1972, pp.4-5 (tradução livre)

não podem ser explicados apenas por leis deterministas”, sendo que “todas as teorias (ou leis) científicas são, portanto, incertas e provisórias, sendo possível sua refutação no futuro”, entendendo-se a noção da Ciência valorativamente neutra como “simplista”.

A ideia de que o “risco” seria um instrumento das Ciências Naturais e Exatas, totalmente neutras, impermeáveis aos valores, é contestada, por exemplo, por Habermas¹⁸⁴, que declara a influência do próprio “elemento humano” na pesquisa científica,

(...) o **empirismo** gostaria de assegurar a **aparência objetivista** das observações expressas por meio de proposições básicas: delas decorreriam confiavelmente evidências imediatas destituídas de quaisquer ingredientes subjetivos. Na verdade, entretanto, as **proposições básicas não são reflexos de fatos em si**, mas dão **expressão aos êxitos e fracassos de nossas operações**. Poderíamos dizer que os fatos e as relações entre eles são apreendidos descritivamente; mas esse modo de falar não pode esconder que os fatos relevantes obtidos por **experiências científicas se constituem como tais por meio de uma organização prévia de nossa experiência** na esfera de funções da ação instrumental. (grifo nosso)

Beck¹⁸⁵, inclusive, aponta o desafio que o método científico encontra em um contexto social que espera da Ciência respostas infalíveis e perpétuas,

Isto torna claro que, com o potencial de ameaça das forças produtivas, a margem de manobra para a pesquisa científica torna-se cada vez mais estreita. Hoje em dia, admitir que se cometeu um erro na estipulação de tetos para a tolerância aos pesticidas — o que, no fundo, é o que normalmente acontece na Ciência —, equivale ao desencadeamento de uma catástrofe política (ou econômica), devendo por isto mesmo ser evitada. As forças destrutivas, com as quais os cientistas também têm de lidar atualmente em todos os campos temáticos, impõem-lhes a **desumana lei da infalibilidade, uma lei que, para além de seu descumprimento representar uma qualidade das mais humanas, também se encontra em clara contradição com seus ideais de progresso e crítica**. (grifo nosso)

Essa clara dimensão “humana” da Ciência é também observada no processo judicial, especialmente, quando se necessita da prova pericial para se embasar uma análise de risco. Conti¹⁸⁶, por exemplo, esclarece que “nenhuma prova pericial é neutra”, porque “nenhum cientista é neutro, e as provas periciais inserem-se na dinâmica do ônus da prova.”.

Veja-se, por exemplo, o famoso caso italiano dos terremotos de Aquila, os réus foram inicialmente condenados, tendo como base certa lei científica, a qual foi derrubada em segunda instância¹⁸⁷, por não se tratar de uma lei com “adequada validação científica”, faltando-lhe

¹⁸⁴ HABERMAS, Jürgen. **Conhecimento e interesse**. In HABERMAS, Jürgen. **Técnica e Ciência como ideologia**. São Paulo: Unesp, 2014, p.188.

¹⁸⁵ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: ed. 34, 2010, p. 65.

¹⁸⁶ CONTI, Carlotta. La prova scientifica alle soglie dei vetanni dalla sentenza Franzese: vette e vertigini in época di pandemia. In **Sistema Penale**. 09/02/2021. Disponível em: <https://www.sistemapenale.it/it/articolo/conti-prova-scientifica-venti-anni-sentenza-franzese?out=print>. Acesso em 03/09/2021. (tradução livre)

¹⁸⁷ Corte di Appello Dell’ Aquila. Proc. Pen. N. 253/10 R.G.N.R e N. 448/11 Reg GIP, Relatore: Fabrizia Francabandera. Data da sentença 10/11/2014. Publicação: 06/02/2015, pp.270-4. (tradução livre) Além disso, tratando-se do caso de como os cidadãos reagiriam ao mecanismo de avisos para terremotos, a Corte também

“controlabilidade”, ausente uma “taxa de erro conhecida”; “falseabilidade”, ausente a “possibilidade de controle por outros especialistas” e “verificabilidade”, ausente “*standards* constantes para a verificação”. No caso, a lei foi enunciada pelo assistente técnico da acusação, morador de Aquila. Tratou-se de uma lei causal criada *ex post facto*, tendo sido “publicada alguns dias depois do fim dos interrogatórios”, carregada de “juízos negativos sobre os imputados”, o que fez com que a Corte entendesse que essa “hipótese científica” era influenciada por motivos subjetivos.

Devemos, portanto, considerar o princípio da causalidade um método para a análise dos eventos empíricos; não, uma expressão da “verdade absoluta”. As relações de causalidade estão submetidas ao cadinho da experiência, isto é, as avaliações feitas em certa época podem ser consideradas errôneas posteriormente.

Essa necessária compreensão da natureza do risco como o resultado da conexão entre o ontológico e a avaliação humana das possibilidades de desdobramentos causais é o que fundamenta a própria ideia de incerteza, conforme desenvolvida por Knight¹⁸⁸. Knight¹⁸⁹ “distanciou-se dos cientistas sociais mais positivistas de seu tempo”, já que sua ideia de “incerteza muda toda a análise de comportamento humano, afastando-a da racionalidade determinista”.

acrescentou que não era possível basear onexo causal em apenas leis estatísticas, já que “cada cidadão atuaria com base em motivações íntimas e subjetivas” para não abandonar suas casas, se avisados do terremoto. No entanto, mesmo assim, a Corte buscou traçar onexo causal, com base em máximas da experiência, considerando que esse estaria comprovado apenas para os casos em que a “a vítima recebeu a mensagem” de aviso do terremoto e, por causa de seu conteúdo, resolveu não abandonar a sua residência. Percebemos que também a jurisprudência italiana considera as decisões humanas como setores indeterminados da realidade, que dificultam a criação de leis determinísticas e estatísticas para a determinação donexo causal, tendo o Judiciário recorrido a uma generalização do senso comum, para determinar onexo causal, na ausência de lei científica confiável. Essa possibilidade já era prevista na própria *sentenza Franzese*, que considera como “saber científico acessível ao juiz” tanto as “leis científicas”, como também as “leis universais”. (Itália. Cass. S.U. n. 30328. Julgado em 10/07/2002.)”.

¹⁸⁸ Para responder a questionamentos do motivo pelo qual citamos uma obra do início do século XX, trazemos uma breve indicação biográfica do famoso pai-fundador da Escola de Chicago. Inicialmente, citamos Luhmann (LUHMANN, Niklas. **Risk: a sociological Theory**. New York: A. de Gueyter, 1993,p.1) que ressalta a importância de Knight: “*The traditional statistical treatment of risk calculation has been joined by economic research. Instrumental in this development has been the brilliant approach taken by Frank Knight. (...) Knight’s distinction between risk and uncertainty has, however, meanwhile petrified into a sort of dogma*”. “A pesquisa econômica juntou-se ao tratamento estatístico tradicional do cálculo do risco. Nesse desenvolvimento, foi instrumental a abordagem brilhante de Frank Knight. (...) A distinção de Knight entre risco e incerteza, no entanto, enquanto isso, petrificou-se em um tipo de dogma.” (tradução livre). Além disso, é interessante notar que Knight é reverenciado até os dias atuais. Formaini (FORMAINI, Robert L. Frank H. Knight: Origins of the Chicago School of Economics. In **Economic Insights**. Federal Reserve Bank of Dallas, v.7, n.3, pp. 1-4.(tradução livre)) refere-se a Knight como um dos “economistas mais influentes da História”, tendo como discípulos “quatro ganhadores do Prêmio Nobel de Economia, Friedman, Stigler, James Buchanan e Paul Samuelson”.

¹⁸⁹ FIORITO, Luca. “A certain amount of “recantation”: on the origins of Frank H. Knight’s antipositivism. In **History of Political Economy**, v. 48, fasc. 1, 2016, pp.4-5, 8. (tradução livre).

Knight¹⁹⁰, parte do pressuposto de que a mentalidade humana tem como “função primordial prever acontecimentos futuros”, para permitir que o ser humano se prepare, reaja, a esses possíveis acontecimentos. No entanto, o ser humano deve realizar esse “complexo cálculo” a partir de uma “limitada noção dos fatos”, aos quais tem acesso. Como resultado, cada qual tem uma “reação” de acordo com sua própria versão, imaginada por si, do futuro. A “reação humana”, portanto, é, segundo Knight, produto de inferências que cada um faz do que percebe dos fatos. É bastante claro em reconhecer a falibilidade humana para a análise do risco. As fontes para o erro humano são apontadas por ele em vários momentos desse processo, que consiste em imaginar como se daria o desdobramento do nexos causal “com e sem sua intervenção”, a qual nem sempre se dará, de fato, da forma imaginada. A mentalidade humana não é capaz de absorver a realidade “em sua totalidade” nem de prever o resultado das condutas com precisão.

Nesse ponto, podemos relacionar a análise de Knight com a noção de probabilidade subjetiva¹⁹¹.

Zynda¹⁹² explica que o conceito subjetivo de probabilidade está em considerar as “probabilidades como graus de conhecimento do agente” (*degrees of belief*). Sendo assim, “os graus de conhecimento” (*degrees of belief*) deveriam poder ser medidos e também ser racionais, isto é, devem estar de acordo com “os cálculos de probabilidade”.

Knight¹⁹³ chega, inclusive, a questionar o próprio princípio da causalidade¹⁹⁴ baseado na analogia, isto é, “comparam-se situações semelhantes”, para se prever o resultado futuro. O pressuposto desse raciocínio é o de que a realidade, o mundo, seria “composto” por coisas de

¹⁹⁰ KNIGHT, Frank H. **Risk, Uncertainty and Profit**. Boston: Cambridge, 1921, p.200, 202. (tradução livre)

¹⁹¹ Já Popper (POPPER, Karl R. **Propensões, probabilidade e teoria quântica**. In POPPER, Karl R. Textos escolhidos. Rio de Janeiro: Contraponto, 2010, p.199-100 e n.3, p.396.), no entanto, critica a probabilidade subjetiva, considerando absurda a ideia de que se pode alcançar a certeza, com a “obtenção de todas as informações”. Popper refuta essa noção de probabilidade, considerando-a um resquício do determinismo, “ainda não eliminado”. Popper prefere a probabilidade objetiva, baseada na estatística ou “interpretação de frequência”, no entanto, considera que ela reflete “as condições em que a sequência é produzida”, isto é, dependem “do arranjo instrumental”, o que consiste na probabilidade como “propensão”.

¹⁹² ZYENDA, Lyle. Subjectivism. In HÁJEK, Alan & HITCHCOK, Christopher. **The Oxford Handbook of Probability and Philosophy**. Oxford:Oxford, 2016, pp.360-1 (tradução livre). Um dos pontos de crítica a esse conceito de probabilidade, é a de que a ideia de “graus de conhecimento” acaba pressupondo uma certa “onisciência lógica”, indicando que as “verdades lógicas” deveriam ser conhecidas, já que as “verdades lógicas” deveriam ter o “grau máximo de probabilidade”. Dá como exemplo o caso do “último teorema de Fermat” que já era tido como “verdade” muito antes de “Andrew Wiles” comprová-lo em 1995. A outra fragilidade apontada por Zynda é o “problema da evidência”, isto é, a possibilidade de uma prova “velha” comprovar uma teoria “nova”. No entanto, há casos em que o suporte fático ou de evidências, mantém-se o mesmo, mas as teorias mudam. Por exemplo, a coleção de fatos que Darwin colocou no *Origem das Espécies* não poderia fundamentar sua teoria da “descendência com modificação”.

¹⁹³ KNIGHT, Frank H. **Risk, Uncertainty and Profit**. Boston: Cambridge, 1921, p.202. (tradução livre)

¹⁹⁴ KNIGHT, Frank H. **Risk, Uncertainty and Profit**. Boston: Cambridge, 1921, p.203-8. (tradução livre)

comportamento previsível, cujo padrão repete-se. A mentalidade humana, sua capacidade cognitiva, tem limitações que impedem que se chegue em uma “classificação plena da totalidade de coisas existentes”, de acordo com todas as suas características essenciais e possíveis mudanças. Essa limitação natural do ser humano acabaria “restringindo o próprio princípio da causalidade”. Nos casos em que for conhecida a “probabilidade de certo resultado”¹⁹⁵, seria possível a prevenção, aplicando-se até mesmo as “leis universais, pois se trata de um evento recorrente”.

A dimensão técnico-científica do risco está baseada na probabilidade estatística¹⁹⁶, isto é, cria-se um modelo preditivo a partir do qual se avalia a probabilidade de um certo resultado. Tal juízo é usado para tratar da “causalidade probabilística”, a qual, segundo Williamson¹⁹⁷, apresenta um embasamento matemático para tratar da causalidade, a partir do final do século XX mudando totalmente a ideia de que a “causa seria uma ideia confusa sem qualquer tratamento matemático”. Esclarece que a “probabilidade não nos indica as relações causais”, essa explicação vem do “conhecimento sobre as entidades e mecanismos físicos que as ligam”. No entanto, os nexos causais probabilísticos são os únicos que explicam os casos de “ausência”. A causalidade determinista, tidos como nexos de causalidade “Mecânicos”, não lhe oferece uma explicação adequada. Quanto ao entendimento das omissões no Direito Penal, parece-nos que a causalidade probabilística deve ser considerada essencial.

¹⁹⁵ Devemos, no entanto, perceber que, mesmo quando aceitamos nexos causais probabilísticos, há a possibilidade de tornar a análise científica como algo imutável, como se dá com a ideia de “probabilidade *a priori*”. Segundo Knight (KNIGHT, Frank H. **Risk, Uncertainty and Profit**. Boston: Cambridge, 1921, pp.224-5 (tradução livre)), seria “aquela que trabalha com uma classificação absolutamente homogênea de fatos”, baseada na análise de princípios gerais. Popper (POPPER, Karl R. **Falsificacionismo versus convencionalismo**. In POPPER, Karl R. **Textos escolhidos**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2010, p.142.) critica esse tipo de conceito, classificando-o como parte das teorias convencionalistas, as quais buscam na ciência “um sistema de conhecimento baseado em alicerces definitivos”. Quadro diferente se dá se considerarmos, como indica Knight, a “probabilidade estatística se refere à avaliação empírica quanto à frequência das relações entre premissas, não analisáveis de acordo com combinações variáveis de igualmente prováveis alternativas”. Esse tipo de método permitiria adaptações constantes das leis científicas.

¹⁹⁶ A relação entre causalidade e probabilidade é analisada por Holland (HOLLAND, Paul W. **Statistics and Causal Inference**. In **Journal of the American Statistical Association**, dec. 1986, v. 81, n. 396, p. 945. (tradução livre)), que afirma que “embora a correlação não indique causalidade”, diante de um “experimento randomizado”, podem ser “extraídas conclusões válidas” sobre a causalidade. Apresenta diversos métodos para tais experimentos estatísticos, concluindo que o mais importante seria analisar “os efeitos das causas”, já que a estatística é uma ciência desenvolvida para a “métrica”. A análise estatística é tão relevante para a inferência causal que os professores de Harvard, Hernán e Robins (HERNÁN, Miguel A. & ROBINS, James M. **Causal Inference: What if**. Boca Raton: Chapman & Hall, 2020, p.V. (tradução livre)) afirmam que a “ausência de uma metodologia explícita” para a análise de dados chega a dificultar o “entendimento da própria relação causal” que é investigada.

¹⁹⁷ WILLIAMSON, Jon. **Probabilistic Theories**. In BEEBEE, Helen et al. (ed). **The Oxford Handbook of Causation**. Oxford:Oxford, 2009, pp.196-7, 202 (tradução livre).

Essa questão da dificuldade em se aplicar o princípio da causalidade determinista fica muito clara na questão do “fator de segurança” das barragens¹⁹⁸, a qual é atualmente medida por uma metodologia “determinística”, “definido como a razão entre as forças estabilizadoras e as forças desestabilizadoras do maciço”, mas a opinião técnica do Relatório da CPI de “Brumadinho e de outras barragens” conclui pelo uso de análise probabilística

Ainda assim, a possibilidade de falha nunca é zero. Ou seja, o risco sempre existe. Por isso, desenvolvem-se **outras metodologias** para a avaliação da segurança da barragem de caráter **não determinístico**, mas **probabilístico**. Uma **análise probabilística avalia o risco** e identifica as **incertezas** que impactam a segurança. A discussão de incertezas leva a uma melhor compreensão dos aspectos fundamentais tanto para o projeto quanto para o monitoramento do desempenho da barragem de rejeitos. (grifo nosso)

A ideia do risco conectada à causalidade probabilística é aceita pelo Direito Penal. O juízo de perigo deve ser realizado tendo como medida, no dizer de Angioni¹⁹⁹, “as leis científicas ou universais, as quais são descritivas”, trazendo informações sobre os eventos empíricos, sendo um tipo de generalização, não “mera dedução lógica e abstrata”. Também Molina Fernández²⁰⁰ reconhece essa característica do juízo de perigo, o qual é “probabilístico, pois não há o conhecimento pleno da realidade”. Assim, seriam “possíveis inúmeros juízos de perigo, de acordo com os fatos conhecidos pelo autor do crime”. Além disso, afirma que “nem sempre se pode acreditar nas leis naturais, já que a própria realidade é indeterminada, como se dá na Física Quântica”; e nos casos em que exista uma lei científica, “deve-se considerar que ela não passa de uma análise estatística”. Conclui que juízos baseados em “determinismo, isto é, em conhecimento perfeito, nunca são juízos de probabilidade, mas de necessidade”.

Segundo Hitchcock²⁰¹, a questão do nexa causal probabilístico trata da “força causal” de cada fator, sendo assim, haverá uma análise da probabilidade de certo resultado com e sem certo fator, para se indicar a sua “influência causal”, deixando que essas análises sejam mera “correlação espúria”. Também Hernán e Robins²⁰² esclarecem que o método estatístico pode produzir a probabilidade para responder a pergunta “e se?”, isto é, é capaz de tratar de

¹⁹⁸ Brasil. Senado Federal. Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito: CPI de Brumadinho e outras Barragens, julho de 2019, p. 54-55.

¹⁹⁹ ANGIONI, Francesco. **Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale: la struttura oggettiva**. Milano: Giuffrè, 1994, pp.125-7. (tradução livre)

²⁰⁰ MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. **Antijuridicidad penal e Sistema del delito**. Barcelona: Jose Maria Bosch, 2001, pp.775-6(tradução livre).

²⁰¹ HITCHCOCK, Christopher. Probabilistic Causation In HÁJEK, Alan & HITCHCOCK, Christopher. **The Oxford Handbook of Probability and Philosophy**. Oxford: Oxford, 2016, pp. 824-7. (tradução livre)

²⁰² HERNÁN, Miguel A. & ROBINS, James M. **Causal Inference: What if**. Boca Raton: Chapman & Hall, 2020, p.12. (tradução livre)

inferências causais, respondendo a questões como “qual seria o risco se todos recebessem o tratamento?” E, “qual seria o risco se não o recebessem?”.

Hitchcock²⁰³ conclui que essa análise faz sentido quando se quer determinar o grau de risco de certo resultado, diante de certo fator, considerando esse tipo de um estudo como uma área do conhecimento a ser explorada, especialmente nas áreas de “filosofia, psicologia, neurociência, estatística, epidemiologia, econometria e ciência da computação”. No entanto, não seria possível identificar se um “evento no passado foi a causa do outro” (*actual causation*) como buscam os juristas.

Glymour²⁰⁴ explica que a “inferência causal na estatística”, entendida, geralmente, como uma forma para “medir a força de relações causais potenciais”, seria um método para análise de “explicações causais baseado em dados amostrais” a partir da criação de “um parâmetro de estimativa”, isto é, uma estatística.

Podemos observar o nexo causal probabilístico como fundamento de certas análises jurídico-penais sobre o risco. No direito espanhol, Paredes Castañón²⁰⁵, inclusive, relaciona a “probabilidade” à “definição dos deveres de cuidado”, sendo “as leis probabilísticas” os “instrumentos adequados para os casos em que existam limites de conhecimento para o juízo de perigo”, impossibilitando o uso de leis determinísticas.

No direito brasileiro, no entanto, Greco²⁰⁶ critica a existência de leis causais probabilísticas, sendo referentes aos “setores indeterminados da realidade”, em relação aos quais “Ninguém seria capaz de formular leis deterministas”. Greco defende que “Puppe concretizou com precisão quais setores da realidade seriam indeterminados: aqueles em que há decisões humanas, processos microfísicos e microbiológicos”. Parece-nos uma contradição criar um rol taxativo para tratar do dinâmico desenvolvimento científico. No entanto, de fato, Puppe, de fato, identifica áreas “indeterminadas”, especialmente quanto às “decisões humanas”, afastando-nos definitivamente do determinismo, considerada mera hipótese científica²⁰⁷.

²⁰³ HITCHCOCK, Christopher. Probabilistic Causation in HÁJEK, Alan & HITCHCOK, Christopher. **The Oxford Handbook of Probability and Philosophy**. Oxford:Oxford, 2016, pp. 824-7. (tradução livre).

²⁰⁴ GLYMOUR, Clark. Causation and Statistical Inference. In BEEBEE, Helen et al. (ed). **The Oxford Handbook of Causation**. Oxford:Oxford, 2009, p. 502 (tradução livre).

²⁰⁵ PAREDES CASTAÑÓN, Jose Manuel. **El riesgo permitido en Derecho Penal (regimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)**. Madrid: Ministerio de Justicia e Interior, 1995, p.182. (tradução livre).

²⁰⁶ GRECO, Luís. **Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios**. São Paulo: Marcial Pons, 2018, pp.26-28.

²⁰⁷ Libet (LIBET, Benjamin. **Do we have free will?** In The Oxford Handbook of free will. Oxford: Oxford, 2005, pp. 552, 561-3(tradução livre)) é bastante claro ao afirmar que, a partir de seus experimentos, “o processo volitivo inicia-se inconscientemente, mas a função consciente poderia controlar o resultado; podendo impedir o ato. **O livre arbítrio, portanto, não está excluído.** (...) O que atingimos com os experimentos foi algum conhecimento sobre a forma que o livre-arbítrio funciona. Primeiro, deve-se indicar que as **escolhas livres ou atos são imprevisíveis**, mesmo quando poderiam ser completamente determinadas. O princípio da incerteza de Heisenberg

Mas, Greco²⁰⁸ vai além e duvida desses mesmos setores que indicou como identificados “com precisão”, apontando que “isso não significa (...) uma estrutura indeterminada ou probabilística”, concluindo que “essa indeterminação seja meramente aparente, derivada não das coisas como são, e sim de nosso desconhecimento de determinados fatores”. No entanto, há teorias como a de Hall²⁰⁹ que aceitam dois tipos de causalidade para o mesmo evento tanto tanto deterministas como probabilísticos.

Já, no direito espanhol, Corcoy Bidasolo²¹⁰ reconhece que, “no estado atual da ciência não se conhecem todas as leis de probabilidade”, assim, o resultado dependerá da “existência de fatores aleatórios”, sendo “impossível determinar o grau de probabilidade”, sem se analisar a conjuntura fática. Quanto às leis estatísticas, essas seriam o “limite ontológico do Legislador”, já que apenas seria possível a criminalização das condutas perigosas por elas identificadas. Dá ênfase à questão dos riscos tecnológicos, “cujas consequências a médio e longo prazo são desconhecidas, inclusive para os cientistas que as desenvolvem”, os quais devem ser tolerados, sem que se renuncie à necessidade de controle. A professora espanhola, portanto, reconhece a existência da incerteza científica²¹¹ e seus possíveis efeitos para o Direito Penal.

Para Knight²¹², a diferença entre as duas categorias, risco e incerteza²¹³ é que, “no risco, a distribuição de um resultado é conhecida em uma certa categoria de fatos”, seja pela

impede que tenhamos o total conhecimento de atividades moleculares. **Os mecanismos quânticos nos forçam a lidar mais com probabilidades do que com certezas dos eventos.** E, na teoria do caos, um evento aleatório pode mudar o comportamento de todo um sistema de uma forma não previsível.(...) Devemos reconhecer que ambas as alternativas (lei natural determinista versus não-determinismo) são teorias não provadas, isto é, não há provas da existência do livre arbítrio.(...) **Em um assunto tão fundamentalmente importante para definir quem somos, a indicação de sua natureza ilusória deveria estar baseada em evidências diretas. Tais evidências não só não estão disponíveis; como também os deterministas não conseguem propor um experimento potencial para testar a teoria.(...) Minha conclusão sobre o livre-arbítrio, um genuinamente livre em um sentido não-determinista, é ade que se trata de uma opção científica boa, senão, melhor, que sua negação pela teoria determinista**”. (grifo nosso).

²⁰⁸ GRECO, Luís. **Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios**. São Paulo: Marcial Pons, 2018, pp.26-28.

²⁰⁹ Hall (HALL, Ned. ‘Two Concepts of Causation’. In COLLINS, J. – HALL, N. -PAUL, L. (eds.). **Causation and Counterfactuals**. Cambridge: MIT, 2004, p.255 (tradução livre) afirma que: “O que eu realmente mostrei não é que há dois conceitos de causalidade, mas que há dois tipos de causalidade, dois modos diferentes em que um evento pode ser a causa de outro”.

²¹⁰ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. **Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales**. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, pp. 49-50, 92-3. (tradução livre)

²¹¹ E, havendo incerteza científica, Knight (KNIGHT, Frank H. **Risk, Uncertainty and Profit**. Boston: Cambridge, 1921, pp.238-9. (tradução livre)) considera possíveis algumas estratégias. Entre elas, seria o de “buscar o controle do futuro e a de aumentar o poder de predição”. As últimas duas estão conectadas, pois para se buscar o controle é “necessário conhecimento e Tecnologia”.

²¹² KNIGHT, Frank H. **Risk, Uncertainty and Profit**. Boston: Cambridge, 1921, pp.233-4. (tradução livre)

²¹³ MAJONE, Giandomenico. Foundations of Risk Regulation: Science, Decision-making, Policy Learning and Institutional Reform. In **European Journal of Risk Regulation**, v.1, n.1, 2010, pp.8-10. Majone afasta-se da concepção de Knight que distingue risco e incerteza, para analisar as “modernas teorias da decisão”, que buscam a “obtenção do máximo de uma utilidade”, a partir de uma “racionalidade procedimental”, garantindo “consistência da decisão”. Majone despreza a distinção entre risco e incerteza, considerando-as o mesmo, o que

“estatística”, seja pelo “cálculo *a priori*”. Já no que se refere à incerteza, isso não é possível, já que “não há um grupo de fatos para se analisar, pois se trata de uma circunstância fática muito peculiar”. E, mesmo assim, tenta-se combater a incerteza, mesmo diante da impossibilidade de sua eliminação.

A questão da incerteza científica não pode ser deixada de lado pelo Direito Penal. Os deveres de cuidado são criados de acordo com o que a comunidade científica aceita como “Ciência segura”. Portanto, se os deveres de cuidado são criados em uma situação de incerteza, a tese científica que embasa aqueles deveres deve ser considerada uma fotografia de um instante, a qual poderia não mais registrar uma teoria científica bem-aceita no momento do julgamento do caso concreto.

A referência ao conteúdo dos deveres e à dinâmica do método científico, no direito espanhol, é mencionada por Romeo Casabona. Romeo Casabona²¹⁴ afirma que a *lex artis* “não pode ser entendida como integrada unicamente pelas regras ou *standards* geralmente aceitos na especialidade” médica praticada, mas deve abranger também “a liberdade da técnica diagnóstica e da prescrição do tratamento, pois só assim é possível o avanço científico no setor”.

Assim, se houver um desdobramento posterior, baseado na identificação e correção das falhas na criação de tais deveres de cuidado, haverá um novo conteúdo do dever de cuidado. Esse novo dever de cuidado não pode ser usado como parâmetro para julgar a conduta do réu. Já que o juízo de perigo dá-se de acordo com o conhecimento científico existente no momento da conduta, isto é, a análise é *ex ante*. Dessa forma, tais conceitos de Knight tornam-se relevantes para a análise do Direito Penal.

A questão da “incerteza” é ainda intensificada se o caso das novas tecnologias for considerado. Mohr²¹⁵ define “tecnologias” como uma conexão entre os “seres humanos e o mundo material”, viabilizando a “satisfação de vontades materiais”, as quais são “constituídas e reguladas pelo Direito”. Essa função das tecnologias estaria presente tanto naquelas que são “*hard*”, “como manufatura e transporte”, como naquelas que “*soft*”, “como informação e comunicação”, ou ainda nas conhecidas como “*wet*”, para a “subsistência humana”, como no setor de alimentação.

chama de “argumento de consistência”, criando relações de probabilidade para todos os casos, usando a comparação entre a probabilidade de eventos similares como parâmetro. Majone considera que “qualquer decisão tomada sob incerteza, mesmo que não faça uso explícito de probabilidades, de fato, parte de um uso, ao menos parcial de uma avaliação probabilística

²¹⁴ ROMEO CASABONA, Carlos María. **Conducta peligrosa e imprudência em la sociedade de riesgo**. Granada: Comares, 2005, p.209 (tradução livre)

²¹⁵ MOHR, Richard. Introduction: Law, Culture and Things: Human links to the material. In **Law, Technology and Humans**, v. 2, fasc. 1, 2020, pp. 1-3 (tradução livre)

Quando tratamos do tema da tecnologia, principalmente daquelas consideradas recentes, nos deparamos com casos de incerteza científica. Fisher²¹⁶, inclusive, é bastante clara ao identificar a “incerteza científica” nos “riscos tecnológicos”, considerando-a “um fruto da indeterminação do meio ambiente natural, o qual, por ser holístico, apresenta um complexo de relações pouco conhecidas”. O princípio da causalidade fica, no entendimento de Fisher, prejudicado, já que “as relações causais não seriam sempre lineares”, muito porque “dependem do comportamento humano”.

Embora seja considerada como um traço comum nas novas tecnologias, a incerteza pode não ser tão simples de ser compreendida. Essa dificuldade pode ser um efeito do nexos causal probabilístico, já que como Majone²¹⁷ afirma que “o pensamento probabilístico não vem naturalmente, nem para cientistas, nem para pessoas intelectualmente sofisticadas, mas é essencial para justificar logicamente a regulação de risco”. Haines²¹⁸ chega, inclusive, a afirmar que a “Ciência também é fonte de incertezas, principalmente quando a Ciência torna-se parte do debate político”. Nesse caso, afirma que “os políticos, geralmente, buscam alardear certezas científicas, mesmo que explorem incertezas científicas das posições defendidas por seus adversários”. Também Giddens²¹⁹ apresenta as características peculiares da incerteza em nossa sociedade atual:

Um cético poderia perguntar: não há nada novo aqui? A vida humana não foi sempre marcada pela contingência? O futuro não foi sempre incerto e problemático? A resposta para cada uma dessas perguntas é "sim". Não é que atualmente nossas circunstâncias de vida tenham se tornado menos previsíveis do que costumavam ser; o que mudou foram as origens da imprevisibilidade. Muitas incertezas com que nos defrontamos hoje foram criadas pelo próprio desenvolvimento do conhecimento humano.

No entanto, mesmo que seja impossível a eliminação de riscos e incertezas, há a possibilidade de gerenciamento. Giddens²²⁰ admite que as estratégias de controle de risco estarão sujeitas “a muitas rupturas, quer para o bem quer para o mal.”. Van den Berg e

²¹⁶ FISHER, Elizabeth. **Risk regulation and Administrative Constitutionalism**. Oxford and Portland: Hart, 2007, pp.7-8 (tradução livre).

²¹⁷ MAJONE, Giandomenico. Foundations of Risk Regulation: Science, Decision-making, Policy Learning and Institutional Reform. In **European Journal of Risk Regulation**, v.1, n.1, 2010, p.8 (tradução livre).

²¹⁸ HAINES, Fiona. **Regulation and risk**. In DRAHOS, Peter.(ed) Regulatory theory: Foundations and applications. Canberra: Australian National University, 2017, pp.181-196 (tradução livre).

²¹⁹ GIDDENS, Anthony. **Risco, confiança, reflexividade**. In GIDDENS, Anthony – BECK, Ulrich – LASH, Scott. Modernidade Reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: Editora Unesp, 1997, p.220.

²²⁰ GIDDENS, Anthony. **Risco, confiança, reflexividade**. In Modernidade Reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: Editora Unesp, 1997, p.220.

Keymolen²²¹ também admitem a possibilidade de certo controle humano, por meio da “análise de risco para a redução da complexidade da realidade, transformando-a em riscos e incertezas”. Mas, também percebem que, em muitos casos, “os riscos acabam tomando os contornos de incertezas”, como se dá no caso dos riscos sistêmicos, cuja “intrincada natureza dificulta a análise dos efeitos em cadeia”²²².

Quanto à abordagem do Direito Penal alemão sobre incerteza científica, Roxin²²³ defende a responsabilidade criminal do médico nos casos em que houve morte do paciente, desde que tenha havido a aplicação de “um tratamento não ortodoxo”, mesmo que “não se consiga comprovar com certeza” que o “descumprimento dos deveres de cuidado” teria causado “um aumento de risco para a vítima”. No direito penal espanhol, Corcoy Bidasolo²²⁴ relaciona a incerteza científica e a função motivadora da norma penal,

“A partir da função motivadora da norma só se poderiam levar em conta aqueles riscos que, sendo aceitos pela Ciência com certo grau de consenso, podem ter eficácia motivadora; portanto, em um primeiro nível, não se podem levar em consideração conhecimentos que estão colocados em discussão por um amplo setor científico, ainda quando não seja necessário que tenham sido proibidos pelas leis vigentes na matéria.(...)”

A noção de incerteza científica e o método de Popper tiveram grande influência no Direito Penal italiano, levando-o a se separar da teoria alemã da imputação objetiva, criando um método próximo ao indicado por Hitchcock²²⁵ como possível, pois trata da indicação da “força causal” de cada fator. Diante da relevância do tema e da falta de tratamento do método italiano no direito brasileiro, consideramos que sua análise pode trazer esclarecimentos importantes para a análise do risco em sua dimensão técnico-científica.

²²¹ Van den BERG, Bibi & KEYMOLEN, Esther. Regulating security on the internet: control versus trust. In **International Review of Law Computers & Technology**, março 2017, pp.1-18 (tradução livre). Esses autores também defendem a “impossibilidade de se eliminar a complexidade empírica do risco no caso concreto, a partir de análises de risco”. Esse instrumento apenas fornece modelos para, no caso analisado, “traçar estratégias para a cyber-segurança”.

²²² Dificilmente pode-se usar uma lógica determinista na análise de riscos sistêmicos. Moyal (MOYAL, J.E. Causality, determinism and probability. In **Philosophy**, outubro, 1949, v. 24, n. 91, pp.310-7. (tradução livre)) afirma que as “relações causais rígidas deterministas (a causa A sempre leva ao evento B)” tem sido substituídas por “uma noção de causalidade conectada à probabilidade”.

²²³ ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General, t.I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Madrid: Civitas, 1997, p.382 (tradução livre)

²²⁴ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. **Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales**. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 65 (tradução livre).

²²⁵ HITCHCOCK, Christopher. Probabilistic Causation in HÁJEK, Alan & HITCHCOCK, Christopher. **The Oxford Handbook of Probability and Philosophy**. Oxford: Oxford, 2016, pp. 824-7. (tradução livre)

Em 2002, com a *sentenza Franzese*²²⁶, conforme analisado por Viganò, “houve a reafirmação da teoria do *conditio sine qua non*²²⁷, indicando que o nexo de causalidade deve ser comprovado com base em uma lei científica, desde que haja probabilidade lógica”. E, não existindo essa, “não é possível concluir que certa conduta seria a causa do evento”.

D’Alessandro²²⁸ traça o contexto em que se deu o julgamento da *Sentenza Franzese*. Havia duas correntes na jurisprudência italiana. A primeira corrente defendia que “bastaria um aumento de risco para a condenação criminal”, mesmo que baseado em uma “probabilidade baixa de ocorrência do resultado”. Já a segunda, exigia que “a sentença condenatória tivesse a certeza como justificativa para a condenação”, isto é, um juízo “além da dúvida razoável”, baseado “seja em leis universais, seja em leis estatísticas próximas à certeza”. As *Sezioni Unite* estabeleceu um “modelo de análise da causalidade”, com enfoque nas “regras probatórias”. As partes e o magistrado deverão analisar a “incerteza científica no processo judicial”, considerando que “toda hipótese científica deveria estar submetida à refutação”, em uma aplicação da teoria de Popper.

Landro²²⁹ considera que a *Senteza Franzese* afasta-se da teoria da imputação objetiva alemã, segundo a qual “o mero aumento do grau de risco” seria a indicação da violação do dever de cuidado, o que, por si só já seria suficiente para determinar o nexo causal e a imputação da conduta ao agente, o que se dá de modo mais intenso nos crimes omissivos, onde “a causalidade da omissão fundamenta-se em um juízo hipotético”.

D’Alessandro²³⁰ esclarece que se busca evitar que a justificativa para um nexo causal seja a mera existência de uma lei científica, isto é, essa teoria tenta eliminar a “tendência de dedução de fatos a partir de leis científicas pelo juiz”. Para tanto, o modelo *Franzese* exige que haja “a eliminação dos possíveis nexos causais alternativos”²³¹. Assim agindo, busca-se aquela

²²⁶ Cass. Pen, sez. Un. 11 setembro de 2002, n. 30328 In **Rivista italiana diritto e procedura penale**, 2002, pp.1133 e ss, apud D’ALESSANDRO. Francesco. Spiegazione causale mediante leggi scientifiche, a dieci anni dalla sentenza Franzese. In **Criminalia**, 2012, apud n.1, p.321. (tradução livre)

²²⁷ VIGANÒ, Francesco. **Il rapporto do causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese**. In *Diritto penale contemporaneo*. V.3, 2013, pp.380-398. (tradução livre).

²²⁸ D’ALESSANDRO. Francesco. Spiegazione causale mediante leggi scientifiche, a dieci anni dalla sentenza Franzese. In **Criminalia**, 2012, p.333(tradução livre).

²²⁹ LANDRO, Andrea Roco di. L’Accertamento del nesso causale nella responsabilità penale del medico: dopo la sentenza delle Sezioni Unite, un confronto tra la dottrina penalistica e quella medico-legale. In **Studi e rassegne**, n. 27, ago-set de 2004, pp.111(tradução livre).

²³⁰ D’ALESSANDRO. Francesco. Spiegazione causale mediante leggi scientifiche, a dieci anni dalla sentenza Franzese. In **Criminalia**, 2012, p. 346(tradução livre).

²³¹ Roxin (ROXIN, Claus. ROXIN, Claus. Violação do dever e resultados nos crimes negligentes. In **Problemas fundamentais de Direito Penal**. Lisboa: Vega, 2004, p.269.) nega a necessidade de análise de cursos causais hipotéticos, substituindo-os por uma análise da diminuição do risco, a ser realizada de forma “científico-experimental”. Dessa forma, não é necessário comprovar que “o resultado não se teria produzido”, mas já seria “suficiente um incremento de risco passível de investigação”.

lei científica que encontra “comprovação no caso concreto”, o que traria “certeza à decisão judicial”. Dessa forma, em caso de “incerteza judicial”, não seria possível ao magistrado, como bem afirma D’Alessandro, “basear-se em uma convicção pessoal para declarar certeza”.

Roxin²³² apresenta algo semelhante a essa teoria como “teoria do nexa”,

entre a violação do dever e o resultado exista um determinado nexa, isto é, que a realização do tipo ‘se baseie’ na violação do dever de cuidado. Se o resultado tivesse se produzido mesmo com uma conduta conforme o dever, faltaria o necessário nexa fundamentador da responsabilidade e haveria de se absolver.

Roxin²³³ critica essa teoria, já que exige “completa certeza” de que há “negligência e resultado”²³⁴. Na *sentenza Franzese*, no entanto, não se exige uma lei probabilística próxima à certeza, mas se seria um caso de “probabilidade lógica”, isto é, “quando haja aplicação” da lei científica “em um número elevado de casos” e encontre-se “confirmação nos métodos de prova racionais e empiricamente controláveis”²³⁵. Em alguns casos ingleses, também encontramos uma referência a algo próximo à probabilidade lógica, já que em certos casos onde não houve certeza científica, a jurisprudência inglesa indica²³⁶ que o júri deveria buscar estabelecer a “causa ou causas da morte não apenas na opinião do especialista, mas também nas demais circunstâncias”.

O método²³⁷ da *sentenza Franzese* seria capaz de indicar a “qualidade” de tais pesquisas, sendo esse “bifásico”. Na primeira fase, *ex ante*, deveriam ser identificadas todas as leis

²³² ROXIN, Claus. Violação do dever e resultados nos crimes negligentes. In **Problemas fundamentais de Direito Penal**. Lisboa: Vega, 2004, p.244.

²³³ ROXIN, Claus. Violação do dever e resultados nos crimes negligentes. In **Problemas fundamentais de Direito Penal**. Lisboa: Vega, 2004, p. 248.

²³⁴ A necessidade da análise científica também é, evidentemente, aceita por Roxin (ROXIN, Claus. Violação do dever e resultados nos crimes negligentes. In **Problemas fundamentais de Direito Penal**. Lisboa: Vega, 2004, p.259), apesar das diversas críticas que faz à teoria, acaba concluindo que é necessário adotar “critérios científicos”. O o tratamento jurídico de tais **situações não depende do que na realidade tenha sucedido** – facto que na maioria dos casos não se pode saber - mas exclusivamente do facto de saber se uma conduta conforme o dever diminuiria de modo relevante o perigo da produção do resultado. Não estamos aqui perante uma questão de prova de hipotéticos processos causais, mas sim ante um **problema de avaliação pericial** que se pode normalmente **solucionar de acordo com critérios científicos**. (grifo nosso).

²³⁵ Di GIOVINE, Ombretta . Sezioni Unite Penale. sezioni unite penali; sentenza 10 luglio 2002; Pres. Marvulli, Est. Canzio, P.M. Iadecola (concl. conf.); ric. Franzese. Annulla senza rinvio App. Napoli 14 giugno 2000. In **II Foro Italiano**, v. 125, n.11, novembro de 2002, pp.617 (tradução livre).

²³⁶ Reino Unido. R v Broughton [2020] EWCA Crim 1093 18/08/2020, pp.19,21, “The task of the jury was far from easy given that they had no help from the experts on the question of when Louella’s condition was clearly life threatening (as the judge put it as short-hand for a serious and obvious risk of death)(...) It illuminates the reality that in many homicide cases determining the cause or causes of death does not rely exclusively on expert opinion but can be collected from surrounding circumstances.(...) In the context of causation in this very sad case the task of the jury was to ask whether the evidence established to the criminal standard that, with medical intervention as soon as possible after Louella’s condition presented a serious and obvious risk of death, she would have lived. In short, had the prosecution excluded the realistic possibility that, despite such treatment, (...) would have died?(...)”

²³⁷ Itália. Corte di Cassazione. Penale Sent. Sez. 4 Num. 44943 Anno 2021 Presidente: DOVERE SALVATORE Relatore: NARDIN MAURA Data Udienza: 08/07/2021, pp.5-6

científicas aplicáveis ao caso. Nesse caso, há um “juízo contrafactual”, referente à “reconstrução dos fatos ou através das leis universais ou de leis científicas probabilísticas”, as quais indicam que certa relação de causa e efeito apenas se dá em “um certo porcentual de casos”. Já na segunda fase, deveria haver a demonstração *ex post*, onde haverá a correlação entre os fatos concretos e as “as explicações científicas hipotéticas, tendo um papel decisivo a exclusão das hipóteses alternativas”. Assim, o nexos causal deve ser individualizado no caso concreto, buscando-se a “confirmação da hipótese no caso concreto de acordo com as regras probatórias de inferência indutiva”. A probabilidade lógica, “a essência do juízo de certeza racional”, é indicada como o resultado do “confronto entre esses dois momentos”, para se considerar se “a probabilidade estatística encontra confirmação nos eventos - na ausência de nexos causais alternativos - enquanto o fato entendido na sua peculiaridade histórica encontra fundamento nas explicações científicas de natureza probabilística”.

Percebemos que a dimensão técnico-científica do risco relaciona-se com a Ciência ao indicar as leis causais, as quais, segundo Kelsen²³⁸ seriam “postulados epistemológicos do pensamento humano”. E, sendo assim, podem vir a ser alterados diante de novas evidências e teorias. Não são, portanto, parte do ontológico, protegido das críticas, mas a um produto da análise humana, o qual pode ser questionado e modificado com o tempo, até que se atinja a verdade científica.

2.2 Segunda dimensão do risco: risco e sua análise sociocultural

Depois de considerarmos os elementos tidos como técnico-objetivos do risco, devemos dar atenção para a sua análise sociocultural.

Ao se considerar o papel do risco para a fundamentação dos deveres dos cidadãos e organizações, deve-se analisar a tese de Douglas. A antropóloga Mary Douglas traz um argumento bastante persuasivo, baseado na análise da solidariedade e do risco para imputação de responsabilidade pelos resultados negativos, através da violação de deveres de cuidado. Sua análise crítica e provocadora faz-nos repensar a adequação da responsabilidade baseada no risco.

²³⁸ KELSEN, Hans. Causalidade e Retribuição In KELSEN, Hans. **O que é justiça?** São Paulo: Martins Fontes, 2001, pp.304, 310, 312, 316.

Douglas²³⁹ entende que “quanto mais forte for a solidariedade²⁴⁰ da comunidade”, mais fácil a imputação de responsabilidade será também para casos considerados “desastres naturais”²⁴¹, considerando a falta de medidas de prevenção como suficiente para a responsabilização da pessoa. Douglas, inclusive, ataca a justificativa para a responsabilização em caso de perigo, como tutela do bem público, considerando-a apenas um “contexto criado para que os demais membros da comunidade se engajem nessa proteção” baseando-se nos estudos de Durkheim²⁴² sobre os “usos políticos do crime e do infortúnio”. Dá como exemplo a punição para os poluidores que, por “não cumprir seus deveres”, são taxados como aqueles que não se importam com a “sobrevivência da comunidade”.

Segundo Douglas²⁴³, nas “sociedades ocidentais” houve a dissolução de uma “ligação que costumava existir entre moral e perigo” deslocando a questão para uma avaliação da

²³⁹ DOUGLAS, Mary. **Risk and blame: essays in cultural theory**. London e New York: Routledge, 2003, p. 6. (tradução livre).

²⁴⁰ DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**, São Paulo: Edipro, 2016, p.67, “Em todos os exemplos, o efeito mais notável da divisão do trabalho não é o fato de ela aumentar o rendimento das funções divididas, mas de torná-las solidárias. (...)É possível que a utilidade econômica da divisão do trabalho tenha algo a ver com esse resultado, porém, em todo caso ele ultrapassa infinitamente a esfera de interesses puramente econômicos; pois tal resultado consiste no estabelecimento de uma ordem social e moral sui generis. Indivíduos estão ligados uns aos outros, e, sem isso, seriam independentes; em vez de se desenvolverem separadamente, combinam seus esforços; são solidários, e com uma solidariedade que não age apenas em breve momentos em que se trocam serviços, mas vai muito além.(...) Uma vez que têm essa origem particular, não podem parecer com aquelas determinadas pela atração do semelhante pelo semelhante, devem ser constituídas de outra maneira, assentar sobre outras bases, invocar outros sentimentos.”

²⁴¹ Diante da dificuldade de entendimento trazida por esse ponto, alguns exemplos são necessários. É bastante comum o tema de responsabilidade civil diante de desastres naturais. Como exemplo, KATIAMBO, David. **Natural Disaster or Crime? The Struggle between Mainstream Media and Facebook in Discursive Deletion of Responsibility from Environmental Crimes**, in *African Journalism Studies*, 2021.(Desastre Natural ou Crime? A luta entre a mídia convencional e o Facebook pela eliminação discursiva da responsabilidade por crimes ambientais – tradução livre).

Devemos, ainda, indicar que, a pandemia tem sido classificada como “desastre natural”, conforme RODRIGUES, Karina Furtado - CARPES, Mariana Montez - RAFFAGNATTO, Carolina Gomes. **Preparação e resposta a desastres do Brasil na pandemia da COVID-19**. In *Revista de Administração Pública* [online]. 2020, v. 54, n. 4, pp. 614-634. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/0034-761220200291>> <https://doi.org/10.1590/0034-761220200291x>>. Acesso em 02/08/2021.

²⁴² DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. São Paulo: Vozes, 2019, pp.94-95. “A consciência moral da sociedade se encontraria por inteiro em todos os indivíduos e com vitalidade suficiente para impedir todo ato que a ofendesse, tanto as faltas puramente morais quanto os crimes. (...) Não é possível que todos se assemelhem a tal ponto, simplesmente porque cada um tem seu organismo próprio e porque esses organismos ocupam porções diferentes do espaço. (...) Desta forma, uma vez que não pode haver sociedade em que os indivíduos não diverjam mais ou menos do tipo coletivo, também é inevitável que, entre essas divergências haja algumas que apresente caráter criminoso. Pois o que lhes confere esse caráter não é sua importância intrínseca, mas aquela que a consciência comum lhes atribui. Portanto, se esta é mais forte, se tem bastante autoridade para tornar essas divergências muito fracas em valor absoluto, ela será também mais sensível, mais exigente e ao reagir aos menores desvios com a energia que manifesta em outros campos contra dissidências mais consideráveis, ela irá lhes atribuir mais gravidade, significando que os marcará como criminosos. O crime é, pois, necessário; está ligado às condições fundamentais de toda vida social, sendo, por isso mesmo útil; pois as próprias condições de que é solidário são indispensáveis à evolução normal da moral e do Direito.”

²⁴³ DOUGLAS, Mary. **Risk and blame: essays in cultural theory**. London e New York: Routledge, 2003, p.9. (tradução livre).

tecnologia, distante da moral. Nas sociedades primitivas, o perigo era explicado com base em “explicações espirituais”, sendo que “mágica e tabu eram efeitos da ignorância”. Posteriormente, passou-se a considerar a própria tecnologia como “fonte de perigo”, considerando que o “conhecimento nunca é suficiente, a ambiguidade sempre aparece”. Conclui Douglas que a questão não é o “tipo de conhecimento”, mas “o tipo de comunidade desejável ou a que a Tecnologia torna possível”.

Douglas²⁴⁴ desconfia das promessas de que “com o avanço tecnológico” seria possível identificar os “perigos reais”, as “causas objetivas”, “sem influência de ideologias” para a imputação da responsabilidade. Considera que o próprio método científico é passível de erro, sendo que a “má interpretação de evidências é uma constante na história da Ciência, sendo comum que a mesma evidência seja usada para basear teorias opostas”. Também Sunstein²⁴⁵ afirma que, geralmente, os especialistas tendem a considerar sua afiliação para criar suas hipóteses teóricas. Dá como exemplo a questão dos toxicologistas, aqueles que são empregados da indústria química são “bem mais otimistas quanto aos riscos dos compostos químicos” do que “os pertencentes ao governo ou à Academia”. Latour²⁴⁶ também defende que as Ciências são imbuídas de paixão,

Tão surpreendente quanto possa parecer, os artigos científicos são muito mais apaixonados que os do direito administrativo: isso é porque eles levam uma afirmação tão longe quanto possível, buscando esgotar todas as objeções possíveis, ignorando algumas e mantendo outras, o que permite destacar essa ou aquela experiência, esse ou aquele resultado. Toda essa paixão, toda essa energia, essas flores da retórica que tornam artigos científicos, mesmo os mais teóricos, mesmo os mais especializados tão belos quanto óperas (...)

Santos²⁴⁷, inclusive, chega a sugerir que a justificativa meramente técnica para a rejeição de uma certa pesquisa, como a observância de “*standards* técnicos” pode esconder algum tipo de “repressão política”. Sendo que “os critérios de excelência profissional” poderiam ser formas de camuflar a exigência de “lealdade política ao sistema social cuja reprodução é garantida pelos objetivos sociais em presença”, conclui que, muitas vezes, aponta uma “origem política” nos casos em que a comunidade científica indica “violação técnica dos modelos teóricos, metodológicos e conceituais”.

²⁴⁴ DOUGLAS, Mary. **Risk and blame: essays in cultural theory**. London e New York: Routledge, 2003, p. 7. (tradução livre).

²⁴⁵ SUNSTEIN, Cass R, **The Laws of Fear**. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 128. University of Chicago Law School, 2001, p.9(tradução livre).

²⁴⁶ LATOUR, Bruno. A fabricação do Direito: um estudo de etnologia jurídica. São Paulo: Unesp, 2019, p.250.

²⁴⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. Da sociologia da Ciência à política científica. In **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n.1, junho de 1978, p. 49.

Shapiro²⁴⁸ retrata algo semelhante no caso da rejeição pela *National Academy of Sciences*, com base na “politização da Ciência”, do projeto norte-americano de diretrizes para análise de “riscos técnicos e científicos para a saúde, segurança e meio-ambiente” (*Risk Assessment Bulletin*) do *Office of Management and Budget* (OMB). Shapiro considera que o governo Bush teria “politizado a Ciência, mudando os resultados científicos ou os inibindo”.

Shapiro²⁴⁹ dá como exemplo o caso de Phillip Cooney que teria “enfaticamente a incerteza do papel do Homem na mudança climática”. Em outros casos as “autoridades públicas exigiram mudanças” na análise de risco realizada por agências reguladoras, “porque os resultados não justificariam certas escolhas políticas feitas pelo governo”. Ainda indica casos em que “as autoridades públicas não teriam permitido que cientistas publicassem artigos científicos ou dessem palestras em eventos científicos para inibir a divulgação de certas verdades científicas”. No Brasil, durante o governo Bolsonaro, foram feitas alegações semelhantes de supostas influências na análise de dados do Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE)²⁵⁰, quanto às queimadas na Amazônia brasileira.

O próprio desenvolvimento histórico do termo “risco”, segundo Douglas²⁵¹, indica que quando a indústria o incorpora, ele “entra na política”, sendo que “o pensamento probabilístico infiltra-se na indústria, na Ciência moderna e na Filosofia”, perdendo sua relação com

²⁴⁸ SHAPIRO, Sidney A. OMB and the politicization of Risk Assessment. In *Environmental Law*. V. 37, pp.1082–1087. (tradução livre)

²⁴⁹ SHAPIRO, Sidney A. OMB and the politicization of Risk Assessment. In *Environmental Law*. V. 37, pp.1082–1087. (tradução livre)

²⁵⁰ MAZUI, Guilherme. **Mourão diz que opositor do governo no Inpe divulga dados negativos sobre queimadas**. In Política. G1. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/09/15/mourao-diz-que-opositor-do-governo-no-inpe-divulga-dados-negativos-sobre-queimadas.ghtml>. Acesso em 23/08/2021. “O vice-presidente **Hamilton Mourão** afirmou nesta terça-feira (15), sem citar nome ou provas, que “alguém” no Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (**Inpe**) que faz “oposição” ao governo do presidente Jair Bolsonaro prioriza a divulgação de dados negativos sobre queimadas”.

OLIVEIRA, Joana. Governo Bolsonaro enfraquece o INPE e retira do órgão divulgação sobre dados de queimadas. In El País. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2021-07-13/governo-bolsonaro-enfraquece-o-inpe-e-retira-do-orgao-divulgacao-sobre-dados-de-queimadas.html>. Acesso em: 23/08/2021. “A partir desta terça-feira, os dados sobre queimadas e incêndios florestais no Brasil serão monitorados e divulgados pelo Instituto Nacional de Meteorologia (Inmet), subordinado ao Ministério da Agricultura, e não mais pelo Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE), um órgão estritamente técnico, vinculado ao Ministério de Ciência e Tecnologia. A medida, que o Governo Bolsonaro afirma que não afetará o trabalho do INPE, alarmou mais uma vez especialistas e pesquisadores, que veem na mudança uma forma de tentar controlar a informação e enfraquecer o órgão, que já foi atacado por Jair Bolsonaro. Os últimos dados divulgados pelo INPE mostram que a Amazônia teve o maior número de focos de queimadas dos últimos 14 anos para mês de junho, com 2.308 focos de calor.”

²⁵¹ DOUGLAS, Mary. Risk as a Forensic Resource. In *Daedalus*, v.119.n.4, Risk. Outono, 1990, pp.1-4. (tradução livre). Reflete sobre o desenvolvimento histórico do próprio termo “risco”, o qual teria surgido no século XVII, para ser aplicado em “apostas e jogos de azar”, significando apenas “a probabilidade de que certo evento viesse a ocorrer”. Já no século XIX, esse termo é entendido como significando a necessidade de “um cálculo de lucro, para a tomada de decisão”.

probabilidade, para tratar do “processo de homogeneização social”. Douglas²⁵² esclarece que esse sucesso do termo “risco” vem de sua adequação com as “demandas políticas”, referindo-se aos “efeitos negativos ou abuso de poder”, além disso apresenta uma “aura de cientificidade”, diferente do “perigo”.

Percebemos que o termo “risco” tem uma faceta que vai além da mera probabilidade de dano, referindo-se, muitas vezes, a condutas desejáveis de acordo com os valores sociais. Conclusão que pode ser também ser estendida para o tema de deveres de cuidado. Ao se perceber a possibilidade do uso do termo “risco” para escamotear uma intenção, ainda que não manifesta, de padronização de condutas, podemos refletir sobre efeitos para a dogmática penal.

A referência aos valores sociais é percebida como necessária por Sunstein²⁵³ até mesmo para a própria eficiência da estratégia regulatória. Considera que quando a Regulação é feita de acordo com a opinião pública, tratando “do que se tem realmente medo”, há uma maior tendência à eficiência.

Dessa forma, a estratégia regulatória para o estabelecimento dos deveres de cuidado, pode-se basear em questões muito distantes da probabilidade de dano ou em uma avaliação de risco que menospreze a ameaça ao bem jurídico. Nesse caso, vale a pena o estudo sobre o método da Regulação de Rosco para considerar se o dever de cuidado é adequado, especialmente se importado para o Direito Penal.

É o caso da conclusão do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Rogerio Schietti Cruz, no julgamento do habeas corpus²⁵⁴, que trata de salvo-conduto para plantio e transporte de *Cannabis Sativa* para fins medicinais ou científicos :

Embora a legislação brasileira possibilite, há mais de 40 anos, a permissão, pelas autoridades competentes, de plantio, cultura e colheita de *Cannabis* exclusivamente para fins medicinais e científicos (art. 2º, parágrafo único da Lei 11343/2006; art. 2º, §2º, da Lei n. 6368/1976) o fato é que até hoje a matéria não tem regulamentação ou norma específica, o que bem evidencia o descaso, ou mesmo o desprezo – **quicá por**

²⁵² DOUGLAS, Mary. Risk as a Forensic Resource. In *Daedalus*, v.119.n.4, Risk. Outono, 1990, pp.1-4. (tradução livre).

²⁵³ Sunstein (SUNSTEIN, Cass R. **The Laws of Fear**. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 128. University of Chicago Law School, 2001, pp. 2, 15-16. (tradução livre).) chega a criar uma divisão quanto ao entendimento do risco, considerando os tecnocratas e os populistas. Os tecnocratas estariam buscando os “fatos reais”, sendo os fatos a diretriz para a Regulação, não “as crenças sociais”. Sua missão “educar as pessoas”, as quais costumam estar “mal informadas”. No entanto, os tecnocratas reconhecem que “a ciência pode deixar lacunas e que os *standards* não podem ser determinados apenas pela ciência”. Sunstein considera que a visão tecnocrata não prevalece, pois ignora “valores importantes para as pessoas comuns”. Já os populistas consideram que o governo “deveria seguir a vontade dos cidadãos”, no lugar da “elite de especialistas”, pois também os cientistas podem errar. Apoiam-se na “intuição dos cidadãos”, a qual apontaria “do que se tem realmente medo”. Essa intuição acaba tendo “força normativa”.

²⁵⁴ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Processo em segredo de justiça. Habeas Corpus, Rel. Min, Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 14/06/2022, noticiado no informativo de jurisprudência do STJ n. 742, 27/06/2022.

razões morais ou políticas – com a situação de um número incalculável de pessoas que poderiam se beneficiar com tal regulamentação. (**grifo nosso**)

A conexão entre “risco” e razões “morais” é estudada por Douglas²⁵⁵, referindo-se às ideias de “tabu e pecado”, relacionadas com a de perigo. Ela afirma que o “pecado” era uma forma de “moralizar e politizar a questão do perigo”, sendo uma forma de “homogeneização cultural”. Adverte, ainda, que tanto o pecado como o risco têm uma ideia de prognose, “o pecado funciona prospectivamente, da mesma forma que o risco”. O termo “pecado” já seria “uma profecia de danos futuros”, como também o é o risco. Douglas apenas os diferencia com base em seu uso pelo Direito ou “uso forense”. Assim, quando um comportamento é tido como perigoso, significa que a comunidade alcançou certa “homogeneidade cultural”, para “reprovar o comportamento”.

No entanto, Douglas²⁵⁶ diferencia a retórica do pecado/tabu²⁵⁷ que considera a comunidade vulnerável por causa da “conduta de um indivíduo ou, geralmente, da conduta de suas autoridades”, daquela referente ao risco que é visto “em relação aos indivíduos”. E, “quanto mais ligado ao individualismo, mais importante seriam os usos forenses do termo risco”, já que busca “proteger indivíduos de intromissões de outros”, sendo parte do “pensamento individualista da sociedade industrial”²⁵⁸, o que torna o “risco” “uma ideia central

²⁵⁵ DOUGLAS, Mary. Risk as a Forensic Resource. In *Daedalus*, v.119.n.4, Risk. Outono, 1990, pp.4-8. (tradução livre). Dá como exemplo bíblico as derrotas israelenses, “após um grande pecado”. O “termo neutro” “risco” também é usado com o fim de “homogeneização cultural”, em meio ao “ceticismo religioso” um grande pecado traria danos a toda a comunidade, como se vê na Bíblia as derrotas dos israelenses. Douglas, de modo bastante esclarecedor, considera que esse “termo neutro do risco é o que se tem para criar uma ponte entre os fatos conhecidos da existência e a construção moral da comunidade”. Douglas conclui que “risco”, “perigo” e “pecado” são usados para “legitimar ou desacreditar políticas públicas, para proteger indivíduos de instituições predatórias ou para proteger instituições de indivíduos predatórios”. Douglas conclui que o termo “risco” provê “termos seculares para reescrever as Escrituras”: assim, “os riscos produzidos pelos pais recaem sobre os filhos”.

²⁵⁶ DOUGLAS, Mary. Risk as a Forensic Resource. In *Daedalus*, v.119.n.4, Risk. Outono, 1990, p.7. (tradução livre).

²⁵⁷ DOUGLAS, Mary. **Pureza e perigo**. São Paulo: Perspectiva, 2014, p.23, Douglas afirma que “Estes tabus, inspirados por medo, precauções contra espíritos malignos, eram comuns a povos primitivos e frequentemente tomavam a forma de regras de sujeira(...) As regras primitivas da sujeira dão atenção às circunstâncias materiais de um ato e julgam-no bom ou mal”.

²⁵⁸ DOUGLAS, Mary. **Pureza e perigo**. São Paulo: Perspectiva, 2014, p.87. Douglas afirma que “Quando refletimos honestamente sobre nossas escovações e limpezas minuciosas nesta perspectiva, sabemos que não estamos, simplesmente, tentando evitar a doença. Estamos separando, colocando fronteiras(...) Nós os modernos, operamos em muitos campos diferentes de ação simbólica. Para os bosquímanos, os Dinkas e muitas culturas primitivas, o campo de ação simbólica é um só. A unidade que criam por sua separação e ordenação não é somente um pequeno lar, mas um universo total no qual toda a experiência é ordenada. Tanto nós como os bosquímanos justificamos nossa evitação da poluição pelo medo do perigo.(...) A diferença entre nós não é que nosso comportamento seja fundado na Ciência e o deles no simbolismo. Nosso comportamento também carrega um significado simbólico. A diferença real é que não levamos de um contexto para o próximo o mesmo conjunto de poderosos símbolos: nossa experiência é fragmentada”.

nos Estados Unidos”. Douglas²⁵⁹ afirma que a possibilidade de se considerar o risco um termo “científico”, acaba facilitando a justificação pretensamente “objetiva” para a imputação de responsabilidade a alguém. Sob um olhar bastante crítico, considera que se questiona “primeiro de quem a culpa; e, depois, qual a conduta”. Identifica na “ação preventiva”²⁶⁰, na “ideia de redução do risco”, a base para “um novo sistema de responsabilização”.

Também Tulloch e Lupton²⁶¹, baseando-se em estudos empíricos, afirmam que o “risco está relacionado com uma perda de segurança em relação ao desconhecido.”. Concluem que, em um sentido sociocultural, podemos afirmar que “risco está relacionado com incerteza”, de um modo negativo, aproximando-se de ideias como “medo”, “perda de controle”²⁶².

Nesse caso, ao se relacionar risco ao medo do desconhecido ou à incerteza, podemos antever a possibilidade de seu uso político, como o faz Douglas. Douglas²⁶³ não questiona a “realidade dos riscos, apenas seu uso político” para fortalecer a solidariedade, assim como se deu com o tabu. O tabu, segundo Douglas, é o resultado da decisão de “coletiva da comunidade sobre os tipos de solidariedade usados para cooperar com o seu ambiente, repleto de doenças

²⁵⁹ DOUGLAS, Mary. **Risk and blame: essays in cultural theory**. London e New York: Routledge, 2003, p. 14. (tradução livre).

²⁶⁰ DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**, São Paulo: Edipro, 2016, pp.89-90 “Mas, hoje, como dizem, a pena mudou de natureza: já não é para se vingar que a sociedade castiga, é para se defender. A dor que ela inflige é em suas mãos apenas um instrumento metódico de proteção. Ela pune não porque o castigo ofereça por si só satisfação, mas a prevenção refletida que determina a repressão.(...) Entre a pena de hoje e aquela de outrora, não há, pois, um abismo, e conseqüentemente, não era necessário que a primeira se tornasse algo diferente do que era para se adequar ao papel que desempenha nas sociedades civilizadas. Toda a diferença reside no fato de que ela produz seus efeitos com mais consciência daquilo que ela faz. Ora, apesar de a consciência individual ou social não deixar de ter influência sobre a realidade que ela esclarece, tal consciência não tem poder de alterar a natureza dessa realidade. A estrutura interna dos fenômenos permanece a mesma, sejam eles conscientes ou não.”

²⁶¹ TULLOCH, John & LUPTON, Deborah. **Risk and everyday life**. Londres: Sage, 2003, pp.20-31 (tradução livre)

²⁶² SUNSTEIN, Cass R, **The Laws of Fear**. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 128. University of Chicago Law School, 2001, pp.22 e 32. (tradução livre). Sunstein também parece considerar que, ao tratar desse novo sistema de responsabilização o “melhor seria não buscar uma dicotomia entre voluntariedade e involuntariedade” na assunção do risco ou, ainda, entre riscos “controláveis ou incontroláveis”. Mas, questionar se os agentes teriam “consciência do risco” e se seria factível “evitar o risco”. Segundo Sunstein, quando se trata de um caso de risco que “pareça involuntário”, é uma referência ao risco que “não era conhecido” ou era “muito difícil ou custoso” evitar; e “voluntário”, se fosse “conhecido” ou sua prevenção fosse “fácil ou pouco custosa”. Conclui que a diferença de percepção do risco entre especialistas e os demais, pode estar baseada “na grande relevância que se dá às leis estatísticas” pelos especialistas, enquanto algumas das demais pessoas “consideram-se invulneráveis”. Percebe-se que, nesse ponto, também Sunstein questiona os próprios fundamentos dessa responsabilização, retirando o peso da reprovabilidade da conduta do agente, para analisar a importância de outros fatores como conscientização do risco e custo das medidas preventivas.

²⁶³ DOUGLAS, Mary. Risk as a Forensic Resource. In **Daedalus**, v.119.n.4, Risk. Outono, 1990, pp.8-9. (tradução livre).

acidentes e guerras”, sendo que que “o discurso do risco busca dispersar e dissolver distinções”²⁶⁴. Conclui Douglas²⁶⁵ que,

Em um debate cultural sobre risco e justiça, busca-se culpar o outro lado e exonerar o seu de culpa. O risco é tido como perigo de um risco futuro, causado pela parte contrária. (...) E, aquele que apontar a incerteza é visto como uma pessoa irresponsável, tentando fugir de suas responsabilidades.

Sunstein²⁶⁶ também considera que a percepção do risco pode ser manipulável²⁶⁷. Entre os fatores principais, indica a “influência da informação”, como o “efeito cascata”, quando ausentes “informações de primeira-mão”, a opinião pública baseia-se em “sinais dados por terceiros”. Além disso, há a questão da “reputação” de quem informa, como também a “polarização do grupo de opinião”, que tendem a se concentrar em “posições extremas de acordo com as inclinações predeterminadas”, mesmo que não haja evidências apoiando tais correntes. Esse tipo de análise, influenciada por Douglas, tem crescido nos últimos anos, buscando indicar o motivo pelo qual “alguns fenômenos são entendidos pelos leigos como mais ou menos sérios do que indicam os julgamentos dos especialistas”²⁶⁸.

É importante notar que se a percepção do risco for descolada dos estudos empíricos, os deveres de cuidado dela provenientes serão bastante desequilibrados, sem fundamentação em fatos para basear as avaliações de risco. Essa análise deve ser levada em conta pelo Direito Penal, para que seja possível o reconhecimento da necessidade da avaliação da probabilidade real de dano, a qual pode desenvolver um parâmetro de risco mais ou menos rígido.

²⁶⁴ DOUGLAS, Mary. **Pureza e perigo**. São Paulo: Perspectiva, 2014, p.55. Douglas afirma que, “(...) é óbvio que uma pessoa, quando suas convicções diferem da de seus amigos, ou hesita ou tenta convencê-los de que estão errados. Atribuir perigo é uma maneira de se colocar um assunto acima da discussão.”

²⁶⁵ DOUGLAS, Mary. Risk as a Forensic Resource. In **Daedalus**, v.119.n.4, Risk. Outono, 1990, p. 9. (tradução livre).

²⁶⁶ SUNSTEIN, Cass R, **The Laws of Fear**. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 128. University of Chicago Law School, 2001, pp.13-14 (tradução livre).

²⁶⁷ Druckman e Bolsen (DRUCKMAN, James N. & BOLSEN, Toby. **How Scientific evidence links attitudes to behaviors**. In DANA, David A. *The nanotechnology challenge: creating legal institutions for uncertain risks*. Cambridge: Cambridge Press, 2011, pp. 85-86. (tradução livre)), tratando da percepção do risco de novas tecnologias pelos cidadãos, eles afirmam que, geralmente, busca-se “informar o público sobre os fatos sobre as novas tecnologias”, esclarecendo os cidadãos, sendo que essa informação poderia “tornariam cidadãos conhecedores da Ciência”. No entanto, lembram que há a questão do “framing” (enquadramento), isto é, se um artigo for escrito por alguém que enfoca na incerteza das novas tecnologias, o conhecimento trazido para o público levará a uma rejeição da tecnologia.

²⁶⁸ LUPTON, Deborah. **Risk**. Londres:Routledge, 2013, p.35(tradução livre). A autora cita Masuda , J. and Garvin , T. (2006) Place, culture, and the social amplification of risk . *Risk Analysis* , 26 (2) , 437 – 454 .

Os teóricos sociojurídicos chegam, inclusive, a questionar²⁶⁹, os próprios objetivos dos especialistas. Douglas²⁷⁰ ressalta que muitos especialistas tentam fazer a análise de risco, antes que “seja poluído por interesses e ideologia”²⁷¹, em um “imaginário estado de pureza”, o que seria inatingível. Douglas ressalta que as decisões sobre risco são influenciadas por emoções²⁷², já que “a raiva, esperança e o medo são parte das situações arriscadas”. Critica a falta de desenvolvimento quanto a questão do “fator humano” para se tratar do contexto institucional em que se dão as análises de risco. Impossível não recordar aqui dos textos de Popper²⁷³,

Mas, com certeza é preciso admitir que, num dado momento, nossas teorias científicas dependem não só dos experimentos e coisas similares feitos até então, mas também dos preconceitos tidos como dados corriqueiros a ponto de não nos darmos conta deles.

Douglas²⁷⁴ conclui que o “risco não é apenas uma questão de probabilidade de evento, mas da probabilidade da magnitude do evento”, cuja avaliação é “política, estética e moral”. Critica²⁷⁵ tratar de graus de risco como fundamentação para a responsabilidade, já que “apelar aos graus de risco, avaliados por *experts*, é apelar para um árbitro externo”. Adverte que esses especialistas são “legitimados com base na autoridade”, sendo que a “evidência não determina o julgamento por si só”. Conclui que se “busca-se a Ciência, pois não se acredita em nenhuma autoridade”, sendo uma prova da “rejeição da política”. E, como solução inevitável, tem-se que

²⁶⁹ Giddens (GIDDENS, Anthony. **Risco, confiança, reflexividade**. In *Modernidade Reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: Editora Unesp, 1997, p.220-3) trata dessa mesma relação entre o conhecimento especializado e sua legitimidade é tratado por Giddens afirmando que a Ciência “transforma sua autoridade específica em uma espécie de tradição”, impedindo que os leigos tenham acesso a ela. No entanto, dá ênfase ao questionamento da legitimidade universal da Ciência, sendo que “todos os tipos de conhecimento, *cult* e *folk*, e as orientações tradicionais voltam a reivindicar algum tipo de hegemonia ao lado dos domínios da Ciência ortodoxa.”.

²⁷⁰ DOUGLAS, Mary. **Risk and blame: essays in cultural theory**. London e New York: Routledge, 2003, pp.12. (tradução livre).

²⁷¹ DOUGLAS, Mary. **Pureza e perigo**. São Paulo: Perspectiva, 2014, p.197. Muito adequado ao tema é a afirmação de Douglas de que: “Considerando que, naturalmente, a ânsia pelo rigor existe em todos nós. Faz parte de nossa condição humana almejar linhas rígidas e conceitos claros. Quando os temos, é preciso, ainda encarar o fato de que algumas realidades nos iludem, ou mesmo nos cegam para a inadequação dos conceitos”.

²⁷² LANGE, Bettina. The Emotional Dimension in Legal Regulation in *Journal of Law and Society*, Vol. 29, No. 1, **New Directions in Regulatory Theory**, mar. 2002, pp. 197-225. (tradução livre). Lange questiona o predomínio da “racionalidade na Regulação”, o qual parece existir já que geralmente está imbuída pelo império da lei, quando realizada por entes burocráticos. Lange observa que os aspectos ligados a questões tidas como irracionais tanto de reguladores como de regulados também influenciam a Regulação, como a questão cultural e, até mesmo, os traços de personalidade.

²⁷³ POPPER, Karl R. **Contra a sociologia do conhecimento**. In POPPER, Karl R. *Textos escolhidos*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2010, p. 368

²⁷⁴ DOUGLAS, Mary. Risk as a Forensic Resource. In **Daedalus**, v.119.n.4, Risk. Outono, 1990, p.10 (tradução livre).

²⁷⁵ DOUGLAS, Mary. Risk as a Forensic Resource. In **Daedalus**, v.119.n.4, Risk. Outono, 1990, p.12 (tradução livre).

“cada lado” de uma disputa “buscará seus próprios especialistas”, de modo que a “própria Ciência perde sua ideia de independência, sendo desqualificada”.

No entanto, não é possível descartar a importância dos conhecimentos especializados. Sunstein²⁷⁶ considera que os especialistas têm uma visão holística do “risco” que as demais pessoas, por considerarem tanto os “riscos como os benefícios” de algo, tendo acesso a “mais informação”, opinando pela constante necessidade de “mais estudos empíricos”. Também Haines²⁷⁷ considera o “caráter interdisciplinar da análise de risco”, a qual deve tratar dos seus “aspectos empíricos”, mas também tratar da “interpretação da norma jurídica” e de seus “aspectos morais, culturais e econômicos”, como faz Douglas. Douglas²⁷⁸, inclusive, propõe o desenvolvimento de uma “teoria cultural”, considerando o “contexto cultural e suas tendências”²⁷⁹.

Muitas vezes encontramos situações em que a conduta criminalizada tem uma questionável base empírica para indicar o risco ao bem jurídico. Nesses casos, parece que a criminalização evoca muito mais um juízo de reprovação moral da conduta, rotulado como violação do dever de cuidado. O termo “risco” é usado como um elemento neutro, capaz de legitimar a punição de condutas. E, para abordar o “risco”, considerando todas as suas dimensões, o método interdisciplinar aparece como essencial. É um método para evitar que não haja nem o desprezo à Ciência ou à Tecnologia, nem a usurpação do papel do Direito.

²⁷⁶ SUNSTEIN, Cass R, **The Laws of Fear**. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 128. University of Chicago Law School, 2001, pp.20, 22-23(tradução livre).

²⁷⁷ HAINES, Fiona. “You’re a Criminologist? What Can You Offer Us? Interrogating Criminological Expertise in SHAH, Rita & HENNE, Kate (eds). **The Context of White Collar Crime**. Londres: Routledge Handbook of Public Criminologies , 2020, pp. 193-202. (tradução livre).

²⁷⁸ DOUGLAS, Mary. Risk as a Forensic Resource. In **Daedalus**, v.119.n.4, Risk. Outono, 1990, p.11. (tradução livre).

²⁷⁹ DOUGLAS, Mary. **Risk and blame: essays in cultural theory**. London e New York: Routledge, 2003, p. 19. (tradução livre). Douglas interpreta essas tendências como “portões de controle” por onde as “informações são obrigadas a passar”, logo, apenas as “informações adequadas às suas próprias convicções políticas” são reconhecidas como “verdadeiras” pela pessoa, o que não for adequado, é “suspeito, censurado e ignorado”. A responsabilização é uma forma de “tanto de gerenciar os portões, como também de os proteger”.

3. Da construção do risco através da Regulação de risco:

Para que possamos compreender o procedimento de estabelecimento de tais deveres de cuidado e da própria construção do risco pela Regulação de Risco é importante tratar brevemente do que seria a própria Regulação de Risco. E como esse método de Regulação aborda os diálogos entre Direito, Ciência e Tecnologia.

3.1. Regulação de Risco: conceito adotado e delimitação do tema

A própria definição do termo “Regulação” é palco para certas controvérsias²⁸⁰. Adotaremos um conceito amplo de Regulação, o qual pode abranger o próprio Direito Penal, como o de Lange²⁸¹, a Regulação reflete a “ideia moderna de que o Estado tem como função direcionar as atividades da sociedade civil para certas metas”. Ou, ainda, o de Black²⁸², a qual identifica Regulação como “uma série de tentativas intencionais, constantes e focadas para mudar o comportamento de outros para atingir certo objetivo coletivo”, sendo que, inclui como técnicas a serem aplicadas, “geralmente, mas não sempre”, o uso de “regras ou normas e outros meios de implementação e coercibilidade”. Como também explicam Parker e Braithwaite²⁸³ que Regulação pode se referir ao Direito formal, como também ao informal, de qualquer origem, tendo também como objeto a “implementação das normas, o *enforcement*”.

²⁸⁰ Braithwaite (BRAITHWAITE, John. Can regulation and governance make a difference in **Regulation & Governance**, 2007, n.1, pp.1-7(tradução livre)), seguindo Julia Black, limita Regulação a “ideia de direcionar o desdobramento dos acontecimentos”, sendo que o termo “governança” refere-se também a “ideia de prover e distribuir bens e serviços”.

Braithwaite (BRAITHWAITE, John. **Responsive Excellence**. In COGLIANESE, C. Achieving Regulatory Excellence, Washington: Brookings, 2017, p. 23. (tradução livre)) inclusive, aponta que o “gerenciamento de risco é o básico da Regulação, mas que aproveitar oportunidades para a transformação é o próprio coração da excelência regulatória.”

Feintuck (FEINTUCK, Mike. Regulatory rationales beyond the economic: in search for the public interest. In BALDWIN, Robert – CAVE, Martin – LODGE, Martin. **The Oxford Handbook of Regulation**. New York: Oxford University, 2010, pp.121-145. (tradução livre)) afirma que a Regulação “apenas superficialmente apresenta-se apenas no Direito Administrativo”. Se houver uma “análise aprofundada quanto aos interesses”, inclusive, o público, percebe-se que a Regulação trata de “questões próprias do Direito Público”. Dyson e Steel (DYSON, Matthew & STEEL, Sandy. Risk and English Tort Law. In DYSON, Matthew. **Regulating Risk through Private Law**. Cambridge: Intersentia, 2018, pp. 24-54.(tradução livre) , inclusive, consideram o próprio Direito de Danos (*tort law*) como um “sistema de regulação de risco”.

²⁸¹ LANGE, Bettina. **Understanding Regulatory Law: Empirical versus Systems-Theoretical Approaches?** In Oxford Journal of Legal Studies, v.18, n.3, autumn, 1998(tradução livre)

²⁸² BLACK, Julia. **Constitutionalising Regulatory Governance Systems** In LSE (Law, Society and Economy) Working Papers 02/2021, p.4. (tradução livre) Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3813812>. Acesso 18/07/2021.

²⁸³ PARKER, C. & BRAITHWAITE, J. **Regulation** in CANE, Peter & TUSHNET Mark(eds). **The Oxford Handbook of Legal Studies**. Oxford: Oxford University, pp. 119-145. (tradução livre)

De acordo com esse conceito de Regulação adotado, serão considerados como parte da regulação as normas técnicas publicadas por órgãos particulares especializados.

O Direito Penal pode ser englobado pela Regulação como indicado por Lacey²⁸⁴, a qual identifica como tarefas da Regulação na criminalização, estabelecer “padrões, monitoramento de informações e mudanças de comportamento (*enforcement*)”. Conclui Lacey²⁸⁵ que o Direito Penal seria uma “forma hierarquizada de determinação de padrões de comportamento, baseada especialmente em comando e controle²⁸⁶²⁸⁷ (*command and control*)”.²⁸⁸

Interessante notar que a noção funcionalista de Direito Penal voltado às consequências, buscando “um sistema penal que deixa de ser um sistema de implementação (cumprimento) das normas e transforma-se em um sistema de orientação de condutas”²⁸⁹ é bastante compatível com a ideia de Direito Penal como parte do esquema regulatório.

²⁸⁴ LACEY, Nicola. Criminalization as Regulation: the role of Criminal Law. In PARKER, C. et al (ed). **Regulating Law**, Oxford Legal Research paper n.50. Oxford: University of Oxford. 2004, pp. 144-167. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2126521>. Acesso em 14/08/2021. (tradução livre)

²⁸⁵ LACEY, Nicola. Criminalization as Regulation: the role of Criminal Law. In PARKER, C. et al (ed). **Regulating Law**, Oxford Legal Research paper n.50. Oxford: University of Oxford. 2004, pp. 144-167. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2126521>. Acesso em 14/08/2021. (tradução livre)

²⁸⁶ Gunningham (GUNNINGHAM, Neil. Enforcement and Compliance Strategies. In BALDWIN, Robert – CAVE- LODGE, Martin. **The Oxford Handbook of Regulation**, 2010, p.122. (tradução livre)) aproxima o conceito de *deterrence* à ideia de prevenção, a qual, inclusive, divide-se também em *general deterrence*, que “pressupõe que a punição de uma empresa dissuadirá as demais de agirem contra a lei”, semelhante à noção de prevenção geral; e *special deterrence*, “uma empresa que já foi anteriormente punida, tem uma tendência a evitar punições futuras”, semelhante à prevenção especial. Seus defensores consideram as empresas como “calculadoras amorais”, os quais apenas cumprem a lei, se “a pena for grave” e “houver alta probabilidade de ser descoberto”.

²⁸⁷ Silva Sánchez (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Introducción al Derecho Penal económico-empresarial. (parte I-III) SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria (dir). **Lecciones de Derecho Penal Económico y de la empresa: Parte General y Especial**. Barcelona: Atelier, 2020, p. 32 (tradução livre)) critica as teorias da *deterrence* para justificar os móveis do criminoso, referente ao direito penal econômico, já que o pressupõe “um agente racional, isto é, que toma a decisão de cometer o crime, a partir de uma escolha que pondera vantagens e desvantagens”, considerando-a ultrapassada pelas teorias da *behavioal economics*. No entanto, devemos notar que, atualmente, as duas teses são estudadas em conjunto no direito anglo-americano, sendo que a *deterrence* vem sendo atualizada pela *behavioal economics*. Picket (PICKET, Justin T. Using Behavioal Economics to advance deterrence research and improve crime policy: some illustrative Experiments. In **Crime & Delinquency**, 2018, v. 64, fasc 12, pp. 1637-8(tradução livre)) afirma que o que se pode concluir do *behavioal economics* é que “a intuição e a cognição heurística” afetam as decisões das pessoas, assim, Picket afirma que a “tarefa dos criminólogos seria usar” esses novos conhecimentos para “ampliar a *deterrence*”.

²⁸⁸ Holmes (HOLMES, Oliver Wendell. **The Common Law**. Boston: Little, Brown and Company, 1923, pp.42-47(tradução livre)) critica a teoria preventiva “que desconsidera a má-disposição em agir mal, sem indicar qualquer medida para a pena, deixando que essa medida seja deixada ao arbítrio do legislador. Na linguagem de Kant, trata o Homem como uma coisa, não como pessoa; como um meio, não como um fim em si mesmo”. No entanto, afirma que no direito anglo-americano, a teoria preventiva seria aceita “sem muita hesitação”, já que sacrifícios individuais seriam necessários para a manutenção da sociedade. Considera, no entanto, que “o Direito ameça o cidadão com certos sofrimentos se ele fizer certas coisas, visando dar-lhe um novo motivo para não as fazer. Se você persiste em fazer certas coisas, o Direito deve infringir certos males para que tais ameaças continuem parecendo críveis pelos demais”.

²⁸⁹ HASSEMER, Winfred. **Fundamentos del Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1984, pp.38-39. (tradução livre).

Devemos indicar, no entanto, que Direito Penal, mesmo se visto como parte do esquema regulatório, não coincide com o conceito de *compliance*²⁹⁰. A diferença entre *compliance*²⁹¹ e Regulação é bem explicada por Haines²⁹², a qual enfatiza que “ambas as abordagens visam formas de risco diversas”. A Regulação visa a “própria criação de políticas públicas, como uma forma de criar uma abordagem para tratar de riscos e ameaças”. Enquanto o *compliance* trata das “dificuldades do regulado, enfrentadas na análise e regulação de risco”. Indica, entre elas, “a possibilidade de conflito entre regulações de agências diversas e a necessidade de preservar os benefícios que o setor regulado poderia produzir para a sociedade”.

Ao tratarmos dos deveres de cuidado, o foco, portanto, deve ser na Regulação de Risco, já que ela permite uma visão holística da estratégia adotada pelo Estado, como também da questão do risco e do próprio bem jurídico tutelado. Não haverá, portanto, em nossa pesquisa análise dos programas de *compliance*.

Além disso, deixaremos de analisar a regulação sistêmica²⁹³, já que tratamos de uma “importação” da Regulação de Risco para o Direito Penal, movimento que não é abrangido por

²⁹⁰ Laufer (LAUFER, William S. , Corporate Liability, Risk Shifting, and the Paradox of Compliance, In **Vanderbilt Law Review**, v. 52, 1999, pp.1402-3. Disponível em: <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/vlr/vol52/iss5/>. Acesso em 20/09/2021 (tradução livre)) afirma, ainda, que um programa de *compliance* poderia funcionar como um seguro, “garantindo que a infidelidade de um empregado seja vista como um ato individual, não da empresa”, sendo, portanto, um “método para redução de risco”. Saad-Diniz (SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance sob a perspectiva da criminologia econômica**. In CUEVA, Ricardo Villas Bôas & FRAZÃO, Ana (coord).**Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, pp. 182-3) também indica a mesma referência ao *compliance*, na teoria de Laufer, como uma “iniciativa para evitar a atribuição de responsabilidade proativa”, que se refere às “falhas nas práticas corporativas ou procedimentos de prevenção às infrações econômicas”.

²⁹¹ Gunningham (GUNNINGHAM, Neil. **Enforcement and Compliance Strategies**. In BALDWIN, Robert – CAVE- LODGE, Martin. **The Oxford Handbook of Regulation**, 2010, p.125(tradução livre)) afirma que a estratégia do *compliance*, quando adotada pela Regulação, não tem relação com a punição da conduta, já que ela enfoca na “cooperação ao invés do confronto”, na “conciliação, ao invés da coerção”. O oposto da ideia de “persuadir” para aplicar a Regulação seria “punir” (com a aplicação da estratégia de prevenção, *deterrence*), como bem explica Gunningham.

²⁹² HAINES, Fiona. Regulation and risk. In DRAHOS, Peter.(ed) **Regulatory theory: Foundations and applications**. Camberra: Australian National University, 2017, pp.181-196(tradução livre).

²⁹³ Dessa forma, deixaremos de analisar a Regulação sistêmica, a qual não permitiria a análise multidimensional do risco, encapsulada nos deveres de cuidado, transportada da Regulação de Risco para o Direito penal. Além disso, devemos indicar que Lange e Fiona (LANGE, Bettina & HAINES, Fiona. **Regulatory transformations: an introduction**. In LANGE, Bettina - HAINES, Fiona – THOMAS, Dania. **Regulatory transformations: rethinking economy-society interactions**, Oxford: Hart, 2015, p.9.) ressaltam que a visão sistêmica da Regulação, baseada em Luhmann, “autopoietica, fechada normativamente, mas cognitivamente aberta” tem sido bastante criticada, diante da crise financeira de 2008, sendo indicada como causa da “falha da elite financeira e política em comunicar à sociedade civil quanto aos riscos que os agentes econômicos poderiam criar”, como também não foram capazes de indicar “quem deveria arcar com os efeitos adversos desses riscos”. Também Dill (DILL, Alexander. **Bank Regulation, risk management, and compliance: theory, practice and key problem areas**. Londres:Routledge, 2020, pp. 167, 175-8 (tradução livre)) indica que “o sistema de governança das empresas fracassou em acompanhar as mudanças complexas, opacas e globalmente integradas no sistema financeiro”. Teria ocorrido uma “miopia dos reguladores”, sendo necessário um novo “modelo macro-prudencial para internalizar o risco sistêmico”, cujo objetivo inicial seria “obrigar conglomerados financeiros para internalizar as externalidades negativas”.

tais teorias. Fisher²⁹⁴ considera que, “no caso dos riscos tecnológicos”, a Regulação de Risco seria uma forma de “cultura jurídica”, pois trata da relação entre “Direito e Sociedade”, impossibilitando a adoção de “conceitos autopoieticos” do Direito, considerando que “a linha entre Direito e não-Direito, entre cultura jurídica e as demais, não é fácil de definir, já que o Direito é enraizado na sociedade.”

Seria a Regulação de Risco o método adequado para entendermos o risco em sua dimensão técnico-científica e sociocultural, o que afetará a construção dos deveres de cuidado. E, nesse ponto, interessa-nos se tal construção dos deveres de cuidado terá efeitos a serem considerados na esfera penal.

A Regulação de Risco, conforme afirma Gunningham²⁹⁵, seria uma alternativa estratégica de Regulação, visando a análise do “grau de risco” ao atingimento de metas regulatórias. Trata-se de um método bastante antigo de Regulação, sendo que Black²⁹⁶ já a identifica “quando se percebe que a industrialização causa riscos à saúde, segurança e bem-estar”. O risco, conforme bem esclarece Black²⁹⁷, passa a ser uma justificativa para a Regulação, sendo o alcance do risco que delimita “os limites para a intervenção do Estado na sociedade”. É possível como fazem Parker e Braithwaite²⁹⁸, inclusive ver a origem do próprio “Estado Regulatório” como “uma resposta aos nossos medos em relação à Ciência e à Tecnologia”, considerando que muito “do crescimento da vigilância regulatória é relacionado ao gerenciamento de risco”.

Shapiro e Glicksman²⁹⁹ identificam na Regulação de Risco uma racionalidade jurídica desde o seu início. Segundo os autores, a Regulação de Risco surge nos anos 50 nos Estados Unidos, como uma “forma de regular os perigos” trazidos pela “tecnologia moderna”, principalmente, com as novas agências reguladoras e leis tratando da “proteção de

²⁹⁴ FISHER, Elizabeth. **Risk regulation and Administrative Constitutionalism**. Oxford and Portland: Hart, 2007, p. 24 e 36.

²⁹⁵ GUNNINGHAM, Neil. ‘**Compliance, Enforcement, and Regulatory Excellence**’. RegNet Research Paper, No.124, School of Regulation and Global Governance (RegNet), 2017, pp.7(tradução livre)

²⁹⁶ BLACK, Julia. The role of risk in regulatory processes. In BALDWIN, Robert – CAVE, Martin – LODGE, Martin. **The Oxford Handbook of Regulation**. New York: Oxford University, 2010, p. 303. (tradução livre)

²⁹⁷ BLACK, Julia. The role of risk in regulatory processes. In BALDWIN, Robert – CAVE, Martin – LODGE, Martin. **The Oxford Handbook of Regulation**. New York: Oxford University, 2010, p. 307. (tradução livre).

²⁹⁸ PARKER, C. & BRAITHWAITE, J. **Regulation** in CANE, Peter & TUSHNET Mark(eds). **The Oxford Handbook of Legal Studies**. Oxford: Oxford University, pp. 122-3, 126. (tradução livre) No entanto, esclarecem que há “outras metas regulatórias”, não apenas a Regulação de Risco, isto é, a regulação busca direcionar para a tutela de um bem jurídico. Consideram, portanto, que nossa sociedade não é apenas uma “sociedade de risco”, mas uma “sociedade reguladora”, sendo que o Estado tem atuado mais para regular as atividades, como também “está mais consciente” da regulação feita “pelas empresas, organizações não-governamentais e outras”.

²⁹⁹ SHAPIRO, Sidney & GLICKSMAN, Robert. **Risk regulation at Risk: Restoring a Pragmatic Approach**. CA: Standford University, 2003, pp. X, 1-3. (tradução livre)

consumidores, segurança do trabalho e do setor da saúde”. Antes disso, essa função era exercida pelo “o *tort law* (Direito dos danos)”³⁰⁰. A Regulação de Risco tem como função a busca da “redução de danos pessoais e ambientais antes que esses venham a ocorrer, considerando as suas causas potenciais, os riscos”. Esse novo método de Regulação surge como resposta³⁰¹ a casos famosos de riscos criados por novas tecnologias, como a “presença de *strontium 90* no leite”, o “resultado de teste de armas nucleares”, os “alertas de fumaça em Los Angeles nos anos 60” ou, ainda, “derramamento de óleo em Santa Bárbara em 1969”. Dão grande destaque, ainda, aos casos emblemáticos dos efeitos colaterais dos remédios, como o caso de “vedaço da talidomida”, os quais apenas se tornaram de conhecimento público, nos Estados Unidos pelo “esforço solitário do Dr Kelsey, funcionário da FDA”.

A Regulação de Risco encontra-se, portanto, diretamente ligada a questões relevantes enfrentadas pelos governos atuais, em áreas como economia, segurança pública, saúde, segurança do trabalho. Bounds³⁰², inclusive, chega a considerar o tratamento do risco como essencial para os governos contemporâneos, considerando a essencialidade das áreas em que os novos riscos costumam a aparecer, gerando “decisões políticas difíceis”, envoltas em “incertezas futuras”.

Na Regulação de risco, como um método interdisciplinar, há espaço tanto para a análise da dimensão técnico-científica como sociocultural do risco. Há autores que chegam, inclusive,

³⁰⁰ Dyson (DYSON, Matthew. What does risk-reasoning do in tort law. In DYSON, Matthew(ed). **Regulating risk through private law**. Cambridge: Intersentia, 2018, pp. 456-7) (tradução livre) ao tratar o risco no direito privado indica que: “o risco tem uma função normativa: justifica e limita a responsabilidade. Seu uso mais comum é em um teste de culpa, questionando quais riscos não eram desarrazoados para se tomar. É uma afirmação comum que a assuço/a criação/ a imposição de um certo risco, o qual se concretiza pode gerar responsabilidade, sem considerar-se a culpa. A consideração do risco também pode ter efeitos na *tort law*, tipicamente pelo novo conceito do dano causado à vítima (causação e prejuízo/dano/perda), como sendo tratado como perda de uma chance ou imposição de um risco como dano. Segundo, ele tem uma função não normativa: indicando tanto ser mais flexível como uma forma de pensar e *representar a realidade* que o Direito deve governar”.

³⁰¹ SHAPIRO, Sidney & GLICKSMAN, Robert. **Risk regulation at Risk: Restoring a Pragmatic Approach**. CA: Standford University, 2003, p.4. (tradução livre) Shapiro e Glicksman identificam que “o coração da Regulação de Risco” teria sido criado “no final dos anos 60, “*National Environmental Policy Act (NEPA)* de 1969” (lei sobre a política ambiental), o “*Clean Air Act (CAA)*” (lei sobre poluição do ar) e o “*Occupational Safety and Health Act*” em 1970 (lei sobre a segurança e saúde no trabalho) e o “*Federal Water Pollution Control Act*”, em 1972. Já nos anos 80, foram promulgadas, entre outras, “*Consumer Product Safety Act*” (Lei sobre a proteção dos consumidores), “*Federal Insecticide, Fungicide and Rodenticide Act*” (leis sobre pesticidas); “*Safe Drinking Water Act*” (lei sobre a segurança de água potável), “*Toxic Substances Control Act*” (lei sobre o controle de substâncias tóxicas); “*Comprehensive Environmental Response, Compensations and Liability Act*” (Lei sobre a responsabilidade ambiental).

No Brasil, diplomas semelhantes surgiram até mesmo antes dos norte-americanos, como a questão da higiene e segurança do trabalho, já constava no capítulo V da CLT de 1943 ou quanto à poluição das águas, já havia disposições na redação original do Código de águas de 1934, que em seu art. 98, afirma que, “São expressamente proibidas construções capazes de poluir ou inutilizar para o uso ordinário a água do poço ou nascente alheia, a elas preexistentes.”.

³⁰² BOUNDS, Gregory. Challenges to designing Regulatory Policy Frameworks to manage Risks. In OECD. **Risk and Regulatory Policy: improving the governance of risk**. OECD, 2010, p.15.

a indicar um papel construtivo de valores sociais na própria implementação das técnicas da Regulação de Risco. Assim, ao se indicarem os danos catastróficos potenciais, passa-se a estabelecer os valores sociais a serem protegidos, implicando na adesão da população a tais valores. Nesse caso, há uma maior relevância da dimensão sociocultural do risco.

Shapiro e Glicksman³⁰³, por exemplo, afirmam que a “Regulação de Risco parte do pressuposto de que a sociedade usa seu sistema político para estabelecer valores sociais coletivos, que definem como os cidadãos devem interagir”, sendo aceitável apenas as condutas que não “entrem em confronto com eles”.

Esse tema da construção de valores sociais coletivos pelo processo político é bem retratada por Andrews³⁰⁴, explicando como o “meio ambiente” acabou sendo considerado “um valor coletivo”, a partir do “desenvolvimento do processo político”, indicando que os métodos usados pelos “ambientalistas da década de 80” foram mais bem-sucedidos diante de suas “filosofias e métodos políticos”, como o “uso de informações técnicas alternativas para contestar as oficiais” e o uso da “imprensa e da opinião pública” para aumentar a visibilidade de suas propostas.

Essa possibilidade do uso da Regulação de Risco para conscientizar quanto à importância de certo bem, dá-se especialmente pela sua função preventiva, aparecendo conectada como uma resposta a acidentes catastróficos. Shapiro e Glicksman³⁰⁵, por exemplo, esclarecem que a Regulação de Risco foi “uma grande mudança para a *common law*”, porque permitiu que os “reguladores agissem antes do dano, o qual permite a redução de risco pessoal e ao meio ambiente, mesmo que ignorem o mecanismo”, nos casos em que a “dificuldade de se determinar a causa,” principalmente pelo “longo período de exposição” necessário para causar o dano. Também Wiener³⁰⁶ indica que a Regulação de Risco tem uma racionalidade *ex ante* diferente do direito tradicional, *ex post*.

Dessa forma, inverte-se a racionalidade tradicional, a proteção encontra-se justificada inicialmente pela relevância do risco, ao invés de ser justificada pela essencialidade do objeto

³⁰³ SHAPIRO, Sidney & GLICKSMAN, Robert. **Risk regulation at Risk: Restoring a Pragmatic Approach**. CA: Standford University, 2003, p.5. (tradução livre)

³⁰⁴ ANDREWS, Richard N., Class Politics or Democratic Reform: Environmentalism and American Political Institutions, In **Natural Resources Journal**, v. 221, 1980, p.238 (tradução livre). Disponível em: <https://digitalrepository.unm.edu/nrj/vol20/iss2/3>

³⁰⁵ SHAPIRO, Sidney & GLICKSMAN, Robert. **Risk regulation at Risk: Restoring a Pragmatic Approach**. CA: Standford University, 2003, pp.5-6. (tradução livre)

³⁰⁶ WIENER, Jonathan B. Risk regulation and governance institutions, In OECD. **Risk and Regulatory Policy: improving the governance of risk**. OECD, 2010 pp.139-140. (tradução livre)

a ser tutelado. É a gravidade das consequências da conduta que indicam a necessidade de proteção do objeto.

A Regulação de Risco, portanto, pode ser usada como uma forma de criar o que foi chamado de “valor coletivo”, construindo consenso na necessidade de proteção de certo bem. Fica, pois, bastante claro que a dimensão sociocultural do risco deve ser avaliada juntamente com a técnico-científica para se compreender as estratégias regulatórias.

Poderíamos considerar que a utilização da Regulação de Risco como uma fonte legitimadora de valores sociais permite que percebamos uma conexão com o conceito de bens jurídicos difusos. Dessa forma, a Regulação de Risco não apenas estabelece os deveres de cuidado, como também auxilia no delineamento dos próprios objetos de proteção. Essa ideia não é estranha para o Direito Penal. Por exemplo, Hassemer³⁰⁷ afirma que “os bens jurídicos não são elaborados no laboratório, mas surgem da experiência social”. Hassemer, inclusive, acaba percebendo como premissa para o Direito Penal funcionalista que “a frequência da lesão e a intensidade da ameaça, de acordo com a percepção social” acabam por criar o bem jurídico, a partir de uma “constituição social e comunicativa”, a qual seria “variável historicamente”.

A necessidade da análise da dimensão sociocultural do risco também pode ser observada no pensamento de Black³⁰⁸. Ela, ao nos apresentar a interdisciplinaridade da Regulação de Risco, acaba também nos indicando a relevância da dimensão sociocultural do risco nas estratégias regulatórias. Enquanto o papel do Direito, seria instrumentalizar as normas jurídicas como vetores das escolhas realizadas, como a “escolha do risco a ser regulado”, seus “indicadores e métodos”, e de seu “nível permitido”; a Política acabaria por influenciar o mérito de tais escolhas, a partir de seus próprios critérios. Assim, “quanto mais alto for o risco político, menor será a tolerância de fracasso”, logo, os próprios “modelos de risco” são “calibrados”, para que se mantenha a “confiança pública na agência e no setor regulado”.

Esse aspecto interdisciplinar do risco acabou sendo o maior fundamento para as críticas à Regulação de Risco.

Shapiro e Glicksman³⁰⁹, no entanto, consideram como “injustas” as acusações de irracionalidade vindas dos economistas, principalmente, quando se dá ênfase aos “casos de mínimo risco, ignorando casos de alto risco. Shapiro e Glicksman entendem que a mera

³⁰⁷ HASSEMER, Winfred. Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico. In **Doctrina Penal**, ano 12, n. 45-48, p. 283.

³⁰⁸ BLACK, Julia. Risk-based Regulation: choices, practices and lessons being learnt, In OECD. **Risk and Regulatory Policy: improving the governance of risk**. OECD, 2010, pp.193.

³⁰⁹ SHAPIRO, Sidney & GLICKSMAN, Robert. **Risk regulation at Risk: Restoring a Pragmatic Approach**. CA: Standford University, 2003, pp.2, 6, 8 e 12. (tradução livre).

possibilidade desse diálogo interdisciplinar já seria um trunfo. A Regulação de Risco, segundo esses autores, acaba sendo mais equipada para tratar de questões políticas do que os instrumentos econômicos, já que reconhece as motivações políticas. Para corrigir essa “irracionalidade”, os críticos preferem uma análise baseada no “cálculo racional”, o qual inspirou uma série de reformas na Regulação de Risco com base na ideia de “custo-benefício”, “nos governos Reagan, Bush e Clinton”. No entanto, o método baseado apenas no custo-benefício³¹⁰ é acusado de ignorar as “sutilezas da Regulação de Risco”, como sua “natureza multifacetada”³¹¹.

Também Douglas e Wildavsky³¹² apontam uma série de problemas para o método de custo-benefício, principalmente, quando “tentamos calcular objetivos que não são estritamente técnicos”. Por exemplo, um julgamento que trate dos “benefícios do futuro em relação aos custos do presente” seria “julgamento social”; todavia, ao não se admitir explicitamente que se está fazendo um julgamento social, sem elencar “os ingredientes sociais” para essa decisão, equivale mascarar os próprios fundamentos de tal julgamento.

Podemos especular que quando analisamos os deveres de cuidado sob o aspecto normativo, sem reconhecer as dimensões do risco e suas possíveis falhas, temos também um “mascaramento” dos fundamentos da própria construção do risco através dos deveres de cuidado. Essa ideia será melhor analisada no item referente aos estudos de caso³¹³.

³¹⁰ Douglas e Wildavsky (DOUGLAS, Mary & WILDAVSKY, Aaron. **Risk and Culture: An essay on the selection of Technological and Environmental Dangers**. Los Angeles: University of California, 1983, pp. 69-70 (tradução livre)) definem o método custo-benefício como uma “análise risco-utilidade” que seria um “esforço para comparar risco colocando seus custos e benefícios” de acordo com uma visão econômica. Assim, “decisões são aprovadas se existem mais benefícios do que custos, se as escolhas forem ranqueadas o método é chamado de custo efetividade, sendo o objeto escolher a melhor dos melhores”.

³¹¹ Podemos dar como exemplo de um outro método de Regulação de Risco, diverso do “custo-benefício”, conforme Douglas e Wildavsky (DOUGLAS, Mary & WILDAVSKY, Aaron. **Risk and Culture: An essay on the selection of Technological and Environmental Dangers**. Los Angeles: University of California, 1983, p.69 (tradução livre)). Seria o caso do “método de busca de preferências explícitas” (the method of finding expressed preferences), o qual acaba por determinar os valores do público-alvo através do questionamento direto. Expõem os autores que “algumas vezes pesquisas de opinião são usadas, outras vezes a informação vem por audiências públicas ou entrevistas com grupos menores de cidadãos”. E, ao criticar o método do custo-benefício, afirma que “não há necessidade de comparar usando a conversão em dólares, quando as opiniões podem ser diretamente verificadas”.

³¹² Douglas e Wildavsky (DOUGLAS, Mary & WILDAVSKY, Aaron. **Risk and Culture: An essay on the selection of Technological and Environmental Dangers**. Los Angeles: University of California, 1983, pp. 69-70 (tradução livre))

³¹³ Cf. Cap. 4.7. Estudo de caso: deveres de cuidado e relações entre Regulação de Risco, Direito, Ciência e Tecnologia na jurisprudência brasileira, inglesa e italiana.

3.2 Da construção do “risco” pela Regulação de risco:

A partir da análise das dimensões do risco, somos forçados a reconhecer a importância dos métodos que a Regulação de risco aplica para a construção de risco, através dos deveres de cuidado.

A Regulação de Risco inicia-se, segundo Black³¹⁴, a partir da análise de risco, tendo como primeiros passos, a coleta de dados e seu gerenciamento. Esses dados seriam coletados nas empresas como também do ambiente (dados de “geologia, flora e geografia social, condições de mercado”). Essa primeira fase é desafiadora, pois nem sempre pode-se contar com o “tipo correto de dados”, já que eles podem ser difíceis de obter, “nos casos em que não há a necessidade de licença para o funcionamento das empresas”, como também podem-se encontrar em quantidades excessivas. A tecnologia da informação surge, então, como ferramenta essencial para o processamento de tais dados. O segundo passo seria a avaliação do risco, a partir de indicadores, cujas informações podem ser coletadas “pela empresa, por terceirização, pelo governo e pelo regulador”. Black esclarece que a avaliação tem um caráter “subjetivo”, já que esse supervisor, que pode ser um dos quatro indicados, categoriza a informação em uma categoria de risco.

Bounds³¹⁵ indica que, a seguir, cria-se um “modelo conceitual de risco”. Esse modelo conceitual é formado a partir tanto de “uma série de fatores que o público leva em consideração para compreender o risco”, como também de fatores embasados em “uma avaliação científica da probabilidade do risco e seus efeitos políticos, econômicos e ambientais”. A partir dele, tem-se o gerenciamento de risco, para analisar as decisões de como lidar com o risco, buscando o “evitar, reduzir, aceitar, transferir”³¹⁶. E, por fim, deve-se realizar a revisão e avaliação dos

³¹⁴ BLACK, Julia. Risk-based Regulation: choices, practices and lessons being learnt. In OECD. **Risk and Regulatory Policy: improving the governance of risk**. OECD, 2010, pp.203, 206-210. (tradução livre)

³¹⁵ BOUNDS, Gregory. Challenges to designing Regulatory Policy Frameworks to manage Risks. In OECD. **Risk and Regulatory Policy: improving the governance of risk**. OECD, 2010, p. 19. (tradução livre)

³¹⁶ A RDC/ANVISA nº 56, de 6 de abril de 2001, traz os requisitos gerais para a análise de risco, alguns foram selecionados como exemplo de como o risco é visto pela área técnica. “1. Os produtos para saúde devem ser projetados e fabricados de forma que seu uso não comprometa o estado clínico e a segurança dos pacientes, nem a segurança e saúde dos operadores ou, quando for o caso, de outras pessoas, quando usados nas condições e finalidades previstas. **Os possíveis riscos existentes devem ser aceitáveis em relação ao benefício proporcionado ao paciente e devem ser reduzidos a um grau compatível com a proteção à saúde e a segurança das pessoas. (...) 6. Qualquer efeito secundário indesejável deverá constituir risco aceitável em relação ao desempenho atribuído. (...) 7.4. Os produtos para saúde devem ser projetados e fabricados de forma que sejam reduzidos ao mínimo os riscos que derivem das substâncias deles desprendidas. (...) 8.2. Os tecidos de origem animal devem proceder de animais que tenham sido submetidos a controles e acompanhamento veterinário adequados, em função do uso a que se destinam estes tecidos. Os tecidos, células e substâncias de origem animal serão transformados, conservados, analisados e manipulados de forma que ofereçam as máximas garantias de segurança. **Objetivando oferecer garantias contra vírus e outros agentes****

efeitos da regulação, a análise de impacto regulatório, a partir de uma “análise *ex post*”, diferente da “*ex ante* feita nas fases anteriores”.

Percebemos³¹⁷ que tanto a dimensão técnico-científica do risco como a sociocultural são consideradas no tratamento do risco pela Regulação de Risco, o que decorre de sua natureza interdisciplinar e da própria característica do risco, como ente multidisciplinar.

A Regulação de Risco estabelecerá standards para expressar o nível de risco permitido nos setores regulados. Scott³¹⁸ define *standards* como “objetivos da Regulação, expressos como metas ou regras”. A própria determinação desses *standards* é reconhecida como a “função central do sistema regulatório”. Um dos métodos utilizados para a tomada de decisão regulatória seriam as análises de custo-benefício, as quais também são usadas para a análise do impacto regulatório. Assim, a partir desses estudos, seria possível fundamentar a criação dos *standards*.

Adler e Posner³¹⁹ situam as análises de custo-benefício na “economia de bem-estar”, a qual “presume que os indivíduos tenham preferências sobre os bens, e que o bem-estar individual ou a utilidade aumente quando as preferências são satisfeitas.”. A análise de custo-benefício exige que o bem-estar ou a utilidade venha a ser “convertido em unidades métricas, a qual permite a comparação dos efeitos de diferentes projetos”.

Adler e Posner³²⁰ definem “projeto como qualquer ação estatal, incluindo uma lei ou uma regulação, que cause uma mudança no *status quo*”. Os benefícios dos projetos ou o custo evitado devem ser convertidos em “unidades métricas”, como o valor em dinheiro, os quais devem ser comparados com os custos do cumprimento do projeto. Indicam que haveria um aumento do bem-estar social, isto é, da “função que agrega as utilidades de todos os indivíduos”. Esse aumento poderia ser a justificativa para o uso de tal método pelas agências de reguladoras. No entanto, os autores são críticos ao enfoque meramente econômico proveniente do método, considerando ser necessário a aplicação do utilitarismo, o qual seria o mesmo que “a otimização do bem-estar geral”.

transmissíveis, serão utilizados métodos reconhecidos de eliminação ou inativação viral durante o processo de fabricação. (...) (grifo nosso)

³¹⁷ Cf. Cap. 2 Desconstruindo o conceito de risco: a abordagem multidimensional do risco como caminho para os penalistas.

³¹⁸ SCOTT, Colin. Standard setting in regulatory regimes. In BALDWIN, Robert – CAVE, Martin – LODGE, Martin. **The Oxford Handbook of Regulation**. New York: Oxford University, 2010, pp.104-119. (tradução livre).

³¹⁹ ADLER, Matthew D & POSNER, Eric A. **New foundations of cost benefit analysis**. Londres: Harvard University, 2006, pp.12-24 (tradução livre).

³²⁰ ADLER, Matthew D & POSNER, Eric A. **New foundations of cost benefit analysis**. Londres: Harvard University, 2006, pp.12-24 (tradução livre).

O método de custo-benefício aparece vinculada a “uma visão positivista do conhecimento, segundo a qual fatos são independentes dos valores”, segundo Shapiro e Schroeder³²¹. Ressaltam a diferença em relação a uma análise “pós-positivista”, que consideraria que “todo conhecimento é construído socialmente”, questionando a própria compreensão do que seria “verdade científica”. Já Parte dos pós-positivistas consideraria que esse conceito seria, inclusive, errôneo, pois as “evidências apenas demonstrariam a compatibilidade entre a teoria e a parte empírica”. Shapiro e Schroeder³²² apontam que as próprias Ciências Naturais são entendidas como “profundamente ideológicas e políticas”. Preferem uma análise de impacto regulatório que seja “voltada aos problemas, normativa, discursiva e transparente”. Consideram que as análises de custo-benefício falham em “intermediar” o diálogo entre a “Academia, governo, reguladores e cidadãos”, porque ignoram o contexto em que essas decisões são tomadas.³²³

A crítica a tal método baseia-se em uma excessiva preponderância da dimensão³²⁴ técnico-científica do risco, sem que se considere a sociocultural. No entanto, os próprios críticos indicam que mesmo que essa dimensão não seja explicitamente considerada ela pode ser percebida em tais análises. Seria o exemplo da prevalência da avaliação das “evidências que sugerem cautela”, sem que analisem a “probabilidade de um possível nexos causal”³²⁵, já que o enfoque de tal método seria sopesar as desvantagens e vantagens de certo produto. O que ocorre é que tal método deixa essa dimensão do risco escamoteada.

Black e Baldwin³²⁶ são claros em afirmar que o risco para ser regulado, passa por uma “construção”. Parte-se de um “conjunto de diferentes causas e efeitos”, o qual será “reunido

³²¹ SHAPIRO, Sidney A. & SCHROEDER, Christopher. Beyond Cost-Benefit Analysis: a Pragmatic Reorientation, (artigo antes da publicação), in **Harvard Environmental Law Review**, v.31, 2008, pp.3, 8, 12, 13. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1087796>. (tradução livre)

³²² SHAPIRO, Sidney A. & SCHROEDER, Christopher. Beyond Cost-Benefit Analysis: a Pragmatic Reorientation, (artigo antes da publicação), in **Harvard Environmental Law Review**, v.31, 2008, pp.3, 8, 12, 13. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1087796>. (tradução livre)

³²³ GUNNINGHAM, Neil. ‘**Compliance, Enforcement, and Regulatory Excellence**’. RegNet Research Paper, No.124, School of Regulation and Global Governance (RegNet), 2017, p.10. (tradução livre). Segundo Gunningham, o principal atrativo da Regulação de risco seria “permitir que os reguladores priorizem seus esforços regulatórios e maximizem a eficiência de custo”. Essa estratégia regulatória não teria, portanto, como finalidade “garantir o *compliance*”. Gunningham afirma que a Regulação de risco tem “pouca utilidade” nos casos em que o “regulador sabe tão pouco sobre o público-alvo que não pode fazer qualquer avaliação de risco razoável capaz de diferenciar os tipos de atividades existentes no setor”.

³²⁴ Cf. Cap. 2 Desconstruindo o conceito de risco: a abordagem multidimensional do risco como caminho para os penalistas.

³²⁵ BERGER, Margaret A. **The Supreme Court’s Trilogy on the Admissibility of Expert Testimony**. In FEDERAL JUDICIAL CENTER. **Scientific Evidence**, pp.32-33 (tradução livre) Disponível em: <http://air.fjc.gov/public/fjcweb.nsf/pages/16>

³²⁶ Baldwin e Black (BALDWIN, Robert & BLACK, Julia. Driving priorities in Risk-based Regulation: What’s the problem? In **Journal of Law and Society**, v.43, n.4, dezembro 2016, pp. 569-581 (tradução livre)) indicam que os fatores para a construção do risco podem ser “perspectivas ideológicas”, “fatores operacionais” e “pressões

para um certo propósito, de acordo com um princípio de seleção ou enquadramento”. Sendo assim, a escolha desse elemento agregador é parte da própria construção do objeto, isto é, “o regulador deve decidir como, de fato, construir o risco”.

Black e Bladwin³²⁷ percebem que os riscos são “concebidos de diversas formas de acordo com a influência de diferentes fatores” e da forma como esses fatores se interrelacionam. Se houver “constituição mútua”, há reforço mútuo, por exemplo no caso em que “as regras disponham sobre os riscos que correspondam às prioridades políticas da comunidade afetada pela regulação”. Se houver “competição”, cada fator indicará os riscos com prioridades diversas. Indicam que os fatores “variam em força” e suas diferentes combinações “produzem diferentes abordagens de identificação do risco e de desafios regulatórios”. E, além disso, essas combinações seriam dinâmicas, sendo modificáveis de acordo com o tempo, indicando que, muitas vezes, deve haver uma atualização no sistema de controle criado pela regulação de risco para acompanhar as mudanças nas prioridades “políticas e sociais”.

Muitos autores esforçam-se por demonstrar a existência de diversos fatores influenciando a regulação, indicando que, muitas vezes, a constatação de uma certa probabilidade de dano tem papel de escamotear a presença de fatores não ligados à técnica.

Bounds³²⁸ indica que a conceituação de risco como uma “probabilidade de um dano” muitas vezes torna-se uma “justificativa para a resposta regulatória”. Em certos casos

de comunicação política e reputacional”. As perspectivas ideológicas referem-se “às abordagens atuariais, toxicológicas e de engenharia”, que se importam com a medição e gerenciamento dos riscos”, já as perspectivas econômicas, tratam da “conversão em termos monetários” da discussão, as psicológicas tratam da “percepção do risco”. Já os “fatores operacionais” referem-se à própria atividade dos reguladores, quando às suas “limitações jurídicas, organizacionais, de recursos, estruturas informativas e posições”. Nesse sentido, consideram que a própria definição de algo como risco depende da própria visão do regulador quanto a sua missão, como também de acordo com as indicações normativas dos riscos, de acordo com os próprios “poderes dos reguladores”, que variariam de acordo com “as diferentes tarefas da regulação”, isto é, “os reguladores chamam atenção para os riscos que imaginam conseguirem gerenciar”. E, por fim, a própria “estrutura de financiamento” pode determinar as prioridades do regulador. Os próprios “papéis” dos reguladores na agência influenciam a identificação do risco, os cargos mais altos podem não identificar o risco mesma forma que os inspetores, que tendem a focar nos problemas mais “visíveis e tangíveis”; além disso, os reguladores tendem a “organizar o risco de modo que reflitam as estruturas industriais e comerciais que encontrem”. Da mesma forma, haveria uma tendência para o enfoque em “eventos mais frequentes ou imediatos de baixo impacto, ao invés de se focar em eventos de menor frequência ou mais distante no tempo”. Quanto aos “fatores políticos”, referem-se aos casos em a legislação escolhe os riscos a serem regulados, sendo que a tais riscos, novos podem ser adicionados se “as prioridades políticas mudarem”. Indicam se as “pressões políticas” poderiam influenciar na construção do risco. E, por fim, a “natureza do dano”, o “impacto” pode afetar a caracterização do risco, já que aqueles que tenham maior “destaque político ou assuntos sensíveis para o público” tendem a ser priorizados.

³²⁷ Black e Baldwin (BALDWIN, Robert & BLACK, Julia. Driving priorities in Risk-based Regulation: What’s the problem? In *Journal of Law and Society*, v.43, n.4, dezembro 2016, pp. 569-581 (tradução livre)) afirmam que essa competição pode gerar uma série de problemas, como dificuldades para “estabelecimento de objetivos, reunião de informações, desenvolvimento de estratégias regulatórias para afetar o comportamento, de implementação, avaliação, performance e modificação na luz da avaliação da performance”.

³²⁸ BOUNDS, Gregory. Challenges to designing Regulatory Policy Frameworks to manage Risks. In OECD. *Risk and Regulatory Policy: improving the governance of risk*. OECD, 2010, pp.16-18. (tradução livre)

mediáticos, onde há grande clamor social, é possível que a regulação seja “meramente reativa”, sem lidar com o risco de modo correto. Nesses casos, falha-se na determinação de “prioridades de riscos a serem regulados”, sendo possível a regulação dos riscos de “modo excessivo”, causando limitações para a própria vida da população.

Também Fisher³²⁹ identifica que a mensuração prevalece como método de análise de risco, dando a impressão de “análises mais objetivas”, de “decisões justas e impessoais”, sendo a justificativa para a responsabilização dos particulares. No entanto, Fisher reconhece que há críticas no uso desses métodos, principalmente, nos casos de incerteza, que poderia interferir na tomada de decisões como também permitir o abuso de poder dos reguladores

Consideramos, portanto, que o risco é construído durante o procedimento de Regulação, isto é, há um processo de interação entre o regulador e o objeto. O delineamento do risco indica que fatores técnicos são relevantes, mas também, fatores políticos, estruturais e socioculturais também têm seu peso.

Passaremos a analisar dois casos em que os métodos da Regulação de Risco acabam se sobressaindo, desafiando a relação entre Direito Penal e Regulação de Risco: o risco sistêmico e a incerteza científica.

3.2.1. A regulação de risco e a incerteza científica: o caso dos riscos advindos da tecnologia

Para pensarmos o tema das dimensões do risco a serem abordadas na criação dos deveres de cuidado, escolhemos o caso dos riscos advindos da tecnologia. Nesse caso, não há qualquer sentido em se limitar o tipo de tecnologia, quanto ao ano de criação, efeitos, setores de aplicação, pois nosso objeto não é a tecnologia em si, mas sua compreensão como origem de riscos.

Interessa-nos um conceito de tecnologia amplo, o qual possa ser empregado como fonte de riscos. Parece-nos adequado o conceito de “tecnologia” de Brownsword, Scotford e Yeung³³⁰, refere-se às “entidades e processos, ambos materiais como imateriais” cuja finalidade seria “resolver problemas reais ou para melhorar nosso estado de vida”. Assim, consideraremos tecnologia qualquer aplicação prática na vida cotidiana, com a finalidade de trazer benefícios.

³²⁹ FISHER, Elizabeth. Risk Regulatory Concepts and the Law. In OECD. **Risk and Regulatory Policy: improving the governance of risk**. OECD, 2010, p. 55-56. (tradução livre)

³³⁰ BROWNSWORD, Roger – SCOTFORD, Eloise – YEUNG, Karen. Law, Regulation and Technology: The field, frame and focal questions. In BROWNSWORD, Roger – SCOTFORD, Eloise – YEUNG, Karen. **The Oxford Handbook of Law, Regulation and Technology**. Oxford:Oxford, 2017, p.6. (tradução livre)

A conexão com o Direito Penal faz-se quando se analisa a aplicação prática dessas “entidades e processos” que poderia colocar em risco os bens jurídicos. E, sendo assim, não há a necessidade de se preocupar com o ano de desenvolvimento de tal tecnologia, já que mesmo criações antigas podem trazer novos riscos.

A preocupação com os novos riscos explica-se pelo nosso enfoque em entender o processo de formação do dever de cuidado. Assim, escolhemos analisar os casos em que riscos novos surgem e entender como o regulador e o penalista abordam o tema. Dessa forma, pensamos que poderemos ter uma visão mais clara dos debates durante o processo de formação dos deveres de cuidado quanto às dimensões do risco na esfera regulatória e penal, especialmente no caso de novos riscos, já que não se tem deveres de cuidado consolidados, isto é, trataremos de deveres de cuidado objeto de crítica.

A crítica aos deveres de cuidado relacionados aos riscos tecnológicos dá-se pela natureza dinâmica e ainda opaca dos efeitos desconhecidos da tecnologia. Muitas vezes, esses novos riscos impedem a possibilidade de previsibilidade de resultados afastando-se do conceito de risco de Knight e aproximando-se de seu conceito de incerteza³³¹. Stokes³³², inclusive, considera que o traço comum das novas tecnologias seria a incerteza e a dificuldade de se encontrar a maneira “correta” de regulação, diante da “complexidade de questões criada por elas”.

Parece-nos que as duas dimensões do risco, tanto a científica como a sociocultural podem gerar a incerteza. Majone³³³ identifica a junção de ambas as dimensões nos casos de incerteza na Regulação de Risco, advertindo que os “casos de controvérsia científica são aqueles “transcientíficos”, não aqueles meramente técnicos”, concluindo que nos casos de “risco permitido”, há “um grande espaço para discricionariedade”. Dessa forma, consideramos que, havendo casos de incerteza os deveres de cuidado são estabelecidos com grande dose para discricionariedade.

A doutrina norte-americana chega, inclusive, a questionar a própria caracterização da “incerteza científica” como algo objetivo, indicando influências sociais e políticas para sua

³³¹ Para Knight(KNIGHT, Frank H. **Risk, Uncertainty and Profit**. Boston: Cambridge, 1921, pp.233-4. (tradução livre)), o risco admitiria a previsibilidade dos resultados, a partir da estatística, enquanto a incerteza impede a previsibilidade do resultado, por se tratar de “uma circunstância fática muito peculiar”.

³³² STOKES, Elen. Double Movements in the Regulation of New Technologies: the case of nanotechnology. In LANGE, Bettina – HAINES, Fiona – THOMAS, Dania. **Regulatory transformations: rethinking economy – society interactions**. Oxford: Hart, 2017, pp. 201-228.

³³³ MAJONE, Giandomenico. Foundations of Risk Regulation: Science, Decision-making, Policy Learning and Institutional Reform. In **European Journal of Risk Regulation**, v.1, n.1, 2010, p.5.(tradução livre)

conformação, apontando que ambas as dimensões do risco podem ser analisadas mesmo para se caracterizar um estado que poderíamos pressupor como neutro.

Shapiro³³⁴ ao denunciar a “politização da incerteza”, demonstra duas formas de sua ocorrência. Em um primeiro caso, haveria a adoção de “regras inadequadas”, sem qualquer lastro no conhecimento científico. Em um segundo caso, ao se declarar incerteza científica, criam-se procedimentos adicionais desnecessários para a tomada de decisão das agências, os quais apenas “arrastam o procedimento e tornam o processo regulatório petrificado” sem trazer qualquer vantagem. Shapiro aponta que esse segundo caso seria capitaneado pelo mercado, para manipular “os *standards* probatórios”, apoiando-se na confusão entre “informação incompleta” e “informação de má-qualidade”. Shapiro, no entanto, entende ser possível a tomada de decisão regulatória mesmo sem ter o acesso à “informação definitiva sobre a extensão do risco”.

Considera-se, inclusive, que a declaração de “incerteza” seria uma decisão que poderia ser contestada pelos juristas.

Por exemplo, Vermuele³³⁵, ao tratar da questão da decisão dos reguladores na incerteza “de acordo com Knight”, afirma que os juristas podem desconfiar dos argumentos das agências, para declarar que há incerteza, fazendo-o de modo “inconsistente”. Eles podem pensar que os reguladores a estão usando para encobrir “decisões ilegítimas, como favoritismo político, viés ideológico”, entre outras. Para que se compreenda a motivação da agência, como obrigar que seu processo decisório seja formalmente registrados ou admitir questionamento dos especialistas da agência.

Também Shapiro³³⁶ considera “uma questão jurídica” tratar da existência de “evidências suficientes” para se realizar uma “análise de risco”; e, não, uma “questão científica”, isto é, “as agências reguladoras não precisam trabalhar com a questão da certeza científica”. Vermuele³³⁷ considera que a própria coleta de evidências poderia ser afetada pela incerteza. Nesse caso, é a

³³⁴ SHAPIRO, Sidney A. OMB and the politicization of Risk Assessment. In **Environmental Law**. V. 37, pp.1090-1. (tradução livre)

³³⁵ VERMUELE, Adrian. **Rationally Arbitrary decisions (in Administrative Law)** in Harvard Law School. Public Law & Legal Theory Working paper series, paper n.13-24, 2013, pp.1, 19 (tradução livre)

³³⁶ SHAPIRO, Sidney A. OMB and the politicization of Risk Assessment. In **Environmental Law**. V. 37, pp.1088-9. (tradução livre) Segundo Shapiro, no caso analisado pela Suprema Corte *Massachusetts v. EPA*, afirmou-se que a “certeza científica era irrelevante”, porque a “lei da agência reguladora” apenas exigia que se tivesse “evidências científicas suficientes” para se realizar uma “análise do perigo” ao qual a saúde pública estaria exposta. Assim, a Suprema Corte considera que a agência apenas deve se abster de regular quando “a incerteza científica é tão profunda” que impeça que o EPA realize um julgamento arrazoado, bem justificado. Shapiro conclui que a incerteza científica é parte do trabalho das agências, que buscam usar “presunções” como “opções inferidas” para tratar dessa questão, isto é, usam “modelos alternativos e presunções para completar a análise de risco”, as quais trazem “opções políticas”.

³³⁷ VERMUELE, Adrian. **Rationally Arbitrary decisions (in Administrative Law)** in Harvard Law School. Public Law & Legal Theory Working paper series, paper n.13-24, 2013, pp.14-15. (tradução livre)

própria jurisprudência que deve “analisar a racionalidade de como essa informação é coletada”, como tem ocorrido nos Estados Unidos, onde se exige a justificativa para a declaração de incerteza.

Como uma forma de abordagem para essas questões, buscando evitar a arbitrariedade em áreas de “alta complexidade cognitiva” e “alta incerteza”, Majone³³⁸ defende o uso de regulação em regras, com a adoção de “regras alinhadas” (por exemplo, “limites de poluição”), como também em metas, por exemplo, o princípio do “poluidor-pagador”, assim como de métodos de racionalidade “substantiva” ou “procedimental”. Sugere a “harmonização procedimental” e de “estruturas, procedimentos e metodologias” visando tornar as regulações nacionais mais semelhantes. Dessa forma, a partir da harmonização de procedimentos, seria possível contornar casos de “sensibilidade política” nos casos de incerteza, especialmente nos casos de regulação de saúde.

Ao se deparar com a falta de uma “Ciência segura”³³⁹, a natureza interdisciplinar do risco acaba se mostrando mais explícita, com forte influência da dimensão sociocultural. Porter

³³⁸ MAJONE, Giandomenico. Foundations of Risk Regulation: Science, Decision-making, Policy Learning and Institutional Reform. In **European Journal of Risk Regulation**, v.1, n.1, 2010, p.6 e 8. (tradução livre)

³³⁹ Da mesma forma, também esse parecer público de aprovação (Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA Gerência-Geral de Medicamentos e Produtos Biológicos – GGMed Parecer Público de avaliação de solicitação de autorização temporária de uso emergencial, em caráter experimental, da vacina adsorvida covid-19 (inativada) – Instituto Butantan, p.32. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/noticias-anvisa/2021/anvisa-divulga-relatorios-tecnicos-das-vacinas-aprovadas/ppam-final-vacina-adsorvida-covid-19-inativada-butantan.pdf>) pode ser apresentado como exemplo. “Considerando o **contexto do uso emergencial**, a documentação de qualidade apresentada foi considerada satisfatória, (...) Um **perfil de segurança aceitável** para uma vacina pode ser estabelecido para a população geral, mas há dados escassos em idosos e em pacientes com comorbidades. No entanto, para idosos, pelos dados apresentados, não se identificou até o momento um perfil de segurança diferente do observado na população mais jovem. As **incertezas sobre a vacina envolvem diferentes aspectos relacionados à eficácia e segurança**, como a **duração da proteção, o perfil de segurança em longo prazo e a possibilidade de indução de doença respiratória agravada pela vacina, a eficácia em idosos e contra formas moderadas e graves da Covid-19 e a eficácia relacionada aos intervalos de doses. Algumas incertezas são críticas como a não demonstração do perfil de imunogenicidade com dados robustos do estudo clínico fase 3, o não conhecimento sobre o possível decaimento de anticorpos, e a não definição de eficácia da vacina para a indivíduos com status sorológico soronegativo para SARS-CoV-2.**”(grifo nosso)

As conclusões do parecer público de aprovação (Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. Gerência-Geral de Medicamentos e Produtos Biológicos – GGMed. Parecer Público de avaliação de solicitação de autorização temporária de uso emergencial, em caráter experimental, da vacina covid-19 (recombinante) – Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), p.42. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/noticias-anvisa/2021/anvisa-divulga-relatorios-tecnicos-das-vacinas-aprovadas/ppam-final-vacina-adsorvida-covid-19-inativada-butantan.pdf>) para uso emergencial da vacina contra a covid-19 são um exemplo desse raciocínio. “Com relação à qualidade da vacina covid-19 (recombinante) produzida pelo SIIPL, foram apresentados de forma satisfatória a maioria dos itens do Guia nº 42/2020 – Anvisa (...) Contudo, foram identificadas **algumas incertezas** que demandam atenção sobre a qualidade do produto, (...) Nesse sentido, há que se considerar a avaliação do INCQS no momento da liberação dos lotes importados **como forma de diminuir os riscos relacionados**. Com relação à eficácia e segurança, foram apresentados dados clínicos obtidos de uma análise interina integrada de 4 estudos clínicos conduzidos no Brasil, Reino Unido, e África do Sul, para dar suporte à utilização da vacina covid-19 (recombinante) para imunização ativa de adultos com idade a partir dos 18 anos para a prevenção de Covid19. (...) Um **perfil de segurança aceitável para a vacina pôde ser estabelecido. Algumas incertezas clínicas existem, como a duração da proteção, perfil de segurança e possibilidade de indução de doença respiratória agravada pela vacina, eficácia em idosos e contra formas graves da Covid-19 e eficácia relacionada aos**

e outros³⁴⁰, por exemplo, percebem que a regulação da incerteza depende do “grau de incerteza científica e devem ser harmonizados com os custos e os benefícios da regulação” e os “conflitos de interesses quanto à incerteza científica, inovação tecnológica, segurança do consumo e proteção ambiental”. Nessa análise, é evidente que a dimensão científica não é vista como único fator a ser considerado, indicando também a necessidade de juízos de valor, no caso da ponderação de interesses. Também Laurie, Harmon e Arzuaga³⁴¹ parecem perceber a noção interdisciplinar do risco, quando consideram que, no campo da inovação tecnológica, deve-se tomar como pressuposto que a “realidade” acabará forçando uma abordagem “interconectada entre campos do conhecimento”.

Para ilustrar o afirmado, passaremos a tratar de exemplos de regulação tecnológica.

Porter *et al.*³⁴² indicam a nanotecnologia como exemplo de regulação na incerteza diante de duas características da tecnologia. A primeira, a aplicação da nanotecnologia em “borderline products”, isto é, produtos que “ultrapassam diferentes contextos regulatórios”. E a segunda, a falta de dados para embasar as decisões regulatórias, “combinados com a incerteza sobre a aplicação de certos métodos de testagem”. No caso da nanotecnologia, indicam os autores que a incerteza³⁴³ foi tratada de duas formas: ou se adaptaram métodos de regulação já existentes ou houve investimento na pesquisa científica para que se “aprofundar o conhecimento sobre nanotecnologias”.

Percebemos que, no caso da nanotecnologia, uma das formas de se lidar com a incerteza, foi buscar reduzi-la, a partir da produção de conhecimento científico, como Knight recomenda. É esse também o entendimento de Sabel *et al.*³⁴⁴, os quais reconhecem como a única forma de regular em caso de incerteza seria “o aprendizado coletivo, especialmente pelas empresas”, já

intervalos de doses. Dados adicionais deverão ser gerados para sanar as incertezas existentes. Contudo, considerando a situação de pandemia de Covid-19, o perfil de eficácia e segurança da vacina covid-19 (recombinante) demonstrados são considerados aceitáveis para a indicação proposta.” (grifo nosso)

³⁴⁰ PORTER, Read D. - BREGGIN, Linda – FALKNER, Robert – PENDERGRASS, John – JASPERS, Nico. **Regulatory responses to nanotechnology uncertainties.** In DANA, David A. The nanotechnology challenge: creating legal institutions for uncertain risks. Cambridge: Cambridge Press, 2011, pp. 386-8 (tradução livre)

³⁴¹ LAURIE, Graeme – HARMON, Shawn HE – ARZUAGA, Fabiana. Foresighting Futures: Law, New Technologies, and the Challenges of Regulating for Uncertainty, Law, Innovation and Technology, 4:1, 1-33. In **Law, Innovation and Technology**, 2012, v. 4, fasc.1, pp.3, 13 (tradução livre).

³⁴² PORTER, Read D. - BREGGIN, Linda – FALKNER, Robert – PENDERGRASS, John – JASPERS, Nico. **Regulatory responses to nanotechnology uncertainties.** DANA, David A. The nanotechnology challenge: creating legal institutions for uncertain risks. Cambridge: Cambridge Press, 2011, pp. 386-8 (tradução livre)

³⁴³ Os autores (PORTER, Read D. - BREGGIN, Linda – FALKNER, Robert – PENDERGRASS, John – JASPERS, Nico. **Regulatory responses to nanotechnology uncertainties.** DANA, David A. The nanotechnology challenge: creating legal institutions for uncertain risks. Cambridge: Cambridge Press, 2011, p. 388 (tradução livre)) citam um relatório da FDA que considera que “os materiais nano podem apresentar únicos riscos de saúde e benefícios, mas consideram que os riscos podem ser incertos”.

³⁴⁴ SABEL, Charles – HERRIGEL, Gary – KRISTENSEN, Peer Hull. Regulation under uncertainty: the coevolution of industry and regulation. In **Regulation & Governance**, v.12, 2018, p. 380 (tradução livre)

que assim “tornaria possível reconhecer riscos operacionais que não poderiam ter sido identificados *ex ante*”, isto é, “antes que se manifestem em desastres”.

O direito ambiental pode ser indicado como um outro exemplo em que a regulação deve lidar com os possíveis efeitos da tecnologia, sem que se tenha uma “Ciência segura” para embasar as decisões.

Demortian³⁴⁵ apresenta os casos incerteza em direito ambiental norte-americano a partir do Livro Vermelho (*Red Book*) do *National Research Council* (NRC). Ele expõe a separação entre a “análise de risco”, campo da “Ciência”, e o “gerenciamento de risco”, domínio da “política”, “organizando a interação entre cientistas, analistas regulatórios, advogados e políticos”. Os críticos consideram que essa separação seria muito intensa, “criando irresponsabilidade mútua”, fazendo com que as “decisões regulatórias não sejam mais baseadas em justificativas científicas”³⁴⁶.

A clara possibilidade de influência de valores no resultado da análise de risco é apontada “Livro Vermelho” (“*Red Book*”)³⁴⁷ como “política de análise de risco” (*risk assessment policy*). Nesse caso, a diretriz do governo aos reguladores é a de que, nos casos em que não exista “uma clara indicação científica”, poderia ser escolhida uma abordagem “conservadora, no sentido político”, buscando “maior proteção do interesse público”, “aumentando a estimativa de risco”.

Vermuele³⁴⁸ critica essa postura, afirmando que “não há base jurídica nem racional” para determinar uma atitude cautelosa das agências reguladoras em caso de incerteza, já que essa própria “opção cautelosa” pode ser “incerta”, diante da “presença de risco” em qualquer caso de decisão tomada. No entanto, Vermuele esclarece que a jurisprudência “prefere análises conservadoras”.

Afirmar-se que houve um dever de cuidado “conservador”, por si só, não é suficiente para se indicar que teria se feito a opção mais segura, em um sentido técnico-científico, em um caso de desconhecimento dos possíveis efeitos da tecnologia. Quando Vermuele afirma que a “jurisprudência prefere análises conservadoras”, há claramente uma influência da dimensão

³⁴⁵DEMORTIAN, David. **The Science of Bureaucracy: Risk decision-making and the US Environmental Protection Agency**. London: MIT, 2019, pp.241, 251.(tradução livre)

³⁴⁶ Demortian(DEMORTIAN, David. **The Science of Bureaucracy: Risk decision-making and the US Environmental Protection Agency**. London: MIT, 2019, pp. 267-8, 272.(tradução livre)) afirma que essas críticas no caso da agência ambiental norte-americana foram resolvidas pelo uso de métodos para “caracterização do risco”, os quais conforme explica Demortian, trazem análises sobre “risco, custo, benefício e os juízos de valor nas decisões de modo mais transparente”, permitindo “caracterizar incertezas melhor e adotar um modo mais deliberativo de governo”, isto é, garantindo a participação e a harmonia entre os reguladores e os analistas de risco.

³⁴⁷ Estados Unidos da América. **National Research Council**. Risk Assessment in the Federal Government: Managing the Process. Washington, DC: The National Academies Press, 1983, p.37. .(tradução livre)

³⁴⁸ VERMUELE, Adrian. **Rationally Arbitrary decisions (in Administrative Law)** in Harvard Law School. Public Law & Legal Theory Working paper series, paper n.13-24, 2013, pp.11-12 (tradução livre)

sociocultural do risco. Nesse caso, o Poder Judiciário adota uma posição avessa ao risco, o que tem como efeito direto de se afastar o risco político de uma falha regulatória.

O conteúdo da norma do dever de cuidado não está fundamentado apenas em argumentos objetivos e científicos, mas se encontra imerso em questões políticas, juízos valorativos, principalmente nos casos de incerteza.

Tendo em vista a necessidade de compreendermos como o fator técnico também pode ser predominante na análise de risco, passaremos à análise do risco sistêmico. E, nesse caso, visamos compreender como se dá a criação de deveres de cuidado e sua inadequação ao Direito Penal.

3.2.2 A regulação de risco no caso dos riscos sistêmicos: casos CBE e Criptoativos

Passaremos a analisar o risco sistêmico visando indicar a possibilidade de determinação de deveres de cuidado e questionar quanto à adequação da tutela penal nesse caso.

O risco sistêmico possui características próprias³⁴⁹ que o tornam um desafio para os reguladores. O IRGC (*International Risk governance center – Centro internacional de governança de risco*)³⁵⁰ conceitua os riscos sistêmicos

como “um resultado da “ameaça que falhas individuais e acidentes representam para um sistema através do processo de contágio” (Centeno et al. 2015)). A noção de risco sistêmico “refere-se ao risco ou probabilidade de crise em sistema inteiro, em oposição à crise de partes individuais ou componentes” (Kaufman & Scott, 2003).

O IRGC³⁵¹ esclarece que esses riscos sistêmicos “são totalmente diferentes dos convencionais”, sendo que esses sistemas apresentam “interconexão que contribui para nexos causais complexos e evoluções dinâmicas”, há, ainda a tendência de que venham a ser “subestimados”, já que “estruturas complexas desafiam a intuição humana, que presume que a causalidade é ligada à proximidade de tempo e espaço”.

³⁴⁹ IRGC. **Guidelines for the Governance of Systemic Risks**. Lausanne: International Risk Governance Center (IRGC), 2018, p. 12. (tradução livre)

³⁵⁰ IRGC. **Guidelines for the Governance of Systemic Risks**. Lausanne: International Risk Governance Center (IRGC), 2018, p.9 (tradução livre).

³⁵¹ IRGC (IRGC. **Guidelines for the Governance of Systemic Risks**. Lausanne: International Risk Governance Center (IRGC), 2018, pp. 9, 11 e 12. (tradução livre)) traça uma comparação entre as características dos riscos convencionais, emergentes e sistêmicos. Os riscos convencionais, “conhecidos e bem definidos”, podem “ser gerenciados por práticas comuns, como a regulação”. Os riscos emergentes, “novos ou em um novo contexto”, são ligados à ideia de “incerteza”, devendo ser gerenciados com prevenção, buscando os seus “gatilhos”. Enquanto os “riscos sistêmicos” devem ser tratados com “foco na adaptação e transformação da organização e do sistema”.

Podemos dar como exemplo de risco sistêmico o que poderia ocorrer no sistema financeiro.

Dill³⁵² indica que o termo “risco sistêmico” surge com Basel III e Dodd-Frank, sendo que sua definição surge pela constatação dos “efeitos de ruptura na economia real”, quando “há uma quebra da intermediação financeira que elimina o fluxo de crédito para as empresas e consumidores”, impedindo o crescimento econômico.

Chega, inclusive, a indicar duas teorias para as causas do risco sistêmico. Segundo Dill³⁵³, a primeira seria a chamada “teoria do pânico” ou “iliquidez induzida pelo contágio do medo” indicando “um choque simultâneo no sistema financeiro através de contágio”, onde há um “choque externo, inesperado” a todo o sistema financeiro, o que leva a “uma série de eventos adversos”, causando um “colapso da confiança”. Já a segunda, seria a do “efeito dominó ou interconectividade das instituições financeiras”, o que leva a transmissão de problemas de uma instituição para as demais. Os “mecanismos de transmissão variam”, dependem das redes de interconectividade, sendo exemplos obrigações de pagamento entre instituições e entre mercados”.

Percebemos que a característica dos “cursos causais conexos e evoluções dinâmicas” apresenta-se em ambas as teorias, cujas causas não são diretamente ligadas ao resultado. Essa característica desafia a regulação nesse caso, a qual busca desenvolver métodos específicos para esse tipo de risco.

IRGC³⁵⁴ aconselha o uso de “modelos quantitativos”, já que “os sistemas são direcionados por leis físicas”, os quais são usados para “entender o funcionamento de sistemas dinâmicos complexos”. Além disso tratam dos sistemas estatísticos de alerta (*Statistical Early Warning Signals*) os quais “poderiam indicar a proximidade da mudança no regime”. Além disso, enfatiza a importância da resiliência dos sistemas, isto é, a “capacidade de vários complexos sistemas de manutenção da segurança e da flexibilidade e de recuperação de um grande alcance de potenciais eventos diversos”, refere-se à “preparação para reduzir os efeitos negativos de tais eventos”.

³⁵² DILL, Alexander. **Bank Regulation, risk management, and compliance: theory, practice and key problem areas**. Londres:Routledge, 2020, pp. 161-3(traducao livre)

³⁵³ DILL, Alexander. **Bank Regulation, risk management, and compliance: theory, practice and key problem areas**. Londres:Routledge, 2020, pp. 161-3(traducao livre)

³⁵⁴ IRGC. **Guidelines for the Governance of Systemic Risks**. Lausanne: International Risk Governance Center (IRGC), 2018, pp.49, 60 e 61. (tradução livre)

Renn³⁵⁵ considera que, no gerenciamento de riscos sistêmicos “não são analisados por um modelo comum de análise de risco”, já que são “complexos” e “não lineares”, sendo difícil definir os nexos causais. A análise de risco a ser feita deve ser específica para o contexto, buscando tratar das “interdependências, ondulações e efeitos de respingos (*spillovers*) e outras dinâmicas não lineares que iniciam impactos de cascata”. Considera que as “estratégias” do IRGC seriam baseadas em “probabilidade”, “resiliência” ou “discurso”, correspondendo aos “três problemas característicos, complexidade; incerteza; ambiguidade e política”. Já Schwarcz³⁵⁶ trata da regulação de risco sistêmico como “macroprudencial”³⁵⁷ a partir de um “modelo mais sistemático”, para “identificar os gatilhos” que podem iniciar “um colapso sistêmico”, como também identificar os “mecanismos de transmissão”, cujas características são: “interconectividade, grandeza e falta de possibilidade de substituição”.

Um outro ponto importante para o monitoramento do risco sistêmico dá-se tendo em vista o aspecto multidimensional³⁵⁸ do risco. Barone-Adesi et al.³⁵⁹ aconselham aos reguladores que, ao monitorar o risco sistêmico, foquem, não apenas em indicativos bem definidos, mas também “no sentimento” dos regulados. No caso do risco financeiro, por exemplo, o “otimismo em excesso e confiança excessiva levam os investidores a serem complacentes”; no entanto, quando os sentimentos deixam de ser positivos, no caso de uma mudança da situação dos fundamentos econômicos, a mudança de sentimento pode levar à “alta volatilidade”, gerando “grandes perdas”.

Esses métodos próprios de regulação parecem não ter nada em comum com a racionalidade do Direito Penal, ficando a questão de como se dá a abordagem jurídico-penal do risco sistêmico.

³⁵⁵ RENN, Ortwin. Systemic Risks: The New Kid on the Block. In **Environment: Science and Policy for Sustainable Development**. V. 58, n. 2, 2016, pp. 31-32. (tradução livre)

³⁵⁶ SCHWARCZ, Steven L. Systematic Regulation of Systemic Risk in **Wisconsin Law Review**. Duke Law School Public Law & Legal Theory Series No. 2018-60 (versão do artigo no prelo), pp. 23-24 e 35. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3233666>. Acesso em: 23/08/2021 (tradução livre)

³⁵⁷ DILL (DILL, Alexander. **Bank Regulation, risk management, and compliance: theory, practice and key problem areas**. Londres:Routledge, 2020, p. 178 (tradução livre)) indica que teria sido criada pela Reforma Dodd-Frank no sistema financeiro, depois da crise de 2008, o FSOC (*Financial Stability Oversight Council*, Conselho de Controle da Estabilidade Financeira), nos Estados Unidos, para coordenar o controle do risco sistêmico e designar alguns conglomerados como “instituições financeiras de importância sistêmica”. No entanto, Dill considera que, globalmente, ainda “não ha uma boa coordenação entre reguladores para tratar do risco sistêmico”, sendo que ainda há “falta de experiência na identificação e medição do risco sistêmico, na determinação das normas de política macro-prudencial como na compreensão da transmissão do mecanismo do risco sistêmico”.

³⁵⁸ Cf. Cap. 2 Desconstruindo o conceito de risco: a abordagem multidimensional do risco como caminho para os penalistas.

³⁵⁹ BARONE-ADESI, Giovanni – MANCINI, Lorian – SHEFRIN, Hersh. Systemic Risk and Sentiment. In FOUQUE, J. & LANGSAM, J. (Eds.). **Handbook on Systemic Risk**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p.739 (tradução livre).

A racionalidade do Direito Penal não abarca o risco sistêmico, pois não se pode imputar o resultado dessa classe de risco a apenas um indivíduo, sem que se quebre o postulado da responsabilidade subjetiva. O risco sistêmico apenas se origina a partir da cumulação de uma série de condutas individuais, impedindo que esse resultado possa vir a ser imputado a apenas um indivíduo.

No entanto, os riscos sistêmicos diante da possibilidade de causar danos catastróficos, são objeto de preocupação dos penalistas. Schünemann³⁶⁰, ao tratar da crise financeira de 2008, retrata várias vezes o contexto da crise de forma que muito se assemelha ao conceito de risco sistêmico,

Na realidade, porém não se trata de uma situação de negócio de risco, mas da participação num sistema intensivo de bola de neve, que redundará necessariamente, em algum momento em um colapso(...) Essa especificidade está, por um lado, na participação num sistema de bola de neve aos moldes de um jogo de azar, participação essa que não permitia que ninguém soubesse se poderia abandonar o jogo antes que se desse o inevitável colapso do sistema(...)A crise financeira não é apenas uma falha sistêmica, mas foi provocada pelo comportamento criminoso em massa de pessoas do setor bancário, com a colaboração, ao menos grosseiramente culposa, de órgãos estatais.

Nesse trecho, há a crítica para a falta de implementação de mecanismos de controle dos riscos sistêmicos, a partir de diversos instrumentos, inclusive o Direito Penal.

Schünemann³⁶¹, por exemplo, critica os que consideram que “falhas sistêmicas”, como a que se deu no sistema financeiro em 2008, como “uma ocorrência quase que natural, inacessível a qualquer tentativa de controle, similar a uma catástrofe gerada pela natureza”, já que percebe que tal resultado é originado por “decisões bem concretas de pessoas individuais”.

Há, portanto, a percepção da necessidade de desenvolvimento de mecanismos de prevenção. O próprio Schünemann³⁶² sugere a responsabilização criminal dos indivíduos, desde que haja uma “delimitação” a um certo contexto fático, como, por exemplo, investigar a conduta de um “dirigente do banco” que poderia ter lesionado a instituição financeira, operando com “investimentos em títulos que sabia sem valor”. Nesse caso, evita-se que o Direito Penal atue

³⁶⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. A chamada “crise financeira” – falha sistêmica ou criminalidade globalmente organizada? In SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, pp.195-6, 199, 201-2.

³⁶¹ SCHÜNEMANN, Bernd. A chamada “crise financeira” – falha sistêmica ou criminalidade globalmente organizada? In SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p.186.

³⁶² SCHÜNEMANN, Bernd. A chamada “crise financeira” – falha sistêmica ou criminalidade globalmente organizada? In SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p.191.

sobre os “mecanismos sistêmicos ou globais”, tratando apenas de nexos causais individuais. O próprio autor³⁶³, ao tratar dos deveres de cuidado dos banqueiros, acaba afirmando que

“Esse conhecimento, concretamente o conhecimento do próprio desconhecimento das condições dos contratos e da solvência dos credores, ou seja, o conhecimento de um investimento cego de vários milhões, era algo que, mesmo segundo a versão difundida pelos apologetas, os bancos tinham(...) Por fim, também o indefensável risco que resultava da combinação entre dimensão e forma de financiamento dos negócios era reconhecível, sem maiores dificuldades, para os envolvidos.”

Percebemos que na própria teoria penal de Schünemann, já há uma constatação semelhante à teoria da Regulação quanto à informação: o regulado tem mais informações do setor que o próprio regulador. É a chamada assimetria de informação. Veljanovski³⁶⁴, por exemplo, enfatiza que “é sabido que a indústria tem informações melhores que o regulador”. Sendo a assimetria informacional “fonte de falhas de mercado e regulatórias”. Além disso, há, inclusive, uma questão específica de Regulação econômica, que foge de nosso tema. O próprio ganhador de Prêmio Nobel de Economia, Stiglitz³⁶⁵ afirma que “os mercados são infestados com problemas de assimetria de informações”, indicando a dificuldade de eliminar tal problema, já que “há incentivos para os participantes dos mercados tanto para explorar como para aumentar as assimetrias de informações”, sendo que a intervenção governamental “impõe regulações para prevenir tais explorações e buscar um grande número de metas sociais”.

As informações a serem fornecidas pelos regulados são essenciais para a criação dos modelos de risco. Nesse caso, a ideia do risco sistêmico comonexo causal probabilístico permite que se compreenda a caracterização dos deveres de informação como deveres de cuidado. Esses dados têm a função de alimentar os modelos estatísticos, que buscam identificar os gatilhos desencadeadores do colapso dos sistemas. Esse tipo de modelo estatístico respeitaria a característica não-determinística da causalidade nos riscos sistêmicos³⁶⁶.

³⁶³ SCHÜNEMANN, Bernd. A chamada “crise financeira” – falha sistêmica ou criminalidade globalmente organizada? In SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, pp. 197-8.

³⁶⁴ VELJANOVSKI, Cento. Strategic use of regulation In BALDWIN, Robert – CAVE, Martin – LODGE, Martin. **The Oxford Handbook of Regulation**, New York: Oxford University, 2010, p.94.

³⁶⁵ STIGLITZ, Joseph. **Regulation and Failure**. In New Perspectives on regulation. Cambridge: The Tobin Project, 2009, pp.11 e 22 (tradução livre)

³⁶⁶ Lucas (LUCAS, Klaus. Theory of systemic risks: insights from Physics and Chemistry. In **Risk analysis**, julho de 2020. (tradução livre) Disponível em: <https://doi.org/10.1111/risa.13558>) conceitua “risco sistêmico” como “aquele que pode ocasionar o rompimento de um sistema macroscopicamente, devido ao reforço de ações de *feedback* de agentes no micronível”, relacionando-o à crise financeira de 2008, pandemias, migrações em massa e destruições de ecossistemas.

O papel da informação é, portanto, fundamental, sendo entendida como um “pré-requisito para gerenciamento do risco sistêmico”, como bem afirma Jagadish³⁶⁷. Os dados seriam a base para a criação de modelos para a análise de riscos sistêmicos, sendo que tais modelos são considerados “particularmente complicados”, porque são tidos como “agressivamente não-lineares”, probabilísticos, baseados “um grande acervo de dados”, a serem analisados pela “tecnologia da computação”.

A assimetria de informações pode ser um obstáculo para uma regulação adequada, no caso dos riscos sistêmicos, já que o método preventivo depende das informações dos regulados para a criação de modelos estatísticos. Diante de tal importância, adota-se a criminalização da violação de deveres de informação, como forma de reforço a sua implementação. Tem-se aí a identificação da conduta individual para a avaliação da responsabilidade individual, afastando-se da criticada noção de crimes por acumulação³⁶⁸.

Violar o dever de informação é impossibilitar o correto funcionamento do mecanismo de prevenção. O *International Risk Governance Center (IRGC)*³⁶⁹, considera que a assimetria de informação como um fator que “pode contribuir para o surgimento do risco”. E, sendo assim, é necessário buscar instrumentos empíricos que sirvam como “sinais de ameaça do risco

³⁶⁷ JAVADISH, H.V. Data for systemic Risk. In FOUQUE, J. & LANGSAM, J. (Eds.). **Handbook on Systemic Risk**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p.3 (tradução livre)

³⁶⁸ Sobre o tema, D’Ávila (D’AVILA, Fábio Roberto. Algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de perigo abstrato no âmbito do direito penal ambiental. In **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, n. 75, 2013, pp. 24-26) considera que “crimes de acumulação chamam a atenção para um particular grupo de casos em que, diferentemente dos tradicionais crimes de perigo abstrato, nem sequer uma perigosidade geral ou abstrata estaria associada à conduta punível. Caracterizam-se por condutas consideradas, individualmente, inofensivas em relação ao objeto da tutela da norma, incapazes de gerar qualquer dano ou perigo de dano ao bem jurídico tutelado, mas que, quando tomadas a partir de uma hipótese de acumulação, da hipótese de sua prática por um grande número de pessoas, ou ainda, na expressão de Herzog, ‘onde iríamos parar, se todos fizessem o mesmo’, se tornam extremamente danosas ao meio ambiente. Logo, condutas cujo conteúdo de significação jurídico-penal, individualmente incapaz de consubstanciar sequer um crime de perigo abstrato, é obtido a partir da consideração hipotética da sua repetição em grande número. Uma das mais significativas elaborações neste âmbito é, sem dúvida, a de Lothar Kuhlen, responsável pela própria denominação “delitos de acumulação” (*Kumulationsdelikt*). (...) condutas que se tornam penalmente significativas, porque seria de se calcular que, sem uma proibição sancionatória, elas seriam realizadas em grande número, causando, assim um prejuízo à função(...) protegida pela norma. Todavia, se admitirmos os delitos de acumulação no horizonte compreensivo que nos empresta Kuhlen, se admitirmos uma tal concepção de ilícito, em que o conteúdo de significação jurídico-penal do fato transcende a própria conduta típica individualmente considerada, devemos igualmente reconhecer, neste particular grupo de casos, a absoluta ausência de ofensividade, com todas as consequências que, em termos de legitimidade, daí advêm.”

Hefendeh (HEFENDEHL, Roland. **O bem jurídico como pedra angular da norma penal**. GRECO, Luís & TÓRTIMA, Fernanda Lara (org) *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar*. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2011, pp.57-59, 77-8) esclarece que não se pode identificar “uma causalidade lesiva real entre ação típica e bem jurídico” coletivo, aceitando um “equivalente material”, baseado na figura da cumulação. A ideia da cumulação se refere aos casos em que as “ações individuais, tomadas por si mesmas, não são perigosas”, mas apenas diante de sua repetição “perturbariam as funções protegidas”.

³⁶⁹ IRGC. **Guidelines for the governance of systemic risks: in systems and organisations, in the context of transitions**. Lausanne: International Risk Governance Center, 2018, pp. 59 e 63 (tradução livre).

sistêmico”. Nesse caso, evidente o conteúdo material do tipo penal. Corcoy Bidasolo³⁷⁰ distingue entre normas regulatórias formais e “regras especiais”. Sendo que as regras especiais seriam as “que tratam de regular aspectos organizativos ou políticos” de atividades perigosas, “tendo finalidade de prevenção de riscos”. Se essas normas forem violadas, como são conectadas aos mecanismos de prevenção, acabam sendo um indício de que teria havido a violação do “risco permitido”.

Difícil concordar, portanto, com análises que tratam deveres de informar como meros deveres administrativos³⁷¹, sem que se faça qualquer relação com o risco sistêmico à Ordem Financeira ou à Ordem Econômica, como a de Oliveira³⁷² que afirma que “a infração da norma administrativa que determina o repasse de informações, como inúmeras vezes asseverado ao longo deste livro, é apenas isso: infração de norma administrativa”³⁷³.

A vantagem do método de análise conjunta de Regulação de Risco e Direito Penal é garantir uma visão holística do fenômeno do risco sistêmico, considerando “o porquê” se cria o dever de cuidado e “o quê” se busca tutelar. Dessa forma, a Regulação de Risco constrói o

³⁷⁰ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. **Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales**. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p.106

³⁷¹ A posição de garante dos superiores hierárquicos pode ser considerada nos casos em que se analise a estrutura interna da empresa, já que se trata de risco convencional.

Silveira (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal empresarial: A omissão do empresário como crime**. Belo Horizonte: D’Placido, 2018, p.199) esclarece que o a “posição de garantia do empresário tem, por sua vez, genericamente, uma dupla dimensão, relativa tanto ao seu aspecto interno quanto ao seu aspecto externo. Em outras palavras, dir-se-ia, novamente, que existe uma dimensão interna à empresa, destinada a evitar resultados lesivos dentro da mesma. Com ela, o empresário ou dirigente adquire uma função de vigilância ou proteção. Em contrapartida, verifica-se uma dimensão de fora para dentro, externa ao seio empresarial, pela qual se pretende a evitação de resultados lesivos que se produzam sobre pessoas externas a partir da atividade de membros da própria empresa”.

³⁷² OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos. **Lavagem de dinheiro: Responsabilidade pela omissão de informações**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p.288.

³⁷³ No caso da lavagem de dinheiro, as informações coletadas das pessoas obrigadas servem para a criação de modelo de risco, conforme indicado no **COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras)**. Análise de informações. Disponível em: <https://www.gov.br/coaf/pt-br/aceso-a-informacao/Institucional/a-producao-de-inteligencia-financeira/analise-de-informacoes/analise-de-informacoes>. Acesso em 28/08/2021. Onde se lê: “O processo de análise das **comunicações** enviadas pelos **setores obrigados** é **fundamentado** em uma **avaliação do risco das operações e das partes** envolvidas, de forma a dar objetividade e impessoalidade à gestão e priorização das análises. O recebimento das comunicações é através do **Sistema de Controle de Atividades Financeiras – Siscoaf** (sistema informatizado de apoio às atividades do Coaf). Assim que recebidas, as comunicações são submetidas a uma análise realizada eletronicamente pelo Siscoaf, utilizando regras de seleção previamente definidas.

A segunda etapa é a análise pelo **modelo preditivo**. Trata-se de **modelo estatístico** de classificação que **seleciona comunicações recebidas para análise individualizada**, baseando-se na **probabilidade** de a comunicação recebida conter elementos de **risco**. Uma vez **selecionada pelo modelo preditivo**, a **comunicação segue para ser apreciada por um dos analistas do Coaf**. A distribuição das comunicações selecionadas pelo modelo preditivo aos analistas é realizada de forma aleatória pelo próprio Siscoaf, não sendo permitido que analistas selecionem quais comunicações serão por eles examinadas”. (grifo nosso).

O FMI (IMF. **Financial intelligence units: an overview**. Washington: IMF, 2004, p.IX (tradução livre)) indica que esses mecanismos de prevenção, as Unidades de Inteligência Financeira, seriam uma forma de proteção da “integridade do sistema financeiro”, a partir do “combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo”.

próprio conceito de “risco”, não sendo possível ignorá-la para fazer a análise jurídica. Devemos considerar que a intervenção penal deve singularizar uma conduta que coloque em risco o bem jurídico. E, no caso da violação dos deveres de informação, temos que haverá a exposição de perigo ao bem jurídico, pois coloca em risco o funcionamento de seu mecanismo de prevenção. Como bem afirma Silveira³⁷⁴, “a noção de risco sistêmico poderia, sem dúvida, marcar um campo de piso mínimo de avaliação, mas não de elemento a emoldurar o tipo de uma forma ideal”. Concluindo que a “avaliação desse risco parece ser, antes de tudo, fundamental”.

É também relevante a análise de Corcoy Bidasolo³⁷⁵, a qual diferencia “deveres de cuidado” de “norma de cuidado penal”. Os deveres de cuidado tratam “de normativas setoriais de segurança”, já a “norma penal se refere ao concreto, às circunstâncias concorrentes no caso”. Sendo assim, é possível, a partir dos deveres de cuidado criados pela Regulação de Risco Sistêmico, filtrar os fatores de risco que possibilitem a análise do juízo de perigo *ex ante* para o objeto da ação.

Podemos usar como exemplo de análise de risco sistêmico, baseado em métodos estatísticos, o caso da declaração anual de capitais estrangeiros no exterior (CBE). Em 2020, o Conselho Monetário Nacional (CMN) emitiu a Resolução CMN 4841 de 2020, a qual subiu o valor para o qual é necessário realizar a declaração anual de Capitais Brasileiros no Exterior (CBE), de cem mil dólares para um milhão de dólares. Afirma³⁷⁶ o CMN que, essa modificação visa “redução dos custos de observância para a sociedade concomitante ao aprimoramento da qualidade de estatística”. A omissão de tal declaração é interpretada pela jurisprudência como ação típica, prevista no art. 22, parágrafo único da Lei 7492/86, “Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente”.

Nesse caso, é possível compreender que, buscando evitar um risco sistêmico, o Conselho Monetário Nacional (CMN) criou um modelo quantitativo estatístico, para aperfeiçoar a Regulação de Risco. Nesse caso, havendo a possibilidade de informação por outros meios³⁷⁷ de depósitos no estrangeiro de valor inferior, o CMN passou a considerar como

³⁷⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal empresarial: A omissão do empresário como crime**. Belo Horizonte: D'Placido, 2018, pp. 234-5.

³⁷⁵ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. **Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos**. In MIR PUIG, Santiago & CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (direc.). Política criminal y reforma penal. Buenos Aires: B de f. 2007, p. 44. (tradução livre).

³⁷⁶ **Banco Central do Brasil**. CMN moderniza regras para contas de depósito e reais de residentes no exterior e para a declaração de Capitais Brasileiros no Exterior (CBE). Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/detalhenoticia/17141/nota>. Acesso em 18/08/21.

³⁷⁷ “O Poder Público brasileiro **tem outras bases de dados** com informações sobre ativos no exterior, eventualmente necessárias para a atuação dos órgãos de controle, policiais ou judiciários. De se observar que

sinais de possível risco sistêmico (conforme indicado pelo IRGC, *statiscal early-warning signals*, “sinais de alerta estatísticos”) a falta de informação de depósitos de valor acima de um milhão de dólares. Sendo que, apenas nesses casos, haveria a possibilidade de responsabilização criminal. Note-se que essa análise é bastante adequada ao que pensamos sobre a criação de crimes baseados em deveres de cuidado, já que é necessária a indicação empírica de risco ao bem jurídico tutelado, para que possam ser considerados legítimos.

Outro exemplo de risco sistêmico para o sistema financeiro dá-se no caso dos criptoativos. Havia a preocupação de criação de gatilho nos casos de operações pessoa a pessoa (*P2P*), sem intervenção de cripto-corretoras, referente ao crime de lavagem de dinheiro. O GAFI em 2021³⁷⁸ manteve suas recomendações para indicar a manutenção de controle sobre as corretoras de criptoativos, sem que houvesse a proibição das transações *P2P*. Nesse caso, considera o GAFI, baseado em “estudos métricos”, que não há “uma tendência de usos ilícitos através do *P2P*”. Dessa forma, mantém o foco do controle sobre as corretoras de criptoativos, “que são usadas para a conversão de criptoativos em moeda corrente”. E, além disso, indicam que as transações *P2P* podem ser rastreadas a partir da *blockchain*, se “os endereços usados forem corretamente conectados”. Não se considerou, portanto, que as transações *P2P* oferecessem um risco sistêmico à Ordem Econômica, como crime de lavagem de dinheiro.

No entanto, em 2021 houve audiências públicas no Senado norte-americano, questionando se o uso de tal tecnologia poderia ser considerada gatilho para risco sistêmico no setor financeiro. Walch³⁷⁹ afirma a existência de risco sistêmico, “já que um problema com um criptoativo” (como um vírus), “repercute em todos os produtos financeiros ligados a ela”, sendo que “uma falha em um específico criptoativo, como a Bitcoin, pode afundar o mercado dos demais criptoativos”. Conclui que é possível “efeitos de onda (*ripple effects*)” no próprio “setor financeiro tradicional”, a partir de sua “integração a ele”, especialmente diante de sua “natureza não regulada, sem estruturas tradicionais de responsabilização”.

peças e empresas são obrigadas a declarar a integralidade desses seus ativos, sem a existência de pisos, à Receita Federal.” (grifo nosso) (Banco Central do Brasil. **CMN moderniza regras para contas de depósito em reais de residentes no exterior e para a declaração de Capitais Brasileiros no Exterior (CBE)**. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/detalhenoticia/17141/nota>. Acesso em 18/08/21).

³⁷⁸ FATF, **Second 12-month Review Virtual Assets and VASPs**. FATF: Paris, julho de 2021, pp.29 e 35 (tradução livre). Disponível em: www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/second-12-month-review-virtual-assetsvasps.html (tradução livre)

³⁷⁹ WALCH, Angela. Testimony before the United States Senate Committee on Banking, Housing and Urban Affairs. Hearing on: Cryptocurrencies: What are they good for? 27/07/2021, pp.8-10. Disponível em: <https://www.banking.senate.gov/imo/media/doc/Walch%20Testimony%207-27-21.pdf>(tradução livre)

Outros estudos já haviam indicado os criptoativos como possível origem de risco sistêmico. Danielson³⁸⁰ considera que “o teste crucial para um sistema monetário” dá-se em um momento de crise. E, em tal momento, quando os agentes “entrarem em pânico e passarem a pensar que os criptoativos não são equivalentes a moedas, irão abandonar essas instituições financeiras”. E, como não existe um órgão regulador central, “diferente das moedas de curso forçado”, não haverá quem garanta a “demanda de liquidez”, o que vem embasando a indicação de evidências de risco sistêmico³⁸¹.

Diante da complexidade do setor, reforçamos a relevância do estudo da Regulação de risco, para que se compreenda o tipo de risco ao qual o tipo penal refere-se. Apenas a partir de conhecimentos extraídos de estudos interdisciplinares, é possível ao jurista compreender sua própria área de atuação, já que o Direito Penal atua diretamente sobre os deveres de cuidado criados pelas mais diversas formas de Regulação.

É necessário, portanto, aprofundarmos quanto às formas de Regulação de Risco, que podem abarcar os mais diferentes tipos de risco.

3.2.3 Deveres de cuidado de acordo com a Regulação em metas e Regulação em regras:

Uma das vantagens de considerar os deveres de cuidado como “importado” da Regulação de Risco para o Direito Penal é esclarecer como a forma de Regulação pode afetar seu conteúdo. Na Regulação de Risco, é possível optar por uma forma rígida ou maleável de regular, a qual irá influenciar as conclusões sobre o conteúdo dos deveres de cuidado no Direito Penal.

Tjong Tjin Tai *et al.*³⁸² chegam inclusive a indicar que o tipo de Regulação mais adequado para tratar dos deveres de cuidado seria a “Regulação baseada em metas”. Nesse caso, os autores tratam da “vantagem” trazida pela “porosidade da estrutura dos deveres de cuidado”,

³⁸⁰ DANIELSON, Jon. **SRC Discussion paper**. Londres: Systemic Risk Centre – London School of Economics, n.86, novembro de 2018, pp.7 e 27. (tradução livre)

³⁸¹ CANH, Nguyen Phuc – WONGCHOTI, Udom sak – THANH, Su Dinh – THONG, Nguyen Trung. **Systemic risk in cryptocurrency market: Evidence from DCC-MGARCH model**. in Finance Research Letters, 2019, pp. 90-100. (tradução livre)

³⁸² TJONG TJIN TAI, T. F. E.- KOOPS, E. J.- OP HEIJ, D. J. B. – E SILVA, K. K. – SKORVÁNEK, I. **Duties of care and diligence against cybercrime**. Tilburg University, 2015. Disponível em: https://pure.uvt.nl/ws/portalfiles/portal/5733322/Tjong_Tjin_Tai_cs_Duties_of_Care_and_Cybercrime_2015.pdf. Acesso em 30/07/2021. (tradução livre)

os quais poderiam ser forjados de acordo com as “especificidades do setor”, a partir da análise do “conhecimento especializado do regulado”³⁸³.

Concordamos com a noção de que os deveres de cuidado devem ser criados tendo-se em mente as características do setor; e, quando considerarmos o Direito Penal, temos de levar em conta as circunstâncias específicas do agente, encontrando um ponto em comum entre a Regulação de Risco e o Direito Penal.

A “Regulação baseada em metas” (*goals-based*), segundo Decker³⁸⁴, contrapõe-se à “Regulação baseada em regras (*rules-based*)”. A Regulação baseada em regras é bastante “prescritiva”, marcada pela “precisão, clareza e rigidez”, determinando maior “limitação à discricionariedade administrativa”, trazendo mais “responsabilidade ao regulador”. Já a Regulação baseada “em metas”, identifica os “resultados”, “sem que indique padrões de comportamento a serem seguidos pelos regulados (ou portadores de deveres)”, fazendo com que eles mesmos venham a criar uma forma de atingir a meta regulatória, reforçando a

³⁸³ Encontramos um bom exemplo da padronização internacional da Regulação em Faria (FARIA, José Eduardo. Poucas certezas e muitas dúvidas: o direito depois da crise financeira. In **Revista Direito GV**, v. 5, fasc. 2, julho-dezembro de, pp.317-8), ao tratar das possíveis soluções regulatórias pós-crise financeira de 2008. O professor dá bastante enfoque à questão do risco sistêmico, sendo, evidentemente um caso de Regulação de Risco, “Apesar do muito que se falou durante o encontro do G-20 sobre a possibilidade de preservar espaço para que os “reguladores nacionais” levassem em conta as condições específicas de seus respectivos ambientes econômicos e institucionais, a ênfase a padrões mínimos de regulação internacional, com base em princípios de aplicação universal, não deixa margem a dúvidas. Ou seja, o que os Estados poderão fazer, em maior ou menor grau, dependendo de seu peso político e da força de seu mercado interno, é tentar implementar, sem passar necessariamente pelos filtros legislativos nacionais, o que for negociado e decidido em organismos multilaterais e entidades como o *Bank of International Settlements (BIS)*, o *Institute of International Finance (IIF)*, o *Federal Reserve*, o Banco Central Europeu e as grandes instituições do sistema financeiro, em matéria de padronização das regras de capitalização, adoção de “regras prudenciais”, para evitar a concorrência entre mercados com regulação mais rígida frente a outros com regulação mais débil, regulamentação internacional de operações de derivativos feitas em mercado de balcão, determinação de que a jurisdição de fundos passe a se basear na localização de seus administradores (e não mais do domicílio legal), imposição de regulação para bancos de investimento e corretoras (que hoje não são organizados como holdings bancárias) e revisão dos padrões contábeis para lidar com instrumentos de baixa liquidez”.

³⁸⁴ DECKER, Christopher. **Goals-based and rules-based approaches to regulation**. BEIS Research paper n. 8. Reino Unido. Department for Business, Energy and Industrial Strategy, 2018, p.5. (tradução livre)

“responsabilidade do regulado”³⁸⁵. Decker³⁸⁶, no entanto, admite que a “Regulação baseada em regras é utilizada para definir *standards* e reduzir incertezas em casos mais específicos”.

Um termo semelhante ao da Regulação baseada em metas é a trazida por Gunningham³⁸⁷ “meta-regulação”, o qual identifica “um regulador substituto para o Estado”, o setor privado, o qual é encorajado a “criar modelos de controle interno a serem avaliados pelo Estado”, considerando se as metas regulatórias foram cumpridas. A Regulação baseada em metas, segundo o autor, é bastante “adequada aos setores mais inovativos e dinâmicos, como o setor financeiro, como também nos setores em que há rápida mudança no mercado (serviços jurídicos) ou onde os riscos sejam muito diversificados (saúde e segurança pública)”, sendo difícil a determinação de regras prévias que determinem as condutas dos agentes pela possibilidade de adoção do “*compliance* criativo”³⁸⁸.

Veja-se que a Meta-Regulação favorece a criação pelo regulado de *standards* específicos, considerando suas características pessoais para o atingimento da meta. Diante do crescente estímulo ao seu emprego em setores em que haja tecnologia e inovação, indica uma tendência a se aceitar deveres de cuidado específicos. Parece-nos possível fazer uma conexão

³⁸⁵ Um exemplo é o art. 46 da LGPD (Lei n.13709/2008), que em seu parágrafo primeiro prevê apenas como possibilidade a indicação de padrões mínimos de segurança pela ANPD (Autoridade Nacional de Proteção de Dados),

“Art. 46. Os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito.

§ 1º A autoridade nacional poderá dispor sobre padrões técnicos mínimos para tornar aplicável o disposto no caput deste artigo, considerados a natureza das informações tratadas, as características específicas do tratamento e o estado atual da tecnologia, especialmente no caso de dados pessoais sensíveis, assim como os princípios previstos no caput do art. 6º desta Lei.

§ 2º As medidas de que trata o caput deste artigo deverão ser observadas desde a fase de concepção do produto ou do serviço até a sua execução.”.

Como também, o art.8 do CDC, “ Art. 8º Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.”.

Nesse caso, as normas técnicas atuam como instrumentos de boas práticas para indicar a conduta devida.

³⁸⁶ DECKER, Christopher. **Goals-based and rules-based approaches to regulation**. BEIS Research paper n. 8. Reino Unido. Department for Business, Energy and Industrial Strategy, 2018, p.5. (tradução livre)

³⁸⁷ GUNNINGHAM, Neil. Enforcement and compliance strategies. In BALDWIN, Robert – CAVE, Martin – LODGE, Martin. **The Oxford Handbook of Regulation**. New York: Oxford University, 2010, pp.121-145. (tradução livre)

³⁸⁸ Scott (SCOTT, Colin. Standard setting in regulatory regimes. BALDWIN, Robert – CAVE, Martin – LODGE, Martin. **The Oxford Handbook of Regulation**. New York: Oxford University, 2010, pp.104-119. (tradução livre).), afirma que quando há regulação em regras “há uma tendência para o “*compliance* criativo” do regulado, “como se deu no caso Enron”. Scott explica que, nesse escândalo financeiro, teria havido “o emprego de subsidiárias estrangeiras para se esconder dos acionistas o real estado do patrimônio da empresa”. Obteve-se, assim, obediência às normas técnicas, violando-se o seu espírito, sua função.

com a teoria do Direito Penal³⁸⁹ para estabelecer o dever de cuidado objetivo com o acréscimo de conhecimento específico do sujeito.

É possível encontrar no direito penal espanhol algo semelhante às duas formas de Regulação. Rodríguez Montañés³⁹⁰ diferencia deveres de cuidado determinados e os indeterminados, de acordo ou não com a existência de regras ou de diretrizes a serem seguidas pelo regulado.

Decker³⁹¹ fornece exemplos de setores onde houve a Regulação baseadas em metas no Reino Unido, como nos setores de Saúde e Segurança. São comuns expressões como “desde que seja razoavelmente factível”, para tratar da definição do risco permitido³⁹², o qual não se encontra pré-determinado na Regulação. No entanto, o regulador emite os *Approved Codes of Practice (ACOPs)*, os “códigos de conduta” com os “*standards* de conduta”. No caso do regulado vir a ser “processado criminalmente por violar o código de conduta”, tem a possibilidade de ser absolvido, “se comprovar que adimpliu seu dever de cuidado de outro modo”.

Nesse caso, o papel do processo judicial é o de oferecer uma arena, onde se indicará se, de fato, houve ou não o cumprimento do dever de cuidado, isto é, se houve a criação do risco permitido. Sendo assim, o papel do Direito apreço como fundamental para a análise tanto da Regulação de Risco como para o Direito Penal.

Em um processo criminal, parte do objeto será determinar se houve a violação ao dever de cuidado. A Regulação baseada em metas não trará um *standard* de conduta específica exigida como cumprimento de dever de cuidado³⁹³. Nesse caso, o cumprimento do dever de

³⁸⁹ Cf. Cap. 3.2.4 *Deveres de cuidado: normas de conduta ou de imputação?*

³⁹⁰ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. **Delitos de peligro, dolo e imprudencia**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, p.169.

³⁹¹ DECKER, Christopher. **Goals-based and rules-based approaches to regulation**. BEIS Research paper n. 8. Reino Unido. Department for Business, Energy and Industrial Strategy, 2018, pp.47-48. (tradução livre)

³⁹² Decker cita a referida Regulação (DECKER, Christopher. **Goals-based and rules-based approaches to regulation**. BEIS Research paper n. 8. Reino Unido. Department for Business, Energy and Industrial Strategy, 2018, n.159, p.47 (tradução livre)), “O HSE (2001:2) descreve da seguinte forma: “Decidir o que é razoavelmente factível para controlar riscos envolve um julgamento. Onde os portadores de dever devem controlar o risco até o limite do razoavelmente factível, as autoridades, ao analisar as medidas protetivas aplicadas pelos portadores de dever, devem considerar o grau do risco de um lado, e, de outro, o sacrifício, quer de dinheiro, quer de tempo ou incômodo, empregado nas medidas necessárias para evitar o risco. A menos que seja possível demonstrar uma grave desproporção entre esses fatores e que o risco é insignificante em relação ao custo, o portador de dever deve aplicar medidas e arcar com os custos para reduzir o risco.”. Decker afirma que esse trecho está ligado ao conceito de tolerabilidade, o qual se trata da aceitação em viver com o risco, para garantir seus benefícios.”

³⁹³ Como exemplo, tem-se o art.2 e 10 da Circular BACEN/DC n. 3978 de 2020, “Art. 2º As instituições mencionadas no art. 1º devem implementar e manter política formulada com base em princípios e diretrizes que busquem prevenir a sua utilização para as práticas de lavagem de dinheiro e de financiamento do terrorismo.

Parágrafo único. A política de que trata o caput deve ser compatível com os perfis de risco:

I - dos clientes;

II - da instituição;

cuidado será comprovado ou não, de acordo com os resultados atingidos pela conduta realizada, isto é, de acordo com o nível de risco produzido ao bem jurídico no caso concreto.

Silva Sánchez³⁹⁴ reconhece que “o legislador penal cede à legislação administrativa e, em última instância, à Administração Pública, a possibilidade de fixar espaços de risco permitido”. Aceitando que “o juiz penal deva praticar reduções teleológicas, mas não extensões”, no entanto, o grau de liberdade para a interpretação judicial ainda está “sujeito a debate doutrinário”.

Outro exemplo dado por Decker³⁹⁵ é o caso dos contadores, cuja Regulação baseada em regras foi “questionada, após os casos *Enron* e *Worldcom*”, onde se percebeu que a Regulação teria sido manipulada, sendo casos de “*compliance* criativo”, onde o regulado cumpre seus deveres, violando o espírito da norma. No Reino Unido, a *Financial Accounting Standards Board (FASB)* “endossa a aproximação à Regulação baseada em Metas”, o que não foi permitido nos Estados Unidos, temendo-se um “excessivo espaço para atuação dos regulados”. Evidentemente, a Regulação nesse caso, “não abre mão das regras, apenas vem-se entendendo que um modelo misto de regras e princípios seria mais adequado”.

Os deveres de cuidado definidos pela Regulação de Risco, podem ser apresentados tanto como metas, quanto como regras. A Regulação em metas está relacionada com uma mudança nos poderes regulatórios. Fisher, Lange e Scotford³⁹⁶, diante da “modernidade reflexiva de

III - das operações, transações, produtos e serviços; e

IV - dos funcionários, parceiros e prestadores de serviços terceirizados.”

“Art. 10. As instituições referidas no art. 1º devem realizar avaliação interna com o objetivo de identificar e mensurar o risco de utilização de seus produtos e serviços na prática da lavagem de dinheiro e do financiamento do terrorismo.

§ 1º Para identificação do risco de que trata o caput, a avaliação interna deve considerar, no mínimo, os perfis de risco:

I - dos clientes;

II - da instituição, incluindo o modelo de negócio e a área geográfica de atuação;

III - das operações, transações, produtos e serviços, abrangendo todos os canais de distribuição e a utilização de novas tecnologias; e

IV - das atividades exercidas pelos funcionários, parceiros e prestadores de serviços terceirizados.

§ 2º O risco identificado deve ser avaliado quanto à sua probabilidade de ocorrência e à magnitude dos impactos financeiro, jurídico, reputacional e socioambiental para a instituição.

§ 3º Devem ser definidas categorias de risco que possibilitem a adoção de controles de gerenciamento e de mitigação reforçados para as situações de maior risco e a adoção de controles simplificados nas situações de menor risco.

§ 4º Devem ser utilizadas como subsídio à avaliação interna de risco, quando disponíveis, avaliações realizadas por entidades públicas do País relativas ao risco de lavagem de dinheiro e de financiamento do terrorismo.”

³⁹⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **Tema2: La Legislación penal económica**. In SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria (dir). *Lecciones de Derecho Penal Económico y de la empresa: parte general y especial*, Barcelona:Atelier, 2020, pp. 61-62 (tradução livre)

³⁹⁵ DECKER, Christopher. **Goals-based and rules-based approaches to regulation**. BEIS Research paper n. 8. Reino Unido. Department for Business, Energy and Industrial Strategy, 2018, p.11. (tradução livre).

³⁹⁶ FISHER, Elizabeth - LANGE, Bettina - SCOTFORD, Eloise. **Environmental Law: text, cases and materials**. NY: Oxford University Press, 2019, p.289(tradução livre)

Beck”, marcada por riscos e incertezas, afirmam que há “um declínio dos poderes regulatórios”. Assim, não se busca mais “justificar” ao público certa estratégia regulatória, mas busca-se “a distribuição dos riscos (*bads*)”. No entanto, consideram que o “poder regulatório” ainda pode ser importante, diante do “desenvolvimento do saber científico e da inovação tecnológica”.

A dimensão sociocultural do risco poderia ser identificada em ambos os métodos de Regulação de Risco. Para escolher o método mais apropriado, por exemplo, há uma avaliação das condutas prévias do regulado. Quando Decker defende a necessidade da Regulação em metas em setores onde o “*compliance* criativo” é comum, há um juízo de valor, indicando que o regulador desconfia do regulado. Mas, também quando a Regulação em metas é defendida em setores ligados às inovações tecnológicas, o incentivo à inovação prevalece sobre a ideia de segurança. Na Regulação em metas, abre-se a oportunidade para que o regulado inove na forma de cumprir com seus deveres. Já quanto à Regulação em regras, a dimensão sociocultural do risco através dos julgamentos de valor, poderia ser identificada no momento em que os standards são definidos, mesmo que tais julgamentos não sejam explícitos, como afirma Douglas e Wildavsky³⁹⁷.

Podemos concluir que a estratégia a ser implementada na Regulação de risco vai muito além da dimensão técnico-científica do risco, mas também a sociocultural. Nesse sentido, Coglianesi³⁹⁸ afirma que a Regulação de Risco não se refere à mera análise de instrumentos empíricos, científicos, tecnológicos ou estatísticos, ela trata da estratégia regulatória, isto é, da “dos princípios para a tomada de decisão”, os quais são “baseados em considerações normativas, as quais estão fora do objeto da análise de risco”. Fica bastante claro, portanto, que na Regulação de Risco as duas dimensões do risco são relevantes e precisam ser consideradas para que se compreendam a estratégia regulatória escolhida. E, quando se considerar os deveres de cuidado como produto da Regulação de risco deve-se levar em consideração esse processo de formatação, para esclarecer o seu conteúdo para o Direito Penal.

Passaremos a analisar o caso das normas técnicas, um exemplo de estabelecimento de deveres de cuidado pelos agentes privados e sua relação com as duas dimensões do risco.

³⁹⁷ Douglas e Wildavsky (DOUGLAS, Mary & WILDAVSKY, Aaron. **Risk and Culture: An essay on the selection of Technological and Environmental Dangers**. Los Angeles: University of California, 1983, pp. 69-70 (tradução livre)) criticam as tentativas de aferir objetividade, em casos em que os “objetivos que não são estritamente técnicos”, sem que se explicita “os ingredientes sociais” para essa decisão.

³⁹⁸ COGLIANESE, Cary. **What does risk-based Regulation mean?** In *The regulatory review*. 08 de julho de 2019. Disponível em: <https://www.theregreview.org/2019/07/08/coglianesi-what-does-risk-based-regulation-mean/>. Acesso: 18/08/2021.

3.2.4 *Standards e deveres de cuidado no Direito Penal: a questão do controle judicial*

O nosso conceito de Regulação abarca os *standards* criados pelos agentes privados e por órgãos estatais, já que aceitamos o conceito de Regulação descentralizada. Esses padrões estão ligados à criação de normas técnicas, com base na identificação do risco permitido.

Larenz³⁹⁹ conceitua *standards* como a constatação da “frequência empírica de certo evento”, isto é, a frequência de ocorrência de certo evento na realidade. Adverte que não são normas jurídicas por si mesmas, apenas adquirem esse *status* se assim for indicado na norma jurídica, como vinculantes no caso de indicação de risco permitido. São, na verdade, “pautas móveis”, isto é, a lei probabilística que fundamenta tais deveres deve ser aplicada aos fatos em um processo judicial para que se prove o que aconteceu em um caso específico. Portanto, é inadequado basear um julgamento apenas com base na violação da norma técnica. Nesse caso, Larenz faz uma referência a um conceito similar à probabilidade lógica⁴⁰⁰.

Na Regulação, Scott⁴⁰¹ define *standards* como “objetivos da Regulação, expressos como metas ou regras”. A própria determinação desses *standards* é reconhecida como a “função central do sistema regulatório”, como “um sistema de controle”. Sua origem pode ser estatal ou privada, como é o caso das normas técnicas. A determinação desses *standards*, segundo Baldwin, Cave e Lodge⁴⁰², por uma “organização ou administração” recebe o nome de autorregulação, a qual, muitas vezes é implementada pelo próprio agente privado ou pelo Estado (*enforced self-regulation*).

No Direito Penal alemão, os *standards* regulatórios são entendidos como normas técnicas, sendo que Schünemann⁴⁰³ percebe-os como “uma análise dos riscos” que podem ser “assumidos pelo agente”, a serem utilizadas para os crimes que apresentem “conexão com setores tecnológicos, principalmente quando houver leis penais em branco”. Da mesma forma, no direito penal brasileiro, os *standards*, segundo Tavares⁴⁰⁴, são vistos como normas técnicas, as quais “estão contidas, geralmente, em disposições esparsas e se destinam, em princípio, a

³⁹⁹ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2019, pp.660-664.

⁴⁰⁰ Cf. Cap. 2.1 Primeira dimensão do risco: risco e seus aspectos técnico-científicos.

⁴⁰¹ SCOTT, Colin. Standard setting in regulatory regimes. BALDWIN, Robert – CAVE, Martin – LODGE, Martin. **The Oxford Handbook of Regulation**. New York: Oxford University, 2010, pp.104-119. (tradução livre).

⁴⁰² BALDWIN, Robert – CAVE, Martin – LODGE, Martin. **Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice**. Oxford: Oxford, 1999, p. 39.

⁴⁰³ SCHÜNEMANN, Bernd. Las reglas de la técnica em Derecho Penal. In **ADPCP**, tomo XLVII, fasc. III, set-dez de 1994, pp.307-341. (tradução livre) No direito alemão, considerava-se que as normas técnicas seriam uma expressão do conhecimento técnico em seu mais alto grau e plenamente aceito no setor regulado.

⁴⁰⁴ TAVARES, Juarez. **Teoria do crime culposo**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 342.

servirem de modelos e preceitos de execução das atividades sociais ali abrangidas”. Já no direito penal espanhol, Romeo Casabona⁴⁰⁵ os inclui na *lex artis*, a qual trata das “regras não escritas ou formais de certa profissão, adequando-a aos padrões científicos e tecnológicos, sem que haja a vinculação a um certo método”, isto é, garantindo a “existência de métodos diferentes” para o exercício da profissão, mesmo que “minoritários”.

A doutrina penalista destaca a importância de diferenciar entre a violação formal da norma técnica e a produção do risco no caso concreto, chegando, até mesmo a indicar que apenas quando o risco é constatado no caso concreto é que se pode afirmar a violação do dever de cuidado.

Na doutrina brasileira, Tavares⁴⁰⁶, defende que a infração da norma regulamentar indica um “indício da lesão ao dever de cuidado”, sendo que a comprovação dependerá da exposição de risco não permitido ao bem jurídico, no caso concreto.

Roxin⁴⁰⁷ também adverte que as normas técnicas não são equivalentes aos deveres de cuidado, os quais não restam violados com um desvio insignificante. De outro lado, não restam observados diante da criação do risco não permitido, mesmo tendo ocorrido o cumprimento das normas técnicas.

Podemos compreender que, apesar do Direito Penal “importar” os deveres de cuidado da Regulação, o Direito Penal acaba por construir normativamente o risco de acordo com sua própria racionalidade, como veremos em Capítulo próprio.

A necessidade de “importação” dos deveres de cuidado da Regulação de risco é identificada por Schünemann⁴⁰⁸, que conclui que as “normas da técnica devem ser consideradas

⁴⁰⁵ ROMEO CASABONA, Carlos Maria. **Conducta peligrosa e imprudencia em la sociedade de riesgo**. Granada: Comares, pp.17-18. (tradução livre)

⁴⁰⁶ TAVARES, Juarez. **Teoria do crime culposo**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 347-8. “Há inúmeros exemplos em que a lesão ao dever de cuidado coincide com a infração à norma regulamentar. Assim, quando o motorista cometa seguidas infrações de trânsito que impliquem um perigo ao bem jurídico (dirigir em velocidade só compatível numa pista de corridas, mas em uma rua estreita; dirigir na contramão em avenida de tráfego intenso e durante o período mais crítico do dia); ou quando se determinar que um operário da construção retire, em meio à tempestade e sem usar luvas e sapatos de material especial ou qualquer isolante corporal, fios elétricos que estejam caídos nos andaimes; ou se autorizar o tráfego de veículos pesados sobre viadutos novos, sem a prévia prova de carga, havendo veículos ou pessoas que circulem em vias que possam ser alcançadas por eventuais desabamentos de seus pilares, etc.) Embora, em todos esses exemplos, se possa dizer, então, que a infração regulamentar coincidiu com a lesão objetiva de cuidado, convém observar que isso só ocorreu porque o cuidado imposto normativamente deixou de ser atendido, concretamente, pelo autor. A coincidência das infrações, portanto, não implica que uma possa determinar a outra.”

⁴⁰⁷ ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General, t.I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Madrid:Civitas, 1997, p.1003. (tradução livre).

⁴⁰⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. Las reglas de la técnica em Derecho Penal. In **ADPCP**, tomo XLVII, fasc. III, set-dez de 1994, pp.307-341. (tradução livre). Traz diversas correntes dogmáticas para a interpretação das normas técnicas, optando, no final por as considerar como deveres de cuidado. Entre elas, há a possibilidade de se entender a referência às normas técnicas como uma “referência à Regulação setorial” do “momento da criação do tipo penal”, mas evitando-se a criminalização de lesão a deveres de cuidado obsoletos, pretende que a exposição ao

para a criação de deveres de cuidado, já que tem uma característica prescritiva, além da análise empírica”.

No direito espanhol, Corcoy Bidasolo⁴⁰⁹ indica que “a infração de uma regra de cuidado terá relevância penal, de acordo com a elaboração teleológica da teoria do delito, apenas quando tenha como finalidade evitar lesões de bens jurídicos protegidos pelo direito penal”. Dessa forma, não seriam todos⁴¹⁰ os deveres de cuidado definidos pela Regulação de Risco que poderiam ser “importados” pelo Direito Penal.

A própria Corcoy Bidasolo⁴¹¹ também reconhece a necessidade de “importação” dos deveres de cuidado da Regulação de Risco para o Direito Penal. Indica que o conceito de “dever de cuidado” “não é, em si mesmo uma norma penal”, nem uma norma técnica, pois teriam apenas um “caráter indicativo”. Considera “deveres de cuidado genéricos”, aqueles produzidos pela Regulação, “já que a medida do cuidado, no caso concreto, não pode ser fixada nunca em caráter geral”. Não sendo, em sua visão, “matéria de proibição (penal)”, considerando-os “apenas critérios reitores do comportamento no desempenho de atividades perigosas”.

Corcoy Bidasolo⁴¹² conclui que os deveres de cuidado tratam “de normativas setoriais de segurança”⁴¹³, enquanto a “norma de cuidado penal”, a “norma penal”, “refere-se ao concreto, às circunstâncias concorrentes no caso”.

perigo do bem jurídico seja analisada no caso concreto. Assim, tal técnica deveria ser empregada nos crimes de perigo abstrato, que permitiriam a comprovação da inofensividade da conduta concreta, evitando sua punição. Outra análise possível, segundo Schünemann, seria considerar essa referência às normas técnicas como “lei penal indeterminada”, trazendo a equivalência entre deveres de cuidado e normas técnicas. Cita, ainda, a possibilidade de se considerar a referência às normas técnicas como uma “alusão à linguagem profissional do setor;” ou, ainda as tratar como “leis causais”, o que descarta, por se tratar de leis probabilísticas que devem ser aferidas no caso concreto.

⁴⁰⁹ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. **El delito imprudente: criterios de imputación del resultado**. Buenos Aires: B de f, 2008, pp.96-97 (tradução livre)

⁴¹⁰ Corcoy Bidasolo (CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. **El delito imprudente: criterios de imputación del resultado**. Buenos Aires: B de f, 2008, pp.96-97 (tradução livre)) considera Regulação em um sentido genérico, indicando metas regulatórias diversas, “As regras gerais de cuidado previstas nas regulações administrativas têm finalidades muito diversas. Por exemplo: buscar um melhor funcionamento das instalações, facilitar a organização e o sistema do trabalho”, entre outros. Nesse ponto, observamos que mais adequado seria a referência específica à Regulação de Risco, pois os deveres de cuidado conectam com a função desse ramo da Regulação, a prevenção de riscos.

⁴¹¹ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. **El delito imprudente: criterios de imputación del resultado**. Buenos Aires: B de f, 2008, pp.73-83. (tradução livre)

⁴¹² CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. **Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos**. In MIR PUIG, Santiago & CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (direc.). Política criminal y reforma penal. Buenos Aires: B de f. 2007, p. 44. (tradução livre).

⁴¹³ Corcoy Bidasolo (CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. **El delito imprudente: criterios de imputación del resultado**. Buenos Aires: B de f, 2008, pp.87-101 (tradução livre)) conclui, portanto, que não seria possível criar um dever objetivo de cuidado baseado apenas na Regulação, porque, no caso concreto, haveria outros “fatores causais interconectados”. No entanto, admite que “regulamentos específicos” podem ser criados para tratar de “fatores distintos de risco”, mas eles não conseguiriam “levar em consideração todos os perigos existentes”, já que o “dever objetivo de cuidado deve atender todos os distintos fatores causais concorrentes”, acrescentando-se “os conhecimentos especiais do autor”.

Vemos que a evidente preocupação da doutrina é de evitar que a análise do dever de cuidado regulatório leve a uma análise unidimensional, normativa, do risco. No entanto, parecemos que o mesmo efeito indesejado tem sido obtido pela aplicação da Teoria da Acessoriedade Administrativa⁴¹⁴.

Se a teoria de Larenz⁴¹⁵ for aplicada, percebe-se que a norma jurídica apenas pode ser criada a partir da análise dos fatos, já que o “risco permitido” a ser compreendido a partir dos deveres de cuidado é um caso de qualificação jurídica dos fatos. O risco permitido apenas pode ser entendido a partir de uma análise conjunta dos fatos e da norma jurídica, por exemplo, o caso do limite de poluição permitido, apenas recebe sua qualificação jurídica de “permitido”, após a medição do nível de poluição.

Ao se pensar na análise das normas técnicas pelo juiz criminal, quando da criação do dever de cuidado no caso concreto, a teoria do círculo hermenêutico⁴¹⁶ de Larenz pode ser útil. Larenz esclarece que o início da interpretação da norma baseia-se nas “pré-compreensões do intérprete”. Essas seriam específicas de cada pessoa, “em que incluem tanto os conhecimentos adquiridos na sua formação ou posteriormente com as últimas experiências profissionais e extra-profissionais, mormente as que respeitam a fatos e contextos sociais.”. Assim, Larenz inclui aspectos fora do Direito na interpretação jurídica, concluindo que “o jurista que não chegue a vislumbrar nada dos outros aspectos, tampouco chegará a compreender sua disciplina jurídica”. Exige-se, pois, que o juiz busque a ampliação de seus conhecimentos para que possa exercer sua função. Larenz dá como exemplo o julgamento de uma questão de locação de imóvel, a qual exige do juiz conhecimentos sobre o setor e dos fatos referentes a ele, para que na solução do caso tenha-se uma “Regulação equilibrada”.

A análise de Larenz em muito lembra a proposta do sistema anglo-americano quanto à análise do “Direito Penal no contexto regulatório”, em que se exige do intérprete o conhecimento da Regulação setorial para a análise da lei penal, indo além do mero conhecimento das normas jurídicas do setor.

Assim, o julgamento de um caso concreto, que envolva setores regulados específicos, como de Tecnologia e do setor Financeiro, exige dos operadores do Direito que busquem conhecer tanto as normas técnicas como os fatos e contextos sociais, isto é, que expandam suas pré-compreensões para que possam operar nessas áreas. Esse conhecimento deve ainda ser

⁴¹⁴ Cf. Cap. 1.2 A relação entre Direito Penal e Regulação no sistema romano-germânico.

⁴¹⁵ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2019, pp.434-5.

⁴¹⁶ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2019, p.289-290.

expresso pela instrução probatória⁴¹⁷ que deverá comprovar que a lei causal expressa na norma técnica foi essencial para o nexo causal concreto.

Reconhecendo o importante papel do intérprete na “importação” dos deveres de cuidado para o Direito Penal, é natural que exista a defesa do controle judicial de tais decisões regulatórias.

Roxin⁴¹⁸, por exemplo, adverte quanto às “limitações da aceitação das normas técnicas como parâmetros para o risco permitido”, já que são criadas pelo próprio setor regulado. Entendemos que Roxin quer enfatizar que o emissor da norma também é o potencial infrator, o que evidenciaria um conflito de interesses. Schönemann⁴¹⁹ é ainda mais crítico da ausência do controle judicial das normas técnicas, especialmente, se conectadas ao Direito Penal. Inicialmente, critica o processo de formação da regulação privada, diante da “possível violação do princípio da publicidade e da participação pública”, já que os “demais setores interessados podem não ser ouvidos na criação da norma”. Apenas o controle judicial poderia ser capaz de corrigir tais desvios, porque o controle judicial atenuaria a possibilidade de “limitação das competências do Poder Legislativo e Judiciário, redirecionando-as ao mercado e ao Poder Executivo”.

Schönemann também reconhece, de certa forma, a presença da dimensão sociocultural do risco. Schönemann⁴²⁰ justifica a necessidade de controle judicial das normas técnicas, diante da existência de “juízos valorativos” nas normas técnicas, pois são o resultado de uma ponderação de interesses. O professor alemão também percebe que o Direito deveria ter a última palavra quanto ao resultado desse juízo de valor, “já que é essa sua função”. Descarta que o mero controle administrativo poderia ser a melhor solução para a questão, como quer Scholz⁴²¹, como também critica a posição de Nicklisch⁴²², o qual também garante aos “especialistas

⁴¹⁷ Nesse sentido, considere-se o exposto no art. 375 do Código de Processo Civil. (BRASIL. Congresso Nacional. Lei 13.105. Código de Processo Civil. DOU 17/03/2015):

“Art. 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial.”

⁴¹⁸ ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General, t.I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Madrid:Civitas, 1997, p.1003. (tradução livre).

⁴¹⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. Las reglas de la técnica em Derecho Penal. In **ADPCP**, tomo XLVII, fasc. III, set-dez de 1994, pp.307-341. (tradução livre)

⁴²⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. Las reglas de la técnica em Derecho Penal. In **ADPCP**, tomo XLVII, fasc. III, set-dez de 1994, pp.307-341. (tradução livre)

⁴²¹ SCHOLZ. Technische Normung und Recht, 1979, apud SCHÜNEMANN, Bernd. Las reglas de la técnica em Derecho Penal. In **ADPCP**, tomo XLVII, fasc. III, set-dez de 1994, n.45 p.322. (tradução livre)

⁴²² NICKLISCH. NJW 1982, pp.263 e ss, BB 1981m pp.505 e ss, NJW 1983, pp.841 e ss., Habscheid (org). Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmäß Ordnung, 1982, pp.336 e ss; idem, em FS für die Justisvhe Fakultät Heidelberg, 1986, pp.231, 242 e ss apud SCHÜNEMANN, Bernd. Las reglas de la técnica em Derecho Penal. In **ADPCP**, tomo XLVII, fasc. III, set-dez de 1994, n.74, p.333. (tradução livre)

técnicos o poder de realizar tais valorações”, diante da “falta de capacidade do Poder Judiciário em tratar de questões técnicas”. Nesse caso, Schünemann afirma que o Poder Judiciário é competente para tratar do “conflito de valores existente nas normas técnicas”, isto é, a “identificação de riscos técnicos e científicos e a possibilidade de que as vítimas sejam oneradas com tais riscos”.

A questão do controle jurídico das normas técnicas também é um tema que é abordado pelos teóricos da Regulação.

Scott⁴²³ indica que o controle judicial pode ser dado a partir de uma “abordagem procedimental”, a qual tem sua “legitimidade baseada na diversidade de interesses representados na tomada de decisão”. Esse requisito está presente tanto nos casos em que os *standards* são criados por entes públicos⁴²⁴, como o Poder Legislativo ou as agências, como também por setores privados⁴²⁵. No caso da regulação privada essa preocupação é ainda mais intensa, já que seria possível que os interesses do mercado sufoquem os demais, como os dos trabalhadores e dos consumidores. Em uma etapa posterior, Scott trata da necessidade de controle quanto ao “cumprimento da regulação”, sendo que a regulação apenas poderia ser controlada pelo Poder Judiciário, já que os demais instrumentos de “monitoramento regulatórios são mais adequados para a regulação pública”.

É importante notar que a própria legislação brasileira, na Lei 13.874 de 20/09/2019⁴²⁶, “Declaração dos Direitos de Liberdade Econômica”, em seu art.4, inciso III, reconhece a possibilidade do que se chamou de “abuso do poder regulatório”, o qual poderia ser expresso por meio de exigência de “especificação técnica que não seja necessária para atingir o fim desejado”. Veja-se que, evidentemente, tal lei acabará por reforçar o controle judicial da regulação, especialmente nos casos em que os critérios objetivos e técnicos venham a ser

⁴²³ SCOTT, Colin. Standard setting in regulatory regimes. BALDWIN, Robert – CAVE, Martin – LODGE, Martin. **The Oxford Handbook of Regulation**. New York: Oxford University, 2010, pp.104-119. (tradução livre)

⁴²⁴ Como exemplo de autarquia especial, que tem o poder de aprovar novas tecnologias para serem empregadas no Brasil, temos o Conselho Federal de Medicina, conforme a Resolução CFM 1982/2012, publicada no DOU 27/02/12, Seção I, pp. 186-7: “Dispõe sobre os critérios de protocolo e avaliação para o reconhecimento de novos procedimentos e terapias médicas pelo Conselho Federal de Medicina”.

⁴²⁵ Refere-se a algo semelhante à ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas). Prevista na Lei 4159 de 1962 (BRASIL. Lei 4159 de 1962), art. 1, “Nos serviços públicos concedidos pelo Governo Federal, assim como nos de natureza estadual e municipal por êle subvencionados ou executados em regime de convênio, nas obras e serviços executados, dirigidos ou fiscalizados por quaisquer repartições federais ou órgãos paraestatais, em tôdas as compras de materiais por êles feitas, bem como nos respectivos editais de concorrência, contratos ajustes e pedidos de preços será obrigatória a exigência e aplicação dos requisitos mínimos de qualidade, utilidade, resistência e **segurança** usualmente chamados “normas técnicas” e elaboradas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas, nesta lei mencionada pela sua sigla “ABNT”.”. (grifo nosso)

⁴²⁶ BRASIL. Congresso Nacional Lei 13.874 20/09/2019. “Institui a Declaração de Liberdade Econômica”. DOU 20/09/2019.

empregados com desvio de finalidade, o qual pode estar conectado à dimensão sociocultural do risco.

Devemos, ainda, considerar que a Regulação de Risco dá-se também em âmbito internacional. Murphy e Yates⁴²⁷ indicam que a determinação de *standards* nacionais “está cada vez mais perdendo importância”, sendo que os órgãos privados internacionais, como o ISO (*International Organization for Standardization*) tem cada vez mais um papel de destaque no estabelecimento de normas da técnica, onde os principais players são de “empresas e agências governamentais dos Estados Unidos, União Europeia, China, Japão, e Coreia do Sul”, a esse grupo também acrescentam “Brasil, Índia e alguns outros países de grandes economias”. Tais organismos geralmente estabelecem *standards* para áreas extremamente relevantes como a segurança nas relações pela *internet*, a conhecida “cybersecurity”, sendo um exemplo a ISO/IEC 27001.

Murphy e Yates⁴²⁸ já tratam do tema com um viés crítico, reconhecendo que “é difícil, por exemplo, não ser um pouco desconfiado em relação à proposta do Fórum Econômico Mundial de substituir muito do sistema global de governança por órgãos de especialistas, onde as grandes empresas são diretamente representadas”. No entanto, afirmam que, provavelmente, diante da atuação estatal, essas normas técnicas apenas “influenciem outras áreas, mas não as controlem”. Veja-se que os autores pressupõem a existência do controle estatal sobre a Regulação de Risco internacional para evitar qualquer falha regulatória.

Nesse contexto, parece-nos relevante considerarmos o papel do Direito e as possibilidades de controle da Regulação de Risco.

3.3 Controle jurídico da Regulação de Risco:

Visando tratar do processo de formação dos deveres de cuidado, cabe-nos inquirir qual o papel do Direito em sua conformação.

Fisher⁴²⁹ rejeita uma visão dicotômica de “Ciência *versus* valores”, sem considerar o “papel do Direito e da Administração Pública” na Regulação de Risco. Considera que o Direito

⁴²⁷ MURPHY, Craig N. & YATES, JoAnne. **Engineering Rules: Global Standard Setting since 1880**. Project MUSE. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2019, p.337-8. (tradução livre)

⁴²⁸ MURPHY, Craig N. & YATES, JoAnne. **Engineering Rules: Global Standard Setting since 1880**. Baltimore: Johns Hopkins University, 2019. Project MUSE, pp.334-335 (tradução livre)

⁴²⁹ FISHER, Elizabeth. **Risk regulation and Administrative Constitutionalism**. Oxford and Portland: Hart, 2007, pp.1, 16-18, 22-23. (tradução livre).

teria um papel que vai além do “meramente instrumental”⁴³⁰, sendo que “não só cria condições para tal tomada de decisões”. O Direito cria o “o local correto para debater a legitimidade das abordagens da tomada de decisão de risco tecnológico” que devem se dar nos “processos judiciais”.

Dessa forma, devemos indicar que o Direito tem um papel relevante na Regulação de risco, sendo adequada a análise das formas de controle jurídico das decisões regulatórias, em especial dos deveres de cuidado.

O principal obstáculo para que exista tal controle jurídico ou, até mesmo, para que se aceite o papel do Direito em setores em que existem expertises técnicas é a deferência às decisões das agências reguladoras. Essa deferência surge, principalmente, por influência da jurisprudência norte-americana no direito brasileiro, a qual se fundamenta pela “importação” do conceito das agências reguladoras da *common law*.

Cabe, portanto, uma análise mais atenta quanto à estruturação das agências no Direito Administrativo brasileiro, considerando a deferência às decisões proferidas por essas agências para o tema dos deveres de cuidado, de modo semelhante ao indicado pela *Chevron doctrine*⁴³¹.

A *Chevron doctrine* já foi aplicada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal com indicação expressa à jurisprudência norte-americana⁴³² para casos de direito administrativo.

⁴³⁰ É nesse sentido a afirmação de Habermas (HABERMAS, Jürgen. *Técnica e Ciência como “ideologia”*. São Paulo: Unesp, 2014, p. 148.), “Não basta que um sistema social cumpra as condições de racionalidade técnica. Mesmo que fosse realizável o sonho cibernético de autoestabilização instintiva, o sistema de valores teria que se limitar às regras de maximização do poder e do bem-estar e ao equivalente valor biológico básico da sobrevivência a qualquer preço, isto é, a ultraestabilidade. Perante as consequências socioculturais não planejadas do progresso técnico, a espécie humana se vê desafiada não apenas a produzir seu destino social, como também a aprender a dominá-lo. Mas, esse desafio da técnica não pode ser encarado fazendo uso unicamente da técnica. Importa antes pôr em marcha uma discussão politicamente eficaz que consiga estabelecer uma relação, de modo racionalmente vinculante, entre o potencial social de saber e poder técnicos com o nosso saber e querer práticos.”

⁴³¹ A jurisprudência norte-americana adota como diretriz o caso *Chevron* (Estados Unidos. Suprema Corte. *Chevron USA Inc v Natural Resources Defense Council Inc* 467, US 837, julgado em 29/02/1984, pp. 842-3. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep467/usrep467837/usrep467837.pdf>. Acesso em 10/09/2021 (tradução livre)), segundo o qual quando “um Tribunal realiza a revisão da interpretação da agência”, deve observar duas etapas. A primeira, seria saber se o “Congresso tratou expressamente da questão analisada”. E, sendo essa “intenção claramente expressa”, a decisão judicial ou da agência deve seguir o que foi expresso pelo Poder Legislativo. No entanto, se “o Congresso não tratou da questão”, não pode o Poder Judiciário “impor sua própria interpretação”. A interpretação judicial apenas seria subsidiária, “no caso de ausência de interpretação administrativa”. A decisão judicial deve apenas considerar se “a decisão da agência é baseada em uma interpretação admitida pela lei”, se a lei for “silente ou ambígua”.

⁴³² Brasil. Supremo Tribunal Federal. ADI 4874, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 01/02/2018, DJe-019 DIVULG 31-01-2019 PUBLIC 01-02-2019. Na decisão, tem-se “9. Definidos na legislação de regência as políticas a serem perseguidas, os objetivos a serem implementados e os objetos de tutela, ainda que ausente pronunciamento direto, preciso e não ambíguo do legislador sobre as medidas específicas a adotar, não cabe ao Poder Judiciário, no exercício do controle jurisdicional da exegese conferida por uma Agência ao seu próprio estatuto legal, simplesmente substituí-la pela sua própria interpretação da lei. Deferência da jurisdição constitucional à interpretação empreendida pelo ente administrativo acerca do diploma definidor das suas próprias competências e atribuições, desde que a solução a que chegou a agência seja devidamente fundamentada e tenha

Nos casos de direito penal, apesar de não encontrarmos a menção expressa ao precedente norte-americano, vemos que existe a influência da ideia de deferência às decisões das agências reguladoras⁴³³.

Devemos ressaltar que no direito inglês e norte-americano a regra Chevron não é aplicada para os casos criminais, como se deu no caso norte-americano *US v McGOFF*⁴³⁴.

No direito norte-americano, Greenberg⁴³⁵ elenca as leis penais⁴³⁶ e os casos de deportação como exceções da aplicação da regra Chevron. Sunstein⁴³⁷ defende a existência de normas jurídicas que sirvam para o equilíbrio de ônus e bônus no caso de “ambiguidade”, como se dá com o princípio da *lenity*, o qual indica que a lei penal deve ser interpretada do modo mais favorável aos réus. Sunstein afirma que esse princípio não pode ser afastado pela “interpretação da agência”, pois se trata de “uma reação ao viés administrativo ou governamental, requerendo uma decisão expressa do Congresso sobre a questão antes de permitir que certos resultados

lastro em uma interpretação da lei razoável e compatível com a Constituição. Aplicação da doutrina da deferência administrativa (*Chevron U.S.A. v. Natural Res. Def. Council*).”.

⁴³³ Ver Cap. I, item 1.2.

⁴³⁴ *US v McGoff*. Court of Appeals. District of Columbia Circuit. n. 87-3005. Decisão em 13/10/1987. (tradução livre) Podemos indicar alguns trechos: “(...) No contexto criminal, as Cortes têm tradicionalmente exigido maior clareza do legislador do que em contextos civis, proporcional ao princípio de que, em um país livre, os cidadãos que estejam potencialmente sujeitos às sanções criminais deveriam receber uma clara advertência de que seu comportamento poderia ser causa de uma sanção. (...) Isto é, a lei criminal deve ser clara. Há menos espaço para flexibilidade da lei, uma característica familiar para nós nesta Corte quando interpretamos leis as quais são confiadas à administração das agências. Para resumir, nós estamos bem longe do território do caso Chevron aqui. (...) Relacionado a essa questão óbvia, está um problema prático de que a clareza demandada pelo Direito Penal é mais difícil de ser atingida quando se referir a *mala prohibita* do que a *mala in se*. (...) Pelo contrário, o Congresso aventura-se em mares desconhecidos, onde a interpretação da norma necessária para o entendimento pode ser mais difícil de ser atingida tanto pelas Cortes, mas fundamentalmente, para aqueles sujeitos às restrições por ela trazidas”.

⁴³⁵ GREENBERG, Sanford N. "Who Says It's a Crime: Chevron Deference to Agency Interpretations of Regulatory Statutes That Create Criminal Liability." In **University of Pittsburgh Law Review**, vol. 58, no. 1, Fall 1996, pp. 1-70 (tradução livre)

⁴³⁶ Levine (LEVINE, Justin. "A Clash of Canons: Lenity, Chevron, and the One-Statute, One-Interpretation Rule." In **Georgetown Law Journal**, vol. 107, no. 5, May 2019, pp. 1427(tradução livre)), no entanto, aceita que possa existir alguma dúvida nos casos em que a lei traga sanções híbridas. Sugere, mesmo nos casos de leis com sanções híbridas civis e criminais, que haja uma interpretação específica da lei apenas nos casos em que exista uma clara expressão da “intenção do Congresso”, conforme o *US v Mead Corp*. Se não houver intenção do Congresso em aplicar apenas uma interpretação também nos casos de crimes, os princípios da “separação dos poderes, do devido processo legal e fatores práticos” fundamentam a não aceitação da doutrina Chevron, sendo adequada regra da leniência (*rule of lenity*), que garante a aplicação mais favorável ao réu da norma penal.

No direito norte-americano, houve aqueles que defendem que a regra Chevron venha a ser aplicada também no Direito Penal. Kahan (KAHAN, Dan M. Is Chevron Relevant to Federal Criminal Law. In **Harvard Law Review**, vol. 110, no. 2, Dezembro de 1996, pp. 470 (tradução livre)) afirma que “aplicar a Chevron para o direito penal federal transferiria para o Poder Executivo o poder legislativo criminal *de facto* que o Poder Judiciário exerce agora”, considerando essa mudança positiva, já que “o Poder Executivo é mais unificado que o Judiciário, sendo mais consistente”, sendo que sua interpretação tende a “refletir o sentimento popular” diferente do que ocorre com “juízes não eleitos”.

⁴³⁷ SUNSTEIN, Cass R. Law and Administration after “Chevron”. In **Columbia Law Review**. Dezembro, 1990, v.90. n.80, pp.2115-6, 2119-220. (tradução livre).

sejam atingidos”. Sunstein afirma que o princípio Chevron seria uma forma de fazer valer “as instruções legislativas” fazendo prevalecer as decisões das agências sobre a do Poder Judiciário. No entanto, quando houver “uma relevante norma interpretativa” para “discernir as instruções legislativas”, não se aplica a regra Chevron.

No direito inglês, aparentemente também não se aplica a deferência à decisão das agências nos casos criminais. Hawkins⁴³⁸ indica que a decisão da agência pela existência de violação da regulação pelo réu pode ser rejeitada pelo Poder Judiciário. Inclusive, as chances de absolvição do réu são sempre consideradas pelos funcionários da agência, antes do início da persecução penal, já que uma alta taxa de absolvições poderia ferir a reputação da agência. Esse problema existe especificamente nos casos de deveres de cuidado, quando há Regulação em Metas. Nesses casos, sem uma regra que fixe de modo mensurável o nível de risco permitido, mas diretrizes (*general duty*) com indicações como “razoavelmente”, os funcionários das agências percebem que quanto mais “indeterminada” a lei, maior dificuldade da “prova em um processo criminal”.

No entanto, no direito brasileiro, percebemos que a deferência à decisão das agências também influencia as decisões em casos criminais.

Para ilustrar a afirmação, podemos indicar o AgRg no REsp n. 1.558.116/ES⁴³⁹, o qual se refere à condenação por crime de contrabando, em que se impediu a comprovação da potencialidade lesiva dos produtos apreendidos. O risco ao bem jurídico baseia-se na ausência de registro na agência reguladora, Anvisa; embora já existisse registro e autorização para venda livre na agência reguladora norte-americana a FDA (*Food and Drug Administration*). No caso,

⁴³⁸ HAWKINS, Keith. **Law as Last Resort**. Oxford:Oxford University Press, 2002, pp.384-403.(tradução livre). Hawkins afirma que, no processo criminal, mesmo com a presença de uma perícia de um especialista da agência, seja de “mecânica elétrica, engenharia ou outras formas de conhecimento” o maior desafio que as agências enfrentam é que devem “comprovar a culpa perante magistrados leigos”. Hawkins enfatiza que a opção pelo processo criminal fica reservada para os casos em que haja pouco risco de absolvição.

No caso da imputação de uma “regra específica”, o *Chief Inspector of the Industrial Air Pollution Inspectorate* (IAPI) afirma que os “casos tendem a ser mais simples”, sendo mais difícil a defesa. No caso de diretrizes (*general duties*) o regulado poderia, de fato, não saber que estava violando a regulação. Conclui que “a forma como a lei é escrita” pode influenciar nas decisões de imputação.

⁴³⁹ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp n. 1.558.116/ES, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 12/12/2017, DJe de 18/12/2017. Merece reprodução parcial o voto do relator:

“Com relação à alegada ausência de provas de que os produtos apreendidos pudessem causar danos à saúde pública, discordo de tal entendimento e transcrevo, por elucidativo, trecho do brilhante parecer elaborado pelo ilustre Procurador Regional da República: ‘...E, de fato, está-se aqui diante da exposição à venda de produtos expostos como suplementos alimentares mas que possuem princípio ativo de remédio, sem que tenha havido qualquer controle das autoridades sanitárias brasileiras sobre a composição das mercadorias vendidas.’ Ademais, a simples afirmação de que os produtos eram registrados e vendidos livremente nos EUA, com a anuência da FDA, não tem o condão de invalidar a sentença condenatória, posto que o órgão de vigilância sanitária competente no Brasil é a ANVISA e, neste órgão, não há qualquer registro relativo aos produtos em comento”.

se houvesse comprovação pericial de ausência de risco à saúde, as sanções administrativas⁴⁴⁰, principalmente o perdimento dos bens, provavelmente seriam mais adequadas que a punição por uma conduta inofensiva a bem jurídico.

A análise a ser feita por nós da tese de Fisher que não se refere ao Direito Penal pode trazer estranhamento. No entanto, é uma tentativa de indicar que o controle jurídico da Regulação de Risco é possível mesmo no direito administrativo. A análise da tese inglesa permite que compreendamos que a deferência às decisões da agência não leva à eliminação do papel do Direito na Regulação de Risco.

Além disso, a tese de Fisher trata de uma metodologia para o controle jurídico da Regulação de Risco. Essa análise pode favorecer a compreensão de “como” a impugnação de deveres de cuidado estabelecidos pela Regulação pode ser realizada no Direito penal, ou, ao menos, da importância do conhecimento do contexto regulatório para que se faça a análise da norma penal conectada à regulação setorial.

A importância em se analisar o direito administrativo da *common law*⁴⁴¹, como a tese de Fisher, estaria justificada pelas constantes referências que o Supremo Tribunal Federal faz a

⁴⁴⁰ Brasil. Poder Executivo. Decreto-lei 1.455, “Dispõe sobre bagagem de passageiro procedente do exterior, disciplina o regime de entreposto aduaneiro, estabelece normas sobre mercadorias estrangeiras apreendidas e dá outras providências.”. DOU: 08/04/1976. Em seu art.23, indica que:

“Art 23. Consideram-se dano ao Erário as infrações relativas às mercadorias: (...)

§ 1o O dano ao erário decorrente das infrações previstas no caput deste artigo será punido com a pena de perdimento das mercadorias. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002)

§ 2o Presume-se interposição fraudulenta na operação de comércio exterior a não-comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados.(Incluído pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002)

§ 3o As infrações previstas no caput serão punidas com multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria, na importação, ou ao preço constante da respectiva nota fiscal ou documento equivalente, na exportação, quando a mercadoria não for localizada, ou tiver sido consumida ou revendida, observados o rito e as competências estabelecidos no Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972. (Redação dada pela Lei nº 12.350, de 2010)

§ 4o O disposto no § 3o não impede a apreensão da mercadoria nos casos previstos no inciso I ou quando for proibida sua importação, consumo ou circulação no território nacional.(Incluído pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002)”

⁴⁴¹ Majone (MAJONE, Giandomenico. Foundations of Risk Regulation: Science, Decision-making, Policy Learning and Institutional Reform. In **European Journal of Risk Regulation**, v.1, n.1, 2010, pp.17-18(tradução livre)) indica que o modelo da União Europeia é diferente da teoria da delegação norte-americana, que seria semelhante ao previsto no art. 7, IX da Lei 9782 de 1999 (Brasil. Congresso Nacional. Lei 9782 de 1999. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. DOU 27/01/1999. Em seu art. 7, indica as competências da Anvisa, entre elas, “IX - conceder registros de produtos, segundo as normas de sua área de atuação).

Majone critica a teoria da não delegação adotada na Europa, através da doutrina Meroni, do caso de 1958, *Meroni v High Authority* no Tribunal de Justiça Europeu, e rejeitada nos Estados Unidos “desde a década de 30”. Mesmo as “agências europeias de segunda geração”, “criadas na década de 90”, “apenas duas tem autoridade delegada” para determinar *standards* em setores científicos, sendo o *Office for Harmonization in the Internal Market* e o *Community Plant Variety Office*. Assim, “não há discricionariedade das agências além das avaliações puramente técnicas de aplicações contra os critérios fixos”. Majone explica que haveria um processo centralizado de gerenciamento de risco, sendo a Comissão Europeia a responsável para dar autorização para novos medicamentos, após a análise de risco da Agência Europeia de Medicamentos (EMA). Majone é um crítico desse modelo, já que considera que as agências seriam mais capacitadas para “determinar racionalmente prioridades regulatórias, trata de julgamentos científicos, econômicos e políticos que não são facilmente separáveis”.

tais doutrinas para embasar a análise ou não das decisões de agências reguladoras. E, além disso, a relação⁴⁴² entre desregulação⁴⁴³⁴⁴⁴ e proliferação das agências reguladoras⁴⁴⁵ deu-se

⁴⁴² As agências reguladoras são, ainda, ligas ao “movimento de desregulação nos anos 70 e 80”, nos Estados Unidos e Reino Unido, conforme Parker e Braithwaite (PARKER, C. & BRAITHWAITE, J. **Regulation** in CANE, Peter & TUSHNET Mark(eds). **The Oxford Handbook of Legal Studies**. Oxford: Oxford University, pp. 119-145. (tradução livre)). Os autores afirmam que tal movimento não foi capaz de limitar a Regulação, “limitando o oferecimento de serviços e políticas públicas à população”, sendo que o movimento de “privatizações neoliberais” da época incentivaram a “criação de agências reguladoras” no Reino Unido. Houve, segundo os autores, uma “mudança na função do Estado”. Passou-se a buscar que o “Estado remasse menos e dirigisse o barco mais (*less rowing and more steering*)”.

⁴⁴³ No entanto, Braithwaite (BRAITHWAITE, John. **Neoliberalism or Regulatory Capitalism?** In Reg Net Occasional paper, Australian National University:Canberra n.5, 2005(tradução livre).) considera que a desregulação não passa de um “mito”, sendo que “as medidas neoliberais da Escola de Chicago”, defendidas trazido pelo FMI “nunca foram totalmente aplicadas pelos governos norte-americano e inglês”. Em sua análise, o que existe é um “capitalismo regulatório”, conforme desenhado por Levi-Faur, o qual acaba defendendo que o “próprio desenvolvimento do capitalismo estaria ligado à Regulação” (*more capitalism, more regulation*).

⁴⁴⁴ Devemos ressaltar, como faz Pacewicz (PACEWICZ, Josh. Regulatory Rescalling in Neoliberal Markets. In **Social Problems**. V. 60, n. 4, novembro de 2013, p. 434. (tradução livre), que há uma contradição entre “política neoliberal” e a “retórica neoliberal”, “porque os entes regulatórios tipicamente expandem-se juntamente com os mercados (Levi-Faur 2005; Levy, Miura, and Park 2006; Mudge 2008; Schneiberg and Bartley 2008; Wacquant 2012),)” , tendência chamada de “mercados mais livres, mais regras”, relacionado a expansão dos mercados com a dos Estados, diante da necessidade de “instituições políticas (Block 1987; Fligstein 2001; Polanyi 1944)”. A autorregulação dos mercados refere-se a noção de “alocação de bens pela coordenação” entre os próprios agentes econômicos, sem se pautarem por uma certa política estatal, “mas tal coordenação do mercado surge a partir da Regulação (Gemici 2008; Krippner 2011)”. Utting (UTTING, Peter. **Rethinking Business Regulation From Self-Regulation to Social Control**. Technology, Business and Society Programme. Paper Number 15. Genebra: United Nations Research Institute for Social Development, setembro de 2005, p.VII (tradução livre)) afirma que seria “errado” afirmar que a transferência “de atores estatais para não-estatais” seria parte de uma “tendência de desregulação promovida pelo neoliberalismo”. Segundo Utting, ocorre o processo de “re-regulação”. Nesse caso, há um rearranjo de prioridades, “liberando-se o mercado” em certas áreas para “fortalecer as regras de proteção governamentais e intergovernamentais”.

⁴⁴⁵ Parker e Braithwaite (PARKER, C. & BRAITHWAITE, J. **Regulation** in CANE, Peter & TUSHNET Mark(eds). **The Oxford Handbook of Legal Studies**. Oxford: Oxford University, pp. 119-145. (tradução livre)) afirmam que até 1829, a polícia era responsável tanto pelo “combate ao crime”, como pela “implementação de uma série de normas do cotidiano”, como as referentes ao Direito do consumidor. Em 1829, há a “separação entre o combate ao crime e as demais formas de exercício do poder de polícia administrativo”. Nesse ano, houve a criação da *Metropolitan Police* de Londres e, a partir de sua criação, coube ao Estado formar “novos órgão específicos para as demais áreas”, o que se deu na metade do século XIX, com “os primeiros fiscais especializados em controlar diversas áreas do comércio e indústrias”. O movimento para agenciamento, no entanto, deu-se apenas nos “anos 60 e 70 do século XX”, tendo-se “intensificado nos anos 90”.

tanto no Brasil⁴⁴⁶ como nos Estados Unidos⁴⁴⁷ e Reino Unido, sendo possível traçar alguns paralelos. Devemos também destacar que houve, inclusive uma inspiração inglesa⁴⁴⁸ para a reforma administrativa brasileira dos anos 90.

No Brasil, o conceito doutrinário de agências reguladoras, como o desenvolvido por Aragão⁴⁴⁹, é muito próximo do legal, previsto no art. 3 da Lei 13.848 de 2019⁴⁵⁰,

⁴⁴⁶ Nesse sentido, Aragão (ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras: e a evolução do Direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 272) descarta a relação entre agências no Brasil e a desregulação, já que, apesar de terem sido criadas em um momento de privatização, passaram a regular também as atividades dos entes privados. Coutinho (COUTINHO, Diogo R. Privatização, regulação e desafio da universalização do serviço público no Brasil. In FARIA, José Eduardo. **Regulação, Direito e Democracia**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002, p. 75.) afirma que, no Brasil, tendo havido “medidas econômicas desconectadas de um planejamento de longo prazo”, muitas privatizações deram-se antes da mudança do arcabouço regulatório, “invertendo a lógica da reforma regulatória”. No mesmo sentido, Celso Antonio Bandeira de Mello (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo, Manole, 2008, p.172.) crítica o próprio nome “agências”, já que “em rigor autarquias com funções reguladoras não se constituem em novidade alguma”.

Sendo, por isso, bastante pertinente a análise de Grau (GRAU, Eros. As agências, essas repartições públicas. In SALOMÃO Filho, Calixto. **Regulação e Desenvolvimento**, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 28 e n.11, p. 28), “A multiplicidade de discursos superficiais produzidos em torno das inovações do neoliberalismo e da globalização em nada contribui para a reflexão do Direito, antes dificulta (...) Para exemplificar, afirmo a certeza de que a imensa maioria dos leitores deste meu texto não tem a menor ideia do que possa ser um ‘direito pós-moderno’”. (grifo nosso)

⁴⁴⁷ Miller (MILLER, Geoffrey P. **Compliance then and now**. Law and economics research paper series: working paper n. 21-06. New York University. School of Law, abril de 2021, pp.1-7. (tradução livre)) afirma que o papel de “dizer o que é o Direito” não é mais apenas do Poder Judiciário, desde o governo Roosevelt, que com a chancela da Suprema Corte, acabou aplicando métodos mais “ativistas de regulação”, permitindo que as agências reguladoras passassem a “criar regras, sob o pretexto de interpretação”, com força de lei, “mesmo sem terem sido aprovados pelo Congresso”. Miller afirma que qualquer oposição ao Estado Administrativo foi derrubada. Houve o afastamento da “anti-delegation doctrine” (regra da não-delegação), que afirmava que “o Congresso não poderia delegar seu poder para criar leis”. No caso *SEC v Chenery Corp*, a Suprema Corte norte-americana considerou que seria possível à SEC (*Security and Exchange Commission*) “justificar uma ação regulatória”, apenas na sua “autoridade legal e especialidade técnica”. Miller considera que a Suprema Corte passou a “admitir que as agências reguladoras pudessem estabelecer normas de condutas que diferem substancialmente daquelas estabelecidas pela *common law*”, culminando no *Chevron case*, em que se aceitou que “a interpretação da agência sobre sua lei reitora deve prevalecer sobre uma interpretação judicial inconsistente, desde que seja razoável”. Sendo capaz, inclusive “de modificar interpretações judiciais anteriores”.

⁴⁴⁸ Guerra (GUERRA, Sérgio. **Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira**. In GUERRA, Sérgio. *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2014, pp.385-6.) chega a afirmar a clara influência inglesa na reforma administrativa brasileira da década de 90, a qual instituiu o “movimento denominado *new public management* (NPM)” com a “criação de diversas entidades regulatórias”.

⁴⁴⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras: e a evolução do Direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 281.

⁴⁵⁰ Brasil. Lei 13.848 de 2019. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras. **DOU**, **26.6.2019**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113848.htm. Acesso em 19/08/2021.

“Art. 3º A natureza especial conferida à agência reguladora é caracterizada pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos, bem como pelas demais disposições constantes desta Lei ou de leis específicas voltadas à sua implementação.

§ 1º Cada agência reguladora, bem como eventuais fundos a ela vinculados, deverá corresponder a um órgão setorial dos Sistemas de Planejamento e de Orçamento Federal, de Administração Financeira Federal, de Pessoal Civil da Administração Federal, de Organização e Inovação Institucional, de Administração dos Recursos de Tecnologia da Informação e de Serviços Gerais.

autarquias de regime especial, dotadas de considerável autonomia frente à Administração centralizada, incumbidas do exercício de funções regulatórias (...) e dirigidas por colegiados cujos membros são nomeados por prazo determinado pelo Presidente da República, após prévia aprovação pelo Senado Federal, vedada a exoneração *ad nutum*

A doutrina⁴⁵¹ e jurisprudência⁴⁵² brasileiras dão relevância à deferência à decisão da agência, sem que exista o controle judicial. No entanto, parte da doutrina brasileira preocupa-se com o controle judicial da discricionariedade administrativa, como retratado por Perez⁴⁵³, o qual critica a “imunidade jurisdicional” do mérito do ato administrativo discricionário, criando-se um “universo intangível pelo Poder Judiciário”.

§ 2º A autonomia administrativa da agência reguladora é caracterizada pelas seguintes competências:

I - solicitar diretamente ao Ministério da Economia:

- a) autorização para a realização de concursos públicos;
- b) provimento dos cargos autorizados em lei para seu quadro de pessoal, observada a disponibilidade orçamentária;
- c) alterações no respectivo quadro de pessoal, fundamentadas em estudos de dimensionamento, bem como alterações nos planos de carreira de seus servidores;

II - conceder diárias e passagens em deslocamentos nacionais e internacionais e autorizar afastamentos do País a servidores da agência;

III - celebrar contratos administrativos e prorrogar contratos em vigor relativos a atividades de custeio, independentemente do valor.

§ 3º As agências reguladoras devem adotar práticas de gestão de riscos e de controle interno e elaborar e divulgar programa de integridade, com o objetivo de promover a adoção de medidas e ações institucionais destinadas à prevenção, à detecção, à punição e à remediação de fraudes e atos de corrupção.”

⁴⁵¹ Nesse sentido, Aragão (ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras: e a evolução do Direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.375(grifo nosso)) é claro em afirmar que em um ordenamento jurídico como o nosso, que a adota o sistema inglês de jurisdição una, a “independência das agências reguladoras não pode ser afirmada”. Quanto à possibilidade do controle judicial, limita-o diante da “ampla discricionariedade conferida pela lei e ao caráter técnico especializado do seu exercício, prevalece, **na dúvida e sempre que razoável**, a decisão do órgão ou entidade reguladora, até porque, pela natureza da matéria, ela acabaria deixando de ser decidida pela agência, para na prática, passar a ser decidida pelo perito técnico do Judiciário (...) **O Poder Judiciário acaba, portanto, não tendo grande ingerência material nas decisões das agências**, limitando-se na maioria das vezes, como imposição do Estado de Direito, aos aspectos procedimentais assecuratórios do devido processo legal, e de participação dos direta ou indiretamente interessados no objeto da Regulação, e à manutenção da razoabilidade/proporcionalidade das decisões da agência reguladora(...) **entendemos que em casos concretos nos quais os autos e a norma discricionária a ser aplicada ofereçam elementos suficientes para que seja cabível apenas uma solução razoável, o Poder Judiciário não deverá se furtar em aplica-la**. Noutras palavras, o Poder Judiciário só poderá suprir (em caso de omissão) ou substituir (em caso de anulação) o exercício de atividade discricionária da Administração Pública nos casos concretos em que existirem elementos objetivos suficientes para que, do conjunto de dados normativos e fáticos disponíveis, se possa extrair uma – e apenas uma – solução legítima.”

⁴⁵²Inicialmente, importante tratar da constante deferência na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) em relação às decisões das agências reguladoras. Jordão, Cabral e Brumati (JORDÃO, Eduardo – CABRAL Júnior, Renato Toledo – BRUMATI, Luiza. O STF e o controle das leis sobre o regime jurídico das agências reguladoras federais. In **Revista de Investigações Constitucionais**. Curitiba. V. 7, n.2, maio/ago 2020 , pp. 549-600)após análise da jurisprudência do STF, percebem a deferência à decisão das agências. Considerou o STF que o modelo institucional das agências reguladoras seria constitucional, entre outras argumentações, principalmente pela possibilidade de “tomada de decisões técnicas, céleres e insuladas do processo políticos”.

⁴⁵³ PEREZ, Marcos Augusto. **O controle jurisdicional da Discricionariedade Administrativa: métodos para uma jurisdição ampla das decisões administrativas**. Tese de Livre Docência apresentada na Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, pp.95-116.

Maranhão⁴⁵⁴ também afirma que o Poder Judiciário apresenta “forte deferência para com as agências”, sendo ausente uma “supervisão efetiva”, indicando que, geralmente, há a dependência de provas periciais, “imersas em grande quantidade de burocracia”. E, quanto aos limites da revisão judicial, Maranhão afirma que há um conflito entre correntes jurisprudenciais, a primeira indicando que a análise de mérito deveria ser remetida sempre à agência, cabendo o controle formal ao Judiciário; e a segunda, indicando que o “Judiciário poderia impor obrigações materiais ou proibições aos agentes regulados”, isto é, indica-se que a revisão judicial deve-se estender ao mérito da regulação.

Maranhão⁴⁵⁵ também critica a falta de aprofundamento do Poder Judiciário nas questões próprias dos “especialistas técnicos”. Indica a ausência de “assessores” técnicos como “economistas ou engenheiros”, para a análise técnica, fazendo com que os “juízes também não estejam equipados” para compreender as “análises das agências”. Dá como exemplo o caso do “Cartel de Motoristas de Caminhão”, o qual gerou condenação criminal, mesmo quando o próprio CADE (Conselho Administrativo para a Defesa Econômica) teria arquivado o processo por ausência de provas “de conluio”, corroboradas pela “avaliação da eficiência econômica da prática e da dinâmica do mercado”.

O próprio contexto institucional das agências brasileiras já foi indicado como não adequado para a aplicação da doutrina Chevron. André Bueno da Silveira⁴⁵⁶ critica a adoção de tal doutrina, pois parece “desconsiderar a realidade brasileira”. Segundo o autor, seria necessário pensar-se primeiro no “fortalecimento das instituições públicas, tanto das próprias agências reguladoras, como do Ministério Público”.

Já na doutrina norte-americana há a defesa à deferência às decisões das agências reguladoras. Vermuele⁴⁵⁷ critica o que chama de “constitucionalismo de precaução”, o qual se preocupa com os “possíveis abusos das autoridades públicas”. Segundo o professor de Harvard,

⁴⁵⁴ MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. **A Revisão Judicial de decisões das agências regulatórias: jurisdição exclusiva?** In PRADO, Mariana Mota. *O Judiciário e o Estado Regulador Brasileiro*. São Paulo: FGV, 2016, pp.29-32.

⁴⁵⁵ MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. **A Revisão Judicial de decisões das agências regulatórias: jurisdição exclusiva?** In PRADO, Mariana Mota. *O Judiciário e o Estado Regulador Brasileiro*. São Paulo: FGV, 2016, pp.37-38.

⁴⁵⁶ SILVEIRA, André Bueno da. Doutrina Chevron no Brasil: uma alternativa à insegurança jurídica. In **RDA – Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 276, pp. 109-146, set/dez 2017. Adverte, ainda, quanto à “necessidade de adoção dos mecanismos recomendados pela OCDE para as agências reguladoras”, como “estudo de impacto regulatório, tomada de decisão transparente e demais questões quanto à organização administrativa da agência”. Quanto ao Ministério Público, opina por “uma adoção de postura mais ativa, evitando as demandas judiciais como única escolha, voltando-se para opções mais efetivas, quando se tratar de questões envolvendo agências reguladoras”.

⁴⁵⁷ VERMUELE, Adrian. Optimal abuse of power. In **Revista de Direito Administrativo**, v. 278, n.3, set/dez, 2019, pp.19, 20, 38-40(tradução livre).

seria possível a aceitação de certo abuso de poder, diante dos benefícios da regulação à sociedade, já que “dar mais poderes para as autoridades públicas pode garantir a inibição de abuso de poder privado”. Descarta o argumento de violação à Separação de Poderes, já que “nossos governos transformaram-se em burocracias”, diante da necessidade da “rapidez nas mudanças”, levando a “cada vez maior delegação” de poder ao Executivo .

No entanto, parte da teoria inglesa e norte-americana busca controlar o poder das agências.

No direito norte-americano, Levy e Shapiro⁴⁵⁸ propõem que as próprias “delegações de poder às agências” já deveriam trazer “padrões jurídicos”, os quais funcionem tanto como “diretrizes” quanto como “controle” para a discricionariedade. Também Shapiro e Fisher⁴⁵⁹ criticam a doutrina Chevron por “não ter se aprofundado no exame da especialidade técnica”, limitado ao conceito de “especialidade comparativa” adotado por essa doutrina, comparando as especialidades do especialista e o magistrado, baseado em argumentos científicos. Defendem a análise do “contexto institucional”, isto é, da “forma como a própria agência é organizada internamente” que impacta o uso da especialidade técnica, sendo “impossível discutir especialidade, sem tratar do contexto em que ela opera”. Isso significa que a “*expertise* é desenvolvida não apenas de acordo com as habilidades, conhecimento ou experiência, também há a necessidade de que a *expertise* tome a forma de administração pública especializada”⁴⁶⁰; no entanto, geralmente, prevalece a “análise de risco ou a análise de custo e benefício”.

É nesse ponto que a tese de Fisher ganha relevância porque indica as formas de controle judicial sobre as decisões de mérito da Regulação de Risco de modo mais concreto, a partir da definição de dois modelos.

⁴⁵⁸ LEVY, Richard E. & SHAPIRO, Sidney A. **A standards-based Theory of Judicial Review and the Rule of Law**. Research paper n. 05, 2016, p.2(tradução livre).

⁴⁵⁹ SHAPIRO, Sidney & FISHER, Elizabeth. Chevron and the Legitimacy of "Expert" Public Administration. in **22 Wm. & Mary Bill Rts. J.** 465 (2013), <https://scholarship.law.wm.edu/wmborj/vol22/iss2/11> (tradução livre). Afirmam que a “*expertise* tem outras facetas”, além daquela comparativa presente em Chevron. Consideram a “*expertise* e o conhecimento especializado” teriam “diferentes formas institucionais e substantivas”, assim como as “habilidades, conhecimento e experiência podem ser tanto explícitos como implícitos”, sendo “mais ou menos difíceis de explicar o conceito”. Afirmam que a “*expertise* comparativa, apenas analisa *expertises* muito diferentes, as quais operam de modo muito diferente na prática, as quais não são interligadas”.

⁴⁶⁰ SHAPIRO, Sidney & FISHER, Elizabeth. Chevron and the Legitimacy of "Expert" Public Administration. in **22 Wm. & Mary Bill Rts. J.** 465 (2013), <https://scholarship.law.wm.edu/wmborj/vol22/iss2/11>. (tradução livre). Citam três correntes do institucionalismo que podem trazer contribuições para o tema. A “teoria da escolha racional” questiona a “eficácia da *expertise*”, enquanto a “teoria normativa” e a “teoria discursiva” defendem que “organizações corretamente geridas são capazes de usar a *expertise* para atingir seus fins”. O “institucionalismo da escolha racional” reconhece que os “servidores públicos buscariam seus próprios interesses no lugar da meta definida pela agência”. Concluem que “os *experts* possuem certa discricionariedade”, mesmo com a interpretação baseada em “normas e valores institucionais” e, para se “evitar as decisões baseadas em interesses individuais”, tem-se “um guia de comportamento do institucionalismo deliberativo”.

Fisher⁴⁶¹ apresenta os “dois modelos da Administração Pública”, que geralmente coexistem⁴⁶²: o “modelo deliberativo-constitutivo” e o “modelo racional instrumental”. Fisher⁴⁶³ considera que os dois modelos admitem a importância tanto de “justificações baseadas na Ciência como em valores”, mas as “definem de modos diversos”⁴⁶⁴. Geralmente, o modelo adotado pelo governo é uma mistura deles. No deliberativo-constitutivo, a Administração Pública é vista como “um corpo permanente para solução de problemas complexos de sua própria atividade,” tendo “poder discricionário”, o qual “envolve fatos e valores”, o que poderia indicar “maior adaptação em casos de incertezas” envolvendo os riscos tecnológicos. Tal discricionariedade exige um controle judicial mais amplo. A principal função das agências seria garantir o processo de deliberação para a tomada de decisões. Nesse caso, haveria a análise da “complexidade do conceito de risco”⁴⁶⁵.

⁴⁶¹ FISHER, Elizabeth. Risk Regulatory Concepts and the Law. In OECD. **Risk and Regulatory Policy: improving the governance of risk**. OECD, 2010, pp.28-32, 45-93. (tradução livre).

⁴⁶² Fisher (FISHER, Elizabeth. **Risk regulation and Administrative Constitutionalism**. Oxford and Portland: Hart, 2007, pp.89-124(tradução livre)) esclarece que o tratamento de questões não-jurídicas dá-se com base na e “*substantial evidence*” (evidência relevante). Quanto ao teste da “*substantial evidence*” (evidência relevante), Fisher afirma que as evidências relevantes seriam daquelas “aceitas por uma pessoa sensata como adequadas para basear uma conclusão”, dando ênfase à criação do *The Administrative Procedure Act* (APA) em 1946, o qual estabeleceu três etapas para a regulação, “publicação do projeto de regra; um período para conhecimento e comentários; e a publicação da norma final”.(Na legislação brasileira, temos a recente lei n. 13848 de 2019 (BRASIL. Congresso Nacional. lei n. 13848 de 2019. “Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras.” DOU 26/06/2019), a qual traz procedimentos semelhantes à referida lei norte-americana.)

Segundo Fisher, tal processo tem sido visto de “forma positiva”, porque “promove a total utilização da experiência concentrada, permitindo uma significativa consulta e o exercício substantivo de discricionariedade”, baseado, portanto, em um paradigma deliberativo-constitutivo.

Fisher conclui que às agências foram delegados poderes regulatórios, para lidar com os problemas, no entanto, o Congresso buscava evitar “a amplificação de seu poder discricionário”, apenas lhes delegando tarefas racionais-instrumentais. Segundo Fisher, essa “ambiguidade quanto ao papel e à natureza desses entes” também foi acirrada pelo “processo de tomada de decisão trazido na legislação”.

Por um lado, esse processo de tomada de decisão tem características deliberativas-constitutivas na Regulação de Risco seja “sem as restrições dos procedimentos de investigação” para que a “criação de normas” dê-se por meio de meio de “debate, não um julgamento”. De outro lado, há a preocupação em se dar uma “base racional para a tomada de decisão, em termos do paradigma racional-instrumental”, através de um “processo científico”. Os procedimentos de tomada de decisão tais como a *cross examination* também foram reintroduzidos. A “*substantial evidence*” estava presente mesmo no caso de um processo híbrido de criação de regras.

⁴⁶³ FISHER, Elizabeth. Risk Regulatory Concepts and the Law. In OECD. **Risk and Regulatory Policy: improving the governance of risk**. OECD, 2010, pp. 45-93. (tradução livre).

⁴⁶⁴ Majone (MAJONE, Giandomenico. Strategic Issues in Risk Regulation and Risk Management. In OECD. **Risk and Regulatory Policy: improving the governance of risk**. OECD, 2010, p.100. (tradução livre).), em uma tese semelhante, propõe “duas racionalidades” na Regulação de Risco, a “procedimental” e a “substancial”. Sendo que “a substancial foca nos resultados das decisões”, sendo aplicadas nos casos de “certeza”. Já em casos de “incerteza e maior complexidade”, tem-se a “racionalidade procedimental, com ênfase no processo de tomada de decisão”.

⁴⁶⁵ No Brasil, podemos indicar um caso em que o paradigma DC foi utilizado.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 749/DF. Relatora Ministra Rosa Weber. Julgamento 14/12/2021. Podemos indicar como pontos relevantes da ementa:

(...) “3. A mera revogação de normas operacionais fixadoras de parâmetros mensuráveis necessários ao cumprimento da legislação ambiental, sem sua substituição ou atualização, compromete a observância da Constituição, da legislação vigente e de compromissos internacionais.

Já no “racional-instrumental”, Fisher⁴⁶⁶ indica que a Administração Pública é criada para “certas atividades, com pouca discricionariedade, submetida a forte controle pelo Poder Legislativo”, “através do uso de métodos analíticos, baseados em critérios objetivos”, limitando a análise de risco a “critérios quantitativos”. A agência deve “obedecer a democracia pré-ordenada expressa na legislação, de forma efetiva e eficiente”, isto é, suas “decisões são justificadas pelo conhecimento objetivo e descrição precisa da preferência pública”. Nesse caso, a responsabilização (*accountability*) do administrador público é mais simples de ser justificada, porque “Tribunais, legisladores e administradores estavam tentando estabelecer a legitimidade da Administração Pública, colocando limites aos seus poderes”.

Fisher analisa o controle judicial na jurisprudência norte-americana da Regulação de Risco Tecnológico, a qual é considerada “complexa, cientificamente incerta e sujeita ao conflito sócio-político”⁴⁶⁷. Encontra duas correntes na jurisprudência. Uma, percebe que os reguladores de risco precisavam ter “considerável discricionariedade” para exercitar a “análise técnica”. Fisher conclui que esse tipo de controle judicial toma como base a lei de regência das agências, que traz a delegação para a criação de regulação, para tratar da motivação das decisões das agências. A outra corrente tem como primordial a “base racional” para a tomada de decisões, “através de princípios científicos”, com base em uma análise racional-instrumental.

Fisher⁴⁶⁸ ressalta o conceito de *hard look review*, criado no final dos anos 60, para tratar dos casos de “arbitrariedade”, exigindo que a “agência tenha analisado profundamente a

4. A revogação da Resolução CONAMA nº 284/2001 sinaliza dispensa de licenciamento para empreendimentos de irrigação, mesmo que potencialmente causadores de modificações ambientais significativas, a evidenciar graves e imediatos riscos para a preservação dos recursos hídricos, em prejuízo da qualidade de vida das presentes e futuras gerações (art. 225, caput e § 1º, I, da CF).

5. A revogação das Resoluções nºs 302/2002 e 303/2002 distancia-se dos objetivos definidos no art. 225 da CF, baliza material da atividade normativa do CONAMA. Estado de anomia e descontrole regulatório, a configurar material retrocesso no tocante à satisfação do dever de proteger e preservar o equilíbrio do meio ambiente, incompatível com a ordem constitucional e o princípio da precaução. Precedentes. Retrocesso na proteção e defesa dos direitos fundamentais à vida (art. 5º, caput, da CF), à saúde (art. 6º da CF) e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, caput, da CF).(...).”

⁴⁶⁶ FISHER, Elizabeth. **Risk regulation and Administrative Constitutionalism**. Oxford and Portland: Hart, 2007, pp.28-35 (tradução livre).

⁴⁶⁷ FISHER, Elizabeth. **Risk regulation and Administrative Constitutionalism**. Oxford and Portland: Hart, 2007, p.101(tradução livre).

⁴⁶⁸ FISHER, Elizabeth. **Risk regulation and Administrative Constitutionalism**. Oxford and Portland: Hart, 2007, p.102-3. (tradução livre). Fisher explica que Leventhal conceituou o “*hard look review*”, conforme o “paradigma RI”, sendo que a “comunicação” era baseada na “representação de interesses”. No caso *Greater Boston Television Corporation v Federal Communications Commission* (444 F 2d 841 - DC Cir 1971), Fisher destaca que Leventhal concluiu, “a especialização é fortalecida no seu próprio papel como servo do governo quando lhe é negada a oportunidade de transformar-se em um mostro, sem limites para sua discricionariedade” (444 F 2d 859 - DC Cir 1971), sendo a “tarefa da agência” manter-se “dentro das limitações legislativas, investigação e seleção de políticas públicas”. Nesse caso, para Fisher, há um claro exemplo de metodologia racional-instrumental.

questão antes deles” (“*had taken a “hard look” at the issue before them*”). Fisher explica que o conceito “*hard look*” foi uma “forma de lidar” com o problema da necessidade da revisão judicial da “decisão de um especialista”, já que o Tribunal não possuiria especialização técnica.

Garry⁴⁶⁹ indica que a teoria do *hard look* cria um método para o controle judicial da decisão da agência, o qual teria sido rapidamente aceito pela jurisprudência norte-americana, segundo Shapiro e Murphy⁴⁷⁰.

Fisher⁴⁷¹ enfatiza que Leventhal considerou que a “*hard look doctrine*” tinha uma “aplicação específica” para a Regulação de risco, porque as “consequências da Regulação são tão sérias e gerais”, que impelem “maior análise de seu conteúdo”, principalmente, da “base fática” para a decisão, descartando aquelas de “fatos inadequados ou apenas conhecidos pelas agências”. Fisher dá como exemplo o caso *Portland Cement Association v Ruckelshaus*, onde Leventhal entendeu que a agência tem o “ônus de provar que sua análise está correta”, a partir da “consideração de outros pontos de vista científicos”. Já no caso *International Harvester Co v Ruckelshaus*, Fisher indica que a questão implícita era a “razoabilidade e segurança da metodologia do administrador”, já que a *hard look review* exige o fortalecimento das avaliações das agências, sendo exigido que “agência deve determinar em detalhes sua metodologia”.

Fisher opõe essa visão a de *Chief Judge Bazelon*⁴⁷², que considerava o *hard look* segundo um paradigma deliberativo-constitutivo. Fisher explica que Bazelon, parte do pressuposto de que a tomada de decisão em relação ao risco tecnológico é “complexa”,

Leventhal considera, segundo Fisher, que a “agência analisou com profundidade a questão” (*hard look*), quando “identificou os fatos cruciais”, “levou em consideração diferentes opiniões de *experts*” e “não foi movido por representação de interesses”, ficando “dentro dos limites do conhecimento racional”. No caso *International Harvester*, ele considerou a decisão administrativa como baseada em “fundamentos inexplicáveis”, já que “não explicava a variação de metodologia em relação a outras agências” e “sua base estatística das previsões era muito fraca”. Em *Portland Cement*, ele considerou que “os produtores não foram autorizados a comentar” porque os “detalhes da metodologia” não foram publicados. Em *Environmental Defense Fund v EPA* ele mantém a decisão, porque o “EPA ordenou uma total suspensão” do uso de *aldrine dieldrin*, onde os fatos sugeriam uma “ação menos drástica”.

⁴⁶⁹ GARRY, Patrick M. Judicial Review and the hard look doctrine in RDA- **Revista de Direito Administrativo**. V. 275, maio/ago de 2017, pp. 31-34 e 37. (tradução livre).

⁴⁷⁰ SHAPIRO, Sydney A. & MURPHY, Richard W. Arbitrariness Review Made Reasonable: Structural and Conceptual Reform of the “Hard Look” in **Notre Dame Law Review** v.92, fasc.1, p.346. (tradução livre).

⁴⁷¹ FISHER, Elizabeth. **Risk regulation and Administrative Constitutionalism**. Oxford and Portland: Hart, 2007, pp.101-7. (tradução livre).

⁴⁷² Fisher (FISHER, Elizabeth. **Risk regulation and Administrative Constitutionalism**. Oxford and Portland: Hart, 2007, pp. 105-106 (tradução livre).) apresenta a decisão de Bazelon no *Natural Resources Defense Council v Nuclear Regulatory Commission*, que tratava do licenciamento de uma usina nuclear, que acabou por considerar como “insignificante” a questão do lixo nuclear, já que a “tecnologia para tratar do lixo seria desenvolvida”, embora ainda não existisse. Fisher indica que a decisão de Bazelon foi baseada no paradigma DC, considerando que “outros procedimentos poderiam ter sido aplicados, como conferências formais, *document discovery*, interrogatórios, outros especialistas externos, pesquisas da literatura existente, entre outros”, além da falha na regulação de se lidar com uma questão complexa, de grande interesse do público, os “guinea pigs”, “que arcarão com os efeitos da decisão”.

aceitando que “a incerteza científica impõe que muitas decisões sejam baseadas em *judgement calls*”, isto é, há certa discricionariedade aceitável na Regulação de Risco, já que “os reguladores têm o dever de agir, apesar da incerteza. Já os cientistas devem, de certa forma, dominar a incerteza.”. Fisher esclarece que o primordial para Bazelon era a “expansão dos atores a participar da Regulação de risco”, por ser uma área complexa, baseando seu método na “necessidade de diálogo” para a “determinação de *standards*”, de deveres de cuidado. Fisher conclui que, nesse caso, o “papel da jurisprudência seria monitorar o processo de tomada da decisão”, “garantindo que todas as questões sejam abordadas”, focando “não só em fatos”, mas na “variedade de questões abordadas”.

Fisher⁴⁷³ conclui que ambos os juízes “viam os papéis da Ciência e da participação”, mas os “caracterizavam de modo diferente”, sendo que Leventhal considerava a Ciência em termos “analíticos” e a “participação” como mera “representação de interesses”, enquanto Bazelon considerava a “Ciência regulatória” como um “exercício complexo e incerto”, e a “deliberação”, “um exercício de solução de problemas material”. Fisher descreve que o desfecho da polêmica Bazelon-Leventhal deu-se com o caso *Vermont Yankee Nuclear Power Corp v Natural Resources Defense Council*, em que prevaleceu o método de Leventhal, de racionalidade-instrumental, “impedindo-se que o Poder Judiciário crie novos requerimentos para as decisões das agências”⁴⁷⁴.

⁴⁷³ FISHER, Elizabeth. **Risk regulation and Administrative Constitutionalism**. Oxford and Portland: Hart, 2007, pp.106-7. (tradução livre).

⁴⁷⁴FISHER, Elizabeth. **Risk regulation and Administrative Constitutionalism**. Oxford and Portland: Hart, 2007, p. 107, 110-116. (tradução livre). Fisher para exemplificar o controle judicial trata do caso da OSHA (Occupational Safe and Health Administration), ente que trata da saúde e segurança do trabalho nos Estados Unidos e recebeu poderes para “determinar *standards* de saúde e segurança do trabalho”. Fisher define o procedimento usado como híbrido, já que se admitiam as “audiências públicas” e a “consulta com comitês consultivos”. Fisher esclarece que inicialmente, havia preocupação com a “deliberação na tomada de decisões”, dando-se “discricionariedade à agência”, para que desse prioridade à “política e ao interesse público de segurança do trabalhador”. Segundo Fisher, foi o que ocorreu em *Society of Plastics Industry Incorporated v OSHA*, quando se manteve a decisão da agência de determinar o “nível mais baixo possível de *vinyl chloride*”, já que havia incerteza científica quanto aos efeitos para o trabalhador. Fisher conclui que o controle judicial apenas requereria que houvesse a “análise de todas as questões” pela agência. Fisher esclarece que essa tendência muda, em casos em que se buscaram evidências científicas, passando-se para um paradigma racional-instrumental, dando-se ênfase à “coleta de conhecimento, ao invés da deliberação”.

Quanto à definição de deveres de cuidado pela Regulação de Risco, Fisher⁴⁷⁵ defende o controle judicial das decisões das agências. No caso do Benzeno⁴⁷⁶, Fisher ressalta que a Suprema Corte decidiu que deveria haver a separação entre a análise de risco, baseada em “critérios científicos” (um processo científico de avaliação de risco) e o gerenciamento de risco, “com base em critérios políticos”. O caso Benzeno teria levado diretamente ao relatório do *National Research Council (NRC), Risk Assessment in the Federal Government: Managing the Process*, conhecido como “*Red Book*”.

Assim, quanto à regulação de risco, Fisher⁴⁷⁷ conclui que a *hard look doctrine* de Leventhal foi explicitamente aprovada pela Suprema Corte em *Motor Vehicles Manufactures Association v State Farm Mutual Automobile Insurance Company*, passando-se a “exigir da OSHA toda a evidência relevante” para embasar as “previsões científicas”. Esse requerimento permitiu que o Poder Judiciário comparasse os “estudos da agência” com os laudos técnicos dos demandantes. A partir dessa decisão, a exigência das *substantial scientific evidence*, das “evidências científicas relevantes”, foi aplicada para todas as agências.

É possível indicar a metodologia sistematizada por Fisher como um método de controle jurídico viável a ser aplicado pela jurisprudência brasileira. Essa recomendação é intensificada no âmbito criminal onde a doutrina Chevron não é aplicada mesmo na cultura jurídica originária.

Para indicar adequação do método de análise jurídica da Regulação de Risco ao direito brasileiro, indicamos um exemplo em que tal controle ocorreu na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no RE 627.189/SP⁴⁷⁸. Nesse caso, para se utilizar da classificação de Fisher,

⁴⁷⁵ FISHER, Elizabeth. **Risk regulation and Administrative Constitutionalism**. Oxford and Portland: Hart, 2007, p.113 e 116. (tradução livre). Fisher explica que, no caso *Texas Independent inner Association v Marshall*, o *Fifth Circuit* derrubou uma decisão por falta de embasamento fático e no *American Petroleum Institute v OSHA* o *Fifth Circuit* derrubou um *standard* da OSHA em relação ao benzeno, indicando que a OSHA deixou de estimar os benefícios para reduzir o limite de exposição, com base em *substantial evidence*, tornando “impossível analisar a razoabilidade de uma relação de custos e benefícios”. Fisher afirma que quando a Suprema Corte decidiu o recurso, a conhecida “decisão Benzeno”, houve o uso de um paradigma racional-instrumental, aplicando-se a doutrina da não-delegação, “garantindo as escolhas políticas feitas pelo Congresso”.

⁴⁷⁶ Estados Unidos da América. Suprema Corte. *Industrial Union Dept AFL-CIO v American Petroleum Institute* 448 US 607 (1980).

⁴⁷⁷ FISHER, Elizabeth. **Risk regulation and Administrative Constitutionalism**. Oxford and Portland: Hart, 2007, p. 116-7. (tradução livre). Fisher esclarece que os argumentos dos demandantes trataram da “incompletude dos dados da análise de risco, da falta de análise pela agência de certas indústrias ou áreas geográficas, da incorreção da interpretação dos dados, da inadequação da metodologia, do cenário não realista, da análise estatística era pobre ou da falta de entendimento científico da agência sobre o problema”.

⁴⁷⁸ Brasil. Supremo Tribunal Federal. RE 627.189/SP, Relator Min. Dias Toffoli, j. 08/06/2016.

Ressalta-se o seguinte ponto da ementa:

“5. Por força da repercussão geral, é fixada a seguinte tese: no atual estágio do conhecimento científico, que indica ser incerta a existência de efeitos nocivos da exposição ocupacional e da população em geral a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos gerados por sistemas de energia elétrica, não existem impedimentos, por ora, a que

houve, primordialmente, a adoção de aspectos do paradigma Racional-Instrumental, privilegiando-se a metodologia adotada pelo regulador para a definição de risco permitido ao invés dos aspectos da deliberação. No entanto, em certos pontos, o Relator considera a existência de contribuições dos regulados para a definição do limite normativo do campo eletromagnético, como um ponto positivo da conduta do regulador. Houve, inclusive, a análise de pareceres técnicos com conclusões opostas pelo Poder Judiciário, para tratar da metodologia de gerenciamento de risco utilizada pela ANEEL.

Consideramos, portanto, que tanto o papel do Direito como o controle jurídico pelo Poder Judiciário da Regulação de Risco são possíveis no direito brasileiro, especialmente, em casos que tratem especificamente de Direito Penal.

sejam adotados os parâmetros propostos pela Organização Mundial de Saúde, conforme estabelece a Lei nº 11.934/2009”.

Do voto do relator, extrai-se que:

“O eventual controle pelo Poder Judiciário quanto à legalidade e à legitimidade na aplicação desse princípio há de ser realizado com extrema prudência, com um controle mínimo, **diante das incertezas que reinam no campo científico**. Essa foi, inclusive, uma das conclusões obtidas no julgamento pela Corte Europeia de Justiça quando se pronunciou contrariamente à manutenção do bloqueio francês à carne britânica ocorrido no período de 1996 e 1998, o qual havia sido liminar e provisoriamente autorizado por aquela mesma Corte sob o fundamento da precaução (cf. Court of Justice of the European Communities, Case C-241-01, National Farmer’s Union (UK) v Secrétariat général du gouvernement (FR), julgado em 22/10/02). Insisto que, nos controles administrativo e jurisdicional do **exercício da precaução**, se deve verificar tão somente se, na escolha do Estado, foram adotados os **procedimentos mencionados** e se **as decisões legislativas e/ou administrativas produzidas obedecem a todos os fundamentos de validade das opções discricionárias**, como os requisitos da universalidade, da não discriminação, da motivação explícita, transparente e congruente, e da proporcionalidade da opção adotada, como já chegou a destacar outrora o grande jurista Otto Mayer, que enfatizou ser a proporcionalidade um dos requisitos inerentes ao exercício do poder de polícia (Deutsches Verwaltungsrecht (1895). Berlin: Dunker & Humblot, 2004. v. 1, p. 267).”

4. Da construção normativa do risco pelo Direito Penal através dos deveres de cuidado:

Após analisarmos como se dá a construção dos deveres de cuidado de acordo com a abordagem interdisciplinar da Regulação de Risco, cabe-nos buscar compreender como o Direito Penal constrói normativamente o risco, a partir dos deveres de cuidado “importados”.

Essa análise tem como objetivo compreender se essa construção normativa impede uma visão multidisciplinar do risco ou se também o Direito Penal admite a interdisciplinaridade em sua análise.

4.1. Os deveres de cuidado “importados” da Regulação de risco para o Direito Penal: abordagem de direito comparado funcionalista

Após termos analisado o estabelecimento de deveres de cuidado pela Regulação de risco, passaremos a tratar de como tais deveres de cuidado são analisados pelo Direito Penal.

A importância da regulação para o desenvolvimento de deveres de cuidado dá-se, principalmente, nos setores econômicos mais dinâmicos, naqueles em que os desenvolvimentos tecnológicos e científicos são sua força-motriz, em que o risco é a marca mais característica.

Percebemos que o Direito Penal se utiliza dos deveres de cuidado para a construção normativa do risco na dogmática, em crimes culposos, omissivos e de perigo abstrato.

Por “construção normativa” do risco queremos tratar de como o Direito Penal trata o conceito de “deveres de cuidado” que vem “importado” da Regulação de Risco. Přibán⁴⁷⁹ refere-se à essa possibilidade de “construção normativa” como a “capacidade do sistema jurídico construir normativamente sua realidade interna”, a qual potencialmente pode afastar a interdisciplinaridade.

A abordagem interdisciplinar tende a evitar o que Ost⁴⁸⁰ denomina de “diálogo de surdos”, onde “cada um constrói o objeto de acordo com os conceitos, método e valores específicos de sua disciplina”, impedindo qualquer possibilidade de enriquecimento mútuo.

Em nosso caso, analisaremos se os deveres de cuidado estabelecidos pela Regulação de risco, em uma abordagem multidimensional do risco também poderiam ser utilizados na

⁴⁷⁹ PŘIBÁN, JIŘÍ. A sociology of legal distinctions: Introducing Contemporary Interpretations of classic socio-legal concepts. In **Journal of Law and Society**, v. 44, issue s1, outubro de 2017, pp. s9. (tradução livre)

⁴⁸⁰ OST, François. A tese de doutorado em Direito: do projeto à defesa. In **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 7, fasc.2, maio-agosto de 2015, pp. 107-108.

dogmática penal. Partiremos do conceito de interdisciplinaridade de Balkin⁴⁸¹, definida como “a tentativa de um acadêmico de usar informação, abordagens, questões e normas profissionais de outra disciplina e combiná-las de alguma forma com suas próprias ferramentas”.

Questionaremos se o Direito Penal traria um arcabouço teórico que permita a análise dos deveres de cuidado, a partir de uma abordagem interdisciplinar, permitindo diálogo entre diversas áreas do conhecimento, como Direito, Ciências e Tecnologia. Interessa-nos perceber se é possível extrapolar a noção jurídica de “deveres de cuidado”, para que os conhecimentos de outras áreas sejam também aceitos pelo Direito Penal, indo além da visão normativa trazida pela Acessoriedade Administrativa. Buscaremos uma visão de Direito que evite o problema identificado por Cotterrell⁴⁸², o qual percebe que considerar a “natureza do Direito” apenas como “técnicas, práticas e normas”, é subestimar “sua potencial importância cultural e seu poder para reforçar e ajudar a constituir compreensões mais amplas da natureza do mundo social”.

Interessa-nos questionar como a construção do risco é dada por meio da dogmática penal, questionando “se” e “como” as diversas dimensões do risco são analisadas, especialmente, considerando se há possibilidade do controle judicial dos deveres de cuidado criados pela Regulação de risco.

Veremos se tal abordagem da multidimensionalidade do risco é possível a partir do funcionalismo teleológico, como também analisaremos como o direito penal inglês e norteamericano trata essa questão. Será realizado um estudo de direito comparado para tratarmos das instituições jurídicas que realizam a mesma função que os deveres de cuidado nos crimes culposos, omissivos e de perigo abstrato no direito penal brasileiro, para que compreendamos como o risco é normativamente construído em outros ordenamentos.

⁴⁸¹ BALKIN, J. B. **Interdisciplinarity as Colonization**. In *Washington & Lee Law Review*, v. 53, fasc. 3, 1996, pp.949-50, 957, 960-1, 964. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol53/iss3/5>. (tradução livre) Balkin, de modo jocoso, busca tratar da pergunta: “O que pode dar errado quando um jurista busca escapar de seu confinamento e escrever sobre Direito Constitucional sobre a perspectiva das Humanidades?”. Indica que essa pergunta tem muitos pressupostos, entre eles, a existência de um problema, que existe algo como um jurista, “criaturas confinadas de alguma forma”, que “tentam escapar de seu confinamento por razões bem intencionadas”. Considera que se “a disciplina é uma forma de autoritarismo, então, talvez interdisciplinariedade seja rebeldia, até mesmo, romântico (...) o acadêmico interdisciplinar é um rebelde romântico: eles questionam a autoridade, pela transgressão das fronteiras da disciplina”.

⁴⁸² COTTERRELL, Roger. Theory and values in socio-legal studies. In *Journal of law and society*, v. 44, issue S1, outubro 2017, pp.s25. (tradução livre)

Para isso, nós analisaremos tanto a doutrina como os casos práticos⁴⁸³, indicando para compreensão da função dos deveres de cuidado e das estruturas jurídicas estrangeiras assemelhadas.

Essa análise de direito comparado será feita de acordo com o método funcionalista. Ambos⁴⁸⁴ esclarece que tal método visa “estabelecer o papel ou função cumprida pelas instituições jurídicas existentes em cada contexto”, devendo-se observar o “contexto cultural e social em que operam as instituições jurídicas específicas”, o que se deve dar de modo “empírico”, sem que se aprofunde em demasiado em cada cultura. Dessa forma, foge do que Siems⁴⁸⁵ chama de “análise meramente formal”, para que se passe a questionar “se as regras jurídicas podem tratar dos problemas sociojurídicos, que são o ponto de partida do estudo comparativo”. Dessa forma, o método funcional tem enfoque “não apenas nas regras, mas em seus efeitos, não nas estruturas doutrinárias e fundamentos, mas nas consequências que eles trazem”, como bem afirma Michaels⁴⁸⁶. Michaels conclui que “a comparação funcionalista supera a diferença entre *civil* e *common law*, declarando-a irrelevante, pois observa apenas a função”, admitindo-se “soluções diferentes” para o mesmo problema.

Devemos, no entanto, ressaltar a dificuldade do método de direito comparado escolhida, já na tradução de termos técnicos jurídico-penais, que o próprio Ambos⁴⁸⁷ admite ser difícil, já

⁴⁸³ SILBEY, Susan S. What makes a Social Science of Law? Doubling the Social in **Socio-Legal Studies** In FEENAN, Dermot (ed). **Exploring the ‘socio’ of socio-legal studies**. New York: Palgrave Macmillan, 2013, pp.26-27(tradução livre). Silbey classifica como erro considerar o "sócio no jurídico" como algo totalmente distinto do Direito, já que o papel do ser humano em relação ao direito é muito mais "uma construção social colaborativa", sendo mais adequada uma análise conjunta do *law in action* (direito aplicado) com a *law in books* (doutrina). Os estudos passaram a enfocar “os ideais e princípios que as instituições jurídicas defendem”.

⁴⁸⁴ AMBOS, Kai. Sobre o futuro da Ciência jurídico-penal alemão: abertura e método discursivo no lugar do provincianismo presunçoso. In **RBCCrim**, v. 121, ano 24, p.153-5.

⁴⁸⁵ SIEMS, Mathias. **Comparative Law**. Cambridge:Cambridge, 2014, p. 20 (tradução livre).

⁴⁸⁶ MICHAELS, Ralf. The functional methods of Comparative Law, In REIMANN, Mathias & ZIMMERMANN, Reinhard. **The Oxford Handbook of Comparative Law**. Oxford:Oxford, 2019, pp. 361 – 3 (tradução livre)

⁴⁸⁷ Sem dúvida o penalista alemão que mais tem-se destacado na defesa do diálogo anglo-germânico é o Professor Kai Ambos que, gentilmente, nos indicou diversas informações sobre tal empreitada. Os diálogos anglo-germânicos (**Core Concepts in Criminal Law and Justice**. Disponível em: <https://www.department-ambos.uni-goettingen.de/index.php/anglo-german-dialogue>. Acesso em : 18/11/2021.) é um projeto iniciado pelo Professor Kai Ambos sobre “os princípios fundamentais e conceitos do Direito Penal Anglo-americano”, realizado com a participação de “jurisdições alemãs e anglo-americanos, cuidadosamente selecionados para refletir a diversidade de formações originadas a partir de um enfoque mais teórico ou normativo ou mais empírico”. O Professor Kai Ambos é o seu editor geral, sendo que “o comitê editorial consiste em Prof. Antony Duff (University of Stirling), Prof. Julian Roberts (University of Oxford) and Prof. Thomas Weigend (University of Cologne)”. Esse projeto deu origem a uma coleção de livros, intitulada de **Core Concepts in Criminal Law and Criminal Justice**.

Ambos (AMBOS, Kai. Sobre o futuro da Ciência jurídico-penal alemão: abertura e método discursivo no lugar do provincianismo presunçoso. In **RBCCrim**, v. 121, ano 24, p.150), chegando, inclusive a enaltecer a política pública anglo-americana de “exportação do Direito”, realizada com a contribuição dos acadêmicos. Ambos (AMBOS, Kai. Sobre o futuro da Ciência jurídico-penal alemão: abertura e método discursivo no lugar do provincianismo presunçoso. In **RBCCrim**, v. 121, ano 24, p.147), ao tratar da “aristocracia penal”, afirma que, “A mentalidade que subjaz ao argumento da ‘defesa cultural’ também permite recordar a já citada crítica de Donini sobre a aristocracia penal, a qual se deve agregar no lugar da legitimação democrática do pretende colocar a

que não há identidade entre as categorias jurídico-penais do sistema romano-germânico e do sistema anglo-americanas.

Optamos pela manutenção dos termos na língua original, a inglesa⁴⁸⁸. E, nos momentos em que se busca a tradução, tenta-se optar por termos que já não sejam comumente empregados para designar certos elementos jurídico-penais. Por exemplo, quando se refere à *culpability*⁴⁸⁹, preferimos traduzir por elemento subjetivo do delito, já que o conceito inglês difere em muito do elemento da teoria do delito, culpabilidade.

E, aproveitando a análise do sistema anglo-americano, observaremos como se dá a relação entre Direito Penal e Regulação, questionando se haveria consequências da abordagem do Direito Penal no contexto regulatório para a análise jurídico-penal.

4.2 Interpretação jurídico-penal dos deveres de cuidado: estrutura do delito e fundamentos para criminalização

Para que possamos começar a compreender a construção do risco pelo Direito Penal através dos deveres de cuidado devemos buscar compreender o tratamento dos deveres de cuidado na dogmática e os fundamentos para a criminalização da conduta.

indisponibilidade de categorias dogmáticas específicas como critérios para a produção do Direito. A respeito disso, Vogel também afirmou o correto: ‘assim, como o domínio dos conhecedores sobre os não conhecedores não é democrático, a legislação penal não está nas mãos dos professores de Direito Penal.’”

No direito brasileiro, há a obra de meu orientador, Professor Renato de Mello Jorge Silveira, que traça a partir da obra de Husak, consequências para o Direito Penal Econômico Brasileiro: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal empresarial: a omissão do empresário como crime**. BeloHorizonte: D’Placido, 2018.

⁴⁸⁸ Siems (SIEMS, Mathias. **Comparative Law**. Cambridge : Cambridge, 2014, p.17 (tradução livre)) esclarece que essa questão da tradução é, de fato, tormentosa. A primeira corrente busca facilitar a compreensão do idioma estrangeiro. A segunda corrente é contrária à tradução dos termos, visando a manutenção dos conceitos jurídicos, considerando-se a tradução um “erro elementar”. No entanto, Siems prefere uma postura intermediária, em que se apresentam os termos estrangeiros e faz-se a tradução, também esperando que o leitor compreenda que se tratam de culturas jurídicas diversas, na qual a identidade dos termos não é possível.

⁴⁸⁹ Weigend (WEIGEND, Thomas. **Subjective elements of criminal liability**. In DUBBER, Markus Dirk & HORNLE, Tatjana. *The Oxford Handbook of Criminal Law*. Oxford:Oxford, 2014, pp. 491-3.(tradução livre)) discorda dessa correlação entre *mens rea* e culpabilidade, embora, “geralmente”, eles sejam associados. *Mens rea*, segundo o autor, trata de questões objetivas, não trata da “pessoa”, mas “trata de sua conduta reprovável (*wrongful*)”. Segundo Weigend, a “*mens rea*” é melhor identificada com a ideia de “elemento mental”. Para nós, está a se tratar de algo semelhante ao tipo subjetivo, uma análise de culpa e dolo; e, não, de culpabilidade, a qual trata das condições pessoais do agente.

Glanville Williams (GLANVILLE WILLIAMS. **Criminal Law: the general part**. Londres: Stevens and Sons, 1961, p.22 (tradução livre)) considera errônea a definição de *actus reus* como “toda a situação proibida pelo Direito, com a exceção do elemento mental”, pois há casos em que o elemento mental que dá “novas cores” ao ato, tornando-o proibido.

Ao buscarmos uma abordagem para tratar do tema de deveres jurídicos no Direito Penal, encontramos teorias⁴⁹⁰ que embasam sua análise temos referências à Filosofia do Direito⁴⁹¹, como também podemos encontrar análises de Filosofia do Direito⁴⁹², as quais utilizam os deveres jurídicos como um dos traços marcantes para definir a teoria política adotada.

⁴⁹⁰ Coca Vila (COCA VILA, Ivó. **La colisión de deberes em derecho penal**. Barcelona: Atelier Penal, 2016, pp. 248-9, 250, 254-5 e 257. (tradução livre)) esclarece que a tese kantiana é vista como “antitética daquela que vê na maximização dos bens jurídicos o fim último do Direito”. Na tese kantiana, o fim último do Direito seria “o conjunto de condições segundo as quais o arbítrio de uma pessoa pode se conciliar com o arbítrio de outro, de acordo com a lei universal da liberdade”. Indica que o “critério para a delimitação das esferas de liberdade”, de acordo com Kant, não se origina “nos meros objetos próprios de desejo”, embora sejam esses os “móveis materiais” da ação, já que “não seria possível extrair nenhum parâmetro de comportamento a partir do mero ser.”. Conclui Coca Vila que “o Direito, pois, é aqui concebido como um instrumento de separação das esferas de liberdade, conforme a razão pura, o que é o mesmo que a noção formal de autonomia, a simples determinação racional da vontade. A liberdade, em definitivo, seria a mera ausência de coação externa física ou psíquica. O Direito não garante as condições reais de autodeterminação, mas pressupõe já a disposição dos bens necessários para isso”. Coca Vila considera que essa concepção do Direito seria “liberal”, não “solidária”, apenas “uma comunidade de autoproteção de capacitados para a ação”. Já Hegel, segundo Coca Vila, “reconhece um autêntico direito ao bem-estar físico e moral, em definitivo, um direito ao efetivo desenvolvimento autônomo em aproveitamento da liberdade abstrata”. Hegel acrescenta a “eticidade” ao conceito de liberdade. O conceito de liberdade teria “três momentos”, a “família”, “a sociedade civil” e o “Estado”. Coca Vila interpreta a teoria de Hegel como o desligamento da moralidade “da limitação aos deveres da liberdade interna”, conectando vontade e “subjatividade autorreferencial” para a vincular a essas três instituições, vinculando vontade e “objetividade”, isto é, “a liberdade apenas pode ser pensada como a realizada na sociedade e nas instituições, as quais constituem o único campo no qual a vontade pode-se desenvolver”. Coca Vila considera que Hegel “supera a concepção kantiana do Direito em dois pontos essenciais”, quais sejam: o reconhecimento de um “autêntico direito ao bem-estar, essência da moralidade” e a “impossibilidade de conceber um ser humano livre à margem de um contexto social, o que lhe leva a vincular a realização da liberdade abstrata e concreta a um contexto institucional”.

⁴⁹¹ Comumente, encontramos referências à Kant (KANT, Immanuel. **Introdução ao Estudo do Direito: doutrina do Direito**. São Paulo: Edipro, 2007, pp.34-36, 41-43) considera as “leis morais” como “leis práticas incondicionais”, sendo “imperativos (comandos ou proibições)” e “incondicionais (categóricos)”. Por meio desses “imperativos categóricos, certas ações são impedidas ou proibidas”, enquanto outras são “obrigatórias”, as quais são consideradas deveres, cuja “observância ou violação está efetivamente ligada a um prazer ou desprazer”. No entanto, nas “leis práticas da razão não se leva em conta os sentimentos morais”, sendo esses apenas “mero efeito subjetivo” presente na mente do indivíduo. Conclui Kant que um imperativo categórico é aquele que “apresenta uma ação como objetivamente necessária e a torna necessária não indiretamente através da representação de algum fim que pode ser atingido pela ação, mas através da mera representação dessa própria ação (sua forma)”, sendo que o dever seria a “ação a qual alguém está obrigado”. Dessa forma, no conceito de dever de Kant não há qualquer indicação quanto ao conteúdo do dever. Kant considera que toda a “legislação” apresentaria uma “lei” que indique certa conduta como “objetivamente necessária”, fazendo da “ação um dever”; e, ainda, há necessidade de “um motivo” para tal determinação. Kant considera que se o motivo da lei é a própria existência de um dever, então, a lei é ética. No entanto, se o motivo for algo distinto do próprio dever, a lei é jurídica.

Kant (KANT, Immanuel. **The Metaphysic of Ethics**. London: Morrison and Gibb, 1886, pp. 10-11. (tradução livre)) afirma que “para que se compreendam as passagens das Escrituras onde se comanda que se ame ao próximo, mesmo sendo nosso inimigo, tem-se que o amor, sendo uma emoção não pode ser comandado ou imposto, mas se refere à ação bondosa a partir de um dever, não apenas onde não há qualquer desejo natural, mas também onde a aversão impõe-se à mente; isso apenas pode ser um amor prático, não uma conexão patológica, (...) um amor prático, resultante das máximas da ação prática, e não (...) do coração”. Assim, a ação que é realizada de acordo com um dever tem seu “valor moral”, “não pelos seus efeitos”, já que esses “poderiam ter sido produzidos por outras causas”, sem a “intervenção da vontade de um agente racional”, mas por ter sido realizada de acordo com a máxima que cria o dever, já que a “determinação da vontade” de acordo com o direito, que indica o que é moral.

⁴⁹² Essa relação entre deveres e a postura política adotada já foi feita por Dworkin. Dworkin (DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2017, pp.80, 91, 266-8.) considera que haveria três tipos: aquelas baseadas em metas, em direitos ou em deveres. O “utilitarismo”, por exemplo, seria uma “teoria política baseada em metas”, sendo que o bem-estar individual apenas tem relevância “na medida que isso contribua para algum estado de coisas entendido como bom, deixando de lado a própria escolha individual referente a esse estado de coisas”. Já os “imperativos categóricos de Kant”, embasariam uma “teoria baseada em deveres”, a qual tem

O nosso conceito de deveres de cuidado trata-os como uma importação da Regulação de Risco para o Direito Penal. E, sendo assim, seu conceito em parte deverá vir da Regulação de Risco, sendo compreendido como um padrão de conduta, um *standard*, que traz em si uma decisão regulatória para estabelecer o nível de risco permitido da conduta lícita.

Os deveres de cuidado, após terem sido “importados” pela Regulação de Risco, são utilizados pelo Direito Penal para a construção normativa do risco. Faremos uma primeira abordagem para compreender como o Direito Penal trata do instituto dentro das fronteiras de sua disciplina.

No funcionalismo teleológico alemão, Roxin⁴⁹³ tratou do tema a partir da análise do conceito de tipos abertos, partindo das teorias de Welzel e Kaufmann.

O conceito de tipos abertos e sua relação com os elementos do dever jurídico foram trazidos por Welzel⁴⁹⁴, representante do finalismo, em seu conceito de crimes culposos, sendo que a violação dos deveres de cuidado identifica-se como o próprio desvalor da ação nesses crimes. Considera que os tipos nos crimes culposos seriam “abertos”, pois o juiz deveria identificar o “cuidado devido” no próprio processo judicial.

Já Kaufmann⁴⁹⁵ trata dos “pressupostos de validade e obrigatoriedade dos deveres jurídicos”, isto é, trata das normas não-penais, que fundamentam os deveres jurídicos. Essas normas jurídicas poderiam ser tanto leis como atos administrativos e, portanto, esses pressupostos não são parte da tipicidade nem da antijuridicidade, seriam um “pressuposto lógico do tipo”.

Percebemos que, a referência aos deveres de cuidado no finalismo acabam sendo um instrumento para garantir ao juiz no caso concreto a possibilidade de traçar o parâmetro de julgamento da conduta do réu, o qual não viria explícito, descrito, na norma penal. Tal parâmetro seria uma referência a normas não-penais a serem identificadas pelo magistrado. Assim, no finalismo, o risco apresenta sua construção normativa a partir de um papel ativo do magistrado no delineamento das diretrizes para seu julgamento.

como foco a “qualidade moral” dos atos do indivíduo, impondo “certos padrões de comportamento”. Já as teorias baseadas em direitos, dão maior enfoque para a “independência” individual, tutelando a liberdade de “pensamento e escolha”, considerando as regras morais como instrumentais. Dworkin correlaciona as teorias políticas com tipos diferentes de teorias penais. As teorias baseadas em metas poderiam estar associadas com uma teoria utilitarista, a qual propõe a punição da imoralidade. Se baseada em deveres, associam-se às teorias retributivas, a qual se baseia na punição da imoralidade, mesmo que não haja dano. Já a teoria baseada em direitos, admite argumentos utilitaristas para a proteção de direitos individuais, mesmo no caso de “um ônus para o bem-estar geral”.

⁴⁹³ ROXIN, Claus. Teoría del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico. Depalma: Buenos Aires, 1979, pp.90-97. (tradução livre).

⁴⁹⁴ WELZEL, Hans. **Derecho Penal Aleman**. Santiago: Editorial Jurídica del Chile, 1997, pp.153-7.

⁴⁹⁵ KAUFMANN, Armin. Fundamento del deber jurídico y delimitación de la tipicidad. In **ADPCP**, tomo XXXVII, fasc. I, jan-abr, 1984, pp.5-21. (tradução livre)

Já no funcionalismo teleológico, não se aceita a figura dos tipos abertos. Roxin⁴⁹⁶ critica tal conceito. Questiona o referido papel do juiz em sua definição, já que, em muitos crimes culposos, tem-se a expressão “sem autorização” no tipo penal, cuja “definição não exigiria qualquer atividade peculiar do juiz”. Kaufmann⁴⁹⁷, nesse ponto, concorda com Roxin, considerando-as casos de atipicidade, já que esses atos administrativos apenas expressam uma “ponderação de interesses”.

Roxin⁴⁹⁸ defende que o juiz nos tipos abertos apenas realiza um juízo de tipicidade, restringindo a incidência da norma penal sobre apenas um certo grupo de fatos. Segundo Roxin, a tese de Welzel traz uma confusão entre os elementos descritivos⁴⁹⁹ do tipo penal com os elementos dos deveres jurídicos, que podem ser descritivos e normativos⁵⁰⁰, chamados de “puros elementos de antijuridicidade”⁵⁰¹.

⁴⁹⁶ ROXIN, Claus. **Teoria del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico**. Depalma: Buenos Aires, 1979, p.90-91, 97(tradução livre).

⁴⁹⁷ KAUFMANN, Armin. Fundamento del deber jurídico y delimitación de la tipicidad. In **ADPCP**, tomo XXXVII, fasc. I, jan-abr, 1984, p.10. (tradução livre)

⁴⁹⁸ ROXIN, Claus. **Teoria del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico**. Depalma: Buenos Aires, 1979, p.90-91, 97(tradução livre).

⁴⁹⁹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Valor, norma e injusto penal: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo**. Belo Horizonte: D’Placido, 2020, p.193-5. Sobre a definição de elementos descritivos do tipo, os quais são sempre analisados em comparação aos elementos normativos do tipo, “No primeiro grupo, defende-se que, enquanto os elementos descritivos do tipo são apreensíveis por meio de mera percepção sensorial, os elementos normativos não são acessíveis a tal percepção, necessitando de um processo de compreensão intelectual ou processo valorativo para entendimento total de sua significação. (...) De outra parte, o segundo grupo conceitual define os elementos normativos do tipo a partir de sua vinculação a outra norma – jurídica ou não -, da qual depende a determinação e seu conteúdo (...) A despeito da divisão entre os dois grupos de conceitos sobre os elementos normativos do tipo, observa-se não existir, na verdade, uma diferenciação drástica entre eles, haja vista que a remissão a normas, jurídicas ou não, implica necessariamente uma integração valorativa pelo aplicador do Direito, o que é observado expressa ou tacitamente por diversos autores. Justamente por isso, tais indicações conceituais gerais não se revelam critérios operativos eficazes para a identificação dos elementos normativos, cujo reconhecimento levou ao surgimento de problemas quanto a sua delimitação em relação a outros elementos que não são normativos e à sua caracterização ante os elementos descritivos. Tal questão permanece aberta e não apresenta solução fácil.”

⁵⁰⁰ ROXIN, Claus. **Teoria del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico**. Depalma: Buenos Aires, 1979, p. 121e 134. (tradução livre)

⁵⁰¹ Bechara (BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Valor, norma e injusto penal: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo**. Belo Horizonte: D’Placido, 2020, pp.222-4) é bastante crítica do conceito de elementos normativos do tipo. Considera que, “A fim de se obter um conceito operativo de elementos normativos do tipo no âmbito de um Estado Democrático de Direito não basta, porém, buscar sua definição exclusivamente a partir do recurso às próprias normas, ou, em complementação a essas, aos critérios da filosofia analítica da linguagem, porque no primeiro caso há a limitação por um contexto positivista e, no segundo, ainda que se alcance uma perspectiva social dinâmica, não se logra uma delimitação – fundamental- da referida classe de elementos típicos, por meio das exigências valorativas de uma intervenção penal democrática e legítima.(...) Sob tal perspectiva, observam-se, a título ilustrativo, os delitos ambientais, em cujo âmbito não parece ser possível entender o bem-jurídico tutelado como dimensão previamente dada, haja vista que sua realidade atual tangível em geral não constitui o estado desejado e, por isso, necessitado de melhora. Em tais circunstâncias questiona-se inclusive se o Direito Penal poderia pretender tutelar um “dever-ser”, decidindo pelo restabelecimento ecológico do estado natural o mais otimizado o possível (...) Em ambos os exemplos de bens jurídicos desmaterializados, as construções típicas devem necessariamente valer-se de elementos normativos, evidenciando a existência de uma delicada relação de reciprocidade. Assim, de um lado, porque as normas penais

Roxin⁵⁰² desloca a discussão do tema da tipicidade para considerar que, na verdade, o tema dos “tipos abertos” de Welzel, trazem uma discussão referente a integridade da descrição da “matéria de proibição” no tipo penal⁵⁰³. E, sendo assim, a “teoria dos tipos abertos” confunde tipicidade com a culpabilidade, eliminando a diferença do erro de tipo e de proibição. Conclui Roxin que tanto Welzel como Kaufman acabam esclarecendo que os deveres jurídicos trazem elementos tanto da tipicidade, devendo ser abarcados pelo dolo, como da antijuridicidade. Essa conclusão faz com que Roxin exclua de sua análise os crimes culposos, já que faz uma referência específica ao dolo.

Também na doutrina nacional os tipos abertos não são aceitos. Segundo Tavares⁵⁰⁴, o tipo do injusto deve ser entendido como “fechado”, por ser uma “descrição definitiva dos elementos que caracterizam a conduta proibida”, visando a manutenção do “tipo-garantia”. Assim, no tipo devem estar determinados “todos os elementos caracterizadores do conteúdo do injusto de uma espécie de delito, que assinalam as delimitações das zonas do lícito e do ilícito”⁵⁰⁵.

Roxin⁵⁰⁶ para solucionar a questão dos elementos do dever jurídico sugere, inicialmente a teoria do tipo total, para depois, tratar do conceito de “elementos da valoração global do

tutela de bens jurídicos desmaterializados, há a necessidade de uma construção típica mais aberta no sentido normativo. De outro, a crescente necessidade de elementos normativos nos tipos penais desvaloriza a valoração de seus objetos de proteção e, assim, o próprio conteúdo material dos delitos. Os elementos normativos estão, portanto, inseridos em um perigoso círculo vicioso, apto a afetar a legitimidade da intervenção penal se não houver uma delimitação clara e funcional.”

⁵⁰² ROXIN, Claus. *Teoria del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. Depalma: Buenos Aires, 1979 (tradução livre).

⁵⁰³ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Valor, norma e injusto penal: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo**. Belo Horizonte: D’Placido, 2020, p. 231. Considera que a própria existência de elementos normativos do tipo, “Ocorre que, em razão de sua abertura normativa-valorativa, os elementos normativos implicam, por sua própria natureza, uma relação conflituosa com o princípio da legalidade e o caráter subsidiário do Direito Penal, conferindo aos aplicadores do Direito um papel próximo ao de legislador. (...) Conclui-se, assim, que os elementos normativos do tipo penal não podem ser lidos a partir de uma ideia de indeterminação. O que não se mostraria mesmo democraticamente admissível, mas sim a partir do reenvio que realizam a outras normas, jurídicas ou não, respeitadas em qualquer caso, ao sistema constitucional vigente.”

⁵⁰⁴ TAVARES, Juarez. **Teoria do crime culposo**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p.313

⁵⁰⁵ Tavares (TAVARES, Juarez. **Teoria do crime culposo**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p.313) repudia a teoria dos tipos abertos, também nos crimes culposos, já que seria necessário acrescentar ao tipo elementos da antijuridicidade.

⁵⁰⁶ Roxin (ROXIN, Claus. **Teoria del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico**. Depalma: Buenos Aires, 1979, pp.213-4. (tradução livre)) parte do pressuposto de que os elementos do dever jurídico são tanto descritivos como pertencentes à antijuridicidade, por trazerem “circunstâncias valorativas gerais”, estando de acordo com sua teoria do tipo total. O tipo total seria aquele que “abarque em si a totalidade das circunstâncias determinantes do injusto”, sendo também adequado às “exigências do elemento fundamental e delimitador da estrutura do delito”, assim, as condutas típicas são sempre “merecedoras de reprovação do legislador”, “socialmente danosas”, como também “contrárias ao Direito”. Dessa forma, “os elementos pertencem sempre ao tipo penal”, sem que se considere se sua origem é legislativa ou judicial, obtidos a partir da análise em um processo judicial de referências administrativas ou científicas, “como se dá nos crimes omissivos impróprios e culposos”.

fato”⁵⁰⁷. Esses seriam elementos do tipo, mas que fundamentam “reprovabilidade da conduta”, unificando elementos do tipo e da antijuridicidade. Com o recurso aos elementos da valoração global do fato, Roxin considera ter havido uma renúncia da “descrição do tipo em abstrato”, para que a punibilidade apenas dependa da “comprovação judicial da antijuridicidade material”, da “intolerável nocividade social”. Assim, Roxin considera que “todos os pressupostos da valoração global do fato” pertencem ao tipo⁵⁰⁸, sendo um caso de “tipo fechado”, enquanto a “própria valoração do conjunto” seria parte da antijuridicidade. Roxin⁵⁰⁹ adverte que essas estruturas teriam aplicação excepcional, por se tratar da “exceção sistemática da tripartição” do delito, reservada para casos em que os elementos “antecipem o juízo global do injusto”⁵¹⁰.

Parece-nos que Roxin apenas desloca a discussão jurídica, aceitando que, nos deveres jurídicos, haverá a atuação judicial para a determinação do juízo de reprovação da conduta, considerando-os “elementos de valoração global do fato”.

Seria, portanto, um “tipo do injusto”. Conclui que o tipo total permite “determinar a matéria de proibição”, mesmo nos casos em que a lei deixe lacunas. Roxin afirma que a teoria do tipo total é um tipo como *ratio essendi*, buscando uma análise próxima a de Gallas, que considera tipo “uma unidade de sentido, uma estrutura do pensamento, um sentido próprio objetivo”, já que permite uma “análise valorativa específica” para casos bastante diversos, unidos sob o mesmo tipo penal, como no caso do “homicídio, legítima defesa e morte na guerra”. Assim, o tipo total de Roxin (ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General, t.I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Madrid:Civitas, 1997, pp.287-8. (tradução livre)) expressa a união do tipo e da antijuridicidade, compondo um “tipo global no aspecto do injusto”, seria um “compêndio das circunstâncias decisivas para a proibição penal, da responsabilidade”. No entanto, abandona esse conceito, considerando a autonomia entre tipicidade e antijuridicidade, (“é um tipo do injusto, mas não é idêntico ao injusto”) para tratar dos conceitos de valoração global.

⁵⁰⁷ Roxin (ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General, t.I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Madrid:Civitas, 1997, pp.298 e301. (tradução livre)) considera que as circunstâncias de valoração global do fato têm importância prática, principalmente, para a teoria do erro. Se o erro do tipo exclui o dolo, o autor conhece “todos os pressupostos materiais de sua atuação”, a consequência de uma “valoração jurídica avaliada erroneamente pelo autor” leva a um erro de proibição.

⁵⁰⁸ Bechara (BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Valor, norma e injusto penal: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo**. Belo Horizonte: D’Placido, 2020, p.251-2), filiando-se à teoria de Roxin, indica que “Em síntese, os elementos de valoração global do fato, encontrados em diversas normas penais incriminadoras do ordenamento brasileiro, tais como “inevitavelmente” (art. 151 e 319 do Código Penal; art. 195, V da Lei Federal n. 9279/1996), “ilicitamente” (art. 174 da Lei Federal 11.101/2005), “sem justa causa” (art. 154 e 244 do Código Penal; art. 6, I da Lei Federal n. 8137/1990), distinguem-se dos elementos normativos do tipo, em sentido estrito, seja em razão de pertencerem apenas em parte (os pressupostos de valoração global) ao tipo penal, ficando o restante – a valoração em si – compreendido pela antijuridicidade, seja por serem incompatíveis com a ocorrência de causas de justificação.”.

⁵⁰⁹ ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General, t.I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Madrid:Civitas, 1997, p. 302. (tradução livre)

⁵¹⁰ Schünemann (SCHÜNEMANN, Bernd. La función de la delimitación de injusto y culpabilidad. In **Revista Peruana de Ciencias Penales**, n. 18, 2006, pp. 402 e 405. (tradução livre)) também considera que a teoria do “tipo total do injusto” de Roxin seria uma conclusão lógica da análise sistemática do conceito do injusto. Em sua análise, a própria construção do tipo penal traz a descrição “não só de um comportamento meramente antijurídico, mas também socialmente lesivo e, portanto, qualificadamente antijurídico”.

Na doutrina nacional, Bechara⁵¹¹ defende que os elementos de valoração global se apresentam nos casos em que há deveres de cuidado e deveres de agir (culposos e omissivos impróprios), mas, também nos dolosos, nos quais “a determinação típica não se mostra possível sem uma complementação da matéria de proibição apenas sugerida pelo legislador por uma valoração autônoma levada a efeito pelo julgador e situada, assim, fora do tipo, como regra da ilicitude”.

No caso da construção normativa do risco, a ser transmitida através de deveres de cuidado, há o reconhecimento de que sua violação está conectada não apenas com o tipo penal, mas também com o juízo de antijuridicidade, a ser realizado pelo juiz ao julgar o caso concreto.

Já no direito penal inglês, a construção normativa do risco pelo Direito Penal também passa pelo conceito de deveres de cuidado (os *duties of care*). Ashworth⁵¹² considera *duty of care*, como um “conceito pertence ao *tort law*” (Direito da responsabilidade civil, Direito dos danos). Nesse caso, aquele que “viola o seu *duty of care* deve ser responsabilizado pelas consequências, se agiu com *intent* ou *negligence*”. No Direito penal, Ashworth indica o “dever de não lesar outro em seus interesses protegidos, de forma consciente, seja por meio de um ataque danoso ou da colocação em perigo”, mas não haveria um conceito específico penal de deveres de cuidado. Segundo a *Consultation Paper n. 237* da *Law Commission*⁵¹³, os deveres

⁵¹¹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Valor, norma e injusto penal: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo. Belo Horizonte: D’Placido, 2020, p.243

⁵¹² ASHWORTH, Andrew J. **Positive Obligations in Criminal Law**. Londres: Bloomsbury, 2013, pp.137-140(tradução livre).

⁵¹³ The Law Commission. **Consultation Paper n. 237: Legislating the Criminal Code INVOLUNTARY MANSLAUGHTER Item 11 of the Sixth Programme of Law Reform: Criminal Law Laid before Parliament by the Lord High Chancellor pursuant to section 3(2) of the Law Commissions Act 1965**. London: The House of Commons, 1996. (tradução livre)

de cuidado são tidos como uma conexão⁵¹⁴ entre o Direito Penal⁵¹⁵ e o Civil⁵¹⁶, “sem que se estabeleça se os conceitos em ambas as áreas são os mesmos”⁵¹⁷. Sendo assim, o conceito de deveres de cuidado não vem determinado pela teoria jurídico-penal inglesa.

⁵¹⁴ Matthews (MATTHEWS, M.H. Negligence and Breach of Statutory Duty in *Oxford Journal of Legal Studies*, Winter, 1984, Vol. 4, No. 3, pp. 429-433. (tradução livre)) ao tratar do direito penal canadense, adverte que a “responsabilidade criminal” pode estar baseada na violação de “um dever de cuidado previsto em lei”, cuja “violação poderia também levar à responsabilidade civil”. Não há, contudo, no Direito inglês e canadense a “correlação imediata” entre as duas responsabilizações. Além disso, a Suprema Corte canadense, por exemplo, questiona “se o *standard* de *negligence* criminal” poderia ser usado para “determinar a responsabilidade civil”, já que a esfera criminal permitiria “diversas defesas” que a cível não admite.

⁵¹⁵ Um exemplo interessante da construção inglesa do *manslaughter* e os deveres de cuidado, encontra-se na possibilidade de responsabilização criminal da pessoa jurídica, a partir da caracterização da quebra de deveres de cuidado, conforme exposto no *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007*, que trazemos:

Section 1

The offence

(1) *An organisation to which this section applies is guilty of an offence if the way in which its activities are managed or organised—*

(a) *causes a person's death, and*

(b) *amounts to a gross breach of a relevant duty of care owed by the organisation to the deceased.*

(...)

(4) *For the purposes of this Act—*

(a) *“relevant duty of care” has the meaning given by section 2, read with sections 3 to 7;*

(b) *a breach of a duty of care by an organisation is a “gross” breach if the conduct alleged to amount to a breach of that duty falls far below what can reasonably be expected of the organisation in the circumstances;* (grifo nosso).

Fica claro, portanto, que certas pessoas jurídicas podem ser punidas por homicídio causado pela violação grave de dever de cuidado. Sendo esse conceito essencial para se tratar da responsabilidade criminal de pessoas jurídicas nesse caso, já que embasam a reprovabilidade da conduta do agente.

⁵¹⁶ Robertson (ROBERTSON, Andrew. On the function of the Law of Negligence. In *Oxford Journal of Legal Studies*. Spring 2013, v. 33, n.1, pp.31-57(tradução livre)) trata dos fundamentos dos deveres de cuidado na negligência cível. Afirma que a razão principal seria a de “justiça entre o causador do dano e a vítima”. No entanto, esclarece que o Direito dos danos também leva em consideração outras fundamentações, tais como a “compensação e distribuição de perdas, de dissuasão direta, educação e reforço de valores, provendo conforto psicológico às vítimas, e a função ombudsman pressionando as autoridades e agindo como instrumento de reforma social”. O autor reconhece, no entanto, que “um dever de cuidado pode ser negado diante de justificativas regulatórias”.

Quanto à análise cível dos deveres de cuidado, importante citar o procedimento para a sua criação no processo judicial. Green (GREEN, Leon. The duty problem in Negligent cases. In *Columbia Law Review*, dec. 1928, v. 28, n.8, pp.1014-1045(tradução livre).) indica que o termo “*duties of care* pouco informa ao juiz”, mesmo quando se trata de casos bem específicos, como o dever de cuidado em relação aos demais usuários da rodovia (*duty to use reasonable care towards other travellers on the highway*). Com exceção de poucos casos onde “os deveres tem afirmado os termos de conduta”, o dever de um requerente, na esfera cível, é “desconhecido até que o caso venha a ser julgado”. Ao magistrado, caberia indicar se o “dever genérico seria aplicável ao caso concreto”. Entre os testes possíveis para os definir Green aponta o “teste do perigo” segundo o qual, nos casos em que “houver a criação de risco, haveria o dever de cuidado”, sendo um precedente o caso *Palsgraf v. Long Island R.R.*, 162 N. E. 99 (NY 1928).

⁵¹⁷ Um exemplo de possível divergência entre os conceitos de deveres de cuidado civil e criminal é dado pela própria *Law Commission* (The Law Commission. **Consultation paper n. 237: Criminal Law: Involuntary Manslaughter**. London: HMSO, 1996 (tradução livre)). A Comissão considera que “*negligence* no contexto de *manslaughter*” provavelmente “não traz qualquer significado técnico diferente do Direito dos danos civil” (*tort law*), onde depende da “existência de um dever de cuidado e de sua violação”. No caso *Adomako*, os “princípios jurídicos ordinários da lei de *negligence*” não causam problemas apenas quando há “um resultado de morte diante da má performance de um ato”. Nesses casos, “em ambos os ramos do Direito haveria um dever de cuidado”. No entanto, é possível que, entre os casos de omissão, “haja divergência entre as responsabilidades civis e criminais”.

Quando analisamos os casos do Direito Penal no contexto regulatório, os deveres de cuidado são abordados de forma diversa. Por exemplo, Fisher, Lange e Scotford⁵¹⁸, ao analisar a questão dos deveres de cuidado na Seção 34 do *Environmental Protection Act 1990* inglês⁵¹⁹, afirmam que se trata de “algo totalmente diverso do *tort law*” (Direito dos danos civil), sendo que, diante da Regulação ambiental, afirmam que os deveres de cuidado seriam uma “medida regulatória”.

No que se refere à análise da estrutura do crime, no direito inglês, tem-se forte preocupação com a conscientização da população quanto à existência do dever de cuidado⁵²⁰.

⁵¹⁸Fisher, Lange e Scotford (FISHER, Elizabeth. LANGE, Bettina. SCOTFORD, Eloise. **Environmental Law: text, cases and materials**. NY: Oxford University Press, 2019, p.558. (tradução livre)) indicam que, nesse caso, o dever de cuidado cria uma obrigação aos “demais operadores na cadeia de produção de resíduos, para que chequem se há *compliance*, obediência, dos deveres durante as fases de transporte, importação e depósito de resíduos”. Os deveres de cuidado acabam por criar “mais uma camada de gerenciamento dos resíduos,” evitando que os “demais elos da cadeia de produção de resíduos ignorem os crimes cometidos pelos demais operadores da cadeia”, isto é, aqueles de quem podem receber ou transferir os resíduos.

⁵¹⁹ **Reino Unido**. Environmental Protection Act 1990. Section 34. 01/11/1990. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/43/contents>.

34Duty of care etc. as respects waste.

(...)

(1A)It shall be the duty of any person who is responsible for the management of extractive waste to take all such measures applicable to him in that capacity as are reasonable in the circumstances —

(a)to prevent any contravention by any other person of section 33 above;

(b)to prevent any contravention by another person of regulation 12 of the Environmental Permitting Regulations] or of a condition of an environmental permit; and

(c)to prevent the escape of the waste from his control or that of any other person.]

(...) (6)Any person who fails to comply with the duty imposed by subsection (1), (1A) or (2A)] above or with any requirement imposed under subsection (5) above shall be liable—

(a)on summary conviction, to a fine not exceeding the statutory maximum; and

(b)on conviction on indictment, to a fine.

O Reino Unido (**Reino Unido**. Department for Environment Food & Rural Affairs. In Statutory Guidance: Waste duty of care: code of practice. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/publications/waste-duty-of-care-code-of-practice/waste-duty-of-care-code-of-practice>. Acesso em 29/07/2021.), em uma iniciativa louvável, pois esclarece o público, cria em página disponível da internet um modelo simplificado da Regulação ambiental, expondo que, em caso de violação de deveres de cuidado é possível a configuração de crime. **"5.7 What happens if you do not meet your duty of care?** It is a criminal offence if you do not take all reasonable measures available to you to meet your duty of care. You could face prosecution and, on conviction, a fine and criminal record."

⁵²⁰ Ashworth (ASHWORTH, Andrew. **Positive Obligations in Criminal Law**. Hart: Oxford and Oregon, 2013, pp.65-68. (tradução livre)), inclusive, afirma que se o Direito Penal busca “guiar as condutas” dos cidadãos, deve garantir que os destinatários da norma sejam capazes de tomar conhecimento das normas penais e compreender seu conteúdo, principalmente, em se tratando de “deveres de agir”. Assim, respeitando-se o império da lei (*the rule of law*) e o princípio da legalidade, Ashworth defende normas penais “claras, estáveis e irretroativas”, criticando a possibilidade de que os deveres de cuidado venham a ser identificados apenas durante o processo judicial, portanto, após os fatos. Esse delineamento posterior desses deveres permitiria, segundo Ashworth, inclusive, a responsabilização por um crime grave, como o *manslaughter* (uma espécie de homicídio, com pena reduzida), sem que o agente tenha conhecimento prévio de seu dever de agir. Esclarece que, no direito inglês, normalmente, não se “impõem obrigações positivas”, que exijam a ação do agente. Dessa forma, não haverá qualquer informação prévia que “advirta o indivíduo da existência desse dever”, pois há a “crença” de que “os deveres de cuidado em relação a terceiros são excepcionais”. Além disso, usam-se “conceitos abertos” para a definição das omissões, o que “prejudica o conhecimento dos cidadãos em relação aos seus deveres”. São exemplos desses conceitos o “*reasonable steps*” (decisões razoáveis) e “*such steps as could reasonably be expected*” (certas decisões, as quais poderiam ser razoavelmente esperadas), os quais tem “pouco de objetivo”, dificultando “tanto a acusação como a defesa”. Conclui que poderiam ser baseados em “parâmetros mais definidos”, trazendo “indicações de fatores relevantes ou limitantes” como a “própria capacidade e possibilidade de evitar o perigo”.

Essa questão aparece até mesmo no precedente mais importante no direito inglês, o *R v Brown*, sobre o tema de imposição de deveres jurídicos ao cidadão. Ashworth⁵²¹, ao tratar do *R v Brown*⁵²², critica a solução adotada, já que não se considera “a exposição ao risco do cidadão”, considerando-a como “violadora da autonomia”, pois não se aceita “ausência de conhecimento da ilicitude”, assim como o “erro de proibição”.

Parece-nos que também no direito inglês encontramos a preocupação com o conhecimento prévio dos deveres de cuidado pela sociedade, tendo em vista o papel ativo do magistrado no delineamento dos deveres de cuidado no caso concreto.

Podemos perceber que ambos os sistemas tratam os deveres de cuidado como algo que é “importado” de outra área, a Regulação de Risco, mas que, ao ser implantado no Direito Penal traz sérias consequências para a definição da conduta proibida.

Diante de tais efeitos, a doutrina ressalta que apenas alguns deveres de cuidado deveriam receber tutela penal, como bem afirma Corcoy Bidasolo⁵²³, limitando-os aqueles que tenham “como finalidade evitar lesões de bens jurídicos protegidos pelo direito penal”⁵²⁴. É necessário, portanto, que haja a clara referência à prevenção de danos aos bens jurídicos para justificar a intervenção penal⁵²⁵.

⁵²¹ ASHWORTH, Andrew. Positive Duties, Regulation and the Criminal Sanction. In *Law Quarterly Review*, vol. 133, n. October, 2017, pp. 606–30. (tradução livre)

⁵²² Sobre o referido caso inglês, *R v Brown* (The Brown Rule – (1841) Car&M 314), tem-se que para se basear um indiciamento contra uma pessoa por se recusar a ajudar a polícia na execução de seu dever de pacificar um tumulto, é necessário provar: que o agente da polícia viu uma violação à paz pública; que a assistência do réu era necessária e que o réu, sem impossibilidade física ou escusa legítima, negou-se a ajudá-lo; e se foi esse o caso, não importa se o número de manifestantes era tal que sua ajuda seria inútil.

⁵²³ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. **El delito imprudente: criterios de imputación del resultado**. Buenos Aires: B de f, 2008, pp.96-97 (tradução livre)

⁵²⁴ É possível também a análise da legitimidade dos deveres jurídicos com base na solidariedade. Habermas (HABERMAS, Jürgen. Na esteira da tecnocracia. Um discurso em prol da solidariedade europeia. In HABERMAS, Jürgen. **Na esteira da tecnocracia**. São Paulo: Fundação Editora da Unesp, 2014, pp.145-151) considera que o termo “solidariedade” apenas desenvolveu-se após a Revolução Francesa, a partir da ideia de fraternidade, usada para expressar a necessidade de referência aos deveres de solidariedade comuns nas relações familiares e corporações de ofício, os quais geravam uma proteção paternalista. Essa ideia de solidariedade foi usada como fundamento para aqueles que buscavam a coesão de uma nova sociedade, tornando a exigência do respeito à solidariedade entre os cidadãos um meio para vocalizar as exigências das classes sociais menos favorecidas. Habermas, inclusive, dá como exemplo atual da “indignação com a lesão à solidariedade entre cidadãos”, os casos de “sonegadores de impostos que se furtam da responsabilidade para com a coletividade política, cujas vantagens eles desfrutam com desenvoltura”. Conclui que esse desprezo às relações de solidariedade acaba recebendo tratamento do ordenamento jurídico, tornando-se “pretensões jurídicas”.

No Direito Penal espanhol, por exemplo, Mondaca (MONDACA, Iván Navas. **Deberes negativos y positivos em derecho penal: sobre los deberes de solidaridad e cooperación en un estado liberal**. Valencia: Tirant lo blanch, 2018, pp.71-72. (tradução livre).) afirma que os deveres de solidariedade devem ser positivados, pois, “não se trata de uma questão moral ou ética ou de certa crença”, mas seriam a própria “base de todo o sistema jurídico, que sustenta a existência mínima do Estado”. Esses deveres de solidariedade, segundo Mondaca, seriam “deveres positivos de ajuda à esfera jurídica de outro, sem fazer referência a um compromisso voluntário anterior”.

⁵²⁵ Essa análise, no entanto, apenas é válida para o funcionalismo teleológico. Jakobs (JAKOBS, Günther. **Uma teoria da obrigação jurídica**. Barueri: Manole, 2003, pp. 35-38, 41-51) analisa o dever jurídico a partir de uma “interpretação social”, a partir da “auto-organização do sistema”, já que a “subjetividade apenas seria possível

dentro de uma comunidade”. Jakobs, ao analisar o mundo com base em normas, conclui que o parâmetro para os comportamentos seria dado pelos deveres jurídicos, sendo que a sua violação também deve ser entendida como uma frustração da expectativa de um terceiro, um tipo de “defeito” daquele que falhou em cumprir o dever. Em sua teoria, portanto, o “ordenamento pessoal inicia-se com deveres”, os quais tem a função de “contribuir para a manutenção do grupo que existe por meio da ordem”, os direitos seriam, portanto, instrumentais, mero meio para cumprimento dos deveres. Jakobs considera que o conceito de pessoa deve ser determinado pelos “deveres que lhe competem”.

Jakobs (JAKOBS, Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und alteuropaischen Prinzipiendenken, ZStW 107 (1995), pp.843 e ss apud ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Facticidad y normatividade: notas sobre la relación entre ciencias sociales y Derecho penal. in **ADPCP**, v. LII, 1999, n.61, p. 198.(tradução livre)) declara sua aderência à teoria de Hegel de que o Direito refere-se à “convicção jurídica média de um povo”. Assim, Jakobs defende que o Estado Moderno exija que a pessoa venha a se desincumbir de seus deveres para conquistar o apoio estatal para seu plano individual.

Robles Planas (ROBLES PLANAS, Ricardo. Deberes negativos y positivos en Derecho penal. In **InDret: Revista para el análisis del derecho**, v.4, 2013, pp.3-4. (tradução livre)) defende a adoção da classificação de Jakobs. Considera que “deveres negativos seriam aqueles que impedem a ampliação do próprio âmbito de organização a custo dos demais”, evitando que se atinja terceiros, sendo uma relação é “puramente negativa”, isto é, busca-se “não causar dano”. Já os “deveres positivos são próprios de quem ocupa um *status* especial. O obrigado positivo não só tem que garantir que de sua organização não derive efeitos lesivos, mas que tem de se preocupar com a “existência não diminuída ou inclusive com o fomento de um círculo de organização e nesse sentido formar um mundo em comum com a pessoa favorecida”. Assim, refere-se a algo semelhante ao “altruísmo”, a ser exercido por certas “instituições sociais “semelhantes a “relação paterno-filial, o matrimônio, a confiança especial, as relações estais, a segurança elementar e vinculação à lei da administração e a jurisprudência como fundamento do Estado de Direito”. Essas instituições seriam a base dos crimes de comissão por omissão. Afirma que os deveres positivos e negativos podem ser violados tanto por comissão como por omissão. Afirma que a “não prestação positiva em relação a um bem pode constituir a infração de um dever negativo”, isto é, “o cumprimento de deveres negativos pode incluir a realização de prestações positivas de melhora ou fomento”.

É nesse sentido também que Pawlik (PAWILICK, Michael. El delito, ¿lesión de un bien jurídico? In **InDret 2/2016**, p.10 (tradução livre)) define pessoa. Considera que “pessoas apenas existem no plural”, isto é, “aquelas que se encontram em uma comunidade normativamente constituída com outras pessoas(...)A existência das pessoas no Direito, encontra-se submetida à condição da validade da lei jurídica; por outro lado, a lei jurídica só pode satisfazer sua tarefa básica de coordenação da ação através da constituição de pessoas no Direito”. Essa relação, segundo Pawlik, está presente tanto em Hegel como em Kant, sendo que Hegel traz a “fórmula”: “seja uma pessoa e respeite aos demais como pessoa”. Já em Kant também encontra o fundamento para o “Direito orientado para a igualdade na liberdade”. Afirma que o “Direito seria a condição da possibilidade da existência de seres livres, que, em tal medida, se encontrem relacionadas entre si como pessoas que experimentam em suas ações externas as mesmas limitações em seu espaço jurídico de atuação”. Assim, conclui que, da mesma forma que se dá com a teoria do bem jurídico, “uma concepção convincente do injusto criminal deve levar em consideração, na idêntica medida das pretensões de liberdades de todos os afetados por uma regulação jurídico-penal, isto é, não apenas os interesses da potencial vítima, mas também as posições daquelas pessoas cujas opções de atuação limitam-se através da proibição em questão.”.

Mondaca (MONDACA, Iván Navas. **Deberes negativos y positivos em derecho penal: sobre los deberes de solidaridad e cooperación en un estado liberal**. Valencia: Tirant lo blanch, 2018, pp.65, 67 e 70 (tradução livre)) afirma que o “núcleo de nossa sociedade moderna é uma característica liberal que se sustenta na autonomia da liberdade. A liberdade e autonomia da pessoa são valores fundamentais e necessários para permitir o desenvolvimento do ser humano. Por isso qualquer incursão no sistema jurídico de um dever positivo tanto de solidariedade como de cooperação que de alguma forma restringem essa liberdade devem ser fundamentados e claramente definidos. (...) uma sociedade não pode funcionar apenas com responsabilidade pelo exercício da liberdade (deveres negativos). A solidariedade é reflexo da realidade inegável de que o ser humano depende, em certa medida, positivamente de outros para a sua própria configuração de mundo. Considerar a base da sociedade moderna a liberdade e a autonomia da pessoa, não significa que fundamentar certos delitos solidariedade seja contrário à configuração básica da sociedade (...) A solidariedade é um princípio com encaixe constitucional em virtude do princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana, cuja ideia encontra-se em diversos âmbitos como na moral, socio-político e também no Direito, por exemplo, nos sistemas tributários, de seguridade social. A solidariedade pode se encontrar entre os pilares da declaração de direitos do Homem que fazem menção à liberdade, igualdade e fraternidade. Esse último princípio, a fraternidade, contém um conteúdo de solidariedade da tradição liberal(...) Em sua relação com o direito penal, boa parte do debate está na fundamentação da legitimidade e encontrar um modelo adequado entre os princípios da autonomia individual e a responsabilidade pelas consequências dessa autonomia e a solidariedade que devemos uns aos outros nas ocasiões que geram

Essa visão da necessidade de análise do conteúdo das normas de direito penal é bastante clara também no direito espanhol. Molina Fernández⁵²⁶ esclarece que “nunca um sistema jurídico poderia se basear em normas que tivessem como sua finalidade a obediência de seus destinatários”⁵²⁷, pautando-se na doutrina alemã de Binding⁵²⁸, que teria afirmado que “nenhuma lei razoável exige a obediência como um fim em si mesmo” e de Brinz⁵²⁹, citando sua afirmação de que a violação da lei já seria em si um mal, “mas a lei de cuja infração não se deve outro mal que sua própria infração, seria ela mesma um mal”.

Schünemann⁵³⁰, por exemplo, ao tratar de deveres jurídicos, cuja violação foi criminalizada, os tidos “delitos de dever”, atrela a sua legitimidade a necessidade da proteção a uma instituição social, reconhecida como bem jurídico. Assim, a pena voltada à “violação normativa”, referente ao descumprimento do dever jurídico, “deixa-se legitimar apenas sob o pressuposto de que se trate de uma norma fundamental de cuja observância completa dependa a sobrevivência de toda uma instituição”, como se dá nos crimes de corrupção.

Na doutrina brasileira, Tavares⁵³¹ usa o conceito de “crimes de dever” para interpretar os crimes culposos, definindo o conteúdo do dever jurídico como de “só praticar essa conduta quando dela não se possa esperar o desfecho lesivo ao bem jurídico”. Dessa forma, mantém o bem jurídico com um “papel preponderante para a norma determinativa, porquanto só haverá o

responsabilidade (inclusive penal)(...) Efetivamente, a imposição de deveres de solidariedade abertamente contrários ao consenso social não teria legitimidade (..) pois são os cidadãos os titulares do poder que exerce o próprio Estado(...) Tanto é assim que creio necessário perguntar-se se nos organizamos como sociedade unicamente para exercer nossa liberdade, sem conceder a ela nada em troca”.

⁵²⁶ MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. **Antijuridicidad penal y sistema del delito**. Barcelona: Bosch,2001, p.652 (tradução livre).

⁵²⁷ Kelsen (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 128-133), representante do positivismo jurídico, define dever jurídico como um sinônimo de uma “conduta prescrita pela ordem social”; e, sendo o Direito uma “ordem social e coercitiva, a conduta à qual alguém é juridicamente obrigado deve ser realizada, sob pena de uma sanção”. Assim, Kelsen identifica o dever jurídico com a própria norma prescritiva, afirmando que o dever jurídico “não é uma situação de fato imposta por uma norma jurídica”. Crítica, ainda, a ideia de que um indivíduo seria um “portador de um dever”, já que o preponderante é a “própria conduta”; não o indivíduo. A palavra dever, segundo Kelsen, depois de Kant passa a ter “um valor moral absoluto”, já que o ser humano deve sempre cumprir seu “dever”. No entanto, se fosse admitida a existência de “diversas ordens morais”, essa conexão perderia o sentido. Kelsen entende que o dever apenas pode estar ligado à ordem jurídica; e, não à ordem moral.

⁵²⁸ BINDING. Die Normen, I, p.397 apud MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. **Antijuridicidad penal y sistema del delito**. Barcelona: Bosch,2001, n. 76, p.652.

⁵²⁹BRINZ. Lehrbuch der Pandekten, II, 1, p. 152 apud MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. **Antijuridicidad penal y sistema del delito**. Barcelona: Bosch,2001, n. 77, p.652.

⁵³⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. Ensaio sobre os conceitos de crime e pena e de bem jurídico e estrutura do delito. In SCHÜNEMANN, Bernd. **Direito penal, racionalidade e dogmática: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional**. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p.85.

⁵³¹ TAVARES, Juarez. **Teoria dos Crimes culposos**, Florianópolis: Tirant lo blanch, 2018, p.295.

dever concreto de não se realizar a ação, quando demonstrado o risco concreto de lesão ao bem jurídico”.

Na doutrina inglesa e norte-americana também se encontra preocupação quanto ao conteúdo das normas jurídicas para se tratar da criminalização de sua violação. Duff e Marshall⁵³² afirmam que indicar que “obedecer as regulações” seria resultado de um “dever cívico” apenas é adequado se tais regulações são “adequadamente criadas para servir a um aspecto significativo do bem comum”, sendo que “qualquer teoria política que indique o dever de obedecer ao Direito”, traz como exceção os casos de “regulações que impõem ônus (fardos) não justificados”. Apenas há dever de obedecer as “regulações justificadas como eficientes e que não imponham ônus injustificados para prevenção de danos”⁵³³, e, sendo desse tipo, seria adequado criminalizar sua violação, a qual seria por si só injustificada (*wrongful*).

No direito inglês, Ashworth⁵³⁴ chega a dividir os deveres de cuidado em três grupos, buscando com isso avaliar “a força dos fundamentos para a imposição de uma condenação criminal para aqueles que deixarem de os cumprir”. O primeiro grupo refere-se aos deveres próprios das relações familiares, especialmente, entre pais e filhos. Ashworth considera adequada a criação de um “dever positivo” de “salvaguardar uma criança ou adulto vulnerável

⁵³² DUFF, R.A. & MARSHALL, S.E. Abstract endangerment, two harm principles and two routes to criminalisation. In **Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice**, v. 3, iss.2, 2015, pp.154-7. (tradução livre)

⁵³³ Também Hart (HART, H.L.A. **O conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, pp.109, 111-2, 115-7, 346-7) diferencia as demais noções de dever, as quais considera como “objetos invisíveis que pairam misteriosamente ‘acima’ ou ‘além’ do mundo dos fatos”. Rejeita a noção de dever como um tipo de “previsão” de um mal provável, isto é, da imposição de uma sanção. Essa noção não deixa claro que as infrações às normas são “justificativas” para as sanções, não apenas motivos para se prever as sanções. Hart considera que “afirmar que alguém tem uma obrigação” indica que existe uma “norma”, a qual exige certo “padrão de comportamento”, mas não se pode afirmar que existiria um “dever ou uma obrigação”. Assim, Hart justifica a existência de deveres nos casos em que as exista uma grande “pressão social” sobre aqueles que as violem, como também forte exigência geral de “obediência”, mesmo com o uso do Direito Penal. Hart acaba justificando a existência de deveres ou obrigações jurídicas de acordo com a existência de pressão social para seu cumprimento, a qual apenas pode estar relacionada ao próprio conteúdo material da norma. Considera que é sempre possível a tensão entre os que “aceitam as normas e cooperam voluntariamente para mantê-las”, usando as normas como “parâmetro” de conduta e, os que, “rejeitam as normas” e as consideram como “augúrio de uma possível punição”. Sua teoria opõe-se a de Dworkin, já que considera que a imposição de deveres, “independe dos méritos morais das leis”.

⁵³⁴ ASHWORTH, Andrew J. **Positive Obligations in Criminal Law**. Londres: Bloomsbury, 2013, pp.43-53 (tradução livre). O principal de dever baseado em relações familiares seria em relação às crianças, já que há um “dever geral de garantir o bem-estar da criança”, “garantindo cuidado até que a criança atinja a maioridade”, sendo um dever que deriva do “trazer ao mundo (ou adotar) uma criança, da prioridade da vida e dos princípios da oportunidade ou capacidade”, sendo que o foco principal seria evitar “ameaças à vida”. Quanto aos filhos maiores, a “jurisprudência inglesa é bastante inconsistente” para indicar se esses deveres perduram em caso de maioridade, mesmo para os deficientes. No que se refere aos idosos, o Estado seria o principal responsável, no Reino Unido “parcialmente porque aqueles idosos contribuíram com impostos através de sua vida de trabalho”. No entanto, quanto aos deveres entre cônjuges, sua base seria a “lealdade entre cônjuges, fortalecida pelos votos de casamento” ou na “união estável”.

de um risco significativo de dano físico” a ser imposto aqueles que convivem ou mesmo para meros terceiros.

Já no segundo grupo, Ashworth⁵³⁵ refere-se às “obrigações voluntariamente aceitas”, principalmente provenientes de “certas atividades empresariais e financeiras, as relações de propriedade, trânsito, deveres contratuais e deveres de proteção voluntariamente aceitos”. Nesse grupo, Ashworth dá destaque à Regulação estatal, a qual “espera-se ser conhecida por qualquer um que se envolva com esse tipo de atividade”, sendo um exemplo os deveres de informar nos casos de lavagem de dinheiro⁵³⁶.

Ashworth adverte que não apenas os profissionais de certas áreas podem ser encarregados com tais deveres, mas eles podem ser impostos a qualquer pessoa que participe de um contexto regulatório, como se dá “nos casos de contratos de seguro”, indicando que a informação seria um requisito para a criminalização de tais áreas. Menciona, inclusive, que “a propriedade e direção de veículos” poderiam ser causas para a criação de tais deveres, para “criar uma regulação justa”, em casos “complexos”, que requeiram muita cooperação dos

⁵³⁵ ASHWORTH, Andrew J. **Positive Obligations in Criminal Law**. Londres: Bloomsbury, 2013, pp.43-53 (tradução livre).

⁵³⁶ Ashworth (ASHWORTH, Andrew J. **Positive Obligations in Criminal Law**. Londres: Bloomsbury, 2013, pp.58-59(tradução livre)) cita a omissão de informar atividades suspeitas de lavagem de dinheiro, prevista nas *sections 330 e 331 do Proceeds of Crime Act 2002* traz dois crimes de omissão de dar publicidade de atividades de lavagens de dinheiro, aplicáveis às pessoas do setor regulado, com justificativas razoáveis para conhecer ou suspeitar que outra pessoa estivesse envolvida com lavagem de dinheiro. Ashworth afirma que “não se sabe quantas dessas SARs (*Suspicious Activity Reports*) levaram a um processo-crime, dado essencial para tratar da justificativa para tal criminalização”. Trata também da omissão em notificar operações financeiras suspeitas de envolvimento com terrorismo, presente na *section 21-A do Terrorism Act 2000*, como também daquelas *offences* presentes nas *sections 15 a 18 do Terrorism Act*, *offences* de levantamento de fundos, uso e posse de dinheiro ou outras propriedades para fins de financiamento do terrorismo e lavagem de dinheiro desses recursos. Já a omissão na notificação de atividades suspeitas relacionadas ao terrorismo, presente na *section 19 do Terrorism Act 2000*, a qual se aplica às informações de qualquer pessoa, em sua relação de emprego, comércio ou atividade empresarial, seja a atividade remunerada ou voluntária, “estende o alcance do crime”, mas, de outro lado, “o elemento da culpa é mais restrito do que nos crimes do setor regulado”, já que “não inclui a condição objetiva *reasonable grounds*” (justificativas razoáveis). A acusação deve provar que “o agente sabia e suspeitava que um dos quatro crimes de terrorismo” estava sendo cometida por outra pessoa e o agente “falhou em notificar”. E, por fim, a omissão em notificar sobre atos de terrorismo *section 38B do Terrorism Act 2000*, no caso de que o agente saiba ou acredite que a informação seja objeto de assistência material na prevenção do cometimento de ato de terrorismo por terceiro; ou garantindo a prisão, persecução penal e condenação de terceiro, no Reino Unido, de crime de cometimento, instigação ou preparação de ato de terrorismo. Nesse crime, “não se aceita a defesa da omissão, por se tratar de membro da família”.

É importante destacar que Ashworth indica como “uma das diferenças mais conhecidas e marcantes entre a *common law* e o Direito europeu continental” a ausência de previsão legal do dever de socorro, embora seja reconhecido o “caráter moral” de tais deveres, fundamentados na cultura cristã, conforme a parábola bíblica do “Bom Samaritano”. No entanto, assevera que essa ausência de imposição do dever de socorro genérico, “não impede que venham a existir deveres de cuidado” específicos. E diante de tal imposição excepcional de tais deveres de cuidado, defende que sua existência seja objeto de publicidade, voltada a esse público-alvo, como nos casos de deveres de informação, presentes para certos setores regulados. Ashworth considera que tais deveres de cuidado recíprocos entre Estado e o cidadão, buscando a prevenção de crimes de terceiros, apenas seriam legítimos, se trouxerem resultados benéficos, reduzindo a possibilidade de se alegar ignorância da lei, já que se trata de um dever de cuidado imposto sobre quem obtém vantagens por participar de um setor regulado.

envolvidos, “com potencial risco para a integridade física”. Nesse caso “o papel do Direito Penal é como de um reforço, principalmente como a sanção máxima em um sistema regulatório para negócios”. A fonte contratual de deveres de cuidado também é possível, mas Ashworth questiona se “um mero ilícito civil seria suficiente para justificar a responsabilidade de um crime sério como homicídio”, apenas reconhecendo essa possibilidade, de acordo com o princípio da prioridade da vida, apenas nos casos de “violação das obrigações contratuais referentes à segurança” teriam legitimidade para ser criminalizadas.

No terceiro grupo, Ashworth⁵³⁷ trata de casos de obrigações involuntárias, em que o agente cria um risco e deve agir para o minimizar.

Parece-nos que a doutrina nos tem indicado que o fundamental para a análise do conceito de deveres de cuidado é tratar do objeto⁵³⁸ de tais deveres, do próprio conteúdo da norma

⁵³⁷ ASHWORTH, Andrew J. **Positive Obligations in Criminal Law**. Londres: Bloomsbury, 2013, pp.43-53 (tradução livre).

⁵³⁸ Durkheim (DURKHEIM, Émile. **Sociologia e Filosofia**. São Paulo: Edipro, 2015, pp.59-61) defende, já nos deveres morais, a necessidade de algum motivo além do próprio dever para determinar seu cumprimento. Segundo Durkheim, a tese kantiana seria “incompleta”, pois não trata do conteúdo do dever, apenas da relação com a sanção. Afirma que não se pode executar algo apenas porque se é comandado, acredita que “buscar um fim que não nos comova, que não pareça bom, que não afete nossa sensibilidade é psicologicamente impossível”. Segundo ele, o “fim moral” deve ser algo “desejável”, mesmo que venha a ser obtido com certo “esforço”, contrariando “parte de nossa natureza”. Dessa forma, a noção de “bem” e de “dever” estariam conectadas. Coloca, assim, a “desejabilidade” como segunda característica do ato moral. Conclui que o dever identificado como o próprio “imperativo kantiano” é um “aspecto abstrato da própria realidade moral”. Assim, “não há ato que seja puramente executado” apenas por ser um dever, isto é, exige-se dele que pareça bom de algum modo, principalmente porque, “os fins morais” são “objetos de desejo”.

Interessante a análise histórica trazida por Durkheim(DURKHEIM, Émile. **Lições de Sociologia: Física dos costumes e do Direito**. São Paulo: Edipro, 2015, p.136), comparando a ideia de moral e a hierarquia de deveres, “Nesse sentido, a moral moderna apresenta o mais absoluto contraste com a moral antiga. Sobretudo após o cristianismo ocorreu uma verdadeira inversão, uma virada na hierarquia de deveres. Nas sociedades inferiores, e inclusive no regime da cidade, os deveres dos quais falaremos, em vez de ocuparem o ponto culminante da moral, estavam no limiar da ética. (...) tinham – pelo menos alguns deles - uma espécie de caráter facultativo. O que prova a menor dignidade moral que lhes era atribuída é a menor gravidade das penas com que eram sancionados (...) Na Grécia, o assassinato só era punido a pedido da família e esta podia se contentar com uma indenização pecuniária. (...) Em suma, tais atos só tinham sanções com caráter semicivil (...) inclusive quando havia uma espécie de pena, ou seja, quando o culpado era castigado em seu corpo, não pareciam casos suficientemente graves para o próprio Estado assumir a repressão. Os particulares deviam tomar a iniciativa. A sociedade não se sentia diretamente interessada e ameaçada por esses atos que nos revoltam(...). Os verdadeiros crimes eram dirigidos contra a ordem familiar, religiosa ou política. (...) Primitivamente, os sentimentos coletivos mais fortes, os que menos toleravam a contradição, eram aqueles cujo objeto era o próprio grupo, tanto o grupo político em sua integridade como o familiar.”.

Também Habermas, por exemplo, conecta a legitimidade dos deveres à proteção da liberdade. Habermas (HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade, t. 1**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, pp. 48-49, 53) reconhece na teoria kantiana a necessidade de se justificar a criação de deveres jurídicos indicando sua necessidade para “eliminação de obstáculos para o exercício da liberdade”. O direito, segundo Habermas, “está ligado à autorização para o uso da coerção; no entanto, esse uso só se justifica quando “elimina empecilhos à liberdade”. Assim, Habermas considera que a lei pode ser seguida pelos cidadãos com base em sua “pretensão de validade normativa”. No entanto, “a obediência do direito por motivos morais”, um “agir por dever”, não poderia ser “impostos com uso de coerção”. Assim, as “leis coercitivas devem comprovar sua legitimidade como leis de liberdade no processo de legislação”, cuja “aceitabilidade racional” fundamentado no “processo democrático de legislação”.

jurídica. Nesse caso, fica claro que o conteúdo da norma de dever de cuidado deve ter uma análise mais aprofundada para que compreendamos como se deu a abordagem penal do tema.

4.3 A antiga questão do objetivo e subjetivo no Direito Penal e sua relação com os deveres de cuidado:

A questão das facetas objetiva e subjetiva no Direito Penal encontra relação direta com o tema do conteúdo dos deveres de cuidado.

Como indicamos, os deveres de cuidado são um produto da Regulação de risco, criados para ser um padrão de risco permitido, isto é, se observados o agente atua dentro da margem do que seria juridicamente tolerado, embora sua conduta seja perigosa. Assim, o próprio conteúdo dos deveres de cuidado refere-se à seleção dos fatores ontológicos e nomológicos que devem ser considerados como parâmetro para o juízo de perigo.

Ao “importar” os deveres de cuidado da Regulação de risco, devemos considerar a forma com a qual o Direito Penal constrói normativamente o risco, a partir do parâmetro trazido pelos deveres de cuidado.

Para que possamos compreender a construção normativa do risco, devemos analisar como a teoria do delito aborda o juízo de perigo, identificando-o como pertencente à parte objetiva ou subjetiva do delito. A depender da resposta, seria possível questionar se os conhecimentos específicos do agente poderiam ser descartados, adotando-se um parâmetro objetivo, ou se a própria noção de um juízo de perigo objetivo é totalmente despropositada.

Para tanto, interessa-nos entender como a análise do objetivo e do subjetivo é realizada na teoria do delito e o motivo de sua importância, referindo-se principalmente aos deveres de cuidado e a delimitação do juízo de perigo.

4.3.1. O objetivo e o subjetivo no Direito Penal na construção normativa do risco

A natureza do risco não é um tema de fácil compreensão, como já estabelecemos. Além da dimensão sociocultural, a própria dimensão técnico-científica⁵³⁹ indica que é possível uma análise objetiva ou subjetiva do risco. Essa dificuldade de estabelecimento da natureza do risco reflete-se na sua construção normativa.

⁵³⁹ Cf. Cap. 2.1 Primeira dimensão do risco: risco e seus aspectos técnico-científicos.

O Direito Penal ao se deparar com os diferentes fundamentos técnico-científicos, tem grande dificuldade em construir normativamente o risco quando busca a sua abordagem pela teoria do delito, especialmente, quando pensamos essa teoria repartida entre uma parte objetiva e, outra, subjetiva. Buscaremos retratar essas dificuldades de abordagem, para que compreendamos quais espécies de circunstâncias poderiam ser consideradas como parâmetros para o juízo de perigo, a partir dos deveres de cuidado, em especial, se adotaremos ou não os conhecimentos especiais do agente.

A própria divisão da teoria do delito em uma parte objetiva e, outra, subjetiva é algo bastante complexo. A análise da parte objetiva do crime geralmente está relacionada ao fundamento de legitimação da intervenção penal, isto é, com a tutela de bens jurídicos. Entretanto, a norma penal não pode proibir o resultado do delito, mas apenas atuar sobre a vontade do agente, dissuadindo-o da conduta não desejada pelo ordenamento jurídico.

Segundo Frisch⁵⁴⁰, a distinção entre o objetivo e o subjetivo tem relação com a “proteção da personalidade”, já que a “investigação sobre o indivíduo apenas é legítima quando essa se mostra necessária, do ponto de vista externo (e por isso legítima)”. Sendo assim, seria a partir do objetivo que haveria o primeiro indício da legitimação da intervenção jurídico-penal.

No direito inglês, Stark⁵⁴¹, por exemplo, baseia-se na teoria de Duff para afirmar que não se deve afirmar que o réu tem “conhecimento” (*knowledge*) do risco, mas se deve tratar do que o réu “acredita” (*belief*) sobre o risco. A ideia de crença (*belief*) acabaria por indicar a “necessidade da união entre *wrongdoing* e *culpability*, de (a grosso modo) *actus reus* e *mens rea*”. Assim, não bastaria ter o conhecimento sobre o risco potencial de algo para ser merecedor de uma punição penal, mas se deve começar a agir de acordo com aquilo que se acredita.

Também Mir Puig⁵⁴² esclarece que o “primeiro motivo que fundamenta a proibição de certa conduta” seria um traço objetivo, “a periculosidade *ex ante* ao bem jurídico”, não qualquer “conteúdo psíquico negativo”. Da mesma forma que Frisch, Mir Puig considera que o “modelo do Estado Democrático de Direito” impede uma sanção jurídica sobre os “pensamentos”, sendo que a periculosidade deve ser baseada em um “ponto de vista de um espectador objetivo”, identificando “objetividade” com “intersubjetividade”, isto é, algo que pode ser aferido por um terceiro. No entanto, o Estado apenas pode “proibir que o cidadão realize” comportamentos

⁵⁴⁰ FRISCH, Wolfgang. Delito y sistema del delito. In WOLTER, Jürgen & FREUND, Georg (eds). **El sistema integral del derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal**. Madrid: Marcial Pons, 2004, pp.251-2. (tradução livre).

⁵⁴¹ STARK, Findlay. **Culpable Carelessness: recklessness and negligence in the Criminal Law**. Cambridge: Cambridge, 2016, p.121 (tradução livre).

⁵⁴² MIR PUIG, Santiago. Sobre lo objetivo y lo subjetivo em el injusto. In **ADPCP**. T. 41, fasc.3, 1988, pp. 663-6. (tradução livre).

“perigosos *ex ante*” aos bens jurídicos, “dirigindo-se à mente” dos cidadãos, isto é, “o imperativo normativo deve se dirigir à vontade”, por isso, que “apenas condutas voluntárias podem ser punidas”. Distingue “pensamentos” de “vontade”. Os “pensamentos” seriam “processos psíquicos internos”; já a “vontade” seria parte da “conduta voluntária”, parte do “mundo exterior”. Assim, a vontade poderia ser aferível por indícios externalizados. Essa conceituação possibilita reconhecer vontade inclusive nos crimes culposos, já que entende que “a violação da norma de cuidado exige certo conhecimento”, referindo-se ao contexto fático, o qual demandaria o “cuidado”. O agente, portanto, ou “desconhece o perigo” da situação, sendo caso de culpa inconsciente; ou “crê que tal situação perigosa não traz consequências típicas”, sendo caso de culpa consciente.

Essa mesma conclusão da importância do objetivo na legitimidade da intervenção penal é também encontrada em Molina Fernández⁵⁴³, que trata da questão da “lesividade do fato”, a antijuridicidade, como “infração do conteúdo da norma que reflita a valoração do legislador ao fato”. Dessa forma, o “conteúdo objetivo da norma” seria a “valoração jurídica do fato”. Já a “culpabilidade” refere-se à “presença de requisitos subjetivos que permitem imputar a infração do conteúdo da norma a seu autor”, tratando do “aspecto diretivo da norma vinculado à existência de uma relação normativa completa”.

Segundo Molina Fernández⁵⁴⁴, esse juízo de valor poderia se referir a “um acontecimento”, o qual pode estar na classe daqueles evitáveis, seja por uma atuação pessoal “direta” ou por uma atuação de “terceiros”, a “indireta”. As normas jurídicas seriam um “instrumento de ação indireto”, já que se busca “conseguir algo através de terceiros”, seja “evitar” violações a bens jurídicos, seja “motivar um terceiro” a tomar medidas preventivas como se dá nos crimes omissivos, onde diante de uma “situação de perigo”, tem-se o dever da “ação salvadora”. Considera que o “o desvalor do resultado é o ponto de referência para a criação das normas, já que nele se condensa a lesividade do fato”, afirmando que o “primeiro passo que deve dar o Legislador para elaborar uma norma é determinar o que se busca atingir ou evitar com ela”. Esclarece que essa meta a ser atingida pela norma é o fruto de um processo de valoração, que deve considerar “o saldo da conduta”, isto é, “não se mede só pelo mal que causa, mas também pelo mal que evita ou pelo bem que provoca”.

⁵⁴³ MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. **Antijuridicidad penal y sistema del delito**. Barcelona: Bosch, 2001, pp.657-650, 655, 659, 663-6, 682. (tradução livre). Molina Fernández indica que “resultado” pode ser tanto “material”, definido como “modificação do mundo físico diretamente perceptível pelos sentidos” ou “jurídico”, sendo a “lesão ou perigo ao bem jurídico”, isto é, sua “avaliação jurídica”.

⁵⁴⁴ MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. **Antijuridicidad penal y sistema del delito**. Barcelona: Bosch, 2001, pp.657-650, 655, 659, 663-6, 682. (tradução livre).

Molina Fernández⁵⁴⁵ conclui que “o conteúdo da norma só pode consistir em ações ou omissões que guardem uma relação, ao menos causal, com o resultado” que se busca evitar. E, ao se passar a considerar que o “perigo da ação” também seria um resultado proibido, cresce em importância os “juízos de probabilidade” como “juízos de perigo”, o que faz com que se passe a entender como antijurídica, aquela ação que “de acordo com certa avaliação” possa vir a ser “lesiva”.

Percebemos que tanto no direito alemão como no direito espanhol, temos a relevância da parte objetiva do delito, para legitimar a criminalização da conduta, evitando-se a intervenção penal sobre aspectos da personalidade, isto é, aspectos não externalizados pelo sujeito. Já se percebe o problema que teremos de enfrentar quanto ao risco. Sendo que, apesar de ser considerado uma forma de resultado da conduta, parte do elemento objetivo do crime; ele também é uma avaliação mental feita pelo sujeito.

Para pensarmos como se dá a construção normativa do risco pelo Direito Penal, devemos buscar compreender como a função da norma jurídica é vista pelo Direito Penal.

Mir Puig⁵⁴⁶ esclarece que a “norma jurídico-penal pode se dirigir ao sujeito e proibir o que está fazendo de modo voluntário e consciente”, isto é, o efeito almejado pelo legislador de influir no comportamento do agente tem potencialidade para ocorrer no momento da conduta. Conclui que “o resultado não pode ser objeto de proibição da norma, porque se produz depois que a norma já dirigiu seus imperativos ao sujeito”.

Sendo assim, a análise do risco da conduta deve dar-se, segundo Mir Puig⁵⁴⁷, tanto do “ponto de vista *ex ante*”, tratando da “periculosidade” do “início e durante a execução” do crime, “contribuindo para o desvalor da ação” e “*ex post* quanto à comprovação do efetivo caráter lesivo”, sendo “parte integrante do desvalor do resultado”. Considera que “o desvalor do resultado não pode condicionar o injusto, mas apenas indicar sua relevância jurídico-penal”, o que leva à conclusão de que um “Direito penal preventivo e protetor” apenas poderia voltar-

⁵⁴⁵ MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. **Antijuridicidad penal y sistema del delito**. Barcelona: Bosch, 2001, pp. 672-3, 686, 689. (tradução livre). Quanto à necessidade de um nexo causal entre a conduta prevista na norma e o resultado a ser evitado, afirma que, “uma primeira solução seria proibir qualquer ação que cause” o resultado proibido. No entanto, esclarece que “as diferentes teorias (individualizadoras) de base naturalística, formuladas para determinar o que conta como resultado fracassaram umas atrás das outras, até que ao final impôs-se a teoria da equivalência das condições, segundo a qual todas as condições de um acontecimento tem idêntico valor causal e todas juntas formam a causa do fato. Para determinar qual é a condição de um resultado se segue o critério da causalidade ajustada às leis naturais. Mas, o problema dessa solução é que se estende de maneira tão ilimitada o conceito de condição causal que praticamente faz perder todo o sentido de se ter o tipo objetivo, salvo se for adicionada alguma restrição adicional já dentro do próprio tipo.”

⁵⁴⁶ MIR PUIG, Santiago. Sobre lo objetivo y lo subjetivo em el injusto. In **ADPCP**. T. 41, fasc.3, 1988, pp. 668-9. (tradução livre).

⁵⁴⁷ MIR PUIG, Santiago. Sobre lo objetivo y lo subjetivo em el injusto. In **ADPCP**. T. 41, fasc.3, 1988, pp. 671-3. (tradução livre).

se contra condutas que possuam uma “periculosidade *ex ante*”, sendo essa a “primeira base da proibição”. Assim, embora o Direito penal queira evitar a “lesão ao bem jurídico”, o que pode fazer é “proibir o meio pelo qual seus destinatários podem lesar o bem jurídico: a conduta perigosa submetida ao controle voluntário e consciente do sujeito”, sendo essa conduta o “injusto penal”. Conclui, afirmando que, “o desvalor do resultado é a razão primeira da proibição, seu pressuposto, mas isso não leva que integre seu objeto”. A “efetiva produção do resultado” apesar de não ser considerada por Mir Puig nem como “objetivo” da norma jurídica, nem como seu “objeto”, possui relevância suficiente para indicar a tipicidade penal, sendo que nos crimes culposos é uma “condição para a intervenção penal” e, nos dolosos, um indicativo de sua “gravidade”.

A partir da análise de Mir Puig, compreendemos que a potencial exposição ao perigo ao bem jurídico já deve ser aferível no momento da conduta, *ex ante*, pois se refere a análise que o sujeito realiza no momento da conduta, quanto ao risco. Essa característica é um reflexo da incapacidade das normas penais de se referir diretamente à proibição do perigo aos bens jurídicos, apenas lhes sendo possível limitarem-se a persuadir o público-alvo a não realizar tais condutas, já que apenas essas estariam sob o controle voluntário de seus agentes. O desvalor do resultado é um indício da possível existência de um juízo positivo do risco *ex ante*, mas não é uma presunção absoluta de sua existência.

Percebemos que a dimensão técnico-científica do risco⁵⁴⁸ é essencial para determinar o conteúdo das normas preventivas, inclusive os deveres de cuidado, já que apenas a partir da identificação da causalidade, baseada em fundamentos técnico-científicos, podem ser desenvolvidas as condutas que virão a ser vedadas baseadas em sua periculosidade *ex ante*.

A ideia de presunção da existência de um juízo de risco *ex ante*, a partir da existência do resultado, é criticado por Frisch. Frisch⁵⁴⁹, inclusive, critica a separação entre o objetivo e o subjetivo, por estar baseada em “teorias antigas da imputação e culpabilidade”, que tomavam como ponto de partida “determinados acontecimentos externos”, a partir dos quais seria possível “comprovar as condições”, referentes aos elementos subjetivos, “para que o acontecimento externo fosse considerado como imputável”. Teria atingido o seu ápice no positivismo, quando se conceituou o injusto como “algo puramente objetivo” e o “subjetivo

⁵⁴⁸ Cf. Cap. 2.1 Primeira dimensão do risco: risco e seus aspectos técnico-científicos.

⁵⁴⁹ FRISCH, Wolfgang. Delito y sistema del delito. In WOLTER, Jürger & FREUND, Georg (eds). **El sistema integral del derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal**. Madrid: Marcial Pons, 2004, pp.251-2. (tradução livre).

referindo-se à culpabilidade”, sendo que o objetivo e o subjetivo no direito penal foram entendidos como “categorias naturalistas”.

Dessa forma, Frisch⁵⁵⁰ critica a definição tradicional de “objetivo”, como “aquilo que está fora da mente do agente”, sendo o “subjetivo o oposto”. Propõe que a “objetividade da base do juízo” deva ser compreendida a partir do “subjetivo ou o individual”, como um filtro para se definir quais “segmentos da realidade devem ser adicionados à base do juízo”. Assim, não seria “o subjetivo ou o individual em si mesmos” a parte da base do juízo de perigo, mas as “circunstâncias presentes na realidade”, as quais são “objeto de conhecimento” do agente. Nesse ponto, Frisch adere ao conceito epistemológico de risco. Apenas haveria uma restrição “da extensão dos perigos realmente abarcados (que se apoiam em razões normativas)”, mas continuam sendo circunstâncias “baseadas em aspectos objetivos ou reais”.

Nesse ponto, percebemos que a probabilidade subjetiva⁵⁵¹ aparece como essencial para se basear o juízo de perigo, já que, como Frisch afirma, apenas a partir da indicação dos “segmentos da realidade” que o sujeito tinha “conhecimento” é que se pode avaliar o juízo de perigo por ele realizado.

A relevância da análise subjetiva é a base para a crítica do uso do “homem médio”, como parâmetro objetivo e abstrato para análise da conduta do agente. Burkhardt⁵⁵² considera que a criação de um homem-médio, apenas tem a função de “padronização”, para garantir “que se desenvolvam normas de conduta, segundo as quais possam orientar-se todo homem na mesma situação”⁵⁵³, mas questiona se essa “base de conhecimentos” seria “adequada”. Molina Fernández⁵⁵⁴ questiona a “objetividade” do parâmetro do “homem-médio”, já que a meta seria criar um padrão objetivo de juízo de perigo a partir de conhecimentos especiais de pessoas de

⁵⁵⁰ FRISCH, Wolfgang. Delito y sistema del delito. In WOLTER, Jürger & FREUND, Georg (eds). **El sistema integral del derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal**. Madrid: Marcial Pons, 2004, pp.247-9. (tradução livre).

⁵⁵¹ Zynda (ZYENDA, Lyle. Subjectivism. In HÁJEK, Alan & HITCHCOK, Christopher. **The Oxford Handbook of Probability and Philosophy**. Oxford:Oxford, 2016, pp.360-1 (tradução livre)) explica que o conceito subjetivo de probabilidade está em considerar as “probabilidades como graus de conhecimento do agente” (degrees of belief). Sendo assim, “os graus de conhecimento” (degrees of belief) deveriam poder ser medidos e também ser racionais, isto é, devem estar de acordo com “os cálculos de probabilidade”.

⁵⁵² BURKHARDT, Björn. Conducta típica y perspectiva ex ante. A la vez, una aportación contra la “confusión entre lo subjetivo y lo objetivo”. In WOLTER, Jürger & FREUND, Georg (eds). **El sistema integral del derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal**. Madrid: Marcial Pons, 2004, pp.161-2, 168-9. (tradução livre).

⁵⁵³ BURKHARDT, Björn. Conducta típica y perspectiva ex ante. A la vez, una aportación contra la “confusión entre lo subjetivo y lo objetivo”. In WOLTER, Jürger & FREUND, Georg (eds). **El sistema integral del derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal**. Madrid: Marcial Pons, 2004, n.42, p.163 e p.192. (tradução livre).

⁵⁵⁴ MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. **Antijuridicidad penal y sistema del delito**. Barcelona: Bosch,2001, pp.731, 776-7 (tradução livre).

um certo setor da sociedade. Esse objetivo é tido como uma “pretensão impossível de encontrar um conceito ontológico dentro do epistemológico”. Evita-se, portanto, que a “delimitação do dever de cuidado” com base em um “homem-médio” leve à conexão dos “deveres jurídicos” às “capacidades concretas dos indivíduos”. A relação entre os conhecimentos específicos e o juízo de perigo existe para que a “norma seja um diretivo da conduta”, garantindo-se que a responsabilidade penal se dê apenas nos casos em que “o sujeito infrinja conscientemente uma norma de cuidado”.

Também Mir Puig⁵⁵⁵ conclui que o “juízo de desvalor” referente ao “caráter objetivamente indesejável para o Direito Penal de uma lesão ou exposição ao perigo de um bem jurídico”, depende da análise “do aspecto subjetivo” do crime. Considera impossível “uma separação taxativa entre a parte externa e a parte interna do crime”, já que a “conduta humana é uma unidade objetivo-subjetiva, ou melhor, interno-externa”. Essa unidade para Mir Puig é clara quando se percebe que “a sociedade valora de forma completamente distinta” os crimes dolosos e os culposos.

Diante desse conceito de risco, percebemos que a doutrina tende a defender que os conhecimentos específicos do agente sejam acrescentados ao juízo de perigo, para remodelar o conceito objetivo de risco, sem o tornar subjetivo.

Frisch⁵⁵⁶ defende que “aquele que conhece elementos de perigo que os demais desconhecem” deveria agir em conformidade com seu conhecimento, para que não extrapole sua “esfera de liberdade”. Frisch⁵⁵⁷ pretende que “a inclusão dos conhecimentos do autor” não seja vista como “uma antecipação do subjetivo”. Trata-se de uma forma de “construção do juízo objetivo do perigo ajustado às peculiaridades individuais”. Garantir a primazia do objetivo, segundo Frisch⁵⁵⁸, impede que “o aplicador do Direito aborde o âmbito interno do autor”, já que pode “negar a criação desaprovada do risco já a partir de um juízo objetivo”. O subjetivo apenas apareceria após a confirmação do risco pelo juízo objetivo ou em caso de existência de “pontos de apoio para afirmar a relevância perigosa dos conhecimentos especiais do autor”,

⁵⁵⁵ MIR PUIG, Santiago. Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho Penal. In **ADPCP**, tomo 47, fasc.1, 1994, pp. 13-16. (tradução livre)

⁵⁵⁶ FRISCH, Wolfgang. **La imputación objetiva: estado de la cuestión**. In ROXIN, Claus – JAKOBS, Günther – SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre el estado de la teoría del delito. Barcelona: Civitas, 2000, pp.56-58 (tradução livre).

⁵⁵⁷ FRISCH. Tabestandsmäßiges Verhalten (n.4), pp.41 apud BURKHARDT, Björn. Conducta típica y perspectiva ex ante. A la vez, una aportación contra la “confusión entre lo subjetivo y lo objetivo”. In WOLTER, Jürgen & FREUND, Georg (eds). **El sistema integral del derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal**. Madrid: Marcial Pons, 2004, n. 33, p.159. (tradução livre).

⁵⁵⁸ FRISCH, Wolfgang. Delito y sistema del delito. In WOLTER, Jürgen & FREUND, Georg (eds). **El sistema integral del derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal**. Madrid: Marcial Pons, 2004, pp.258-261. (tradução livre).

após a “ausência de desaprovação do risco a partir de um juízo objetivo”. Frisch busca indicar a necessidade de “*standards* normativos”, mesmo que o padrão objetivo seja apenas “um indício para o subjetivo”.

Também Roxin⁵⁵⁹ considera o objetivo de modo diverso. Segundo ele, “imputação objetiva se chama ‘objetiva’ não porque as circunstâncias subjetivas lhe sejam irrelevantes”, seria objetiva porque a própria “ação típica” vê-se “constituída pela imputação”. Assim, o juízo de perigo, levado em conta para a imputação, trata tanto de elementos objetivos como subjetivos.

Da mesma forma, Mir Puig⁵⁶⁰ reconhece a dificuldade de se “delimitar a parte objetiva e a parte subjetiva do tipo” diante da análise dos “conhecimentos e poderes especiais do sujeito”. Esses elementos, embora tenham um “caráter pessoal” referem-se ao “tipo objetivo”, já que o preponderante deve ser avaliar se a “conduta é adequada *ex ante*”, para produzir o resultado típico, “de acordo com um espectador imparcial situado no momento da ação (*ex ante*)”. Se a análise fosse realizada *ex post*, a avaliação da “base objetiva do injusto” estaria “condicionada à situação posterior” à conduta. No entanto, considera que os “conhecimentos e faculdades especiais do sujeito” devam ser analisados tanto na parte objetiva, como também na subjetiva, evitando-se análises conflitantes.

Especificamente quanto aos deveres de cuidado Schünemann⁵⁶¹ os considera como sendo o “pressuposto objetivo do ordenamento jurídico” bastante aproximado ao subjetivo. Quanto aos deveres de cuidado, Schünemann modifica seu posicionamento, deixando de considerar que tais deveres deveriam ser “puramente objetivos”, indicando que “a delimitação – objetiva!- entre o que seria risco proibido e permitido” inicialmente é “realizado de um modo *ex ante* desde a perspectiva do autor”.

Na análise de Schünemann, podemos perceber uma conexão com o conceito de probabilidade subjetiva. Zynda⁵⁶² afirma que a probabilidade subjetiva visa avaliar a “probabilidade como graus de conhecimento do agente” (degrees of belief). Sendo assim, “os

⁵⁵⁹ROXIN, Claus. **A teoria da imputação objetiva** in ROXIN, Claus. Estudos de Direito Penal. São Paulo: Renovar, 2006, p.122.

⁵⁶⁰MIR PUIG, Santiago. Sobre lo objetivo y lo subjetivo em el injusto. In **ADPCP**. T. 41, fasc.3, 1988, pp. 673-6, 683. (tradução livre).

⁵⁶¹SCHÜNEMANN, Bernd. **Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva**. In SCHÜNEMANN, Bernd. Temas actuales y permanentes del derecho penal. Madrid: Tecnos, 2002, pp.81-82 e n. 42, p. 82 (tradução livre). O posicionamento anterior de Schünemann, que indica os deveres de cuidado como “puramente objetivos” é indicado pelo autor como trazido no Festschrift für Schaffstein, 1975, pp. 159, 161 e ss, de acordo com a nota de rodapé indicada.

⁵⁶²ZYNDA, Lyle. Subjectivism. In HÁJEK, Alan & HITCHCOK, Christopher. **The Oxford Handbook of Probability and Philosophy**. Oxford:Oxford, 2016, pp.360-1 (tradução livre).

graus de conhecimento” (degrees of belief) deveriam poder ser medidos e também ser racionais, isto é, devem estar de acordo com “os cálculos de probabilidade”. Dessa forma, há uma conexão com os nexos causais probabilísticos, o que se indica como “objetiva!”, e o conhecimento do agente “a perspectiva *ex ante*”, o seu “grau de conhecimento”. Portanto, a probabilidade subjetiva não dispensa a comparação com os nexos causais probabilísticos com base técnico-científica.

Essa nova forma de construção normativa do risco não é uma unanimidade. Burkhardt⁵⁶³ identifica nos deveres de cuidado a origem da confusão entre objetivo e subjetivo no Direito Penal. Burkhardt considera que a introdução do “componente ‘objetivo’ da falta de cuidado interno” no tipo objetivo, traz consigo “necessariamente o subjetivo”, já que se trata de “uma avaliação errada” individualmente produzida pelo agente, baseada nas “circunstâncias conhecidas” pelo agente, o que deveria estar, segundo Burkhardt, totalmente fora do tipo objetivo.

Frisch⁵⁶⁴ não aceita a teoria de Burkhardt, a qual enfoca na “extensão” do “conceito de risco objetivamente proibido” buscando uma abrangência máxima, incluindo “todas as circunstâncias disponíveis *ex post*”. Frisch percebe que na delimitação dos conhecimentos a serem considerados no juízo de perigo é imprescindível a admissão de características pessoais⁵⁶⁵ do agente, levando-se a uma “subjetivização ou individualização” desse conjunto

⁵⁶³ Burkhardt (BURKHARDT, Björn. Conducta típica y perspectiva ex ante. A la vez, una aportación contra la “confusión entre lo subjetivo y lo objetivo”. In WOLTER, Jürger & FREUND, Georg (eds). **El sistema integral del derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal**. Madrid: Marcial Pons, 2004, pp.174, 186-7 (tradução livre)) afirma que o “conceito de cuidado interno” não se limita aos “pensamentos” do autor, mas também se refere a uma “ação exterior”, isto é, ao “dever de aquisição de conhecimentos”. Esse cuidado interno “não é um elemento do tipo objetivo”, mas deve ser analisado no “tipo subjetivo ou na culpabilidade”, pois se trata de uma “valoração errônea do autor individual”, a qual é “consequência de uma falta de ‘cuidado interno’ ao que o agente estava obrigado, segundo as circunstâncias por ele conhecidas”.

Enquanto conceitua “cuidado interno” como a busca pelo “conhecimento dos perigos da conduta”, a falta de “cuidado externo” seria uma característica da ação, a qual “produz um risco acima do permitido”. No entanto, esclarece que uma “conduta externa” para ser avaliada como inofensiva, acaba “dependendo de fatores internos”, como o grau de “concentração” que o agente aplica em sua conduta. Conclui que “falta de cuidado objetivo” é o mesmo que “falta de cuidado externo”. Adverte, entretanto, que nunca seria possível equiparar “cuidado externo e interno” com “falta de cuidado objetiva e subjetiva”, já que no crime culposo, o “agente viola um dever de cuidado objetivo, isto é, vinculante de modo geral”, sendo que só depois se deve avaliar se era “possível e exigível” para o agente, isto é, se era um dever de cuidado subjetivo. Tal análise pode ser realizada tanto para o cuidado externo como para o interno. O ápice da confusão entre o objetivo e subjetivo dá-se, segundo Burkhardt, quando “os componentes objetivos da falta de cuidado, tanto interno como externo” são tidos como “dever objetivo de cuidado”, o qual é considerado no tipo objetivo.

⁵⁶⁴ FRISCH, Wolfgang. Delito y sistema del delito. In WOLTER, Jürger & FREUND, Georg (eds). **El sistema integral del derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal**. Madrid: Marcial Pons, 2004, pp.234-263. (tradução livre).

⁵⁶⁵ CANCIO MELIÁ, Manuel. **Algunas reflexiones sobre lo objetivo y lo subjetivo en la teoría de la imputación objetiva**. In YACOBUCCI, Guillermo Jorge (dir). Los desafíos del Derecho Penal en siglo XXI: libro homenaje al Professor Dr Gunther Jakobs. Lima: Ara, 2005, p.264. (tradução livre) Cancio Meliá também parece pensar que não seria “decisivo que os dados introduzidos” no juízo de tipicidade objetiva devam ser escolhidos de

de conhecimentos, referindo-se ao “conhecer ou poder conhecer individual ou um conhecimento especial junto a certo *standard* objetivo”. De fato, Frisch reconhece uma “fratura na separação do objetivo e subjetivo” nesse caso, embora desconsidere que aceitar os conhecimentos especiais do autor altere a objetividade do juízo de perigo⁵⁶⁶.

Assim, Frisch⁵⁶⁷ conclui que o juízo de perigo “não se enquadra em um esquema de análise que diferencia de modo naturalista as circunstâncias objetivas e subjetivas”. Esse “binômio objetivo-subjetivo” apenas prevalece a partir de uma visão naturalista, sem que se trate da questão do “injusto ou desvalor”, pois se “a constituição jurídica” depende de elementos subjetivos, então, a análise do “tipo do injusto não se pode responder com base em uma separação estrita entre o objetivo e o subjetivo”.

Frisch⁵⁶⁸ conclui que “outorgar uma importância decisiva ao conhecimento individual” não afeta a possibilidade de um juízo objetivo de risco. Inicialmente, chama a atenção aos setores regulados, que indicam *standards* de conduta, sendo que os “dados do *standard* seriam normativamente suficientes”, mas se o agente tiver conhecimentos especiais, “o autor deve se adaptar a eles”, nos casos em que o controle de risco é de sua responsabilidade. Apenas interessaria à culpabilidade questionar se “o autor não pôde ter conhecimento dos riscos”.

É importante destacar que tal análise de Frisch pode ser bastante compatível com o desenvolvimento da Regulação em Metas⁵⁶⁹, a qual dependerá especificamente das características pessoais do regulado, especialmente, daqueles regulados mais capacitados, dos quais é possível admitir-se um padrão de conduta mais rigoroso.

acordo com “um ponto de vista externo-natural, de natureza objetiva ou subjetiva”. Dessa forma, seria possível a análise no tipo objetivo de um “dato subjetivo como o conhecimento de determinado fato”. Não considera que essa análise venha a “destruir as barreiras entre o tipo objetivo e subjetivo”, já que a valoração realizada no tipo objetivo é, no dizer de Mir Puig, “intersubjetivo”, diversa da que ocorreria no tipo subjetivo.

⁵⁶⁶ Frisch (FRISCH, Wolfgang. **La imputación objetiva: estado de la cuestión**. In ROXIN, Claus – JAKOBS, Günther – SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre el estado de la teoría del delito. Barcelona: Civitas, 2000, pp.56-58 (tradução livre)), entretanto, não adota de um parâmetro subjetivo de dever de cuidado, já que a base do juízo de perigo deve abranger tanto as circunstâncias analisadas pelo “autor no momento da conduta”, como também aquelas que o próprio autor, por sua experiência, sabe que deve analisar. Além disso, Frisch enfatiza que as “circunstâncias objetivas” ou “reais” também devem ser analisadas, não apenas o que se passa na mente do autor. Essa análise das “experiências individuais” serve apenas como um filtro para escolher “dentre todas as circunstâncias que concorrem no momento da ação, mas são desconhecidas dos agentes, aquelas que (junto com as que são normalmente conhecidas) devem ser consideradas nos juízos de perigo”.

⁵⁶⁷ FRISCH, Wolfgang. **La imputación objetiva: estado de la cuestión**. In ROXIN, Claus – JAKOBS, Günther – SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre el estado de la teoría del delito. Barcelona: Civitas, 2000, pp.56-58 (tradução livre).

⁵⁶⁸ FRISCH, Wolfgang. Delito y sistema del delito. In WOLTER, Jürger & FREUND, Georg (eds). **El sistema integral del derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal**. Madrid: Marcial Pons, 2004, pp.258-261. (tradução livre).

⁵⁶⁹ Cf. Cap. 3.2.3 Deveres de cuidado de acordo com a Regulação em metas e Regulação em regras.

A análise de Frisch⁵⁷⁰, inclusive, pode ser considerada mais compatível com a ideia do Direito Penal no contexto regulatório, já que busca uma adequação do dever de cuidado à realidade do regulado. Frisch defende que “os esquemas de análise ou as distinções orientadas à aplicação não deveriam ter uma inércia própria, mas devem se adaptar às estruturas materiais”, de outra forma se estaria usando os “esquemas de aplicação jurídica” em desconformidade com as características “das próprias estruturas materiais”. Frisch⁵⁷¹ vê nessa análise conjunta de elementos objetivos e subjetivos, o “ir-e-vir” da teoria da interpretação jurídica de Larenz, tratando-se de um método para “recortar adequadamente a norma do caso ou formular valorações adequadas do mesmo”, tendo-se como parâmetro o “concreto material juridicamente relevante”.

Frisch⁵⁷² considera que a própria “norma de conduta” deveria destacar o “momento pessoal”, para que seja possível analisar se na situação fática concreta houve a realização de uma conduta proibida “que traz riscos proibidos na perspectiva *ex ante*”. Essa análise do caso concreto, segundo Frisch, é muito diferente da feita “antigamente”, que vê o injusto “apenas como a produção de certo resultado (ou uma mera contrariedade objetiva ao dever de cuidado, no sentido de uma discrepância ante um *standard* objetivo)” ou, ainda, a contrariedade a um modelo hipotético, como o “homem-médio”. Conclui que “os conhecimentos especiais” do agente devem ser “considerados no julgamento e avaliação do risco”, sendo assim, Frisch considera que “o juízo da desaprovação da criação do risco deve partir da base ontológica e nomológica” presente no conceito de injusto. Busca-se, portanto, um “juízo normativo do perigo”, tendo-se como parâmetro “um conhecimento *standard* objetivo” e “conhecimentos especiais” do agente.

Consideramos que os deveres de cuidado, como instrumento da construção normativa do risco pelo Direito Penal, devem levar em conta o *standard* produzido pela Regulação de Risco, o qual traz em si juízos de valor e aspectos do nexos causal probabilístico. No entanto, considerando a necessidade do juízo de perigo dar-se *ex ante*, tendo em vista a função da norma penal, também deverá considerar os conhecimentos especiais do agente. Dessa forma, os

⁵⁷⁰ FRISCH, Wolfgang. Delito y sistema del delito. In WOLTER, Jürger & FREUND, Georg (eds). **El sistema integral del derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal**. Madrid: Marcial Pons, 2004, pp.253-5. (tradução livre).

⁵⁷¹ FRISCH, Wolfgang. Delito y sistema del delito. In WOLTER, Jürger & FREUND, Georg (eds). **El sistema integral del derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal**. Madrid: Marcial Pons, 2004, pp.257-8. (tradução livre).

⁵⁷² FRISCH, Wolfgang. Delito y sistema del delito. In WOLTER, Jürger & FREUND, Georg (eds). **El sistema integral del derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal**. Madrid: Marcial Pons, 2004, pp.257-8. (tradução livre).

deveres de cuidado, ao serem “importados” da Regulação de Risco para o Direito Penal, ao serem analisados no caso concreto, dependerão da análise da causalidade, levando em consideração os aspectos fáticos, o qual pode levar a um conteúdo diverso daquele estabelecido pela Regulação de Risco.

4.3.2 *Da construção normativa do risco no Direito Penal: função dos deveres de cuidado*

Ao tratarmos dos deveres de cuidado e seu conteúdo material, devemos estabelecer a função que os deveres de cuidado exercem na construção normativa do risco⁵⁷³. Há duas possibilidades de classificação dos deveres de cuidado. Roxin⁵⁷⁴ considera os deveres de cuidado como regras de imputação. A outra possibilidade seria considerar os deveres de cuidado como normas de conduta como faz Frisch⁵⁷⁵, já que os deveres de cuidado tratariam do próprio “conteúdo do Direito”, da “natureza das relações jurídicas entre os indivíduos, da amplitude e das fronteiras da liberdade que devem ser reconhecidas.”⁵⁷⁶.

⁵⁷³Corcoy Bidasolo (CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos. In MIR PUIG, Santiago & CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (direc.). **Política criminal y reforma penal**. Buenos Aires: B de f. 2007, pp.50-51 (tradução livre)) chega a diferenciar classes de juízo de perigo de acordo com a função desejada, isto é, para que se julgue a lesividade da conduta ou para que se criem critérios de imputação. Corcoy Bidasolo entende que o juízo de perigo objetivo teria “validade geral”, seria realizado ex post, sendo o responsável por “avaliar a lesividade da conduta, referindo-se à lesão ao bem jurídico penal protegido”, isto é, é aquele que se refere à antijuridicidade da conduta, já que a “lesividade é o fundamento da antijuridicidade”. Nesse juízo, levam-se em conta “todas as circunstâncias conhecíveis ex ante e as que se conheceram ex post”. No que se refere ao “juízo de perigo subjetivo”, tem-se um “juízo de imputação”, no qual tem relevância os “conhecimentos pessoais do agente”.

⁵⁷⁴ ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General, t.I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Madrid:Civitas, 1997, p.1000. (tradução livre).

⁵⁷⁵ FRISCH, Wolfgang. **La imputación objetiva: estado de la cuestión**. In ROXIN, Claus – JAKOBS, Günther – SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre el estado de la teoría del delito. Barcelona: Civitas, 2000, pp.64 e 65 (tradução livre).

⁵⁷⁶ Na teoria de Mir Puig (MIR PUIG, Santiago. Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho Penal. In **ADPCP**, tomo 47, fasc.1, 1994, pp. 5-9, 12-13, 21. (tradução livre)), as normas de conduta são apresentadas com duas facetas, sendo uma a “norma de valoração” e, a outra, “norma de determinação”. Dessa forma, conclui Mir Puig que “o específico da norma de conduta (norma primária) violada é regular o comportamento por meio de um imperativo”, se violada a norma, tem-se um comportamento “indesejável”, valorado negativamente, como também “uma vontade consciente do sujeito”, objeto da norma determinativa. Mir Puig observa que Welzel, apesar de ter deslocado o dolo para o injusto penal, manteve “outras condições pessoais na culpabilidade”, como o “poder individual de cumprimento da norma de cuidado inferior ou superior ao do homem-médio”. Em sua teoria, considera também essas condições, como a “infração do dever objetivo de cuidado” como parte do injusto. Mir Puig conclui que a norma determinante (norma de conduta) “não pode proibir a efetiva produção de um resultado (*ex post*) de lesão ou exposição de perigo a um bem jurídico, mas apenas de condutas capazes *ex ante* de ocasionar aquele resultado”, assim, na antijuridicidade tem-se também o tratamento do desvalor do resultado, o que não existe na normatividade. Conclui que “os conceitos de antijuridicidade objetiva e antinormatividade são radicalmente divergentes”. Para Mir Puig, portanto, “o objetivamente antijurídico” trata, primordialmente, de “um resultado, da lesão ou exposição ao perigo de um bem jurídico”, sendo o indicativo de uma “prévia valoração jurídica negativa da possível lesão ou exposição ao perigo”; enquanto a normatividade refere-se a “uma conduta (*ex ante*)” potencialmente lesiva ou perigosa a um bem jurídico. Dessa forma, Mir Puig limita a possibilidade de

Hruschka⁵⁷⁷ tem como ponto principal de sua tese definir as normas de conduta e as regras de imputação no Direito Penal. As normas de comportamento visam o futuro, são normas determinantes que indicam ao sujeito “o que está permitido fazer ou deixar de fazer”. Dessa forma, “as regras de comportamento possuem em prospectiva uma função de configuração”. Já em “retrospectiva” seriam um “parâmetro” para se indicar a antijuridicidade da conduta, a ser analisada por um julgador, de acordo com seus parâmetros. Já as “regras de imputação” são dirigidas a um julgador, apresentando somente “uma função retrospectiva”.

Hruschka⁵⁷⁸ esclarece que há duas fases de imputação. Na primeira, há um juízo, semelhante ao afirmado em Kelsen, em que se conecta um “fato (comissivo ou omissivo)” a um autor, deixando de ser considerado como mero nexos de causalidade, para se referir a um sujeito. A partir daí, dá-se o “próprio juízo de antijuridicidade”. Esse é feito com base na “norma de comportamento em sua função de parâmetro”, o que tem como pressuposto esse primeiro nível de imputação. Nesse caso, há a avaliação se “o autor do fato poderia cumprir a regra de comportamento que teria violado”, sendo, portanto, um “juízo sobre o merecimento do delito”, isto é, “um juízo sobre um demérito” ou “sobre a culpabilidade do autor”, baseando-se nas normas de conduta, analisando a “liberdade” com que o autor atua.

Dessa forma, a norma de conduta dirige-se ao público em geral, indicando-lhe o que seria ou não lícito, típico ou atípico. Já a regra de imputação dirige-se ao juiz, conferindo-lhe diretrizes para a análise jurídica da relação entre agente e conduta.

No sistema anglo-americano, como afirmado por Hruschka⁵⁷⁹, essa análise também se mantém. Robinson⁵⁸⁰ indica que a função das “regras de conduta” (*rules of conduct*) é prover

juízo negativo de valoração das condutas aos casos em que houver uma “conduta perigosa *ex ante*”, que somada à “imputação pessoal da infração objetiva”, levaria à antinormatividade.

Mir Puig esclarece que a “antijuridicidade objetiva” deve analisar-se *ex ante*, sendo possível, portanto, a antijuridicidade nos crimes de perigo e na tentativa, a partir dessa perspectiva. Adverte que, mesmo ao se avaliar o desvalor do resultado *ex post*, deve-se considerar o desvalor da conduta *ex ante*. Dessa forma, como bem afirma Mir Puig, evita-se punir o desvalor do resultado *ex post*, algo que não “pareça como realização de risco próprio de uma conduta desvalorada para um homem prudente”. O “desvalor intersubjetivo da conduta” seria tanto um “pressuposto do desvalor objetivo do fato”, da “antijuridicidade objetiva”, como também deve ser entendido como “base objetiva” para a antinormatividade.

⁵⁷⁷ HRUSCHKA, Joachim. Reglas de comportamiento y reglas de imputación. In **ADPCP**, T. 57, fasc 1, 2004, pp.344-6. (tradução livre)

⁵⁷⁸ HRUSCHKA, Joachim. Reglas de comportamiento y reglas de imputación. In **ADPCP**, T. 57, fasc 1, 2004, pp.347-351, 356. (tradução livre).

⁵⁷⁹ HRUSCHKA, Joachim. Reglas de comportamiento y reglas de imputación. In **ADPCP**, T. 57, fasc 1, 2004, n.6, p.344. (tradução livre).

⁵⁸⁰ Robinson (ROBINSON, Paul H. Rules of Conduct and Principles of Adjudication. In **UCLR**, v. 57, fasc. 3, 1990, pp.731-4, 739. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol57/iss3/2> (tradução livre)) considera que na tentativa, a norma de conduta é apenas violada se “incluir o elemento subjetivo exigido – a intenção em atuar que consistiria em uma infração da norma”. No entanto, nos crimes omissivos, os “deveres jurídicos de agir” seriam “normas de conduta”, enquanto a “capacidade” seria parte de um “princípio de imputação”.

ao público “um direcionamento” anterior à conduta, indicando o que “pode, deve e não deve ser feito”. Deve ser delimitada por “critérios objetivos com parâmetros de fácil comunicação e compreensíveis”. Já os “princípios de imputação” (*principles of adjudication*) tem como função “guiar os tomadores de decisão na avaliação” após o cometimento da conduta quanto a “reprovabilidade (*blameworthiness*) da violação da regra por um certo indivíduo”. Devem tratar, de “fatores complexos e variados fatores conjunturais relevantes para analisar a reprovabilidade (*blameworthiness*) do agente, como também suas capacidades e características peculiares”, como também deve tratar “das expectativas da comunidade em relação ao agente”.

Dessa forma, Robinson⁵⁸¹ considera que a análise dos critérios de imputação deve ser embasada em “critérios subjetivos, tendo como fundamento parâmetros individualizados e normativos”. Esclarece que “nem todos os elementos objetivos das definições do crime fazem parte das normas de conduta”, sendo esse o caso do resultado, os quais são pertencentes aos princípios de imputação, já que a norma de conduta não pode abarcar o resultado. Da mesma forma, nem todos os elementos subjetivos do crime seriam parte dos “princípios de imputação”, sendo que haverá a violação da norma de conduta mesmo nos casos em que o agente não possua elementos subjetivos exigidos. A questão da conexão entre o sujeito e onexo causal também se refere aos “princípios da imputação”, embora “possa parecer um critério objetivo de uma norma de conduta, já que se refere à relação entre dois elementos objetivos, a conduta do autor e o resultado proibido” a realização do resultado não altera a violação da norma proibida.

Vê-se, portanto, que Robinson esclarece que o próprio conteúdo varia de acordo com o tipo de norma. Sendo a norma de imputação dirigida aos especialistas, lhe é permitido trazer conceitos mais complexos do que as normas de conduta, as quais são dirigidas ao público em geral. E, quanto ao resultado da conduta, deve-se considerar como parte das regras de imputação, já que as normas de conduta não podem abranger o resultado, pois a função da norma de conduta é apenas influir no comportamento do sujeito, não impedir o resultado.

Percebemos que os deveres de cuidado se encontram em uma zona cinzenta. Tanto apresentam ao público o que seria permitido e proibido, como também funcionam como um parâmetro, ao menos inicial, para que o juiz considere se o resultado, o risco, deve ser tido como obra do sujeito. E, ao considerarmos o Direito Penal, se o risco proibido produzido pelo sujeito deve ser considerado suficiente para fundamentar a responsabilidade criminal.

⁵⁸¹ ROBINSON, Paul H. Rules of Conduct and Principles of Adjudication. In *UCLR*, v. 57, fasc. 3, 1990, pp.731-4, 739. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol57/iss3/2> (tradução livre).

Hruschka⁵⁸² embasa sua tese também na teoria de Dan-Cohen. Dan-Cohen⁵⁸³ esclarece que a distinção entre “normas de conduta” e “normas de decisão” no direito moderno vem de Bentham, sendo que as “normas de decisão” acabam por “pressupor” as “normas de conduta”. Considera que Kelsen teria tentado analisar todas as normas como “normas de decisão”, dirigidas ao aplicador da lei. Adota a posição de Hart, o qual dá maior ênfase às normas de conduta, associadas à função do “Direito como meio de controle social”, que permite o “direcionamento de condutas”, notando a importância da sanção “à violação do dever”. No entanto, Dan-Cohen reconhece as normas de decisão, as quais, dirigidas especificamente aos juízes, impõem “limites normativos que o Direito impõe à tomada de decisão judicial”.

Quando nos referimos à dimensão técnico-científica do risco⁵⁸⁴, tratamos das noções de probabilidade objetiva e subjetiva e de suas relações com os métodos científico e jurídico. No entanto, quando tratamos de construção normativa do risco, é essencial associarmos essas análises à noção de imputação.

A diferença entre causalidade e imputação vem explicada em Kelsen⁵⁸⁵. A causalidade refere-se a uma “lei natural”, isto é meramente ontológica, que indica a “relação entre causa e consequência”. Assim, “toda causa concreta pressupõe, como efeito, uma outra causa”, sendo “interminável”. Já a imputação seria uma “relação normativa”, sendo que a relação entre “pressuposto” e “consequência” estabelecida “numa lei moral ou jurídica, através de uma norma posta pelos homens”; é, portanto, “limitada”. Assim, Frisch⁵⁸⁶ afirma que a questão da imputação deve-se limitar a responder se “o resultado produzido seria consequência específica de um atuar desaprovado e imputável à pessoa”.

Quando tratamos do nexos causal probabilístico, percebemos que, como afirma Williamson⁵⁸⁷, precisamos associar às noções de probabilidade às leis causais científicas. E, quando buscamos abordar o tema a partir do Direito, devemos tratar do conceito de imputação da conduta ao sujeito.

⁵⁸² HRUSCHKA, Joachim. Reglas de comportamiento y reglas de imputación. In **ADPCP**, T. 57, fasc 1, 2004, n.6, p.344. (tradução livre).

⁵⁸³ DAN-COHEN, Meir. Decision rules and conduct rules: on acoustic separation in Criminal Law. In **Harvard Law Review**. v. 97, jan. 1984, n. 3, pp.626-8. (tradução livre).

⁵⁸⁴ Cf. Cap. 2.1 Primeira dimensão do risco: risco e seus aspectos técnico-científicos.

⁵⁸⁵ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp.100-1.

⁵⁸⁶ FRISCH, Wolfgang. **La imputación objetiva: estado de la cuestión**. In ROXIN, Claus – JAKOBS, Günther – SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre el estado de la teoría del delito. Barcelona: Civitas, 2000, p. 65 (tradução livre).

⁵⁸⁷ WILLIAMSON, Jon. Probabilistic Theories. In BEEBEE, Helen et al. (ed). **The Oxford Handbook of Causation**. Oxford:Oxford, 2009, pp.196-7, 202 (tradução livre).

Schünemann⁵⁸⁸ indica as origens remotas da imputação na teoria de Pufendorf, sendo a fonte mais recente a teoria idealista de Hegel, que limita a imputação de condutas ao sujeito “dentre a multiplicidade de nexos causais, apenas o que deve ser considerado obra sua, isto é, a conformação do mundo através do sujeito”. Diante do desenvolvimento do “naturalismo penal”, o “princípio causal” prevaleceu sobre a teoria da imputação; no entanto, “esse conceito causal foi corrigido por uma série de teorias subjetivas”. Segundo Schünemann, já no neokantismo, a teoria da equivalência das condições, com seu “conceito causal ilimitado” foi restringido normativamente pela teoria da adequação, “já no tipo objetivo”, eliminando-se os “cursos causais extremamente improváveis”, com o uso de uma teoria da “probabilidade empírico-ontológica”. O funcionalismo teleológico teria baseado sua teoria da imputação na obra de Honig, a qual teria conseguido restringir ainda mais os cursos causais a serem imputados a um sujeito, pela admissão do conceito de finalidade, isto é, “imputável seria aquele resultado”, que decorra da “busca de certos fins”, criando um conceito de “imputação autônomo, absolutamente independente do juízo causal”⁵⁸⁹.

Nas recentes teorias da imputação, o risco é tido como um elemento chave. Schünemann⁵⁹⁰, inclusive, dá enfoque à dimensão sociocultural do risco, indicando nesse aspecto que entende como “normativa” a grande novidade das teorias mais recentes, considerando-a ligada a uma ponderação de valores, em que se cria a ideia de “adequação social” do risco, isto é, desenvolve-se o conceito de “risco permitido”. Essa análise normativa não seria encontrada “na teoria da adequação” do neokantismo, “já que ela está centrada em um juízo de probabilidade descritivo”. Ele afirma que Engisch dispensa a ideia de “periculosidade socialmente adequada”, analisando apenas a “adequação de cada uma das etapas do nexos

⁵⁸⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. **Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva**. In SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del derecho penal*. Madrid: Tecnos, 2002, pp.70-77. (tradução livre).

⁵⁸⁹ Frisch (FRISCH, Wolfgang. *Dogmática jurídico-penal afortunada y Dogmática jurídico-penal sin consecuencias*. In ESER, Albin – HASSEMER, Winfred – BURKHARDT, BJÖRN. **La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio**. Valencia: tirant lo blanch, 2004, pp.191-2. (tradução livre)) considera também compatível a teoria pessoal do injusto e a teoria da imputação objetiva, pois se “referem simplesmente a aspectos diferentes da mesma teoria do injusto pessoal”. Dessa forma, Frisch esclarece que a teoria pessoal do injusto baseia-se em “estruturas ontológicas do atuar humano, que são irrenunciáveis para a descrição do injusto”, enquanto a teoria da imputação objetiva, limita a imputação de cursos causais, aos que possam ser considerados como “originados do comportamento pessoal”. Frisch (FRISCH, Wolfgang. **La imputación objetiva: estado de la cuestión**. In ROXIN, Claus – JAKOBS, Günther – SCHÜNEMANN, Bernd. *Sobre el estado de la teoría del delito*. Barcelona: Civitas, 2000, pp.48-50 (tradução livre).) afirma que a “diferença entre a imputação objetiva e seus críticos” estaria na escolha dos “critérios objetivos”. Indica que a imputação objetiva opta por tratar da “criação de risco desaprovado”, seus “críticos perguntam se a produção do resultado é expressão do domínio do fato”.

⁵⁹⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. **Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva**. In SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del derecho penal*. Madrid: Tecnos, 2002, pp.78. (tradução livre).

causal”. Dessa forma, faltaria a capacidade de eliminação da responsabilidade criminal em caos de “nexos causais adequados socialmente”⁵⁹¹.

Roxin⁵⁹² desenvolve a imputação no funcionalismo teleológico a partir da teoria de Honig⁵⁹³, o qual indica que “imputável é aquele resultado que se pode conceber como orientado de acordo com finalidades”, indicando que as “condutas imprevisíveis” não podem ser entendidas como orientadas para certa finalidade. Segundo Roxin, Honig não se prende a qualquer fundamentação filosófica, apenas afirma que “o direito cumpre sua missão reguladora de condutas mediante proibições e comandos, que se dirigem à vontade humana”, assim, o resultado visado pelo Legislador apenas pode ser exigido do agente, se ele for capaz de “prever” e controlar sua “produção”.

Quanto ao caráter normativo do conceito de finalidade, Roxin⁵⁹⁴ critica Welzel⁵⁹⁵ que o considerou um “critério de imputação ontologicamente fixo e imutável e preexistente ao direito penal”, desconsiderando que a finalidade “pressupõe igualmente os critérios objetivos de imputação”, isto é, deve ser analisado de acordo com os critérios de imputação selecionados pelo Legislador. Conclui que o “critério de adequação”, fundamento do conceito de finalidade em Welzel, “designa não uma causalidade científico-natural, mas um princípio de imputação

⁵⁹¹ Já quanto à teoria de Engisch, Schünemann (SCHÜNEMANN, Bernd. **Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva**. In SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del derecho penal*. Madrid: Tecnos, 2002, pp.70-77. (tradução livre).) demonstra que consegue fundamentar a negação “do nexo de antijuridicidade” a partir da “não realização do perigo” não permitido. Essa conclusão tem como base a teoria da equivalência das condições identificada com a “teoria da infração do dever objetivo de cuidado”, baseada na “previsibilidade geral do resultado”. Quanto à teoria finalista de Welzel, Schünemann dá destaque à “extensão” do critério da “adequação social” para os crimes culposos e dolosos.

Schünemann (SCHÜNEMANN, Bernd. **Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva**. In SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del derecho penal*. Madrid: Tecnos, 2002, pp.85-87. (tradução livre)) defende que a imputação objetiva também seja aplicada aos crimes dolosos, no entanto, considera necessária a aplicação de diferentes “critérios ou pauta de imputação”. Se o autor age com dolo, não poderia “alegar que se trata de um risco permitido”. Sua situação é diferente daquele que age com culpa, faltando-lhe “qualquer fundamento digno de consideração para sua ação”, sendo mais adequada a punição da “provocação dolosa do risco o menor que seja”, visando a tutela dos bens jurídicos.

⁵⁹² Roxin (ROXIN, Claus. **Reflexões sobre a problemática da imputação em Direito Penal**. In ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. Lisboa:Veja, 1998, pp.145-7.) teria, segundo ele próprio, chegado à mesma conclusão de Larenz (LARENZ. *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der Objektiven Zurechnung*, 1926 apud ROXIN, Claus. **Reflexões sobre a problemática da imputação em Direito Penal**. In ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. Lisboa:Veja, 1998, n.4, p.146. (tradução livre)), o qual defende que a “finalidade objetiva, que se deve acrescentar à causalidade, se encontra a base suficiente para considerar juridicamente relevante a conduta humana”. Conclui, portanto, que “se a atuação da vontade não é típica, não existe absolutamente nenhuma ação no sentido que interessa ao direito penal”, sendo que apenas o “ponto de vista normativo e não o naturalista” teria prioridade.

⁵⁹³ HONIG, Festgabe für Reinhard von Frank zum 702. Geburtstag. Beiträge zur Strafrechtswissenschaft, v.1, 1930, pp. 174-201, apud ROXIN, Claus. **Reflexões sobre a problemática da imputação em Direito Penal**. In ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. Lisboa:Veja, 1998, n.1, p.145.

⁵⁹⁴ ROXIN, Claus. **Reflexões sobre a problemática da imputação em Direito Penal**. In ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. Lisboa:Veja, 1998, pp.165-6.

⁵⁹⁵ Lehrbuch, 10ª ed, pp.63-4 apud ROXIN, Claus. **Reflexões sobre a problemática da imputação em Direito Penal**. In ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. Lisboa:Veja, 1998, n. 36 e 37, p. 165.

jurídico de finalidade”, sendo o “risco permitido”, entendido como “limite do controle final” do desenrolar causal da conduta, tido como um conceito normativo, não ontológico.

Roxin⁵⁹⁶ conclui que “a finalidade, com efeito, não se baseia unicamente na conexão causal, livre de valor, mas pressupõe, igualmente, critérios objetivos de imputação”, sendo a finalidade “um princípio de imputação jurídica”, não de “causalidade científico-natural”. Dessa forma, a “relevância” jurídica do risco produzido pela ação do agente não é definida ontologicamente por uma relação de causalidade, mas pela análise realizada pelo Legislador.

Dessa forma, a regra de imputação deve trazer critérios normativos para avaliar o empírico, viabilizando a criação da conexão entre autor e resultado. Roxin indica como “critérios de imputação”, conceitos que trazem em si um juízo de valor, realizados por outra instância, geralmente, o Legislativo, indo além de algo empiricamente observado, isto é, de relações de causalidade. Os critérios de imputação trazem, portanto, juízos de valor a serem aplicados sobre os nexos de causalidade observados no caso concreto, permitindo conectar a conduta do agente com o resultado observado. Dessa forma, ao considerarmos os deveres de cuidado como critérios da imputação, devemos considerar inicialmente a causalidade, para, depois, pesquisarmos se, de acordo com os deveres de cuidado, poderíamos indicar o resultado de perigo como obra do autor.

4.3.3 Deveres de cuidado: normas de conduta ou de imputação?

Para que possamos identificar nosso próprio posicionamento quanto à função dos deveres de cuidado, devemos entender como se fundamentam as análises que as compreendem como normas de conduta ou regras de imputação.

⁵⁹⁶ Roxin (ROXIN, Claus. **Reflexões sobre a problemática da imputação em Direito Penal**. In ROXIN, Claus. Problemas fundamentais de Direito Penal. Lisboa:Veja, 1998, pp.145-7, 165-6) esclarece que a “questão jurídica fundamental”, quanto à fixação da ligação entre a conduta e o resultado, “não consiste em averiguar se determinadas circunstâncias se dão, mas em estabelecer os critérios em relação aos quais queremos imputar a uma pessoa determinados resultados”. Assim, o nexo de causalidade não teria um enfoque na “esfera ontológica”, mas para que se possa “imputar a um homem um resultado como obra sua” deve haver observância de “critérios de avaliação a que submetemos os dados empíricos”, dessa forma, enfoca-se no “juízo de imputação”, ao invés da causalidade; busca-se “um critério de imputação que seja geral e susceptível de concretização quanto ao seu conteúdo”.

Roxin⁵⁹⁷ considera-os “critérios de imputação”, os quais, segundo o próprio Roxin⁵⁹⁸, devem indicar um “um parâmetro jurídico” do que o agente “é obrigado a prever”. Já, Frisch⁵⁹⁹ entende que “esses conteúdos nada tem a ver com a imputação, mas apenas oferecem ou limitam direitos orientados a certos princípios de garantia recíproca de liberdade”, sendo normas de conduta. De acordo com Frisch, a análise tem como objeto o conteúdo da norma jurídica, da própria “constituição jurídica”, pois se refere à seleção dos “riscos desaprovados” e dos “tolerados”.

Segundo Frisch⁶⁰⁰, a limitação jurídica do que seria proibido e permitido, tem “legitimidade” se “puder impedir determinados acontecimentos e consequências”. Dessa forma, o risco deixaria de ser “tolerável” quando superar as “fronteiras da liberdade” asseguradas ao cidadão pelo ordenamento jurídico. Assim, Frisch, ao analisar “o que deve ser juridicamente desaprovado”, isto é, do que nós tratamos como conteúdo dos deveres de cuidado, afirma que não se trata de “regras de imputação”, mas do próprio “conteúdo do Direito”, da “natureza das relações jurídicas entre os indivíduos, da amplitude e as fronteiras da liberdade que deve ser reconhecida”⁶⁰¹. Esse conteúdo do direito seria o “parâmetro preexistente à pessoa”, base para o direcionamento de condutas, “com o qual a pessoa mensura a ação imputável e com relação a qual também se efetua a pergunta da (imputação) da culpabilidade. Esse parâmetro não se

⁵⁹⁷ ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General, t.I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito.** Madrid: Civitas, 1997, p.1000 (tradução livre).

⁵⁹⁸ ROXIN, Claus. **A teoria da imputação objetiva** in ROXIN, Claus. Estudos de Direito Penal. São Paulo: Renovar, 2006, pp.117.

⁵⁹⁹ FRISCH, Wolfgang. **La imputación objetiva: estado de la cuestión.** In ROXIN, Claus – JAKOBS, Günther – SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre el estado de la teoría del delito. Barcelona: Civitas, 2000, pp.66-67 (tradução livre).

⁶⁰⁰ Frisch (FRISCH, Wolfgang. **La imputación objetiva: estado de la cuestión.** In ROXIN, Claus – JAKOBS, Günther – SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre el estado de la teoría del delito. Barcelona: Civitas, 2000, pp.48-50, 64-65 (tradução livre)) parece dar maior relevância à questão da delimitação do injusto em sua teoria. Entende como “irrenunciável” na imputação objetiva a análise da “relação (de realização) entre a conduta desaprovada do autor e o resultado produzido”. No entanto, esse resultado não lhe interessa como mero “dato naturalístico”, mas como “expressão do injusto”, o qual não se fundamenta pelo princípio da causalidade, mas por se tratar de uma “expressão da situação juridicamente desejada”.

⁶⁰¹ Corcoy Bidasolo (CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. **Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos penales supraindividuales.** Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 57 (tradução livre)) considera que “em um primeiro nível, que o Legislador decide quais riscos são relevantes com atenção à gravidade do perigo – grau de probabilidade de lesão – e de qualidade desse risco – bens jurídicos postos em perigo e na situação perigosa – e, com base nisso determine as modalidades de conduta que considera com suficiente periculosidade normativa em abstrato, para ser objeto de uma norma penal. Em segundo nível, a partir de uma perspectiva dogmática, o aplicador da lei - espectador objetivo *ex ante* – deve determinar quais, dentre as circunstâncias concorrentes – entendendo também como circunstâncias a capacidade do autor, os conhecimentos técnico-científicos do momento, o consentimento da vítima...- deverão ser tomados em consideração para o juízo de perigo. Em um terceiro nível, a partir de uma perspectiva político-criminal, o aplicador da lei – espectador objetivo *ex ante*- deverá valorar o âmbito do risco permitido, atendendo à utilidade social, condicionantes sócio-econômicos, impacto social... Todos esses fatores são os que formam parte desse juízo de perigo normativo que recai sobre a situação de perigo objetiva.”.

determina mediante critérios de imputação.”. Frisch esclarece que tais parâmetros fazem referência à “descrição e limitação de direitos e liberdades”, assim como à “desaprovação de determinadas condutas”. Refere-se, portanto, à “ponderação de interesses”, dá como exemplos a questão da “idoneidade e necessidade de determinadas restrições da liberdade para a conservação dos bens e liberdade, a valoração positiva de determinados bens e liberdades, a expectativa de certas medidas de proteção dos titulares dos bens”.

Parece-nos que a teoria de Frisch apenas aparentemente opõe-se à de Roxin, já que o próprio Roxin admite a importância de critérios normativos para a definição do conteúdo dos deveres de cuidado, como se verá adiante.

Burkhardt⁶⁰², entretanto, desconsidera qualquer rendimento à teoria de Frisch, que chama de “enriquecimento do juízo de perigo com elementos de desaprovação”, as tais “ponderações” entre interesses conflitantes. Burkhardt fia-se em um conceito ontológico de risco, tentando separá-lo dos critérios normativos. Critica a junção da “criação do risco” e sua “desaprovação” na teoria de Frisch, indicando “uma normativização aberta do conceito de perigo e do juízo de perigo”.

No entanto, não é possível que se realize um juízo sobre um possível nexos causal, sem que se tome como referência um paradigma nomológico. Ao se pensar apenas nas informações ontológicas, não há um juízo de perigo, mas como afirma Frisch “mera dedução”, tomando-se como paradigma o resultado ontológico já produzido, visto de uma perspectiva *ex post*.

Consideramos que os deveres de cuidado trazem elementos de norma de conduta, pois tem como alvo o público em geral, sendo uma forma de direcionamento de condutas de terceiros. Evidentemente, também trazem um juízo de valor, produto da ponderação de interesses, isto é, sopesam-se a liberdade dos cidadãos e a tutela a bens jurídicos tutelados. É essa ponderação de interesses que é realizada na Regulação de Risco. No entanto, podemos encontrar nos deveres de cuidado também critérios de imputação, indicando que a análise será realizada *ex post*, considerando a adequação de considerar o resultado, o risco produzido, como obra do agente, a partir de todas as circunstâncias do caso concreto.

Após definir a função dos deveres de cuidado, podemos conectá-la com o momento adequado do juízo de risco.

⁶⁰² BURKHARDT, Björn. Conducta típica y perspectiva ex ante. A la vez, una aportación contra la “confusión entre lo subjetivo y lo objetivo”. In WOLTER, Jürgen & FREUND, Georg (eds). **El sistema integral del derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal**. Madrid: Marcial Pons, 2004, pp.168-9 (tradução livre).

Burkhardt⁶⁰³ considera que a violação do dever de cuidado deve ser avaliada tendo-se em conta “o máximo de conhecimentos disponíveis no momento do julgamento (*ex post*)”. Conclui que o mais adequado seria primeiro “ter consultado todos os conhecimentos disponíveis *ex post*”; e, depois, avaliar se o “risco era proibido”. Essa questão da proibição, para o conceito simples seria a única questão “normativa”.

Em sentido contrário a essa posição, Frisch⁶⁰⁴ esclarece que todo juízo de perigo seria apenas “um juízo *ex ante* do curso causal subsequente”; sendo que o *ex post* do conceito de Burkhardt não passa de uma referência à extensão da “base ontológica do momento do fato”. O juízo de perigo na teoria de Frisch refere-se a uma “afirmação normativa” sobre a criação de risco proibido e violação da norma, por certa conduta, considerando “um determinado (normativamente relevante) estado da Ciência”⁶⁰⁵.

A análise do juízo de perigo de Frisch é condizente com a trazida por Knight⁶⁰⁶, que considera que a mentalidade humana tem como “função primordial prever acontecimentos futuros”, a partir de uma “limitada noção dos fatos”, aos quais tem acesso. Como resultado, cada qual tem uma “reação” de acordo com sua própria versão, imaginada por si, do futuro. A “reação humana”, portanto, é, segundo Knight, produto de “inferências” que cada um faz do que percebe dos fatos, imaginando como se daria o desdobramento do nexos causal “com e sem sua intervenção”.

Frisch⁶⁰⁷ considera que o “perigo objetivamente desaprovado, cuja criação deve ser omitida, integra originariamente e antes de tudo um conceito da norma de conduta”. Dessa forma, tendo a finalidade de “prevenir condutas indesejadas”, o juízo de perigo a ser exigido deve ser *ex ante*. Conclui que “do ponto de vista normativo, não interessa simples e diretamente um perigo *ex post* naturalístico”, que acaba por “renunciar aquela base de juízo de perigo

⁶⁰³ BURKHARDT, Björn. Conducta típica y perspectiva ex ante. A la vez, una aportación contra la “confusión entre lo subjetivo y lo objetivo”. In WOLTER, Jürger & FREUND, Georg (eds). **El sistema integral del derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal**. Madrid: Marcial Pons, 2004, pp.171-3. (tradução livre).

⁶⁰⁴ FRISCH, Wolfgang. Delito y sistema del delito. In WOLTER, Jürger & FREUND, Georg (eds). **El sistema integral del derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal**. Madrid: Marcial Pons, 2004, pp.192, 237-244. (tradução livre).

⁶⁰⁵ Corcoy Bidasolo (CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. **Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos**. In MIR PUIG, Santiago & CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (direc.). Política criminal y reforma penal. Buenos Aires: B de f. 2007, p. 47. (tradução livre)) afirma que “Diante de uma perspectiva penal, o nível de conhecimento exigível não é o científico”, basta que se saiba que a “conduta é idônea para produzir resultados lesivos”, isto é, que existe “certa probabilidade da produção de resultados lesivos e de que forma se pode controlar esse risco”. É relevante, portanto, a “periculosidade em abstrato”.

⁶⁰⁶ KNIGHT, Frank H. **Risk, Uncertainty and Profit**. Boston: Cambridge, 1921, pp.200 e 202. (tradução livre)

⁶⁰⁷ FRISCH, Wolfgang. Delito y sistema del delito. In WOLTER, Jürger & FREUND, Georg (eds). **El sistema integral del derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal**. Madrid: Marcial Pons, 2004, pp.262-3. (tradução livre).

concebida normativamente”, a qual traz em si “ponderações entre os interesses vinculados à ação que cria o risco”. Nesse ponto, concordamos com Frisch, já que os *standards* fruto da Regulação de Risco trazem em si ponderação entre os interesses presentes na regulação, os quais não devem ser descartados por uma análise naturalística.

No direito espanhol, Molina Fernández⁶⁰⁸ esclarece que não tem sentido a análise do perigo “em um momento posterior à realização do fato”, já que a “norma tenta influir no comportamento dos cidadãos servindo-lhe de guia para a ação”, devendo se referir ao momento anterior à conduta, portanto, deve haver uma análise de perigo *ex ante*.

Também no direito espanhol Cordoy Bidasolo⁶⁰⁹ defende que apenas os riscos “cognoscíveis no momento em que o sujeito realiza a conduta”, *ex ante*, são relevantes para o Direito penal. Assim, “apenas são jurídico-penalmente relevantes os riscos conhecidos pelo autor – dolosos – ou se também podem o ser os cognoscíveis - culposos”.

Frisch⁶¹⁰ é enfático ao afirmar que “considerar que o perigo completa-se com a produção do resultado” não é um juízo de perigo, mas mera “dedução”. Esclarece que as “normas de conduta apenas podem se basear em dados que no momento anterior da ação sejam acessíveis ao destinatário da norma”; assim, apenas condutas que “com base na perspectiva *ex ante* sejam perigosas” podem ser criminalizadas. Se condutas inofensivas, sob uma perspectiva *ex ante*, forem criminalizadas, tem-se uma “norma de cumprimento impossível”, sendo que o próprio Burkhardt também reconhece a necessidade de que o agente tenha “conhecimento próprio do risco”.

Parece-nos que a análise sob a perspectiva *ex ante* é a mais adequada à ideia de deveres de cuidado como normas de conduta, já que garantem a possibilidade de prover ao agente um

⁶⁰⁸ MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. **Antijuridicidad penal y sistema del delito**. Barcelona: Bosch, 2001, pp.690-1, 774 (tradução livre). Segundo o professor espanhol, haveria dois tipos de juízo de perigo. O primeiro seria o “ontológico”, o “estritamente objetivo”, sem que se faça referência ao “desconhecimento da realidade”, baseando-se em uma “realidade perfeitamente conhecida, mas intrinsecamente indeterminada”, a ser “explicada por leis probabilísticas”. Classificamos como um caso de probabilidade objetiva. Já o segundo, ao qual adere, seria o “juízo de perigo epistemológico”. Consideramos que chama-o de “epistemológico” porque trata do conhecimento do agente, dando-lhe um viés subjetivo. Baseia-o “no desconhecimento parcial da realidade regida por leis causais deterministas”, o conhecimento parcial pode ser nomológico, sobre às “leis causais” ou ontológico, sobre “os dados fáticos”. Conclui que “em ambos os casos, e, não só no primeiro, a predição da realidade” dá-se com base na probabilidade.

⁶⁰⁹ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. **Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos**. In MIR PUIG, Santiago & CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (direc.). Política criminal y reforma penal. Buenos Aires: B de f. 2007, p. 44. (tradução livre)

⁶¹⁰ FRISCH, Wolfgang. Delito y sistema del delito. In WOLTER, Jürgen & FREUND, Georg (eds). **El sistema integral del derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal**. Madrid: Marcial Pons, 2004, pp. 237-244. (tradução livre).

paradigma de comportamento, observando-se as “finalidades preventivo gerais” referidas por Schünemann.

No entanto, se considerarmos os deveres de cuidado como regras de imputação, deveremos ampliar a análise para compreender que a imputação dá-se em duas etapas. Schünemann⁶¹¹ esclarece que a violação do dever de cuidado objetivo deve ser sempre avaliada *ex ante*, sendo que a avaliação *ex post* deve-se referir apenas ao resultado da conduta, complementando a primeira análise.

Schünemann⁶¹², ao se referir sobre a “causalidade da infração do dever”, indica duas posições doutrinárias. A primeira⁶¹³ defende que não deve ocorrer imputação do resultado, se esse mesmo resultado ocorreria se respeitados os deveres de cuidado, com base no “princípio *in dubio pro reo*”. Já Roxin⁶¹⁴, segundo Schünemann, defende que basta a “violação do dever objetivo de cuidado”, desde que tenha havido o aumento do risco. Schünemann considera essa teoria do aumento do risco é adequada a uma análise *ex post*, a qual analisa se um dever de cuidado “violado *ex ante* ainda deve ser considerado, de acordo com as circunstâncias agora conhecidas, como um meio apropriado político-criminalmente para impedir o resultado”⁶¹⁵.

⁶¹¹ SCHÜNEMANN, Bernd. **Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva**. In SCHÜNEMANN, Bernd. Temas actuales y permanentes del derecho penal. Madrid: Tecnos, 2002, pp.83-85. (tradução livre). Schünemann defende que “a imputação *ex post*” está fundamentada na adequação “do ponto de vista político-criminal para impedir o resultado produzido”, isto é, seria um tipo de “valoração jurídica”, quanto à “ponderação entre o interesse na liberdade de atuar e no interesse de proteção de bens jurídicos”. Assim, afasta-se da ideia de que a imputação seria uma mera “comprovação descritiva de relações ontológicas”, isto é, do próprio princípio da causalidade.

⁶¹² SCHÜNEMANN, Bernd. **Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva**. In SCHÜNEMANN, Bernd. Temas actuales y permanentes del derecho penal. Madrid: Tecnos, 2002, pp.93-94. (tradução livre).

⁶¹³ SCHÜNEMANN, Bernd. **Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva**. In SCHÜNEMANN, Bernd. Temas actuales y permanentes del derecho penal. Madrid: Tecnos, 2002, n.82, p.93 Schroeder. *Leipziger Kommentar*, §16, n. marg. 190, Schönke/Schröder/Cramer, *Strafgesetzbuch*, p.15, n. marg. 171 ss, Samson. *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht*, 1972, pp. 153 ss, Prittwitz, *Strafrecht und Risiko*, pp. 323 ss, Frisch. *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 537 SS, Jakobs. *Strafrecht AT*, pp. 235 ss, Toepel. *Kausalität und Pflichtwrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1992, pp. 146 ss (tradução livre).

⁶¹⁴ Roxin, ZStW, 74 (1962), pp. 411 ss apud SCHÜNEMANN, Bernd. **Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva**. In SCHÜNEMANN, Bernd. Temas actuales y permanentes del derecho penal. Madrid: Tecnos, 2002, n. 83, p.93 (tradução livre).

⁶¹⁵ Schünemann (SCHÜNEMANN, Bernd. **Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva**. In SCHÜNEMANN, Bernd. Temas actuales y permanentes del derecho penal. Madrid: Tecnos, 2002, p.95 (tradução livre)) considera que “o alcance da imputação do resultado só pode e deve ser deduzido a partir de considerações sobre o fim da norma. Como o fim da norma em direito penal consiste em uma versão abstrata da prevenção de lesões aos bens jurídicos, disso se infere” que não haverá imputação do resultado nos casos em que “a proibição penal não é um instrumento nem sequer de algum modo conveniente para evitar a lesão ao bem jurídico”, aceitando as afirmações de Hirsch, quanto à necessidade de análise “da estrutura objetiva dos fatos mediante uma ação”, com base nos “aspectos ontológicos”, referindo-se ao “domínio do curso causal”. Schünemann reconhece que sua teoria da imputação objetiva é bastante ligada à análise de Hans Joachim Hirsch, considerando, inclusive, a “necessidade de critérios diferentes para certos grupos de casos”.

Evidentemente, se os deveres de cuidado forem considerados como critérios de imputação, sua análise inclui o resultado, como indica Robinson⁶¹⁶, exigindo que o juízo de risco dê-se *ex post*.

Schünemann⁶¹⁷ entende que “a partir da teoria das normas”, a “norma de proibição constituída *ex ante*” deve “representar também *ex post* uma medida apropriada para impedir o resultado produzido”. Assim, Schünemann não vê grande incompatibilidade entre as teorias de Roxin e Frisch, cuja única diferença seria definir se deve ser feito primeiro a “imputação do resultado ou do comportamento típico”⁶¹⁸.

É por esse motivo que Roxin⁶¹⁹ classifica como “um acidente” a produção de um dano por uma conduta que tenha respeitado “as exigências do tipo” relativas ao dever de cuidado. Roxin traça uma relação entre o “domínio por meio da vontade humana” e a previsibilidade “objetiva” do resultado colocando o risco como central a sua teoria da imputação, “totalmente desligada do dogma causal”. Da mesma forma, Corcoy Bidasolo⁶²⁰ afirma que não se pode considerar risco proibido aqueles que não eram cognoscíveis no momento da conduta, “seja porque não existem os conhecimentos científicos necessários para reconhecer esse risco ou por se tratar de riscos que não seriam previsíveis, *ex ante*, os chamados de caso fortuito.”

A utilidade da perspectiva *ex post* encontra-se na avaliação do resultado. Schünemann⁶²¹ é bastante claro na diferenciação desses dois momentos da imputação. Considera que a “a ação que causa o resultado deve ser objetivamente contrária ao dever de cuidado”, esse juízo deve ser realizado “*ex ante*”, “no momento da ação, considerando os conhecimentos e capacidades especiais do agente”. E, apenas se for constatado que houve a violação do dever de cuidado, é que se deve seguir a análise do resultado, em uma segunda

⁶¹⁶ ROBINSON, Paul H. Rules of Conduct and Principles of Adjudication. In UCLR, v. 57, fasc. 3, 1990, pp.731-4, 739. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol57/iss3/2> (tradução livre).

⁶¹⁷Schünemann (SCHÜNEMANN, Bernd. **Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva**. In SCHÜNEMANN, Bernd. Temas actuales y permanentes del derecho penal. Madrid: Tecnos, 2002, n. 39, p.81 e pp.80-81. (tradução livre)) classifica em dois tipos de teoria da imputação objetiva. A primeira, para os casos em que há identidade entre as análises *ex ante* e *ex post*, isto é, se as mesmas informações forem selecionadas em ambos os juízos, tem-se a “imputação objetiva em sentido amplo”. Se “divergirem”, há a “a imputação objetiva em sentido estrito”.

⁶¹⁸ Cordoy Bidasolo (CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. **Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos**. In MIR PUIG, Santiago & CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (direc.). Política criminal y reforma penal. Buenos Aires: B de f. 2007, p. 50. (tradução livre)) esclarece que “Juntamente com um juízo de atribuição *ex ante* deve concorrer um juízo de imputação *ex post*, nesse caso estritamente objetivo, em que se valore a lesividade dessa conduta em atenção ao bem jurídico protegido”. Corcoy Bidasolo indica que “a lesividade é o fundamento da antijuridicidade material”.

⁶¹⁹ ROXIN, Claus. **Reflexões sobre a problemática da imputação em Direito Penal**. In ROXIN, Claus. Problemas fundamentais de Direito Penal. Lisboa:Veja, 1998, pp.147-8.

⁶²⁰ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. **Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales**. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p.90 (tradução livre)

⁶²¹SCHÜNEMANN, Bernd. **Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva**. In SCHÜNEMANN, Bernd. Temas actuales y permanentes del derecho penal. Madrid: Tecnos, 2002, pp.83-84. (tradução livre)

etapa da imputação. Nela, analisam-se “todas as circunstâncias *ex post*”, “de acordo com a perspectiva do juiz”.

Entendemos que os deveres de cuidado apresentam uma natureza mista tanto de norma de conduta e regra de imputação da conduta; e, sendo assim, ao se tratar da perspectiva do sujeito, temos uma norma de conduta, cuja avaliação do risco dá-se *ex ante*, permitindo que o sujeito, de acordo com sua vontade, possa direcionar sua conduta. Já ao se tratar da imputação do resultado, o dever de cuidado é uma regra dirigida ao juiz, a ser considerado de acordo com todas as circunstâncias conhecidas, isto é, comparando-o com o juízo de perigo *ex post*. Podemos considerar que, em ambos os momentos, o Direito Penal ao construir normativamente o risco, pode vir a criar deveres de cuidado diversos da Regulação. Essa criação poderia ser observado na modificação de seu conteúdo, a partir da análise dos conhecimentos próprios do agente; seja na decisão de que sua violação não deveria embasar a responsabilidade penal, diante da análise de todas as circunstâncias do caso concreto.

4.4 Crimes culposos e deveres de cuidado: da construção normativa do risco e sua relação com a culpa

A análise da culpa no Direito Penal no direito brasileiro, alemão e espanhol é feita, majoritariamente, com base nos deveres de cuidado, sendo, portanto, uma expressão da construção normativa do risco. Já no sistema anglo-americano, encontramos referências a modelos de conduta objetivos e à possibilidades de subjetivização de tais análises. Diante da proximidade funcional entre eles, buscaremos fazer um estudo de direito comparado, indicando os caminhos que cada sistema usou para criar normativamente o risco em relação à culpa. Durante essa análise, indicaremos evidências de referências a elementos das dimensões do risco na doutrina.

4.4.1 Crimes culposos no sistema romano-germânico: a relação entre risco e dever de cuidado

Trataremos do papel dos deveres de cuidado na construção normativa do risco nos crimes culposos, tratando dos obstáculos enfrentados pela dogmática ao utilizar os deveres de cuidado como parâmetro para a análise tanto da culpa como do resultado e suas possíveis relações com as dimensões do risco.

Na doutrina brasileira, há críticas aos crimes culposos, baseando-a em sua conexão com o risco e fins preventivos, especialmente quanto à culpa inconsciente, quando o agente não tem conhecimento do cometimento do crime. Roxin⁶²² define a “culpa inconsciente”, como quando o agente “não percebe a realização de um tipo”, como “consequência da sua falta de observância do cuidado devido”, já na culpa consciente, “o agente considera possível que se realize o tipo”, no entanto, o agente confia “que o tipo não se realizará”.

Segundo Tavares⁶²³, os crimes culposos são uma “decorrência da sociedade industrial”, sendo que a “política criminal do delito culposo” tem relação com “interesses produtivos”, principalmente ao se considerar a culpa inconsciente a qual não passa de uma “expressão desse tipo de política criminal do risco”, que coloca “os consumidores de seus produtos como únicos responsáveis pelo seu manuseio incorreto, ainda que esses produtos contenham em si mesmos elementos de risco”. Assim, Tavares afirma que a criminalização da culpa inconsciente substitui a atuação do setor industrial para produzir produtos com menor “capacidade de produzir risco”, porém, “a punição da culpa inconsciente” não teria sua principal função na tutela de bens jurídicos, mas na “solidificação das bases de uma sociedade orientada pela troca”. Conclui que essa política criminal acaba levando à punição da culpa inconsciente, que não passaria de “um injusto puramente objetivo”, sem referência à culpabilidade, diante da ausência de consciência da produção do injusto.

Essa crítica quanto à culpa inconsciente em muito nos remete às análises sobre a dimensão sociocultural do risco. Nesse caso, o “risco” é visto como um argumento de persuasão da sociedade para a prática de certa conduta. Em um caso em que a responsabilidade criminal é baseada na produção de um certo grau de risco determinado por normas técnicas, parece que

⁶²² Roxin (ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General, t.I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito.** Madrid:Civitas, 1997, pp.1018-9, 1026. (tradução livre)) define o “dolo eventual”, Roxin afirma que o agente teria uma “decisão pela possível lesão do bem jurídico”, afastando-se de qualquer teoria que iguale dolo eventual à culpa consciente. No direito alemão, há ainda a figura da “temeridade”, a qual, segundo Roxin, trata de uma “culpa qualificada”, sendo analisada de acordo com o resultado de perigo criado pela conduta e; não, “por uma atitude interna especialmente reprovável”, o que não seria muito condizente com o “Direito Penal do Autor”.

⁶²³ Tavares (TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito.** Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, pp.383-5) afirma que: “A razão de ser da norma de cuidado, que vem constituir o fundamento do tipo do injusto do delito culposo, está, pois, na gradação que se verifica na forma e no modo de execução da ação perigosa e suas diferenças, que dão os contornos do risco autorizado.(...) É justamente nessa gradação da atividade perigosa, em face da direção consciente e voluntária de sua execução, que nasce o sentido e a valoração jurídico-penal do cuidado, em que se estabelecem os delitos dolosos, de um lado, e os culposos, de outro, e se manifestam as classificações do dolo (directo e eventual) e da negligência (consciente e inconsciente). A questão, portanto, da compatibilidade entre a negligência inconsciente e o direito penal não deve ser discutida no âmbito da ação, mas no âmbito do injusto e da culpabilidade.”. O dolo é, portanto, dado quando “o agente dirige os meios causais de tal ordem que neles se reflete tal orientação, de modo direto e perfeito, ou como expressão necessária dos próprios meios, ou como consequência necessária da execução ou do alcance do objetivo (todos os casos do dolo directo), ou como consequência possível da execução ou do alcance objetivo, desde que o agente se conforme com isto (dolo eventual), tudo com vistas a lesar ou pôr em perigo um bem jurídico”.

temos um tipo de “delegação” da função do Direito de avaliar as bases da responsabilidade criminal para a Ciência e Tecnologia. No caso da culpa inconsciente, Tavares indica que essa “delegação” acaba violando a estrutura do Direito Penal, mas sua forte fundamentação político-criminal, baseada em “interesses produtivos”, acabaria impedindo sua extirpação. Esse tipo de fundamentação para a atribuição de responsabilidade é criticado por Douglas⁶²⁴, considerando-a como um tipo de recurso “a um “árbitro externo”, delegando-se aos “*experts*” a determinação da responsabilidade jurídica.

No entanto, predomina a admissão da culpa inconsciente como adequada ao Direito Penal. Roxin⁶²⁵ esclarece que a culpabilidade na culpa inconsciente trata do “simples fato de que não se considerou a possibilidade de lesão a bens jurídicos”, a partir do conhecimento de “circunstâncias fundamentadoras do perigo”, bastando a “mera possibilidade de conhecimento” dos fatores de risco. Essa possibilidade de conhecimento dá-se de modo objetivo, isto é, não há que se buscar entender o que se passa na mente daquele agente específico⁶²⁶. No entanto, Roxin⁶²⁷ entende como erro de proibição os casos de culpa inconsciente em que houve “dificuldade” na “determinação de conteúdo das normas de cuidado” e dispensa⁶²⁸ a exigência de tipo subjetivo na culpa inconsciente, pois o agente não teria considerado “os elementos e pressupostos do tipo objetivo”.

A construção normativa do risco como dever de cuidado pode, inclusive, ser considerada para diferenciarmos o conceito de culpa e o de dolo. Na doutrina nacional, Tavares⁶²⁹ indica que “a norma de cuidado” pode ser considerada tanto nos crimes dolosos como culposos⁶³⁰. O que diferencia o dolo e a culpa, assim como o que embasa as

⁶²⁴ DOUGLAS, Mary. Risk as a Forensic Resource. In *Daedalus*, v.119.n.4, Risk. Outono, 1990, p.12 (tradução livre).

⁶²⁵ ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General, t.I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Madrid:Civitas, 1997, p.1020 (tradução livre).

⁶²⁶ Roxin (ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General, t.I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Civitas: Madrid.1997, p.1020 (tradução livre)) afirma que “Basta a mera cognoscibilidade das circunstâncias fundamentadoras do perigo. A ideia de que ninguém pode julgar o que se passa na mente de outro é errada.”.

⁶²⁷ ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General, t.I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Madrid:Civitas, 1997, pp.1036-7 (tradução livre).

⁶²⁸ Roxin (ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General, t.I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Madrid:Civitas, 1997, pp.1021-2 (tradução livre)) afirma que tanto na culpa consciente como no dolo eventual há a “representação de todas as circunstâncias do fato como um risco não permitido e na confiança na não consumação do fato típico”. Já na “culpa não consciente falta o tipo subjetivo”, não tendo havido consideração pelo agente dos “elementos e pressupostos do tipo objetivo”.

⁶²⁹ TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes culposos**, Florianópolis: Tirant lo blanch, 2018, pp. 300-1.

⁶³⁰ Segundo Struensee (STRUENSEE, Eberhard. El tipo subjetivo del delito imprudente. In *ADPCP*, 1987, p. 427-9. (tradução livre)), aceitando-se ou não a teoria finalista, há grande relevância do conceito de desvalor da ação no tema dos crimes culposos, mesmo que o crime culposos seja “caracterizado pela ausência de uma finalidade dirigida a um resultado típico”. Adverte que “o desvalor da ação não existe sem uma referência a um desvalor do fato” ou

“classificações do dolo (direto e eventual) e da negligência (consciente e inconsciente)” seria a existência da “direção dos meios causais”, de modo “consciente e voluntário da execução” pelo agente.

No entanto, a análise da construção normativa do risco como deveres de cuidado encontra nos crimes culposos sua principal área de desenvolvimento, tendo sido usada por Burkhardt para classificar os próprios conceitos de crimes culposos.

Burkhardt⁶³¹ trata de dois conceitos de crimes culposos, o conceito simples e o conceito complexo. O conceito simples de crimes culposos, ao qual adere, refere-se a uma “lesão simples aos deveres de cuidado”, em contraposição ao “conceito complexo de crime culposo”, que se refere à lesão de “dever de cuidado objetivo”. O “conceito simples” seria análogo ao dolo, sendo apenas “uma falta de cuidado” interno, o qual “não pode ser classificada como tipo objetivo”, porque se refere “à imprudência individual”. Essa “falta de cuidado”, segundo Burkhardt, deve ser avaliado tendo-se em conta “o máximo de conhecimentos disponíveis no momento do julgamento (*ex post*)”. Entende que o mais adequado seria primeiro “ter consultado todos os conhecimentos disponíveis *ex post*”; e, depois, avaliar se o “risco era proibido”. Essa questão da proibição, para o conceito simples seria a única questão “normativa”.

Esse conceito de crime culposo simples aparece na teoria finalista de Welzel. Welzel⁶³² critica a ideia de um “dever de cuidado subjetivo”, que se refere a um “grau de cuidado que teria podido e devido manifestar um agente numa situação concreta”. Segundo o autor⁶³³, essas teorias trariam um “mal-entendido”, já que o dever de cuidado deve sempre ter seu conteúdo, “o cuidado necessário nas relações com o outro”, do “ponto de vista objetivo”, isto é, deve-se referir ao “comportamento exigível” de modo objetivo ao agente, que “não se concretiza em função das capacidades individuais deste”. Welzel considera o dever de cuidado como “uma magnitude objetiva”; seria um “ponto de referência em função do qual pode ser determinada a conformidade da relação do agente com a definição do fato típico”. Assim, a violação ao dever de cuidado “representa o injusto nos crimes culposos”. Seria a “reprovabilidade da violação do

do resultado, sendo que, “essa conexão fundamenta-se na finalidade da ação e se expressa adequadamente como ‘desvalor da intenção’”. No crime doloso, “a finalidade juridicamente desaprovada em relação a seu objeto de referência reside no dolo, a execução da ação (movimento corporal) com essa finalidade realiza o desvalor da ação”. Já no culposo, Struensee afirma que a “vontade do agente” não inclui o resultado da conduta típica.

⁶³¹ BURKHARDT, Björn. Conducta típica y perspectiva *ex ante*. A la vez, una aportación contra la “confusión entre lo subjetivo y lo objetivo”. In WOLTER, Jürger & FREUND, Georg (eds). **El sistema integral del derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal**. Madrid: Marcial Pons, 2004, pp.171-3. (tradução livre).

⁶³² WELZEL, Hans. **Culpa e delitos de circulação: sobre a dogmática dos crimes culposos**. In Revista de Direito Penal, n. 3, jul-set. 1971, p.39

⁶³³ Welzel (WELZEL, Hans. **Culpa e delitos de circulação: sobre a dogmática dos crimes culposos**. In Revista de Direito Penal, n. 3, jul-set. 1971, n. 87, p. 39) cita as teses de SCHÖNKE-SCHRÖDER, §59 x, 6 e p. 527; MEZGER, Lehrbuch, p. 359, Leipz. Kom, §59, III, N. 22, diversamente, MEZGER-BLEI, Studienbuch, I §66.

dever”, a qual deveria ser analisada nos “elementos subjetivos da falta de previsibilidade subjetiva ou da falta de prudência”.

Esse conceito simples de crimes culposos é o mais próximo que encontramos das análises referentes a *reasonable person* na *common law*⁶³⁴, pois ambos se referem a uma “magnitude objetiva” para avaliar a culpa do agente.

No entanto, esse conceito simples dos deveres de cuidado não é mais majoritário. Burkhardt⁶³⁵ indica o “conceito complexo dos crimes culposos”, o qual exige uma “dupla falta de cuidado”, isto é, refere-se ou aos que “sem querer, como consequência da violação de um dever de cuidado” cometem uma ação típica, a culpa inconsciente, ou aqueles que confiem, “contrariamente a um dever”, que um resultado tido pelo autor como “efetivamente possível” não ocorrerá, a culpa consciente. O conceito complexo trata da relação de “previsibilidade objetiva”, que se refere à avaliação da “periculosidade da conduta” para determinar a tipicidade nos crimes culposos, sendo que “o juízo *ex ante*” apenas indica que a conduta deve ser considerada perigosa por uma análise “racional” anterior à conduta, “baseada nas circunstâncias cognoscíveis *ex ante* e nos conhecimentos nomológicos disponíveis *ex ante*”.

Burkhardt⁶³⁶ critica a “teoria subjetiva da periculosidade ou da probabilidade”, porque seria possível que “uma conduta venha a ser perigosa, mesmo quando no momento de sua realização, ninguém pudesse conhecer sua periculosidade”, isto é, “distingue perigo (ou periculosidade) e conhecimento ou cognoscibilidade do perigo”. Segundo Burkhardt, deve haver a “criação de um perigo objetivamente cognoscível”, isto é, que possa ser identificado, “cognoscível”, por um terceiro racional *ex ante*⁶³⁷.

⁶³⁴ Cf. Cap. 4.3.2. *Recklessness* e *negligence* no direito inglês e norte-americano: padrões objetivos e subjetivos e construção normativa do risco.

⁶³⁵ BURKHARDT, Björn. Conducta típica y perspectiva ex ante. A la vez, una aportación contra la “confusión entre lo subjetivo y lo objetivo”. In WOLTER, Jürgen & FREUND, Georg (eds). **El sistema integral del derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal**. Madrid: Marcial Pons, 2004, pp.153-8, 183. (tradução livre).

⁶³⁶ BURKHARDT, Björn. Conducta típica y perspectiva ex ante. A la vez, una aportación contra la “confusión entre lo subjetivo y lo objetivo”. In WOLTER, Jürgen & FREUND, Georg (eds). **El sistema integral del derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal**. Madrid: Marcial Pons, 2004, n. 19, p.157. (tradução livre).

⁶³⁷ Struensee (STRUENSEE, Eberhard. El tipo subjetivo del delito imprudente. In **ADPCP**, 1987, pp. 423-5, 435-6 (tradução livre).) também questiona se a base para os deveres de cuidado deveriam ser os “processos conscientes da mente do agente” ou os “fatos independentes do conhecimento do autor”, com “validade geral”, isto é, com “objetividade”. Segundo Struensee, na culpa, há um desvalor da ação sem uma finalidade da ação que abarque um resultado. No entanto, defende a possibilidade de uma ideia de “finalidade” específica para os crimes culposos que considere “uma determinada constelação de circunstâncias objetivas que resultam negativamente valoradas porque o ordenamento jurídico conecta a elas a prognose de uma possível lesão ao bem jurídico (causalidade de um resultado típico)”, referindo-se aos fatores de risco. Já quanto ao desvalor do resultado, deveria haver o exame de todos os “fatores puramente objetivos”, a serem definidos por uma lei causalista natural, sem que tenha relevância se o sujeito tinha consciência do risco, já que “o objeto deve ser constatado com independência de seu

A tese de Brukhardt favorece uma noção ontológica do risco, a qual considera todas as circunstâncias objetivas possíveis. No entanto, se considerarmos os deveres de cuidado como normas de conduta, como o faz Frisch⁶³⁸, devemos compreender que as “normas de conduta apenas podem se basear em dados, que no momento anterior da ação, sejam acessíveis ao destinatário da norma”; assim, apenas condutas que “com base na perspectiva *ex ante* sejam perigosas” poderiam ser criminalizadas. O conceito ontológico do risco, que parte de uma perspectiva *ex post*, não seria adequado para tratar de deveres de cuidado, já que “considerar que o perigo se completa com a produção do resultado” não seria um juízo de perigo, mas mera “dedução”. Essa análise *ex post* apenas se refere à avaliação do resultado como “obra” do agente.

Nesse ponto, Frisch baseia-se no subjetivismo, identificado por Zynda⁶³⁹ com o conceito subjetivo de probabilidade, o qual considera as “probabilidades como graus de conhecimento do agente” (*degrees of belief*). O emprego da probabilidade subjetiva para definir o risco que pode ser abordado por normas de conduta, como o dever de cuidado, garante que se analise se o indivíduo determinou-se de acordo com o seus graus de conhecimentos e o conteúdo da norma.

Schünemann⁶⁴⁰ concilia as duas visões no processo de imputação da conduta. A primeira etapa seria considerar se houve a violação do dever de cuidado. Para isso, “a ação que causa o resultado deve ser objetivamente contrária ao dever de cuidado”, esse juízo deve ser realizado “*ex ante*”, “no momento da ação, considerando os conhecimentos e capacidades especiais do agente”. A segunda etapa passa-se a analisar o resultado, baseando-se em “todas as circunstâncias *ex post*”, “de acordo com a perspectiva do juiz”⁶⁴¹.

conhecimento”. Assim, os deveres de cuidado deveriam ser criados “mediante a descrição de fatos objetivos”, sendo esses os “objetos de referência da finalidade juridicamente desaprovada”.

A “finalidade” nos crimes culposos para Struensee seria o mesmo que, atualmente, diante dos avanços nos estudos do nexos causal probabilístico, temos como “inferência causal na estatística”, explicada por Glymour (GLYMOUR, Clark. *Causation and Statistical Inference*. In BEEBEE, Helen et al. (ed). **The Oxford Handbook of Causation**. Oxford:Oxford, 2009, p. 502 (tradução livre)) como uma forma para “medir a força de relações causais potenciais”, criando-se “um parâmetro de estimativa”. Os deveres de cuidado referem-se exatamente a tais “parâmetros de estimativa”, quando já trazem em si indicações de fatores de risco.

⁶³⁸ FRISCH, Wolfgang. Delito y sistema del delito. In WOLTER, Jürgen & FREUND, Georg (eds). **El sistema integral del derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal**. Madrid: Marcial Pons, 2004, pp. 237-244. (tradução livre).

⁶³⁹ ZYNDA, Lyle. Subjectivism. In HÁJEK, Alan & HITCHCOK, Christopher. **The Oxford Handbook of Probability and Philosophy**. Oxford:Oxford, 2016, pp.360-1 (tradução livre).

⁶⁴⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. **Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva**. In SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del derecho penal*. Madrid: Tecnos, 2002, pp.83-84. (tradução livre)

⁶⁴¹ Também na teoria de Tavares (TAVARES, Juez. **Teoria dos crimes culposos**, Florianópolis: Tirant lo blanch, 2018, p.331), por exemplo, tem-se dois passos. O primeiro passo seria a análise quanto à lesão do dever de cuidado; isto é, questiona se houve violação da norma mandamental presente nos crimes culposos. O segundo passo seria a “análise concreta do processo de imputação, em face do risco autorizado e seus desdobramentos”.

Percebemos que a construção normativa do risco nos crimes culposos por meio dos deveres de cuidado acaba sendo abordada juntamente com a análise das teorias da imputação, como resultado da utilização do risco tanto para embasar o elemento subjetivo do crime, como para aferir o resultado, o elemento objetivo do crime.

No direito alemão, Roxin⁶⁴² adota a teoria do duplo-parâmetro, separando as análises de cada parâmetro objeto e subjetivo em um elemento específico da teoria do delito. O tipo objetivo dos crimes culposos seria analisado segundo critérios objetivos, e, o parâmetro subjetivo fica relegado à culpabilidade culposa, isto é, questiona-se se “o sujeito poderia satisfazer essas exigências”. No entanto, na imputação, Roxin⁶⁴³ defende a análise *ex ante* de modo objetivo, a ser identificado por um terceiro, aos quais “devem-se acrescentar os conhecimentos especiais do autor concreto”. Roxin admite que o “conhecimento especial do autor, ou seja, um dado subjetivo, fundamente a criação do perigo, e, assim, a imputação do tipo objetivo!”.

Essa análise do risco, ora como parte do elemento subjetivo do delito, ora como parte do elemento objetivo do delito, recebe tratamento específico no direito italiano. Angioni⁶⁴⁴ define que “o perigo elemento objetivo do crime não pode ser idêntico ao risco que qualifica a culpa, elemento subjetivo do crime”. Cria dois conceitos diferentes de risco, baseando-se na perspectiva do juízo do perigo. Na culpa, Angioni reconhece a presença do que chama de “perigo unilateral ou risco contextual” (*pericolo unilaterale* ou *rischio sistuazionale*), o qual se baseia na “parcial ignorância das circunstâncias de fato relevantes”, que se poderia esperar de um sujeito naquele contexto “temporal e espacial”. Enquanto, no tipo objetivo, como resultado da conduta, Angioni reconhece a existência do “perigo absoluto” ou “risco ontológico” (*pericolo assoluto* ou *rischio ontologico*), o qual exige o “conhecimento total das circunstâncias de fato e das máximas de experiência relevantes” buscando “prognósticos para suas futuras decisões e atividades humanas, e, portanto, de natureza relativamente indeterminada”.

Na doutrina nacional, temos também algo semelhante em Reale Jr e Paschoal⁶⁴⁵, os quais dividem a culpa em uma faceta subjetiva e uma objetiva. A subjetiva refere-se a “um

⁶⁴² ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General, t.I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito.** Madrid:Civitas, 1997, pp.1013-4 (tradução livre).

⁶⁴³ ROXIN, Claus. **A teoria da imputação objetiva** in ROXIN, Claus. Estudos de Direito Penal. São Paulo: Renovar, 2006,pp.121-2.

⁶⁴⁴ ANGIONI, Francesco. **Il pericolo concreto come elemento dela fattispecie penale: la struttura oggettiva.** Milano: Giuffrè, 1994, p.173 e 180 (tradução livre).

⁶⁴⁵ Reale Jr e Paschoal (REALE Jr, Miguel & PASCHOAL, Janaína Conceição. Dos crimes contra a vida in REALE Jr, Miguel (coord). **Direito Penal – Jurisprudência em debate.** São Paulo:Saraiva, 2016, posição 775, 784, 797, 806 (livro eletrônico)) dão maior ênfase à vontade do agente, indicando que, na “culpa consciente, assoma ao espírito do agente a possibilidade da causação do resultado, mas ele confia que este resultado não

coeficiente psíquico e uma posição valorativa de menosprezo à diligência necessária, conforme o conhecimento que possuía do processo causal”. E, a objetiva, seria uma exigência de um “juízo de probabilidade acerca do processo causal”.

No entanto, Frisch⁶⁴⁶ questiona a análise dos crimes culposos que indica “a causação do resultado” como o injusto; enquanto seria parte da culpabilidade a “violação do dever de cuidado”. Frisch esclarece que esse modelo não resistiu à descoberta de que “também no injusto, o individual, o subjetivo, desempenha um papel importante” e, principalmente, quando se passou a exigir no tipo “a criação desaprovada do risco (ou infração de uma norma que proíba esse risco)”. Conclui Frisch que, no juízo de perigo, seria necessário questionar “o individual”, como os poderes e conhecimentos próprios do agente. Dessa forma, dificilmente pode-se aceitar os deveres de cuidado de acordo com um parâmetro objetivo de análise do risco, isto é, de acordo apenas com a probabilidade objetiva⁶⁴⁷.

Frisch considera aqui que o juízo de perigo traz um aspecto subjetivo, o qual não pode ser dissociado, para que venha a ser considerado objetivamente, como um resultado fático, já que se trata de uma análise mental realizada pelo agente. E é a partir dessa constatação, que fundamenta a adoção de deveres de cuidado objetivos com a adoção dos conhecimentos especiais do sujeito. Frisch⁶⁴⁸ critica as teorias que fundamentam o juízo de perigo de modo objetivo, já que também os “conhecimentos especiais do autor”, os elementos subjetivos do crime, devem ser abordados para a consumação do crime.

Essa referência aos conhecimentos especiais do sujeito são bastante adequados aos casos de Regulação em metas⁶⁴⁹, já que admitem que, diante das características próprias dos regulados, de seus “conhecimentos especiais” venham a estabelecer deveres de cuidado mais exigentes para si próprios, para atingir a “meta”, conforme indicado por Decker⁶⁵⁰.

sucedirá”, isto é, “tudo vai dar certo”. Já no “dolo eventual não se confia que não se produzirá o resultado”, isto é, o agente “ao aderir” à probabilidade de causação do resultado, aceita que esse “resultado faça parte de sua intenção”. Os deveres de cuidado são tratados como um parâmetro objetivo da conduta, cuja observância deveria ser suficiente para “evitar o evento, constituindo a culpa em se ter criado uma situação perigosa que dificulte impedir o resultado”.

⁶⁴⁶ FRISCH, Wolfgang. Delito y sistema del delito. In WOLTER, Jürger & FREUND, Georg (eds). **El sistema integral del derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal**. Madrid: Marcial Pons, 2004, pp.251-2. (tradução livre).

⁶⁴⁷ Cf. Cap. 2.1 Primeira dimensão do risco: risco e seus aspectos técnico-científicos.

⁶⁴⁸ FRISCH, Wolfgang. **La imputación objetiva: estado de la cuestión**. In ROXIN, Claus – JAKOBS, Günther – SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre el estado de la teoría del delito. Barcelona: Civitas, 2000, pp.56-58 (tradução livre).

⁶⁴⁹ Cf. Cap. 3.2.3 Deveres de cuidado de acordo com a Regulação em metas e Regulação em regras.

⁶⁵⁰ DECKER, Christopher. **Goals-based and rules-based approaches to regulation**. BEIS Research paper n. 8. Reino Unido. Department for Business, Energy and Industrial Strategy, 2018. (tradução livre)

Quanto ao tipo subjetivo nos crimes culposos, relevante é a teoria de Struensee. Struensee⁶⁵¹ indica que o tipo subjetivo⁶⁵² nos crimes culposos tem como foco o conhecimento parcial dos fatores de risco. Esse conhecimento falho, por si só, já indicaria uma finalidade censurável, já que o agente “atua sem ter certeza quanto aos fatores de risco”, mesmo nos casos em que não se informa quanto à “imprevisibilidade da situação”. Indica, ainda, que o risco deveria ser tratado da mesma forma, considerando os mesmos fatores de risco, tanto para determinar a culpa, como para se imputar o resultado da conduta. Struensee estende a mesma conclusão para os casos de “ausência de conhecimento ou uma ausência de ‘cuidado interno’”, em casos de falta de atenção quanto às condições do dever de cuidado, concluindo que “a possibilidade de superar o conhecimento diante de informação prévia não merece o privilégio do risco permitido”. Além disso, indica que no caso do uso de análise objetiva *ex ante*, não se pode questionar se um homem-médio cuidadoso teria sido capaz de atuar de modo adequado, já que não estaria disponível esse “conhecimento adicional”.

Roxin⁶⁵³ critica a tese de Struensee segundo a qual o agente atua baseando-se “conscientemente” em apenas parte das “circunstâncias relevantes em relação ao risco”, tendo, portanto, uma “finalidade ilícita”. Assim, para Roxin, Struensee identifica o tipo subjetivo do crime culposo com “os fatores do risco”; e, não, com as “circunstâncias fáticas”. Dessa forma, segundo Roxin, Struensee confunde culpa com a teoria do erro, pois sempre haveria “desconhecimento de fatores de risco”. Roxin nega a relação “necessária” entre culpa e “conhecimento de fatores fundamentadores de risco”, isto é, mesmo nos casos em que o agente não perceba tais fatores, Roxin defende que lhe seja imputado “culposamente o dano”, como se dá na culpa inconsciente. Conclui Roxin, que embora haja uma relação entre culpa e conhecimento do agente, não é essa a base do tipo subjetivo porque as “circunstâncias não são especificáveis em abstrato”, como também não fornece um parâmetro seguro de análise, diante dos incontáveis fatores de risco.

⁶⁵¹ STRUENSEE, Eberhard. El tipo subjetivo del delito imprudente. In **ADPCP**, 1987, pp.443, 446-8 (tradução livre).

⁶⁵² Na doutrina brasileira, Tavares (TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes culposos**, Florianópolis: Tirant lo blanch, 2018, pp.331-2) não vê vantagens na análise das facetas objetiva e subjetiva do tipo nos crimes culposos, já que a vontade do agente, como finalidade, “não interessa à realidade normativa”, bastando para indicar a “relevância da ação” um “puro juízo objetivo sobre a conduta concretamente realizada e a violação do dever de cuidado”. Mesmo em se tratando da culpa consciente, tem-se uma análise “vinculada diretamente à forma e ao modo como o agente se relaciona com a norma mandamental e não com o resultado proibido”. A “relação subjetiva entre o agente e o resultado proibido”, segundo Tavares, é uma questão a ser tratada na culpabilidade. Assim, evita-se que o juiz tenha a “decisão final acerca da violação dos deveres de cuidado, sem se ater às suas delimitações objetivas”.

⁶⁵³ ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General, t.I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Madrid:Civitas, 1997, pp.1021-3 (tradução livre).

Nesse ponto, Roxin critica o uso por Struensee da probabilidade objetiva ontológica, a qual tem como premissa considerar todos os fatores de risco disponíveis. Roxin considera que, para a análise do nexo causal no caso concreto, interessam as circunstâncias de fato específicas do caso. Assim, usar como parâmetro uma previsão universal de todos os fatores de risco possíveis, como pretende Struensee, equivale, como afirma Roxin, a “equiparar a culpa à teoria do erro”, já que o agente nunca terá conhecimento de todos os fatores de risco possíveis. Na teoria de Roxin, o mais relevante é a criação de risco não permitido, o qual deve ser avaliado no caso concreto.

A questão do dever de cuidado como parâmetro para análise tanto para a culpa como para a do resultado da conduta, leva a doutrina romano-germânica a adotar outros requisitos para reforçar a análise do tipo subjetivo.

Na doutrina brasileira, Tavares⁶⁵⁴ reconhece a vantagem do estudo do dever de cuidado, considerando-os como uma expressão da “conduta perigosa”, uma característica relevante dos crimes culposos. Considera que os deveres de cuidado desempenham uma função de “estabelecer, previamente, os limites do risco autorizado”, sendo possível que se encontrem em “instruções ou normas administrativas”, sendo esses os “dados normativos”, os deveres de cuidado a serem observados. Conclui que a “conduta humana perigosa não resulta da simples produção causal, mas do modo como seus elementos se configuram na prática social e na sua estrutura normativa.” Quanto aos elementos empíricos, Tavares nega vantagens da “noção argumentativa de cuidado”⁶⁵⁵, fundamentar a “delimitação do risco autorizado”, sendo crucial “relação concreta com a lesão de bem jurídico”.

⁶⁵⁴ TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes culposos**, Florianópolis: Tirant lo blanch, 2018, pp.289-292, 295.

⁶⁵⁵ Gössel (GÖSSEL, Karl Heinz. Velhos e novos caminhos da teoria da culpa (*Fahrlässigkeitslehre*). In AMBOS, Kai & BÖHM, María Laura. (coord). **Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013 pp.105-9, 110-116-7) propõe uma nova visão sobre os delitos culposos, considerando que seria a “interpretação da norma”, a base sistemática do Direito Penal. Considera, baseando-se na teoria das normas de Binding que os crimes existem por violarem “normas jurídicas hipoteticamente consideradas”, já que uma conduta adequada à lei penal é digna de sanção, isto é, é uma ação típica. Essas “normas jurídicas hipoteticamente consideradas”, não são emitidas pelo Poder Legislativo, não podem ser lidas “em nenhum código”, são um “pressuposto necessário para a punibilidade de ações delituosas”. Considera que o “objeto da norma” penal seriam “aqueles prejuízos a um bem jurídico que podem ser evitáveis por ações humanas”, conforme indicado por Binding. A noção de “evitabilidade” no tipo penal não leva à eliminação da distinção entre “injusto e culpabilidade”, já que o dever de evitabilidade seria algo abstrato e genérico, muito diverso da “concreta capacidade de cada individual”, pertencente à culpabilidade. Segundo essa teoria, nos crimes culposos, não há a possibilidade de evitação baseando-se apenas no elemento subjetivo, já que não há dolo⁶⁵⁵. Tratam-se nesse caso de “precauções especiais na realização de ações concretas, como medidas tendentes a evitar prejuízo aos bens jurídicos”. Nesse trecho, Gössel evidentemente refere-se aos deveres de cuidado, no entanto, nega a necessidade de que haja um tratamento normativo a tais “precauções especiais”. Alega que “não se exige a infração a um especial dever de cuidado como elemento específico da infração à norma e do tipo legal dos crimes culposos”, critica a ideia de “duplicação” da norma, já que a “norma obriga a salvaguardar somente bens jurídicos, mas não a observar um dever especial de cuidado”. Defende que “o progressivo desenvolvimento da humanidade” pode ser atingido com “condutas descuidadas”. Dá como exemplo uma cirurgia médica, que não siga as “regras da arte

Roxin⁶⁵⁶ tem certa cautela ao tratar dos deveres de cuidado nos crimes culposos, pois busca evitar a “impressão” de que o crime culposo seria uma mera “omissão do dever de cuidado”, o que aproximaria a culpa no direito penal às “infrações de proibição de exposição ao risco abstrata ou de normas de trânsito infralegais”. Roxin⁶⁵⁷ enfatiza que “não é a omissão, mas a atividade contrária ao cuidado devido que é imputada” ao réu.

Roxin⁶⁵⁸, portanto, redimensiona a relevância dos deveres de cuidado na responsabilidade criminal, tendo-os como apenas mais uma das formas de “delimitação normativa da moldura da responsabilidade”, juntamente com a “previsibilidade (ou também da adequação), a evitabilidade, o risco permitido”⁶⁵⁹.

Na doutrina nacional, Tavares⁶⁶⁰, trata da importância da “previsibilidade objetiva do resultado” e da “evitabilidade” nos crimes culposos “para limitar a responsabilidade pela produção do evento”, já que “a vontade no crime culposo só tem relevância para a violação da norma de cuidado”. A previsibilidade de acordo com Tavares vai além da estatística, “meramente quantitativa”, indicando uma série de outras formas de “previsibilidade”, baseadas em uma obra de Mario Bunge de 1987⁶⁶¹. Indica que a “previsibilidade” pode ser “taxonômica” (trata da extensão de certa “particularidade” a toda uma “classe”), “estrutural” (“previsão” a qual trata das “leis estruturais que regem algumas modalidades de objetos”), “fenomenológica”

médica”, mas seja útil para o salvamento da pessoa. Nesses casos excepcionais, haveria o tratamento do “risco permitido”, como causa de justificação, para garantir o “desenvolvimento social”, surgindo da “colisão supralegal de bens jurídicos”. Esse sopesamento entre bens jurídicos deve ser realizado, segundo Gössel, por “outras regras que declarem admitidos e, com isso, lícitos os prejuízos a um bem jurídico com infração à norma”.

⁶⁵⁶ ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General, t.I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Madrid: Civitas, 1997, pp.1000. (tradução livre).

⁶⁵⁷ ROXIN, Claus. Violação do dever e resultados nos crimes negligentes. In ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de Direito Penal**. Lisboa: Vega, 2004, p. 264.

⁶⁵⁸ ROXIN, Claus. Sobre o fim da proteção da norma nos crimes negligentes. In ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de Direito Penal**. Lisboa: Vega, 2004, p. 274.

⁶⁵⁹ Na doutrina nacional, Bechara (BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Valor, norma e injusto penal: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo**. Belo Horizonte: D'Placido, 2020, p.251-2) defende que os elementos de valoração global apresentam-se nos casos em que há deveres de cuidado e de agir (culposos e omissivos impróprios), mas, também nos dolosos, nos quais “a determinação típica não se mostra possível sem uma complementação da matéria de proibição apenas sugerida pelo legislador por uma valoração autônoma levada a efeito pelo julgador e situada, assim, fora do tipo, como regra da ilicitude”. Bechara filiando-se à teoria de Roxin, indica que “Em síntese, os elementos de valoração global do fato, encontrados em diversas normas penais incriminadoras do ordenamento brasileiro, tais como “indevidamente” (art. 151 e 319 do Código Penal; art. 195, V da Lei Federal n. 9279/1996), “ilicitamente” (art. 174 da Lei Federal 11.101/2005), “sem justa causa” (art. 154 e 244 do Código Penal; art. 6, I da Lei Federal n. 8137/1990), distinguem-se dos elementos normativos do tipo, em sentido estrito, seja em razão de pertencerem apenas em parte (os pressupostos de valoração global) ao tipo penal, ficando o restante – a valoração em si – compreendido pela antijuridicidade, seja por serem incompatíveis com a ocorrência de causas de justificação.”.

⁶⁶⁰ TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, pp.376-9.

⁶⁶¹ BUNGE, Mario. *Kausalität, Geschichte und Probleme*. Tübingen: Mohr, 1987, pp.342 e ss apud TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, pp.376-9.

(a previsão estaria baseada em “um fator estático conhecido”) e “temporal” (análise da sucessão de fatos, para se prever o próximo desdobramento).

Veja-se que o que Tavares chama de “previsibilidade” refere-se não apenas à probabilidade objetiva ou subjetiva que pode se referir nos deveres de cuidado, mas de leis produzidas pelas Ciências Naturais. Williamson⁶⁶² indica que o “nexo causal probabilístico” é um conceito que une a estatística às leis científicas, as quais indicam “relações causais”. O desprezo pelonexo causal probabilístico, o que justificaria a busca por outras formas de previsibilidade, pode ser um efeito de um movimento que Williamson identifica como ocorrendo até “o final do século XX”, a partir de quando se começou o desenvolvimento da causalidade probabilística, mudando totalmente a ideia de que a “causa seria uma ideia confusa sem qualquer tratamento matemático”.

E, por fim, Tavares⁶⁶³ trata da “evitabilidade”, a qual no crime culposo, “não está no conhecimento, mas no fato objetivo”. Nesse caso, Tavares trata da análise *ex post*, após a violação do dever de cuidado, para se considerar se o resultado era evitável⁶⁶⁴.

Nesse caso, vemos uma aplicação de probabilidade objetiva⁶⁶⁵ para impedir a imputação do resultado ao réu. Ao analisarmos essa mesma situação de acordo com a Regulação, seria importante que se considerasse se não foi um caso de uma falha regulatória, já que não se considerou o risco produzido no caso concreto no parâmetro da conduta devida, o que indicaria a necessidade da revisão da Regulação setorial⁶⁶⁶.

⁶⁶² WILLIAMSON, Jon. Probabilistic Theories. In BEEBEE, Helen et al. (ed). **The Oxford Handbook of Causation**. Oxford:Oxford, 2009, pp.196-7, 202 (tradução livre).

⁶⁶³ TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, pp.379-380.

⁶⁶⁴ Há, ainda, uma controvérsia entre Burkhardt e Frisch quanto à inclusão ou não dos conhecimentos do autor no juízo de perigo. Burkhardt (BURKHARDT, Björn. Conducta típica y perspectiva ex ante. A la vez, una aportación contra la “confusión entre lo subjetivo y lo objetivo”. In WOLTER, Jürger & FREUND, Georg (eds). **El sistema integral del derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal**. Madrid: Marcial Pons, 2004, pp.157-161. (tradução livre)) rejeita-a, considerando que deveriam ser tratados “no tipo subjetivo, ou, conforme a doutrina ainda dominante, na culpabilidade”. Já, Frisch (FRISCH. Tabestandsmäßiges Verhalten (n.4), pp.41 apud BURKHARDT, Björn. Conducta típica y perspectiva ex ante. A la vez, una aportación contra la “confusión entre lo subjetivo y lo objetivo”. In WOLTER, Jürger & FREUND, Georg (eds). **El sistema integral del derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal**. Madrid: Marcial Pons, 2004, n. 33, p.159 (tradução livre)) aceita-a, sendo um tipo de “construção do juízo objetivo do perigo ajustado às peculiaridades individuais”.

Segundo Roxin (ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General, t.I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Madrid:Civitas, 1997, pp.1013-4 (tradução livre)), considerar as “capacidades superiores” do agente para a análise da conduta típica, criando um padrão de conduta diferente para os que tem tais capacidades superiores, acaba por garantir a sua impunidade. Corcoy Bidasolo (CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. **El delito imprudente: criterios de imputación del resultado**. Buenos Aires: B de f, 2008, n. 370, p.93 (tradução livre)) dá como exemplo o caso do corredor de Fórmula Um, Alain Prost, que foi absolvido, pela ausência de produção de perigo, diante de suas capacidades excepcionais, por dirigir a 200 km/h em Niza, em 1986, mesmo tendo violado as normas do tráfico viário.

⁶⁶⁵Cf. Cap. 2.1 Primeira dimensão do risco: risco e seus aspectos técnico-científicos

⁶⁶⁶Cf. Cap. 3.2 Da construção do risco pela Regulação de risco

E, quanto ao risco permitido, Roxin⁶⁶⁷ considera-o como fundamento da reprovabilidade nos crimes culposos. E, nesse conceito, os deveres de cuidado aparecem como um padrão nomológico a ser somado à análise ontológica para que se possa interpretar o que seria “risco permitido”. Percebemos que, embora Roxin busque diminuir a relevância dos deveres de cuidado não pode prescindir do conceito para determinar o que considera como “fundamento da reprovabilidade” nos crimes culposos.

Conceitos como o do “risco permitido”, em que se exija a “qualificação jurídica” de um fato, segundo a teoria de Larenz⁶⁶⁸, criam uma associação indelével entre os aspectos normativos, os critérios trazidos pelo ordenamento jurídico, e os fatos. Nesse caso, as facetas ontológica e nomológica do risco devem ser enfrentadas pelo intérprete para que atinja o conteúdo do conceito de “risco permitido”. Nesse caso, tanto a construção do “risco” pela Regulação, enfrentando suas diversas dimensões, como também a construção normativa do risco pelo Direito Penal deve ser consideradas para a compreensão do que seria o “risco permitido” no caso concreto.

Ou, ainda, podemos indicar que a própria teoria da interpretação de Friedrich Müller⁶⁶⁹ sugere que os deveres de cuidado serão criados a partir da interpretação do caso concreto. O “domínio da norma”, isto é, “os fatos, a realidade que será analisada pelo juiz”, no caso, os fatores de risco, devem ser analisados para se “criar a norma” a ser aplicada. Se partirmos da teoria de Müller quanto à interpretação da norma jurídica, os deveres de cuidado seriam delimitados apenas a partir de um “ir e vir” entre o enunciado da norma de dever de cuidado e os aspectos fáticos, isto é, apenas a partir da conjunção do ontológico e do nomológico.

Diante da conexão entre Direito Penal e Regulação, sugerida pelo próprio conceito de “risco permitido”, trazido pelos deveres de cuidado, devemos abordar a relevância em se interpretar a norma penal de acordo com o contexto regulatório⁶⁷⁰.

Roxin⁶⁷¹ reconhece que “não se pode determinar unilateralmente o que seria um perigo juridicamente relevante”, indicando a necessidade para se atentar à “valoração social da conduta

⁶⁶⁷ ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General, t.I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Madrid:Civitas, 1997, pp.1000. (tradução livre).

⁶⁶⁸ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2019, pp.434-5.

⁶⁶⁹ MÜLLER, Friedrich. *Juristische Methodenlehre*, 1989, p.20 apud LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2019, n.45, p.183

⁶⁷⁰ Cf. Cap. 1.1. O Direito Penal no contexto regulatório no direito inglês e norte-americano.

⁶⁷¹ ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General, t.I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Madrid:Civitas, 1997, pp.1027 (tradução livre).

geradora de risco e do bem jurídico ameaçado”. Exatamente essa análise é o objeto da Regulação de Risco, a qual indica os deveres de cuidado e os parâmetros de risco permitido.

Armin Kaufmann⁶⁷², representante do finalismo, indica que os deveres de cuidado, nos crimes culposos, seriam a “personificação do ordenamento jurídico no caso concreto”. Considerava que no dever de cuidado, estaria encapsulado um sopesamento de interesses, um juízo de valor, referindo-se às “colisões de interesses(...) entre a liberdade de ação e a consideração dos interesses do outro, entre a transcendência político-econômica e a possibilidade de prejuízo pessoal”, dicotomias essas encontradas em cada ação típica. Também na doutrina espanhola temos Torio López⁶⁷³, indica que já na obra de Hippel⁶⁷⁴ entende-se que o “cuidado” adquire “perfil concreto” quando se considera a regulação setorial, como “regras do pertinente âmbito econômico, isto é, do serviço ferroviário, da empresa de construção, do tráfico automobilístico, da caça, da atividade médica etc”.

Veja-se que a Regulação de Risco trata de tais sopesamentos de valores⁶⁷⁵, sendo que cada setor regulado apresenta decisões regulatórias adequadas a cada contexto.

No funcionalismo teleológico, Roxin⁶⁷⁶ enfatiza a importância da regulação profissional⁶⁷⁷, criada pelos Conselhos profissionais, assim como para a regulação setorial para a determinação dos deveres de cuidado. E, nos casos em que não exista, diante de impossibilidade trazida pelas próprias limitações ontológicas, há a criação de padrões de conduta específicos de acordo com a capacidade superior do agente, de acordo com a “*lex artis*”, aos quais Roxin⁶⁷⁸ denomina de “padrões de conduta objetivos específicos” como na medicina e na “construção civil”.

Essa análise do dever de cuidado “objetivo específico”, nada mais é que a criação de parâmetros levando em conta a especialização do regulado que atue no setor, isto é, de deveres de cuidado objetivo acrescidos dos conhecimentos específicos do sujeito. É possível

⁶⁷² KAUFMANN, Armin. El delito culposo. In **Nuevo Pensamiento Penal. Revista de Derecho y Ciencias Penales**. Ano 5, n. 9-12, 1976, pp. 472-3; 480-1. (tradução livre).

⁶⁷³ TORIO LÓPEZ, Angel. El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos. In **ADPCP**, T. 27, 1, 1974, p.28. (tradução livre).

⁶⁷⁴ HIPPEL. *Vergleichende Darstellung*, apud TORIO LÓPEZ, Angel. El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos. In **ADPCP**, T. 27, 1, 1974, n. 4, p.27. (tradução livre).

⁶⁷⁵ Cf. Cap. 3.1. Regulação de Risco: conceito adotado e delimitação do tema

⁶⁷⁶ ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General, t.I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Madrid:Civitas, 1997, pp.1009 (tradução livre).

⁶⁷⁷ Cf. Cap. 3.1. Regulação de Risco: conceito adotado e delimitação do tema.

⁶⁷⁸ Roxin (ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General, t.I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Madrid:Civitas, 1997, pp.1015 (tradução livre)) esclarece que, no caso de “capacidades inferiores”, a análise deve ser feita no campo da culpabilidade. Conclui que se a tipicidade depende “da realização do tipo de padrões de conduta individualizados, então se anula em parte a separação do injusto e culpabilidade”.

identificarmos *standards* mais exigentes como algo também possível nos setores em que se apliquem a Regulação em metas⁶⁷⁹. Segundo Decker⁶⁸⁰, a Regulação apenas indica a “meta”, o “resultado” a ser atingido, e, não traga a indicação de “padrões de comportamento a serem seguidos pelos regulados (ou portadores de deveres)”, fazendo com que eles mesmos venham a criar uma forma de atingir a meta regulatória, reforçando a “responsabilidade do regulado”. Essa forma de Regulação é diferente daquela a qual os penalistas geralmente fazem referência a “Regulação baseada em regras (*rules-based*)”, a qual Decker⁶⁸¹ define como bastante “prescritiva”, marcada pela “precisão, clareza e rigidez”, determinando maior “limitação à discricionariedade administrativa”, trazendo mais “responsabilidade ao regulador.

No entanto, Roxin⁶⁸² trata da regulação setorial, com certa desconfiança, já que a regulação técnica poderia ser “equivocada desde sua edição ou, ainda, ser superada pela evolução técnica, ou inadequada ao caso concreto”⁶⁸³. Roxin⁶⁸⁴ conclui que a violação à regulação setorial é apenas um “indício” de risco não permitido, mas não exclui um “exame judicial autônomo do risco criado”, sendo que os deveres de cuidado seriam apenas “critérios gerais de imputação”.

Veja-se que Roxin não coloca o enfoque na violação do dever de cuidado, mas na criação do risco não permitido no caso concreto, trazendo em sua teoria uma abordagem multidimensional do risco, o qual não fica limitado a uma ideia normativa.

A noção de que a violação aos deveres de cuidado seria apenas um “indício” de risco não permitido, conforme indicado por Roxin, tem ainda mais sentido se considerarmos os casos de incerteza. A Regulação de risco pode indicar, especialmente, nos casos de incerteza⁶⁸⁵ científica, padrões de risco permitido mais conservadores, o que deve ser considerado no julgamento criminal do caso concreto. De fato, tal preocupação é uma constante dos estudos

⁶⁷⁹ Cf. Cap. 3.2.3 Deveres de cuidado de acordo com a Regulação em metas e Regulação em regras.

⁶⁸⁰ DECKER, Christopher. **Goals-based and rules-based approaches to regulation**. BEIS Research paper n. 8. Reino Unido. Department for Business, Energy and Industrial Strategy, 2018. (tradução livre)

⁶⁸¹ DECKER, Christopher. **Goals-based and rules-based approaches to regulation**. BEIS Research paper n. 8. Reino Unido. Department for Business, Energy and Industrial Strategy, 2018. (tradução livre)

⁶⁸² ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General, t.I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Madrid:Civitas, 1997, pp.1001-3 (tradução livre).

⁶⁸³ Corcoy Bidasolo (CORCOY BIDASOLO, Mirentxy. **El delito imprudente: criterios de imputación del resultado**. Buenos Aires: BdeF, 2008, pp.87-88. (tradução livre)), por exemplo, explica que com a “intervenção de inúmeros cursos causais interrelacionados entre si” não seria possível a previsão genérica das circunstâncias que constituam os deveres de cuidado. Dessa forma, apenas a partir do caso concreto seria possível sua determinação, considerando os “distintos fatores causais concorrentes – estejam ou não previstos na regra técnica”, considerando também os conhecimentos especiais do agente.

⁶⁸⁴ ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General, t.I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Madrid:Civitas, 1997, p.1000. (tradução livre).

⁶⁸⁵ Cf. Cap. 3.2.1. A regulação de risco e a incerteza científica: o caso dos riscos advindos da tecnologia.

regulatórios de Fisher⁶⁸⁶, os quais serão analisados posteriormente, que tem buscado dar ênfase à necessidade do controle judicial da regulação de risco.

Fundamentar a responsabilidade criminal na mera violação de deveres de cuidado baseados na regulação seria uma adesão ao “*versari in re illicita*”, a qual deixou de ser aceita no Brasil com o Código Penal de 1940. Reale Jr e Paschoal⁶⁸⁷ indicam que no Código Penal de 1890, havia a previsão da “culpa decorrente da inobservância de disposição regulamentar”. Mas, tal indicação de responsabilidade no Direito Penal foi afastada por construção doutrinária de Hungria, a qual teria exigido a comprovação do nexo de causalidade entre a violação do dever de cuidado e o resultado lesivo.

Roxin⁶⁸⁸ embasa a punição da culpa no direito penal ao aumento da “probabilidade de produção de resultado em comparação com o risco permitido”, após a violação de deveres de cuidado, buscando afastar-se da “antiga e já superada teoria da *versari in re illicita*”. Em outras palavras, Roxin⁶⁸⁹ considera que “o decisivo é aquilo que, de acordo com parâmetros jurídicos, se é obrigado a prever – e é exatamente isto que é determinado pelos critérios de imputação”, concluindo que os deveres de cuidado seriam apenas “uma denominação, que compreende em si os pressupostos cuja existência leva à criação de um risco juridicamente desaprovado”.

Dessa forma, parece-nos que o afastamento da teoria da *versari in re illicita*, dá-se com base na dimensão técnico-científica do risco, baseada na probabilidade objetiva⁶⁹⁰ de dano ao bem jurídico, evitando-se uma mera presunção de culpa.

De outro lado, a teoria da Acessoriedade Administrativa⁶⁹¹, ao fazer a análise de cunho normativo da relação entre Regulação e Direito Penal, em certos casos, teve o efeito não desejado de suprimir a análise do contexto fático após a violação do dever de cuidado, isto é, deixou-se de considerar o risco no caso concreto.

⁶⁸⁶ Cf. FISHER, Elizabeth. **Risk regulation and Administrative Constitutionalism**. Oxford and Portland: Hart, 2007.

⁶⁸⁷ Reale Jr e Paschoal (REALE Jr, Miguel & PASCHOAL, Janaína Conceição. Dos crimes contra a vida in REALE Jr, Miguel (coord). **Direito Penal – Jurisprudência em debate**. São Paulo:Saraiva, 2016, posições 1433, 1442 (livro eletrônico)) indicam que criava-se, assim, a possibilidade de uma presunção de culpa mediante a violação regulatória. Os professores citam a solução trazida por Hungria, o qual indica que apenas seria possível afastar a responsabilidade objetiva penal, o “*versari in re illicita*”, se fosse exigida a comprovação de que a “inobservância” foi a “causa e não simplesmente a ocasião ao evento lesivo”. Sendo assim, ressaltam a relevância da admissão de “prova em contrário, demonstrativa que a inobservância não deu causa ao evento”, concluem que tal violação regulatória não deveria passar de “um indício, sujeito a prova em contrário”.

⁶⁸⁸ ROXIN, Claus. Violação do dever e resultados nos crimes negligentes. In **Problemas fundamentais de Direito Penal**. Lisboa: Vega, 2004, pp.256-7.

⁶⁸⁹ ROXIN, Claus. **A teoria da imputação objetiva** in ROXIN, Claus. Estudos de Direito Penal. São Paulo: Renovar, 2006, p.117.

⁶⁹⁰ Cf. Cap. 2.1 Primeira dimensão do risco: risco e seus aspectos técnico-científicos.

⁶⁹¹ Cf. Cap. 1.2 A relação entre Direito Penal e Regulação no sistema romano-germânico.

Na apelação criminal⁶⁹² n.0048850-47.2014.8.26.0050, julgada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, temos que a configuração da culpa em homicídio culposo, foi assim considerada: “desrespeitando as regras de trânsito, o acusado violou dever objetivo de cuidado, sendo que o resultado ocorrido era objetivamente previsível”. No caso, o dever de cuidado violado pelo motorista de ônibus foi trafegar a “60 km/h, sendo que a velocidade máxima daquela via é de 50 km/h”, atropelando um pedestre que se encontrava “com pressa”, “no meio-fio do corredor” de ônibus, “na descida da avenida”, fora da faixa de pedestres. Não houve qualquer indicação de prova para se tratar da segunda fase do processo de imputação, isto é, questionar se observada a velocidade permitida, haveria probabilidade de atropelamento diante da dinâmica dos fatos.

Essa percepção da necessidade da prova pericial do nexos causal em crimes culposos, está clara no HC 543.922-PB⁶⁹³, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, onde se afirma que “na peça acusatória, conste apenas um agir lícito (dirigir veículo automotor) e o resultado morte ou lesão corporal sem efetiva demonstração do nexos causal”, dando como exemplo “velocidade acima da média que, em tese, poderia impedir a frenagem a tempo”⁶⁹⁴. Além disso, indica que “não foi realizada qualquer perícia nos freios ou na parte mecânica do caminhão ou sequer no local do acidente”.

Percebemos que a construção normativa do risco nos crimes culposos através dos deveres de cuidado é bastante complexa. Se por um lado reconhece-se a importância de um parâmetro normativo e objetivo, determinado pela Regulação de risco, tem-se o cuidado de não reduzir a culpa à mera violação de regulações. Além disso, o fato de se usar o mesmo parâmetro para a análise da culpa e do resultado, não parece simplificar a questão do filtro de circunstâncias a serem consideradas no juízo de perigo. Na verdade, a dificuldade de se compreender que o risco não é um resultado fático, mas uma construção mental, faz com que teorias ontológicas do risco ainda se mantenham.

⁶⁹² Brasil. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação criminal n.0048850-47.2014.8.26.0050. Relator Amabile Lopez Soto. Data do julgamento 11/09/2022. Data de Publicação:11/09/2022.

⁶⁹³ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 543.922/PB, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 11/2/2020, DJe de 14/2/2020.

⁶⁹⁴ Da mesma forma, Reale Jr e Paschoal (REALE Jr, Miguel & PASCHOAL, Janaína Conceição. Dos crimes contra a vida in REALE Jr, Miguel (coord). **Direito Penal – Jurisprudência em debate**. São Paulo:Saraiva, 2016, posição 724, 740 (livro eletrônico)) afirmam que o resultado dos crimes culposos deve incorrer como “consequência própria da conduta típica realizada”, assim, deve incorrer diretamente da violação do dever de cuidado. Enquanto que a determinação do que seria esse padrão de risco admitido, surgiria das “regras da experiência ou em regras jurídicas de diversos campos do direito”. Como exemplo indicam que as “particulares cautelas” trazidas pelo Código de Trânsito Brasileiro, o qual tem como “referencial a ser adotado como limite de risco permitido”, cuja violação pode dar lugar ao “homicídio culposo”.

4.4.2. *Recklessness e negligence no direito inglês e norte-americano: padrões objetivos e subjetivos e construção normativa do risco*

O objetivo de realizarmos um estudo de direito comparado quando tratamos dos elementos subjetivos do delito (*mens rea*)⁶⁹⁵ encontra obstáculos, diante da grande diferença entre a família romano-germânica e a *common law*.

No direito inglês e norte-americano, os deveres de cuidado são considerados um padrão para determinar a culpa na responsabilidade civil⁶⁹⁶, o qual tende a ser considerado como um parâmetro objetivo. Por exemplo, no caso *Nettleship v Weston*⁶⁹⁷ entendeu-se que “o dever de cuidado devido pelo aprendiz de motorista ao instrutor passageiro era o mesmo padrão objetivo

⁶⁹⁵ Já Schünemann (SCHÜNEMANN, Bernd. La función de la delimitación de injusto y culpabilidad. In **Revista Peruana de Ciencias Penales**, n. 18, 2006, pp. 376-7, 379-380, 383 (tradução livre)) considera a “*mens rea*” como “um conceito jurídico-penal de culpabilidade”, embora “não desenvolvido”. Critica a divisão do delito entre “elementos objetivos e subjetivos”, já que não seria essa separação que traria uma “ordenação verdadeiramente sistemática”. A sistematização científica apenas surge da análise de “elementos objetivos” no tipo do injusto e dos “elementos subjetivos” na culpabilidade”. No entanto, conclui que essa distinção excessivamente simplista, pois já a partir do finalismo passou-se a considerar “elementos subjetivos do injusto” e “elementos da culpabilidade objetivamente formulados”. Afirma que a distinção entre o injusto e a culpabilidade, além de se tratar de algo empírico também está enraizado na “cultura das sociedades”, o que, segundo ele, transpareceria pelos próprios conceitos utilizados, como “responsabilidade” e “justo e injusto”. Considera, ainda, que tal análise seria válida também para a língua inglesa, como “*justification*” e “*excuse*”, mesmo sem “que o legislador e a ciência do Direito Penal tenham introduzido a classificação jurídica”.

⁶⁹⁶ Ripstein (RIPSTEIN, Arthur. **Equality, Responsibility and the Law**. Cambridge: Cambridge, 2010, pp.173-5 (tradução livre).) esclarece que essa adoção dos deveres de cuidado, presentes no conceito de “*standard of care*”, como um parâmetro objetivo para se avaliar a conduta do agente, seria próprio da responsabilidade civil. E, no Direito Penal, tem-se uma visão tida como mais subjetivista, baseada no parâmetro da *reasonable person*, semelhante à nossa criticada figura do “homem-médio”.

No caso *R v Bateman* (The Law Commission. **Consultation paper n. 135: Criminal Law: Involuntary Manslaughter**. London: HMSO, 1994, pp.35-36 (tradução livre).) Segundo a Law Commission, no caso *Bateman*, considerou-se que o réu foi negligente, pois tratou de um caso além de suas capacidades com risco grave para seu paciente, sendo omissivo em levar em consideração a vida e segurança do paciente. *Bateman* foi condenado por *manslaughter* (homicídio menos grave) de sua paciente, “falecida em uma operação negligente realizada pelo réu”. Nesse precedente, houve a distinção da *negligence* civil e criminal por Lord Hewart CJ. Na “responsabilidade civil”, basta a comprovação de que certo “dever de cuidado foi violado” e que essa foi a causa do dano. Já para a condenação criminal, deve-se convencer o júri de que a conduta mostrou tanto “desprezo à vida humana e à segurança” que deve ser considerado como “crime contra o Estado e que a conduta merece punição”, isto é, deve-se comprovar que a *negligence* foi severa (*gross*).

Também Glanville Williams (WILLIAMS, Glanville. **Criminal Law: the general part**. Londres: Stevens & Sons, 1961, pp.104-105, 111. (tradução livre)) conclui que não existe “*negligence*” como algo “abstrato”, “*negligence* é sempre *negligence* em relação a uma certa consequência”. O que seria bem diferente do que se dá em *Tort Law*, onde o “conceito de *culpability* é mais amplo, onde a *negligence* por uma consequência pode determinar a responsabilidade por *negligence* por algo totalmente diferente”. Williams dá como exemplo o *negligence manslaughter*, onde se exige “*gross negligence*”. Veja-se que existe “*inadvertent*”, sem tomada de consciência da possibilidade de dano, sendo que o adjetivo “*gross*” considera que “houve uma alta divergência do padrão do homem razoável”. Assim, o “acusado não precisaria ter previsto a probabilidade de dano”, sendo uma exceção, no direito inglês, do que seria o requisito da “*mens rea* total”. Assim, “seria o júri quem definiria a fronteira entre a *negligence* civil e criminal”.

⁶⁹⁷ Reino Unido. Case *Nettleship v. Weston* [1971] 2QB 691. Nesse caso, um homem dava aulas de direção a uma mulher, quando se deu um acidente. O homem pediu indenização à mulher pelos danos causados, no acidente. Concluiu-se que ambos eram culpados pelo acidente, sendo o instrutor ressarcido pela metade do valor dos danos.

e impessoal devido pelo motorista aos demais motoristas”. Considerou-se, ainda, que “tal padrão não era afetado ou reduzido pelo conhecimento pelo instrutor da falta de habilidade e experiência do aprendiz”.

Quanto ao Direito Penal, os deveres de cuidado são referidos apenas excepcionalmente em certos casos de *negligence*, como veremos adiante.

Mesmo diante das diferenças, é possível analisarmos se a culpa no direito penal dá-se de acordo com parâmetros objetivos ou subjetivos, isto é, se há a possibilidade de análise dos conhecimentos do próprio agente.

Nossa intenção é descobrirmos se no direito inglês e norte-americano seria possível questionar se na construção normativa do risco, quanto à dimensão subjetiva do crime, os próprios conhecimentos pessoais do agente são levados em consideração, indicando relações com as dimensões do risco por nós delineadas.

Esses conhecimentos próprios e especializados do agente interferem na concepção de seu plano de ação, conceito esse fulcral para a análise do tipo subjetivo do crime, e, conseqüentemente, na construção normativa do risco. Hassemer⁶⁹⁸ tem “o plano do autor” como parâmetro de “justiça”, apto para diferenciar culpa consciente da inconsciente. Segundo Hassemer, na culpa inconsciente, o réu avalia a situação fática perigosa como “neutra”, já na consciente, teria havido a opção do réu em não seguir o dever de cuidado.

A dimensão do risco que aparece mais expressamente aqui é a técnico-científica, que trata do conceito de probabilidade subjetiva⁶⁹⁹. Zynda⁷⁰⁰ explica que o conceito subjetivo de probabilidade está em considerar as “probabilidades como graus de conhecimento do agente” (*degrees of belief*). Sendo assim, “os graus de conhecimento” (*degrees of belief*) deveriam poder ser medidos e também ser racionais, isto é, devem estar de acordo com “os cálculos de probabilidade”.

A necessidade da percepção do agente quanto aos fatores de risco para determinar o parâmetro da análise da culpa é defendida por Alexander e Ferzan⁷⁰¹. Alexander e Ferzan⁷⁰² consideram que o “risco é uma noção epistêmica, não ontológica”, indicando que “quando

⁶⁹⁸ HASSEMER, Winfred. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, pp.262-3.

⁶⁹⁹ Cf. Cap. 2.1 Primeira dimensão do risco: risco e seus aspectos técnico-científicos

⁷⁰⁰ ZYNDA, Lyle. Subjectivism. In HÁJEK, Alan & HITCHCOK, Christopher. **The Oxford Handbook of Probability and Philosophy**. Oxford:Oxford, 2016, pp.360-1 (tradução livre).

⁷⁰¹ Alexander e Ferzan (ALEXANDER, Larry & FERZAN, Kimberly Kessler. Reply. In ROBINSON, Paul H. **Criminal Law Conversations**. Oxford: Oxford, 2009, p. 292 (tradução livre)) afirmam: “Sejamos claros: o motorista arrogante que acredita que dirige de modo seguro, ou acredita que não gera nenhum risco, não merece punição”.

⁷⁰² ALEXANDER, Larry & FERZAN, Kimberly Kessler. **Crime and Culpability: a theory of Criminal Law**. Nova Iorque:Cambridge, 2009, pp. 69-85(tradução livre)

alguém em uma posição epistemologicamente superior a nossa poderia avaliar se o risco era superior ou inferior do que o estimado” por nós, já que essa “visão epistemologicamente superior pode-se dar por informações melhores.”. Essa noção epistemológica do risco admite uma variação da avaliação do nível de risco de acordo com a percepção pessoal do agente, indicando que um juiz *ex post* teria possibilidade de avaliar o risco no momento da ação de modo diverso do que o agente no momento da conduta.

Assim, importa-nos saber, no direito inglês e norte-americano, qual o tipo de padrão usado para avaliar o elemento subjetivo do crime e sua conexão com o risco. Se seria usado um padrão objetivo, o qual usaria parâmetros generalizantes, e, no caso do risco, um padrão objetivo, ontológico. Ou se são usadas análises subjetivas, e, no caso do risco, um padrão subjetivo, epistemológico, a partir de parâmetros especializados de acordo com os conhecimentos do réu.

Essa análise do risco conectada aos conhecimentos do agente de certo modo também reflete a forma como se dá a Regulação de risco, a qual acaba por considerar os conhecimentos específicos do agente referente ao setor regulado na concretização dos deveres de cuidado, especialmente, na Regulação em metas⁷⁰³.

O elemento do crime que mais se aproxima do conceito de “tipo subjetivo” dos crimes culposos da família romano-germânica seria a *mens rea*.

Dyson⁷⁰⁴, no entanto, indica que esse conceito é bastante fluido, mais ligado à prática do que ao desenvolvimento doutrinário. Afirma que o princípio da *mens rea* no direito penal, refere-se à necessidade de “um ingrediente essencial no crime, certa condição de reprovabilidade da mente.”. Segundo Dyson, no direito inglês não havia a especificação dos termos concretos do elemento subjetivo do delito, havendo referências a “noções de reprovabilidade moral” (*moral wrongdoing*), “o que poderia incluir referência a *intention* ou ideias semelhantes”. O conteúdo do conceito foi sendo estabelecido paulatinamente pela jurisprudência, sendo que a máxima latina *actus non facit reum nisi mens sit rea*, teria sido indicada pela primeira vez, provavelmente, no caso “*Fowler v Padget* em 1798”, como “um

⁷⁰³ Cf. Cap. 3.2.3 Deveres de cuidado de acordo com a Regulação em metas e Regulação em regras.

⁷⁰⁴ Dyson (DYSON, Matthew. **Explaining tort and crime: legal development across laws and legal systems 1850-2020**, Cambridge:Cambridge, 2022, pp.37-107. (tradução livre).) afirma que: “It is a general principle of our criminal law that there must be as an essential ingredient in a criminal offence some blameworthy condition of mind. Sometimes it is negligence, sometimes malice, sometimes guilty knowledge – but as a general rule there must be something of that kind which is designated by the expression *mens rea*. (...) The early common law had no assumption that concrete fault terms should be required for offences, instead relying on notions of moral wrongdoing which could include references to intention or similar ideas”.

Dyson indica que o “*Bloody Code*” teria marcado um “período de penas gravosas, incluindo a pena de morte, muitas vezes por crimes pouco graves, a partir do início dos anos de 1700; não era de fato um “código”, no sentido moderno. A pena capital foi dramaticamente reduzida a partir da década de 1830”.

dos sinais de reforma, afastando-se do absolutismo do período do “Código Sangrento” (*Bloody Code*)”.

Tanto no direito inglês⁷⁰⁵ como no norte-americano⁷⁰⁶ encontramos um histórico de correlação entre risco e culpa, baseado na ideia de reprovabilidade moral. Atualmente, há uma tendência de afastamento das justificativas morais para a culpa, e um isolamento da assunção do risco apenas na *recklessness* como justificativa para punição.

Devemos também indicar que houve uma aceitação de crimes sem elemento subjetivo, especialmente, nas *regulatory offences* referidas anteriormente⁷⁰⁷. O argumento para a eliminação do elemento subjetivo em tais crimes parece ser a necessidade de garantir a “efetividade da regulação”, como afirma Dyson⁷⁰⁸.

⁷⁰⁵ Simester (SIMESTER, AP. **Fundamentals of Criminal Law**. Oxford:Oxford, 2021, pp.3-25), por exemplo, indica que o réu deve ser “moralmente responsável” pelo ilícito, sendo essa “a base para a *culpability*”, isto é, o réu deve ser “objeto de juízos de louvor ou culpa em relação a um evento”. Adverte, ainda, que a *culpability* seria uma análise que conecta a conduta e o agente, sendo, portanto, um conceito diverso do *wrongdoing*, o qual apenas se refere à reprovabilidade moral da conduta.

⁷⁰⁶ Hall (HALL, Jerome. Negligence behavior should be excluded from penal liability. In **Columbia law review**, v.63, n.4, abril 1963, pp. 636-8, 641-2. (tradução livre).) questionava a legitimidade da punição de crimes em que o réu não demonstrou intenção em seu cometimento. Hall considerava que se houvesse dúvida quanto ao “grau do elemento subjetivo da conduta (*culpability*)” seria necessário ponderar quanto a necessidade de responsabilização criminal. Apontava que a “tradição” e o grande papel da “sorte” no desdobrar causal, nos crimes culposos, levam a “dificuldades adicionais, praticamente insolúveis” para se avaliar o elemento subjetivo nesses crimes. Criticava a extensão excessiva do conceito de culpa para abranger “ignorância e insensibilidade” quando se afirmava que a “indiferença aos valores sociais” seria suficiente para embasar a punição. Negava que um comportamento descuidado pode vir a ser “igualado a um comportamento lesivo voluntário”, já que um “dano causado por um comportamento com *negligence*” (culpa inconsciente) “não desafia os valores da comunidade expressos no Direito penal”. Para Hall, seria um absurdo pensar em um uniforme “padrão de cuidado devido” tanto para as condutas voluntárias como para as involuntárias, já que “o padrão de cuidado devido deve ser determinado tendo-se como referência as várias situações reais”, sendo que o risco não permitido deve ser avaliado em relação ao caso concreto.

Também Hart Jr (HART Jr, Henry M. The aims of the Criminal Law. In **Law and Contemporary Problems**, v.23, verão 1958, pp.415-6.(tradução livre)) considera que haveria *recklessness* se o agente tem ciência de suas “deficiências referentes à avaliação da possibilidade de dano ou de sua prevenção”. Dessa forma, refere-se às capacidades próprias do agente, as quais, por se apresentarem em um nível abaixo do normal, acabam criando “risco excessivo, mesmo que o próprio agente creia que esse risco não exista”. Além disso, nos casos em que o réu viole a regulação que indica o grau de “risco excessivo”, “mesmo que o réu não acredite que assim ocorra”, Hart Jr considera que há fundamentos para a “condenação moral própria”. No entanto, nos casos em que o réu “não pode evitar a conduta perigosa” ou “corrigir a deficiência que torna a conduta perigosa” não poderia haver condenação. Hart Jr também considerava que a legitimidade de uma sanção criminal nos casos de *recklessness* e *negligence* fundamenta-se em um julgamento negativo do grau de risco produzido por certa conduta como não “razoável para se atingir um determinado fim”, de acordo com os “padrões de certo e errado da comunidade”.

Ao considerar o papel da percepção do réu em relação aos fatores de risco para identificar a conduta perigosa, e, conseqüentemente o risco proibido, a análise de Hall em muito se assemelha à tese de Struensee. Assim, de acordo com a crítica de Hall, o padrão para a análise do risco seria diferente nos casos de conduta voluntária e involuntária. Cabe recordar a crítica de Roxin (ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General, t.I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Madrid:Civitas, 1997, pp.1021-3 (tradução livre)), o qual considera que, nesse caso, haveria uma confusão entre a culpa *stricto sensu* com a teoria do erro.

⁷⁰⁷ Cf. Cap. 1.1. O Direito Penal no contexto regulatório no direito inglês e norte-americano.

⁷⁰⁸ Dyson (DYSON, Matthew. **Explaining tort and crime: legal development across laws and legal systems 1850-2020**, Cambridge:Cambridge, 2022, pp.37-107. (tradução livre)) sugere que “o declínio da importância” da *mens rea* no direito penal deu-se diante da “complexidade da vida na Revolução Industrial”, o que teria exigido maior “efetividade da regulação, incluindo da regulação criminal”. Dyson indica que a própria natureza das

Essa é uma das características de tais crimes que nos fazem rejeitar a ideia da adoção de sanções híbridas no direito brasileiro, embora consideremos importante a tomada de conhecimento do julgador quanto ao contexto regulatório para a interpretação da norma penal e estabelecimento dos deveres de cuidado.

A eliminação da *mens rea* nas *regulatory offences* no direito inglês deu-se mesmo enfrentando críticas doutrinárias. Dyson⁷⁰⁹ esclarece que a “presunção da culpa”, isto é, a eliminação da *mens rea* nas *regulatory offences* deu-se pela via legislativa, já a partir do período Vitoriano (1837-1901). Dyson indica o caso *Sweet v Parsely*, de 1970, como uma “tentativa de limitar *strict liability*” e de se retirar as *regulatory offences* do direito penal. No entanto, as opções feitas pelo Poder Legislativo acabam sufocando tal tentativa.

A reação da jurisprudência inglesa parece ter sido, conforme indica Dyson⁷¹⁰, a subjetivação dos conceitos de culpa no Direito Penal, afastando-os de justificativas morais, tratando de diferenciar parâmetros “objetivos e subjetivos”, “levando a eventual remoção da presunção de que a pessoa buscava as consequências naturais e prováveis de suas ações”. Esse movimento resulta na criação do conceito de “*recklessness* como um elemento de culpa separado, sem outros significados morais do termo”⁷¹¹.

regulatory offences, se vistas como “verdadeiramente criminais”, poderia justificar a manutenção da necessidade da *mens rea*. No entanto, Dyson indica que no crime de sequestro de menores, inicialmente prevista na “OAPA de 1828, section 21”, que proíbe o rapto de meninas menores de 16 anos, “não se faz referência” ao entendimento do agente quanto à “idade da menina”, isto é, houve a eliminação da *mens rea* também nesse crime, cuja dignidade penal não é colocada em dúvida.

⁷⁰⁹ Dyson (DYSON, Matthew. **Explaining tort and crime: legal development across laws and legal systems 1850-2020**, Cambridge : Cambridge, 2022, pp.37-107. (tradução livre)) afirma que ainda há “uma incerteza” quanto ao conceito de *strict liability*, o que “poderia ter contribuído para o prevailecimento da *strict liability*”, sendo que “metade dos crimes julgados na Crown Court eram de *strict liability*, enquanto talvez metade traziam a possibilidade da *due diligence defence* (e cerca de 5 por cento dos crimes traziam *negligence*)”. Dyson indica que a *strict liability* desenvolve-se nos casos de contexto regulatório, iniciando-se como uma questão de “ônus probatório”.

⁷¹⁰ Dyson (DYSON, Matthew. **Explaining tort and crime: legal development across laws and legal systems 1850-2020**, Cambridge:Cambridge, 2022, pp.37-107. (tradução livre)) afirma que que até o “início do século XX”, “havia uma conexão entre *recklessness*, *negligence* e *indifference*”, indicando que a indiferença poderia se referir aos casos de assunção de risco injustificáveis, o que criaria um “fundamento moral para a responsabilidade”, como “fonte de culpa porque o réu deveria ter demonstrado que tomou o cuidado devido”, de acordo com as correntes subjetivistas. Nesse caso, poderia se entender que a intenção também abrangeria a previsibilidade dos riscos, assim, quando o réu foi *reckless* para prever os riscos também poderia se entender que houve intenção de os produzir. No entanto, Dyson afirma que essa conexão foi sendo deixada, já que a “previsibilidade era suficiente para a responsabilidade baseada na *recklessness*” sendo que a “*indifference* foi cada vez mais expandindo para se tornar responsabilidade objetiva: uma pessoa que não previu e não se esforçou para prever”. Dyson conclui que se a “culpa subjetiva (*subjective fault*) fosse mais desenvolvida teoricamente na *indifference*, a assunção de risco poderia ter sido mantida na *intention* ou *recklessness* poderia ter sido desenvolvida de modo distinto.”

⁷¹¹ Em sentido oposto, Simester (SIMESTER, AP. **Fundamentals of Criminal Law**. Oxford:Oxford, 2021, pp.3-25 (tradução livre), por exemplo, considera que a prevenção pode ser exercitada com uma “voz moralizante”. Devemos também considerar a opinião da antropóloga Mary Douglas (DOUGLAS, Mary. **Risk and blame: essays in cultural theory**. London e New York: Routledge, 2003, p. 6 (tradução livre) no mesmo sentido, indicando que geralmente, a responsabilidade por desastres naturais é buscada, considerando apenas se um "contexto é criado por outros membros da comunidade para se engajar nessa proteção".

Já no direito norte-americano, houve uma tentativa de codificação do conceito de *mens rea* no *Model Penal Code*, segundo Treiman⁷¹². O *Model Penal Code* foi criado pelo *American Law Institute*, como um “modelo para a legislação dos estados-federados”. E, de acordo com o *Model Penal Code*, tem-se quatro classes de elementos subjetivos possíveis para o crime, “*purpose, knowledge, recklessness e negligence*”. De acordo com o *Model Penal Code*⁷¹³, temos,

§ 2.02(2) como segue:

(a.) Intencionalmente. Uma pessoa age propositalmente em relação a um elemento material de uma ofensa:

(i) se o elemento envolver a natureza de sua conduta ou seu resultado, será esse o parâmetro para se tratar da intenção do agente quando realizar a conduta ou causar tal resultado;

e

(ii) se o elemento envolve as características do agente, considera-se se ele tem conhecimento das circunstâncias ou se acredita ou espera que elas existam.

(b) Com conhecimento. Uma pessoa age com conhecimento em relação a um elemento material de uma ofensa:

(i) se o elemento envolve a natureza de sua conduta ou as circunstâncias do agente, considera-se se ele tem conhecimento da natureza da conduta ou se tais circunstâncias existem; e

(ii) se o elemento envolve um resultado de sua conduta, considera-se se ele está ciente de que é praticamente certo que sua conduta causará tal resultado.

(c) *Recklessly* (imprudentemente). Uma pessoa age de forma imprudente em relação a um elemento material de um delito **quando desconsidera conscientemente um risco substancial e injustificável** de que o elemento material exista ou resulte de sua conduta. O risco deve ser de tal natureza e grau que, considerando a natureza e o propósito da conduta do agente e as circunstâncias conhecidas por ele, seu desrespeito envolva um desvio grosseiro do padrão de conduta que uma pessoa cumpridora da lei observaria na situação do agente;

d. *Negligently* (negligentemente). Uma pessoa age negligentemente em relação a um elemento material de um delito, quando **deve estar ciente de um risco substancial e injustificável** de que o elemento material exista ou resulte de sua conduta. O risco deve ser de tal natureza e grau que a falha do agente em percebê-lo, considerando a natureza e o propósito de sua conduta e as circunstâncias conhecidas por ele, envolve um desvio grosseiro do padrão de cuidado que uma pessoa razoável observaria na situação do agente.

As formas de elementos subjetivos (*mens rea*) que mais nos interessam pela proximidade com a culpa consciente e inconsciente seriam a *negligence* e a *recklessness*.

⁷¹²Treiman (TREIMAN, David M. *Recklessness and the Model Penal Code*. In **American Journal of Criminal Law**, vol. 9, no. 3, Novembro, 1981, pp. 283-8 (tradução livre)) considera que o lado subjetivo do delito, a *mens rea*, é que determina a “responsabilidade criminal”, já que é a base para que a conduta seja “censurável” (*blameworthiness*). Lamenta, no entanto, que a “*common law* seja ainda terrivelmente confusa, vaga e inconsistente no que se refere ao elemento subjetivo”. Considera que se usam “muitos termos diferentes” para o mesmo elemento subjetivo, cita, “*willfully, corruptly, maliciously, feloniously, wrongfully, unlawfully, intentionally, purposely, with criminal negligence, e culpably*”. Considera que o “*Model Penal Code* substituiu o *mens rea*, com o que chamou de tipos de elemento subjetivo (*kinds of culpability*)”.

⁷¹³ American Law Institute. **Model Penal Code**. 1984.(tradução livre)

Veja-se que Roxin⁷¹⁴ considera que a *recklessness* tem um conceito próximo ao da culpa consciente, aquela em que o agente “considera possível que se realize o tipo legal, mas atua com confiança de que não se realizará.”. Roxin ressalta que, considerando-se o “mesmo grau de criação de risco não permitido, a culpa consciente é mais merecedora de pena que a inconsciente”, diante da “previsão da possibilidade de realização do tipo”. No entanto, Roxin⁷¹⁵ não vê grande relevância dogmática nessa distinção, já que “a estrutura da conduta culposa é a mesma na culpa consciente e na inconsciente”, isto é, “pressupõe a criação de um risco não permitido”. E a *negligence*, segundo Weigend⁷¹⁶, seria próxima à noção de culpa inconsciente.

No direito inglês, a referência explícita aos deveres de cuidado dá-se excepcionalmente, apenas nos casos de *negligence*. Dyson⁷¹⁷ surpreende-se com a aplicação de tal estrutura no *gross negligence manslaughter* (algo semelhante a “homicídio com grave culpa inconsciente”). Considera tal modelo um “transplante direto do direito civil (*tort law*) para o direito penal”. Essa menção à intensidade da violação do dever de cuidado, o qual deve ser *gross* (grave), conforme Dyson, revela a origem civilista de tal crime, sendo que *negligence* seria um padrão de culpa (*fault standard*) mais adequado ao direito civil⁷¹⁸.

Uma ideia semelhante encontra-se na crítica de Weigend⁷¹⁹ quanto ao uso de *negligence* como base para a responsabilidade criminal. Ele enfatiza que a *negligence* está embasada em uma visão objetiva, uma mera “falta de atenção” aos fatos que poderiam criar uma situação

⁷¹⁴ ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General, t.I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito.** Madrid:Civitas, 1997, p.1019 (tradução livre).

⁷¹⁵ ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General, t.I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito.** Madrid:Civitas, 1997, pp.1020-1. (tradução livre).

⁷¹⁶ WEIGEND, Thomas. **Subjective elements of criminal liability.** In DUBBER, Markus Dirk & HORNLE, Tatjana. *The Oxford Handbook of Criminal Law.* Oxford:Oxford, 2014, pp. 510-1. (tradução livre).

⁷¹⁷ Dyson (DYSON, Matthew. **Explaining tort and crime: legal development across laws and legal systems 1850-2020,** Cambridge:Cambridge, 2022, p.294. (tradução livre)) afirma que: “O uso da teoria baseada na violação de deveres é um exemplo surpreendente de um transplante direto do Direito Civil para o Penal. É raramente usado em sua forma mais pura, com crimes tradicionais e bastante conhecidos. Mas o fato de que o *gross negligence manslaughter* foi formulado com base em deveres, violação, causalidade; para só então, aplicar-se um elemento próprio do Direito penal, avaliar se a violação foi grave o suficiente para ser considerada criminosa, enfatiza a natureza do transplante e sua origem civil até hoje.”

⁷¹⁸ DYSON, Matthew. **Explaining tort and crime: legal development across laws and legal systems 1850-2020,** Cambridge:Cambridge, 2022, pp.37-107. (tradução livre). Dyson afirma que: “Lord Hewart deixou claro que “*gross negligence offence*” usou três componentes do direito civil: o dever de cuidado, a violação ao dever e que a violação causou morte. Aquela “*negligence*” tornou-se um crime pela “quantidade e grau de *negligence*”, deve haver *mens rea* seja qual for o termo usado para se referir a ela: como ‘culpable’, ‘criminal’, ‘gross’, ‘wicked’, ‘clear’, ‘complete’ ... os fatos devem ser tais que, na opinião do júri, a “*negligence*” do acusado foram além da mera questão de indenização entre sujeitos”. Essa referência a intensidade de descuido para diferenciar as responsabilidades civil e criminal pôde ser observado, em 1927, no caso *Bateman*, como indica Dyson, em que se afirmou que a violação dos deveres de cuidado, a *negligence*, deve ser tal que “vá além de uma mera questão de compensação entre sujeitos e mostre desrespeito à vida e segurança de outros, configurando crime contra o Estado, tornando-a merecedora de punição”.

⁷¹⁹ WEIGEND, Thomas. **Subjective elements of criminal liability.** In DUBBER, Markus Dirk & HORNLE, Tatjana. *The Oxford Handbook of Criminal Law.* Oxford:Oxford, 2014, pp. 510-1. (tradução livre).

perigosa, uma “violação de deveres de cuidado”, semelhante ao Direito Civil. Ele entende *negligence* como nada mais que uma forma de dar certa satisfação para a “vítima e à sociedade”, ao se indicar um responsável em caso de um “desastre” acontecer, concluindo que “a responsabilidade pessoal, na prática, tem um papel menor para determinar *negligence*”. Weigend acaba afirmando o que Roxin busca evitar, indicando que “a responsabilidade criminal baseada na *negligence* ou culpa inconsciente tem racionalidade semelhante ao que se dá pela responsabilidade por omissão.” Ele propõe uma mudança para um padrão subjetivo, admitindo-se a “*due diligence*” defence, garantindo que seja observado um conceito de culpa subjetivo.

Um ponto de vista similar é trazido por Alexander e Ferzan⁷²⁰ que também criticam o conceito de *negligence*, afirmando que “o marco da responsabilidade criminal é uma escolha culpável”, no entanto, “agentes negligentes não escolheram causar risco ou dano”. E como “o Direito Penal deve prevenir o dano, fornecendo razões para agir e nos impedir de realizar a ação, (...)” a *negligence* não estaria incluída na “*culpability* no Direito Penal”, já que “naquele momento, o agente não está ciente que sua ação causa um risco injustificável, e, portanto, não pode ser guiado para evitar o risco injustificado.”. Agora, se o agente “realiza escolhas culpáveis que resultem na falta de consciência”, seria o caso de *recklessness*. Concluem que “um Direito Penal baseado na *culpability* não inclui a responsabilidade por *negligence*⁷²¹”, já que “a *culpability* envolve controle, e o agente negligente não tem controle”.

⁷²⁰ Alexander e Ferzan (ALEXANDER, Larry & FERZAN, Kimberly Kessler. **Reflections on Crime and Culpability: problems and puzzles**. Nova Iorque: Cambridge, 2018, n. 1, p. 61. (tradução livre)) dão como exemplo o caso do direito inglês R v Smith (David) (1974)2 Q.B. 354, que se trata de um caso de crime de dano contra a propriedade do locador, que teria ocorrido quando os locatários retiraram os painéis, que haviam colocado nas paredes da casa alugada, sem ter conhecimento que, ao instalarem tais painéis, eles se tornaram propriedade do locador. Houve absolvição, porque os réus desconheciam que estariam criando “um alto risco para a propriedade do locatário”, isto é, desconheciam o risco substancial que estariam causando. No entanto, Alexander e Ferzan⁷²⁰ advertem que, se os agentes “percebessem que havia um risco considerável que sua interpretação da lei estivesse errada”, poderiam ser condenados, se não tivessem “uma boa razão para agir, sem que tivessem sido totalmente esclarecidos”.

⁷²¹ Simons (SIMONS, Kenneth W. The distinction between negligence and recklessness is unstable. In ROBINSON, Paul H. **Criminal Law Conversations**. Oxford: Oxford, 2009, pp. 290-1 (tradução livre).) critica a ideia de Alexander e Ferzan de que apenas haveria responsabilidade para o agente nos casos de culpa consciente (*recklessness*), isto é, apenas quando for “pessoalmente consciente” (*subjectively aware*) do risco. Considera que a motivação para a condenação não seria “apenas as suas crenças subjetivas, mas a falha em retirar inferências dessas crenças”, concluindo que o “risco por ela criado foi injustificado”. Além disso, considera que “para determinar se um agente é não é consciente de modo *negligent* ele deve ser consciente de alguns de algumas características morais ou juridicamente relevantes de sua conduta e das circunstâncias fáticas, para considerar que o risco não é justificado nem razoável”. Assim, para que atue com culpa inconsciente tem de ao menos saber que está realizando uma conduta. Passa a tratar do caso do agente que “esquece os fatos que tornam a conduta arriscada”. Nesse caso, seria possível a punição da conduta, mesmo que esquecesse dos fatos que a tornam perigosa. Concorde, no entanto, com a ideia de que “nem toda a culpa civil como *negligence* deve levar a uma culpa criminal”, no entanto, no caso da “indiferença culpável” acaba por “justificar a responsabilidade criminal” para casos de negligência.

Devemos indicar que, no direito inglês, a questão da assunção do risco apenas encontra relevância no conceito de *recklessness*. Dyson⁷²² indica que o processo de especificação das formas de *mens rea* na jurisprudência inglesa levou ao isolamento na *recklessness* da análise da assunção de risco pelo réu, “apenas no final do século XIX”. Inicialmente, havia uma conexão “tanto a intenção como a assunção de risco” para se analisar a *mens rea*. Mas, houve um processo de subjetivação da *mens rea*, passando-se a tratar do que “o réu estaria pensando”, deixando de lado a presunção de que o agente tinha a “intenção de realizar as consequências naturais e prováveis do ato”, o que indicava uma “condenação moral”⁷²³. Dyson indica que teria havido o uso de um “conceito subjetivo” de *recklessness*, significando previsão (*foresight*), a partir do “caso cível *Derry v Peek* de 1889”, o qual também foi trazido para o direito penal no “*DPP v Andrews* em 1937”, que considerou “recklessness” como “indiferença ao risco”. No entanto, o conceito de “recklessness”, segundo Dyson, teria se tornado objetivo com a obra de Glanville Williams⁷²⁴, a partir do conceito de “homem razoável” (*reasonable man*), deixando-

⁷²² Dyson (DYSON, Matthew. **Explaining tort and crime: legal development across laws and legal systems 1850-2020**, Cambridge:Cambridge, 2022, pp.37-107. (tradução livre)) Dyson indica que, inicialmente, no século XIX, teria havido a criação de “modelos objetivos e subjetivos de culpa” para classificar como subjetiva a “percepção subjetiva” (subjective awareness) e a “noção de probabilidade de dano”, a qual se daria de modo objetivo, ambas referindo-se ao “significado de ‘malice’”. Dyson esclarece que ‘malice’ “começa a conectar moralidade com assunção de risco objetiva”, mas tal conexão foi sendo deixada de lado, com a inclusão de “inadvertence”, isto é, quando “se confirmou que o réu não deveria estar ciente do risco, mas seria responsabilizado se estivesse”. Dyson cita o caso *Welsh*, de 1875, onde surgiu a noção de “indifference to harm” (indiferença quanto ao dano), que trata da “consciência subjetiva do risco”. Dyson considera que a “intenção e consciência do risco” acabam sendo o conteúdo do termo ‘malice’, no século XX, principalmente, diante da adoção da “presunção das consequências naturais e prováveis”, isto é, havia a presunção de que o réu tinha a intenção de cometer as consequências naturais do ato. E, além disso, havia “regras de instrução probatória” (*rules of evidence*) as quais permitiam que o “réu produzisse provas sobre seu objetivo e previsibilidade” das consequências da conduta (*evidence from the defendant on his purpose and foresight*), previsto no 1898 Act. Dyson indica que teria havido “um movimento para a subjetividade” especialmente baseada na doutrina, com “um declínio da condenação moral”, como ocorria baseada em “*wickedness*”, para “um maior foco sobre o que o réu estava pensando”. Na jurisprudência, percebe que se passou a considerar mais gravosos os casos em que havia “culpa subjetiva”, exigindo mais da prevenção da sanção (*deterrence*) e, por fim, considerou-se que “a subjetividade era parte da definição do crime”.

⁷²³ Dyson (DYSON, Matthew. **Explaining tort and crime: legal development across laws and legal systems 1850-2020**, Cambridge:Cambridge, 2022, n. 150, pp.37-107 (tradução livre)) afirma que essa presunção surge como uma “regra para instrução probatória”, que passa a gerar efeitos no direito material. Dessa forma, a prova tinha como objeto a análise que uma “pessoa razoável” (*reasonable person*) faria sobre as consequências das ações do réu, como se deu no *DPP v Smith*. Dyson dá enfoque na impossibilidade do réu em apresentar a defesa, indicando o que entendemos como “plano do autor”, chamado pelos ingleses de *mental state*. Essa forma de analisar a intenção do agente, segundo Dyson, apenas seria abandonada com o *Criminal Justice Act 1967, section 8*, a qual indica a análise da “intenção ou previsibilidade do resultado” pelo próprio agente, a partir de “inferências” baseando-se nas evidências do caso concreto. Dyson, no entanto, indica que a implementação de tal inovação não se deu de modo imediato na jurisprudência.

⁷²⁴ Ripstein (RIPSTEIN, Arthur. **Equality, Responsibility and the Law**. Cambridge:Cambridge, 2010, pp.173-5, 189, 201 (tradução livre)) tem uma visão diferente. Indica que o subjetivismo teria se tornado predominante na Inglaterra por influência de Glanville Williams. O mesmo teria ocorrido nos Estados Unidos, como se pode notar pela “incorporação de uma variedade de conceitos subjetivistas na *Model Penal Code*”. A questão do subjetivismo acaba indicando, segundo Ripstein, que a “pessoa deve ser julgada de acordo com suas convicções em relação aos fatos”, sendo parte da análise da questão da voluntariedade, isto é, “um ato é apenas voluntário em relação às circunstâncias e consequências se houve uma representação mental do agente”. Consideram os subjetivistas que

se de lado o conceito de ‘indiferença’. Essa tendência à objetivação foi adotada também na jurisprudência inglesa, especialmente com o apoio de Lord Diplock, o qual segundo Dyson, defendeu que “a responsabilidade objetiva era necessária”, no caso *Caldwell*. No entanto, Dyson indica que a subjetividade⁷²⁵ retorna no caso *R v G*⁷²⁶, no ano de 2003.

Para os nossos fins, é interessante analisarmos o conceito de “reasonable person”, por se tratar de um parâmetro para a avaliação da culpa no Direito Penal.

Gardner⁷²⁷ também parece compreender que a “pessoa razoável” não passa de uma expressão do “antigo debate da probabilidade na razão prática”, segundo o qual pode-se avaliar uma conduta com base em seu resultado ou pelo que é decidido no momento da ação ou omissão.

MacCormick⁷²⁸ também parece compreender que existe uma função avaliativa da ideia de “pessoa razoável” mais preponderante que a descritiva, considerando o papel da probabilidade na razão prática, já que a “probabilidade equivale à previsibilidade para o agente” e, sendo essa previsibilidade razoável, haverá justificação da conduta. Assim, a ideia de risco epistêmico é essencial, já que, seria possível “ter falsas convicções sobre os fatos”, inclusive os riscos. Sendo que a visão jurídica da razoabilidade está baseada na “razoabilidade prática, não

apenas se “o agente considerar a verdadeira natureza de seus atos” poderia haver dissuasão de seu cometimento, além da necessidade de “*guilty minds*” (elemento subjetivo) para fundamentar a punição.

Critica essa visão, dando como exemplo o caso *Morgan*, onde um militar convidou vários homens de seu batalhão para atividades sexuais com sua mulher, a qual, segundo ele, fingiria resistir aos atos sexuais. Todos foram condenados, já que suas convicções sobre os fatos eram absurdas. A partir desse caso, segundo Epstein “*reasonableness tests* (testes de razoabilidade) são rejeitados para legítima defesa e para o consentimento na Inglaterra”.

⁷²⁵ Essa noção de análise do plano do agente pode ser vista no caso *R v Stephenson* (Reino Unido. Regina v Stephenson. [1979] 1 QB 695, pp. 3, 4, 25), onde foi afirmado que, “A palavra “*reckless*” na seção 1(1) of *Criminal Damage Act 1971* requer que a acusação prove que o denunciado de fato previu o risco de que algum dano pudesse surgir de suas ações, e mesmo assim, tenha assumido o risco”. No caso, o réu sofria de esquizofrenia e foi acusado de incêndio, tendo sido condenado porque considerou-se que uma pessoa razoável poderia prever o risco. No entanto, a condenação foi anulada porque o “teste da razoabilidade” foi aplicado objetivamente. A Corte deixou claro que o “teste de razoabilidade” deveria ser entendido como subjetivo, isto é, “um homem é *reckless* em suas ações, se realizar algo sabendo que consequências adversas poderiam ocorrer, mas de qualquer forma continua a realizar o ato”.

⁷²⁶ A mesma tendência pode ser observada no *R v G* (Reino Unido. R v G. [2003] UKHL 50; [2004] Crim LR 369). Nesse caso, dois adolescentes não apagaram uma fogueira em uma lixeira, o que acabou causando um incêndio em uma loja. Eles esperavam que o fogo apagassem sozinho, quando encontrassem o chão de concreto. Na decisão, considerou-se que o “para condenar por um crime da s.1 of the 1971 Act deve-se comprovar que a pessoa agiu de modo “*recklessly*” em relação à (a) uma circunstância quando ele estava consciente do risco, o qual existiu ou teria existido; (b) um resultado quando ele está consciente que o risco vai acontecer, e que o risco não é razoável para ser tomado, de acordo com as circunstâncias conhecidas pelo réu.”. Nesse caso, os réus foram absolvidos, com base em suas características pessoais. “No entanto, se um réu, devido a sua idade e características pessoais genuinamente não analisou ou previu os riscos envolvidos em suas ações, então ele não poderia ser considerado culpado por um crime da s.1”.

⁷²⁷ GARDNER, John. **Torts and other wrongs**. Oxford: Oxford University, 2019, pp.226-270(tradução livre)

⁷²⁸ MACCORMICK, Neil. **Reasonableness and objectivity**. In *Notre Dame Law Review*, 74(5), 1999, pp.1575-1604 (tradução livre)

em uma capacidade abstrata”⁷²⁹. Assim, no caso da “pessoa razoável”, o padrão de cuidado ser avaliado de acordo com os riscos particulares de casos específicos⁷³⁰.

O conceito de “reasonable person” parece ser usado como padrão para analisar a culpa tanto no direito inglês como no norte-americano⁷³¹. Essa função parece ser bastante semelhante àquela desempenhada pelos deveres de cuidado no direito penal brasileiro e alemão, que seria, estabelecer diretrizes de imputação e normas de conduta⁷³². Maccormick⁷³³, por exemplo, indica que no sistema romano-germânico, o padrão da razoabilidade é determinado de acordo

⁷²⁹ Tadros (TADROS, Victor. **Criminal Responsibility**, Oxford: Oxford, 2005, n.2 e 12, pp.237 e 245-6 (tradução livre)) cita R v G [2003] UKHL 50 (HL) onde se considerou que “a *mens rea* para um dano criminoso, apenas será compreendido se o réu estivesse consciente de que o risco por ele criado era desarrazoado naquelas circunstâncias”. Considera Tadros que, nem sempre, podemos controlar nossas próprias convicções, sendo que a “ação que é realizada quando o acusado falha em examinar os riscos resulta em responsabilidade criminal”. Em Cameron v Maguire (1999 SCCR 44), Tadros encontra, inclusive, uma relação “entre quantidade e gravidade do risco e a necessidade do réu investigar a situação de fato, para eliminar o risco”, considerando que esse “dever de investigar os riscos, que são impossíveis de verificar ou eliminar”. Além disso, pode haver “informações que os indivíduos têm o direito de não saber e o direito de agir naquela falta de conhecimento”. Tadros ainda trata da noção de inferências, indicando que “nossa avaliação normativa, muitas vezes, deriva de nossa percepção”, ou seja, recolher as evidências é parte do processo de avaliação.

⁷³⁰ Rothgerber, Kaufling e Invorvati (ROTHGERBER, Hank – KAUFILING, Katie, INVORVATI, Ciara, ANDREW, c. Blake – FARMER, Allison. Is a reasonable woman different from reasonable person? Gender differences in perceived sexual harassment. In **Sex Roles**, 2021, v.84, pp.208-220 (tradução livre)) afirmam que, “Em certos casos de abuso sexual, o ofensor baseia-se em critérios diferentes do da vítima sobre a ofensividade de seu comportamento”. Assim, “cada uma dessas decisões envolve uma série de julgamentos por indivíduos diferentes, cada um informado por percepções subjetivas do que constitui assédio sexual.” E, ainda que, “Algumas cortes interpretam as circunstâncias do caso conforme a perspectiva da “reasonable woman” (caso Ellison v Brady, 1991). Ao se adotar um padrão da *reasonable woman*, a jurisprudência busca afastar-se da ideia de *reasonable person*, para evitar “riscos de discriminação”. Também King (KING, Matt. Against personifying the reasonable person. In **Crim Law and Philos**, v.11, 2017, pp.725-732 (tradução livre)) trata de um teste contra-fático (*counterfactual test*) do direito norte-americano para tentar dar um caráter subjetivo para o acusado, “imaginando que a pessoa razoável estaria nas mesmas circunstâncias do acusado”, para, depois, “determinar se a pessoa razoável faria o que o acusado fez”.

⁷³¹ Baron (BARON, Marcia. The standard of the reasonable person in Criminal Law. In DUFF, R.A. – FARMER, Lindsay – MARSHALL, S.E. -REZZON, Massimo – TADROS, Victor. **The Structures of the Criminal Law**. Oxford:Oxford, 2011, pp. 11-35 (tradução livre)) indica que o critério da pessoa razoável é diferente no direito civil e no penal, também no direito norte-americano. Em alguns casos, no entanto, há uma certa confusão, como teria ocorrido, no caso *State v Williams*, onde os réus foram condenados, pois seu filho de 17 meses teria morrido depois de seu abscesso ter-se tornado infeccionado, tal condenação por “manslaughter” (homicídio culposo), teria se baseado na omissão em se buscar tratamento médico para ele. Baron indica que não se buscou identificar um desvio grave do dever de cuidado de uma pessoa comum (*gross deviation from a standard of care of a reasonable person*), como seria usualmente decidido. Nesse caso, Baron acredita que se aplicou o dever de cuidado, como padrão de conduta, da mesma forma como se faz para determinar a responsabilidade civil. A culpa criminal deveria ter um parâmetro mais subjetivista. Dá como exemplo de culpa criminal mais subjetiva, o caso *People v Goetz* (497 N.E.42, 47 (NY, 1986) .

Já Baron (BARON, Marcia. The standard of the reasonable person in Criminal Law. In DUFF, R.A. – FARMER, Lindsay – MARSHALL, S.E. -REZZON, Massimo – TADROS, Victor. **The Structures of the Criminal Law**. Oxford:Oxford, 2011 apud n.21, p.18. (tradução livre)) afirma que se estabeleceu que o *standard* da “reasonable person” permitiria a análise de circunstâncias particulares. No entanto, nem se poderia tentar incluir os “preconceitos, medos irracionais, ódio e sentimentos de vingança”, nem também excluir “conhecimentos relevantes” do réu. Indica-se, no entanto, que “nenhum padrão pode ditar todas as respostas nas situações em que ele se aplica, sempre haverá a necessidade de um julgamento”.

⁷³² Cf. Capítulo 3.2.3 Deveres de cuidado: regras de conduta ou diretrizes para imputação: o papel da análise de risco

⁷³³ MACCORMICK, Neil. Reasonableness and objectivity. In **Notre Dame Law Review**, 74(5), 1999, p.1577 (tradução livre)

com “princípios operativos e regras de conduta e julgamento”. Lembramos que os deveres de cuidado são vistos como normas de imputação e de conduta⁷³⁴, sendo, portanto, também um “padrão de razoabilidade”.

E, sendo semelhantes, devemos questionar se o parâmetro da *reasonable person* é objetivo ou subjetivo, isto é, se seria um modelo generalizante ou adequado às circunstâncias pessoais do agente.

Dyson, como visto, indica que seria um padrão objetivo de conduta. Como também o faz Duff⁷³⁵, embora acredite que seria mais adequada a análise direta do comportamento do agente, ao invés da criação de um modelo objetivo.

Essa discussão encontra eco na doutrina da família romano-germânica, ao tratarmos da possibilidade de criação de deveres de cuidado objetivos ou subjetivos, os quais serão considerados como padrão de conduta para análise do elemento subjetivo do tipo penal. Devemos considerar que o “conceito simples dos crimes culposos”⁷³⁶ em muito se assemelha à análise da *reasonable person* como padrão objetivo de conduta.

Concluimos que ao se aceitar a noção epistemológica do risco, levaria à conclusão de que a análise de risco é um padrão *ex ante*, baseado na probabilidade subjetiva. Nesse caso, o juiz deve-se colocar no lugar do agente no momento da conduta para considerar quais fatores de risco devem ser levados em consideração pelo agente, os quais deveriam ser de seu conhecimento, considerando-se um parâmetro de conduta específico para aquele agente, afastando-se de modelos objetivistas.

4.5 Deveres de cuidado e crimes de perigo abstrato: construção normativa do risco

Passaremos a analisar a construção normativa do risco nos crimes de perigo abstrato, onde há a presunção do perigo ao bem jurídico. No sistema romano-germânico, veremos que essa presunção de risco pode ser conectada aos deveres de cuidado.

Faremos um estudo do sistema romano-germânico e anglo-americano, questionando se o risco seria analisado de acordo com a probabilidade de dano em sua vertente objetiva ou subjetiva. E, além disso, buscaremos entender como se dá a relação entre o Direito Penal e o

⁷³⁴ Cf. Cap.4.2.4. Deveres de cuidado: normas de conduta ou normas de imputação

⁷³⁵ DUFF, R.A. The virtues and vices of virtue jurisprudence. In CHAPPEL, Timothy. **Values and virtues: Aristotelianism in Contemporary Ethics**. Oxford: Oxford, 2007, pp.90-104 (tradução livre)

⁷³⁶ Cf. Cap. 4.3.1 Crimes culposos no sistema romano-germânico: a relação entre risco e dever de cuidado

contexto regulatório em tais crimes, a qual também seria uma forma de se permitir a análise interdisciplinar em tais crimes.

4.5.1. A análise dos deveres de cuidado nos crimes de perigo abstrato, no sistema romano-germânico:

A análise de direito comparado de crimes de perigo abstrato busca demonstrar o papel dos deveres de cuidado para intensificar o conteúdo do injusto em tais crimes.

Buscaremos priorizar os deveres de cuidado identificados como *standards*, produzidos na Regulação de Risco, que se referem a um “parâmetro de estimativa” de uma conduta perigosa, como afirma Glymour⁷³⁷. Essa presunção, baseada na probabilidade objetiva⁷³⁸, acaba sendo utilizada para densificação do injusto dos crimes de perigo abstrato. Dessa forma, prescinde-se da prova de perigo no caso concreto, tendo-se o que conhecemos como “perigo abstrato”.

No direito espanhol, por exemplo, Mendonza Buergo⁷³⁹ considera que essa tentativa de trazer uma maior densificação do injusto aos crimes de perigo abstrato leva a sua equiparação a crimes culposos sem a necessidade de comprovação do resultado. Essa concepção de crimes de perigo é bastante antiga, sendo indicada sua origem Mendonza Buergo no século XIX, com base nos estudos conduzidos por Stübel⁷⁴⁰.

É possível darmos alguns casos claros em que o injusto dos crimes de perigo abstrato depende da identificação de deveres de cuidado determinados pela Regulação setorial.

Um exemplo claro do Código Penal estaria no crime do art. 269⁷⁴¹, “Deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória”. Nesse caso, tem-se

⁷³⁷ GLYMOUR, Clark. Causation and Statistical Inference. In BEEBEE, Helen et al. (ed). **The Oxford Handbook of Causation**. Oxford:Oxford, 2009, p. 502 (tradução livre).

⁷³⁸ GLYMOUR, Clark. Causation and Statistical Inference. In BEEBEE, Helen et al. (ed). **The Oxford Handbook of Causation**. Oxford:Oxford, 2009, p. 502 (tradução livre).

⁷³⁹ MENDONZA BUERGO, Blanca. **Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto**. Granada:Comares, 2001, pp.209-210. (tradução livre)

⁷⁴⁰ STÜBEL, Christoph Carl. Ueber gefährliche Handlungen, als für sich bestehende Verbrechen. In NArchCrimR, t. VIII, 1826, pp.326-333 apud MENDONZA BUERGO, Blanca. **Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto**. Granada:Comares, 2001, n.399, p.210. (tradução livre)

⁷⁴¹ BRASIL. Congresso Nacional. Decreto-Lei n. 2848 de 07 de dezembro de 1940. Publicado no DOU em 31/12/1940.

um dever de cuidado tipificado como crime de perigo abstrato, previsto no art. 7 da Lei 6259 de 1975⁷⁴², regulamentado pela Portaria do Ministério da Saúde n. 1061 de 2020⁷⁴³.

Já no AgRg no Agravo em Recurso Especial n. 547.028⁷⁴⁴, percebemos a importância da regulação setorial para trazer uma diretriz para a interpretação do crime de evasão de divisas (art. 22 da Lei 7492/1986), onde se considera perigo presumido, a realização de condutas de câmbio, com violação de deveres de cuidado da regulação setorial. o acórdão enfatiza que, inicialmente, haveria “o registro de um débito, em reais, em conta corrente nacional (..) completando-se com o crédito no respectivo valor no estrangeiro, já convertida à moeda local”. Essa operação informal de câmbio é proibida, pois viola a regulação setorial, fugindo da fiscalização da autarquia, “Tudo, evidentemente, efetivado à margem de qualquer controle do BACEN, o que caracteriza a realização de operação sem autorização legal, nos moldes em que essas elementares devem, na atualidade ser compreendidas”. O conhecimento da regulação setorial pela ré, foi ainda indicada como um ponto desabonador, sendo a ré tida como “pessoa esclarecida, com longa experiência no mercado financeiro”.

Essa referência às características pessoais do agente, tendo em vista seus conhecimentos especializados em relação à Regulação setorial, faz com que questionemos se apenas a noção objetiva da probabilidade deveria ser analisada para definir tais deveres de cuidado.

Essa questão interdisciplinar pode ser abordada pela doutrina penalista quando há o questionamento do tipo de dever de cuidado a ser adotado nos crimes de perigo abstrato.

Mendonza Buergo⁷⁴⁵ expõe teorias alemãs sobre a relação entre deveres de cuidado e crimes de perigo abstrato. Inicialmente, trata da tese de Horn⁷⁴⁶, o qual exige que “se comprove” essa a violação de deveres de cuidado objetivos para que a conduta seja típica, com exceção aos casos em que os tipos não façam referência a um específico bem jurídico, onde a conduta descrita no tipo seria a própria infração do dever de cuidado. Mendonza Buergo acredita que seria mais adequada a análise de deveres de cuidado específicos para o caso concreto. Também Brehm⁷⁴⁷ é indicado por Mendonza Buergo como seguidor dessa corrente, indicando como

⁷⁴² BRASIL. Congresso Nacional. Lei 6259 de 30 de outubro de 1975. Publicado no DOU em 31/10/1975.

⁷⁴³ BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria n. 1061 de 2020 de 18 de maio de 2020 publicado no DOU em 29/05/2020.

⁷⁴⁴ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Agravo em Recurso Especial n. 547.028 . Dje 10/08/2018.

⁷⁴⁵ MENDONZA BUERGO, Blanca. **Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto**. Granada:Comares, 2001, pp.210-5. (tradução livre)

⁷⁴⁶ HORN, Gefährungsdelikte apud MENDONZA BUERGO, Blanca. Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto. Granada:Comares, 2001, n.402, p.211. (tradução livre)

⁷⁴⁷ Dogmatik, 89 e ss apud MENDONZA BUERGO, Blanca. **Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto**. Granada:Comares, 2001, n.413, pp.216, 218. (tradução livre)

pressuposto para a punição da conduta uma ação adequada *ex ante* para produzir o risco, de acordo com o padrão de “um homem ideal e cuidadoso, com os conhecimentos do autor”.

De acordo com a doutrina de Horn e Brehm, deve haver a violação de um dever de cuidado objetivo, baseado em probabilidade objetiva. O próprio conceito de dever de cuidado subjetivo, refere-se à probabilidade subjetiva, isto é, aos conhecimentos que os sujeitos possuem no momento da conduta, como afirma Schünemann⁷⁴⁸. Assim, os deveres de cuidado subjetivos são claramente baseados na probabilidade subjetiva, a qual, conforme indica Zynda⁷⁴⁹, trata dos graus de conhecimento do sujeito.

A dimensão sociocultural do risco também pode ser encontrada, ainda que de modo escamoteado, nas justificativas para a existência de crimes de perigo abstrato, principalmente, para se legitimar a limitação da defesa do réu, diante da presunção do risco. Nesse contexto, importante a análise de Douglas⁷⁵⁰, a qual identifica um argumento persuasivo do risco, para forçar a “homogeneização cultural” sobre determinado tema.

Parece que encontramos referência a essa função do risco em Schünemann⁷⁵¹, o qual considera que a própria “proibição de ações estatisticamente perigosas” seria uma “mensagem orientadora clara para o cidadão”. Fica clara a necessidade de um juízo de valor para fundamentar tais crimes, já que Schünemann exige que, antes da criminalização da conduta perigosa, busque-se ponderar o perigo ao bem jurídico e “o interesse legítimo que pode ter o indivíduo em realizar a conduta referida”. Dessa forma, para garantir a legitimidade de tais crimes, em que se traz uma presunção de perigo, deve-se indicar que o interesse particular em atuar em certo setor seja considerado menos relevante do que a necessidade de se punir condutas desviantes do dever de cuidado.

⁷⁴⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. JA, 1975, p. 798 apud MENDONZA BUERGO, Blanca. **Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto**. Granada:Comares, 2001, p. 214 ((tradução livre).

⁷⁴⁹ ZYNDA, Lyle. Subjectivism. In HÁJEK, Alan & HITCHCOK, Christopher. **The Oxford Handbook of Probability and Philosophy**. Oxford:Oxford, 2016, pp.360-1 (tradução livre).

⁷⁵⁰ DOUGLAS, Mary. Risk as a Forensic Resource. In **Daedalus**, v.119.n.4, Risk. Outono, 1990, pp.4-8. (tradução livre). Dá como exemplo bíblico, as derrotas israelenses, “após um grande pecado”. O “termo neutro” “risco” também é usado com o fim de “homogeneização cultural”, em meio ao “ceticismo religioso” um grande pecado traria danos a toda a comunidade, como se vê na Bíblia as derrotas dos israelenses. Douglas, de modo bastante esclarecedor, considera que esse “termo neutro do risco é o que se tem para criar uma ponte entre os fatos conhecidos da existência e a construção moral da comunidade”. Douglas conclui que “risco”, “perigo” e “pecado” são usados para “legitimar ou desacreditar políticas públicas, para proteger indivíduos de instituições predatórias ou para proteger instituições de indivíduos predatórios”. Douglas conclui que o termo “risco” provê “termos seculares para reescrever as Escrituras”: assim, “os riscos produzidos pelos pais recaem sobre os filhos”.

⁷⁵¹ SCHÜNEMANN, Bernd. La estructura de los delitos de peligro (los delitos de peligro abstracto y abstracto-concreto como modelo del Derecho penal Económico Moderno). In SCHÜNEMANN, Bernd (et al.). **Cuestiones actuales del sistema penal: crisis y desafíos**. Lima: Ara Editores, 2008, pp. 18-19, 22-25. (tradução livre)

Schünemann⁷⁵² considera que não trariam problemas de constitucionalidade nem os crimes que tutelem os “bens jurídicos institucionais intermediários” nem os que tratem de “ações automáticas em grande escala”, como se dá com a regulação de trânsito. Quanto aos demais, a regra-geral em sua teoria seria a comparação com a “tentativa culposa”, onde haveria a “violação a deveres de cuidado”. Considera que, por se basear em umnexo causal probabilístico, é possível que a depender “dos detalhes da situação concreta” a regra probabilística não seja verificada, devendo ser aplicados os “princípios básicos da imputação objetiva” para evitar a punição de condutas inofensivas, sendo atípica a conduta realizada dentro dos limites do risco permitido ou de acordo com os deveres de cuidado.

Especificamente quanto aos deveres de cuidado, Mendonza Buergo⁷⁵³ enfatiza que Schünemann defende a violação de deveres de cuidado subjetivos, isto é, considera que a medida do cuidado devido não é a objetiva, mas aquela que o agente poderia tomar de acordo com suas circunstâncias pessoais e capacidade.

De fato, Schünemann⁷⁵⁴, como já afirmado, modificou seu posicionamento para aceitar que “a delimitação – objetiva!- entre o que seria risco proibido e permitido” inicialmente é “realizado de um modo *ex ante* desde a perspectiva do autor”⁷⁵⁵.

Dessa forma, o conceito de probabilidade subjetiva é usado para delinear os deveres de cuidado subjetivo, já que como afirma Zynda⁷⁵⁶ explica que o conceito subjetivo de probabilidade está em considerar as “probabilidades como graus de conhecimento do agente” (*degrees of belief*).

⁷⁵² SCHÜNEMANN, Bernd. La estructura de los delitos de peligro (los delitos de peligro abstracto y abstracto-concreto como modelo del Derecho penal Económico Moderno). In SCHÜNEMANN, Bernd (et al.). **Cuestiones actuales del sistema penal: crisis y desafíos**. Lima: Ara Editores, 2008, pp. 18-19, 22-25. (tradução livre)

⁷⁵³ MENDONZA BUERGO, Blanca. **Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto**. Granada:Comares, 2001, p. 224 ((tradução livre). Indica, ainda, que a tese tem o apoio de Roxin (AT, 11/27, apud MENDONZA BUERGO, Blanca. **Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto**. Granada:Comares, 2001, n.451, p.230). (tradução livre)

⁷⁵⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. **Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva**. In SCHÜNEMANN, Bernd. **Temas actuales y permanentes del derecho penal**. Madrid: Tecnos, 2002, pp.81-82 e n. 42, p. 82 (tradução livre). O posicionamento anterior de Schünemann, que indica os deveres de cuidado como “puramente objetivos” é indicado pelo autor como trazido no *Festschrift für Schaffstein*, 1975, pp. 159, 161 e ss, de acordo com a nota de rodapé indicada.

⁷⁵⁵ Corcoy Bidasolo (CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. **Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos penales supraindividuales**. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, pp.40-41, 45, 50. (tradução livre)) critica a tese de Schünemann, a qual defende que não haveria a necessidade da comprovação de um “perigo objetivo” a um bem jurídico, limitando-se a analisar os crimes de perigo abstrato como “tentativas imprudentes”, baseada em uma “violação do dever de cuidado subjetivo”. Discorda dessa posição, porque “impede a distinção entre crimes culposos e dolosos de perigo”, já que “o conceito normativo de perigo” é a “probabilidade de lesão de um bem jurídico-penal”, considerando que “no estado atual da ciência não se conhecem todas as leis de probabilidade”. Assim, o resultado dependerá da “existência de fatores aleatórios”, sendo “impossível determinar o grau de probabilidade”, sem se analisar a conjuntura fática.

⁷⁵⁶ ZYNDA, Lyle. Subjectivism. In HÁJEK, Alan & HITCHCOK, Christopher. **The Oxford Handbook of Probability and Philosophy**. Oxford:Oxford, 2016, pp.360-1 (tradução livre).

E, por último, temos a análise de Rodríguez Montañes⁷⁵⁷ sobre a tese de Wolter⁷⁵⁸, a qual classifica os crimes de perigo abstrato em dois grupos. O primeiro refere-se aqueles cuja referência ao bem jurídico de modo apenas indireto, cuja “pena está ligada à violação da proibição, apenas por fins didáticos”, seriam esses os “crimes de perigo abstrato próprios”, as “ações em massa”. Nesse caso, não se “admitem restrições no tipo penal e devem ser aplicados em seu teor literal”. Já os “impróprios”, são os que tratariam dos bens jurídicos de modo direto, trazendo “uma relação imediata com a periculosidade”, sendo necessária uma “redução teleológica” na interpretação desses tipos penais, criando-se o requisito da “criação dolosa ou culposa de um risco adequado” ao bem jurídico.

A tese de Wolter considera como verdadeiros crimes de perigo abstrato, aqueles que se referem às condutas estatisticamente perigosas. Essas condutas por se referirem a bens jurídicos difusos, apenas seriam capazes de produzir dano diante do todo acumulado dessas condutas, sendo o caso das “ações em massa”. Consideramos que seriam os casos de risco sistêmico, em que se busca a proibição de condutas individualizadas relacionadas aos “gatilhos” de tais riscos, tutelados por deveres de cuidado próprios. É evidente a necessidade de controle judicial na criação de tais crimes e dos próprios deveres de cuidado assim indicados, os quais devem ser justificados tanto pela ponderação de valores, como por estudos estatísticos.

É possível, ainda, incluir nessa análise, como se faz no direito espanhol com Mendonza Buergo⁷⁵⁹, aquelas teorias que aproximam crimes de perigo abstrato dos crimes culposos, a partir da periculosidade *ex ante* da conduta. Esse seria o caso da teoria de Corcoy Bidasolo⁷⁶⁰, segundo a qual, “para as teorias normativas do perigo, a relevância penal da conduta do sujeito depende da infração do cuidado devido no sentido dos crimes culposos”, deve haver, portanto, “a constatação da existência de um perigo idôneo *ex ante*” para um bem jurídico. Também Silva Sánchez⁷⁶¹, o qual considera a violação dos deveres de cuidado como uma forma de não tratar do “azar” para a determinação do resultado da conduta.

⁷⁵⁷ RODRÍGUEZ MONTAÑES, Teresa. **Delitos de peligro, dolo e imprudencia**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, pp.337-339. (tradução livre)

⁷⁵⁸ **Zurechnung**, 1981, pp. 276 e ss, 319 e ss apud RODRÍGUEZ MONTAÑES, Teresa. **Delitos de peligro, dolo e imprudencia**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, n.271, p.337. (tradução livre)

⁷⁵⁹ MENDONZA BUERGO, Blanca. **Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto**. Granada:Comares, 2001, p.233(tradução livre).

⁷⁶⁰ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. **Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales**. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, pp.40-41, 45, 50. (tradução livre).

⁷⁶¹ La ley, pp. 1714-1725 apud MENDONZA BUERGO, Blanca. **Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto**. Granada:Comares, 2001, n. 457, p.233(tradução livre)

Esse também seria o caso de Rodríguez Montañes⁷⁶², a qual diferencia o tratamento dos crimes de perigo abstrato de acordo com os bens jurídicos tutelados. Assim, a construção da tentativa imprudente apenas seria adequada aos casos de tutela de bens jurídicos individualizados. Quanto aos interesses difusos, esclarece que há “dificuldade para se determinar o grau de lesividade exigível na sua relação com o bem coletivo”, referindo-se aos casos em que “o dano a tais bens de caráter imaterial produz-se apenas além do ato individual, pela reiteração generalizada de condutas”. Nesse caso, aconselha o uso de um “bem jurídico intermediário com função representativa”.

Na tese de Rodríguez Montañes é bastante claro que, havendo a construção de crimes de perigo abstrato para tutelar bens jurídicos difusos, a racionalidade a ser aplicada é a de danos cumulativos⁷⁶³. Esse tipo de dano ao bem jurídico somente poderia ser observado a partir da análise de um grupo de condutas de terceiros. Nesse caso, evidente que a *ratio legis* é a prevenção a esse risco sistêmico, o qual não pode ser tutelado diretamente pelo Direito Penal, sob o risco de violação do princípio da responsabilidade subjetiva criminal.

No direito penal brasileiro, temos D’Avila⁷⁶⁴, tratando do que denomina de “cuidado-de-perigo em contextos instáveis”. D’Avila rejeita o conceito de crimes cumulativos de Kuhlen, para indicar que apenas em certos “contextos instáveis” seria possível identificar “a possibilidade de dano não-insignificante ao bem jurídico”, desde que a noção de “condutas materialmente idênticas” seja considerada como suficientes para justificar a punição penal.

Entendemos que D’Avila, mesmo que não trate da Regulação de Risco, acaba intuindo que os deveres de cuidado devam ser um produto da regulação setorial de atividades de risco.

A “importação” para o Direito Penal dos deveres de cuidado para densificar o injusto dos crimes de perigo abstrato parece-nos uma opção bastante adequada ao funcionalismo teleológico, admitindo-se uma análise interdisciplinar do risco, o que, potencialmente garantiria a análise do caso em concreto para justificar a punição das condutas.

No entanto, devemos esclarecer que tais deveres de cuidado regulatórios devem ser avaliados como adequados ou não às diretrizes dogmáticas penais. Se considerarmos os métodos adotados pela Regulação de risco, especialmente, nos casos de incerteza⁷⁶⁵ científica, haverá a criação de padrões de risco permitido mais conservadores, o que deve ser abordado no

⁷⁶² RODRÍGUEZ MONTAÑES, Teresa. **Delitos de peligro, dolo e imprudencia**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, p.354-5 (tradução livre).

⁷⁶³Cf. Cap. 3.2.2 A regulação de risco no caso dos riscos sistêmicos: casos CBE e Criptoativos.

⁷⁶⁴ D’AVILA, Fábio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico**. Coimbra: Coimbra, 2005, pp.384-399.

⁷⁶⁵ Cf. Cap. 3.2.1. A regulação de risco e a incerteza científica: o caso dos riscos advindos da tecnologia.

julgamento criminal do caso concreto. Além disso, devemos considerar que, certos réus terão “conhecimentos especiais e capacidade”, no dizer de Schünemann, acima da média, o que poderia influenciar o estabelecimento de tais deveres de cuidado no caso concreto.

4.5.2 A análise da construção normativa do risco nos crimes de perigo no sistema anglo-americano:

No sistema anglo-americano, há a possibilidade de se tratar de crimes que abordam a exposição ao perigo de interesses, fazendo-se uma comparação a relação entre os deveres de cuidado e crimes de perigo abstrato, conforme apresentados no sistema romano-germânico.

Nosso objetivo com essa comparação é indicar se na construção normativa do risco na *common law*, há referência ao contexto regulatório e sua abordagem interdisciplinar, o que permitiria a análise do conhecimento especializado do regulado, assim como tratar de juízos de valor produtos da Regulação.

Os crimes de perigo no sistema anglo-americano são vistos como *inchoate offences*, de acordo com Ashworth⁷⁶⁶, sendo um tipo de responsabilização criminal baseada no risco. São uma forma de antecipação da tutela penal que, além dos crimes de perigo, também abrange a “tentativa, participação e incitação”.

Quanto aos crimes de perigo, Duff traz uma relação entre crimes de perigo concreto e abstrato de uma forma muito semelhante à doutrina alemã, espanhola e brasileira.

Duff⁷⁶⁷ identifica dois tipos de crimes de perigo (*endangerment offenses*), a depender da existência de uma referência a um “específico risco relevante” na descrição do crime (o que

⁷⁶⁶ Ashworth (ASHWORTH, Andrew. **The Diffusion of Criminal Responsibility: Steps in the Wrong Direction?** McKenna J (ed.) Queensland Legal Yearbook 2017. Brisbane, Queensland: Supreme Court Library Queensland, pp.170-185.(tradução livre) (manuscrito cedido pelo autor)) reconhece, ainda, uma antecipação da tutela penal mais intensiva, indicando “pre-inchoate offences” ou “pré-crise”, atividades “remotas em relação ao harm (dano)”. Dá como exemplo o “Terrorism Act 2006 (UK)”, a lei do Reino Unido que prevê crimes de terrorismo, a qual cria três *pre-inchoate offences*, “publicar um discurso que possa ser entendido como encorajamento ao terrorismo, disseminar uma publicação terrorista negligentemente, como se encorajasse o terrorismo e engajar-se em qualquer conduta preparatória para cometer atos de terrorismo”. Ashworth considera que há uma “extensão significativa vertical ao Direito Penal”, enquanto o terceiro crime seria “uma extensão grave da teoria da tentativa”, já que pune um ato preparatório.

⁷⁶⁷Duff (DUFF, R.A. Criminalizing Endangerment. In **Louisiana Law Review**, v. 65, n.3, spring 2005, pp.959-962(tradução livre)) explica que os crimes de perigo explícito analisam se o “risco era substancial e injustificável ou se a sua conduta se deu em um padrão muito abaixo do que poderia ser esperado por um agente competente e cuidadoso”, devendo-se considerar o “contexto da atividade”.

Duff indica que, nos crimes de perigo, segundo Duff, temos a “criminalização de danos reprováveis” (*wrongful harms*), que “são reprováveis (*wrongful*) porque são potencialmente danosas”, isto é, a “responsabilidade se dá por poder causar um dano – dano que podemos identificar independentemente da conduta que o causa”. Nesse caso, Duff não vê problemas na aplicação da teoria de Feinberg, como ocorre quando se pensa na questão da tentativa (*attack*, conforme usado por Duff), quando a criminalização tem relação com a intenção do agente.

entendemos por tipo penal). Os crimes de perigo explícitos (*explicit endangerment offenses*) “exigem a comprovação de que o réu criou o risco”, enquanto que nos crimes de perigo implícitos (*implicit endangerment offenses*) essa prova não é necessária. Duff afirma que os crimes de perigo implícitos, semelhantes aos crimes de perigo abstrato, trazem a criminalização de padrões de comportamento perigoso. Duff critica tal instrumento, porque podem causar condenações injustas, embora tragam “maior segurança” por definirem a conduta proibida. No entanto, Duff defende um padrão de cuidado objetivo, considerado por ele um “um ônus da cidadania”. A relação entre cidadania e padrão de cuidado, segundo Duff, baseia-se no dever mútuo entre cidadãos de “tomar o devido cuidado de não causar dano aos demais no curso de nossas atividades”. Duff conclui que a culpa consciente (*recklessness*) seria ideal para os crimes de perigo, já que trata da “indiferença” com que o agente realiza sua atividade, indicando a “reprovabilidade (*wrongfulness*) da colocação em perigo”.

É possível considerarmos que na análise de Duff, em que o padrão de cuidado objetivo é visto como um “ônus da cidadania”, encontramos um exemplo do que afirma Douglas⁷⁶⁸, que considera o risco como uma forma de “engajamento” na proteção de certos interesses.

E, além disso, Duff aponta os deveres de cuidado como “objetivos”, indicando predominância do conceito objetivo de probabilidade, como trazido por Glymour⁷⁶⁹, sendo um “parâmetro de estatística”. No entanto, quando há a análise do caso concreto, Duff⁷⁷⁰ faz referência aos conhecimentos do agente, inclusive, defendendo a possibilidade de defesa, indicando a inocuidade da conduta, como veremos a seguir.

A aproximação entre as *inchoate offences* e os crimes de perigo abstrato são mais exploradas no trabalho de Duff e Hörnle⁷⁷¹, como parte do projeto de Kai Ambos, “Diálogos anglo-germânicos”.

⁷⁶⁸ DOUGLAS, Mary. **Risk and blame: essays in cultural theory**. London e New York: Routledge, 2003, p. 6. (tradução livre).

⁷⁶⁹ GLYMOUR, Clark. Causation and Statistical Inference. In BEEBEE, Helen et al. (ed). **The Oxford Handbook of Causation**. Oxford:Oxford, 2009, p. 502 (tradução livre).

⁷⁷⁰ DUFF, Antony & HÖRNLE, Tatjana. **Crimes of Endangerment**. In AMBOS, Kai et al (eds). Core concepts in Criminal Law and Criminal Justice, v. II. Cambridge: Cambridge, 2022, pp.17-18. (tradução livre) (manuscrito fornecido pelos autores),

⁷⁷¹ DUFF, Antony & HÖRNLE, Tatjana. **Crimes of Endangerment**. In AMBOS, Kai et al (eds). Core concepts in Criminal Law and Criminal Justice, v. II. Cambridge: Cambridge, 2022, pp.1, 10. (tradução livre). (manuscrito fornecido pelos autores).

Duff e Hörnle⁷⁷² vão além da classificação de crimes de perigo concreto e abstrato⁷⁷³, tratando de uma terceira classe de condutas, as quais são frequentemente perigosas, sem a referência expressa de perigo na descrição do crime. Identificam no direito inglês e alemão, quatro casos de tal classe de crime de perigo. A primeira seria daqueles crimes que se referem ao “risco de dano grave”; a segunda, os crimes referentes às “atividades perigosas realizadas de modo ilegal”, como “dirigir, usar explosivos, vender comida”; a terceira, aqueles ligados aos “agentes com responsabilidades ligadas à segurança”, como “os empregadores, construtores, arquitetos, capitães de navio”. E, por fim, há aqueles que envolvem “colocar em perigo os vulneráveis”. Percebem que, tal classe de crime é criada pelo Poder Legislativo de acordo com um “contexto específico”, identificando as “regulações de segurança” que tem caráter penal, evitando a intervenção penal indevida que viesse a abranger todos os “standards e sistemas de supervisão” comumente criados pela Regulação.

Quando Duff e Hörnle⁷⁷⁴ tratam do processo de estabelecimento de tais crimes de perigo, podemos perceber a relação específica entre Direito Penal e Regulação de Risco. Inicialmente, há a Regulação de Risco de um certo setor, a qual “visa a prevenção do dano”, justificada “pela contribuição à segurança pública, pela proteção dos cidadãos de certos tipos de dano”. Depois, há a própria “criminalização das violações da regulação, isto é, cria-se um *malum prohibitum*”, um “tipo de crime que não é reprovável (*wrongful*) de modo independente da Regulação, mas que é agora reprovável (*wrongful*) como uma violação da Regulação”. E, sendo a “Regulação bem-feita, a maioria dessas condutas será perigosa”. No entanto, advertem que a Regulação de risco pode ser “excessiva”. Nesse caso, as “regulações de segurança” podem vedar condutas

⁷⁷² DUFF, Antony & HÖRNLE, Tatjana. **Crimes of Endangerment**. In AMBOS, Kai et al (eds). Core concepts in Criminal Law and Criminal Justice, v. II. Cambridge: Cambridge, 2022, pp.1, 10. (tradução livre). (manuscrito fornecido pelos autores).

⁷⁷³ Além disso, Duff e Hörnle (DUFF, Antony & HÖRNLE, Tatjana. **Crimes of Endangerment**. In AMBOS, Kai et al (eds). Core concepts in Criminal Law and Criminal Justice, v. II. Cambridge: Cambridge, 2022, pp.14-16 (manuscrito fornecido pelos autores). (tradução livre)) expandem a classificação comum em nossa doutrina, indo além da divisão entre crimes de perigo abstrato e concreto, indicando três classes de crimes de perigo. Os dois primeiros são chamados de “crimes de colocação em perigo explícita” (*offences of explicit endangerment*), abrange tanto as condutas em que “o agente coloca uma pessoa ou objeto em perigo de dano”, os crimes de perigo concreto; como também as condutas em que “o agente age de certa forma, criando um sério risco de colocar pessoas e objetos em perigo”, os crimes de perigo abstrato. Essa classe de crime de perigo é legítima de acordo com “qualquer versão plausível do *harm principle*”, já que a criminalização de condutas que “ameaçam causar dano”. Já a terceira classe seria a dos crimes os quais, sem tratar do perigo no tipo penal, “visam criminalizar condutas que geralmente são perigosas ou cuja criminalização ajudará à prevenção do dano pela sua redução ou como proteção contra os riscos”. Essa classe abrange condutas que fazem referência à violação de determinações de Regulação de risco, como “porte de arma” ilegal.

⁷⁷⁴ DUFF, Antony & HÖRNLE, Tatjana. **Crimes of Endangerment**. In AMBOS, Kai et al (eds). Core concepts in Criminal Law and Criminal Justice, v. II. Cambridge: Cambridge, 2022, pp.17-18. (manuscrito fornecido pelos autores), (tradução livre)

“totalmente livres de risco”, sendo “enganador chamar essas condutas de perigosas, mesmo de modo abstrato”.

Consideram⁷⁷⁵ que se o agente souber que sua conduta é inofensiva, tendo controle da fonte de risco, não se poderia indicar que a conduta é reprovável (*wrongful*) ou imputável ao agente de acordo com os elementos subjetivos do crime (*culpable*). Nesse caso, recomendam a revisão da regulação para que apenas vede condutas perigosas ou “redefinir o crime para que se torne de colocação em perigo explícita”; ou ainda, criar uma defesa (*defence*) que permita a indicação da ausência de risco⁷⁷⁶.

E, mesmo a dimensão subjetiva dos crimes de perigo abstrato, quando se referirem aos contextos regulatórios poderiam sofrer modificações. De acordo com Duff e Hörnle⁷⁷⁷, é legítima a indicação da *negligence* (culpa inconsciente, “*inadvertent Fahrlässigkeit*”), nos casos em que um “dever de cuidado especial”, dos quais os agentes deveriam ser cientes diante da periculosidade da atividade e da gravidade do dano que podem vir a causar.

Veja-se que essa classificação, referindo-se ao contexto regulatório⁷⁷⁸, tem potencial para facilitar a interpretação da norma penal. No caso a seguir, temos um crime de perigo explícito (*explicit endangerment offenses*), onde não há a descrição da conduta proibida, mas veremos o esforço da análise judicial em se interpretar a norma penal de acordo com o contexto regulatório.

⁷⁷⁵ DUFF, Antony & HÖRNLE, Tatjana. **Crimes of Endangerment**. In AMBOS, Kai et al (eds). *Core concepts in Criminal Law and Criminal Justice*, v. II. Cambridge: Cambridge, 2022, manuscrito fornecido pelos autores, pp.17-18. (tradução livre)

⁷⁷⁶ Nesse sentido, Duff e Hörnle (DUFF, Antony & HÖRNLE, Tatjana. **Crimes of Endangerment**. In AMBOS, Kai et al (eds). *Core concepts in Criminal Law and Criminal Justice*, v. II. Cambridge: Cambridge, 2021, manuscrito fornecido pelos autores, pp.19-21. (tradução livre)) tratam do princípio “*De Minimis*”, previsto no *Model Penal Code*, §2.12, o qual permite o arquivamento de um processo-crime, quando a “conduta não causou ou ameaçou causar o dano que a lei busca prevenir”. Acreditam que mesmo a acusação ou a própria polícia poderia usar sua discricionariedade para não iniciar a persecução penal nesses casos. No entanto, consideram que se “a lei abrisse exceções para aqueles que são especialmente capazes”, haverá “mais chance de violação das regulações”, criando uma brecha para aqueles que querem cometer crimes saírem impunes. No entanto, Duff e Hörnle indicam que, mesmo que a conduta seja inofensiva, é “reprovável (*wrong*) porque violou a regulação”, considerando que se deve “cultivar o hábito” de não confiar cegamente em nosso próprio julgamento sobre nossas capacidades; ou, ainda “manter e mostrar a solidariedade em relação aos demais cidadãos em obedecer regulações que servem ao bem comum, sem impor ônus pesado aqueles que as obedecem”. Concluem que essa reprovabilidade da conduta é suficiente para legitimar a intervenção penal, mas entendem que, em casos de insignificância, ainda há dúvida, já que os cidadãos são chamados à “atividade democrática da auto-governança”, usando “seu próprio discernimento para aplicar as regulações”.

⁷⁷⁷ DUFF, Antony & HÖRNLE, Tatjana. **Crimes of Endangerment**. In AMBOS, Kai et al (eds). *Core concepts in Criminal Law and Criminal Justice*, v. II. Cambridge: Cambridge, 2022, manuscrito fornecido pelos autores, pp. 16-17. (tradução livre).

⁷⁷⁸ Duff e Marshall (DUFF, R.A. & MARSHALL, S.E. *Abstract endangerment, two harm principles and two routes to criminalisation*. In **Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice**, v. 3, iss.2, 2015, pp.154-7. (tradução livre)) tratam das diferentes funções desempenhadas pelo Direito Penal e a Regulação de Risco. A criminalização de uma conduta tem como função “definir e a censurar como algo reprovável (*wrong*)”; já a Regulação tem como função atingir uma “meta útil”. Consideram um “dever cívico” a obediência às regulações, porém, excepcionam aquelas que imponham um “ônus não justificados” para a prevenção de danos.

No caso *R v Thacker & Ors*⁷⁷⁹, 15 pessoas invadiram a área reservada do aeroporto para impedir que um avião decolasse, o qual levaria para a África Ocidental 60 pessoas expulsas e deportadas da Inglaterra. A Corte considerou que o crime de “colocar em perigo ou potencialmente colocar em perigo a segurança da operação no aeroporto ou a segurança das pessoas no aeroporto” (*endangers or is likely to endanger the safe operation of the aerodrome or the safety of persons at the aerodrome*), previsto na *section 1(2)(b) of the Aviation and Maritime Security Act* de 1990, não deve ser aplicado à situação fática.

Na decisão, afirmou-se que a previsão legal se refere a uma conduta “essencialmente violenta” e de “certo nível de magnitude”, contra a qual o Protocolo de Montreal tinha a finalidade de criar “uma camada adicional de proteção”, sendo punida até mesmo com “prisão perpétua”. Considerou-se que o protesto realizado pelos apelantes “não está abrangido pela linguagem e finalidades do Protocolo”. Decidiu-se que teriam sido os deveres de cuidado criados na autorregulação do aeroporto (no *Airside Safety Manual* e no *London Stansted Aerodrome Manual*) que levaram à interrupção das operações. Sendo assim, a conduta dos apelantes não teria levado à interrupção da operação do aeroporto. Considerou-se que “a mera presença na cena com aparelhos e substâncias, que não são perigosas, não é capaz de preencher os critérios legais”, ficando afastado o crime.

É evidente que há um juízo de valor na construção normativa do risco nesse caso específico, já que houve uma interpretação mais favorável aos réus, que protestavam contra a política migratória. A Corte acaba considerando tal objetivo muito menos reprovável do que uma conduta semelhante que visasse o terrorismo. Dessa forma, o risco analisado não era apenas da probabilidade de dano ao “funcionamento seguro” (*safe operation*) do aeroporto, mas também se analisou a intensidade da reprovabilidade da conduta. E, tendo em vista a sua finalidade, mero protesto cívico, o qual diante do respeito aos deveres de cuidado da autorregulação, poderiam ser considerados como parte do risco admissível naquela atividade.

A análise do contexto regulatório, que visava um “risco de dano grave” na classificação de Duff e Hörnle, acaba por ser a diretriz da interpretação do tipo no caso citado, admitindo-se o afastamento do crime mais grave.

A análise do contexto regulatório passa também pela clara identificação da meta regulatória visada, o que acaba por identificar o “interesse” ou o “bem jurídico” tutelado pelo

⁷⁷⁹ Reino Unido. *R v Thacker & Ors* [2021]EWCA Crim 97. Na decisão, lê-se: “The stumbling block for the Crown is not the meaning of “services of the aerodrome” but consists in our conclusion that mere presence at the scene in possession of devices and substances which are not dangerous falls short of being sufficient to meet the statutory criteria.”

crime. No sistema anglo-americano, o enfoque não está propriamente no objeto de tutela “o interesse”, mas no efeito da conduta o “dano” (*harm*), através do *harm principle*.

Também o “risco” pode fazer parte do conceito de “dano” de duas formas distintas, conforme Duff e Marshall⁷⁸⁰, o que os leva a tratar de dois subprincípios a partir do *harm principle*. Ao considerarem que a natureza do Direito Penal como “instituição censora” é caso de aplicação de *Harmful Conduct Principle*. No caso do risco, o “*harmful conduct principle*” apenas admite a criminalização de “violações de regulações legítimas”, isto é, onde as regulações” tratem de “cuidado devido para evitar a criação ou assunção de risco injustificado para lesar terceiros”. Já o “*harm prevention principle*” poderia levar à justificativa da “criminalização de violações de regulações”, apenas com base na finalidade de “prevenção de danos”. Esse último subprincípio poderia ampliar excessivamente a tutela penal, incluindo a criminalização de “danos naturais ou acidentais”. Para evitar que esse último subprincípio amplie a intervenção penal, Duff e Marshall reconhecem que a verdadeira natureza do “*harm prevention principle*” seria a de um princípio ligado à Regulação de Risco, sendo que “regular” seria “proibir a conduta ou impor restrições a sua prática”.

A questão do tipo de risco ao qual o Direito Penal deve se dirigir é tratado por Duff e Marshall⁷⁸¹ como “danos cumulativos” (*accumulative harms*), nos quais para que se dê o dano deve haver uma “contingência”, o comportamento de terceiros. Nesse caso, é comum na doutrina a alegação de que o “*harmful conduct principle*” poderia legitimar tais criminalizações, diante da violação do cuidado devido, tido como uma “responsabilidade cívica” em “não contribuir” para o aumento de risco para os danos cumulativos. Duff e Marshall criticam essa análise, indicando que a Regulação de risco tende a ser muito conservadora, isto é, a Regulação de risco “tende a ser excessiva” abrangendo condutas inofensivas. Dessa forma, a violação de deveres de cuidado, nesses casos, não pode ser um parâmetro para a criação de crimes com base no *Harmful conduct principle* mesmo que se afirme que sejam um tipo de “perigo abstrato” (*abstract endangerment*).

⁷⁸⁰ DUFF, R.A. & MARSHALL, S.E. Abstract endangerment, two harm principles and two routes to criminalisation. In **Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice**, v. 3, iss.2, 2015, pp.139-140. (tradução livre). Duff (DUFF, R.A. Criminalizing Endangerment. In **Lousiana Law Review**, v. 65, n.3, spring 2005, pp.950(tradução livre)) considera que a criação de perigo pode ser considerada um dano (*harm*), no entanto, diferencia-o dos danos materiais, os quais devem ser considerados “danos primários”, sendo o perigo um tipo de “dano secundário”.

⁷⁸¹ DUFF, R.A. & MARSHALL, S.E. Abstract endangerment, two harm principles and two routes to criminalisation. In **Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice**, v. 3, iss.2, 2015, p.146. (tradução livre)

Parece-nos que há uma preocupação com a intensidade do risco oferecido a um interesse para que se trate da legitimidade da intervenção do direito penal na *common law*. Há uma série de críticas aos casos de danos cumulativos, os quais se referem à criminalização de condutas inofensivas⁷⁸² e aos possíveis excessos da regulação de risco nesses casos, que podem até mesmo estar baseadas em riscos sistêmicos⁷⁸³, as quais também existem no sistema romano-germânico. Evidentemente, nesse caso, há uma forte consideração do conceito de risco “objetivo”⁷⁸⁴ isto é, tratam-se de noções de probabilidade objetiva e possibilidades de medição do risco, como forma de fundamentação da criminalização das condutas.

Também Simester e von Hirsch⁷⁸⁵ afirmam que as “legislações criminais modernas tratam do risco de modo abstrato”, sendo que o dano “apenas se materializa após a soma de diversas condutas individuais”. No entanto, quando o Direito Penal é ampliado “para incluir danos remotos”, o dano acaba perdendo de certa forma a relevância para indicar a reprovabilidade social da conduta, já que o resultado da conduta é a mera probabilidade de dano. Assim, a própria reprovabilidade social da conduta acaba sendo fundamentada pela ausência de cooperação com a Regulação, sendo que essa necessidade de cooperação se apresenta atualmente “reforçada por sanções criminais”.

Da mesma forma, Feinberg⁷⁸⁶ esclarece que há problemas para a imputação de tais riscos como obra de um agente específico. Feinberg indica, por exemplo, que, ao se tratar do limite de poluição, deve-se considerar que apenas por “sucessivas contribuições de terceiros” somadas a do agente, há a aproximação a esse limite, sendo que cada uma seria “inofensiva”,

⁷⁸² Feinberg (FEINBERG, Joel. **Environmental pollution & the threshold of harm**. in The Hastings Center Report, v. 14, n.3, jun. 1984, pp.27-29. (tradução livre)), quando trata dos dois conceitos de *public interests*. O primeiro seria “um conjunto de interesses específicos do mesmo tipo”, cuja titularidade é individual, mas o “número” de titulares é “amplo e indefinido”. Nesse caso, os danos públicos (*public harms*) são aqueles que “seriam produzidos por atividades perigosas”, cujo risco é produzido de modo difuso, sem um alvo específico, mas podem afetar potencialmente a todos, “causando um perigo geral”. E, o segundo, regere-se a “um interesse amplamente compartilhado”, como seria o caso do “interesse em prevenção de desastres públicos”, como a “crise econômica, guerra, as pragas, fome, seca, poluição do meio ambiente”, entre outros especialmente os referentes na “manutenção de serviços públicos”, como “serviço telefônico e postal, segurança pública”. Feinberg ainda trata dos interesses-rede universais (*universal net interest*) que seriam aqueles que são “quase universais”, como a prevenção à pandemias. Esclarece que as violações aos “interesses difusos”, se consideradas individualmente, causam “pouco ou nenhum dano público”, sendo que apenas deve haver a criminalização dessas condutas se houver a previsão de sua repetição pelos cidadãos. Dessa forma, Feinberg aconselha a “coleta de informações empíricas” para se considerar se, de fato, existe a tendência à repetição daquela conduta, apenas dessa forma haverá o respeito ao *harm principle*. Além disso, Feinberg indica que há a necessidade de se considerar o motivo pelo qual essas condutas não são realizadas, “muitos não realizariam certas condutas mesmo que permitidas, por escrúpulos morais ou espírito cívico”.

⁷⁸³ Cf. 3.2.2 A regulação de risco no caso dos riscos sistêmicos: casos CBE e Criptoativos

⁷⁸⁴ LUPTON, Deborah. **Risk**. Londres:Routledge, 2013, p.27 (tradução livre).

⁷⁸⁵ SIMESTER, Andrew P & VON HIRSCH, Andrew. **Crimes, Harms and Wrongs: On the Principles of Criminalisation**. Londres: Hart, 2011, pp. 57-62. (tradução livre).

⁷⁸⁶ FEINBERG, Joel. **Environmental pollution & the threshold of harm**. in The Hastings Center Report, v. 14, n.3, jun. 1984, pp. 27-29. (tradução livre)

se individualmente considerada. Considera, que nesse caso, o “Direito Penal tem um papel” acessório (*derivative*) apenas dando “respaldo para implementação” da regulação de risco.

A relação entre Regulação e Direito Penal na *common law* também aparece na criação do “padrão de cuidado” a ser adotado, já que esse estabelece o “risco permitido” para o setor regulado. Duff⁷⁸⁷, por exemplo, indica que, nos casos de “*implicit endangerment*”, haveria a criminalização da violação de um padrão de cuidado especificado na descrição do delito. Não há, contudo, a clara referência aos “deveres de cuidado” como elementos “importados” da Regulação de risco, mas há referência às “decisões regulatórias” e a conceitos indeterminados, como *substantial* ou *unreasonable*⁷⁸⁸ a serem delineados pela Regulação.

Nesse caso, devemos considerar a proximidade da função do “padrão de cuidado” (*standard of care*) desempenha em relação aos deveres de cuidado nos crimes de perigo abstrato, sendo que ambos densificam os elementos objetivos do crime, a relação de risco com o objeto de proteção. Há, evidentemente, uma referência aos nexos causais probabilísticos⁷⁸⁹, tidos como modelos estatísticos a ser determinados pela Regulação de risco, indicando os casos de risco ao bem jurídico. A relação direta entre deveres de cuidado e risco permitido no direito inglês e norte-americano poderia limitar a discricionariedade judicial⁷⁹⁰, pois se estabeleceria um padrão mínimo de cuidado a ser observado pelo réu.

Duff e Marshal⁷⁹¹ propõem que a análise do risco seja considerada de acordo com as capacidades do agente, o que é mais complexo no perigo abstrato, em que não há necessidade da prova de perigo. Dão como exemplo o caso de um agente com “capacidades acima da média”

⁷⁸⁷ DUFF, R.A. Criminalizing Endangerment. In *Louisiana Law Review*, v. 65, n.3, spring 2005, pp.960 (tradução livre).

⁷⁸⁸ DUFF, Antony & HÖRNLE, Tatjana. **Crimes of Endangerment**. In AMBOS, Kai et al (eds). *Core concepts in Criminal Law and Criminal Justice*, v. II. Cambridge: Cambridge, 2022, manuscrito fornecido pelos autores, pp. 15-16. (tradução livre). Indicam “substantial” e “unreasonable” como conceitos a serem determinados pelos juízes nos casos concretos.

⁷⁸⁹ HITCHCOCK, Christopher. Probabilistic Causation in HÁJEK, Alan & HITCHCOK, Christopher. **The Oxford Handbook of Probability and Philosophy**. Oxford:Oxford, 2016, pp. 824-7. (tradução livre).

⁷⁹⁰ Duff e Hörnle (DUFF, Antony & HÖRNLE, Tatjana. **Crimes of Endangerment**. In AMBOS, Kai et al (eds). *Core concepts in Criminal Law and Criminal Justice*, v. II. Cambridge: Cambridge, 2022, manuscrito fornecido pelos autores, pp. 15-16. (tradução livre)), no entanto, criticam a “uma discricionariedade substancial” dada ao Poder Judiciário “para determinar quais tipos de condutas perigosas devem ser consideradas como relevantes (*substantial*) ou injustificadas (*unreasonable*)”, tanto no direito inglês como no direito alemão. Tal discricionariedade seria uma expansão de competências do Poder Judiciário não prevista constitucionalmente. Veja-se o exemplo dado por eles da própria “Constituição alemã, em seu art. 103, II, determina que os crimes sejam definidos pelo Poder Legislativo”. No entanto, acabam aceitando a “discricionariedade” judicial, reconhecendo-a tanto como “óbvia” e “inevitável”, indicando que se deve buscar uniformizar a jurisprudência para que se impeça que “diferentes juízes apliquem diferentes padrões” de cuidado. No direito norte-americano, Duff e Hörnle indicam que o *Model Penal Code* requer um “desvio grave” do padrão de cuidado devido, sendo esse requisito uma tentativa de se “limitar a discricionariedade judicial”.

⁷⁹¹ DUFF, R.A. & MARSHALL, S.E. Abstract endangerment, two harm principles and two routes to criminalisation. In *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, v. 3, iss.2, 2015, pp.143-144. (tradução livre)

que realize uma conduta reprovável (*wrongful*), sem que venha a ser produzido um risco, uma conduta ofensiva (*harmful*) ao objeto protegido. Duff e Marshall criticam a possibilidade da punição dessa conduta inofensiva, já que seria o mesmo que justificar a pena com base no que costuma acontecer, isto é, o agente mais competente acabaria sendo punido pelo dano que geralmente é produzido por agentes “menos competentes”.

Percebemos que no momento da imputação da conduta, parece-nos que há a sugestão do uso da probabilidade subjetiva⁷⁹², referindo-se às capacidades do agente. Mesmo nesse caso, o padrão de conduta a ser considerado seria o dos deveres de cuidado.

A análise do padrão de cuidado a ser tomado no caso concreto foi observada no caso *O'Grady Plant and Haulage Ltd & Ors v London Borough of Tower Hamlets*⁷⁹³. Trata-se da condenação pelo crime ambiental de depósito, tratamento, manutenção e descarte de lixo controlado sem licença, previsto na *section 33 (1)a e 33 (1) b do Environmental Protection Act 1990*. No caso, a empresa mantinha um terreno, onde tinha havido uma demolição, que passou a ser usado para tratamento de resíduos de construção civil, fazendo com que os vizinhos reclamassem de “fumaça, poeira e barulho”, impedindo que “abrissem suas janelas no calor”.

Nesse caso, a aplicação buscava que uma exceção ao crime prevista na *regulation 17(4) e o paragraph 4(1)(a) da schedule 4* fosse aplicada, a qual se refere aos casos em que “o tipo e a quantidade do resíduo”, assim como o “método” refiram-se ao objetivo de “garantir que o resíduo seja recuperado ou descartado sem colocar em perigo a saúde humana e sem usar processos e métodos que possa causar dano ao meio ambiente”. Esse pedido não foi aceito, já que o réu atuava em “um local impróprio causando dano à saúde e ao meio ambiente”.

Dessa forma, o padrão de cuidado aceito não era apenas o estritamente previsto na regulação quanto ao “tipo”, à “quantidade do resíduo” e ao “método” de tratamento para evitar “perigo à saúde humana” e “dano ao meio ambiente”, mas foi ampliado judicialmente. Considerou-se que a escolha de local inadequado, por si só, já causaria “perigo à saúde humana” e “dano ao meio ambiente”, isto é, já deveria ser considerada uma violação a um padrão de cuidado necessário. Essa violação de padrão de cuidado era evidente no caso concreto, diante das provas trazidas aos autos de que os vizinhos reclamassem de “fumaça, poeira e barulho”, sem que pudessem abrir “suas janelas no calor”.

⁷⁹² ZYNDA, Lyle. Subjectivism. In HÁJEK, Alan & HITCHCOK, Christopher. **The Oxford Handbook of Probability and Philosophy**. Oxford:Oxford, 2016, pp.360-1 (tradução livre).

⁷⁹³Reino Unido. *Grady Plant and Haulage Ltd & Ors v London Borough of Tower Hamlets* [2011] EWCA Crim 1339Date: 2011-05-27. Na decisão, tem-se: “27. In argument, we posed to Mr Harwood the question how, upon his construction of the legislation, the public and the environment would be protected from an activity which, while permitted, was carried on in an inappropriate location causing damage to health or the environment”.

Considerou-se, portanto, como elemento do padrão de cuidado algo não previsto na regulação, mas que era de conhecimento do agente, atuante no setor regulado. Na decisão, há o questionamento ao réu: “como, na sua interpretação da lei, o público e o meio ambiente seriam protegidos de uma atividade que, embora permitida, foi realizada em um local impróprio, causando dano à saúde e ao meio ambiente?”.

Esse caso seria um bom exemplo de análise do contexto regulatório para se tratar de crime de perigo abstrato, “depósito, tratamento, manutenção e descarte de lixo controlado sem licença, em que se consideraram os fatores de risco do caso concreto de conhecimento do réu”. Dessa forma, produziu-se um dever de cuidado específico para o caso concreto, capaz de afastar a alegação de inofensividade da conduta.

Parece-nos que a análise do contexto regulatório é uma diretriz de interpretação do crime que facilita a análise de risco da conduta. Dessa forma, a construção normativa do risco nos crimes de perigo acaba fazendo referência a juízos de valor, próprios da Regulação de Risco, como também aos conhecimentos específicos do regulado. O padrão de comportamento adotado pela *common law*, leva a uma construção normativa muito semelhante aos deveres de cuidado, inclusive, quanto às dificuldades em relação ao tratamento dos conhecimentos específicos do agente.

4.6 Da construção normativa do risco através de deveres de cuidado em crimes omissivos

A terceira e última categoria de crimes em que devemos analisar a construção normativa do risco, através de deveres de cuidado é a dos crimes omissivos.

Nosso objetivo é compreender como se dá a construção normativa do risco no Direito Penal, a partir dos deveres de cuidado nos crimes omissivos. Para isso, buscaremos identificar como as dimensões dos riscos são tratadas no Direito Penal, principalmente, para justificar a criminalização de omissões e a escolha do padrão de conduta adotado nos deveres de cuidado.

4.6.1. Crimes omissivos e deveres de cuidado no direito romano-germânico:

A questão da criminalização das omissões no Direito Penal é um ponto discutido na dogmática do sistema romano-germânico, principalmente, quanto a sua legitimidade.

Ao tratarmos da construção normativa do risco através dos deveres de cuidado, devemos considerar se as dimensões do risco desempenham algum papel na justificativa para a criminalização das omissões.

Devemos iniciar por indicar o tratamento normativo dado à omissão no Direito Penal. A primeira abordagem encontrada é a possibilidade ou não de equiparação⁷⁹⁴ à ação. O principal

⁷⁹⁴ Luzón Peña (LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Omisión impropria o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento de peligro o riesgo) y autoría o participación. In *Libertas*, n.5, 2017, pp.155-166. (tradução livre)) classifica as teorias como negativas e positivas. As negativas não reconhecem nexo causal a partir de uma omissão. Ambos AMBOS, Kai. Omisiones. In AMBOS, Kai – DUFF, Antony – ROBERTS, Julian – WEIGEND, Thomas. (ed) **Core concepts in Criminal Law and Criminal Justice**. V.1, Cambridge: New York, 2020, p. 17(tradução livre)) considera essa abordagem “naturalista”, porque “infere da mera existência empírica das coisas (o “ser”), o mundo moral de metas e valores (o “dever ser”)”. Esclarece que, a partir do “conceito francês *comission par omission*” (comissão por omissão) entende-se que “o problema não é tratar de movimentos corporais, mas da questão normativa sobre o “se” e “quando” podemos esperar alguém agir”. Assim, pensando no “dano ao interesse violado”, não vê qualquer diferença se o “resultado deu-se como efeito de uma ação ou omissão”, considerando que “o omitente teve a possibilidade material de intervir e tomou a decisão consciente de não o fazer”. Silva Sánchez (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El delito de omisión: Concepto y sistema**. Barcelona: Bosch, 1986, pp.316 (tradução livre)) critica o termo comissão por omissão. Afirma que a doutrina alemã já o abandonou, passando a adotar crimes de omissão próprios e impróprios. Essa mudança mostraria um afastamento da aproximação entre “aparente omissão e verdadeira ação (comissão)”, que surgia a partir de “considerações causais”. Mas, também considera pouco adequada a terminologia “própria/imprópria”, já que “algo não pode, ao mesmo tempo, ser e não ser uma coisa”.

Já as afirmativas, segundo Luzón Peña (LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Omisión impropria o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento de peligro o riesgo) y autoría o participación. In *Libertas*, n.5, 2017, pp.155-166. (tradução livre)), admitem a equiparação por considerar o o nexo causal omissivo como a omissão do “dever de evitar” uma condição do resultado, admitindo uma equiparação com a comissão. Entretanto, Roxin (ROXIN, AT, II, 2003, § 31-42 apud LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Omisión impropria o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento de peligro o riesgo) y autoría o participación. In *Libertas*, n.5, 2017, n. 42, p.162 (tradução livre)) baseando-se na teoria de Engisch em *Die Kausalität* de 1931, considera a causalidade “de acordo com as leis naturais, segundo o conhecimento humano”, sendo que no caso da omissão o raciocínio dá-se com base no que ocorreria se a ação devida fosse realizada, de acordo com as leis causais.

argumento para fundamentar as correntes negativas é tomar como pressuposto um conceito de nexos de causalidade ontológico⁷⁹⁵, não normativo⁷⁹⁶.

A dimensão técnico-científica do risco necessariamente aparece quando tratamos de omissões, já que, como afirma Williamson⁷⁹⁷, os nexos causais probabilísticos são os únicos

⁷⁹⁵ Kaufmann (KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión**. Madrid: Marcial Pons, 2006, pp.29-30, 34-35. (tradução livre)) afirma que o dever de agir “apenas se concretiza para aquele que é capaz de agir”. Só nesse caso, a norma “produz sua eficácia vinculante em concreto”. Kaufmann conceitua “capaz de ação” como “aquele que, em determinadas circunstâncias, em um momento determinado, pode realizar uma ação concreta, precisamente a ação descrita abstratamente no dever”. A “essência da violação do dever de atuar” seria a omissão da conduta, diante da capacidade de ação, sendo que essa omissão é o “núcleo do injusto, da tipicidade”. Assim, o tipo “descreve o comportamento humano não devido”, enquanto o dever abstrato demanda uma ação. A ação típica, portanto, refere-se à omissão “dessa matéria do dever, apesar de existir a concreta capacidade de ação”. Para Kaufmann, essa análise é idêntica à “matéria da proibição”, onde também “há a obrigação de omitir uma ação”, cuja comissão “está descrita no tipo”.

Muñoz Conde (MUÑOZ CONDE, Francisco. De lo vivo y de lo muerto en la obra de Armin Kaufmann. **ADPCP**, fasc. n. 2, v. 44, 1991. pp. 330-1 (tradução livre)) considera os estudos de Kaufmann como fulcrais para a compreensão do comportamento humano “penalmente relevante”. Kaufmann teria partido do conceito finalista “ontológico da ação”, para afirmar que “existe também um conceito ontológico de omissão”, referindo-se à “capacidade concreta da ação” do sujeito que decide se omitir. Muñoz Conde esclarece que a omissão, nesse conceito, não depende de questões normativas, isto é, “se o que se omite está ou não reprovado”.

Kaufmann (KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión**. Madrid: Marcial Pons, 2006, pp.25-29. (tradução livre)) percebe que a questão da omissão no direito penal passa pela própria interpretação da norma penal, admitindo “no caso concreto, pode ser duvidoso, pelo teor literal da norma, se essa prescreve um atuar ou um omitir”. Assim, o “conteúdo” da norma jurídica deve ser a chave interpretativa. Esse conteúdo pode ser um “dever ou uma proibição”, sendo que se prescrito um dever, “exige-se a realização de uma ação (final)” e, se indicada uma proibição, tem-se a vedação da execução de “uma ação (final)”, devendo o destinatário “omitir uma ação”. Esclarece que, sem qualquer transformação nas “formulações linguísticas” no núcleo verbal do tipo é possível a alteração do próprio conteúdo da norma penal, sendo possível que a “proibição transforme-se em um dever” e vice-versa (princípio da inversão), mantendo a obrigação de ação ou omissão. Kaufmann conclui que “não é possível distinguir entre o dever positivo e negativo”, apenas sendo possível tratar do “objeto da norma”. Kaufmann (KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión**. Madrid: Marcial Pons, 2006, pp.25-29. (tradução livre)) trata da teoria de Wolff (Verbotenes Verhalten, pp. 142 e ss; Grundlehre, pp. 54 e ss apud KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión**. Madrid: Marcial Pons, 2006, n. 15, p.26 (tradução livre),) o qual considera “sinônimos” o dever e a proibição. Dá mais ênfase à teoria de Gerhart Husserl (Negatives Sollen, pp. 18 e ss apud KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión**. Madrid: Marcial Pons, 2006, n. 18, p.27 (tradução livre)), que diferencia o dever e a proibição diante da existência de “um sim ou de um não do ordenamento jurídico a certo comportamento, a certa vontade jurídica “positiva” ou “negativa””, não aceita qualquer efeito sobre tal natureza do dever originada da característica ontológica, “seja positivo (fazer) ou negativo (omitir)”.

⁷⁹⁶ Já Schünemann (SCHÜNEMANN, Bernd. **Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia: con una aportación a la metodología del Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2009, pp. 426-9. (tradução livre)) define a omissão como “não realização de uma ação individualmente possível”, enquanto a omissão imprópria apenas pode ser conceituada a partir da equiparação com a ação. Schünemann, no entanto, é bastante crítico à tese de Kaufmann, considerando “errôneo” fundamentar os crimes omissivos na “causalidade potencial”, já que a “capacidade de ação” seria o “ponto de partida”, mas não o cerne do crime omissivo. Rechaça também o “princípio da inversão” de Kaufmann, pois seria baseado na teoria naturalista, a qual não consideram as “estruturas valorativas situadas na natureza das coisas”, considerando que não seria uma questão da causalidade, mas “em virtude do domínio”, sendo que não haveria inversão entre as estruturas comissiva e omissiva do delito, mas adaptação. Schünemann conclui que “comissão e omissão imprópria não são justapostas no mesmo tipo”, mas compreende a existência de um “princípio normativo unitário”, conforme o princípio da legalidade, sendo que tanto os crimes comissivos como os omissivos teriam a mesma natureza. Assim, Schünemann conclui que a “comissão e omissão imprópria constituem um tipo global”, isto é, ambas são prescritas no tipo penal, sendo que a norma penal unitária é uma “norma complexa”, que abarca tanto a omissão como a ação.

⁷⁹⁷ WILLIAMSON, Jon. Probabilistic Theories. In BEEBEE, Helen et al. (ed). **The Oxford Handbook of Causation**. Oxford:Oxford, 2009, pp.196-7, 202 (tradução livre).

capazes de tratar os casos de “ausência”, o que não se dá em nexos causais deterministas. E, sendo os deveres de cuidado, um *standard*, um modelo estatístico que indica o risco permitido, há a necessidade de violação de tais deveres pela omissão para que se possa criar a conexão entre omissão e resultado proibido, permitindo a equiparação com a ação. Assim, a conexão entre deveres de cuidado e omissões aparece como um requisito para o desenvolvimento do conceito dogmático dos crimes omissivos.

Quando tratamos de omissão e deveres de cuidado, além do lado objetivo do delito, podemos pensar em sua ocorrência se considerarmos o lado subjetivo do delito, como se dá nos crimes culposos.

No finalismo alemão, Kaufmann⁷⁹⁸ indicava um “elemento omissivo” na definição dos crimes culposos, seguindo as teorias de Binding e Engisch. Kaufmann entendia que, nos crimes comissivos culposos, “a vontade de realização – o dolo - não abarca o resultado indesejado”, já nos crimes omissivos culposos, pressupõe-se que “exista a vontade de realizar o resultado desejado pelo ordenamento jurídico”, isto é, o “impedimento do resultado”. Assim, Kaufmann diferencia o fundamento da punição nos crimes comissivos e omissivos culposos, indicando que nos crimes comissivos culposos, o fundamento é a “soma” da “causação do resultado” com “a infração reprovável do cuidado objetivamente requerido”. Já nos crimes omissivos culposos, o que se dá é o “inverso”: o fundamento da punição estaria na “não realização do resultado desejado pelo ordenamento”, isto é, o “impedimento do resultado”, como também a infração ao dever de cuidado. No entanto, Kaufmann⁷⁹⁹ deixa de “estabelecer a delimitação entre o crime omissivo e comissivo culposos”, por identificar elementos mistos, de omissão e comissão, tanto nos crimes omissivos culposos como nos comissivos culposos, sendo que a variável seria a interpretação da “falta de cuidado” como “um omitir ou um agir”.

Já na doutrina nacional, de modo muito semelhante à Kaufmann, o funcionalista Tavares⁸⁰⁰ considera que os crimes omissivos culposos⁸⁰¹ devem ser compreendidos como a

⁷⁹⁸ KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión**. Madrid: Marcial Pons, 2006, pp.180-186. (tradução livre)

⁷⁹⁹ KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión**. Madrid: Marcial Pons, 2006, pp.186-7, 197. (tradução livre)

⁸⁰⁰ TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2018, pp.268-9.

⁸⁰¹ Tavares (TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes culposos**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, pp.523-525) dá como exemplo de crimes omissivos próprios: art.228, parágrafo único, 229, parágrafo único, 231, 234 e 235 do ECA; art. 63, §2 do CDC, art. 68, parágrafo único da Lei 9605/98. Já os crimes omissivos impróprios culposos, “estão subordinados ao princípio da excepcionalidade dos delitos culposos e, ainda assim, só serão admissíveis quando seja possível equiparar-se a omissão a um comportamento ativo”.

Tavares indica que as omissões puras culposas referem-se às “normas mandamentais”, assim, o seu “tipo de injusto deve estar constituído de dois comandos: uma determinação de cuidado e uma determinação de conduta”. No entanto, adverte que o dever de agir é preponderante, já que apenas a partir de sua configuração, pode-se “legitimar

“violação dos limites do risco” permitido por omissão, quando “o sujeito deixa de realizar uma atividade devida e, assim, viola os limites de risco autorizado, o qual lhe exigia que atuasse” no caso em concreto, presente a situação de perigo ao bem jurídico. Nesse caso, Tavares identifica a violação de dois deveres, “por meio de uma única omissão” voluntária, viabilizando a inserção “em seu projeto de conduta os objetos referenciais da norma e ter lugar o processo de sua imputação”. Se fossem violações “involuntárias em um mesmo contexto conduziria à pura responsabilidade objetiva”. Assim, conclui que, mesmo nos casos em que o agente “não tenha pensado nos limites do risco autorizado (culpa inconsciente)”, há voluntariedade em sua omissão.

Quanto ao lado objetivo do crime, a doutrina indica duas classes de crimes omissivos. Ambos⁸⁰² esclarece que os crimes de omissão podem ser punidos como um crime específico de omissão, o crime de omissão pura⁸⁰³, como o crime de omissão de socorro⁸⁰⁴; isto é, houve uma

o comando legal”, dessa maneira, o dever de cuidado “só tem eficácia” quando se tem de modo claro o dever de agir. Tavares esclarece que a norma de cuidado “serve de base para especificar, em face da situação típica, de que forma ou modo se deve cumprir o mandamento legal”. Critica o art. 68 da Lei 9605/98 (Art. 68. Deixar, aquele que tiver o dever legal ou contratual de fazê-lo, de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental), o qual “em vez de descrever o conteúdo do dever imposto ao sujeito, remete esse conteúdo a um outro dever”, o que também impede a análise dos deveres de cuidado, já que não há “qualquer indicação” de como se viola tal dever.

Já nos crimes culposos omissivos impróprios, Tavares (TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes culposos**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, pp.526-531) identifica a preponderância da norma proibitiva sobre o dever de agir e o dever de cuidado, já que a conduta típica é uma ação. A omissão apenas tomaria relevância se houver “um dever de impedir o resultado” a ser realizado pelo garante, além da observância do dever de cuidado, que dita a “forma e modo de conduzir sua atividade, em face do perigo de produção do resultado”. O nexos causal probabilístico, baseado em “elementos empíricos”, refere-se à comprovação de que a “omissão é causa de um resultado, quando suprimida a ação devida ou esperada for o resultado, também, suprimido”. Tavares dá especial enfoque à “capacidade de agir”, indicando que “o sujeito deve estar em condições, conforme o exija a respectiva norma, de realizar a ação mandada”. Especifica, ainda, que essa capacidade deve ser avaliada de acordo com as características pessoais do sujeito, e “não de um suposto homem prudente”.

⁸⁰² AMBOS, Kai. **Omissions**. In AMBOS, Kai – DUFF, Antony – ROBERTS, Julian – WEIGEND, Thomas. (ed) **Core concepts in Criminal Law and Criminal Justice**. V.1, Cambridge: New York, 2020, pp.20-22. (tradução livre)

⁸⁰³ Polaino Navarrete (POLAINO NAVARRETE, Miguel. **Acción, omisión y sujetos en la Teoría del delito (De la posición de garante a la responsabilidad penal de las personas jurídicas)**. Lima: Grijley. 2009, pp.76-78 (tradução livre)) dá exemplos de crimes de omissão pura. O primeiro seria o crime de omissão de socorro. Nesse caso, afirma que existe a expectativa jurídica de assistência ao necessitado pelos cidadãos, desde que se trate de “perigo manifesto e grave” e sem que venha a expor-se a risco ou a terceiro. Polaino Navarrete explica que, mesmo em caso de “falta de solidariedade”, com o descumprimento do dever de assistência, “não se imputa ao omitente o resultado material”, já que o crime de omissão de socorro “já se consumou” antes dos demais “efeitos típicos”. (art.195 do Código Penal Espanhol). Outro exemplo dado por Polaino Navarrete é a “omissão do dever de impedir a comissão de delitos”, nesse caso, tem-se “um dever geral de atuação solidária”, impedindo o cometimento de delitos, através de uma “intervenção imediata e sem risco próprio ou alheio” ou, ainda, para “alertar as autoridades ou agentes para que impeçam” o cometimento de certos crimes (art. 450.1 e.2 do Código Penal Espanhol). E, por fim, traz a “omissão do dever de promover a persecução de crimes”, (art. 408 do Código Penal Espanhol), crime especial daquelas “autoridades ou funcionários públicos” com tal atribuição.

⁸⁰⁴ BRASIL. Código Penal. Decreto- Lei 2848 de 1940. DOU 31/12/1940. Art. 135:

Art. 135 - Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

“falha em se adequar aos níveis socialmente esperados de cuidado ou diligência”. Ou, ainda há a extensão de um crime comissivo, de acordo com a regra da “comissão por omissão da parte geral”⁸⁰⁵, quando houver a “omissão em se evitar um resultado”, com a figura do garante e de seus deveres específicos.

Silva Sánchez⁸⁰⁶ acaba deixando ainda mais clara a relação entre risco e crimes omissivos próprios quando os compara aos crimes de perigo abstrato e de mera atividade, indicando que “a consumação não depende da produção de um resultado, separado da ação, seja de lesão ou de perigo (concreto)”, diferenciando-os aos crimes de “perigo ou de lesão”. Assim, adverte que essa aproximação acaba por indicar que os crimes omissivos próprios são constatados com uma atividade perigosa, sem a necessidade de análise do resultado⁸⁰⁷. Por exemplo, indica que o crime de omissão de socorro, se reconhecido como crime de perigo abstrato, tem sua consumação sem que se considere se a vítima teria sofrido um “resultado lesivo ou não, isto é, mesmo que um terceiro a salve”, bastando-lhe “o juízo *ex ante*”. Não reconhece qualquer possibilidade de transformar essa situação fática em “tentativa inidônea”, com base em juízo *ex post*.

Parágrafo único - A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte.

⁸⁰⁵ BRASIL. Código Penal. Decreto- Lei 2848 de 1940. DOU 31/12/1940. Art. 13, § 2º:

“ § 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: [\(Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984\)](#)

a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; [\(Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984\)](#)

b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; [\(Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984\)](#)

c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado. [\(Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984\)](#)”.

⁸⁰⁶ Silva Sánchez (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El delito de omisión: Concepto y sistema**. Barcelona: Bosch, 1986, pp. 332-3 (tradução livre).) trata da tese de Rodríguez Morullo, o qual entende que os crimes de omissão de socorro seriam crimes de mera atividade de lesão, sendo necessário “um juízo *ex post*”, para confirmar o juízo *ex ante*. Silva Sánchez entende que o mais adequado seria a manutenção da comparação com os crimes de perigo abstrato, a partir da “probabilidade objetiva *ex ante* de realizar a ação como elemento integrante, junto com a situação de perigo e a não realização da ação indicada”.

⁸⁰⁷ REALE Jr, Miguel. O perigo para a vida e a saúde de outrem, In REALE Jr, Miguel (coord). **Direito Penal – Jurisprudência em debate**. São Paulo: Saraiva, 2016, posições 3068-3387. (livro eletrônico). Na doutrina brasileira, quanto aos crimes omissivos próprios, Reale Jr ao tratar do crime de omissão de socorro, define omissão como a “não interferência no curso causal, deixando-se que as condições presentes atuem, livremente, produzindo um resultado negativo”. A possibilidade de salvamento deve ser analisada como “uma probabilidade” de que o agente “sem a condição de garante ter deixado de atender a um ferido” ter atuado como “causa, condição necessária ao surgimento deste evento morte.”. Conclui que, “a omissão, nos crimes omissivos próprios” não exige um resultado para que se configure a conduta típica. Portanto, se o “nexo de causalidade como resultado decorrente da piora situação de perigo encontrada pelo agente”, se sua atuação fosse capaz de diminuir o risco, ou seja, “se a intervenção vier a manter o risco no grau existente antes da intervenção” já seria possível pensar-se na imputação penal. Reale Jr fundamenta essa análise de nexos causal probabilístico “com base na experiência normal e nos dados técnicos específicos”. Considera que a teoria da imputação objetiva, nesse caso, fundamenta a punição da omissão se for causa de “aumento, um incremento, do perigo nas circunstâncias concretas” a partir da “omissão do cuidado necessário”, que poderia ser avaliado por “também, uma análise *ex post*”.

Ao fazermos a comparação entre os crimes omissivos e outras classes de delitos, percebemos que o risco em sua dimensão técnico-científica aparece como fundamento para criminalização de omissões. Nesse caso, considerando os deveres de cuidado como modelos estatísticos de risco, no momento em que houver a sua violação por omissão, haveria a presunção da existência do risco no caso concreto. Perceba-se que a noção de “risco” criado por especialistas⁸⁰⁸, na Regulação de Risco, basta para a análise do risco nos crimes omissivos.

No AgRG no HC 746.697 – SP⁸⁰⁹, deixou-se bastante claro que o crime de homicídio culposo, portanto baseado na violação de deveres de cuidado quanto ao elemento subjetivo do delito, merece aumento de pena do §4 do artigo 121 do CP, se cometido por omissão quanto aos deveres de cuidado estipulados por “regra técnica”. Nesse caso, o risco criado pela violação de deveres de cuidado é punido tanto como tipo subjetivo, quanto como tipo objetivo do delito, afastando-se qualquer alegação de *bis in idem*. Evidentemente, que a repulsa social do crime daquele que deixa de seguir as regras técnicas em “caso de acidente com animais peçonhentos” é um fator persuasivo para que tal punição seja aceita como legítima, pois se conclui pela existência do desprezo pela vida humana.

É possível percebermos que a dimensão sociocultural do termo “risco” aparece como uma forma de justificar a criminalização de omissões de deveres de cuidado. Douglas⁸¹⁰ indica que o termo “risco”, quando usado para fundamentar a responsabilidade jurídica acaba por fortalecer a “solidariedade” entre os membros da comunidade. No entanto, as doutrinas espanhola e brasileira rechaçam a possibilidade de fundamentação dos crimes omissivos baseando-se na ideia de “solidariedade”, ao mesmo tempo em que apoiam a fundamentação, desde que se demonstre “risco” a bens jurídicos.

Na doutrina espanhola, Silva Sánchez⁸¹¹ repele a possibilidade de se considerar a “solidariedade” como bem jurídico a ser reconhecido no crime de omissão de socorro. Na doutrina brasileira, D’Avila⁸¹² nega aceitar a “solidariedade” tanto como “valor fundante do

⁸⁰⁸ DOUGLAS, Mary. Risk as a Forensic Resource. In **Daedalus**, v.119.n.4, Risk. Outono, 1990, p.10 (tradução livre).

⁸⁰⁹ Brasil. STJ. AgRG no HC 746.697 – SP. Relator Ministro Ribeiro Dantas. DJe; 30/08/2022. No caso, houve omissão das “determinações específicas para o caso de acidentes com animais peçonhentos, como o acolhimento da paciente, classificação da necessidade de atendimento prioritário e imediata aplicação do soro antiofídico, bem como deixou-se de promover a correta transferência da vítima para outro hospital”, tidas como deveres de cuidado, expressas por regras técnicas.

⁸¹⁰ DOUGLAS, Mary. **Risk and blame: essays in cultural theory**. London e New York: Routledge, 2003, p. 6. (tradução livre).

⁸¹¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El delito de omisión: Concepto y sistema**. Barcelona: Bosch, 1986, pp.288-296 (tradução livre). Indica, inclusive, que, no crime de omissão de socorro, o bem jurídico protegido não seria a solidariedade, mas “específicos bens jurídicos individuais”.

⁸¹² D’AVILA, Fábio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico**. Coimbra: Coimbra, 2005, pp. 342-3.

dever de agir” como o “próprio valor protegido pela norma”, já que levaria à aproximação de crimes omissivos próprios à “mera desobediência”. Dá preferência, assim como também o faz Silva Sánchez, ao reconhecimento de “bens expostos ao perigo” no crime de omissão de socorro. Também na doutrina brasileira, Tavares⁸¹³ indica que os “crimes omissivos próprios” apresentam-se na “forma de delito de dano, ou de perigo”, não sendo o mesmo que mera “desobediência legal”. Dessa forma, esclarece que não há identidade entre crimes omissivos e a mera desobediência de deveres, já que há a possibilidade de comprovação da inocuidade da conduta para bens jurídicos ou de contestação do nexos causal indicado pela acusação, a partir da “probabilidade nos limites da certeza”⁸¹⁴.

De acordo com Douglas⁸¹⁵, “quanto mais forte for a solidariedade⁸¹⁶ da comunidade” mais a responsabilidade baseada no risco encontra força persuasiva. Defende, inclusive, que a própria argumentação da tutela de bens em caso de risco, pode ser entendida como um “contexto criado para que os demais membros da comunidade se engajem nessa proteção”⁸¹⁷, sendo o

⁸¹³ TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2018, pp.43-44.

⁸¹⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El delito de omisión: Concepto y sistema**. Barcelona: Bosch, 1986, pp.316-322 (tradução livre). A questão do efetivo dano ao bem jurídico como critério para a classificação dos crimes omissivos em próprios e impróprios é tratada por Silva Sánchez. É criada a partir de comparações com outras espécies de crimes, tendo como base uma visão “nomológica”, baseada no “critério distinto da causalidade”, a qual Silva Sánchez indica ter sido já abandonada. Tratando dessa visão “nomológica”, Silva Sanchez apresenta a noção de crimes omissivos próprios como produto de uma aproximação do conceito de crimes de mera atividade, “de mera desobediência”, enquanto, os crimes de omissão imprópria “fariam referência ao resultado”. Dessa forma, seria possível identificar crimes omissivos, em que há a violação de “proibições”, onde até se poderia identificar “autênticas relações causais”, que poderiam causar “resultados materiais lesivos a bens jurídicos”, como no caso dos crimes omissivos impróprios. Já os crimes omissivos próprios referem-se àquelas omissões violadoras apenas de “deveres, carecedoras de um injusto material”, meramente formais a partir de uma visão “causalista-naturalista do delito”.

⁸¹⁵ DOUGLAS, Mary. **Risk and blame: essays in cultural theory**. London e New York: Routledge, 2003, p. 6. (tradução livre).

⁸¹⁶ DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**, São Paulo: Edipro, 2016, p.67, “Em todos os exemplos, o efeito mais notável da divisão do trabalho não é o fato de ela aumentar o rendimento das funções divididas, mas de torná-las solidárias. (...)É possível que a utilidade econômica da divisão do trabalho tenha algo a ver com esse resultado, porém, em todo caso ele ultrapassa infinitamente a esfera de interesses puramente econômicos; pois tal resultado consiste no estabelecimento de uma ordem social e moral sui generis. Indivíduos estão ligados uns aos outros, e, sem isso, seriam independentes; em vez de se desenvolverem separadamente, combinam seus esforços; são solidários, e com uma solidariedade que não age apenas em breves momentos em que se trocam serviços, mas vai muito além.(...) Uma vez que têm essa origem particular, não podem parecer com aquelas determinadas pela atração do semelhante pelo semelhante, devem ser constituídas de outra maneira, assentar sobre outras bases, invocar outros sentimentos.”

⁸¹⁷ DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. São Paulo: Vozes, 2019, pp.94-95. “A consciência moral da sociedade se encontraria por inteiro em todos os indivíduos e com vitalidade suficiente para impedir todo ato que a ofendesse, tanto as faltas puramente morais quanto os crimes. (...) Não é possível que todos se assemelhem a tal ponto, simplesmente porque cada um tem seu organismo próprio e porque esses organismos ocupam porções diferentes do espaço. (...) Desta forma, uma vez que não pode haver sociedade em que os indivíduos não diverjam mais ou menos do tipo coletivo, também é inevitável que, entre essas divergências haja algumas que apresente caráter criminoso. Pois o que lhes confere esse caráter não é sua importância intrínseca, mas aquela que a consciência comum lhes atribui. Portanto, se esta é mais forte, se tem bastante autoridade para tornar essas divergências muito fracas em valor absoluto, ela será também mais sensível, mais exigente e ao reagir aos menores desvios com a energia que manifesta em outros campos contra dissidências mais consideráveis, ela

“risco” usado mais como uma forma de argumento retórico, do que, de fato, algo que venha a ser comprovado cientificamente por nexos causais probabilísticos. E, mesmo essa análise pretensamente neutra do “risco” para justificar a responsabilidade criminal, não gera confiança em Douglas⁸¹⁸, a qual desconfia das promessas de que “com o avanço tecnológico” seria possível identificar os “perigos reais”, as “causas objetivas”, “sem influência de ideologias” para a imputação da responsabilidade.

A própria justificativa para a punição de omissões apresenta finalidades preventivas, relacionadas ao modelo econômico atual. Tavares⁸¹⁹ avalia que houve um expressivo aumento de crimes omissivos no direito brasileiro, baseado nos “pressupostos práticos e ideológicos” da “ciência jurídica”. Entende que o “Estado Social não se satisfaz” com a indicação “dos limites do proibido e do permitido”. Há a demanda pelo estabelecimento de sanções penais para implementar deveres, indicando a “falência do Estado social e sua substituição pelos conglomerados”, fazendo com que “o poder das agências e a disponibilidade e arbitrariedade dos prestadores de serviço” sejam preponderantes.

Esse desenvolvimento de crimes omissivos é considerado por Silveira⁸²⁰, com base em Sgubbi, como uma forma de “responsabilização de condutas de fundo econômico, em uma clara vertente da esquerda punitiva”, considerando que a noção de “risco” acaba por ser peça fulcral para que se compreenda o direito penal econômico, baseado em crimes omissivos.

Silveira⁸²¹ divide a “evolução do Direito Penal” em duas fases. A primeira refere-se aos bens jurídicos “supraindividuais e aos crimes de perigo”, na qual muda-se para a perspectiva *ex ante* no juízo de perigo, com recurso aos crimes de perigo abstrato para tratar de “questões supraindividuais”. É nessa fase que entende que se forma o “Direito Penal do Risco” que tutela bens jurídicos difusos, quando, a tutela penal “antecipa o estado de proteção a um momento prévio a sua real agressão”, acompanhada da “administrativização do Direito Penal”. Nesse caso, há problemas dogmáticos trazidos pelo uso de crimes de perigo abstrato, que, em muitos casos, tratam de “danos cumulativos e infrações baseadas em simples não cumprimento de decisões administrativas”. O fato de “tipos penais” tratarem de “situações de perigo potencial

irá lhes atribuir mais gravidade, significando que os marcará como criminosos. O crime é, pois, necessário; está ligado às condições fundamentais de toda vida social, sendo, por isso mesmo útil; pois as próprias condições de que é solidário são indispensáveis à evolução normal da moral e do Direito.”

⁸¹⁸ DOUGLAS, Mary. **Risk and blame: essays in cultural theory**. London e New York: Routledge, 2003, p. 7. (tradução livre).

⁸¹⁹ TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2018, pp. 36-37, 40-42.

⁸²⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal empresarial: a omissão do empresário como crime**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, p.35.

⁸²¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal empresarial: a omissão do empresário como crime**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, pp.37-48.

gerado pelo não aperfeiçoamento de regras fora do âmbito” do próprio Direito Penal é diagnosticada por ele como “crise existencial do Direito Penal”.

Já na segunda fase, Silveira⁸²² trata da “geração supraindividual e os crimes omissivos”, onde considera que a antecipação da tutela penal dá-se em um “âmbito ainda mais prévio”, pois há enfoque em omissões em cooperar na prevenção de ilícitos. Nesse caso, considera que os “papéis sociais” são “reguladores do próprio mercado”, cuja “atuação profissional” acaba tendo “posicionamento esperados” tutelados pelo Direito Penal, levando à criminalização de omissões referentes ao “*ante factum* de um possível resultado delitivo”. Conclui que o enfoque é assegurar, através do Direito Penal, os “papéis desempenhados por cada qual em uma superestrutura social”.

A punição de crimes omissivos, como bem indicado por Silveira, trata de uma antecipação da tutela penal. A intervenção penal, muitas vezes, dá-se na fase preparatória da execução, a qual, se não criminalizada, seria um irrelevante penal. Encontramos casos em que a própria interpretação⁸²³ do caso concreto é feita de uma forma que favoreça a compreensão de que teria havido uma omissão⁸²⁴, mesmo que, em seguida, percebamos uma ação do mesmo

⁸²² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal empresarial: a omissão do empresário como crime**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, pp. 49-58.

⁸²³ Ao tratarmos da omissão no contexto da interpretação da norma jurídica, é relevante o que afirma Ferraz Jr (FERRAZ Jr, Tércio Sampaio. **Introdução do estudo ao direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2003, p.130), que trata do termo “funtor”. Segundo ele, o “funtor” é um tipo de “operador linguístico que nos permite mobilizar as asserções”, sendo que o Direito utiliza-se de três deles. O primeiro seria o “funtor deontico” isto é, “é obrigatório”, criando uma norma preceptiva. O segundo, cria as normas proibitivas, “é proibido”. O terceiro, cria as normas permissivas, “é permitido”. Conclui que “os dois primeiros são comutáveis”, isto é, “é obrigatório comprar” ou “é proibida a omissão de comprar”.

Essa possibilidade de comutação entre os funtor prescritivo e o proibitivo é uma das chaves para se compreender a possibilidade de equiparação entre ação e omissão na doutrina penal. Ao mesmo tempo em que tenho uma norma proibitiva, com o funtor prescritivo (é dever a omissão de não fazer, por exemplo, é obrigatório a omissão de não matar), é possível a mesma mensagem com o funtor proibitivo (é proibido fazer, por exemplo é proibido matar). A comutabilidade entre o funtor prescritivo (dever) e o proibitivo (não fazer) pode ser usado também para se perceber que a adequação típica, a análise da tipicidade, passa por uma interpretação da norma jurídica em associação com os fatos do caso concreto. Assim, além da questão dogmática da possibilidade da equivalência entre ação e omissão, há também a possibilidade de se interpretar a mesma situação de risco ora como ação ora como omissão.

⁸²⁴ Nessa questão da tipicidade penal em casos de omissão seguidos pela comissão, parece-nos fundamental a análise de Gimbernat Ordeig (GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Causalidad, omisión e imprudencia. In **ADPCP**, b.3, v. 47, 1994, pp. 16-21 (tradução livre)). Gimbernat Ordeig diferencia dois grupos de situações fáticas. Há casos em que a omissão de um dever de cuidado é absorvida pela ação típica sucessiva. Dá como exemplo a construção de um estabelecimento sem a observância de deveres de cuidado determinados pela regulação setorial, considerando que a conduta apenas seria típica, quando se tem a ação de “abrir o local ao público”. O segundo grupo de casos trazido por Gimbernat refere-se aos casos em que, primeiro, tem-se uma “ação causadora do resultado, e, depois uma omissão de impedir esse mesmo resultado”. Gimbernat Ordeig esclarece que se “o comportamento ativo vem exigido como único correto pelas circunstâncias objetivas do acontecimento”, segundo, por exemplo, a “*lex artis*”, tem-se um crime omissivo. Nesse caso específico, entendemos que a *lex artis* indica um dever de cuidado que coincide com um dever de garante.

Struensee (STRUENSEE, Eberhard. Actuar y omitir, delitos de comisión y de omisión. In **Revista Peruana de Ciencias Penales**, n. 3, jan-junho de 1994, pp.252-8 (tradução livre)) esclarece para que se possa entender se estamos diante de um crime comissivo ou omissivo, devemos “analisar passo a passo”, sendo que acaba chegando

agente. E, havendo uma preferência pelos casos de antecipação da tutela penal, privilegia-se a justificativa da intervenção penal baseada no risco.

Lembramos que Douglas⁸²⁵ reconhece no termo “risco” algo que vai além da probabilidade de dano, mas acaba por desempenhar um papel de moralizante, para homogeneização de condutas, usada para o fim criticado por Douglas⁸²⁶, para “proteger instituições de indivíduos predatórios”. Essa análise é importante para que se compreenda porque as omissões de deveres de cuidado têm sido criminalizadas em contextos regulatórios, onde se busca homogeneizar a conduta dos agentes econômicos.

A análise da dimensão sociocultural do risco intensifica-se quando se analisam as justificativas para a criação da figura do “garante”. A doutrina⁸²⁷ parece não encontrar qualquer

a uma conclusão semelhante a de Gimbernat, dando como exemplo o caso da limpeza feita incorretamente em pincéis de pelos de cabra, os quais poderiam causar um “perigo de infecção das trabalhadoras”, dando ênfase ao fato de que “esse perigo apenas surge com uma ação futura”, isto é, só com a “entrega do material contaminado”. Dessa forma, conclui que o “dever de cuidado apenas existe a partir da ação”. No momento da omissão do dever de cuidado, “não existe um perigo objetivo da produção do resultado” típico.

⁸²⁵ DOUGLAS, Mary. **Risk and blame: essays in cultural theory**. London e New York: Routledge, 2003, p. 14. (tradução livre).

⁸²⁶ DOUGLAS, Mary. Risk as a Forensic Resource. In **Daedalus**, v.119.n.4, Risk. Outono, 1990, p.5(tradução livre).

⁸²⁷ No direito alemão, apesar de pertencente ao finalismo, a teoria de Kaufmann (KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión**. Madrid: Marcial Pons, 2006, pp.282-4 (tradução livre)) ainda se encontra bastante influente para a traçar “critérios dogmáticos para diferenciar crimes de omissão imprópria dos de omissão própria”. O principal traço seria a figura do “garante”, diante da “proximidade ao bem jurídico violado”, “uma relação de obrigação que, por conteúdo de injusto e culpabilidade” é capaz de forçar a equiparação entre ação e omissão. Conclui que “não há uma diferença estrutural” entre crimes de omissão puros e comissivos por omissão, sendo que as “referências axiológicas” seriam o ponto fulcral, considera que apenas seriam crimes comissivos omissivos aqueles em que o próprio tipo não prevê a omissão como parte do núcleo típico, sendo um problema de política criminal e para a adequação ao princípio da legalidade.

No direito espanhol, Silva Sánchez (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El delito de omisión: Concepto y sistema**. Barcelona: Bosch, 1986, pp.288-296 (tradução livre)) não vê qualquer diferença no dever de agir imposto nos crimes omissivos próprios ou impróprios. Não aceita a divisão em classes dos deveres de agir. Descarta a noção de que haveria o “dever de evitar o resultado”, conectados aos crimes omissivos próprios, baseados em um juízo de perigo *ex ante*; como também o “dever de salvamento”, conectados aos crimes omissivos impróprios, baseado em um juízo *ex post*. Sendo a função do direito penal a tutela de bens jurídicos, o único fundamento para um dever de atuar seria com a “finalidade de evitar resultados lesivos a tais bens”, agindo em uma “situação de risco”. Silva Sánchez apenas reconhece legitimidade em deveres de atuar com a “finalidade de evitar resultados lesivos a tais bens”, expondo “o incompreensível de um dever de agir sem uma direção ou configuração de conteúdo transcendente a si mesmo”. No entanto, Silva Sánchez esclarece que não é possível um “dever de evitação do resultado”, cujo objeto seja o controle de nexos causais. O ser humano apenas pode ser constrangido a realizar uma conduta determinada, isto é, apenas se pode requerer do sujeito “condutas apropriadas *ex ante* para a evitação do resultado”. Silva Sánchez conclui que a criminalização de omissões apenas pode se referir os casos em que a conduta exigida era “apropriada e necessária para evitar que a situação de perigo preexistente transforme-se em lesão”. Silva Sánchez esclarece que a perspectiva *ex post* acaba ficando limitada ao juízo de imputação, o qual avalia se “a conduta *ex ante* indicada haveria evitado efetivamente o resultado.

Na doutrina brasileira, segue-se a identidade entre conteúdo de deveres de cuidado e deveres de garante. Bottini (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. São Paulo: Marcial Pons, 2018, n.129, p.177), por exemplo, encampando a doutrina de Arroyo Zapatero, reconhece uma pretensa identidade entre ambos, ao se tratar de risco permitido: “o dever de cuidado é o conteúdo do dever de garante, de forma que quem cumpre com os deveres de cuidado estará cumprindo com a função de garante a ele assinalada”. Tal posicionamento dificulta o não reconhecimento da figura de garante em situações em que haja deveres de cuidado, principalmente em se

fundamento para diferenciar deveres de cuidado e deveres de garante. No entanto, apenas os últimos⁸²⁸ são capazes de fundamentar a equiparação normativa entre a ação e a omissão. Conclui-se que a própria figura do “garante” seria a responsável por tal equiparação. No Brasil, a figura do “garante” está prevista no art. 13⁸²⁹ do Código Penal, na Parte Geral⁸³⁰.

As funções do garante como definidas por Kaufmann são ainda predominantes. Segundo Kaufmann⁸³¹, a primeira, seria a do garante como “vigilante”, sendo sua obrigação a defesa do bem jurídico de todos os possíveis perigos, sendo adequada para os casos em que o garante está previsto em “um preceito jurídico” ou em “deveres contratuais”. A segunda função seria a de “supervisão” de certa “fonte de perigo”, sem que seja relevante se os bens jurídicos foram expostos ao perigo. A relação preponderante é entre o garante e a referida “fonte de perigo”, sobre a qual deve ter controle, apenas “como efeito reflexo, deriva-se a garantia daqueles bens jurídicos ameaçados por essa fonte de perigos”. É o que ocorreria nos casos de ingerência e de “posições de garante derivadas das relações de confiança especiais”. Esclarece

tratando de setores regulados. Parece-nos que se tem um efeito colateral de tornar a presença do garante como regra, não mais excepcionalmente.

⁸²⁸ O próprio Schünemann (SCHÜNEMANN, Bernd. **Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia: con una aportación a la metodología del Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2009, pp.272 e 287(tradução livre).) indica que a Regulação “não tem nada a ver com a questão da equiparação entre omissão e comissão”, sendo que a deferência ao disposto pela Regulação setorial apenas indica a “proibição de criar figuras jurídico-penais” contrárias às regulações setoriais, as quais passam a ser consideradas como parte dos “dados pré-existentes ao Direito Penal, uma limitação à criação do Direito no âmbito penal a partir da natureza das coisas”. Percebemos, portanto, que a Regulação de Risco e os deveres de cuidado tem um papel limitado na dogmática penal, o qual não deve ser estendido para identificar a “equiparação entre ação e omissão”. Possuem, portanto, funções diversas na dogmática.

Schünemann considera que o princípio da imputação para as omissões, deve ser analisada a partir da equiparação com a ação. Considera o princípio da imputação uma forma de “princípio regulatório”, o qual deve ser buscado na realidade, partindo-se da “natureza das coisas”, mas questiona se seria “uma diretriz normativa (isto é, com conteúdo valorativo) ou descritiva (isto é, referente à análises de fatos isentos de valoração)”. Schünemann considera que o domínio sobre a ação é “em menor parte um juízo valorativo e em sua maior parte um juízo ontológico”, sendo, segundo Schünemann, “desnormalizado”, já quando se trata do “motivo ou fundamento de um resultado”, tem-se uma “diretriz normativa”, a qual deve ser fundamentada na “natureza das coisas”. Assim, “motivo do resultado é, pois, a índole dos objetos imprescindíveis para o curso causal que conduz ao resultado, isto é, a base física requerida pelo nexos causal que conduz ao resultado”.

⁸²⁹ BRASIL. Código Penal. Decreto- Lei 2848 de 1940. DOU 31/12/1940. Art. 13, § 2º:

“ § 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: [\(Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984\)](#)

a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; [\(Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984\)](#)

b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; [\(Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984\)](#)

c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado. [\(Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984\)](#)”.

⁸³⁰ Segundo Kaufmann (KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión**. Madrid: Marcial Pons, 2006, pp.293-5, 308. (tradução livre)), a questão da fundamentação dos crimes comissivos omissivos deve ser tratada na “parte especial” do Direito penal, “descartando a criação de máximas de validade geral”, sendo que o máximo que a doutrina alcança seriam “orientações mais ou menos abstratas e imprecisas”, sendo que o essencial seria a “análise do caso concreto”.

⁸³¹ KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión**. Madrid: Marcial Pons, 2006, pp.288-290. (tradução livre).

Kaufmann que o dever de salvamento poderia se referir a qualquer tipo de resultado, seja lesão seja exposição de perigo, concreto ou abstrato. Destacamos da tese de Kaufmann que esse dever de garante indica a possibilidade do omitente de fato “evitar a lesão ou exposição ao perigo de um bem jurídico”.

Ambos⁸³² esclarece que, no caso do garante-supervisor, diversos bens jurídicos são ameaçados; já no caso do garante-protetor, temos que um bem jurídico é ameaçado por diversos riscos.

Essa análise da origem do dever de garante pode ser encontrada em Ambos⁸³³, que classifica em subgrupos de fontes de dever de garante, a partir de suas funções. O “garantidor supervisor” pode ser encontrado entre aqueles que tem o poder de “controle ou supervisão de fontes de perigo dentro de seu âmbito de organização (por exemplo, o dono de uma empresa)”; aqueles que têm “responsabilidade por uma conduta ilícita de um terceiro (pais/filhos,

⁸³² AMBOS, Kai. Omissions. In AMBOS, Kai – DUFF, Antony – ROBERTS, Julian – WEIGEND, Thomas. (ed) **Core concepts in Criminal Law and Criminal Justice**. V.1, Cambridge: New York, 2020, p.29. (tradução livre)

⁸³³ AMBOS, Kai. Omissions. In AMBOS, Kai – DUFF, Antony – ROBERTS, Julian – WEIGEND, Thomas. (ed) **Core concepts in Criminal Law and Criminal Justice**. V.1, Cambridge: New York, 2020, p.30 (tradução livre).

empregador/empregado)” e os que praticaram “uma conduta ilícita prévia (ingerência, como causar um acidente)”⁸³⁴⁸³⁵.

Percebemos que no caso do “garantidor supervisor” encontramos uma referência mais intensa à possibilidade de intervir nonexo causal probabilístico e evitar o resultado indesejado. Há referências aos agentes mais próximos às “fontes de perigo”, com poder de “supervisão”. Podemos considerar que o risco aqui teria uma tendência a ser tratado do ponto de vista técnico-científico, com forte referência aos nexos causais probabilísticos. A preferência por tal dimensão do risco é bastante adequada, já que a noção que temos do garantidor supervisor é a

⁸³⁴ É nesse sentido que Ambos (AMBOS, Kai. Omisiones. In AMBOS, Kai – DUFF, Antony – ROBERTS, Julian – WEIGEND, Thomas. (ed) **Core concepts in Criminal Law and Criminal Justice**. V.1, Cambridge: New York, 2020, p. 37 (tradução livre)) esclarece o “dever de agir” do omitente é bastante questionável nos casos em que “o ato perigoso não consiste em uma violação” da norma penal ou da regulação. Ambos indica três correntes, “a mais liberal” exige que o ato anterior “seja criminoso”; a segunda, aceita a “mera violação de uma norma não criminal (por exemplo, um dever de cuidado)”; e, por fim, há os que admitem que o ato anterior seja lícito, desde que seja “perigoso”.

Segundo Luzón Peña (LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Omisión impropria o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento de peligro o riesgo) y autoría o participación. In **Libertas**, n.5, 2017, n.121, p.193 (tradução livre)) há três correntes. A primeira, aceita a criação do dever de garante, mesmo sem violação de deveres de cuidado: LIZT/SCHMIDT, Lehrbuch, 1932, p. 191; WELP, Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, 1968, 209 ss.; HERZBERG, Garantenpflichten aufgrund gerechtfertigten Vorverhaltens, JuS 1971, 74; Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972, 294 ss.; BOCKELMANN/VOLK, AT, 4.^a 1987, 141; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, AT 2, 7.^a 1989 [PG 2, 1995], § 46/99; BAUMANN/WEBER, AT, 11.^a 2003, § 18 II 4c.

A segunda, nega a possibilidade de dever de garante a partir de condutas que obedecem os deveres de cuidado, segundo Luzón Peña: JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.^a 1996 [PG, 5^a 2002], § 59 IV.4a; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 26.^a 2000, § 13/35; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE/BOSCH, StGB, 29.^a 2014, § 13/35; ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 32/155 ss., 160 ss..

Luzón Peña indica que parte minoritária da doutrina espanhola também nega a ingerência a partir da obediência de deveres de cuidado: SILVA, Problemas específicos de la aplicación del CP, CGPJ, 1999, 164 s.; VIVES, Comentarios al CP de 1995, I, 1996, 83 ss.; CERESO, Curso III, 2001, 264; PG, 2008, 985. SÁNCHEZ TOMÁS, Comisión por omisión y omisión de socorro agravada, 2005, 215 ss.; MIR, PG, 10.^a 2015/16, 12/59-67.

Na doutrina brasileira, Silveira (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal empresarial: a omissão do empresário como crime**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, pp. 106-9, 118) também não aceita a ingerência a partir da observância de deveres de cuidado. Na doutrina brasileira, Silveira considera que “a criação de uma forma de perigo por meio de uma conduta anterior do agente”, sendo “perfeitamente identificada com o direito penal brasileiro”, sendo prevista no art. 13, §2º, “c” do Código Penal. No entanto, nega a possibilidade de “ingerência, se a ação prévia se mantém dentro do âmbito do risco permitido”. Também Tavares (TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2018, pp.336) afirma que “todas as atividades realizadas nos limites das normas de cuidado estão autorizadas pela ordem jurídica e não poderão contar como ingerência”.

⁸³⁵ Silveira (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **21. Avaliação sobre a responsabilidade criminal do empresário: o caso do incêndio da boate e situações correlatas**. In SILVEIRA, Renato de Mello Jorge – SALVADOR NETTO, Alamiro Veludo – SOUZA, Luciano Anderson de (coord). **Direito Penal na Pós-Modernidade: escritos em homenagem a Antonio Luis Chaves Camargo**. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 446-451) dá como exemplo de ingerência, após violação de dever de cuidado, o caso do incêndio na boate Kiss, onde a acusação teria afirmado que o empresário teria criado um risco de incêndio por permitir materiais inflamáveis e um evento pirotécnico no interior da boate, que resultou na morte de diversas pessoas. Conclui que “as limitações aos deveres de garantia do empresário em relação aos riscos em sede empresarial devem-se se cingir à adoção de medidas de segurança complementar, além da estipulação de medidas eventuais de salvamento. Como assevera Demétrio Crespo, as primeiras diriam respeito à evitação dos focos de perigo elevem riscos iniciais, e, as segundas, afastar as esferas de perigo concreto das noções de simples risco. Sob esse prisma, até poder-se-ia mencionar as noções de responsabilidade por omissão, mas deve-se ter em mente o conjunto completo da obra, até mesmo para se verificar o grau de responsabilidade contratual do empresário. Aqui, o fulcro central da questão”.

de predefinição daquele responsável pelos potenciais danos causados por atividades das quais tem controle. Percebemos que o enfoque está no resultado negativo provável de suas atividades, e, portanto, interessa ao ordenamento jurídico o enfoque na noção de risco que permita ligar o risco a um certo agente. Indica-se, assim, um critério de imputação⁸³⁶, predeterminado.

Veja-se que no HC 95.941/RJ⁸³⁷, não se considerou o resultado, “inundação” como obra dos réus, pois não foi possível criar um nexos causal probabilístico que ligasse o dano aos réus, já que não tinham mais a posse da propriedade. Deixou-se de punir uma omissão equiparada com ação, pelo crime dos art. 254 do CP, inundação, pois os réus perderam a propriedade da fazenda em que haviam construído uma barragem provisória que se rompeu. E, no momento da inundação, não poderiam mais ter agido para evitar o resultado criminoso, mesmo que tivessem sido notificados do risco de inundação, enquanto ainda eram proprietários da fazenda.

Quanto à análise da dimensão sociocultural do risco, conforme trazida por Douglas⁸³⁸, poderíamos questionar se esse recurso à dimensão técnico-científica do risco seria, de fato, uma fundamentação sempre observada na criação de crimes omissivos impróprios. Diante do trazido por Douglas, questionamos se essa justificativa não seria uma tentativa de “moralização” de certos setores econômicos. Nesse caso, encontraríamos na figura do “garante supervisor” um exemplo da constatação de Douglas, onde se identifica “primeiro de quem a culpa; e, depois, qual a conduta”.

Na doutrina brasileira, encontramos opinião nesse sentido. Silveira⁸³⁹ nega que a identificação de uma pessoa com as funções de “vigilante” ou “controle” seriam suficientes para fundamentar “o dever de proteção, nem mesmo o motivo da imputação, aproximando-se a uma questão de mera conduta”. Considera os crimes de omissão imprópria como verdadeiro “buraco negro penal”, sendo que a criminalização e a indicação da função de garante estaria justificado pelo “simples não cumprimento de dever especial de cuidado”. Dessa forma, Silveira⁸⁴⁰ busca evitar que “qualquer lei extrapenal fundamente uma comissão por omissão penal”.

⁸³⁶ Schünemann (SCHÜNEMANN, Bernd. **Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva**. In SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del derecho penal*. Madrid: Tecnos, 2002, pp.70-77.(tradução livre)) conceitua imputação como o processo de “imputar ao sujeito, dentre a multiplicidade de nexos causais, apenas o que deve ser considerado obra sua, isto é, a conformação do mundo através do sujeito”.

⁸³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 95.941/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 29/10/2009, DJe 30/11/2009

⁸³⁸ DOUGLAS, Mary. **Risk and blame: essays in cultural theory**. London e New York: Routledge, 2003, p. 14. (tradução livre).

⁸³⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal empresarial: a omissão do empresário como crime**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, pp.103-4, 110-1.

⁸⁴⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal empresarial: a omissão do empresário como crime**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, p.104, 111-2, 206.

Já quanto ao “garantidor protetor”, Ambos⁸⁴¹ traça subcategorias para tratar sua origem, “a família ou outras relações de proximidade (por exemplo: pais/filhos; marido/mulher)”; “círculo próximo de pessoas em casos de emergência/perigo (ex: montanhistas)”, “voluntária assunção de dever de cuidado (por exemplo dos cuidadores de crianças)” e, por fim, “os deveres oficiais provenientes do *status* (como da polícia)”.

No entanto, quando consideramos o “garantidor protetor”, percebemos que a dimensão sociocultural do risco acaba sendo usada como fundamentação, pois há a ponderação entre liberdade e demais valores. As justificativas para a imposição do dever de cuidado nesses casos seriam as próprios relações pessoais do agente, como a contratual, familiar, social e profissional. Nesse caso, o enfoque está no objeto de proteção, o bem jurídico tutelado. Essa análise do risco dá-se com base na dimensão sociocultural, a qual busca, engajar a sociedade na proteção de certos objetos⁸⁴².

Essa fundamentação dos deveres de cuidado do “garante protetor” na dimensão sociocultural do risco já causou certa polêmica na doutrina⁸⁴³.

Schünemann⁸⁴⁴, por exemplo, embora reconheça a existência de “fontes extrapenais” para os deveres de cuidado, indica que o Direito Penal poderia controlar os casos em que se reconheça a figura do “garante protetor”. Schünemann⁸⁴⁵ defende que a decisão sobre a existência de um dever jurídico de garante seria um problema “exclusivamente jurídico-penal”, pois se refere à equiparação entre ação ou omissão que se resolve no âmbito do próprio direito penal. Essa argumentação de Schünemann⁸⁴⁶ tem como desdobramento garantir a possibilidade

⁸⁴¹ AMBOS, Kai. Omissions. In AMBOS, Kai – DUFF, Antony – ROBERTS, Julian – WEIGEND, Thomas. (ed) **Core concepts in Criminal Law and Criminal Justice**. V.1, Cambridge: New York, 2020, p.30 (tradução livre).

⁸⁴² DOUGLAS, Mary. **Risk and blame: essays in cultural theory**. London e New York: Routledge, 2003, p. 6. (tradução livre).

⁸⁴³ TAVARES (TAVARES, Juez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2018, pp. 136) indica que havia a teoria dos deveres formais, a qual buscava limitar a fonte do dever de garante a “uma determinação legal, um contrato ou em virtude de uma ação antecedente criadora de perigo”. Mas, essa limitação foi deixada de lado com o uso de “critérios materiais”, de acordo com a “teoria das funções” de Kaufmann de 1959.

⁸⁴⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. **Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia: con una aportación a la metodología del Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2009, pp. 99, 425. (tradução livre) “Do mesmo modo, os deveres de evitar resultados (os únicos em apresentar dificuldades para uma teoria formal do dever jurídico) em virtude da ingerência ou da relação vital concreta, por falta da existência extrapenal, constituem direito penal vigente, estando sujeitos sem exceção ao âmbito de aplicação do princípio da *nulla poena*”.

⁸⁴⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. **Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia: con una aportación a la metodología del Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2009, pp.99-100. (tradução livre). Afirma que: “A teoria formal do dever jurídico não leva em conta que o problema da equiparação só cabe resolver encontrando uma ou várias normas penais, e que essas normas, portanto, não podem ser objeto admissível de formação consuetudinária do Direito”. Assim, o crime de omissão imprópria teria sua “antijuricidade da omissão, apenas com base na contrariedade ao Direito penal, isto é, por sua infração às normas penais”.

⁸⁴⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. **Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia: con una aportación a la metodología del Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2009, n. 67, p. 273 (tradução livre).

de controle judicial da própria escolha de quais deveres de cuidado fundamentam a determinação da figura do garante. Considera “absurdo” um caso hipotético em que o juiz, ao julgar um caso criminal, venha a “negar a sua competência para reconhecer, em virtude da criação do Direito, um dever jurídico meta-jurídico penal”, imaginando que a competência para tal decisão seja da esfera cível. Sendo uma manifestação do “Direito correto” também o juiz de competência criminal poderia o reconhecer.

Percebemos que tornar explícita a influência da dimensão sociocultural do risco acaba fortalecendo as teorias que defendem o controle judicial dos deveres de cuidado que determinam a identificação de garanties. A análise de juízos de ponderação entre o direito fundamental da liberdade e os demais é um campo próprio para a análise jurídica.

Sobre esse ponto, há teses que buscam a limitação dos deveres de garante a casos de relacionamentos pessoais. Ambos⁸⁴⁷ trata da teoria de von der Pfordten, que defende a “teoria ética do individualismo normativo”⁸⁴⁸, “em contraste com as teses comunitaristas”. Para que exista o dever de garante, o que limita ao máximo a liberdade individual, deve haver “um relacionamento adicional e específico com uma outra pessoa”, se houver exposição ao risco de bens pessoais, como “a vida ou integridade física”. Essa teoria não encontra qualquer fundamento para deveres de garante em relação a entes coletivos.

⁸⁴⁷ Ambos trata da teoria de Von der Pfordten, “*Hilfeleistungspflichten* (2013), pp. 107-113 apud AMBOS, Kai. Omissions. In AMBOS, Kai – DUFF, Antony – ROBERTS, Julian – WEIGEND, Thomas. (ed) **Core concepts in Criminal Law and Criminal Justice**. V.1, Cambridge: New York, 2020, n. 187, p. 46 (tradução livre).

⁸⁴⁸ Essa tese lembra-nos daquela trazida para a doutrina brasileira por Tavares (TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes culposos**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, pp.530-1), quando trata da “cláusula de correspondência” uma conclusão semelhante. A dita “cláusula de correspondência” seria uma limitação ao conceito de omissão imprópria, sendo que essa apenas é penalmente relevante quando “a realização do resultado decorrente da omissão do sujeito equipara-se à sua produção por ação”. Essa equiparação apenas se dá diante de certos critérios trazidos por Tavares (TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2018, pp.344-349), entre eles, a necessidade de que venha a se tratar de um “bem jurídico pessoal”, o qual deve ser tutelado por “uma ação devida e necessária” imediata do garante, sem que haja a possibilidade ou desistência da própria vítima realizar a ação devida. Dessa forma, as omissões impróprias ficariam limitadas aos casos em que o resultado apenas possa ser evitado pelo “imediato poder de controle e de execução dessa ação por parte do sujeito omitente”, restringindo os crimes comissivos por omissão a “bens jurídicos fundamentais, como a vida, integridade física e saúde, liberdade individual e liberdade sexual”. Tavares indica que a referida cláusula de correspondência deve ser entendida como uma “cláusula de equivalência entre ação e omissão” sem que leve à extensão da responsabilidade criminal, o que seria “inconstitucional porque viola os fundamentos e corolários do princípio da legalidade, que exigem a descrição precisa de uma conduta estrita”. Adverte que essa cláusula não existe em nosso Código Penal, sendo que as omissões impuras seriam punidas com base em uma “interpretação baseada em elementos não escritos, quando muito inseridos na fórmula genérica de causalidade ou nas disposições da Parte Geral”. No entanto, Tavares afasta-se uma “cláusula de identidade” do “conteúdo do injusto” na ação e na omissão, já que tal teoria também poderia “justificar a criação de crimes omissivos sem qualquer parâmetro”, sendo rechaçada. Já a cláusula de equivalência teria como objetivo, “excluir do âmbito dos crimes omissivos aqueles casos em que a omissão, como violação a uma norma mandamental, não pode estar integrada a um tipo baseado em uma norma proibitiva”. Tavares estabelece diversos fundamentos para a omissão impura, estando, entre eles, a necessidade de que venha a se tratar de um “bem jurídico pessoal”, o qual deve ser tutelado por “uma ação devida e necessária” imediata do garante, sem que haja a possibilidade ou desistência da própria vítima realizar a ação devida.

Também Silva Sánchez⁸⁴⁹, na doutrina espanhola, esclarece que “as demarcações das situações de garantia (relações perigo-bem jurídico)” devem ser analisadas caso a caso, considerando a relação entre o garante e a “fonte de riscos ou o bem jurídico afetado”, a qual determina o “compromisso do garante”. Assim, conclui que, ausente ou questionável o compromisso do garante, não há identidade estrutural. Dessa forma, é pressuposto para a identificação da identidade estrutural um “inequívoco” compromisso do garante, criando a chamada “barreira de contenção” do risco ao bem jurídico.

Outro argumento favorável ao controle das fontes da figura de garante é o tipo de risco que fundamenta os deveres de cuidado. Como já ressaltado em capítulo específico⁸⁵⁰, a Regulação de Risco trata tanto do risco comum como do sistêmico. Assim, os deveres de cuidado referem-se a ambas as classes de risco. Nesse caso, é importante indicar que apenas certos deveres de cuidado referentes aos riscos sistêmicos podem ser tratados pelo Direito Penal, com especial atenção para o caso do dever de notificação ao órgão estatal responsável por interferir em casos de potenciais riscos sistêmicos.

No caso Brumadinho, RE 1.378.054-MG⁸⁵¹, embora o rompimento da barragem seja um efeito de risco sistêmico, com um sistema de fiscalização próprio, o SIGBM da Agência Nacional da Mineração - ANM”, é adequada a análise da responsabilidade criminal. Há a identificação de condutas individualizadas, violadoras de deveres de cuidado, entre elas o dever de notificar, as quais expõem ao risco bens individuais e difusos. Na decisão afirma-se que: “dentro do engenhoso sistema em que se desenrolou a trama operada pelos réus, incluindo aqui uma série de condutas complexas e intrincadas, no sentido de escamotear o fator de segurança da barragem (...), de modo que o risco qualificado então assumido desaguou no fatídico desastre”. No caso, corretamente, deixou-se de se dar prevalência ao risco sistêmico e ao seu sistema de fiscalização, para se fundamentar a responsabilidade criminal baseada no risco comum a bens jurídicos individuais e difusos⁸⁵².

⁸⁴⁹ Silva Sánchez (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El delito de omisión: Concepto y sistema**. Barcelona: Bosch, 1986, pp.366-370 (tradução livre)) limita os crimes omissivos impróprios apenas para os casos em que reconheça uma “identidade estrutural” entre a omissão e a ação, considerando-a como uma “igualdade no pleno normativo”, indo além da “mera correspondência ou equivalência aproximada”. Essa igualdade normativa trata-se da possibilidade de cometimento de crimes de resultado através de omissões de deveres de agir. Assim, aconselha que se compreenda o núcleo típico não seja compreendido como um verbo ativo, por exemplo “matar”, mas que se expanda o núcleo típico para abranger “condutas de qualquer sujeito cujo sentido é a criação, por via causal, de riscos juridicamente relevantes” ao bem jurídico. Silva Sánchez considera que “as proibições são, portanto, por um lado, condutas de criação de risco e, por outro, condutas de não salvaguarda positiva”. Silva Sánchez não elimina a teoria do garante, mas a acrescenta à identidade estrutural nos crimes omissivos.

⁸⁵⁰ Cf. Cap. 3.2.2 A regulação de risco no caso dos riscos sistêmicos: casos CBE e Criptoativos.

⁸⁵¹ BRASIL. STF. RE 1378054-MG. Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 06/06/2022.

⁸⁵² Roxin (ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como missão do Direito Penal?** In ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp.17-18)

Há uma relação ente deveres de cuidado em casos de risco sistêmico, quando tratamos de omissões, com a figura dos *gatekeepers*.

Payne⁸⁵³ define “gatekeepers” como “um grupo de profissionais independentes que podem ser capazes de prevenir atos ilícitos (*wrongdoing*) do emissor, negando cooperação necessária ou consentimento, portanto, controlando o acesso ao mercado de capitais”, como os “bancos de investimento”, no entanto, também poderia ser usada em um sentido mais amplo para abarcar também “fornecedores importantes de bens ou tecnologia para uma certa indústria, sem os quais a indústria não poderia funcionar”. Essa possibilidade de abranger também os “fornecedores-chave” acaba levando ao afastamento desse primeiro conceito. No entanto, esclarece que o termo “*gatekeeper*” também tem sido usado com outro significado, “abrangendo aqueles profissionais que podem prover proteção aos investidores, a partir de serviços de certificação ou verificação”, o que acaba por incluir como *gatekeeper*, “analistas de seguros”.

Silveira⁸⁵⁴ não considera os *gatekeepers* como garantes, mas seguindo a expressão de Silva Sánchez, seriam “quase-garantes”, isto é, seriam garantes condicionais, dependendo se houver “atividades delegadas”.

Os *gatekeepers* são comuns em áreas reguladas que lidam com o risco sistêmico, especialmente, nos setores de *compliance*. Bottini⁸⁵⁵ dá como exemplo, o caso da AP470 (Caso Mensalão), onde o Supremo Tribunal Federal “condenou o réu por ter omitido as informações dos relatórios – ou seja, reconheceu a omissão imprópria”. O réu seria o responsável pelo setor de *compliance*⁸⁵⁶ da instituição financeira, a partir do qual teria adquirido a posição de garante,

define bens jurídicos coletivos como as “instituições estatais” adequadas para garantir “aos cidadãos uma coexistência pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos humanos”, sendo exemplos, “uma administração da justiça eficiente, um sistema monetário e de impostos saudáveis, uma administração livre de corrupção”. Os bens jurídicos coletivos são considerados casos de interesse coletivo e, conforme indicado por Greco (GRECO, Luís. “**Princípio da Ofensividade**” e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e estruturas do delito. In GRECO, Luís. Modernização do Direito Penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp.85-6), a tutela penal da “coletividade por si só” é questionável na doutrina alemã. Já Hefendehl (HEFENDEHL, Roland. **O bem jurídico como pedra angular da norma penal**. GRECO, Luís & TÓRTIMA, Fernanda Lara (org) O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.67) conceitua bens jurídicos coletivos a partir de sua característica de possibilidade de uso “por qualquer membro da comunidade”, como também há a “não distributividade”, isto é, seria indivisível.

⁸⁵³ PAYNE, Jennifer. The role of Gatekeepers. In MOLONEY, N. – FERRAN, E. – PAYNE, J. (ed). **Oxford Handbook of Financial Regulation**. Oxford: Oxford, 2014. Disponível em: at:< <http://ssrn.com/abstract=2428121>>. Acesso em 24/02/2022, p.2. (tradução livre)

⁸⁵⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal empresarial: a omissão do empresário como crime**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, p.219.

⁸⁵⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p.237.

⁸⁵⁶ Silveira (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal empresarial: a omissão do empresário como crime**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, pp.235-6, 239-241) entende que os programas de *compliance*, por ele denominados *criminal compliance*, seria um “instrumento para evitar riscos de responsabilidade penal no seio

bastando o “mero descumprimento de norma mandamental” para imputação de gestão fraudulenta.

Parece-nos que, ao analisarmos os métodos de Regulação de Risco sistêmico, figuras como a dos *gatekeepers* parecem parte essencial do esquema regulatório, sendo adequado tratar de sua responsabilidade criminal, desde que seja possível identificar a forma de risco tutelada pelo Direito Penal.

Percebemos que ambas as dimensões do risco são usadas nos crimes omissivos como justificativas para a origem de deveres de cuidado, o que tem possibilitado a expansão da tutela penal. No entanto, tem-se questionado a possibilidade de controle judicial de tais justificativas, especialmente, quanto às ponderações de valores que tem embasado tais deveres.

4.6.2 Crimes omissivos e dever de cuidado na sistema anglo-americano: análise das dimensões do risco nos deveres de cuidado

A relação entre crimes omissivos e deveres de cuidado no sistema anglo-americano dá-se de forma bastante intensa, sendo que a existência dos deveres jurídicos seria a justificativa para tais crimes.

Nosso objetivo é compreender como se dá a construção normativa do risco no Direito Penal, a partir dos deveres de cuidado nos crimes omissivos. Busca-se saber como as diversas dimensões do risco são abordadas pelo Direito Penal nesse tema. Quanto à dimensão sociocultural do risco, buscaremos analisar se há preponderância de certos objetos de proteção para fundamentar a existência e o conteúdo de deveres de cuidado. Já quanto à dimensão técnico-científica do risco, buscaremos analisar como a probabilidade influencia o papel do dever de cuidado na criação do padrão de conduta, isto é, do risco permitido.

No direito inglês, Ashworth⁸⁵⁷ percebe uma tendência de aumento da criminalização de condutas sem que, necessariamente, haja *overcriminalization*⁸⁵⁸ (criminalização excessiva),

empresarial”, a partir dos crimes de omissão imprópria. Considera que os programas de *compliance* definem “o que pode, ou não ser visto como crime dentro do espaço empresarial”, sendo um tipo de “responsabilidade penal por riscos” criados pela atividade empresarial. O papel do programa de *compliance* seria criar “filtros a qualquer sorte de prática delitiva”, indicando que o “*compliance officer*” teria “deveres de garante”, sendo o “fiel de segurança e controle de quem tem deveres imediatos de cuidado”.

⁸⁵⁷ ASHWORTH, Andrew. **The Diffusion of Criminal Responsibility: Steps in the Wrong Direction?** McKenna J (ed.) Queensland Legal Yearbook 2017. Brisbane, Queensland: Supreme Court Library Queensland, pp.170-185.(tradução livre) (manuscrito cedido pelo autor).

⁸⁵⁸ Ashworth refere-se a D. Husak, *Overcriminalization* (Oxford U.P., 2008); A.P. Simester and A. von Hirsch, *Crimes, Harms and Wrongs* (Hart Publishing, 2011)) apud ASHWORTH, Andrew. **The Diffusion of Criminal Responsibility: Steps in the Wrong Direction?** McKenna J (ed.) Queensland Legal Yearbook 2017. Brisbane,

pois considera que há novas formas de delito e interesses a serem tutelados pelo direito penal, com gravidade suficiente para serem considerados legítimos, como “o tráfico humano, a escravidão moderna, a exploração sexual infantil e a violência doméstica”. Embora aceite a possibilidade dessa “expansão horizontal do Direito Penal pela criação de novas *substantive offences*”, critica a “expansão vertical” da intervenção penal, a partir da criação de “novos fundamentos de responsabilidade”, ou seja, a criminalização de violação de deveres de prevenção de delitos, os deveres de cuidado.

A relação entre Direito Penal e a Regulação de Risco aparece com intensidade na criminalização de omissões de deveres de cuidado, já que os deveres de cuidado são “importados” da Regulação de Risco para o Direito Penal.

Hart Jr.⁸⁵⁹, ao tratar da conexão entre omissões e o contexto regulatório, critica a falta de análise profunda quanto à questão da má interpretação da regulação ou dos próprios fatos que fundamentem o dever, cuja ignorância pode levar à omissão do dever. Essa ignorância, segundo Hart Jr, é pior nos casos de *malum prohibitum*, já que não há “padrões morais da comunidade” para “guiar” a tomada de decisão do agente, sendo que a decisão dependerá de “regras técnicas e políticas de interpretação da lei”. No entanto, Hart Jr não exime de responsabilidade aqueles que atuem em setores regulados, que “assumem a obrigação, em um sentido social, de conhecer a regulação aplicável a sua conduta”.

Sendo um crítico desse novo movimento, Ashworth⁸⁶⁰ descarta a necessidade da tutela penal como “reforço” dos deveres de prevenção de delitos. Primeiro, considera mais “adequado e efetivo” que a regulação por si só já fortalecesse seus “mecanismos de prevenção”, entre eles, os deveres de cuidado.

Ashworth⁸⁶¹ explica que esse novo movimento deixa de seguir a “teoria da capacidade” (*capacity theory*), tida como principal para justificar a responsabilidade criminal. Essa teoria engloba três princípios fundamentais. O primeiro, o “princípio da autonomia individual”,

Queensland: Supreme Court Library Queensland, pp.170-185.(tradução livre) (manuscrito cedido pelo autor) n. 1, p.1.

No Brasil, há apoio da teoria da *overcriminalization*, chamada de “sobrecriminalização”, por SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal empresarial: a omissão do empresário como crime**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018.

⁸⁵⁹ HART Jr, Henry M. The aims of the Criminal Law. In **Law and Contemporary Problems**, v.23, verão 1958, pp.417-421.(tradução livre)

⁸⁶⁰ ASHWORTH, Andrew. A new generation of omissions offences? In **Criminal Law Review**, vol. 2018, no. 5, Sweet and Maxwell, 2018, pp. 354–64. Citação referente às páginas 6-9 do manuscrito cedido pelo autor (tradução livre).

⁸⁶¹ ASHWORTH, Andrew. **The Diffusion of Criminal Responsibility: Steps in the Wrong Direction?** In McKenna J (ed.). **Queensland Legal Yearbook 2017**. Brisbane. Queensland: Supreme Court Library Queensland, pp.170-185 (tradução livre) (manuscrito cedido pelo autor).

impondo responsabilidade criminal apenas sobre a conduta do próprio agente, sem que se crie formas de responsabilidade pela conduta de terceiros. O segundo, o “princípio da causalidade”, limitando a responsabilidade criminal apenas para “atos de adultos imputáveis”. Sendo o terceiro, o princípio da responsabilidade criminal subjetiva, enfraquecido para que, cada vez mais, adote-se a “*risk responsibility*”, isto é, a responsabilidade criminal baseada no risco.

No entanto, considera-se crescente o uso de deveres de cuidado para o embasamento da responsabilidade por omissões⁸⁶².

Ashworth⁸⁶³ classifica esses deveres jurídicos como deveres de cuidado positivos (“*positive duties of care*”), isto é, deveres de cuidado que demandam uma conduta em relação a um terceiro. O estabelecimento de deveres de cuidado positivos, segundo Ashworth, são tidos como uma exceção no direito inglês, sendo mais comum em “certos setores, como o setor financeiro regulado ou trânsito”.

Ambos⁸⁶⁴ afirma que há uma “relutância tradicional da *common law* em impor responsabilidade por omissões”⁸⁶⁵. Essa resistência dá-se diante da “visão liberal baseada em

⁸⁶² Ashworth (ASHWORTH, Andrew. A new generation of omissions offences? In **Criminal Law Review**, vol. 2018, no. 5, Sweet and Maxwell, 2018, pp. 354–64. Citação referente às páginas 6-9 do manuscrito cedido pelo autor (tradução livre)) contextualiza o aumento de crimes omissivos de acordo com um movimento de responsabilização criminal das empresas por danos de enormes proporções, “inclusive a perda da vida”, como se dá no gross negligence manslaughter. Esse modelo de “omissão de prevenção” (failure-to-prevent model) seria o utilizado para o desenvolvimento da responsabilidade criminal de pessoas jurídicas, a partir de crimes omissivos, sem o elemento subjetivo. A defesa das pessoas jurídicas seria viabilizada, segundo Ashworth, por meio da due diligence defence (meio processual próprio da defesa para comprovar cuidado devido), a qual poderia utilizar do programa de compliance da empresa para a comprovação de “procedimentos internos adequados para prevenção” da conduta criminosa.

⁸⁶³ ASHWORTH, Andrew. **Criminalising omissions**. In ASHWORTH, Andrew. Positive Obligations in Criminal Law. Hart: Oxford and Oregon, 2013, pp. 67-8, 75 (manuscrito cedido pelo autor)(tradução livre).

⁸⁶⁴ AMBOS, Kai. Omissions. In AMBOS, Kai – DUFF, Antony – ROBERTS, Julian – WEIGEND, Thomas. (ed) **Core concepts in Criminal Law and Criminal Justice**. V.1, Cambridge: New York, 2020, pp.40-41 (tradução livre)

⁸⁶⁵ Ambos (AMBOS, Kai. Omissions. In AMBOS, Kai – DUFF, Antony – ROBERTS, Julian – WEIGEND, Thomas. (ed) **Core concepts in Criminal Law and Criminal Justice**. V.1, Cambridge: New York, 2020, p.43. (tradução livre)) afirma que “os deveres morais” apenas poderiam derivar “obrigações jurídicas”, se adotada uma teoria do direito baseada na moralidade. No entanto, esse tipo de teoria dificilmente “reconcilia-se com a separação entre direito e moral, pedra fundamental do Direito Penal liberal e secular”, no máximo, aceita que esse modelo de Direito Penal adote o requerimento de “algo mais que um ato meramente imoral (moral wrong)”, como se daria no caso dos *public wrongs*. Ambos considera que a “moderna sociedade liberal” seria individualista, enfraquecendo “tendências comunitárias” que poderiam fundamentar um “dever de salvamento”, forçando o desenvolvimento da responsabilidade estatal, nos casos de “falta de solidariedade comunitária”. E, mesmo que “deveres mútuos de salvamento” pudessem ser eticamente aceitáveis em “uma sociedade mutuamente solidária”, ainda seria possível questionar essa fundamentação para a criação de um dever jurídico.

direitos” própria da *common law*⁸⁶⁶, a qual propõe um “entendimento estrito e formal da autonomia e liberdade pessoais”⁸⁶⁷.

Ferzan⁸⁶⁸ esclarece “a diferença moral entre atos e omissões”. Os atos tratariam das “demandas positivas” do agente, os quais podem ser proibidos se causarem danos a terceiros. Já entre as “demandas negativas do agente”, temos a de “não sermos forçados a servir a um bem maior”. No entanto, os deveres jurídicos “sobrepõem-se” às “demandas negativas do agente”, desde que haja uma “justificação normativa” (“*normative explanation*”) para sua existência.

Quanto a essa “justificativa normativa”, Ashworth⁸⁶⁹ ressalta a necessidade da “graduação da força normativa do dever”. Assim, nos casos mais relevantes, em que existam “interesses vitais”, “como a vida e a integridade corporal”, seria possível a admissão de deveres mais intrusivos na autonomia do agente.

É importante destacar que, segundo Ashworth⁸⁷⁰, “uma das diferenças mais conhecidas e marcantes entre a *common law* e o Direito europeu continental” seria a ausência de previsão legal do dever de socorro, embora seja reconhecido o “caráter moral” de tais deveres, fundamentados na cultura cristã, conforme a parábola bíblica do “Bom Samaritano”.

Ashworth⁸⁷¹ assevera que essa ausência de imposição do dever de socorro genérico, “não impede que venham a existir deveres de cuidado” específicos. E diante de tal imposição excepcional de tais deveres de cuidado, defende que sua existência seja objeto de publicidade, voltada a esse público-alvo, como nos casos de deveres de informação⁸⁷², presentes para certos

⁸⁶⁶ Cf. 4.2 Interpretação jurídico-penal dos deveres de cuidado: estrutura do delito e fundamentos para criminalização.

⁸⁶⁷ Ashworth (ASHWORTH, Andrew. **The Diffusion of Criminal Responsibility: Steps in the Wrong Direction?** McKenna J (ed.) Queensland Legal Yearbook 2017. Brisbane, Queensland: Supreme Court Library Queensland, pp.170-185 (tradução livre) (manuscrito cedido pelo autor), pp. 12-13) Ashworth cita Simester e Sullivan que consideram que a criminalização das omissões seria uma restrição ao direito do indivíduo de escolher suas próprias prioridades “colocando o interesse de terceiros sobre os seus próprios”.

⁸⁶⁸ FERZAN, Kimberly Kessler. Omissions, Acts, ant the duty to rescue,. In NELKIN, Dana Kay & RICKLESS, Samule C. **The Ethics and Law of Omissions**. Nova Iorque: Oxford, 2017, p. 221,(tradução livre)

⁸⁶⁹ ASHWORTH, Andrew. **The Diffusion of Criminal Responsibility: Steps in the Wrong Direction?** McKenna J (ed.) Queensland Legal Yearbook 2017. Brisbane, Queensland: Supreme Court Library Queensland, pp.170-185 (tradução livre) (manuscrito cedido pelo autor), pp. 12-13.

⁸⁷⁰ ASHWORTH, Andrew. **Positive Obligations in Criminal Law**. Hart: Oxford and Oregon, 2013, pp.65-68. (tradução livre) (manuscrito cedido pelo autor)

⁸⁷¹ ASHWORTH, Andrew. **Positive Obligations in Criminal Law**. Hart: Oxford and Oregon, 2013, pp.65-68. (tradução livre) (manuscrito cedido pelo autor)

⁸⁷² ASHWORTH, Andrew **Positive Obligations in Criminal Law**. Londres: Bloomsbury, 2013, pp.58-59(tradução livre) (manuscrito cedido pelo autor). Cita a omissão de informar atividades suspeitas de lavagem de dinheiro, prevista nas *sections 330 e 331 do Proceeds of Crime Act 2002* traz dois crimes de omissão de dar publicidade de atividades de lavagens de dinheiro, aplicáveis às pessoas do setor regulado, com justificativas razoáveis para conhecer ou suspeitar que outra pessoa estivesse envolvida com lavagem de dinheiro. Ashworth afirma que “não se sabe quantas dessas SARs (*Suspicious Activity Reports*) levaram a um processo-crime, dado

setores regulados. No entanto, Ashworth apenas tem como legítimos os deveres de cuidado de prevenção de crimes de terceiros, se trouxerem resultados benéficos, já que há dificilmente se pode aceitar a ignorância daqueles que obtêm vantagens por participar de um setor regulado.

Diante da ausência do “dever de salvamento” (*duty to easy rescue*) no sistema anglo-americano, comum no sistema romano-germânico, Ashworth⁸⁷³ não o inclui entre os deveres de cuidado para basear as omissões. Além disso, considera que o conceito de deveres de cuidado positivos acaba sendo mais amplo do que o dever de impedir de um resultado, já que há “a obrigação de uma conduta”.⁸⁷⁴

Devemos lembrar que no sistema romano-germânico, há as “omissões simples” onde se criminaliza a “violação do dever de salvamento” ou uma violação a “um dever de prevenir ou notificar um crime iminente” (*duty to either prevent or report*), conforme indica Silva Sánchez⁸⁷⁵. Há também os crimes de “pseudo-omissão”, conhecidos por comissão por omissão (*commission by omission*), onde “um indivíduo que não estava ciente do dano” é “punido pela conduta danosa como se ele tivesse praticado a conduta positiva”, embora apenas tenha se omitido.

essencial para tratar da justificativa para tal criminalização”. Trata também da omissão em notificar operações financeiras suspeitas de envolvimento com terrorismo, presente na *section 21-A* do *Terrorism Act 2000*, como também daquelas *offences* presentes nas *sections 15 a 18* do *Terrorism Act*, *offences* de levantamento de fundos, uso e posse de dinheiro ou outras propriedades para fins de financiamento do terrorismo e lavagem de dinheiro desses recursos. Já a omissão na notificação de atividades suspeitas relacionadas ao terrorismo, presente na *section 19* do *Terrorism Act 2000*, a qual se aplica às informações de qualquer pessoa, em sua relação de emprego, comércio ou atividade empresarial, seja a atividade remunerada ou voluntária, “estende o alcance do crime”, mas, de outro lado, “o elemento da culpa é mais restrito do que nos crimes do setor regulado”, já que “não inclui a condição objetiva *reasonable grounds*” (justificativas razoáveis). A acusação deve provar que “o agente sabia e suspeitava que um dos quatro crimes de terrorismo” estava sendo cometida por outra pessoa e o agente “falhou em notificar”. E, por fim, a omissão em notificar sobre atos de terrorismo *section 38B* do *Terrorism Act 2000*, no caso de que o agente saiba ou acredite que a informação seja objeto de assistência material na prevenção do cometimento de ato de terrorismo por terceiro; ou garantindo a prisão, persecução penal e condenação de terceiro, no Reino Unido, de crime de cometimento, instigação ou preparação de ato de terrorismo. Nesse crime, “não se aceita a defesa da omissão, por se tratar de membro da família”.

⁸⁷³ ASHWORTH, Andrew. J. **Positive Obligations in Criminal Law**. Londres: Bloomsbury . 2013, pp.40-43 (tradução livre) (manuscrito cedido pelo autor).

⁸⁷⁴ ASHWORTH, Andrew. **Positive Duties, Regulation and the Criminal Sanction**. In *Law Quarterly Review*, vol. 133, n. October, *Law Quarterly Review*, 2017, pp. 606–30. (tradução livre) (manuscrito cedido pelo autor), p.1.

⁸⁷⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Criminal Omissions: some relevant distinctions. In **New Criminal Law Review**, v. II, n.3, 2008, pp. 452-3 (tradução livre). Lê-se no texto original: “A simple omission is a violation of the duty to aid others in an emergency or a breach of the general duty to either prevent or report an imminent crime. In continental penal codes, both of these types of omissions are commonly defined as specific crimes with relatively light punishment. In contrast, crimes of inauthentic omission take place when an individual who has not averted a criminal harm (e.g., the death of another) is charged for the harmful result as if he or she had caused it by affirmative conduct (e.g., homicide by omission).”

Também Ambos⁸⁷⁶ indica como o modelo dos crimes omissivos próprios no sistema romano-germânico, a omissão de socorro, baseada “na parábola do Bom Samaritano, indicando seu fundamento moral e religioso”. Já os crimes comissivos por omissão, onde a responsabilidade está fundamentada na ausência de prevenção do resultado pelo agente, no sistema anglo-americano esse tipo de crime está limitado aos casos de ofensas à vida e à integridade física, onde há “vínculos normativos fortes”, de modo bastante semelhante à doutrina de Ashworth.

Dessa forma, a análise do sistema anglo-americano exclui o dever de salvamento (*duty to easy rescue*), considerado um dos principais para a análise das omissões em nosso sistema. No entanto, Ashworth acaba indicando três classes de deveres de cuidado positivo que são muito próximas àquelas elencadas por Silva Sánchez como base para os crimes de omissão simples.

As três classes de deveres de cuidado enumeradas por Ashworth⁸⁷⁷ são: dever de reportar⁸⁷⁸ (*duty to report*), dever de prevenir⁸⁷⁹ (*duty to prevent*) e dever de proteger (*duty to protect*). Considera⁸⁸⁰ que há uma gradação entre eles. O dever de reportar seria menos intrusivo do que os deveres de prevenir; e os deveres de proteção sinalizam o grau máximo de exigência.

⁸⁷⁶ AMBOS, Kai. Omissions. In AMBOS, Kai – DUFF, Antony – ROBERTS, Julian – WEIGEND, Thomas. (ed) **Core concepts in Criminal Law and Criminal Justice**. V.1, Cambridge: New York, 2020, pp.23-27, 32-36 (tradução livre). Quanto à análise de direito comparado, Ambos encontra semelhanças entre as duas tradições, embora “o direito alemão busque uma abordagem teórica e abstrata, enquanto o direito inglês legou aos juízes o desenvolvimento das classes de deveres jurídicos”. Ambos considera que, em ambas as tradições, os deveres de garante estão baseados no “controle suficiente sobre as questões para evitar qualquer dano causado pela respectiva fonte de perigo ou sobre seu objeto de proteção”. Quanto às fontes dos deveres de agir, encontra nas duas tradições como fonte reconhecida os “relacionamentos especiais”, como os familiares, assim como existe a “assunção voluntária de cuidado” para os que participem de uma atividade perigosa exercida em grupo, a qual é criticada em ambas as tradições.

⁸⁷⁷ ASHWORTH, Andrew. **The Diffusion of Criminal Responsibility: Steps in the Wrong Direction?** McKenna J (ed.) Queensland Legal Yearbook 2017. Brisbane, Queensland: Supreme Court Library Queensland, pp.170-185 (tradução livre) (manuscrito cedido pelo autor), p.5.

⁸⁷⁸ Ashworth cita (ASHWORTH, Andrew J. **Positive Obligations in Criminal Law**. Londres: Bloomsbury . 2013, pp.58 (tradução livre) (manuscrito cedido pelo autor).) como exemplos de dever de informação criminalizados, o dever de informar operações suspeitas de lavagem de dinheiro, seções 330 e 331 do “Proceeds of Crime Act 2002”; dever de informar operações suspeitas de financiamento de terrorismo, prevista na seção 21A do “Terrorism Act 2000” e seção 19 da mesma lei, que amplia o dever de informação sobre a prática de atos de financiamento de terrorismo em qualquer setor regulado. Já, em outros setores, tem-se a criminalização do dever de informar atos de terrorismo, na seção 38B do “Terrorism Act 2000”. Ashworth ressalta que esse crime tem sido “usado geralmente, após o ato terrorista, para penalizar as famílias de terroristas, as quais ou não sabiam que existia esse dever, ou preferiram não contactar a polícia, ou buscaram manter a lealdade aos seus familiares”.

⁸⁷⁹ Ashworth (ASHWORTH, Andrew. A new generation of omissions offences? In **Criminal Law Review**, vol. 2018, no. 5, Sweet and Maxwell, 2018, pp. 354–64. (tradução livre) (manuscrito cedido pelo autor), p. 8) indica inclui a criminalização do dever de prevenir a facilitação de evasão de tributos ingleses (seção 45) estrangeiros (seção 46) do *Criminal Finances Act 2017*.

⁸⁸⁰ ASHWORTH, Andrew. **Positive Duties, Regulation and the Criminal Sanction**. In Law Quarterly Review, vol. 133, n. October, Law Quarterly Review, 2017, pp. 606–30. (tradução livre) (manuscrito cedido pelo autor), pp.1-3.

Ao analisarmos a teoria de Ashworth, percebemos que a construção do grau de risco permitido a certo interesse depende da prioridade que tais interesses podem justificar na tutela penal. Assim, sendo de primeira grandeza, os interesses tidos como “vitais” têm potencialidade de justificar “intromissões” estatais mais intensas na autonomia do agente, isto é, a “força normativa” do dever de cuidado seria mais intensa. Sendo assim, a construção normativa do risco depende da prioridade que o interesse protegido apresenta.

Ashworth⁸⁸¹ desenvolve ainda mais o tema da “força normativa” dos deveres de cuidado a partir da prioridade dos interesses quando trata dos princípios da responsabilidade penal nas omissões. O caso da “vida” é um exemplo claro de tal tendência, já que Ashworth apresenta dois princípios capazes de fundamentar deveres de cuidado para tutelar esse interesse. O primeiro seria “princípio da urgência” (*principle of urgency*) fundamenta, em casos excepcionais de “urgência ou emergência”, o dever de agir para “preservar algo de valor fundamental”, sendo suficiente para quebrar a “prioridade dada à autonomia da pessoa, impondo-lhe um dever”. E o segundo, o “princípio da prioridade da vida”, o qual expressa “a vida” como “um valor supremo, de acordo com o art. 6 da Convenção Internacional de Direitos Civis e Políticos”. Ashworth, inclusive, amplia a aplicação desse mesmo argumento também para outros interesses pessoais, como “direito de liberdade”. E, por fim, Ashworth⁸⁸² trata dos “princípios da oportunidade e capacidade”, indicando que os “deveres de agir devem ser impostos à pessoa que tenha oportunidade e capacidade (física e psicológica) para dar assistência”. Assim, a imputação do dever ao ausente apenas se dá em casos de pré-existência de “dever de salvaguarda de alguém” ou em casos em que a pessoa deva vigiar outro.

Veja-se que ao Ashworth⁸⁸³ indicar as fontes dos deveres de cuidado positivos, podemos perceber uma correlação entre interesses pessoais e maior força normativa dos deveres de cuidado. Quando trata de obrigações familiares, temos casos de “dever de proteger”, tido como o mais intrusivo, como o “dever de proteger os vulneráveis contra a violência doméstica”. Nos demais casos, como não há uma referência específica a interesses pessoais, encontramos “deveres de prevenção” e “deveres de notificação”. Seria o caso das obrigações cívicas, como o dever de prestar auxílio às autoridades policiais e de reportar crimes. O mesmo ocorre com as obrigações originadas na responsabilidade civil, nas quais há um “dever de atuar por ter

⁸⁸¹ ASHWORTH, Andrew. J. **Positive Obligations in Criminal Law**. Londres: Bloomsbury . 2013, pp.40-43 (tradução livre) (manuscrito cedido pelo autor).

⁸⁸² ASHWORTH, Andrew. J. **Positive Obligations in Criminal Law**. Londres: Bloomsbury . 2013, pp.40-43 (tradução livre) (manuscrito cedido pelo autor).

⁸⁸³ ASHWORTH, Andrew J. **Positive Obligations in Criminal Law**. Londres: Bloomsbury . 2013, pp.42-43 (tradução livre) (manuscrito cedido pelo autor).

criado risco”⁸⁸⁴; como também nas “obrigações adquiridas voluntariamente”, por se ter posse de um “material perigoso”. Entre essas últimas destacam-se “os deveres de informação” existentes em setores regulados, como o dever de informar operações suspeitas de lavagem de dinheiro.

Essa ponderação entre autonomia e classes de deveres de cuidado é ainda aprofundada quando Ashworth trata mais detalhadamente de cada um dos três tipos de deveres de cuidado.

O dever de reportar, segundo Ashworth⁸⁸⁵, refere-se aqueles deveres que certos setores profissionais têm de informar a órgãos do governo a possibilidade de certos crimes, como de “assistentes sociais referentes aos casos de maus tratos às crianças e adolescentes”, de “setor bancário”, quanto ao “financiamento do terrorismo” e aos casos de “lavagem de dinheiro”, assim como o dever de informar quebra de “condições da licença ambiental” imposto aos mais diversos setores da indústria. Ashworth refere-se à necessidade de estudos empíricos para indicar a melhor estratégia de implementação de tais deveres (*enforcement*), já que seria possível outras menos invasivas que o direito penal, como os estatutos profissionais de ética e outros meios regulatórios.

⁸⁸⁴ A questão da criação de risco, segundo Ashworth (ASHWORTH, Andrew J. **Positive Obligations in Criminal Law**. Londres: Bloomsbury . 2013, pp.53-56 (tradução livre) (manuscrito cedido pelo autor)) tem no direito inglês, o *leading case* *R v Miller*. No referido caso *R v Miller* (*R. v Miller* [1982] UKHL 6 (17 March 1982)), Miller teria saído para beber; e, quando voltou para a casa em que estava hospedado, acendeu um cigarro, tendo adormecido, com o mesmo aceso. Ao perceber que o colchão estava pegando fogo, apenas se dirigiu para outro quarto. Ele foi indiciado, sob a acusação do crime de incêndio (*arson contrary to section 1(1) e (3) do Criminal Damage Act, 1971*). Questionou-se se havia *actus reus* nesse crime, já que o dano (incêndio) deu-se acidentalmente, sem que o réu atuasse para evitar o dano. Lord Diplock esclarece que não há a necessidade de um ato positivo para que o réu seja considerado culpado de um crime, sendo a omissão suficiente para a responsabilidade criminal. No caso, houve um ato do réu para iniciar o incêndio, sendo importante o período que se passa após o início do incêndio, pois a omissão de condutas para evitar que o fogo inicie ou se espalhe são relevantes. Não é possível afastar a responsabilidade criminal nesse caso, se seu estado mental seja adequado para ser considerado parte da conduta. Nesse caso, Ashworth identifica os princípios da “urgência” e da “oportunidade e capacidade” para fundamentar o dever de agir e a responsabilidade criminal em caso de violação. Ashworth considera esse dever de agir mais forte do que o dever de salvamento, se não houve criação de risco pelo sujeito, especialmente se o agente “sabia do risco ou, pior, agiu com a intenção de criar o risco”. Nesse caso de intenção ou conhecimento da criação do risco, Ashworth indica um “dever de prevenção do risco se materializar ou de minimizar seus efeitos”. No entanto, critica o precedente *R v Evans*, onde se imputou o resultado ao “agente ofereceu heroína à irmã”, indicando que houve uma preponderância da ideia de criação de risco sobre o consentimento da irmã do agente. A criação de risco “acidental” seria encontrada nos casos em que “o direito de propriedade” é fonte de deveres de prevenção de crimes, baseando-se na ideia de que o proprietário teria “dado a permissão do uso de algo que lhe pertença”, sendo obrigado a “controlar o criminoso”, mas questiona se o direito de propriedade deve ser considerado como fonte de um dever de cuidado positivo.

⁸⁸⁵ ASHWORTH, Andrew. **Positive Duties, Regulation and the Criminal Sanction**. IN *Law Quarterly Review*, vol. 133, n. October, *Law Quarterly Review*, 2017, pp. 606–30. (tradução livre) (manuscrito cedido pelo autor), pp.1-3.

No entanto, Ashworth⁸⁸⁶ ressalta que os “deveres de informar” são mais comuns em Estados solidários do que em Estados individualistas, sendo que esses deveres de “espionar seu vizinho geralmente são conectados com o nacional socialismo nos anos 40 na Alemanha”. Tais deveres de cuidado acabam ampliando o controle formal como um reforço da “polícia e outras agências” para prevenção de crimes⁸⁸⁷. Ashworth elenca quatro requisitos para limitar os deveres de informar: os “danos potenciais” devem ser graves, o contexto fático limita a publicidade dos atos (como atos protegidos por sigilo bancário), casos de “responsabilidade profissional” e quando o agente tiver “proximidade aos crimes e aos danos, juntamente com a habilidade para os evitar”.

Já os “deveres de prevenção” ficam limitados às “organizações”, isto é, às pessoas jurídicas. Seriam exemplos dados por Ashworth⁸⁸⁸, o dever “imposto às instituições, como escolas, universidades, prisões e à polícia para evitar o recrutamento para o terrorismo”, o dever de evitar a corrupção previsto no *Bribery Act 2010*, como também o dever de evitar a lavagem de dinheiro e a evasão fiscal. E, a terceira classe é a dos deveres de proteção, os quais tem como destinatário os indivíduos, tendo como fundamento sua ligação com a pessoa protegida. Ashworth identifica esse dever como o único que é capaz de “exigir intervenção física”, sendo possível nos casos de “proteção de uma criança ou de um vulnerável” ou “para auxiliar um membro das forças públicas”.

Percebemos que a análise da construção normativa dos deveres de cuidado na *common law* quanto às omissões tem um fundamento muito mais ligado ao reconhecimento da relevância de certos interesses do que a uma análise de probabilidade de dano, a qual apenas aparece quando se trata da capacidade daquele que se omite para atuar naquela situação fática. Nesse

⁸⁸⁶ ASHWORTH, Andrew. **Positive Duties, Regulation and the Criminal Sanction.** IN *Law Quarterly Review*, vol. 133, n. October, *Law Quarterly Review*, 2017, pp. 606–30. (tradução livre) (manuscrito cedido pelo autor), pp. 4-5.

⁸⁸⁷ Na jurisprudência inglesa, o precedente mais importante, segundo Ashworth (ASHWORTH, Andrew. *Positive Duties, Regulation and the Criminal Sanction.* In **Law Quarterly Review**, vol. 133, n. October, *Law Quarterly Review*, 2017, pp. 606–30. (tradução livre)), que trate dos deveres de agir é o *R v Brown*, sobre o dever de assistência à polícia em caso de necessidade, sendo crime negá-lo se “não houver qualquer impossibilidade física ou justificativa legítima”. Sobre o referido caso, *R v Brown* (The Brown Rule – (1841) Car&M 314), tem-se que para se basear um indiciamento contra uma pessoa por se recusar a ajudar a polícia na execução de seu dever de pacificar um tumulto, é necessário provar: que o agente da polícia viu uma violação à paz pública; que a assistência do réu era necessária e que o réu, sem impossibilidade física ou escusa legítima, negou-se a ajudá-lo; e se foi esse o caso, não importa se o número de manifestantes era tal que sua ajuda seria inútil.

Ashworth critica essa solução do direito inglês, já que não se considera “a exposição ao risco do cidadão”, considerando-a como “violadora da autonomia”, avaliando como mais adequada a solução de outros ordenamentos jurídicos de aceitar a “ausência de conhecimento da ilicitude, desde que esculpável”, assim como o “erro de proibição”.

⁸⁸⁸ ASHWORTH, Andrew. **Positive Duties, Regulation and the Criminal Sanction.** IN *Law Quarterly Review*, vol. 133, n. October, *Law Quarterly Review*, 2017, pp. 606–30. (tradução livre) (manuscrito cedido pelo autor), pp.1-3.

caso, a dimensão sociocultural do risco intensifica-se. Lembramos que Douglas⁸⁸⁹ afirma que o risco é usado para fortalecer a solidariedade, sendo uma forma de forçar o cidadão a cooperar com os demais. Sendo assim, ao se indicar o risco a interesses prioritários, temos o desenvolvimento de uma justificativa para a criação do dever de cuidado positivo, o qual determina uma conduta ao cidadão, limitando sua autonomia. Essa análise reforça o parecer de Ashworth⁸⁹⁰ que indica que certos deveres de cuidado são muito mais adequados a Estados solidários, denotando uma limitação mais intensa da autonomia pessoal.

Quanto à dimensão técnico-científica do risco, buscaremos analisar a construção normativa do dever de cuidado na *common law*, para compreender a abordagem jurídica do conceito de probabilidade de dano para determinar o padrão de conduta exigido.

Alexander⁸⁹¹ trata da avaliação do agente quanto à probabilidade da existência de certos fatos para tomar uma decisão de agir ou para se omitir. Seria essa “avaliação de probabilidade”, sua percepção de risco, o “determinante de sua culpabilidade”. Assim, o agente estipula o grau de risco, a probabilidade de dano, a partir da “crença na existência de certos fatos que poderiam justificar (ou agravar) tais riscos”. Alexander conclui que para que o agente seja “culpável por uma omissão”, deve aceitar um “certo nível de probabilidade” de que a situação de fato determina um dever.

É interessante notar que a avaliação da probabilidade de risco, baseada em informações insuficientes, foi o principal argumento para impedir a punição do agente em *Kuddus*⁸⁹². No caso, uma cliente de um restaurante com entrega à domicílio veio a falecer, por causa de uma grave reação alérgica. A alergia tinha sido informada no *site* da empresa, mas os sistemas de informação da empresa não eram adequados. A decisão da Corte identificou que há o dever de cuidado de se levar em consideração as alergias informadas pelos clientes no preparo da comida, previsto no “*ss. 3(1), 33(1)(a) and 37 of the Health and Safety at Work etc. Act 1974*”.

No entanto, a condenação do réu foi afastada na apelação, pois não se provou que o réu tivesse conhecimento das alergias da vítima. A encomenda da refeição tinha sido feita por meio de uma plataforma virtual, sem que se saiba se os comentários sobre a alergia chegaram ao

⁸⁸⁹ DOUGLAS, Mary. Risk as a Forensic Resource. In *Daedalus*, v.119.n.4, Risk. Outono, 1990, pp.8-9. (tradução livre).

⁸⁹⁰ ASHWORTH, Andrew. **Positive Duties, Regulation and the Criminal Sanction**. IN *Law Quarterly Review*, vol. 133, n. October, *Law Quarterly Review*, 2017, pp. 606–30. (tradução livre) (manuscrito cedido pelo autor), pp. 4-5.

⁸⁹¹ ALEXANDER, Larry. Duties to Act triggered by creation of the peril: easy cases, puzzling cases, and complex culpability. In NELKIN, Dana Kay & RICKLESS, Samule C. **The Ethics and Law of Omissions**. Nova Iorque: Oxford, 2017,pp.187-8 (tradução livre).

⁸⁹² Reino Unido. *Kuddus v R*. [2019] EWCA Crim 837 2019-05-16

conhecimento do réu. Assim, a Corte não aceitou sua condenação apenas baseando-se na “falha em implantar sistemas adequados” para pedidos de entrega de comida e, sem que se comprovasse que o réu tinha sido notificado da alergia da vítima.⁸⁹³ Nesse caso, considerou-se os conhecimentos do réu para se estabelecer um fundamento para a responsabilidade criminal dos deveres de cuidado, de uma forma que nos lembra a análise dos graus de conhecimento do réu, de acordo com a probabilidade subjetiva⁸⁹⁴.

Devemos, portanto, questionar qual conceito de risco é utilizado pela jurisprudência inglesa para o estabelecimento de deveres de cuidado nos crimes omissivos, se ontológico ou epistêmico⁸⁹⁵.

Esse conceito de risco ficou claro na análise do caso *R v Rose*⁸⁹⁶, que trata de um homicídio culposo, *gross negligence manslaughter*. Ocorreu um erro médico de uma oftalmologista, causado por uma omissão do cumprimento de um dever de cuidado, o exame “da estrutura interna do olho como parte da rotina de exame”, previsto na *Section 26(1) of the Opticians Act 1989*, como também na autorregulação do código de ética profissional (*code of Ethics and Guidelines for Professional Conduct issued by the College of Obstetricians*, de julho de 2011).

No caso, a omissão impediu o diagnóstico e o tratamento adequado de hidrocefalia da vítima, uma criança de 7 anos, o que lhe causou o óbito. O testemunho do especialista qualificou a omissão da médica como uma “falha claramente monumental” em seu dever de cuidado (“*fairly massive breach*” of her duty of care.). A apelação focou-se na existência ou não de previsibilidade do risco de morte do paciente pela ré.

Na apelação, houve análise do caso *Rv Adomako [1995] 1 AC 17*, onde se indicou que cabe ao “júri determinar se a violação do dever deveria ser caracterizada como *gross negligence* e, portanto, como crime”, o que depende da “gravidade” da violação, como também de “todas

⁸⁹³ Reino Unido. *Kuddus v R*. [2019] EWCA Crim 837 2019-05-16. “There is now a general awareness of the potential risks to those who suffer from allergies and, as a result, it should be understood that the courts will rigorously scrutinise the way in which restaurants discharge the duty of care that they owe to such customers. However, in a case where (a) (as now clarified) the case against the appellant – who spoke little English and had only taken over the restaurant from Mr Rashid the previous year in circumstances in which Mr Rashid continued to manage it – was based solely upon his failure to introduce appropriate systems at a time when he knew nothing of prospective customers’ allergies and (b) there was no evidence that he was at any stage notified of Megan’s allergy, the direction to the jury on attribution of knowledge renders his conviction unsafe for the reasons we have given.”

⁸⁹⁴ ZYNDA, Lyle. Subjectivism. In HÁJEK, Alan & HITCHCOK, Christopher. **The Oxford Handbook of Probability and Philosophy**. Oxford:Oxford, 2016, pp.360-1 (tradução livre).

⁸⁹⁵ Confira-se tanto o capítulo 2.1 Primeira dimensão do risco: risco objetivo e seus aspectos técnico-científicos, como também Cap. 4.3. A antiga questão do objetivo e subjetivo no Direito Penal e sua relação com os deveres de cuidado.

⁸⁹⁶ Reino Unido. *R v Rose* [2017] EWCA Crim 1168.

as circunstâncias” do caso concreto. No caso Adomako, a decisão indica que o “teste é objetivo”, isto é, não se analisa o “*state of mind*”, o plano do agente do réu, mas um réu que seja *recklessly*” seria considerado mais “*gross negligent*”, algo relacionado à “indiferença”.

A decisão enfatiza que “a natureza inerentemente objetiva do teste” “prospectivo” de previsibilidade não o transforma em um teste “retrospectivo”, isto é, a análise do risco é baseada nos “conhecimentos disponíveis” no “momento da violação” do dever de cuidado de modo “objetivo e prospectivo”⁸⁹⁷. A decisão considerou que o juiz teria errado por não entender que um “teste objetivo” apenas colocava “um profissional prudente no lugar da pessoa que está sendo julgada”, para indicar qual deveria ser o comportamento adequado⁸⁹⁸.

Veja-se que houve uma clara opção por um conceito epistêmico do risco, o qual é baseado nos fatores de risco de conhecimento do agente no momento da omissão, e, não, um conceito ontológico, que leva em consideração todas as circunstâncias do caso concreto, baseada em uma avaliação *ex post*.

No caso, a Corte considerou que um exame na estrutura do olho apenas “poderia revelar uma anormalidade séria ou alguns casos de problemas que indiquem risco de vida”, no entanto, a ausência de exame não leva a um “sério e óbvio risco de vida”, já que seria um “exame de rotina”, sem qualquer histórico de doença do paciente que sugerisse maior risco. Houve, inclusive a referência ao caso *Rudling* ([2016] EWCA crim 741), onde se considerou que “uma mera possibilidade que uma avaliação pudesse revelar um risco de vida, não é mesmo que um óbvio risco de vida”.

Nesse caso, a Corte concluiu que não existiu um *gross negligence manslaughter*, já que o que um “razoavelmente prudente oftalmologista perceberia é que, se ele não realizasse os exames, sinais de condições de risco de vida não seriam vistos”, mas isso não quer dizer que houvesse um “sério e óbvio risco de vida”⁸⁹⁹. Concluiu-se que não se deve levar em

⁸⁹⁷ Reino Unido. R v Rose [2017] EWCA Crim 1168. Na decisão, lemos: “80. With respect, however, these propositions do not follow. The inherently objective nature of the test of reasonable foreseeability does not turn it from a prospective into a retrospective test. The question of available knowledge and risk is always to be judged objectively and prospectively as at the moment of breach, not but for the breach. The question of reasonable foreseeability is evident from the words used, *i.e.* what is reasonably *fore-seeable* at the time of the breach (a prospective view). It is not what would, could or should have been known but for the breach of the identified duty of care, *i.e.* if the breach had not been committed (a retrospective view).”

⁸⁹⁸ Reino Unido. R v Rose [2017] EWCA Crim 1168. Na decisão, lemos: “The test of reasonable foreseeability simply requires the notional objective exercise of putting a reasonably prudent professional in the shoes of the person whose conduct is under scrutiny and asking whether, at the moment of breach of the duty on which the prosecution rely, that person ought reasonably (*i.e.* objectively) to have foreseen an obvious and serious risk of death.”

⁸⁹⁹ Reino Unido. R v Rose [2017] EWCA Crim 1168. Na decisão, lemos que: “As explained above, all a reasonably prudent optometrist would have known is that, if he or she did not carry out a proper examination, signs of potentially life-threatening conditions might be missed. But this is a very different matter from knowledge that such signs in fact existed and that there was a “serious and obvious risk of death”

consideração o que “o réu deveria saber se não houvesse violado o dever de cuidado”, mas se deve buscar a “prova de um risco de morte sério e óbvio no momento da violação” do dever de cuidado. Houve, nesse caso, a limitação da responsabilidade criminal, baseando-se no nexos causal entre a violação do dever de cuidado e o resultado, morte, o qual foi descartado pela Corte. Sendo assim, a dimensão técnico-científica do risco aparece como uma forma de garantir a defesa do réu, evitando a criminalização da mera violação de deveres de cuidado.

Consideramos que ambas as dimensões do risco estão presentes na fundamentação da responsabilidade criminal por omissões, através dos deveres de cuidado, sendo impensável dispensar-se a análise de qualquer delas para tratar da responsabilidade criminal por omissões.

4.7. Estudo de caso: deveres de cuidado e relações entre Regulação de Risco, Direito, Ciência e Tecnologia na jurisprudência brasileira, inglesa e italiana

Diante da necessidade de realizarmos estudos empíricos, para afastarmos conclusões genéricas, realizamos um estudo de casos.

O propósito deste estudo de caso é explorar como se dá a construção normativa do risco pelo Direito Penal através de deveres de cuidado, a partir das diferentes perspectivas teóricas.

A perspectiva teórica brasileira⁹⁰⁰ é a da Teoria da Acessoriedade Administrativa, para tratar da relação entre Direito Penal e Regulação. No direito italiano⁹⁰¹, encontramos as diretrizes da *Sentenza Franzese* para tratarmos de deveres de cuidado. Já no direito inglês⁹⁰², há a análise do Direito Penal no contexto Regulatório. As três teorias propõem métodos de análise diversas para se tratar aspectos da interdisciplinaridade no caso dos deveres de cuidado.

Para isso, comparamos decisões judiciais criminais brasileiras, italianas e inglesas (ANEXO) que abordavam diretamente deveres de cuidado. Buscamos tratar das proposições de estudo:

1. Como se deu a discussão da dimensão técnico-científica do risco com o uso de provas periciais?
2. Como se deu a análise da dimensão sociocultural do risco com avaliação da ponderação de interesses?
3. Como se dá a relação entre Regulação e Direito Penal através dos deveres de cuidado?

⁹⁰⁰ Cf. Cap. 1.2 A relação entre Direito Penal e Regulação no sistema romano-germânico.

⁹⁰¹ Cf. Cap. 2.1 Primeira dimensão do risco: risco e seus aspectos técnico-científicos.

⁹⁰² Cf. Cap. 1.1. O Direito Penal no contexto regulatório no direito inglês e norte-americano.

E, ao final, realizaremos a generalização analítica, para que possamos compreender como a perspectiva teórica influencia a análise empírica, como indica Yin⁹⁰³, o qual afirma que seria possível utilizar o estudo de caso para fins de generalização analítica, onde “uma teoria previamente desenvolvida é usada como padrão, com o qual são comparados os estudos empíricos do estudo de caso”.

Para garantir que haja maior possibilidade da análise da dimensão técnico-científica do risco, buscamos limitar nossa análise aos casos judiciais que tratassem de relações entre Regulação de Risco, Direito, Ciência e Tecnologia. Nesse caso, os deveres de cuidado não se encontram consolidados, sendo mais propícia a análise de provas periciais. Foram eliminados os deveres de cuidado que tratavam de normas setoriais, como regulações profissionais sem relação com novas tecnologias, como do setor financeiro e de contabilidade, assim como deveres de cuidado dos funcionários públicos e deveres de cuidado com vulneráveis.

O método empregado na análise da jurisprudência é o qualitativo, sendo o desenho da pesquisa, o estudo de casos⁹⁰⁴. Yin⁹⁰⁵ considera que “a pesquisa qualitativa preferencial captura o mesmo detalhe empírico – porém entrelaçado de alguma maneira em conceitos abstratos, se não teorias”. Será realizada análise dedutiva, que segundo permite que os conceitos teóricos definam “os dados relevantes que precisam ser coletados”. O tipo de coleta de dado escolhido, portanto, é o da análise de documentos referentes às decisões judiciais, extraídos dos *sites* oficiais do Poder Judiciário. Nossa análise será explanatória, a ser desenvolvida com maior profundidade em estudos posteriores. Como medida de validade do estudo, tentaremos seguir os métodos indicados por Yin⁹⁰⁶, buscando reconhecer “explicações rivais”, para analisarmos, conforme indica, se nossas “suposições originais sobre um tema e suas características foram realmente corretas”. E, quando escolhermos alguns trechos das decisões para destaque, buscaremos reproduzir a “linguagem original”, para fins de triangulação.

Foram escolhidas as decisões de recursos que analisassem o mérito das ações criminais, tomando-se como referência aos recursos especiais criminais julgadas pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro. Essa escolha justifica-se pela possibilidade de analisar o julgamento de casos das mais diversas regiões do país pelo mesmo órgão judicial, sendo

⁹⁰³ YIN, Robert K. **Estudo de caso: planejamento e métodos**. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 61.

⁹⁰⁴ Creswell e Creswell (CRESWELL, John W. & CRESWELL, J. David. **Projeto de Pesquisa: métodos qualitativo, quantitativo e misto**. Porto Alegre: Penso, 2021, pp. 9-11) define “desenho de pesquisa” como “estratégia de investigação”, sendo “estudo de casos”, como “um desenho de pesquisa encontrado em muitas áreas em que o pesquisador desenvolve uma análise profunda de um caso, geralmente um projeto, um evento, uma atividade, um processo ou um ou mais indivíduos. Os casos estão ligados pelo tempo e pela atividade”.

⁹⁰⁵ YIN, Robert K. **Pesquisa qualitativa: do início ao fim**. Porto Alegre: Penso, 2016, pp. 83-84.

⁹⁰⁶ YIN, Robert K. **Pesquisa qualitativa: do início ao fim**. Porto Alegre: Penso, 2016, pp. 71-72.

também uma forma de uniformizar a interpretação de lei federal, como o Direito Penal. Buscou-se evitar as possíveis interpretações divergentes que poderiam surgir ao se considerar os tribunais estaduais e federais. Dessa forma, ao se analisar a jurisdição inglesa e a italiana buscaram-se órgãos jurisdicionais análogos ao brasileiro.

Buscou-se a análise de decisões em que se encontrava a discussão sobre deveres de cuidado ainda não consolidados, onde houvesse a análise de Direito e Tecnologia, onde encontraríamos um contexto mais propício para a análise das duas dimensões do risco.

No total serão analisados 50 casos de três Estados diferentes, julgados entre 01/01/2019 e 11/07/2022, tendo sido realizado um corte transversal⁹⁰⁷ dos dados coletados, acessado nas línguas originais, português, italiano e inglês.

Quanto aos casos brasileiros, foi acessado o site do Superior Tribunal de Justiça, no endereço: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>, no dia 11/07/2022, sendo os parâmetros da pesquisa, o uso da palavras-chave: “dever de cuidado” e o período 01/01/2019 a 11/07/2022. Surgindo 15 decisões judiciais julgadas pela 5ª e 6ª Turmas, as quais tem competência criminal, do Superior Tribunal de Justiça. Separamos apenas aquelas que tinham relação com Direito e Tecnologia e encontramos 11 decisões (Anexo).

Quanto aos casos italianos, foi acessado o site da *Corte Suprema di Cassazione*: <<http://www.italgiure.giustizia.it/sncass/>> no dia 11/07/2022, sendo os parâmetros da pesquisa, o uso da palavras-chave: “dovere di diligenza”, limitando-se às “*sentenza*”, no período 01/01/2019 a 11/07/2022. Surgindo 79 casos. Houve problemas técnicos em 1 arquivo, impedindo a análise⁹⁰⁸. Considerando apenas os casos que traziam relação entre Direito Penal e Tecnologia e tratavam do mérito da decisão, localizamos 32 casos. Os casos que tratavam de questões processuais foram descartados (Anexo).

Quanto aos casos ingleses, usaram-se como parâmetros da pesquisa as palavras-chave “duty of care”, no período de 2019-01-01 a 2022-07-11. Foi acessado, no dia 11/07/2022, o site do “The national archives”: <<https://caselaw.nationalarchives.gov.uk/>>. Surgindo 11 julgados da *Court of Appeal Criminal Division*, sendo que apenas 7 casos tinham conexão com Direito e Tecnologia (Anexo).

⁹⁰⁷ CRESWELL, John W. & CRESWELL, J. David. **Projeto de Pesquisa: métodos qualitativo, quantitativo e misto**. PortoAlegre: Penso, 2021, p. 125

⁹⁰⁸ Arquivo com problemas técnicos: Sentenza Quarta Penale, Sentenza n. 12886 de 25/03/2019, udienza del 12/03/2019, Presidente Ciampu Francesco Maria Relatore Cappelo Gabriella.

4.7.1 Relatório dos casos italianos:

A primeira observação que podemos fazer dos casos italianos é a de que há a percepção de que a violação dos deveres de cuidado não equivale à criação de risco proibido. Veja-se a decisão 32507⁹⁰⁹, onde a Corte frisa que a “causa do evento” não pode ser considerada a “violação do dever de cuidado”, “entidade conceitual”, “não podendo ser considerada a causa do evento em um sentido físico-material”, a qual deve ser sempre a “conduta material, a qual nos crimes culposos, deve ser sempre caracterizada da violação dos deveres de cuidado”. A construção normativa do risco através dos deveres de cuidado fica clara nesse ponto, já que sugere que o risco não é um conceito que equivale aos deveres de cuidado, no plano normativo, mas tem uma característica multidimensional, que exige a análise de outros elementos. Esse tipo de postura facilita o afastamento da possível responsabilização criminal baseada na mera violação da regulação.

Nos casos italianos, percebemos que para se começar a delinear os deveres de cuidado já há a dimensão técnico-científica do risco quando se conecta o conteúdo dos deveres de cuidado às leis científicas. Na decisão 44943⁹¹⁰, por exemplo, indica-se que a base para se determinar o conteúdo dos deveres de cuidado seria a “evitabilidade” do dano, fundamentada na “melhor ciência e experiência”, já a “previsibilidade do dano” seria o “pressuposto” dos deveres de cuidado.

⁹⁰⁹ Itália. Penale Sent. Sez. 4 Num. 32507 Anno 2019 Presidente: PICCIALI PATRIZIA Relatore: DI SALVO EMANUELE Data Udienza: 16/04/2019, pp.6-7 “E’, in primo luogo, necessario porsi il quesito inerente alla ravvisabilità della c.d. causalità della colpa in relazione all’addebito relativo all’omessa formazione e informazione dei lavoratori sui rischi connessi all’uso improprio e scorretto dei veicoli (...) è infatti necessario accertare se la violazione della regola cautelare riscontrata abbia o meno cagionato l’evento. (...) La formulazione della disposizione è senz’altro imprecisa, in quanto la violazione del dovere di diligenza, quale entità concettuale, non può essere considerata effettivamente causa dell’evento in senso fisico-materiale. La causa dell’evento è sempre la condotta materiale, la quale però, nei reati colposi, deve essere caratterizzata dalla violazione del dovere di diligenza.”

⁹¹⁰ Itália. Penale Sent. Sez. 4 Num. 44943 Anno 2021 Presidente: DOVERE SALVATORE Relatore: NARDIN MAURA Data Udienza: 08/07/2021, pp.25-26 “(...) La prevedibilità delle conseguenze dannose è dunque il presupposto per la formazione della regola cautelare ma il suo contenuto è dettato in particolare da un altro principio, l’evitabilità del medesimo evento (...) Qualora l’organizzazione sociale non intenda vietare lo svolgimento di un’attività utile all’attività collettiva ma pericolosa (...) Dunque, la prevedibilità dell’evento dannoso rende necessaria la formazione della regola cautelare il cui contenuto è però dettato dalla sua idoneità a prevenire il suo verificarsi (...) Si è sottolineato in dottrina che, fermi restando i criteri di prevedibilità ed evitabilità, l’individuazione delle regole cautelari, dal punto di vista oggettivo, va fatta con riferimento alla “miglior scienza ed esperienza” come unico idoneo criterio: a individuare i comportamenti fonte di pericolo e le condotte idonee ad evitarle; a potenziare la funzione pedagogica delle regole cautelari; ad evitare di privilegiare i soggetti dotati di conoscenze superiori; a garantire maggiormente esigenze di tassatività; a ridurre il relativismo della condotta” (Sez. 4, Sentenza n. 16761 del 11/03/2010, PG in proc. Catalano in motivazione).”

A aplicação do método da *sentenza Franzese*⁹¹¹ dá-se de modo uniforme na *Corte Suprema di Cassazione*, garantindo a análise da dimensão técnico-científica do risco, a partir da “análise externa” das leis científicas, como também da dimensão sociocultural do risco, indicando-se a ponderação de valores encapsuladas nos deveres de cuidado, especialmente, nos casos de acidente de trabalho, como veremos.

Na decisão do caso 45596⁹¹², aplica-se o método da *sentenza Franzese* para determinar “o nexo específico entre a inobservância da regra de cuidado entre conduta e o evento”. Essa “regra de cuidado” é entendida como “lei, regulamento, ordem ou disciplinas”, o que entendemos como deveres de cuidado. A Corte indica a necessidade de “um juízo contrafático”, o qual é capaz de estabelecer como se daria o desenrolar fático sem a conduta, no caso de crimes comissivos ou com a conduta, no caso de omissões. A *sentenza Franzese* exige, portanto, que se mantenha “o estatuto lógico do nexo de causalidade”, a análise “condicional contrafactual”, segundo a qual “a insuficiência, a contrariedade e incerteza do nexo causal entre conduta e evento” consiste em “dúvida razoável”, a ser justificada “com base nas evidências disponíveis, sobre a real eficácia condicionante da omissão do agente em relação a outros cofatores na produção do evento lesivo, levando a um juízo absolutório”. Já “o perfil subjetivo da culpa vem,

⁹¹¹ Cf. Cap. 2.1 Primeira dimensão do risco: risco e seus aspectos técnico-científico.

⁹¹² Itália. Penale Sent. Sez. 4 Num. 45596 Anno 2021 Presidente: FERRANTI DONATELLA Relatore: D'ANDREA ALESSANDRO Data Udienza: 16/11/2021, pp.2-4 “Il profilo della ravvisabilità della causalità della colpa richiede, come noto, in relazione allo specifico addebito contestato, di accertare se la riscontrata violazione delle regole cautelari abbia, o meno, cagionato l'evento. L'intera struttura del reato colposo si fonda, infatti, su questo specifico rapporto intercorrente tra l'inosservanza della regola cautelare di condotta e necessario che l'evento si verifichi "a causa" di negligenza, imprudenza, imperizia ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline”. La causa dell'evento è, pertanto, da individuarsi sempre nella condotta materiale, che, tuttavia, nei reati colposi deve essere caratterizzata dalla violazione del dovere di diligenza.(...) La verifica se quella specifica violazione della regola cautelare abbia, o meno, cagionato l'evento (causalità della colpa) si sostanzia, quindi, in un giudizio controfattuale compiuto in relazione alla violazione della regola di cautela. Come autorevolmente precisato dalle Sezioni Unite, il giudizio controfattuale va compiuto sia nella causalità commissiva che in quell'omissiva, ipotizzando nella prima che la condotta sia stata assente e che nella seconda sia stata invece presente, verificando il grado di probabilità che l'evento si sarebbe comunque rodotta (Sez. U, n. 30328 del 10/07/2002, Franzese, Rv. 222138-01). Lo statuto logico del rapporto di causalità rimane sempre, cioè, quello del "condizionale controfattuale", per cui l'insufficienza, la contraddittorietà e l'incertezza del nesso causale tra condotta ed evento, e cioè il ragionevole dubbio, in base all'evidenza disponibile, sulla reale efficacia condizionante dell'omissione dell'agente rispetto ad altri fattori interagenti nella produzione dell'evento lesi comportano l'esito assolutorio del giudizio (Sez. U, n. 30328 del 10/07/2002, Franzese, Rv. 222139-01) (...) Il profilo soggettivo e personale della colpa viene, di fatto, individuato nell'esigibilità del comportamento dovuto, e cioè nella possibilità soggettiva dell'agente di rispettare la regola cautelare, ovvero nella concreta possibilità di pretendere l'osservanza di tale norma (...) Il datore di lavoro, destinatario delle norme antinfortunistiche, è, infatti, esonerato da responsabilità unicamente quando la condotta del dipendente, rientrando nelle mansioni che gli sono proprie, sia abnorme, dovendo definirsi tale il comportamento imprudente del lavoratore che sia consistito in qualcosa radicalmente, ontologicamente, lontano dalle ipotizzabili e, quindi, prevedibili, imprudenti scelte del lavoratore nella esecuzione del lavoro ” (...) dunque, abnorme soltanto il comportamento del lavoratore che, per la sua stranezza e imprevedibilità, si ponga al di fuori di ogni possibilità di controllo da parte dei soggetti preposti all'applicazione delle misure di prevenzione contro gli infortuni sul lavoro. Deve trattarsi, in sostanza, di una condotta colposa tale da attivare un rischio eccentrico o esorbitante dalla sfera di rischio governata dal soggetto titolare della posizione di garanzia. (...)”.

de fato, individualizado na exigibilidade do comportamento devido, e isto é, na possibilidade subjetiva do agente de respeitar a regra cautelar, ou na concreta possibilidade de pretender a observância de tal norma”.

Ao nos aprofundarmos na análise do método italiano, a primeira característica que percebemos é a da interdisciplinaridade, a qual viabiliza a análise das dimensões do risco. A dimensão técnico-científica aparece no desenvolvimento de critérios para a escolha da tese científica a ser adotada pelo juiz na decisão. Já a dimensão sociocultural pode ser identificada quando se questiona sobre a autonomia do especialista e sua neutralidade, tendo em vista o aspecto valorativo que se encontra encapsulado nas avaliações sobre o risco. Essa abertura à interdisciplinaridade acaba permitindo maior controle jurídico das dimensões do risco e de suas limitações, como veremos a seguir.

No caso 27871⁹¹³, a Corte interpreta “os conceitos de “área de risco” e “gestão de risco” como instrumentos para se “aproximar da fenomenologia do crime culposo”, indicando a “fusão

⁹¹³ Itália. Penale Sent. Sez. 4 Num. 27871 Anno 2019 Presidente: MENICETTI CARLA Relatore: DOVERE SALVATORE Data Udienza: 20/03/2019, pp.2, 5-7 “era sceso dal locomotore di cui era macchinista, e che si trovava sul binario interessato ai lavori, veniva travolto da un treno merci che circolava sul binario attiguo, riportando lesioni che lo conducevano a morte (...) nella qualità di datore di lavoro distaccatario è stato ascritto di non aver formato ed informato il lavoratore sugli specifici rischi presenti sul cantiere ferroviario e di aver omesso di far osservare le cautele stabilite nel PSC e nel POS. (...) nella qualità di preposto, è stato rimproverato di non aver vigilato in ordine al rispetto delle menzionate prescrizioni, per le quali l'intervento di risanamento della massicciata ferroviaria avrebbe dovuto avere inizio solo dopo la completa interruzione della circolazione dei convogli su entrambi i binari della tratta (...)” “Infatti, la Corte di Appello, dopo aver ribadito quanto già ritenuto dal Tribunale in merito alla ineccepibilità formale del sistema di sicurezza previsto dal Pos (...) ovvero, di non aver attuato le previsioni cautelari identificate con il Pos (...) non era stata portata a conoscenza dei lavoratori addetti, i quali non erano stati né informati né formati a riguardo dello specifico rischio al quale li esponeva l'operare lungo una linea ferroviaria e delle misure protettive adottate (...) *di intraprendere l'attività lavorativa solo dopo aver ricevuto assicurazioni circa la completa interruzione del traffico ferroviario sia sul binario pari sia su quello dispari* (...) tratta di affermazione che trova riscontro nell'insegnamento secondo il quale il datore di lavoro risponde dell'infortunio occorso al lavoratore, in caso di violazione degli obblighi, di portata generale, relativi alla valutazione dei rischi presenti nei luoghi di lavoro nei quali siano chiamati ad operare i dipendenti, e della formazione dei lavoratori in ordine ai rischi connessi alle mansioni, anche in correlazione al luogo in cui devono essere svolte (Sez. 4, n. 45808 del 27/06/2017 - dep. 05/10/2017, Catranbone e altro, Rv. 271079. (...) E' dalla integrazione di obbligo di diligenza e regola cautelare che risulta definita l'area di rischio, altrimenti ridotta alla mera titolarità della posizione gestoria (...) “strumenti ricostruttivi offerti da concetti quali 'area di rischio' e 'gestore del rischio' permettono di avvicinarsi alla fenomenologia del reato colposo con qualche maggiore chances di afferrarne la sfuggente sostanza, fusione di fatto e valore, come altri ma più di tanti istituti del diritto penale. Intuitiva diviene, ad esempio, la necessità assoluta e pregiudiziale di identificare con precisione il rischio e la sua estensione, che non si misura sulla sola ascisse dell'obbligo (di diligenza) ma anche sull'ordinata della regola (cautelare)(...) Ad avviso di questo Collegio maggiormente pertinente è l'esame dell'esatta portata della regola cautelare, che risulta implicito nella prima delle massime citate, la quale rimarca l'insufficienza delle "cautele che, se adottate, sarebbero valse a neutralizzare proprio il rischio derivante dal richiamato comportamento imprudente”.

A vítima estava trabalhando na ferrovia e, “quando saiu do trem, do qual era o maquinista” foi atropelado por um trem de carga. Um dos réus, o empregador, é acusado por “não haver formado e informado os empregados sobre os riscos específicos presentes no canteiro ferroviário e de haver se omitido de se fazer observar as cautelas estabelecidas no PSC e no POS”; o outro réu, o “preposto”, é acusado por não ter “vigiado o cumprimento de tais prescrições, pelas quais a manutenção no aterro ferroviário deveria ter início apenas depois de completa a interrupção da circulação dos comboios em ambos os trilhos da estrada”. A Corte indica que o Tribunal regional já tinha entendido como “inaceitabilidade formal do sistema de segurança previsto do POS”, o qual também não foi colocado em prática. E, não havia “formação nem informação” dos empregados quanto aos “riscos específicos

de fato e valor”, exigindo a indicação do “risco e de sua extensão”, identificando tanto o dever de cuidado como a regra de cautela. A Corte esclarece que há a necessidade de “integração do dever de cuidado e da regra cautelar” para identificar a “área de risco”, para que não seja entendida como um resultado da mera titularidade de uma “posição de gestão”. A jurisprudência italiana, permite uma análise interdisciplinar do tema, referindo-se à conexão entre a regra de cuidado e o dever de cuidado, não limitando a questão a um aspecto meramente normativo, dificultando uma análise unidimensional.

A Corte considera, portanto, que a responsabilidade criminal do empregador dá-se pela violação desses deveres de cuidado. A dimensão sociocultural do risco aqui é clara, já que a responsabilidade criminal é distribuída tendo-se como prioridade responsabilizar aqueles que tem o poder de direção da atividade perigosa. Nesse caso, também se considerou que o comportamento culposos do empregado não impede a responsabilização criminal do empregador, se a adoção das medidas de segurança pudesse eliminar os riscos produzidos pelo comportamento culposos do empregado.

Podemos encontrar indícios da análise da dimensão técnico-científica do risco, a qual faz referência ao próprio método científico em certos casos. No caso 44943⁹¹⁴, a Corte considera

aos quais se expunham por trabalhar na linha férrea e das medidas protetivas a serem adotadas”, especialmente, quanto à necessidade de parar a circulação de comboios antes do início do trabalho.

⁹¹⁴Itália. Penale Sent. Sez. 4 Num. 44943 Anno 2021 Presidente: DOVERE SALVATORE Relatore: NARDIN MAURA Data Udienza: 08/07/2021, pp. 5-6,8, 36-37, ““I giudici del gravame ricordano che il modello metodologico da adottare, secondo la sentenza delle Sezioni Unite Franzese, è di tipo bifasico, occorrendo, in prima battuta ed *ex ante* individuare tutte le leggi scientifiche applicabili al caso ed indi dimostrare *ex post* che la fattispecie concreta è inscrivibile nella spiegazione scientifica ipotizzata, giocando in tale contesto ruolo decisivo l'esclusione dell'esistenza di ipotesi alternative. Riflettendo siffatte considerazioni sulla materia delle malattie amiantocorrelate, la Corte territoriale sostiene che esiste sul tema un'ampia incertezza sul sapere scientifico, non consolidato e non comunemente accettato)(...) Ciò chiarito la Corte ricorda che nel giudizio si sono fronteggiate -in relazione al prodursi del mesotelioma- due diverse impostazioni scientifiche, quella della c.d. trigger dose, o dose grilletto, che postula la-sufficienza della sola prima assunzione della dose di amianto per determinare l'insorgere della malattia, essendo le successive esposizioni ininfluenti sul suo decorso, l'altra indicata come teoria multistadio, secondo cui la cancerogenesi è dose correlata, determinando le esposizioni successive all'innesco della patologia, un effetto acceleratore del suo sviluppo, con abbreviazione del periodo di latenza (...)“la Suprema Corte, nel tempo, ha annullato sentenze che aderivano all'uno o all'altra tesi senza indicare i criteri che debbono informare la scelta dei giudici di merito(...)che ciò non solo gli preclude di farsi creatore della legge scientifica, ma gli impone di ricercare fra le tesi scientifiche acquisite nel processo quella che può validamente sostenere il giudizio causale. Il problema che il giudice, quale debitore del sapere esperto, deve risolvere, dunque, è quello di individuare dei parametri sulla base dei quali fondare la conoscenza fattuale espressa nel processo, non potendo egli limitarsi a scegliere fra l'una o l'altra tesi, attribuendosi il compito di risolvere la disputa scientifica, rispetto alla quale è privo di ogni conoscenza rilevante. (...) dunque, passare attraverso una valutazione 'esterna' al contenuto della spiegazione scientifica, che funga da elemento di corroborazione dell'affidabilità della tesi e che si basi anche su indici che anche nella stessa comunità scientifica ne avvalorano la fondatezza esplicativa(...) giudice non può mantenere un ruolo passivo, dovendosi porre come interprete critico e non come semplice spettatore di un contrasto. Da questo punto di vista si è detto che *giudice è effettivamente, nel senso più alto, peritus peritorum: custode e garante della scientificità della conoscenza fattuale espressa dal processo*”.

Nesse caso, os dirigentes de empresa do setor automobilístico foram acusados por homicídios culposos de empregados, a partir da violação de deveres de cuidado com amianto, usado como insumo na produção, o que teria causado doenças correlatas ao amianto que levaram à morte dos empregados. No caso, temos o confronto de

que o juiz tem uma “legítima ignorância do saber especializado” (*legitima ignoranza del sapere esperto*). Sem que se identifique como um “criador” da lei científica, o juiz deve buscar a lei científica que possa “validamente fundamentar o juízo causal”. Ao juiz não cabe “resolver a disputa científica”, ele deve basear sua decisão em uma “avaliação externa do conteúdo da explicação científica”. Essa avaliação por critérios externos, trata da “confiança da tese” com a aplicação de “indícios de avaliação” aplicados pela “própria comunidade científica”. A Corte, inclusive, chama a atenção à “mutabilidade das opiniões científicas”, aos quais o juiz deve se colocar como “interprete crítico”, o *peritus peritorum*, “o garante da cientificidade” no processo judicial.

Já na decisão 45935⁹¹⁵, além da dimensão técnico-científica do risco, já podemos perceber alguns indícios da análise sociocultural do risco, quando se questiona sobre a neutralidade do especialista. A Corte indica que o juiz deve avaliar se o especialista seguiu o método científico, tratando da “base factual”, “da amplitude, do rigor, da objetividade da pesquisa”, da sustentação que os fatos dão à tese, “da discussão crítica que acompanha o estudo”, “da atitude explicativa da elaboração teórica”, considerando também o “grau de

duas leis científicas. A primeira seria a da *trigger dose*, a qual “postula a suficiência de apenas uma dose de amianto para determinar o aparecimento da doença, sendo as sucessivas doses influentes sobre o seu desenvolvimento”. A segunda seria a “teoria do multi-estágio”, segundo a qual a carcinogênese é correlacionada à quantidade de doses, sendo que “as exposições sucessivas determinam o início da patologia, um efeito acelerado sobre o seu desenvolvimento, com abreviação do período de latência”. Assim, “qualquer dose, mesmo que pequena pode trazer o risco de surgimento da mesotelioma”, dessa forma, há um aumento de probabilidade com qualquer dose.

⁹¹⁵Itália. Penale Sent. Sez. 4 Num. 45935 Anno 2019 Presidente: IZZO FAUSTO Relatore: DOVERE SALVATORE Data Udienza: 13/06/2019, pp.3-4, 21-24 “(...) concerneva la morte o la malattia professionale cagionate a sedici lavoratori che venivano correlati all'esposizione a una particolare miscela di elementi dannosi per la salute dei lavoratori, costituita da acidi tossici, apirolo, diossina, amianto, polveri sottili e sottilissime, carbone, silice, ferro, IPA, metalli pesanti, solidi e inerti, PCB, mercurio, anidride carbonica e fibrosanti(...)per aver omesso di adottare cautele dirette ad evitare l'esposizione dei lavoratori al pericolo di inalazione di fibre di amianto modo cagionando il disastro costituito dall'insorgenza in ulteriori quindici lavoratori di malattie tumorali e conseguentemente dalla morte degli stessi (...)“Le basi fattuali sui quali essi sono condotti. L'ampiezza, la rigorosità, l'oggettività della ricerca. Il grado di sostegno che i fatti accordano alla tesi. La discussione critica che ha accompagnato l'elaborazione dello studio, focalizzata sia sui fatti che mettono in discussione l'ipotesi sia sulle diverse opinioni che nel corso della discussione si sono formate. L'attitudine explicativa dell'elaborazione teorica. Ancora, rileva il grado di consenso che la tesi raccoglie nella comunità scientifica. Infine, dal punto di vista del giudice, che risolve casi ed esamina conflitti aspri, è di preminente rilievo l'identità, l'autorità indiscussa, l'indipendenza del soggetto che gestisce la ricerca, le finalità per le quali si muove". Si è aggiunto che "il primo e più indiscusso strumento per determinare il grado di affidabilità delle informazioni scientifiche che vengono utilizzate nel processo è costituito dall'apprezzamento in ordine alla qualificazione professionale ed all'indipendenza di giudizio dell'esperto”.”

Os réus são empregadores de um estabelecimento siderúrgico, onde houve “morte ou doença profissional a 16 empregados as quais teriam sido correlacionadas às exposições a uma certa mistura de elementos danosos pela saúde dos empregados, sendo ácidos tóxicos, apirol, dioxina, amianto, pó fino e muito fino, carbono, sílica, ferro, PAH, metais pesados, sólidos e inertes, PCB, mercúrio, dióxido de carbono e agentes fibrosantes”. Há também o art. 437 (omissão dolosa de cautelas contra infortúnios do trabalho) e 449 (delitos culposos de dano) do Código Penal italiano, indicando que os empregadores “omitiram-se a adotar as cautelas diretas para evitar a exposição dos empregados ao perigo de inalação de fibras de amianto”, o que teria causado “o desenvolvimento de doenças tumorais e consequentemente da morte” desses empregados.

consenso sobre a tese na comunidade científica”. E, quanto à pessoa do especialista, deve o juiz analisar se teria “qualificação profissional e se teria independência de julgamento”. No entanto, a Corte⁹¹⁶ esclarece que, em casos de “ciência nova”, o juiz não pode se fiar na análise da comunidade científica, estando “substancialmente privado dos instrumentos críticos no confronto da teoria”, sendo o mesmo que aceitar que “o parecer do perito não seria sindicável pelo juiz”. Refere-se à possibilidade de refutação da tese escolhida, considerando que aquela “ciência não era confiável”, com base no próprio “desenvolvimento” científico. Percebemos nessa afirmação, a dificuldade que o operador do Direito tem em atribuir para si o papel de avaliador da Ciência, quando ausentes critérios científicos mais confiáveis. De fato, a análise da dimensão sociocultural do risco sugere que tem sido uma tendência aceitar a própria Ciência, como “árbitro externo”, sobrepondo-se ao Direito, nas questões referentes ao risco. De toda a forma, é bastante louvável que se discuta explicitamente essa dificuldade na própria decisão judicial, deixando de se colocar essa dificuldade de modo escamoteado.

A análise da relação entre Ciência e Direito mostra-se, ainda, na avaliação da “probabilidade lógica”. No caso 44943⁹¹⁷, a Corte afirma que o juiz deve decidir buscando analisar os “elementos de crise” da teoria, de acordo com a “probabilidade lógica”. Dessa forma, a Corte busca privilegiar a análise jurídica dos casos de incerteza científica, a qual poderia avaliar uma tomada de decisão mesmo ausente a certeza científica, embora também reconheça a possibilidade de se declarar “dúvida razoável”⁹¹⁸.

⁹¹⁶ Itália. Penale Sent. Sez. 4 Num. 45935 Anno 2019 Presidente: IZZO FAUSTO Relatore: DOVERE SALVATORE Data Udienza: 13/06/2019, p. 30, “Orbene, in linea di massima non sembra legittimo dover rinunciare, perché si tratta di scienza 'nuova', alla verifica della discussione critica che ha accompagnato l'elaborazione dello studio e del grado di consenso che la tesi raccoglie nella comunità scientifica. Non pare legittimo perché si finirebbe per contraddire il principale degli insegnamenti della sentenza Cozzini, ovvero il divieto per il giudice di farsi creatore della legge scientifica: ove non possa confidare sul giudizio della comunità scientifica il giudice è sostanzialmente privo di strumenti critici nei confronti della teoria e la assunzione di questa, in simili condizioni, equivale a far regredire la 'valutazione' della prova scientifica al tempo in cui il parere del perito non era sindacabile dal giudice.”

⁹¹⁷ Itália. Penale Sent. Sez. 4 Num. 44943 Anno 2021 Presidente: DOVERE SALVATORE Relatore: NARDIN MAURA Data Udienza: 08/07/2021, p.37, 57 “La soluzione, dunque, nell'itinerario delineato dalla sentenza delle Sezioni Franzese sull'indagine causale, impone, nell'assenza di leggi universali dotate di forza esplicativa, un rigore argomentativo ineludibile da parte dell'interprete perché "la teoria del caso concreto deve confrontarsi con i fatti, non solo per rinvenirvi i segni che vi si conformano ma anche e forse soprattutto per cercare elementi di critica, di crisi" (ancora sentenza Cozzini) e la valutazione deve concludersi con un giudizio di elevata probabilità logica, di credibilità razionale dell'ipotesi esplicativa (...)“Sulla base di queste schede i giudici del merito escludono la possibilità di ravvisare con ragionevole certezza -ovverosia con un ragionamento che faccia venir meno il 'serio dubbio'- la sussistenza del nesso causale fra condotta ed evento nel singolo caso, non solo per l'incertezza sulla legge scientifica di copertura (base inferenziale del giudizio sulla causalità generale), ma per l'impossibilità, a fronte di probabili esposizioni precedenti l'assunzione (...), ricavate dal tipo di attività svolta, secondo quanto emerge dal Rapporto ReNam, di individuare il tempo di completamento della fase di induzione per ciascun lavoratore, nonché per l'impossibilità di determinare se le esposizioni all'interno dello stabilimento abbiano, in concreto, accelerato il processo patologico.”

⁹¹⁸ Itália. Penale Sent. Sez. 4 Num. 44943 Anno 2021 Presidente: DOVERE SALVATORE Relatore: NARDIN MAURA Data Udienza: 08/07/2021, pp.48, 50-51, “ p.48 “Solo la falsificazione controllabile del risultato delle

Nesse mesmo caso 44943⁹¹⁹, a Corte não aceitou a alegação do réu de que os deveres de cuidado da Regulação de risco quanto ao amianto no local de trabalho não poderiam impedir o resultado. Em relação ao amianto, considerou-se que houve uma mudança do posicionamento científico, e doses “ainda inferiores àquelas normativamente aceitas” poderiam ser consideradas nocivas à saúde humana. A Corte entendeu que houve a violação da Regulação da época, sendo que a posterior acabou sendo ainda mais rígida. Nesse caso, podemos perceber uma evidência de que a dimensão sociocultural do risco influenciou a decisão. A Corte considerou a reprovabilidade da conduta do réu, que não se dispôs a cumprir deveres de cuidado mínimos para resguardar a vida de terceiros, deixando de considerar a impugnação da fundamentação técnico-científica. A Corte, inclusive, faz menção à própria condição social do réu, “l' homo ejusdem *professionis et condicionis*”, que indicaria seu conhecimento da potencialidade cancerígena do amianto. Além disso, a própria construção normativa do risco acaba criando um contexto propício para tal influência, já que se tratando de um crime de perigo abstrato, há reduzida possibilidade de prova da ausência de risco ao bem jurídico.

precedenti ricerche, sulla base delle quali si è raggiunto un accordo condiviso (ancor più se certificato da una conferenza di Consensus), autorizza il giudice a ritenere 'serio il dubbio' ed a discostarsi dai risultati raggiunti dalla tesi risultata maggioritaria, in un certo momento storico, non ponendo quest'ultima a base dell'inferenza probatoria, ma egualmente integrando il requisito dell'elevata credibilità necessaria allà formulazione del giudizio causale, ancorché la tesi privilegiata risulti minoritaria. E ciò perché, se la mutabilità delle opzioni scientifiche è uno dei valori che il giudice deve tenere in considerazione nell'affrontare il dibattito interno alla comunità della ricerca,(...)come per tutti gli studi epidemiologici aventi ad oggetto popolazioni, di analisi descrittive di tipo statistico, che forniscono un metodo di lettura del passato, ma anche uno strumento predittivo -proprio in quanto statistico- sulla probabilità del determinarsi di un certo evento a condizioni note, ovverosia il valore atteso del prodursi di quell'evento in situazioni omogenee.(...)cioè un aumento del rischio di contrazione della malattia e di abbreviazione della vita (anticipazione dell'evento) nella popolazione osservata, senza alcuna implicazione sul protrarsi dell'esposizione quale ruolo causale nel singolo caso. In altri termini, la legge probabilistica, in quanto tale, è inidonea a trasformarsi in prova della relazione eziologica fra condotta ed evento, se non accedendo alla teoria del rischio, divenuta obsoleta dopo l'insegnamento delle Sezioni Unite Franzese.”

E, ao analisar a tese da acusação a Corte percebe sua inadequação para embasar o nexos causal individual. A Corte esclarece que “estudos epidemiológicos” não indicam nexos causais individualizados, apenas se tratam de “análises descritivas do tipo estatístico”, baseando-se em “um modelo de leitura do passado” que também é “modelo preditivo – próprio enquanto estatístico – sobre a probabilidade de se determinar um certo evento de acordo com as condições dadas”. Dessa forma, estudos estatísticos apenas indicam “um aumento de risco de contrair a doença e de abreviação da vida (anticipação do evento) na população observada”. Dessa forma, não pode ser usada como “prova da relação etiológica entre conduta e evento, se não se adere à teoria do risco, a qual se considera obsoleta após a *Sezioni Unite Franzese*”.

⁹¹⁹ Itália.Penale Sent. Sez. 4 Num. 45935 Anno 2019 Presidente: IZZO FAUSTO Relatore: DOVERE SALVATORE Data Udienza: 13/06/2019, pp.3, 32-33, “Peraltro, si aggiunge, non è noto quale misura di riduzione assicurerebbe la protezione dell'esposto, ed anzi anche dosi inferiori a quelle normativamente accettate sono state indicate dal perito come comunque influenti sull'insorgenza e nell'accelerazione della malattia.(...) La più recente disciplina ha all'inverso meglio precisato e contenutisticamente arricchito il novero delle prescrizioni imposte per le attività che espongono il lavoratore all'amianto.” (...) esame perché la regola cautelare vale per chiunque si trovi nella situazione che attiva il dovere di diligenza - essa sarà quella fissata, a seconda dei casi, dalla migliore scienza ed esperienza del tempo ovvero tenendo presente l' homo ejusdem professionis et condicionis (cfr. per esplicazioni, Sez. 4, n. 16761 del 11/03/2010 - dep. 03/05/2010, P.G. in proc. Catalano e altri, Rv. 247015) -, per ciò che concerne la colpa in senso soggettivo si pone il tema della prevedibilità da parte dell'agente concreto.”

No caso 45935⁹²⁰, pudemos também perceber a discussão da dimensão sociocultural do risco. Quando a Corte critica o fato de que o Tribunal Regional teria usado a “solução proposta pelo perito do problema da colocação temporal da insurgência biológica do mesotelioma”, já que se tratava de um tema de incerteza científica. Foi decidido que não caberia à Corte Regional criar uma teoria mais favorável ao réu, em uma tentativa de substituir a certeza científica pelo princípio jurídico *in dubio pro reo*. A jurisprudência italiana indica, portanto, que o juízo de valor presente no princípio do *in dubio pro reo* não deveria se imiscuir na dimensão técnico-científica do risco.

Além disso, a dimensão sociocultural do risco é perceptível quando se percebe que os especialistas podem ser parciais em suas avaliações. A diretriz judicial, declarada no caso 44943⁹²¹, é a de que o juiz deveria avaliar os “sujeitos” que “formularam as teses científicas”, tratando de sua “reputação profissional” e “independência” ou “as finalidades para as quais ela foi realizada”, como também a “competência do especialista”, referindo-se à “capacidade” de explicar sua posição no processo, de “delinear um cenário dos estudos e de fornecer elementos ao juízo para dar uma “explicação racional dos fatos”. No caso estudo, teria sido afirmada “certeza científica”, em um evidente caso de incerteza, após influência do órgão acusatório⁹²².

⁹²⁰Itália. Penale Sent. Sez. 4 Num. 45935 Anno 2019 Presidente: IZZO FAUSTO Relatore: DOVERE SALVATORE Data Udienza: 13/06/2019, p. 27, 31 “A questo punto la Corte di Appello ha dato conto del fatto che il perito há proposto una propria soluzione al problema della collocazione temporale della insorgenza biologica del mesotelioma.(...) “ Merita di essere ribadito (si veda per altra applicazione del principio Sez. 4, n. 12175 del 03/11/2016 - dep. 14/03/2017, P.C. in proc. Bordogna e altri, non massimata sul punto) che allorquando una teoria scientifica si presenta incerta nelle sue asserzioni non è possibile risolvere l'aporia facendo ricorso ad un criterio che non ha natura epistemologica ma è esclusivamente processuale, quale quello del favor rei. Una tesi scientifica è 'vera' o non 'vera'; non può essere vera rispetto ad altra perché delle due la più favorevole all'imputato. (...) “ovvero che lo svolgersi della conoscenza scientifica dimostri la inattendibilità di quella 'scienza”.

⁹²¹ Itália.Penale Sent. Sez. 4 Num. 44943 Anno 2021 Presidente: DOVERE SALVATORE Relatore: NARDIN MAURA Data Udienza: 08/07/2021, p. 37, “(...) oltre al grado di autorevolezza ed indipendenza dei soggetti che formulano la tesi scientifica, o la finalità per cui essa è stata intrapresa, anche la competenza dell'esperto che la convoglia nel processo, intesa come capacità non solo di esprimere -nel contraddittorio- la propria posizione, ma di delineare uno scenario degli studi e di fornire elementi di giudizio”

⁹²² Itália.Penale Sent. Sez. 4 Num. 44943 Anno 2021 Presidente: DOVERE SALVATORE Relatore: NARDIN MAURA Data Udienza: 08/07/2021, pp.44-45, “La studiosa, invero, ha concluso per l'assenza di prove sufficienti per affermare che una maggiore esposizione alla sostanza conduca a latenze più brevi.(...) p.45 “La seconda, approvata nel marzo 2013, su sollecitazione della Procura di Torino (...) “quale ha messo in evidenza come la seconda versione del Quaderno del Ministero fu compilata nonostante l'assenza di alcuni dei componenti del tavolo che aveva condotto all'approvazione della prima stesura, fra cui figuravano oltre (...). Proprio questi ultimi due, insieme com (...), nondimeno, erano stati incaricati di redigere una relazione, che, dopo avere riportato la letteratura e gli esiti di una sperimentazione sui ratti, concludeva che (...) Il Tribunale sottolinea la perplessità che desta la circostanza che la genesi della modifica sia intervenuta sull'interesse della Procura di Torino, mostrandosi perciò sensibile alla sua sollecitazione, ciò comportando la non autonomia dell'organismo pubblico, risultato sensibile a richieste esterne tali da far perdere autorevolezza ed indipendenza all'elaborazione.”

No caso em análise, teria havido a influência da Procuradoria na publicação oficial do Ministério da Saúde que fundamenta a acusação. A primeira versão da publicação indica que haveria a “ausência de provas suficientes para afirmar que uma maior exposição da substância conduza a uma latência mais breve”. No entanto, em publicações posteriores do Ministério da Saúde, essa questão aparece como “definida”, após “solicitação da Procuradoria de Torino”. O especialista trazido pela defesa relata que essa versão da publicação do Ministério da Saúde, apenas

Nos casos em que não há incerteza científica, também encontramos indícios da análise das dimensões do risco.

No caso 5117⁹²³, a Corte desenvolve o conteúdo do dever de cuidado da ré, médica especialista, a qual atuou de modo contrário às leis científicas. A dimensão técnico-científica do risco foi suficiente para indicar a falta de fundamentação para o tratamento designado à paciente, sendo que a dimensão sociocultural é expressa na reprovabilidade da conduta da especialista pela Corte, diante da expectativa social de segurança em seus pareceres, indicando uma força normativa de seu dever de cuidado suficiente para lhe garantir a punição pela “cooperação em homicídio culposo”.

Em certos temas, há uma tendência de decisão mais rígidas da Corte. É possível que se trate de temas de maior reprovabilidade social. Indicamos dois exemplos, sendo que em um há a condenação por culpa inconsciente; e, em outro o desenvolvimento do conteúdo dos deveres de cuidado para a adoção da tecnologia mais moderna.

Na decisão 15302⁹²⁴, temos um crime ambiental referente ao transporte de material perigoso sem autorização. A Corte estabeleceu que para tal crime não havia necessidade da

teria sido aprovada com a “ausência de alguns dos componentes da mesa” que participaram da primeira versão da mesma publicação, a qual indicava incerteza científica. Além disso, a revisão da publicação, indicando certeza científica, teria sido feita à pedido da Procuradoria. Essa interferência levou a Corte a entender a falta de “autonomia do órgão público, diante da sensibilidade a pedidos externos, perdendo a auto e independência de elaboração”.

⁹²³ Itália. Penale Sent. Sez. 4 Num. 5117 Anno 2022 Presidente: DI SALVO EMANUELE Relatore: D'ANDREA ALESSANDRO Data Udienza: 04/11/2021 pp.7-8 “Conformemente alle - parimenti corrette - considerazioni espresse da parte del primo giudice, infatti, è stato ampiamente e condivisibilmente osservato come, pur considerando che nel 2012 non vi erano segni di metastasi, che la stadiazione del melanoma è intervenuta solo il 26 marzo 2014 e che nel giugno dello stesso anno vi erano solo due linfonodi interessati dal processo metastatico o proliferativo, sia da ritenersi, comunque, giudizialmente comprovato che ove nel 2012, invece di proseguire nella terapia omeopatica, fosse stato consigliato alla (...) di sottoporsi all'exeresi e poi a cicli di radio o chemioterapia, ovvero all'innovativa terapia biomolecolare, l'aspettativa di vita della paziente sarebbe stata certamente più lunga e con sofferenze ben inferiori rispetto a quelle effettivamente patite.”

No caso, a especialista, chamada pela médica da vítima a avaliar a “situação de risco que a vítima se encontrava”, indicou o uso de homeopatia, “privada de qualquer reconhecimento científico” à vítima com “melanoma maligno”, levando a violação dos deveres de cuidado, já que se deixou de observar “regras de comportamento reconhecidas da comunidade científica”. A especialista teria auxiliado o médico da paciente a não lhe aplicar o tratamento adequado. A decisão da Corte aplica a metodologia da sentença Franzese, entendendo que “em 2012 não haviam sinais de metástase”, assim o câncer não havia se espalhado no corpo até 2014, “tendo sido judicialmente comprovado”, que se houvesse sido aplicado o tratamento adequado “radio ou quimioterapia” ou a “terapia biomolecular”, a “expectativa de vida do paciente seria mais longa e com menos sofrimento do que padeceu”.

⁹²⁴ Itália. Penale Sent. Sez. 3 Num. 15302 Anno 2021 Presidente: SARNO GIULIO Relatore: GALTERIO DONATELLA Data Udienza: 22/01/2021, pp. 5-8, “(...)in tema di rifiuti la responsabilità per l'attività di gestione non autorizzata non atiene necessariamente al profilo della consapevolezza e volontarietà della condotta, potendo scaturire da comportamenti che violino i doveri di diligenza per la mancata adozione di tutte le misure necessarie per evitare illeciti nella predetta gestione e che legittimamente si richiedono ai soggetti preposti alla direzione dell'azienda” (ex multis Sez. 3, n. 47432 del 5.11.2003 (...))Deriva da tale distinzione che i veicoli non bonificati perché contenuti liquidi, nella specie costituiti dagli olii combustibili dei circuiti idraulici e frenanti (cui l'elenco di cui al citato allegato conferisce di per sé autonomo valore di rifiuto pericoloso, come a titolo esemplificativo avviene per il liquido per i freni ivi con il codice CER 16 01 13) e componenti meccaniche, quali marmitte e motori, la cui

observância da adequação ao “perfil da consciência e vontade da conduta”, sendo suficiente que haja a “violação dos deveres de cuidado, diante da falta de observância das medidas necessárias para evitar os ilícitos na gestão que legitimamente se esperam dos diretores da empresa”. No caso, houve a análise do que se tem por “resíduo perigoso”, baseada na dimensão técnico-científica do risco, a qual fundamenta a criação dos deveres de cuidado da Regulação de Risco ambiental. Já a dimensão sociocultural, poderia ser entendida como um típico caso em que se busca a conscientização da sociedade em relação a um específico tema, a proteção do meio ambiente, diante da possibilidade de danos catastróficos. Talvez esse argumento sociocultural seja o embasamento para a escolha de uma modalidade de culpa com menos requisitos e mais gravosa ao réu, como a culpa inconsciente.

No caso 27911⁹²⁵, o réu, proprietário do terreno, descumpriu o dever de cuidado, permitindo que em seu terreno, objeto de locação, fossem recolhidos resíduos “perigosos e não perigosos” sem autorização, “especialmente de carcaças de veículos, baterias e óleo de motores. O proprietário teria violado os deveres de cuidado, pois não “tomou as medidas necessárias para evitar ilícitos na gestão do terreno”, sendo de sua responsabilidade “assegurar a função social da propriedade”. No caso, temos a análise da dimensão técnico-científica do risco para avaliar a periculosidade dos resíduos, como da dimensão sociocultural, que acaba por garantir a predominância da tutela do meio ambiente, conectando o conteúdo de dever de cuidado à regulação civil da propriedade de acordo com sua função social.

Já no caso 12886⁹²⁶, houve a condenação do diretor de um estabelecimento que poluiu a atmosfera com gases tóxicos. Inicialmente, o réu havia sido absolvido, diante da ausência de

rimozione richiede operazioni complesse e comunque l'osservanza di specifiche norme di sicurezza, costituiscono perciò rifiuti pericolosi.”.

Houve o transporte de resíduos perigosos “carcaça de veículos”, proveniente de um centro de recolhimento não autorizado. As carcaças dos veículos são “resíduos perigosos” diante da “distinção presente no art. 184 d.lgs. 152/2006”, a qual considera resíduo perigoso aquele que “contém líquidos, referentes aos óleos combustíveis, do circuito hidráulico e de freio”, sendo considerados como perigosos os “componentes mecânicos, tais como silenciadores e motor, cuja remoção exige operações complexas e observância de normas de segurança específica”.

⁹²⁵Itália.Penale Sent. Sez. 3 Num. 27911 Anno 2019 Presidente: LAPALORCIA GRAZIA Relatore: DI NICOLA VITO Data Udienza: 04/04/2019, pp.2, 4-5 “(...)su di un'area a lui in uso, effettuava un'attività di raccolta rifiuti pericolosi e non pericolosi, in assenza della prescritta autorizzazione, in particolare carcasse di veicoli, batterie ed olii di motori esausti derivanti dalla sua attività di autoriparazioni/carrozzeria (...)ciò il mantenimento di un potere di accesso e di controllo sull'area stessa da parte del proprietario, incompatibile con il totale passaggio della detenzione al locatario.(...)doveri di diligenza per la mancata adozione di tutte le misure necessarie per evitare illeciti nella predetta gestione (...) anche al fine di assicurare la funzione sociale della proprietà”.

A Corte indica que o proprietário tinha “um poder de acesso e de controle sobre a área”, “incompatível com a total passagem de detenção ao locatário”, tendo conhecimento da atividade ilícita lá exercida.

⁹²⁶ Itália.Penale Sent. Sez. 4 Num. 12886 Anno 2019 Presidente: CIAMPI FRANCESCO MARIA Relatore: CAPPELLO GABRIELLA Data Udienza: 12/03/2019, pp. 3-5 “(...)che la società sin dal 2008 aveva iniziato un graduale processo di sostituzione del materiale contenente la resina fenolica (responsabile delle emissioni maleodoranti), adottando come materia prima anime cave di quel materiale che avevano ridotto l'intensità delle

culpa subjetiva. No processo, comprovou-se que a desde 2008, a empresa teria iniciado “um gradual processo de substituição do material que continha a resina fenólica”, sendo totalmente implantado apenas em 2012, “uma tecnologia inovadora que permitia usar matéria prima sem fenóis que, portanto, não produzia odores”. Na primeira sentença de absolvição, considerou-se que o réu usou “todos os meios técnicos possíveis conhecidos e disponíveis”, sendo que não seria obrigado a “interromper a produção” antes do surgimento da tecnologia nova. No entanto, para a Corte, fica claro, pelos depoimentos, que tal adaptação foi progressiva por questões econômicas, deixando-se de aplicar essa tecnologia mais limpa “já conhecida e disponível”, reconhecendo-se a culpa consciente. Percebemos que a dimensão sociocultural do risco foi considerada no desenvolvimento do conteúdo dos deveres de cuidado, indicando a reprovabilidade da conduta do réu. O réu optou por não adotar a melhor tecnologia por motivos egoísticos, especialmente, referindo-se à tutela do meio ambiente, em que há uma necessidade de conscientização social sobre a conduta. Da mesma forma, a dimensão técnico-científica embasou a classificação do que seria a “tecnologia mais limpa” e de seu conhecimento e sua disponibilidade pelo réu.

No caso 8464⁹²⁷, a dimensão sociocultural do risco poderia ser identificada quando a Corte é declara que a médica teria violado uma norma “não precisamente técnica”. A Corte se refere à violação das expectativas da relação médico-paciente, as quais fazem com que o paciente tenha confiança na qualidade das informações oferecidas pela médica. A Corte considera essa relação como “nexo causal psicológico”, isto é, indicou a potencialidade de convencimento em relação ao paciente sobre as informações fornecidas pela médica para tomar sua decisão de pedir alta, limitando a possibilidade de autodeterminação do paciente.

emissioni. Tale processo era terminato tra il 2012 e il 2013 e, già a quell'epoca, il fenomeno olfattivo si era ridotto rispetto all'anno precedente (...)“(...)il quale aveva affermato che la produzione ad anime piene era più economica, (...) Tali evidenze smentiscono, secondo il giudice del rinvio, le conclusioni secondo cui il (...) avrebbe adottato tempestivamente tutti gli accorgimenti tecnici possibili conosciuti e disponibili, non avendo negli anni antecedenti al 2008 fatto nulla per adottare una tecnologia già conosciuta e avendola adottata dal 2008 in poi in maniera inadeguata per contenere i costi, optando poi per l'uso solo "aggiuntivo" della tecnologia senza resina.”.

⁹²⁷ Itália. Penale Sent. Sez. 4 Num. 8464 Anno 2022 Presidente: CIAMPI FRANCESCO MARIA Relatore: SERRAO EUGENIA Data Udienza: 17/02/2022, p.13 “che, sebbene sussistano dubbi circa la possibilità di generalizzare secondo costanti le reazioni della persona, il legislatore italiano ha tipizzato fattispecie di reato riconducibili a forme di condizionamento psichico (come accade, a titolo di esempio, per la truffa, la circonvenzione di incapace, la concussione) e la letteratura giuridica ha ricondotto nell'ambito della causalità psichica alcune fattispecie riconducibili a condotte condizionanti di origine colposa (...) É percepibile la delicatezza del tema qualora lo si trasponga nell'ambito della relazione medico-paziente e, tuttavia, non si può ignorare che la diagnosi e le indicazioni terapeutiche del sanitario si atteggino, secondo generalizzazioni dotate di una consistente base esperienziale, come fattore condizionante le scelte, dunque la libertà di autodeterminazione, del paziente. Libertà che, comunque, neppure può esercitarsi in assenza di una diagnosi certa.”.

O mesmo se deu no caso 392⁹²⁸, onde a dimensão sociocultural do risco é capaz de ampliar os deveres de cuidado, atribuindo ao cirurgião-chefe deveres de cuidado não explícitos em lei em relação às atividades dos enfermeiros. Também na decisão 20559⁹²⁹, a Corte⁹³⁰

⁹²⁸ Itália. Penale Sent. Sez. 4 Num. 392 Anno 2022 Presidente: CIAMPI FRANCESCO MARIA Relatore: NARDIN MAURA Data Udienza: 14/09/2021, pp.6 -8 “secondo le previsioni di cui alla Raccomandazione Ministeriale n. 2/2008 del Ministero della Salute, è affidato in modo esclusivo al personale infermieristico, dall'altro, il riconteggio aveva -nel caso di specie- dato un esito di parità fra le garze introdotte e quelle estratte dal campo operatorio (...)“rapporto fra infermiere e medico, dunc,ue, non si esprime più in termini di subordinazione ma in chiave di collaborazione. nell'ambito delle rispettive sfere di competenza, con conseguente assunzione di una specifica ed autonoma posizione di garanzia da parte dell'infermiere in ordine alla salvaguardia della salute del paziente, il cui limite è l'atto medico in sé (...)”8. In questa prospettiva si inserisce la Raccomandazione del Ministero della Salute n. 2/2008, per la prevenzione ritenzione all'interno del sito chirurgico di garze, strumenti o altro materiale chirurgico, che trovare applicazione 'in tutte le sale operatorie' e da parte di 'tutti gli operatori sanitari coinvolti nelle attività chirurgiche' (pag. 5). (...) La ripartizione del lavoro di controllo tra membri dell'équipe deve intendersi come rivolta ad assicurare un fattore di sicurezza ulteriore che integra e non sostituisce i doveri di diligenza di colui che è tenuto a coordinare il gruppo ed vigilare su ciascuna delle attività che i membri dell'équipe pongono in essere. Non può, invero, immaginarsi la cune segmentazione degli interventi delle diverse competenze che esima il coordinatore dagli obblighi che gli sono propri'(...) ma semplicemente ricondurre il controllo finale del campo operatorio alla diligenza che l'ordinamento rimette al capo equipe”.

No caso, questiona-se a responsabilidade do cirurgião, da equipe cirúrgica em relação ao esquecimento de gaze dentro da cavidade corporal da vítima, por erro de enfermeiro. O dever de cuidado encontra-se na Raccomandazione Ministeriale n. 2/2008 do Ministério da Saude, indicando “de modo esclusivo ao pessoal da enfermagem” a obrigação da contagem das gazes, para que haja “equiparação do número das introduzidas e das retiradas do campo operatorio”. A decisão da Corte trata da regulação da profissão, indicando uma relação de “cooperação”, sendo que os enfermeiros teriam uma “condição especial de garantia, em relação à saúde do paciente”. Concluiu a Corte que a “repartição de trabalho de controle entre os membros da equipe deve ser entendida como destinada a assegurar um fator de segurança posterior que integra e não substitui o dever de cuidado deles que visa a coordenar o grupo e a vigiar qualquer atividade”, concluindo pela inexistência de exclusão de responsabilidade do “coordenador” considerando “as obrigações que lhe são próprias”, assim, o “controle final do campo operatorio” é de responsabilidade do “chefe da equipe”.

⁹²⁹Itália. Penale Sent. Sez. 3 Num. 20559 Anno 2022 Presidente: RAMACCI LUCA Relatore: CORBO ANTONIO Data Udienza: 24/03/2022.

⁹³⁰ No caso, a Corte questionou porque não se tratou de dever de cuidado que proíbe o reuso de cisternas já usadas para o transporte de enxofre fundido, já que o contrato previa claramente a violação dessa norma. E, apenas, enfocou-se na omissão do dever de cuidado de informar o tipo de material perigoso transportado e de se empregar pessoas sem capacidade técnica para a limpeza. A Corte, portanto, questiona o porquê não se puniu a conduta comissiva culposa e se preferiu imputar a omissão.

Itália. Penale Sent. Sez. 3 Num. 20559 Anno 2022 Presidente: RAMACCI LUCA Relatore: CORBO ANTONIO Data Udienza: 24/03/2022, pp. 33, 35,39 “(...)la cisterna era ancora destinata ad essere utilizzata nel sistema del circuito "ad anello" per il trasporto di zolfo fuso, o, invece, poteva essere dismessa o destinata ad altri usi, e, quindi, doveva essere "bonificata".” medesimi soggetti agirono in violazione degli obblighi di informazione in ordine al materiale trasportato, ed alla sua pericolosità, nonché degli obblighi di diligenza, prudenza e perizia ai fini della valutazione della capacità tecnica del soggetto cui la cisterna sarebbe stata affidata per il lavaggio.

(...)La sentenza, però, non espone alcun elemento utile per spiegare perché, nella specie, fosse rilevabile una regola cautelare che impediva in assoluto l'impiego delle cisterne già utilizzate per il trasporto dello zolfo allo stato fuso anche per la vettura di acido solforico. La Corte d'appello, infatti, come ampiamente detto in precedenza, quando ha individuato la condotta colposa degli agenti della società (...), non ha mai fatto riferimento al comportamento costituito dalla stipulazione del contratto prevedente il riutilizzo delle cisterne, ma, invece, e del tutto diversamente, ha avuto riguardo al comportamento integrato dall'invio del *tank container* senza la prestazione delle informazioni in ordine alla tipologia del prodotto contenuto nei precisati veicoli, ed al conseguente pericolo per le persone di venire in contatto con lo stesso, nonché al comportamento integrato dal consenso all'affidamento delle operazioni di pulizia di tali mezzi di trasporto ad un soggetto senza verificarne l'abilitazione e la capacità tecnica. Da un lato, non ha spiegato perché era ravvisabile una regola cautelare la quale inibiva in assoluto il riutilizzo delle cisterne già adoperate per il trasporto dello zolfo allo stato fuso, così da evidenziare una specifica condotta colposa, che, per di più, sembrerebbe estranea anche alla imputazione del pubblico ministero(...)Le medesime categorie garantistiche, inoltre, trovano applicazione anche ai fini dell'accertamento della responsabilità civile. Anche nella giurisprudenza civile, infatti, si afferma che, in tema di responsabilità civile, la condotta attiva

considera que os atos criminosos realizados pelo réu devem prevalecer sobre a imputação de um crime omissivo⁹³¹. Percebemos que a Corte procura demonstrar que, para se imputar uma omissão culposa, o juiz deve se desincumbir de um ônus argumentativo, que seria o de justificar a posição de garante, indicando a força normativa do dever. Essa análise é bastante influenciada pela dimensão sociocultural do risco, que trata da ponderação de valores encapsulados nos deveres de cuidado.

Outro tema que nos chama a atenção é o de acidentes de trabalho. Percebemos que a decisão da Corte pode ampliar ou limitar a responsabilidade do réu como garante, partindo da análise de seu comportamento anterior ao fato, especialmente de acordo com a gestão de risco realizada pelo próprio réu em seu estabelecimento. Nesse caso, encontramos um exemplo em que é possível notar com clareza os deveres de cuidado como uma “importação” da Regulação de Risco para o Direito Penal.

Quanto à dimensão sociocultural do risco, no caso 29538⁹³², tivemos a análise explícita do sopesamento de valores que rege a construção do risco através de deveres de cuidado pela Regulação de Risco, nas relações de trabalho, onde o empregador tem a posição de garante. Quanto aos acidentes de trabalho, a Corte afirma que se teria abandonado o “modelo ‘hiperprotetivo’”, o qual ampliava a responsabilidade do empregador, o qual seria um tipo de “vigilante” “absoluto do empregado”, sendo de sua responsabilidade “não apenas fornecendo os dispositivos de segurança idôneos, mas também controlando se os trabalhadores fazem o uso correto de tais dispositivos, impondo-se contra a sua vontade”. Atualmente, seria adotado o “modelo ‘colaborativo’, segundo o qual as obrigações são repartidas entre os sujeitos, incluindo

colposa, caratterizzata dall'omesso rispetto di regole cautelari proprie (cd. "omissione nell'azione"), va distinta dalla condotta omissiva propria (omissione in senso stretto), in quanto, mentre quest'ultima postula, ai fini del risarcimento del danno ad essa conseguente, la violazione di uno specifico obbligo di agire per impedire la lesione di un diritto altrui, la prima presuppone semplicemente il mancato rispetto di regole di prudenza, perizia o diligenza volte a prevenire il danno medesimo (cfr., per tutte, Sez. 3 civ., n. 7362 del 15/03/2019, Rv. 653259-01, e Sez. 3, n. 20328 del 20/09/2006, Rv. 593318-01)”.

⁹³¹Cf. Cap. 4.6.1. Crimes omissivos e deveres de cuidado no direito romano-germânico.

⁹³² Itália. Penale Sent. Sez. 4 Num. 29538 Anno 2019 Presidente: DOVERE SALVATORE Relatore: CAPPELLO GABRIELLA Data Udienza: 28/05/2019, p.19 “Sul punto, la stessa giurisprudenza di legittimità ha già riconosciuto che, nella materia degli infortuni sul lavoro, si è passati da un modello “iperprotettivo”, interamente incentrato sulla figura del datore di lavoro, investito di un obbligo di vigilanza assoluta sui lavoratori (non soltanto fornendo i dispositivi di sicurezza idonei, ma anche controllando, che di questi i lavoratori facciano un corretto uso, imponendosi contro la loro volontà), ad un modello “collaborativo”, in cui gli obblighi sono ripartiti tra più soggetti, compresi i lavoratori, parimenti gravati dall'obbligo di osservanza di specifiche disposizioni cautelari e di agire con diligenza, prudenza e perizia (cfr., in motivazione, Sez. 4 n.8883 del 10/02/2016, Santini e altro). Si è così individuato il principio di auto responsabilità del lavoratore e abbandonato il criterio esterno delle mansioni, sostituito con il parametro della prevedibilità, intesa come dominabilità umana del fattore causale (cfr., in motivazione, sez. 4 n. 41486 del 2015, Viotto). Tali principi hanno definitivamente sancito il passaggio - a seguito dell'introduzione del d.lgs 626/94 e, poi, del T.U. 81/2008 - dal principio “dell'ontologica irrilevanza della condotta colposa del lavoratore” al concetto di “area di rischio” (sez. 4, n. 21587 del 23.3.2007, Pelosi, Rv. 236721) che il datore di lavoro è chiamato a valutare in via preventiva.”

os empregados” para cumprir as “específicas disposições de cuidado”. A Corte indica que foi criado o “princípio da autorresponsabilidade do empregado”, o qual se baseia no “controle humano dos fatores causais”, indicando a criação das “áreas de risco”, as quais são classificadas pelos empregadores tendo um fim preventivo. No entanto, mantém-se a prioridade da responsabilidade dos empregadores, quando se trata de “assegurar as condições de segurança apropriadas, mesmo em relações a possíveis comportamentos descuidados dos empregados”.

Veja-se que essa postura mais moderada de responsabilidade dos empregadores não se consolida em uma tendência à absolvição. Em muitos casos, vemos que os empregadores são responsabilizados por riscos criados por condutas culposas dos empregados. Poderíamos indicar um indício de controle judicial da dimensão sociocultural da Regulação de Risco, em que o magistrado realiza um novo sopesamento de valores, diverso daquele cristalizado na decisão regulatória. No entanto, se houve tal reanálise, ela não é indicada explicitamente nas decisões.

No caso 14915⁹³³, temos uma análise da inadequação da Regulação de Risco feita pelo réu, sendo possível identificar os deveres de cuidado como uma “importação” da Regulação de Risco para o Direito Penal. Podemos indicar também um certo controle judicial do conteúdo tais deveres de cuidado realizado pela Corte, já que essa admite que, para o empregador, além das normas técnicas, o dever de cuidado exige a adoção das “adaptações necessárias para evitar os riscos não documentados”. No caso, houve a queda de um artefato sobre o empregado. Esse artefato de cimento substituiu um mais leve, de fibra de vidro, sem conhecimento do empregador. A Corte indica que o mais “relevante” seria indicar que não houve “conhecimento da parte do empregador sobre a modificação do tipo” do artefato utilizado, “o que equivale à

⁹³³Itália. Penale Sent. Sez. 4 Num. 14915 Anno 2019 Presidente: IZZO FAUSTO Relatore: DOVERE SALVATORE Data Udienza: 19/02/2019, pp.2-3, 6 “(...)stava eseguendo lavori edili e si era verificato allorquando un manufatto in cemento prefabbricato denominato bocca di lupo aveva ceduto negli ancoraggi alla autogru che lo stava movimentando, cadendo in modo incontrollato e così investendo e schiacciando il (...) che si trovava sul fondo dello scavo nel quale il manufatto doveva essere posizionato (...) “In tema di reati colposi, la giurisprudenza di legittimità ha precisato che l'obbligo di prevenzione gravante sul datore di lavoro non è limitato al solo rispetto delle norme tecniche, ma richiede anche l'adozione di ogni ulteriore accortezza necessaria ad evitare i rischi di nocimento per i lavoratori, purché ciò sia concretamente specificato in regole che descrivono con precisione il comportamento da tenere per evitare il verificarsi dell'evento (...)sul fatto che la sua mancata conoscenza della decisione di utilizzare bocche di lupo in cemento invece che in vetroresina fosse da ricondurre ad una violazione dell'obbligo del datore di lavoro di controllare fisicamente l'andamento dei lavori in cantiere (...)mancata conoscenza da parte del datore di lavoro della decisione di modificare il tipo di bocca di lupo da utilizzare, sulle ragioni 'strutturali' di tale carenza informativa, che equivale ad un fallimento della gestione del rischio delineata con il documento di valutazione a suo tempo redatto. (...) Indagare su come erano strutturate le procedure di acquisto dei materiali e di controllo della corrispondenza di essi a quanto previsto nel documento di valutazione, onde verificare quali misure fossero previste per evitare che quanto disposto in quello fosse vanificato in concreto.”

A vítima, empregado do setor de construção civil, foi atingido por um “artefato de cimento pré-fabricado” que se soltou do guindaste.

falência da gestão de risco delineado no documento de avaliação” feito anteriormente. Essa falta de conhecimento seria uma “violação da obrigação do empregador de controlar fisicamente o andamento do trabalho”. Para tomar sua decisão, a Corte avaliou os “procedimentos de aquisição de materiais e de controle da correspondência entre eles quanto ao documento de avaliação” de risco, para se analisar a eficácia das “medidas que se fossem adotadas previstas para evitar” o evento.

Percebemos que o dever de cuidado identificado pela Regulação de Risco foi alterado pela Corte para fundamentar a responsabilidade criminal, criando-se um padrão de conduta mais rígido, baseando-se em uma análise técnico-científica, pôde-se ampliar o dever de cuidado para abranger riscos não documentados. É possível, ainda, identificarmos que a Corte analisou a Regulação de Risco realizada pela própria empresa, considerando os procedimentos por ela adotados em sua dinâmica produtiva, para fundamentar a responsabilidade criminal. Nessa questão, podemos indicar certa influência da dimensão sociocultural do risco para influenciar a decisão da Corte, que também se baseia na displicência do empresário na organização dos meios de produção.

Também a decisão 30633⁹³⁴, os empregadores foram considerados responsáveis, diante do reconhecimento pela Corte da ampliação do dever de cuidado. Os empregadores tem a responsabilidade de controlar os riscos, tanto os “conhecidos” como os “cognoscíveis” do agente concreto, como também “aqueles conhecidos, segundo a melhor ciência” ou por um regulado daquele setor. No caso, a Corte explicitamente afirma que se adota o dever de cuidado, de acordo com um parâmetro objetivo, sendo que a dimensão técnico-científica do risco é usada aqui para indicar tal parâmetro. No entanto, tal parâmetro é bastante rígido e amplo, pois não se limita apenas aos conhecimentos próprios de um regulado do setor, mas também todos os

⁹³⁴Itália. Penale Sent. Sez. 4 Num. 30633 Anno 2019 Presidente: PICCIALLI PATRIZIA Relatore: DOVERE SALVATORE Data Udienza: 02/04/2019, pp.2, 4-5, “(...)stavano operando su un rotolo di lamiera dello spessore di undici millimetri quando, a causa del guasto della cesoia adatta al taglio di un simile spessore (marca Fimi), provvedevano a riavvolgere il nastro per utilizzare altra cesoia (marca Halden); nel corso di tale operazione venivano colpiti dalla lameira(...) L'obbligo di valutazione dei rischi posto dagli artt. 17 e 28 del d.lgs. n. 81/2008 ha ad oggetto tutti i rischi esistenti. Essi, ovviamente, non sono quelli riconosciuti o riconoscibili dall'agente concreto ma quelli conosciuti secondo la migliore scienza o, quanto meno, dall'homo eiusdem professionis et condicionis(...) piuttosto è rilevante che, contemplando le lavorazioni la astratta evenienza di un riavvolgimento degli stessi (...) le procedure di lavoro implicavano il rischio connesso al riavvolgimento dei rotoli, stante la possibilità (non solo ipotetica) che si dovesse provvedere ad esso. ”.

As vítimas “estavam cortando uma fita de chapa metálica de onze milímetros, quando, diante de uma falha na tesoura”, tiveram de “rebobinar a fita” para trocar de tesoura, foram “atingidos pela chapa metálica”. A Corte considera que a operação era perigosa, o que exigia o cumprimento dos deveres de cuidado. A Corte busca um *standard* objetivo de cuidado, sendo “relevante” que o risco pudesse ser previsto em um caso em que se devesse “rebobinar” a placa metálica. Indica, ainda, que “os métodos de trabalho implicavam na existência de risco conexo ao rebobinar dos rolos, constante a possibilidade (não apenas hipotética)” sendo que se deveria abordar tal risco.

conhecidos de acordo com a “melhor Ciência”. O mesmo se deu no caso 13200⁹³⁵, em que a Corte indica que “a obrigação de prevenção dos empregadores não é limitada apenas ao respeito das normas técnicas, mas demanda também a adoção de toda a “prontidão necessária” para evitar os riscos de dano aos empregados, porque são assim “concretamente especificadas em regras que descrevem com precisão o comportamento obrigatório para evitar o evento.”.

Também no caso 46194⁹³⁶, a Corte analisa longamente a relação entre culpa e risco, indicando que o dever de cuidado dos empregadores “não é limitado às normas técnicas, mas exige também a adoção de todas as adaptações necessárias para evitar os riscos não documentados para os empregados”. Conclui que “os deveres de cuidado e as regras cautelares integram-se definindo em detalhe o concreto e específico comportamento devido, que assegura que não venham a ser responsabilizados penalmente pela sua posição, e, portanto, a título de responsabilidade objetiva”. Podemos perceber mais indícios de que, além da dimensão técnico-científica do risco para a construção normativa dos deveres de cuidado, entra em cena a dimensão sociocultural, que admite a ampliação de tais deveres para os empregadores.

⁹³⁵Itália.Penale Sent. Sez. 4 Num. 13200 Anno 2022 Presidente: DOVERE SALVATORE Relatore:ESPOSITO ALDO Data Udienza: 11/11/2021, pp.5 e 6: “Va premesso che, secondo il consolidato orientamento di questa Corte, l'obbligo di prevenzione gravante sul datore di lavoro non è limitato al solo rispetto delle norme tecniche, ma richiede anche l'adozione di ogni ulteriore accortezza necessaria ad evitare i rischi di nocumento per i lavoratori, purché ciò sia concretamente specificato in regole che descrivono con precisione il comportamento da tenere per evitare il verificarsi dell'evento

⁹³⁶ Itália.Penale Sent. Sez. 4 Num. 46194 Anno 2019 Presidente: PICCIALLI PATRIZIA Relatore: DAWAN DANIELA Data Udienza: 10/09/2019, pp.2, 4-6 “(..)intento a smontare uno spinotto del pistone di sollevamento di un piano abbassabile, veniva investito, da un'altezza di circa 2,5 metri, dalla caduta di una pompa idraulica manuale che gli schiacciava la mano cagionandogli l'amputazione sub-totale del primo dito (...) In tema di reati colposi, la giurisprudenza di legittimità ha precisato che l'obbligo di prevenzione gravante sul datore di lavoro non è limitato al solo rispetto delle norme tecniche, ma richiede anche l'adozione di ogni ulteriore accortezza necessaria ad evitare i rischi di nocumento per i lavoratori, purché ciò sia concretamente specificato in regole che descrivono con precisione il comportamento da tenere per evitare il verificarsi dell'evento [Sez. 4, n. 5273 del 21/09/2016 (dep. 03/02/2017), Ferrentino e altri, Rv. 270380 (...) Dovero di diligenza e regola cautelare si integrano definendo nel dettaglio il concreto e specifico comportamento doveroso; ciò assicura che non si venga chiamati a rispondere penalmente per la sola titolarità della posizione e pertanto a titolo di responsabilità oggettiva (...) Ciò posto, va detto che, nel caso di specie, l'obbligo di sorvegliare l'area di lavoro incombeva direttamente al preposto, deputato a governarne gli specifici rischi. L'infortunio, invero, era per l'appunto occasionato dalla concreta esecuzione della prestazione lavorativa. In conseguenza, nessun rimprovero può essere mosso al datore di lavoro, atteso che egli aveva redatto un Piano di Sicurezza e nominato i preposti e che il medesimo Piano aveva previsto il rischio di caduta di materiali dall'alto e stabilita una specifica procedura operativa relativa alla pulizia ed allo sgombero dei materiali dalle aree di lavoro, comunicata a tutti i lavoratori, stabilendo uno specifico obbligo di vigilanza in capo ai preposti, cui era demandato il controllo delle aree di lavoro al termine di ogni turno”

A vítima, ao “tentar desmontar um pino do pistão de elevação de uma superfície rebaixada, foi atingido, de uma altura de cerca de 2,5 metros, por uma bomba hidráulica manual que lhe escapou a mão causando a amputação do dedo”. No caso, considerou-se que o PSC previa o risco que causou o acidente, sendo que “a obrigação de vigiar a área de trabalho incumbia diretamente ao preposto”, ausente a responsabilidade do empregador, o qual criou o PSC e delegou os poderes de vigilância.

A mesma tendência é vista na decisão 45596⁹³⁷, onde a má gestão de rischi do garante fundamenta a responsabilità criminal. No caso, “o rischio de queda e de capotamento dá-se pelo uso improprio do allineamento das docas com a caçamba do caminhão”, sem que houvesse também qualquer iniziativa do réu para criar outra medida para neutralizar o rischio como “assicurar que o lavorador do magazzino estivesse operando con sicurezza sobre os pedais”, ou ainda, “bloccare le ruote del camion”. Assim, concluiu-se que se tais misure fossero adottate “neutralizzaria il proprio rischio di capotamento della empilhadora”. Vede-se che l'analisi della Corte indica che il réu violò le norme tecniche, come também non agì per creare qualsiasi altra misura per prevenire il rischio. La dimensione socioculturale del rischio presenta-se connessa à tecnico-scientifica, già che la reprovabilità della condotta del réu dá-se também con base nel suo discurso per il rischio causato al lavoratore. La Corte⁹³⁸ considerò che “la posizione di garante deve evitare che si verifichino eventi lesivi di incolumità fisica intrinsecamente inati al esercizio di alcune attività lavorative, também nelle ipotesi nelle quali tali rischi sono conseguenza di eventuali negligenze, imprudenza e distrazione di terzi o di lavoratori, di cui l'incolumità deve essere protetta con il dovuto curato”.

Da stessa forma, nel caso 29538⁹³⁹, il lavoratore verificò il funzionamento di macchinari di avviamento della fabbrica, nella “zona pericolosa” dell'azienda, senza sospendere il

⁹³⁷ Itàlia.Penale Sent. Sez. 4 Num. 45596 Anno 2021 Presidente: FERRANTI DONATELLA Relatore: D'ANDREA ALESSANDRO Data Udienza: 16/11/2021, p.5, “Per come diffusamente osservato dal giudice di seconde cure, nel caso in esame «il rischio di caduta e/o ribaltamento era connesso ad un uso improprio dell'allineamento delle banchine ai cassoni dei camion unito all'assenza di qualsivoglia più elementare presidio antinfortunistico», per cui «la violazione della regola basilare (ovvero assicurarsi che i magazzinieri operassero in sicurezza sulle pedane) da parte del datore di lavoro e la esigibilità della stessa (era sufficiente bloccare le ruote del camion) è il punto centrale della causalità della colpa e ciò senza disquisire sulla dinamica dell'evento perché, come evidenziato dal primo giudice, se quelle cautele antinfortunistiche fossero state adottate, sarebbero valse a neutralizzare proprio il rischio di un ribaltamento del carrello elevatore». Il rimprovero colposo riguarda, pertanto, proprio la realizzazione di un fatto di reato che ben poteva essere evitato mediante la puntuale osservanza delle specifiche norme cautelari violate, rendendo, di conseguenza, del tutto infondata la contraria doglianza dedotta da parte del ricorrente.

⁹³⁸ Itàlia.Penale Sent. Sez. 4 Num. 45596 Anno 2021 Presidente: FERRANTI DONATELLA Relatore: D'ANDREA ALESSANDRO Data Udienza: 16/11/2021, p.6, “Il titolare della posizione di garanzia è tenuto ad evitare che si verifichino eventi lesivi dell'incolumità fisica intrinsecamente connessi all'esercizio di talune attività lavorative, anche nell'ipotesi in cui siffatti rischi siano conseguenti ad eventuali negligenze, imprudenze e distrazioni di terzi o dei lavoratori subordinati, la cui incolumità deve essere protetta con appropriate cautele”.

⁹³⁹ Itàlia.Penale Sent. Sez. 4 Num. 29538 Anno 2019 Presidente: DOVERE SALVATORE Relatore: CAPPELLO GABRIELLA Data Udienza: 28/05/2019, pp.9 “(...)norme prevenzionistiche, ha osservato la corte territoriale, sono intese a tutelare non solo il lavoratore inesperto, distratto o stanco, ma anche quello esperto, il quale - assuefatto al pericolo - coscientemente e volontariamente, confidando sulle sue capacità, abilità e esperienza, ponga in essere comportamenti funzionali alle mansioni affidategli e non eccentrici rispetto ad esse, al procedimento lavorativo e alle direttive organizzative ricevute, magari per migliorare l'attività o il prodotto, per non interrompere la lavorazione in corso, per velocizzare il lavoro, aiutare un collega o per altri motivi verificabili in concreto. Da tali principi, affermati alla stregua della giurisprudenza di legittimità, la corte bresciana ha desunto che l'operatività dei sistemi di protezione deve risultare vincolante per il lavoratore, nel senso che essa non va lasciata alla buona volontà o alla perfetta attenzione di questi e che la loro rimozione non dev'essere consentita in modo semplice e immediato, sì che il lavoratore sia quantomeno "dissuasivo" dal neutralizzarli.”

funcionamento do sistema de pintura, após remover as barreiras que impediam o acesso à área. Dentro da área, houve um acidente, que lhe causou a amputação de um membro. A Corte considera que as “normas de prevenção” abarcam tanto o trabalhador “não especialista” como também o “especialista”, o qual “conscientemente e voluntariamente, confiando em sua capacidade, habilidade e experiência”, viole as normas de cuidado, “talvez para melhorar a atividade ou o produto”.

No entanto, a Corte⁹⁴⁰ enfatiza que essas barreiras de acesso à área perigosa não estavam em conformidade com as normas de cuidado, já que eram móveis e “facilmente removíveis”. E, ainda, indica que esse comportamento perigoso da vítima, era frequente no estabelecimento, sem que houvesse um procedimento próprio no relatório de análise de risco (DVR) da empresa para a realização do procedimento de manutenção. Parece-nos que a jurisprudência italiana tem uma maior facilidade de compreensão do esquema regulatório, sendo-lhe possível averiguar as dimensões do risco na criação de procedimentos para o cumprimento das metas determinadas pela regulação estatal. A Corte afirma que o comportamento culposo da vítima de “entrar em uma zona perigosa com os rolos funcionando, não exclui a responsabilidade do empregador”. A Corte baseia a responsabilidade criminal do empregador na falha regulatória, “na insuficiência ou fácil afastamento do sistema de proteção” do empregado, que “neutralizariam” o risco se adequados. Sendo assim, a construção normativa do risco para a jurisprudência italiana passa pela dimensão técnico-científica do risco, indicando por meio de regulação as formas de prevenção de certos danos, as quais devem ser seguidas pelas empresas, considerando o contexto em que se desenvolve a atividade e detalhes técnicos para atingir esse fim. Como também há a consideração da dimensão sociocultural do risco, já que se amplia a responsabilidade do empregador como garante, a partir de deveres de cuidado mais rígidos.

Na decisão 11659⁹⁴¹, a Corte considerou que o réu com sua posição de garante tinha o dever de “adotar todas as medidas técnicas e organizacionais necessárias para reduzir os riscos

⁹⁴⁰ Itália. Penale Sent. Sez. 4 Num. 29538 Anno 2019 Presidente: DOVERE SALVATORE Relatore: CAPPELLO GABRIELLA Data Udienza: 28/05/2019, pp.9, 11, 17 (...) essendosi rilevata la non conformità della barriera esistente alla normativa comunitaria, poiché il riparo costituito da pannelli metallici fissati a piantane era facilmente eludibile, potendo essere appoggiato, non ancorato e smontato senza l'uso di specifici utensili(...) Pertanto, ricordata la natura del DVR, vero e proprio statuto della sicurezza aziendale, quel giudice ha ritenuto che la mancata adozione di una specifica procedura di lavoro da seguire per svolgere in sicurezza le operazioni di ricerca e soluzione dei difetti di verniciatura sul nastro aveva finito con il rimettere ai lavoratori la scelta, propriamente datoriale, del comportamento da seguire in operazioni estremamente pericolose. Tale condotta è stata ritenuta particolarmente grave, a fronte della possibile e prevedibile frequenza con la quale tali inconvenienti si verificano nella fase della verniciatura(...) in una zona di pericolo con i rulli in funzione, non esclude la responsabilità del datore di lavoro, poiché l'evento è sempre ricollegabile alla insufficienza e/o facile eludibilità del sistema di protezione approntato che, ove efficace, avrebbe neutralizzato proprio il rischio di un simile comportamento”.

⁹⁴¹ Itália. Penale Sent. Sez. 4 Num. 11659 Anno 2021 Presidente: FUMU GIACOMO Relatore: DAWAN DANIELA Data Udienza: 11/11/2020, pp.2-5, “Nel 1984, l'azienda decideva di applicare alla macchina

ao mínimo”. No caso, as mudanças na máquina de balanceamento trouxeram “novos e maiores riscos aos empregados”, permitindo que “os operários pudessem instintivamente aproximarem-se da ponta da broca com a mão livre, na tentativa de remover os resíduos e colocar em seu lugar o furo”. Nesse caso, ausente a adequada abordagem da dimensão técnico-científica do risco pelo réu, a Corte decidiu pelo não adimplemento do dever de garante, condenando-o. Sendo assim, também a dimensão sociocultural do risco acaba sendo considerada, já que se atribuiu a responsabilidade pelo resultado ao empregador, mesmo diante da conduta culposa do empregado.

Também no caso 6505⁹⁴², o empregador foi considerado responsável, mesmo com a conduta culposa do empregado. Teria havido a violação das normas de segurança do trabalho quando a vítima, durante uma “verificação do sistema de anti-incêndio”, tentou “desconectar manualmente um cilindro com gás”, causando uma “descarga violenta e repentina de gás e, depois, do próprio cilindro”. Nesse caso, a dimensão técnico-científica do risco foi analisada, assim como a sociocultural, pois a Corte considerou reprovável a conduta do empregador que deixou de contratar serviço especializado (orçado em dez mil euros) para a realização de tal manutenção, a qual terminou sendo feita sem a observância das normas técnicas.

equilibratrice dei trapani manuali su di un supporto fisso a leva: con una mano si azionava il pulsante di rotazione del trapano; con l'altra, la leva che accosta la punta al particolare da forare. (...) Entrambi i giudici di merito hanno ritenuto che la nuova configurazione della macchina equilibratrice (...) ha comportato per l'operatore rischi diversi e maggiori rispetto a quelli originari (...) l'operatore potesse istintivamente avvicinare alla punta del trapano in azione la mano libera nel tentativo di rimuovere i residui e rimettere al suo posto lo straccio (...) era tenuto ad adottare tutte le misure tecniche ed organizzative necessarie a ridurre al minimo i rischi”.

O réu é o gerente da área de “saúde e segurança” da empresa, cujo empregado, que trabalhava com balanceamento de peças, usou uma broca “sem proteções, para impedir que as aparas de metal se emaranhassem” na “cobertura de zona de amortecimento da máquina” e, quando o empregado tentou remover tais aparas, diante da “rotação da ponta da broca”, sua mão ficou presa, sendo “arrastada até a ponta da broca”.

⁹⁴² Itália. Penale Sent. Sez. 4 Num. 6505 Anno 2021 Presidente: CIAMPI FRANCESCO MARIA Relatore: FERRANTI DONATELLA Data Udienda: 27/01/2021, pp.2, 8-9 “particolare l'inculpazione descrive che il Collecchi durante una verifica dell'impianto antincendio asservito al locale Turbotroll della centrale, nel tentativo di scollegare manualmente una bombola contenente gas naf S III, non più conforme alle vigenti norme secondo quanto previsto dal DM del 20.12.2005, veniva investito da una scarica violenta ed improvvisa del suddetto gas e poi dalla bombola stessa che, dopo aver divelto gli ancoraggi a parete, lo colpiva nel viso (...) la quale aveva effettuato un preventivo di 10.000,00 euro per la sostituzione del gas nocivo Naf S III ma che il lavoro non era stato autorizzato dalla dirigenza “(...), in quanto il rispetto della normativa antinfortunistica mira a salvaguardare l'incolumità del lavoratore anche dai rischi derivanti dalle sue stesse imprudenze e negligenze o dai suoi stessi errori, purché connessi allo svolgimento dell'attività lavorativa (Cass., Sez. 4, n. 18998 del 27-3-2009, Rv. 244005). (...) il datore di lavoro e il delegato avevano omesso di eseguire la regolare manutenzione dell'impianto antincendio e di sostituire il gas vietato per legge non stanziando i fondi necessari per l'operazione e quindi ponendo in essere consapevolmente una scelta aziendale rischiosa di mantenere l'impianto a gas vietato”.

A Corte considerou que a troca do tipo de gás era obrigatória, desde 2007, mas a a regular manutenção do sistema anti-incêndio e a substituição do gás foram negadas pelo empregador e seu delegado, “não fornecendo o valor necessário para a operação”, tendo “realizado uma escolha operacional perigosa, mantendo o sistema a gás proibido”. E, mesmo tendo havido uma conduta descuidada da vítima na troca dos cilindros, os deveres de cuidado tem como função a proteção dos empregados de suas próprias condutas descuidadas, sendo adequada a responsabilidade criminal do dirigente e do empregador.

Em outros casos, a Corte avalia a forma como as empresas cumprem a Regulação de Risco estatal, como também os próprios instrumentos regulatórios produzidos pela empresa para fundamentar a responsabilidade criminal.

No caso 5963⁹⁴³, o réu era diretor do estabelecimento, responsável pela “segurança do trabalho”, onde um empregado caiu em uma “fossa de três metros de profundidade”, após a “reativação repentina” de uma pistola de pulverização. Não teria havido a adoção de “medidas de risco de queda”. No caso, a Corte considerou que o nexo causal entre a conduta do réu e o resultado deve ser analisado de acordo com as duas possibilidades de cumprimento da regra de cuidado. A primeira, adotada pela empresa à época do acidente era a de uso de “uma concha de fundição” para cobrir o fosso, a concha de fundição é um instrumento que fica suspenso por uma estrutura metálica, sendo uma peça móvel. E, a segunda, seria uma “cobertura metálica” imóvel. A Corte entendeu, partindo da análise na “probabilidade lógica”, que a segunda alternativa seria suficiente para impedir a queda do funcionário no fosso. A Corte decidiu, ainda, que seria adequado reconhecer o réu como garante, pois houve “expressa delegação” ao réu das questões de “segurança”, “munido de autonomia de decisão e orçamentária”. Essa análise da figura do garante pode ser entendida como uma análise da dimensão sociocultural do risco, já que trata da força normativa do dever de cuidado. A análise das alternativas de cumprimento dos deveres de cuidado pode ser considerada como uma expressão da dimensão técnico-científica do risco, como também da análise jurídico-penal do cumprimento dos deveres de cuidado da Regulação de risco pelo regulado.

No caso 49756⁹⁴⁴, houve a queda de dois empregados que “lançavam cimento reforçado sobre o teto e as lajes, apoiados em estruturas provisórias”, quando essas mesmas estruturas

⁹⁴³ Itália. Penale Sent. Sez. 4 Num. 5963 Anno 2020 Presidente: BRICCHETTI RENATO GIUSEPPE Relatore: CAPPELLO GABRIELLA Data Udienza: 23/01/2020, pp.2, 6-7, “(...)delegato per gli aspetti della sicurezza sul lavoro e datore di lavoro della persona offesa, di avere cagionato, per colpa generica e specifica, omettendo di provvedere a difendere in modo idoneo una fossa contro il rischio di caduta al suo interno (in violazione dell'art. 64 co. 1 lett. a), art. 63 co. 1 all. IV punto 1.5.14.1, d. lgs. 81/2008), le lesioni gravi da questa riportate il 16 giugno 2013, allorchè era intenta ad utilizzare una lancia a spruzzo in posizione prospiciente detta fossa profonda tre metri (...)espressa delega del (...) per la sicurezza, attribuitagli quale direttore dello stabilimento (...) munito di ampia autonomia decisionale e di spesa (...)ha correttamente operato il giudizio meramente ipotetico, necessario per verificare se il comportamento omissivo avrebbe, con un alto grado di probabilità logica, impedito o significativamente ritardato il verificarsi dell'evento o comunque ridotto l'intensità lesiva dello stesso (sui connotati del quale pare sufficiente, in questa sede, un rinvio ai principi consolidatisi dalla sentenza delle Sezioni Unite del 2002, *Franzese* in avanti e sino allà più recente *Espenhahn e altri* del 2014, citata), ponendo l'accento sulla diversità ontologica dei due differenti strumenti. L'uno (la siviera) era infatti presidio assolutamente precario e disfunzionale (siccome finalizzato ad altro scopo); l'altro era, invece, stabile e dedicato, atteso che la copertura metallica, contrariamente a quanto affermato dalla difesa, sarebbe stata regolarmente apposta alla fossa e solo eventualmente rimossa, allorchè fosse stato necessario collocarvi la siviera”.

⁹⁴⁴ Itália. Penale Sent. Sez. 4 Num. 49756 Anno 2019 Presidente: MENICETTI CARLA Relatore: DOVERE SALVATORE Data Udienza: 03/10/2019, pp.3, 8, 9, 10 “(...)mentre i due lavoratori attendevano, con altri, alla gettata del calcestruzzo sul solaio e le lastre (travi prefabbricate) appoggiate su armature provvisorie, queste ultime cedevano provocando la caduta al suolo del (...) L'esponente censura la Corte di appello anche per aver ritenuto

cederam. A Corte considerou como garantes os “coordenadores de segurança na fase de execução”. A Corte esclarece que o risco que esses coordenadores são responsáveis é diferente daquele que o empregador deve gerir, indicado no “relatório de análise de risco (DVR)”. Os “coordenadores de execução elaboram um documento de avaliação autônomo, que tem o nome de plano de segurança e de coordenação (PSC)”. No entanto, a Corte afirma que deve ser analisada a situação concreta. Não haveria indicação no PSC de quais riscos os réus seriam os gestores. Além disso, não há nem análise da possível responsabilidade dos diretores da empresa

Nesse caso, também podemos indicar um indício de controle judicial do conteúdo do dever de cuidado. A Corte considerou a divisão de responsabilidade quanto aos riscos, presentes nos instrumentos DVR e PSC, para fundamentar a reprovabilidade das condutas dos réus. Ao considerar que aos réus tinham sido imputados quaisquer riscos da empresa, sem, ao menos se cogitar quanto à responsabilidade dos superiores, a Corte anulou as demais decisões de mérito. Dessa forma, a dimensão sociocultural do risco pode ser indicada, já que não se aceitou a indicação de instrumentos normativos que buscaram a delegação das funções de garante, isentando os superiores de qualquer responsabilidade.

O caso 12137⁹⁴⁵ trata de lesão corporal culposa de empregada, sendo a ré a “responsável da área” da empresa, por se ter “omitido de fornecer” os “dispositivos de proteção individual

errata la esecuzione dell'operazione di getto del calcestruzzo (in funzione della dimostrazione della assorbente incidenza del già descritto vizio di fabbricazione delle travi ITO). Ma il principale argomento a sostegno di tale tesi, ovvero che le travi fossero autoportanti (...) è in aperta contraddizione con quanto chiaramente asserisce il Tribunale e viene fatto proprio dalla Corte di appello, ovvero che le travi ITO rappresentavano una struttura non autoportante (...)“risulta superata la prospettazione difensiva incentrata sul difetto delle travi come causa esclusiva del crollo (...) che i menzionati imputati sono stati ritenuti responsabili del fatto in quanto coordinatori della sicurezza in fase di esecuzione. (...)Compito del coordinatore per l'esecuzione (come già del coordinatore per la progettazione) è essenzialmente quello di governare il cd. rischio interferenziale, ovvero il rischio che deriva dalla presenza diacronica o sincrona in cantiere di più plessi organizzativi; si tratta di un rischio distinto ed autonomo rispetto a quelli che il singolo datore di lavoro deve valutare e gestire a partire dalla elaborazione del documento di valutazione dei rischi (DVR). Ed infatti il coordinatore per l'esecuzione, ove non già formato dal coordinatore per la progettazione, elabora un autonomo documento di valutazione, che prende il nome di piano di sicurezza e di coordinamento (PSC: art. 92, co. 2), la cui funzione precipua è quella di adottare le misure funzionali all'azzeramento o, se non possibile, alla diminuzione del rischio interferenziale (...)Non è necessario approfondire ulteriormente l'indagine perché in realtà, quel che rileva, a riguardo della posizione del (...), la circostanza di aver fatto operare i lavoratori non provvedendo a dotarli delle cinture di sicurezza e dei caschi di protezione e comunque non provvedendo a vigilare sull'uso di questi. E' su tali inosservanze agli obblighi prevenzionistici - causalmente efficienti perché avrebbero evitato o ridotto le conseguenze della caduta (...) Lo stesso PSC, in assenza di più imprese, non si vede di quale rischio interferenziale abbia potuto essere strumento di gestione (...)In realtà dalla lettura delle sentenze non risulta chiaro in che veste concreta i due imputati in parola abbiano agito; non è esplicito chi li abbia nominati”.

No caso, a Corte analisou diversas causas do evento. Inicialmente, com base nas provas técnicas, afastou-se a possibilidade de vício das lajes. Quanto ao erro na operação de lançamento de cimento reforçado, a Corte entendeu que a análise judicial foi errada, já que se tratou de tipo diverso de laje. No entanto, a Corte afirma que o fundamento da responsabilidade criminal dos réus é permitir a execução do trabalho, sem o uso de equipamentos de segurança.

⁹⁴⁵ Itália. Penale Sent. Sez. 4 Num. 12137 Anno 2021 Presidente: PICCIALLI PATRIZIA Relatore: DAWAN DANIELA Data Udienza: 03/12/2020, pp.3 e 6, “I guanti anti taglio, infatti, erano stati acquistati ed impiegati per altre lavorazioni, in una prospettiva di eliminazione del rischio alla fonte: finalità, questa, perseguita dal Servizio

(luvas anti-corte)”, No entanto, ficou comprovado que “as luvas foram adquiridas e eram usadas por outros lavadores”, sendo que “o Serviço de Prevenção e Proteção da empresa” indicava que os “lavadores” de “nenhum modo deveriam manipular objetos cortantes, devendo utilizar outros instrumentos (paleta e balde) para eliminar o risco na origem”. A Corte ao considerar satisfeita a análise da dimensão técnico-científica do risco, acabou por absolver a ré, pois, entendeu que a ré não tinha o “conhecimento” das “práticas comportamentais” dos empregados “contrárias à matéria infortunistica”. Mesmo que ela fosse garante, a Corte não considerou que sua posição determinaria “uma imediata imputação de conduta culposa”, o que de acordo com o princípio da culpabilidade exigiria que se analisasse a “previsibilidade e evitabilidade do evento danoso que a regra cautelar buscava evitar” ou o “nexo causal entre a conduta do garante e o evento danoso”. Podemos indicar um indício de que a dimensão sociocultural do risco influenciou a decisão da Corte, já que diante da conduta anterior louvável, a gestão de riscos adequada, o empregador não foi responsabilizado pela conduta culposa da vítima, diferenciando-se dos demais casos estudados.

Da mesma forma, no caso 1096⁹⁴⁶ percebemos que, mesmo diante da conduta culposa do empregado, não houve imputação da conduta ao empregador, pois a Corte entendeu que não se comprovou que o réu “tinha realmente (ou pudesse ter) o conhecimento de tal prática”, já que estava “naquele posto de trabalho há apenas cinco dias”. No caso, a dimensão sociocultural do risco pode ser observada, já que não se considerou reprovável a conduta do empregador, há poucos dias no cargo.

Também no caso 32507⁹⁴⁷, a Corte considera difícil estabelecer o nexo de causalidade Entre a omissão da “formação e informação do trabalhador” e o resultado, já que, “a

di Prevenzione e Protezione aziendale e attuata mediante la specifica previsione che i lavoratori, a fronte dell'evenienza in cui operò la persona offesa, non dovessero in alcun modo manipolare oggetti dotati di superfici taglienti, dovendo, invece, utilizzare altri strumenti (paletta e secchiello) per rimuoverli, in modo da elidere in radice il rischio (...)Invero, la titolarità di una posizione di garanzia non comporta, in presenza del verificarsi dell'evento, un automatico addebito di responsabilità colposa a carico del garante, imponendo il principio di colpevolezza la verifica in concreto sia della sussistenza della violazione da parte di questi di una regola cautelare (generica o specifica), sia della prevedibilità ed evitabilità dell'evento dannoso che la regola cautelare violata mirava a prevenire (la cosiddetta concretizzazione del rischio), sia della sussistenza del nesso causale tra la condotta ascrivibile al garante e l'evento dannoso”.

⁹⁴⁶Itália.Penale Sent. Sez. 4 Num. 1096 Anno 2021 Presidente: PICCIALLI PATRIZIA Relatore: DAWAN DANIELA Data Udiencia: 08/10/2020, pp.3, “ (...)l'incarico di preposto a quell'esercizio commerciale da soli cinque giorni, fosse realmente (o potesse essere) a conoscenza di tale prassi (...)aveva riferito che l'elusione dei dispositivi di protezione, di cui pure quella specifica macchina era dotata, era una prassi inveterata, atteso che, a suo dire, questi dispositivi ostacolavano i movimenti necessari al taglio dei pezzi di carne più piccoli”

O empregado de um mercado usou a máquina serra-ossos de modo indevido, contrário às “instruções de uso do fabricante”, sem o uso de “dispositivos de proteção” específicos para aquela máquina, já que “os dispositivos obstaculizavam os movimentos necessários para o corte das peças de carne em tamanho pequeno”.

⁹⁴⁷ Itália.Penale Sent. Sez. 4 Num. 32507 Anno 2019 Presidente: PICCIALLI PATRIZIA Relatore: DI SALVO EMANUELE Data Udiencia: 16/04/2019, pp.3, 9-11 “(...)il decesso dell'operatore ecologico, addetto alla raccolta dei rifiuti, (...), il quale, invece di salire in cabina, in attesa della successiva fermata, utilizzava quale postazione di

periculosidade daquela manobra seria imediatamente perceptível” a qualquer empregado. A Corte concluiu que, mesmo diante do cumprimento dos deveres de cuidado, o acidente teria ocorrido, já que a vítima “percebeu a periculosidade” da manobra, “que era imediata, intuitiva e incontrovertida”. Considerou a Corte, ainda, que o réu não tinha o dever de vigiar a conduta da vítima, pois já tinha “advertido sobre essa conduta perigosa”, como também, diante da “natureza” da atividade, não havia meios para a vigilância, já que a coleta de lixo ocorrida nos mais diversos locais. Parece-nos que a dimensão técnico-científica do risco, que indica um risco “intuitivamente” percebido como alto, acaba sendo de tal modo relevante que é capaz de atenuar a “força normativa” do dever de garante, isso é, afeta a dimensão sociocultural do risco.

Nos delitos culposos baseados na regulação de trânsito, é possível perceber que, após a violação da regulação de trânsito, o dever de cuidado do condutor torna-se mais exigente, englobando o risco criado por condutas culposas dos demais motoristas. Nesse caso, podemos indicar um possível indício de controle judicial sobre o conteúdo do dever de cuidado, baseado na dimensão sociocultural do risco, já que se busca a homogeneização das condutas dos

lavoro la staffa ad U posta alla base del sistema di ancoraggio dei contenitori, sul retro del VRR, e, dopo aver ritirato l'ultimo sacchetto dei rifiuti, nel cercare di risalire, poggiando il piede sulla staffa, e di afferrare con la mano il bordo della vasca portarifiuti, o comunque nel tentativo di salire sulla staffa, mentre il veicolo era in movimento, rovinava al suolo (...) Ne deriva che, qualora la pericolosità di una certa manovra sia immediatamente percepibile non solo da parte di un operatore esperto ma anche di un lavoratore alle prime armi e perfino del *quisque de populo*, il quesito inerente alla sussistenza della causalità della colpa per omessa formazione e informazione del dipendente diviene particolarmente delicato (...) Ne deriva che, quand'anche l'imputata avesse osservato la norma cautelare in questione, impartendo un'adeguata formazione e informazione (...), l'evento si sarebbe verificato lo stesso perché (...), pose in essere la manovra in questione pur rendendosi perfettamente conto della pericolosità di quest'ultima, che era di immediata, intuitiva e incontrovertibile evidenza per chiunque e ancor più per lui, che era un operatore di lunga esperienza, tanto più che l'autista del mezzo, quale caposquadra preposto allo svolgimento del lavoro, lo aveva più volte ammonito affinché si astenesse da siffatta condotta rischiosa. Non può dunque ravvisarsi, sotto tale profilo, il requisito della causalità della colpa (...) aveva più volte ammonito i due operatori componenti la squadra affinché si astenessero dalla condotta rischiosa in esame (...) Non può, infatti, al riguardo, essere trascurata la circostanza che l'attività, per sua natura, non si svolgeva in un unico ambiente o in più ambienti ben individuati, circoscritti e quindi, in modo più o meno agevole, controllabili e sorvegliabili ma si esplicava mediante una pluralità di veicoli destinati a circolare continuamente”.

condutores. Nos casos 42075⁹⁴⁸ e 33816⁹⁴⁹, a Corte condenou os réus que violaram a regulação de trânsito, mesmo a conduta culposa da vítima tendo sido considerada concausa do acidente. O mesmo se deu no caso 10858⁹⁵⁰, onde a Corte considerou que a conduta do motorista não observou o “dever de cuidado geral e de atenção do art. 140 cod strada”, tendo sido condenada por homicídio culposo, mesmo se entendendo que houve “concausalidade” com a conduta da vítima, tida como “certamente descuidada”. No entanto, a jurisprudência italiana enfatiza no caso 13123⁹⁵¹, que a violação de um dever de cuidado da regulação de trânsito não pode “presumir a existência de um nexos causal entre o comportamento e o evento danoso”. Nesse caso, considerou-se que o risco “que as regras visavam prevenir” foi concretizado quando o réu

⁹⁴⁸ Itália. Penale Sent. Sez. 4 Num. 42075 Anno 2021 Presidente: CIAMPI FRANCESCO MARIA Relatore: NARDIN MAURA Data Udiencia: 14/09/2021, p.2, 7 “perché con imprudenza negligenza ed imperizia ed in violazione dell'art. 154 C.d.S., omettendo, prima di effettuare la manovra di svolta a sinistra, di assicurarsi del traffico che proveniva da tergo e di segnalare adeguatamente le proprie intenzioni di marcia con gli indicatori discrezionali, nel corso della manovra per accedere ad una strada trasversale posta a sinistra andava a collidere con il motociclo (...)10. Nella specifica situazione di fatto, è proprio la ragionevole prevedibilità del sopraggiungere di un veicolo in fase di sorpasso, ancorché effettuato con modalità non consentite, a costruire, nel ragionamento della Corte territoriale, l'estensione del margine del dovere di diligenza del conducente del veicolo impegnato nella svolta a sinistra alla previsione del comportamento imprudente o negligente, così come alla violazione delle norme di circolazione da parte della vittima, che concretizza il pericolo temuto.”

No caso, a “previsibilidade racional do surgimento de veículo em fase de ultrapassagem” foi suficiente para fundamentar a “ampliação” do “dever de cuidado do condutor do veículo que realiza a conversão à esquerda” para abranger a “previsão de comportamento imprudente ou negligente, como o da violação das normas de trânsito por parte da vítima”.

⁹⁴⁹ Itália. Penale Sent. Sez. 4 Num. 33816 Anno 2019 Presidente: FUMU GIACOMO Relatore: PAVICH GIUSEPPE Data Udiencia: 04/07/2019, p.4, “(...)Nel caso di specie, la Corte di merito afferma la penale responsabilità della Caso sulla base delle modalità in cui la manovra di svolta a sinistra fu da lei eseguita, avuto riguardo al fatto che l'andamento rettilineo della strada le avrebbe comunque consentito di vedere la moto del Coppola che sopraggiungeva, ancorché a velocità elevata. La condotta alla guida dell'imputata, quindi, fu inosservante quanto meno del generale dovere di diligenza e di attenzione di cui all'art. 140 cod. strada, nonché degli obblighi di attenzione di cui all'art. 154 dello stesso codice; e ciò - contrariamente a quanto sostenuto nel ricorso - ebbe sicura rilevanza concausale unitamente alla condotta, certamente imprudente, della vittima, la quale procedeva a velocità più che doppia rispetto a quella consentita ed andò a impattare con l'auto condotta dalla Caso, ma che quest'ultima poteva comunque vedere sopraggiungere nell'eseguire la manovra di svolta a sinistra e che quindi avrebbe potuto lasciar transitare, così evitando l'incidente.”

A ré foi considerada culpada por “violar o dever de cuidado e de atenção previsto no art. 140 do código de trânsito e da obrigação de atenção do art. 154 do mesmo código”, indicando que sua manobra de “conversão à esquerda”, “atravessando o lado oposto da pista” foi uma “concausa” somada à “conduta imprudente da vítima”, que estava com “velocidade acima do dobro da permitida”, já que se considerou que a motorista poderia “ver a ultrapassagem”, sendo-lhe possível “deixar passar, evitando, dessa forma, o acidente”.

⁹⁵⁰ Itália. Penale Sent. Sez. 4 Num. 10858 Anno 2019 Presidente: DI SALVO EMANUELE Relatore: PAVICH GIUSEPPE Data Udiencia: 07/02/2019, p.4 “quindi, fu inosservante quanto meno del generale dovere di diligenza e di attenzione di cui all'art. 140 cod. strada, nonché dell'obbligo di segnalare il cambio di direzione di cui all'art. 154 dello stesso codice; e ciò ebbe sicura rilevanza concausale unitamente alla condotta, certamente sconsiderata, della vittima, la quale non andò a impattare con l'autocarro, ma seguì comunque una traiettoria condizionata dall'improvviso spostamento a sinistra dell'autoarticolato, così da tentare - in modo, purtroppo, errato - di infilarsi nel varco lasciato libero da quest'ultimo nell'esecuzione della manovra di svolta a sinistra.”

⁹⁵¹ Itália. Penale Sent. Sez. 4 Num. 13123 Anno 2019 Presidente: IZZO FAUSTO Relatore: PAVICH GIUSEPPE Data Udiencia: 19/02/2019, pp.3, 5 “(...) da parte di uno dei conducenti dei veicoli coinvolti, di una specifica norma di legge dettata per la disciplina della circolazione stradale non può di per sé far presumere l'esistenza del nesso causale tra il suo comportamento e l'evento danoso (...)in essere un comportamento diverso da quello prescritto dalle citate regole cautelari, e introdusse così (non volontariamente) un rischio, poi concretizzatosi, che quelle regole miravano a prevenire.”

praticou um “comportamento diverso daquello prescritto nas citadas regras”, quando conduzia seu veículo.

Por fim, podemos indicar casos em que a relação entre Direito Penal e Regulação de Risco foi crucial para a definição do conteúdo dos deveres de cuidado, indicando a possibilidade de controle judicial.

No caso 21852⁹⁵², a vítima trabalhava com a limpeza de tanques para a têmpera de metais, e, ao subir sobre a tampa do tanque, caiu no líquido, em um “banho de sais a 230° C”. A Corte considerou que o réu não cumpriu os deveres de cuidado, já que os tanques não possuíam uma “uma cobertura idônea” e nem “um sistema que impedisse que o empregado tivesse contato com o conteúdo”. Houve prova técnica da defesa, alegando que as travas não seriam “idôneas para eliminar o risco”, já que poderiam facilitar a criação de acúmulos de resíduos, dificultando o próprio fechamento ou facilitando a má colocação das coberturas. A Corte entendeu-a como “irrelevante”, pois a colocação de travas na cobertura evitaria o risco de deslizamento mesmo em caso de mau posicionamento. A Corte considerou correta a avaliação do Tribunal, sendo que o deslizamento seria a “própria concretização do risco que a norma violada buscava evitar”. No entanto, a Corte anulou a avaliação do juiz de primeiro grau, que entendeu que “se a cobertura estivesse mal posicionada, nenhuma violação poderia ser atribuída ao empregador, ao qual não compete o controle da fase de execução do trabalho”.

Quanto à regulação, a defesa alega⁹⁵³ que o art. 64 do d.lgs. n.81 de 2008 admite que “diante de impossibilidade técnica não seja possível o fechamento hermético, deveriam ser

⁹⁵² Itália. Penale Sent. Sez. 4 Num. 21852 Anno 2022 Presidente: DOVERE SALVATORE Relatore: CAPPELLO GABRIELLA Data Udienza: 06/04/2022, pp.2-3, 7 “All'esito di tale verifica, il primo giudice aveva ritenuto che l'infortunio era stato conseguenza di una scorretta modalità di esecuzione dell'operazione di pulizia/manutenzione, la cui vigilanza spettava al preposto e non al datore di lavoro, (...)Peraltro, il tecnico aveva pure precisato che le cerniere (apposte successivamente) non sarebbero state idonee a eliminare il rischio di infortuni, potendo esse favorire il formarsi di incrostazioni e determinare conseguenti difficoltà di chiusura e un aumento delle probabilità di una omessa chiusura o nnalposizionamento dei coperchi.(...) . 7 La Corte d'appello, invece, ha preso le mosse dal tenore dell'addebito specificamente mosso e da quanto accertato in maniera non contestata nel giudizio (vale a dire che i coperchi non erano assicurabili alle vasche mediante cerniere o altri dispositivi di sicurezza), per rilevare che l'accidentale ribaltamento della copertura, anche ove ricollegabile alla negligenza del lavoratore, costituiva proprio la concretizzazione del rischio che la norma violata era intesa a scongiurare, quello cioè del contatto - anche accidentale - tra il corpo del lavoratore e il liquido pericoloso. (...) In ciò ha, dunque, correttamente ravvisato l'errore in diritto del primo giudice che, muovendo dall'assunto che il coperchio fosse stato malamente posizionato, ha ritenuto che nessuna violazione potesse attribuirsi al datore di lavoro, al quale non compete il controllo sulla fase esecutiva delle lavorazioni.)”.

⁹⁵³ Itália. Penale Sent. Sez. 4 Num. 21852 Anno 2022 Presidente: DOVERE SALVATORE Relatore: CAPPELLO GABRIELLA Data Udienza: 06/04/2022, pp.3 e 7, “da un lato, le violazioni non sarebbero inerenti al caso concreto, atteso che l'art. 64 del d.lgs. n. 81 del 2008 sarebbe norma intesa a evitare che i lavoratori possano entrare in contatto con liquidi e sostanze pericolose, il legislatore avendo previsto che, nel caso in cui per esigenze tecniche non possano essere realizzate chiusure a tenuta ermetica, debbano adottarsi altre idonee misure di sicurezza; nel caso di specie, le cautele sarebbero state adottate, essendosi adotta la segregazione e automatizzazione dell'impianto e la dotazione di coperture delle vasche, perfettamente calzanti e solide (...)Nel far ciò, tuttavia, ha del tutto omesso un confronto con l'addebito specificamente contestato, quello cioè di non aver previsto che le

adotados outros meios de segurança”. Essa disposição da Regulação de Risco é um caso de Regulação em metas, que permitiria que o regulado desenvolvesse outras opções técnicas. No caso, a defesa alega que “as cautelas teriam sido adotadas, sendo prevista a segregação e automatização da limpeza e adoção da cobertura dos tanques, perfeitamente adequados e sólidas”. No entanto, a Corte manteve que o empregador teria violado a regulação porque “não previu que a cobertura dos tanques fosse dotada de travas que garantissem a estabilidade no momento em que fossem usadas como superfícies de trabalho para a realização da limpeza/manutenção”. Percebemos que a Corte avaliou a forma com a qual o regulado cumpriu a Regulação em metas, indicando, com base na dimensão técnico-científica do risco, que sua opção não foi adequada, imputando a responsabilidade ao empregador mesmo em caso de conduta culposa do empregado.

Na decisão 33989⁹⁵⁴, há um debate sobre o nível de risco permitido a ser adotado. Na autorregulação, a empresa contratada tinha um nível de risco permitido mais baixo que a contratante. Indica a Corte que também a contratante tinha obrigação jurídica de garantir a “modalidade de trabalho mais seguro”. A decisão considera que a desconformidade entre o PSC (Piano di Sicurezza e Coordinamento – Plano de Segurança e Coordenação) da contratante e o POS (Piano Operativo di Sicurezza – Plano Operativo de Segurança) da contratada seria um tipo de violação de dever de cuidado. E, para que essa conclusão seja afastada, a defesa deveria ter demonstrado que o POS da contratada seria a medida “mais eficaz para o caso concreto”. Há um indício de controle judicial dos deveres de cuidado indicados pela Regulação, onde a Corte estende um *standard* mais exigente para os deveres de cuidado da empresa contratada.

coperture delle vasche fossero dotate di presidi che ne garantissero la inamovibilità nel momento cui dovevano essere utilizzate quali superficie di lavoro dagli addetti alla pulizia/manutenzione”.

⁹⁵⁴Itália. Penale Sent. Sez. 4 Num. 33989 Anno 2021 Presidente: FUMU GIACOMO Relatore: DOVERE SALVATORE Data Udienda: 03/06/2021, pp.3, 6-7 “Il Tribunale individuava la colpa degli imputati nell'aver consentito o comunque non avere impedito nelle rispettive posizioni di garanzia, la Rebaioli datore di lavoro, il Ventosi coordinatore per la progettazione e l'esecuzione dei lavori, l'impiego di tecniche di smontaggio degli isolatori di i tralicci in contrasto con quelle stabilite dal piano di sicurezza e di coordinamento adottato dalla committente Terna, il quale prevedeva l'uso di apposita piattaforma aerea e non anche del solo sistema di ancoraggio a fune, così come invece previsto dal piano operativo di sicurezza redatto dalla Rebaioli SPA. (...) Tuttavia, per le medesime ragioni non è sufficiente rappresentare che la difformità non equivale a violazione della regola cautelare del caso; occorre dimostrare, nei gradi di merito, che la regola contenuta nel POS fosse quella più efficace per il caso concreto. (...) L'obbligo di verifica preventiva certamente gravava principalmente sul datore di lavoro; ma faceva capo anche al coordinatore per la sicurezza siccome strumentale alla individuazione delle modalità di lavoro maggiormente sicure. Compito, quest'ultimo, che nello specifico il Ventosi aveva assunto prevedendo l'uso della piattaforma.”

Trata-se de crime de homicídio culposo múltiplo e lesões corporais culposas de empregados, com base na violação de leis “infortunisticas”. Quatro empregados subiram em uma torre da estação elétrica, onde deviam remover os postes isolantes situados a 14 metros de altura. No caso, teria havido culpa por não se ter “empregado as técnicas de desmontagem dos isoladores das torres de eletricidade de acordo com a segurança e de coordenação” da própria empresa que previa “o uso de plataforma aérea e não apenas do sistema de rapel, assim como previsto no plano de segurança da empresa contratada”.

Nesse caso, a dimensão sociocultural do risco apresenta certa influência, pois a Corte rejeita a contratação de uma empresa para se aceitar um risco permitido mais alto na execução do serviço. E, a dimensão técnico-científica do risco é suficiente para demonstrar a inadequação da forma de execução do serviço da contratada.

De modo contrário, no caso 7921⁹⁵⁵ a relação contratual não foi reconhecida pela Corte como origem de mudança do conteúdo dos deveres de cuidado. O réu alega que o contrato de empreitada com terceiro transferiria ao contratado a responsabilidade por riscos. A Corte não acolhe essa defesa, indicando que essa transferência de responsabilidade apenas existe “em relação às precauções que exijam uma específica competência técnica nos procedimentos a serem adotados em certos trabalhos, na utilização de técnicas especiais ou no uso de certas máquinas”. A dimensão sociocultural do risco pode ter influenciado a decisão, pois não se aceitou a delegação da responsabilidade por mero contrato, sem outras justificativas, indicando que essa deveria recair sobre o contratante. Além disso, sugere-se que a dimensão técnico-científica do risco foi usada como critério para distribuir a responsabilidade criminal pela regulação privada, o contrato de empreitada.

No caso 18333⁹⁵⁶, é possível analisar como o Direito Penal italiano trata os diversos tipos de Regulação. A Corte esclareceu que a Regulação em regras não é adotada no setor esportivo; mas uma Regulação em metas, “elástica”, a qual deve ser definida de acordo com “as condições específicas do agente”. Também no caso 6414⁹⁵⁷, reconheceu-se Regulação em

⁹⁵⁵ Itália. Penale Sent. Sez. 4 Num. 7921 Anno 2021 Presidente: IZZO FAUSTO Relatore: CIAMPI FRANCESCO MARIA Data Udiencia: 05/11/2020, p.4 “in tema di prevenzione degli infortuni sul lavoro, qualora il lavoratore presti la propria attività in esecuzione di un contratto d'appalto, il committente è esonerato dagli obblighi in materia antinfortunistica, con esclusivo riguardo alle precauzioni che richiedono una specifica competenza tecnica nelle procedure da adottare in determinate lavorazioni, nell'utilizzazione di speciali tecniche o nell'uso di determinate macchine”.

O réu, empregador, deixou de “fechar uma grade com meio adequados”, tendo havido violação de deveres de cuidado, causando a queda do seu empregado.

⁹⁵⁶ Itália. Penale Sent. Sez. 4 Num. 18333 Anno 2019 Presidente: IZZO FAUSTO Relatore: BRUNO MARIAROSARIA Data Udiencia: 18/01/2019, pp.2 e 5, “(...)partecipazione di costoro ad una discesa in slittino notturna, (...) conclusasi con la fuoriuscita dei due partecipanti dal tracciato della pista che, perdendo il controllo dello slittino, a forte velocità impattavano su un cumulo di neve nel parcheggio. (...) E' corretta l'osservazione contenuta nel ricorso del P.M. secondo la quale il Giudice non avrebbe tenuto conto, in virtù dell'art. 3 I. 363/2003 del più generale obbligo dei gestori degli impianti sciistici di assicurare che le attività sportive e ricreative si svolgano in condizioni di sicurezza. Si tratta di una regola cautelare "elastica", i cui contenuti devono essere individuati sulla base di un'accorta disamina delle condizioni specifiche in cui l'agente si trova ad operare in relazione al caso concreto, al contrario di quelle cosiddette "rigide", che fissano con assoluta precisione lo schema di comportamento.”

As vítimas teriam participado de uma descida noturna em uma pista de ski, organizada pelos réus, “que acabou pela saída de dois participantes da pista, perdendo o controle dos esquis, após terem batido em uma acúmulo de neve na pista”.

⁹⁵⁷Itália. Penale Sent. Sez. 4 Num. 6414 Anno 2019 Presidente: FUMU GIACOMO Relatore: SERRAO EUGENIA Data Udiencia: 24/01/2019, pp.9-10, “Nel caso di specie si era, dunque, in presenza di una norma cautelare c.d. elastica, che lascia all'interprete un ampio margine valutativo.(...) Il fattore velocità(...)corrisponde dunque ad un concetto relativo ala situazione contingente. In rapporto al fattore velocità, la condotta colposa quale

metas em certos casos nas normas de trânsito, indicando “uma norma cautelar elástica”, que “deixa ao intérprete uma ampla margem discricionária”. Essa norma indica que o “fator velocidade”, refere-se à contingência, dependendo “da concreta possibilidade do condutor ter de escolher qual seria a velocidade prudente enquanto idônea, dadas as circunstâncias de tempo e espaço, para consentir uma eficaz manobra de emergência, se necessário”. Essa abordagem das formas de Regulação garante um diálogo com o Direito Penal e, potencialmente, a possibilidade de controle judicial. A dimensão sociocultural do risco e a técnico-científica podem ser abordadas para realizar esse controle, já que deve haver a análise das condições particulares do réu.

4.7.2. Relatório de casos do Reino Unido:

Nos casos do Reino Unido, é comum a análise do conteúdo dos deveres de cuidado quando se dá a análise do conjunto fático, para se estabelecer o nexos causal, onde percebemos a análise das dimensões do risco.

No caso *Shepherd*⁹⁵⁸, a vítima estava pilotando a lancha do réu, “em velocidade excessiva”, quando “bateu em uma árvore submersa no rio Tâmisa”, vindo a falecer devido a seus ferimentos. A vítima não estava em condições de pilotar, já que antes dos fatos, ela tinha ingerido bebida alcoólica com o réu, além de não ter qualquer “experiência em pilotar lancha”. A acusação indica que a violação do dever de cuidado do réu em relação à vítima, criou um “óbvio e sério risco de morte”, sendo um “fator contribuidor para sua morte”. Para que se analise o conteúdo dos deveres de cuidado do réu em relação à vítima os fatos devem ser analisados. Indica-se que o réu saiu de barco, sem boa manutenção, “à noite quando estava frio

causa dell'evento non può, in altre parole, prescindere dalla concreta possibilità per il conducente avveduto di cogliere quale sia l'andatura prudenziale in quanto idonea, date le circostanze di tempo e di luogo, a consentirgli di eseguire un'efficace manovra di emergenza, ove necessario.”

⁹⁵⁸ Reino Unido. R v Shepherd [2019] EWCA Crim 1062 20/06/2020, pp.2-3 “At some time before midnight on 8 December 2015, (...) suffered fatal injuries when the appellant’s speedboat struck a submerged tree on the river Thames. It was not in issue that, at times during that trip, the boat was travelling at excessive speed and that (...), who had no experience of driving a speedboat and who, along with the appellant, had been drinking alcohol, was at the wheel at the time of the incident.(...) the prosecution case was that the appellant, as the owner of the boat and, under Thames byelaws, its master, owed (...) a duty of care. It was contended that breach of that duty posed an obvious and serious risk of death and had been a significant contributory factor in her death.(...) i)The appellant had taken the boat out at night when it was cold and dark, when it was defective in a number of ways, in particular, in relation to the kill cord, steering, windscreen and seats. ii)The appellant knew that both he and (...) had been drinking and, furthermore, had taken more alcohol onto the boat. iii)The appellant had driven at speeds well in excess of the speed limit, allowing (...) to take the wheel, knowing how much alcohol she had consumed and that she had no experience of driving speed boats; he had failed to intervene when she, following his example, drove at excessive speed. iv)Furthermore, the appellant had failed to inform (...) that there were buoyancy aids/life jackets on board and failed to require her (or at least provide her with the option) of wearing one.”

e escuro”, sabendo que a vítima estava alcoolizada e “não informou” a vítima da existência de materiais de segurança como “colete salva-vidas” à bordo. Mesmo a decisão tendo como objeto questões processuais, o nexos causal aparece conectado à definição do conteúdo dos deveres de cuidado para fins penais. O nexos de causalidade aparece delineado a partir de fundamentos técnico-científicos, como no caso quando se afirmam a falta de capacidade técnica da vítima para a atividade ou, ainda, as condições ambientais impróprias para a navegação. Mas, também a dimensão sociocultural do risco traz certa influência, já que se reprova a conduta do proprietário do barco de permitir que a vítima sem habilitação e embriagada viesse a conduzir sua embarcação, sem que, nem ao menos, indicasse a necessidade do uso de materiais de segurança.

A relação entre o conteúdo dos deveres de cuidado e os fatos do caso concreto pode ser também percebido em *Kuddus*. No caso *Rv Kuddus*⁹⁵⁹, o réu forneceu comida de seu restaurante com alérgenos à vítima que veio a falecer. O pedido foi feito por meio de plataforma digital terceirizada, onde a vítima informou sua alergia, na “parte de comentários”, enquanto havia uma caixa específica para que o consumidor informasse suas alergias, porém “não se sabe se a vítima clicou nesse *link*”. A Corte frisa que o réu, que era o dono do estabelecimento “falava e lia pouco ou nada de inglês”, sendo que deveria ter sido informado sobre o que estava nos comentários por um terceiro, o gerente do estabelecimento. “Não havia qualquer evidência” que o réu, que “trabalhava como um dos cozinheiros”, tivesse conhecimento da declaração de alergia da vítima. A Corte indica que, ausente a comprovação da notificação do réu da alergia da vítima, há a anulação da condenação por *gross negligence manslaughter*.

A acusação⁹⁶⁰ indica que houve a “falha do proprietário do estabelecimento de introduzir sistemas de controle de alergia que levem à quebra da violação de deveres de cuidado

⁹⁵⁹ Reino Unido. *R v Kuddus* [2019] EWCA Crim 837 16/05/2019, pp.2,3, 5, 21 “(...)entered the words “nuts, prawns” in the comments section of the website(...)who spoke and read little or no English (...)There was a second link that would have been presented to (...) when ordering, which said “Do you have an allergy or other dietary requirement?” When this link was clicked, it provided the user with dietary and allergy advice and presented the customer with three options,(...) It is not known if (...) clicked on this link.(...) There was no evidence that the order printout or the comments on Megan’s order were seen by or passed on to the appellant, who was working as one of the chefs at the time and who prepared the naan. Despite the entry in the comments box being seen by (...), the food that the restaurant provided contained peanut protein.(...) He had completed the relevant sections on the SFBB pack and was aware that allergens could be fatal but had not brought the documentation to the attention of the appellant when the appellant bought the business from him. He saw the comment on the order but did not take it too seriously as it did not refer specifically to allergies. He only passed the order slip on without pointing the comment out to anyone (...)it was not suggested that the appellant was armed with notice that Megan fell into the category of those in respect of whom a reasonable person in the position of the appellant could have foreseen an obvious and serious risk of death by serving the food that he did. He knew nothing of the allergy which she had declared. In those circumstances, the conviction for gross negligence manslaughter cannot stand.”

⁹⁶⁰ Reino Unido. *R v Kuddus* [2019] EWCA Crim 837 16/05/2019, pp.4,22, “The prosecution case was that his failure as owner of the business to introduce systems of allergen control led to the negligent breach of his duty of care(...)In our judgment, the fact that the appellant was the sole director of the Company placed upon him the duty

de modo *negligent*". No entanto, a Corte considera que tais sistemas apenas "evitam o risco de que o consumidor com alergia declarada seja servida comida que contenha o alérgeno", mas essa falha não é suficiente para equivaler ao "risco de morte", exigido pelo *gross negligence manslaughter*.

A Corte⁹⁶¹ indica que em um processo cível a parte deve demonstrar que o dever de cuidado do réu era devido o autor e se tratava do mesmo "tipo de prejuízo" que o autor experimentou. Assim, para Corte, indicar o enunciado jurídico onde estaria expresso o dever de cuidado do réu, "não determina (por si só) o objeto do dever para um indivíduo particular". Essa análise apenas pode ser feita baseando-se nas "circunstâncias" ou "na matriz fática", assim o "escopo do dever depende dos fatos". Dessa forma, compreendemos que a dimensão técnico-científica do risco, relacionada com a causalidade, apresenta-se como essencial para se determinar o conteúdo dos deveres de cuidado, pois só ao se determinar a causalidade é que se poderia julgar a conduta do réu, para avaliar se o resultado de risco pode ser imputado como obra sua. Nesse caso, também podemos indicar certa influência da dimensão sociocultural do risco, já que ao se escolher os elementos fáticos para a construção do conteúdo do dever de cuidado, também se vai construindo um juízo de reprovação ou não quanto à conduta do réu.

A Corte⁹⁶² indica que, para que haja a condenação por *gross negligence manslaughter*, deve-se considerar se "no momento da violação do dever de cuidado" uma pessoa razoável ("reasonable person"), "com as informações conhecidas pelo réu", "poderia prever que as ações ou omissões do réu, referentes à violação do dever de cuidado exporiam a vítima a um risco de morte óbvio e sério". Essa análise da "seriedade da violação do dever" deve levar em conta "todas as circunstâncias nas quais o réu estava colocado quando a violação se deu", isto é, "o

of ensuring that appropriate systems were in place to avoid the risk that a customer with a declared allergy was not served food which contained the allergen(...)the risk, however, was the risk that a customer or patient respectively might present with the underlying condition which the system should have been designed to prevent, rather than the obvious and serious risk of death"

⁹⁶¹ Reino Unido. R v Kuddus [2019] EWCA Crim 837 16/05/2019, pp.4,22, pp.10-11, "plaintiff who sues for breach of a duty imposed by the law (whether in contract or tort or under statute) must do more than prove that the defendant has failed to comply. He must show that the duty was owed to him and that it was a duty in respect of the kind of loss which he has suffered.(...) breach of specific provisions of the Health and Safety at Work etc Act 1974 and the Food Safety and Hygiene (England) Regulations 2013. The extensive body of food safety legislation (both primary and secondary) is material to consideration of what steps it is reasonable to expect a restaurateur to take; but it does not (without more) determine the scope of the duty to a particular individual.(...) The scope of the duty owed to any individual will be determined by the circumstances (or, as described in Honey Rose, the factual matrix) (...)the scope of the duty is fact specific. "

⁹⁶² Reino Unido. R v Kuddus [2019] EWCA Crim 837 16/05/2019, pp.11-12, 14, "The criminal law, however, requires that a reasonably prudent person possessed of the information known to the defendant would have foreseen that the defendant's actions or omissions constituting the breach of duty had exposed the deceased to an "obvious and serious" risk of death (...) It is established that the seriousness of the breach of duty committed by the defendant should take into account all the circumstances in which the defendant was placed when the breach occurred(...)What can be foreseen by a reasonably prudent person, along with the existence and seriousness of risk of death must be determined at the time of breach of duty"

que pode ser previsível, de acordo com uma pessoa razoável, sobre a existência e a gravidade do risco de morte deve ser estabelecido no momento da violação do dever”. Nesse ponto, temos uma análise do elemento subjetivo do delito, o qual aparece baseando-se nos conhecimentos particulares do réu. Podemos indicar uma possível referência à probabilidade subjetiva, e, portanto, à dimensão técnico-científica do risco.

Devemos enfatizar uma interessante classificação feita pela Corte inglesa que muito nos esclarece quanto à questão da probabilidade e do risco. A Corte⁹⁶³ esclarece que primeiro deve-se questionar “se o risco seria previsto por uma pessoa razoável, colocada nas mesmas condições que o réu”. E o segundo, para que o júri tome essa primeira análise como parâmetro para considerar se “a violação realizada pelo réu é tão grave que deva ser considerada criminosa”. A “própria seriedade do risco de morte, como fato objetivo”, é uma questão de fato diversa” daquelas duas primeiras análises, pois “não se pode prever o que não existe”. Podemos indicar que a análise da previsibilidade do sujeito estaria relacionada ao conceito de probabilidade subjetiva, baseada nos próprios conhecimentos do sujeitos, relaciona-se, portanto ao elemento subjetivo do delito, entendido como *ex ante*. Já o risco como resultado apenas pode ser referido com base nonexo de causalidade probabilístico, entendido *ex post*. Veja-se que os deveres de cuidado acabam relacionados, como indicamos, com ambas as análises. As dimensões do risco aparecem como relevantes em ambas as etapas da análise, sendo que a dimensão sociocultural aparece como relevante no delineamento das características do parâmetro da *reasonable person*.

A Corte⁹⁶⁴ rejeita a tentativa de criar uma “questão de fato” de modo “super-personalizado”, já que “não se exige que se deva provar um risco de morte sério e óbvio para uma vítima específica”, mas para os “indivíduos de uma certa categoria”. A Corte alega “as idiosincrasias individuais de risco potencial, presumidas como desconhecidas ao réu, não

⁹⁶³ Reino Unido. R v Kuddus [2019] EWCA Crim 837 16/05/2019, p. 15, “It is important in two related contexts: first, whether the risk would be foreseen by a prudent person standing in the shoes of the Defendant; and, second, for the jury to take into account when considering whether the Defendant’s breach was so serious that it should be regarded as criminal. The seriousness of the risk of death, as an objective fact, is itself a question of fact and is distinct from the question whether a reasonable person in the Defendant’s position should have foreseen that the risk was serious (and obvious). As we have said, each of these objective facts is distinct from the question of foreseeability that was in issue in Honey Rose and Zaman: put simply, you cannot foresee something that does not exist”.

⁹⁶⁴ Reino Unido. R v Kuddus [2019] EWCA Crim 837 16/05/2019, pp.19, 20 “In our judgment, to focus on the particular circumstances of this specific victim is to misunderstand what has to be established to prove gross negligence manslaughter. There is no requirement that there must be proved to be a serious and obvious risk of death for the specific victim who dies. If it is in issue, the question to be answered is whether the defendants’ breach gave rise (as an objective fact) to a serious and obvious risk of death to the class of people to whom the defendant owed a duty.(...) because it over-personalised the question of fact(...)The individual idiosyncrasies of individuals at potential risk, on the assumption that they will be unknown to the defendant, cannot determine the question whether there is in fact a serious and obvious risk of death.”

podem determinar se havia, de fato, um risco sério e óbvio de morte.”. Percebemos nessa análise que o conteúdo do dever de cuidado traz uma relação com a probabilidade subjetiva, já que dispensa a análise de todas as circunstâncias do caso concreto, focando-se apenas naquelas conhecidas pelo réu, sendo um exemplo de juízo de perigo *ex ante*.

Quanto à dimensão sociocultural do risco, podemos indicar um comentário feito pela Corte⁹⁶⁵, buscando ressaltar a prioridade da tutela à Saúde no caso das alergias. A Corte indica que “há agora uma conscientização quanto aos potenciais riscos aos alérgicos e, como resultado, deve ser compreensível que as Cortes irão rigorosamente escrutinar a forma com a qual os restaurantes desincumbem-se de seus deveres de cuidado”, e, depois, repete os argumentos que levaram à absolvição do réu. Parece-nos que a Corte busca, mesmo em um caso de absolvição, reforçar a necessidade de engajamento social.

É possível também indicar na jurisprudência inglesa o tratamento da questão da incerteza científica e sua relação com os deveres de cuidado. No caso *R v Broughton*⁹⁶⁶, a vítima morreu após consumir drogas que lhe foram dadas pelo seu namorado. O réu foi condenado por *manslaughter* pela violação do dever de cuidado de “garantir à vítima assistência médica”. A Corte indica que *gross negligence manslaughter* geralmente vem relacionada com “profissionais da área médica” e lista os elementos a serem comprovados para que haja a condenação pelo crime. O réu deve ter “um dever de cuidado em relação à vítima”, o qual viola com “*negligence*”. Indica que deve existir “um risco sério de morte”, aquele que seja “muito maior que o mínimo ou o remoto” e um “risco óbvio de morte”, aquele que seja “claro e não ambíguo”, “imediatamente aparente”, “não algo que possa surgir diante de uma pesquisa mais profunda”. Esse risco deve ser “razoavelmente previsível”, e que tenha sido “uma causa” ou tenha realizado uma “significante” “contribuição para a morte da vítima”. E, por fim, o júri

⁹⁶⁵ Reino Unido. *R v Kuddus* [2019] EWCA Crim 837 16/05/2019, p.22, “There is now a general awareness of the potential risks to those who suffer from allergies and, as a result, it should be understood that the courts will rigorously scrutinise the way in which restaurants discharge the duty of care that they owe to such customers. However, in a case where (a) (as now clarified) the case against the appellant – who spoke little English and had only taken over the restaurant (...) (b) there was no evidence that he was at any stage notified of (...)’s allergy.”

⁹⁶⁶Reino Unido. *R v Broughton* [2020] EWCA Crim 1093 18/08/2020, pp.2-3, “(...)The appellant, who was her boyfriend, had supplied the 2-CP and “bumped” it up either by giving her an increased dose or mixing it with ecstasy or ketamine.(...) a duty of care to secure medical assistance as her condition deteriorated to the point where her life was obviously in danger(...)i)The defendant owed an existing duty of care to the victim. ii)The defendant negligently breached that duty of care. iii)At the time of the breach there was a serious and obvious risk of death. Serious, in this context, qualifies the nature of the risk of death as something much more than minimal or remote. Risk of injury or illness, even serious injury or illness, is not enough. An obvious risk is one that is present, clear, and unambiguous. It is immediately apparent, striking and glaring rather than something that might become apparent on further investigation. iv)It was reasonably foreseeable at the time of the breach of the duty that the breach gave rise to a serious and obvious risk of death. v)The breach of the duty caused or made a significant (i.e. more than minimal) contribution to the death of the victim. vi)In the view of the jury, the circumstances of the breach were truly exceptionally bad and so reprehensible as to justify the conclusion that it amounted to gross negligence and required criminal sanction”.

deve analisar as “circunstâncias” e considerar que “a violação foi excepcionalmente má e tão repreensível que justifica” o recebido de uma “sanção criminal”.

Se analisarmos esses elementos, percebemos que a construção normativa do risco através dos deveres de cuidado no Direito Penal, dá-se com a análise das dimensões técnico-científica do risco, pois se busca compreender o nexo causal, o tipo de risco, exigindo que seja “sério” e “óbvio” e “previsível”. Além disso, a dimensão sociocultural está presente indicando um juízo de valor a ser analisado pelo júri, já que apenas aquela conduta “excepcionalmente má” e mais “repreensível” fundamenta a aplicação da norma penal. Dessa forma, não seria qualquer violação de dever de cuidado que pode fundamentar a sanção penal, isto é, não é qualquer dever de cuidado regulatório que tem relevância penal.

Sobre o nexo de causalidade, a Corte⁹⁶⁷ indica que “em casos de *gross negligence*”, no contexto de um “tratamento médico”, “sempre haverá uma causa subjacente que cause a morte”. No entanto, a “questão é saber se a violação do dever era também uma causa substancial da morte”, isto é, deve-se considerar se “o profissional da saúde falha em prover o tratamento médico adequado” ou se um terceiro violou o seu dever de cuidado com a vítima, deixando de o garantir. A Corte cita o caso *R v Morby* [1982] 8 QBD 571, onde se entendeu que se deve comprovar que negligenciar o tratamento médico “teve o efeito de encurtar a vida” da vítima, o que é diferente de se indicar que o tratamento médico “poderia, provavelmente, ter prolongado” a vida da vítima. Além disso, cita o caso *R v Gian Mohd-Yussoff* [2009] EWCA Crim 2553, em que se afirma que o júri deve realizar “julgamentos baseados em probabilidades realistas, não fantasiosas”, indicando que a “acusação deve excluir possibilidades realistas ou plausíveis de que a vítima faleceria de qualquer forma”.

Quatro especialistas foram ouvidos⁹⁶⁸, não puderam identificar a quantidade da droga 2C-P usada, e, nem ao menos a data em que tal droga teria sido ingerida. Um deles indica que

⁹⁶⁷ Reino Unido. *R v Broughton* [2020] EWCA Crim 1093 18/08/2020, pp. 5-7, “In cases of gross negligence manslaughter which arise in the context of medical treatment there will frequently be an underlying condition which causes death. The issue will be whether the breach of duty was also a substantial cause of the death. The same will apply when the allegation at the heart of the prosecution of manslaughter is that the health professional failed to provide treatment that should have been provided or a person who owed the deceased a duty of care failed to secure medical treatment.(...) It is not enough to shew neglect of reasonable means for preserving or prolonging the child's life, but to convict of manslaughter it must be shewn that the neglect had the effect of shortening life (...) *R v. Gian, Mohd-Yussoff* [2009] EWCA Crim 2553 at paragraphs 22 to 24. That case concerned a suggestion that there were theoretical or hypothetical possible causes of death which could not be excluded as a matter of theory but were entirely unrealistic. The jury must make judgements on “realistic not fanciful possibilities”. To be sure that the gross negligence caused the death the prosecution must exclude realistic or plausible possibilities that the deceased would anyway have died.”

⁹⁶⁸ Reino Unido. *R v Broughton* [2020] EWCA Crim 1093 18/08/2020, pp.11-14,21-22 “(...)explained that 2C-P was a stimulant drug, about which relatively little was known. He had not found any recorded case of 2C-P causing death, but some evidence of potentially fatal outcomes being avoided by medical intervention.(...) continued that, whilst it was not possible to determine the precise mode of death,(...) The definitive cause of death could not be

essa droga é “pouco conhecida” e que “não encontrou registros de morte por 2C-P, mas alguma evidência de que as mortes poderiam ser evitadas com a intervenção médica”. No entanto, a prova pericial não conseguiu determinar a causa da morte com precisão, “apenas que decorreu da ingestão de uma combinação de drogas encontrada em seu organismo”, indicando, ainda que “não é possível afirmar, além da dúvida razoável, que uma intervenção médica teria sido capaz de salvar a vida de (...) uma vez que ela tinha ingerido 2CP”. Apesar de considerar que não houve certeza científica, a Corte⁹⁶⁹ indica que o júri deveria buscar estabelecer a “causa ou causas da morte não apenas na opinião do especialista, mas também nas demais circunstâncias”. Nesse ponto, parece-nos que se utiliza um raciocínio semelhante à “probabilidade lógica” italiana. No entanto, a Corte decide que o caso não deveria ter sido enviado ao júri, já que “a evidência trazida pela acusação não foi capaz de comprovar a causalidade em um padrão de prova criminal”. Apenas se aceita que o júri possa decidir, se “existe evidência suficiente para que ele possa estar seguro” de sua decisão. . Nesse caso, percebemos a análise da dimensão técnico-científica do risco, concluindo pela incerteza científica, prejudicou a análise do júri, já que a opinião dos especialistas era a única prova produzida pela acusação.

A Corte⁹⁷⁰ considerou que não se pode indicar uma violação grave do dever de cuidado do réu, pois ele entrou em contato com terceiros e tentou pedir ajuda médica, porém, houve um erro na localização, o que evitou que o socorro chegasse à tempo. Interessa-nos indicar que, no *gross negligence manslaughter*, a violação do dever de cuidado deve ser “grave”, “intensa”. Como buscamos compreender a relação entre Regulação e Direito Penal, podemos perceber que apenas certas condutas violadoras do dever de cuidado serão consideradas criminosas. Sendo assim, a intensidade da violação do dever de cuidado apenas pode ser indicada a partir

established save that it flowed from the ingestion of the combination of drugs found in her system.(...) it is not possible to state beyond reasonable doubt that earlier medical intervention would have been able to save (...) life once she had ingested the 2CP.(...) there was no point at which the existence of duty was coterminous with causation(...)It was submitted that causation was properly a matter for the jury who should have the final decision on issues in relation to which expert evidence had been given(...)No issue should be left to a jury unless there is sufficient evidence upon which it can be satisfied so it is sure. (...)the evidence adduced by the prosecution was incapable of proving causation to the criminal standard of proof”.

⁹⁶⁹ Reino Unido. R v Broughton [2020] EWCA Crim 1093 18/08/2020, pp.19,21, “The task of the jury was far from easy given that they had no help from the experts on the question of when (...)’s condition was clearly life threatening (as the judge put it as short-hand for a serious and obvious risk of death)(...) It illuminates the reality that in many homicide cases determining the cause or causes of death does not rely exclusively on expert opinion but can be collected from surrounding circumstances.(...) In the context of causation in this very sad case the task of the jury was to ask whether the evidence established to the criminal standard that, with medical intervention as soon as possible after (...)’s condition presented a serious and obvious risk of death, she would have lived. In short, had the prosecution excluded the realistic possibility that, despite such treatment, (...) would have died?(...)”

⁹⁷⁰ Reino Unido. R v Broughton [2020] EWCA Crim 1093 18/08/2020, p.20 “The appellant made attempts to get assistance. He told(...) at 19.13 to “get the medics” to the forest and again at 20.25. He sent a Google Maps pin to (...) at 20.39. Shortly after 21.00 a search was made of the Ambient Forest where, mistakenly, the searchers thought the appellant and (...) were located. It is not plausible to suppose that the appellant was acting in a grossly negligent way whilst actively seeking help for (...) at that time”.

do estabelecimento do nexo causal, pois só a partir da compreensão do desdobramento fático é possível compreender a gravidade da conduta do sujeito. Poderíamos considerar que a dimensão sociocultural do risco influenciou na análise da Corte da conduta do sujeito, já que não se considerou grave a violação dos deveres de cuidado do réu, no entanto, não há um desenvolvimento desse argumento pela Corte.

Na decisão *R v Wood Treatment Ltd & Anor*⁹⁷¹, os peritos da “defesa e da acusação” concordam que “não é possível diferenciar além da dúvida razoável” entre os mecanismos prováveis como causa do incêndio. A principal questão em se definir ou não a “negligence” é considerar se o acúmulo de poeira de madeira deu-se aos poucos, com “negligence”, ou se ocorreu apenas de uma vez, com a falha de uma máquina. Nesse último caso, seria necessário comprovar a “negligence” ou omissão que levariam a tal falha mecânica. A principal questão nesse tema é a adoção da teoria do risco para definir o nexo de causalidade, isto é, estabelecer o nexo de causalidade apenas baseado no “aumento do risco”, diante da existência da culpa. A jurisprudência inglesa aceita a teoria do risco para determinar o nexo causal para indenizações cíveis, em caso de doenças relacionadas ao local de trabalho, mas não se admite sua aplicação no Direito Penal.

Na decisão de instância inferior⁹⁷², considerou-se que o “júri não pode logicamente ter certeza da causalidade, a menos que a acusação seja capaz de mostrar com evidências que todas

⁹⁷¹ Reino Unido. *R v Wood Treatment Ltd & Anor* [2021] EWCA Crim 618, 28/04/2021, pp.6-7, “WE AGREE that it is impossible to differentiate beyond reasonable doubt between any of the above mechanisms(...)that quantity is assumed to include dust which had settled across the Mill in the past and not been cleaned up. There was a good deal of evidence that the Mill was dusty and that leaks from the machinery produced dust because of poor design and maintenance(...)On this scenario the necessary amount of dust could become involved in the explosion by a single very large escape from a single failed machine in the system.(...) If that quantity of dust was large enough, this might create an explosion of the necessary size. It would, therefore, be necessary to show that the failure of the machine was caused by a negligent act or omission for (...) This problem has been addressed in the law of tort over a number of years in the case of premises or work systems which were unsafe and increased the risk of a harmful event, usually a disease, so that recovery is allowed even where the individual claimant who suffered the disease cannot show that it was caused by the premises or work system: *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd (t/a GH Dovener & Son)* [2003] AC 32. Mr. Badenoch, Q.C. for the Crown has not submitted that this approach can or should be adopted in the criminal law. It is one thing to say that the law of causation should be modified as a matter of policy to allow a claimant to recover damages for serious disease, and quite another to say that a defendant in criminal proceedings should be held liable for manslaughter even where his fault may not have caused death. All Mr. Badenoch can say is that the increase of risk of an event by fault is evidence from which it may be inferred that the event was caused by that fault when it transpires. The point for decision is whether that argument on causation can succeed where it is, in truth, the only evidence of causation”.

⁹⁷²Reino Unido. *R v Wood Treatment Ltd & Anor* [2021] EWCA Crim 618. 28/04/2021, pp.9-10, 12-13, 15-17, “(...) The Crown’s case was that he owed a duty of care to secure timely medical intervention when her condition deteriorated to the point where her life was obviously in danger.(...) there was a 10% chance that she would have died even with medical assistance (...)It is unhelpful to attempt to contrast scientific certainty (put at 100%) with a different figure for legal certainty. Human beings asked the question whether they are sure of something do not think in those terms.(...) “the jury cannot logically be sure of causation unless the prosecution is able to show by evidence that all the possibilities can be attributed, at least in part, to the alleged negligence. In other words, that the jury can exclude any realistic possibility consistent with innocence (...)That would be to reverse the burden to proof, to lay upon the defence the obligation in a health and safety case of showing that the death was not the result

as possibilidades possam ser atribuídas, ao menos em parte, à alegada *negligence*.”. Dessa forma, o júri deveria “poder excluir qualquer possibilidade realística de inocência”. Considera-se que seria uma “inversão do ônus da prova” determinar que a defesa demonstre que a violação dos deveres de cuidado de “saúde e segurança” não levaram ao resultado. A Corte conclui que o “juiz estava correto”, reconhecendo que a explosão poderia ter se dado sem *negligence*. No caso, a acusação não trouxe provas que ligassem a conduta culposa ou omissiva dos réus à má manutenção das máquinas, impedindo que em todos os possíveis cenários se pudesse comprovar o nexo causal entre o resultado e a conduta dos réus. Não houve provas de que se os deveres de cuidado fossem cumpridos não haveria o evento. Não houve o estabelecimento do “nexo causal necessário que conecte a explosão à culpa”.

Quanto à construção normativa do risco, percebemos que, nos casos de incerteza científica, a dimensão técnico-científica do risco leva à absolvição do réu, já que não foi possível descartar os nexos causais alternativos, mesmo com a violação dos deveres de cuidado. Nesse ponto, temos uma aproximação do método italiano. Percebemos também que a violação dos deveres de cuidado regulatórios, apesar de apontados como causa possível para o evento, não foram capazes de fundamentar a condenação por si só, como ocorreria se houvesse uma preponderância injustificada da dimensão sociocultural do risco.

Já havendo certeza científica, a análise dá-se de outro modo. No caso *R v Rebelo*⁹⁷³, havia certeza científica quanto à periculosidade da substância vendida pelo réu. O réu tinha uma

of such breaches (...)“It may, for all we know, be the case that a major failure of a piece of plant which permits the escape from the process of a large enough quantity of wood dust to cause an explosion of this size can only occur if the piece of machinery had been poorly maintained or treated, and that proper systems would always prevent such events. The problem for the prosecution was that they had adduced no evidence on this issue at all, until an attempt to address it was made in reexamination (...) However, the evidence does not extend to a statement that if reasonable care had been taken in maintaining and operating the machinery the failure under consideration would not have happened(...)It meant that the prosecution evidence about those accumulations of dust could not prove the necessary causal link between the fault and the explosion”.

Na decisão de instância inferior, houve menção do caso *R v G& F* [2012] EWCA Crim 1756, onde se entendeu que, apesar da existência de um dever de cuidado, que indicasse o socorro da vítima, não se pôde estabelecer o nexo causal entre a morte da vítima e a violação do dever de cuidado, já que se indicou que havia “10% de chance que a morte teria ocorrido mesmo com a assistência médica”. O perito, inclusive, teria afirmado que “não teria sentido tentar comparar a certeza científica (tida como 100%) com um número diferente para a certeza jurídica. Quando os seres humanos tem a certeza de algo, eles não pensam nesses termos”.

⁹⁷³ Reino Unido. *R v Rebelo* [2021] EWCA Crim 306, 03/08/2021, pp. 2 -3, “(...) p.2 The appellant and his two co-accused (both of whom were acquitted) ran a business which sold a chemical, Dinitrophenol (‘DNP’), as a food supplement which was claimed to promote weight loss. (...) On 12 April 2015, after taking eight of the capsules, tragically, she died (...)DNP has not undergone pharmaceutical development and has not been licensed as a medicinal drug. There has been no adequate research into its use as a pharmaceutical product and therefore no reliable evidence on which to base dosing recommendations. Ingestion by a human is to be regarded as hazardous and its toxic effects various and serious, including, inter alia, kidney failure, liver failure and cardiac arrest. There have been reported deaths in the United Kingdom resulting from the ingestion of DNP. Most of these have been in the context of acute overdose, although there have been cases of death apparently arising from regular use(...)Much of the marketing of DNP is conducted via the internet. As a result, educational work has been carried out targeting places where DNP might be sold or be considered attractive, such as gyms. The appellant was fully

empresa que vendia pílulas de emagrecimento. Um de seus consumidores faleceu, “após ter tomado oito de suas cápsulas”. A droga vendida “não foi submetida a um desenvolvimento farmacêutico”, dessa forma, não há indicativo de dose segura, “não tendo sido autorizada para uso médico”, sendo que o “consumo humano deve ser considerado como perigoso e seus efeitos tóxicos, diversos e sérios”. Relata-se uma campanha informativa sobre os riscos do uso da droga, “em locais que o DNP pode ser vendido ou ser considerada atrativa”, o que leva à acusação a indicar que o “réu tinha conhecimento dos riscos e da preocupação pública” em relação ao comércio de tal droga, chegando, inclusive a usar meios para “ocultar suas atividades, usando diversas identidades na internet, ocultando a natureza do produto nos recibos e usando serviços de pagamento à distância”.

As dimensões técnico-científica e sociocultural do risco foram amplamente consideradas nesse caso, indicando-se como fundamento para o dever de cuidado, diante da venda de substância cujos efeitos são desconhecidos para a saúde humana, sendo suficiente para que a substância seja considerada como perigosa, já que quando se tem perigo à Saúde humana, tem-se uma análise de risco mais conservadora.

A acusação⁹⁷⁴ indica uma “violação grave do dever de cuidado” do réu em relação à vítima, suficiente para embasar a responsabilidade criminal. A dimensão sociocultural do risco poderia ser indicada na necessidade de se classificar a violação do dever de cuidado como “grave”, para que tenha relevância para o Direito Penal. Para que essa intensidade da violação seja analisada, a Corte de Apelação indicou como instruções do júri que se considere se as violações foram “excepcionalmente más e tão reprováveis” para indicar a responsabilidade criminal. Dessa forma, o juízo de valor a ser feito sobre a conduta do réu, em relação ao Direito

aware of the risks and the public concern relating to DNP (...) Active steps were taken by the appellant to disguise his activities, by using various internet identities, disguising the nature of the product in invoices and using arm’s-length payment services”.

⁹⁷⁴ Reino Unido. R v Rebelo [2021] EWCA Crim 306, 03/08/2021, pp.4-6 “(...)thirdly, that were truly exceptionally bad and so reprehensible as to justify the conclusion that it amounted to gross negligence and required criminal sanction(...)it also constituted a gross breach of the duty of care owed to(...), crossing the criminal threshold, in circumstances which created an obvious and serious risk of death (gross negligence manslaughter) (...)who decided to make a foolish decision in the exercise of her free will and killed herself, as she was entitled to do (...)It was not possible for him to have foreseen the possibility that she would take a handful of the capsules (...)His evidence was that (...) lacked capacity when she ingested the tablets; specifically that her ability to understand and weigh information had been impaired by her significant mental health problems. (...) In the absence of a detailed analysis of the extensive documentation in this case, I could not accept any opinion offered, even on a preliminary basis, as sound.”

Há uma análise para se entender se a conduta da vítima teria sido capaz de interromper o nexo causal. A defesa alega que a vítima tomou “uma decisão tola no exercício de seu livre-arbítrio e se matou”, sendo “impossível ao réu prever que ela tomaria um punhado de pílulas”. No entanto, a acusação alega que a vítima, acometida de distúrbios alimentares, era “incapaz”, apoiado em diversos pareceres de especialistas. A prova da defesa não foi considerada “sólida”, pois não houve análise da “extensa documentação” juntada aos autos. A Corte rejeitou o recurso, sendo mantida a condenação do réu.

Penal, pode divergir daquele feito pela Regulação de Risco, exigindo maior intensidade na reprovabilidade da conduta. Dessa forma, não seria qualquer violação do dever de cuidado que seria suficiente para determinar a responsabilidade criminal.

Percebemos, ainda, que a relação entre Direito Penal e Regulação no direito inglês tem suas características próprias. No caso *R v Mark Foley*⁹⁷⁵, há uma análise quanto aos deveres de cuidado em relação ao dever de informar a EA (*Environmental Agency*) transferência de resíduos do local, através dos formulários WTN (*Waste Transfer Notes*). O réu preencheu e enviou ao EA 60 WTNs, sendo que “45 daqueles WTNs eram falsos”. O réu alega que teria agido com *recklessness*, “sem ter conhecimento de que os WTNs eram falsos”, o que não foi aceito pela Corte. A Corte, ao se referir especificamente à violação ao dever de cuidado, afirma que “a submissão dos WTNs não foi apenas desonesta como também levou a uma grande interferência no regime regulatório” para avaliar a pena adequada.

A dimensão técnico-científica e sociocultural do risco não são diretamente analisadas na decisão. No entanto, percebemos a diferença de abordagem do direito inglês, que relaciona expressamente a violação do dever de cuidado ao “regime regulatório”. Nesse ponto, já podemos compreender que a expressão “regime regulatório” não é uma referência ao aparato normativo, mas aos próprios efeitos da regulação em sua função de direcionamento das condutas dos cidadãos. No caso, temos um crime de perigo no contexto regulatório, isto é, o dever de cuidado é construído normativamente pelo Direito Penal para que o risco seja considerado também para a manutenção do próprio esquema regulatório, como se dá, por exemplo, com os casos de risco sistêmico.

No caso *R v Wood Treatment Ltd & Anor*⁹⁷⁶ o comportamento dos réus em relação ao cumprimento da Regulação foi indicado como possível causa do acidente. As evidências de que

⁹⁷⁵ Reino Unido. *R v Mark Foley* [2021] EWCA Crim 1674, 02/11/2021, pp. 3-5 “In December 2016 the applicant wrote back to the EA stating that (...) had acted immediately to ensure that the non-permitted waste was removed and the duty of care tickets for the removed waste would be posted to the EA's office. (...) (...) 14. On 30 November 2017 the applicant emailed the EA with copies of 60 Waste Transfer Notes (“WTNs”) covering the period from 17 October to 28 October 2017. 45 of those WTNs were false. The purported transfers of waste had not actually taken place. (...) The submission of WTNs was not only dishonest but also amounted to a major interference with the regulatory regime”.

⁹⁷⁶ Reino Unido. *R v Wood Treatment Ltd & Anor* [2021] EWCA Crim 618, 28/04/2021, pp. 2-5, “(..)It is also common ground that the explosion was caused by the ignition of a cloud of wood dust in air. Wood dust is an explosible substance in certain conditions (...)“First, an **excessive accumulation of dust**: a.Unacceptably high levels of dust (...)b.Location of dust (...) c.Speed at which dust accumulated (...)d.Type of dust (...)Second, **the excessive accumulation of dust was caused by**: a.Leakage from process and machinery. The failure of containment arose from: i.Ineffective and inappropriate repairs as part of a reactive maintenance regime; ii.Unavailability of spare parts due to a lack of investment; iii.Introduction of lower quality raw materials; iv.Failure to respond to warnings and advice from suitably qualified third parties (...)and v.Reluctance to employ approved contractors for specialised maintenance. b.The efficacy of **the cleaning regime**: i.Inadequate resources invested in housekeeping (...)ii. Failure to implement a cohesive system for cleaning (...)iii.Cleaning as a reactive measure i.e. visits by regulators; iv.Use of deception to prevent regulators from discovering the true state of parts

os réus buscaram burlar a fiscalização dos reguladores, como “limpeza como medida reativa” a ser realizada apenas quando houvesse visita dos reguladores ou, ainda, “uso de mecanismos fraudulentos para evitar que os reguladores descobrissem o real estado de certas partes do estabelecimento” foram indicados como causas possíveis do acidente. As demais hipóteses eram também conectadas com violações de deveres de cuidado, para se indicar um “mecanismo verossímil” que seja a causa dos eventos, tratando também de falhas no processo produtivo e na manutenção dos equipamentos. Podemos pensar que além da dimensão técnico-científica do risco, evidente nas análises da perícia e da qualidade do processo produtivo, há também a avaliação da dimensão sociocultural do risco, pois se percebe que a reprovação na avaliação do risco também parte da conduta maliciosa dos réus.

No caso *The Environment Agency v Mustafa*⁹⁷⁷, apenas se utiliza expressamente a expressão “dever de cuidado”, quando se fala da hipótese de um “terceiro”, o qual “pudesse entregar uma quantidade maior de madeira ao operador”, excedendo a quantidade admitida ao estabelecimento pela regulação, sem que tenha qualquer conhecimento dessa situação, diante da manutenção do registro do estabelecimento como “isento”. O dever indicado como violado é o previsto na *section 34* do *Environmental Protection Act* de 1990, referindo-se a “prevenir qualquer violação à legislação”. A Corte considera, que, nesse caso, não há a *due diligence defence*, sendo inadequado pensar que o conteúdo desse dever de cuidado seria o de “tomar todas as medidas razoáveis naquele contexto”, bastando uma análise de “razoabilidade” para tratar da questão. Essa *offence* seria *de strict liability*, isto é, não admite defesa. Percebemos

of the site(...).v.Confusion over the roles and responsibilities of employees re cleaning; and vi.The lack of leadership shown by senior management, in particular Shingler. 8.Third, **multiple sources of ignition**, for example:a.Valves, blowers and other machinery;b.Electrical sources (...) c.Equipment modified by employees e.g. the bypassing of temperature sensors; d.Failure to service equipment in accordance with manufacturers’ instructions e.g. Firefly; and e.Fires and smouldering dust piles.9.Fourth, interconnecting rooms and doors which provided the potential for propagation of the initial event.”

Trata-se de um caso em que há a responsabilidade penal da pessoa jurídica por mortes ocorridas em acidente de trabalho. O réus foram indiciados por *manslaughter* de quatro pessoas, que teria ocorrido por uma “explosão no ambiente de trabalho”, que se iniciou com a “combustão de uma nuvem de madeira no ar” em um estabelecimento em que se trabalhava com “substância perigosa”, “a poeira de madeira”, conforme o determinado na Regulation 2(c) das Dangerous Substances and Explosive Atmospheres Regulations de 2002.

⁹⁷⁷ Reino Unido. *The Environment Agency v Mustafa* [2020] EWCA Crim 597 06/05/2020, pp.9-10, 14 “(...)would produce difficulties for third parties dealing with such a waste operation, who could be criminally liable for breach of the “duty of care”, imposed by section 34 of the 1990 Act, to prevent any contravention of the legislation. The third party, it was submitted, might deliver a further quantity of wood to the operator when the quantity of waste permitted by the T6 exemption had already been exceeded, though on inspection of the register he had seen it was still an “exempt facility(...)duty of care under section 34 was only to “take all such measures as are reasonable in the circumstances”, and that “[matters] of the kind raised would be relevant to reasonableness and evaluated on their merits” (paragraph 28).(...) conclusion on the “duty of care” in paragraph 28 of his judgment. By contrast with the “due diligence” provision in section 33(7) of the 1990 Act, there is no corresponding defence under the 2010 regulations for a person charged with an offence of knowingly causing or knowingly permitting a contravention of regulation 12. The offence is one of strict liability”.

que, no caso, não há a possibilidade de discussão judicial do conteúdo do dever de cuidado. Podemos perceber indícios da análise da dimensão sociocultural do risco como fundamentadora desse tipo de dever de cuidado, que busca cooptar outros membros da sociedade para a tutela de um certo bem.

No entanto, o caso trata da violação de deveres de cuidado, referentes às condutas permitidas na manutenção de um depósito de resíduos. Parece-nos que tais *standards* regulatórios são casos em que a Regulação de Risco estabelece o risco permitido, sendo que tal função é a mesma dos deveres de cuidado. Decidimos, portanto, seguir na análise da decisão.

No caso, ocorreu a violação da regulação ambiental⁹⁷⁸, sendo que o estabelecimento do réu recebeu quantidade superior daquela que lhe garantiria a classificação de “estabelecimento isento”, que seria aquele que não precisa de licença para seu funcionamento. Houve diversas visitas da fiscalização, onde a infração foi percebida e comunicada aos réus, indicando que se não houvesse respeito à regulação, seria aplicada uma sanção. Até que em uma visita a fiscalização indicou que o estabelecimento não poderia mais receber resíduos. E, em 06/03/2014, a *Environment Agency* informa a empresa que ela “deixa de ser considerada isenta”. A empresa continuou funcionando até que houvesse a notificação da remoção de seu registro em 24/03/2014. No caso, houve a discussão sobre a obrigatoriedade da remoção da condição de isento do estabelecimento no registro da agência. No entanto, entendeu-se a “Agência repetidas vezes tentou fazer com que a empresa cumprisse a regulação, o que é um método padrão de aplicação da regulação”, sendo essa a causa da demora para a retirada do estabelecimento do registro dos “isentos”. A Corte entendeu que se houver “uma violação persistente” da regulação a Agência não precisa “esperar a remoção do registro” para iniciar a

⁹⁷⁸Reino Unido. *The Environment Agency v Mustafa* [2020] EWCA Crim 597 06/05/2020, pp.3-4, 12, 16 “(...)Under regulation 8 it had to be either a “regulated facility”, which required an environmental permit, or an “exempt facility”. No environmental permit was ever granted or applied for(...)Further CAR-E forms were completed for these visits, on 10 and 24 September 2013 respectively, warning that if the company failed to reduce the amount of waste wood to comply with the T6 exemption, enforcement would follow(...)the Environment Agency’s Environment Management Team Leader, required the company to “stop receiving waste and to bring [the] site into compliance” with the T6 exemption by 21 March 2014(...)wrote to the company again, saying that the company’s operation had “ceased to be an exempt waste operation” and that “an environmental permit is required to store more than 500 tonnes of wood at any one time”, and confirming that “[the] initial deposit and ongoing storage of this material is an offence under Regulation 38(1)(a) (...)On 24 March 2014, Mr Jennings sent a letter to the company, informing it that the T6 exemption had been removed from the public register on 12 March 2014, and stating that the continuing storage of material at the site was an offence under regulation 38(1)(a) of the 2010 regulations.(...) As he said, “the reality ... is that [it] repeatedly attempted to bring the company into compliance, which is the standard method of enforcement”, and that “[when] that failed, there was no reason ... why the alleged breaches of the conditions of the exemption should not have been prosecuted in the usual way (...)Where a long-standing or persistent breach of an exemption limit has occurred, the Environment Agency is not obliged by any provision of the legislative scheme to refrain from enforcement or from launching a prosecution if and when it judges that to be appropriate. (...)Whether and how the Environment Agency proceeds in a particular case is a matter of discretion ”.

persecução, sendo que é uma matéria de “discrecionabilidade” da Agência considerar “se e como” “proceder em um certo caso”.

Percebemos que o relacionamento entre Direito Penal e Regulação vai além do complemento normativo, indicando que o contexto regulatório também se refere a uma racionalidade própria dos reguladores, para obter o direcionamento da conduta do regulado. Sendo assim, a função da Regulação Responsiva é englobada pelo Direito penal, sendo entendida como parte do que se tem por “contexto regulatório”, indo além de se considerar a Regulação como equivalente ao Direito Administrativo e mero complemento da norma penal.

4.7.3 Relatório dos casos brasileiros:

A relação entre Regulação de Risco e Direito Penal no direito brasileiro tem uma tendência de ser analisada no plano normativo. Há uma exigência da indicação da norma jurídica, em que há a previsão do dever de cuidado, mesmo em casos em que haja evidente descuido do agente, sob risco de extinção da ação penal. No entanto, em casos em que há a mera indicação formal dos deveres de cuidado, percebemos a tendência de extinções das ações penais, pois falta a indicação precisa da conduta material do réu, nos casos em que há crimes que se dão em contextos empresariais. Em outros casos, no entanto, podemos identificar uma análise um pouco diversa da Regulação de Risco, permitindo a “importação” dos deveres de cuidado de modo detalhado, que tem garantido a continuidade da persecução penal.

O RHC 99.961/AL⁹⁷⁹ é um caso de homicídio culposo, a vítima faleceu por decorrência de um choque elétrico, decorrente de “eletroplessão”. A vítima “pisou em um fio de alta-tensão da rede elétrica” pública, quando tentava apagar um incêndio em sua plantação. As testemunhas

⁹⁷⁹ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. RHC n. 99.961/AL, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 26/2/2019, DJe de 13/3/2019, pp.4-5, “a vítima se dirigiu a sua plantação quando avistou o fogo queimando todo seu cultivo de cana, tentou apagar o incêndio quando pisou em um fio de alta-tensão da rede elétrica da (...), sofrendo queimaduras que o levou à morte, em decorrência de ELETROPLESSÃO, consoante Laudo de Exame Cadavérico, em anexo.(...) que foi até o Posto da (...) desta cidade pedir para desligarem a chave daquele ponto mas lhe disseram que não tinham como se comunicar com os carros que fazem manutenção nas redes [...]; que voltou para o local do fato e viu que seu irmão havia diminuído de tamanho e estava todo queimado [...]; que depois de duas horas chegou um carro da Eletrobrás e desligou a chave (...)QUE ESSE NÃO FOI O PRIMEIRO ACIDENTE OCORRIDO NO LOCAL, HÁ ALGUNS ANOS UM DOS FIOS DE ALTA-TENSÃO ESTOUROU E BATEU EM UMA CARREGADEIRA ESTOURANDO OS QUATRO PNEUS, QUE O CONDUTOR DA CARREGADEIRA PULOU E NÃO MORREU POR SORTE, E A CANA PEGOU FOGO E O DECLARANTE PERDEU TODA A PLANTAÇÃO; QUE DEPOIS OUTRO FIO DE ALTA-TENSÃO PARTIU E TOCOU FOGO NA CANA E A ELETROBRÁS SÓ FAZIA REMENDAR A FIAÇÃO E NUNCA PROCUROU DESVIAR OS POSTES DE DENTRO DO CANAVIAL OU MUDAR A FIAÇÃO, POIS A EXISTENTE NO LOCAL É DO NO DE 1964(...)QUE DE FIO DE ALTA-TENSÃO QUEBRAR E INCENDIAR AS CANAS JÁ HOVE VÁRIOS CASOS E A ELETROBRÁS NUNCA TOMOU PROVIDÊNCIA ALGUMA, A ÚNICA PROVIDÊNCIA É REMENDAR O FIO QUEBRADO E VÃO EMBORA”

indicam que houve dificuldade para comunicação com os funcionários de manutenção da empresa, que apenas chegaram horas depois do ocorrido. Além disso, a testemunha alega uma permanente falta de manutenção da rede-elétrica no local, relatando acidentes anteriores.

Percebemos que houve uma grande falha no cumprimento da Regulação do setor, já que não houve uma resposta imediata ao acidente da empresa, além da falta de manutenção da rede-elétrica no local. No entanto, na decisão, não encontramos qualquer referência à Regulação do setor (as já revogadas Resoluções Normativas ANEEL: nº 414, de 9 de setembro de 2010; nº 470, de 13 de dezembro de 2011; nº 901) ou à regulação das relações de consumo (Código de Defesa do Consumidor), ou, ainda à Regulação de serviços públicos (Lei 13460 de 2017). A decisão⁹⁸⁰ enfatiza que a acusação apenas alega genericamente, “o Responsável não cumpriu as normas preventivas de segurança”. Além disso, a decisão deixa claro que a mera posição de “diretor” não leva à responsabilização criminal.

Quanto à dimensão técnico-científica do risco, podemos indicar as conclusões do laudo pericial, sem que haja claramente a indicação do nexos de causalidade probabilístico entre a violação do dever de cuidado e o resultado morte. Apenas há uma referência descritiva dos fatos⁹⁸¹: “a queima parcial do canal de energia tenha se dado em virtude de curto circuito ou qualquer outra reação elétrica provocado pelo cabo de energia que se encontrava partido”. No entanto, devemos enfatizar que a decisão reconhece um nexos de causalidade entre a falta de manutenção da rede-elétrica e a morte: “o resultado tenha ocorrido pela ausência de manutenção da rede elétrica”. Essa conclusão faz-nos questionar se o reconhecimento da “ausência de manutenção” já não seria um reconhecimento de violação de dever de cuidado, cuja fundamentação jurídica poderia vir a ser acertada durante a instrução probatória. Todavia, a acusação não indicou o papel do diretor no caso em concreto, o que impede o desenvolvimento dessa linha de argumentação.

É evidente que a relação entre a Regulação de Risco e o Direito Penal deu-se apenas no plano normativo, sendo que a falta da menção da norma jurídica complementar à norma penal

⁹⁸⁰ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. RHC n. 99.961/AL, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 26/2/2019, DJe de 13/3/2019, p.5, “É cediço que a Negligência é o ato de omitir determinada situação, por motivo de desatenção, preguiça, indiferença ou desleixo, quando se deveria e poderia agir com as devidas cautelas. No caso em tela: O Responsável não cumpriu as normas preventivas de segurança.(...) No presente caso, não obstante o resultado fatal tenha ocorrido pela ausência de manutenção da rede elétrica do local do evento, não restou claramente descrito na inicial acusatória a relação da falta de dever de cuidado com o cargo do Diretor Presidente”

⁹⁸¹ Brasil. Superior Tribunal de Justiça RHC n. 99.961/AL, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 26/2/2019, DJe de 13/3/2019, p.5, “que a queima parcial do canal de energia tenha se dado em virtude de curto circuito ou qualquer outra reação elétrica provocada pelo cabo de energia que se encontrava partido; que a vítima tenha tido contato direto com o cabo de energia retro aludido”(…) o presente caso, não obstante o resultado fatal tenha ocorrido pela ausência de manutenção da rede elétrica do local do evento.”

levou à extinção da ação. Além disso, não houve qualquer menção à forma com a qual a empresa cumpriu a própria Regulação pública, o que, provavelmente, viabilizaria o desenvolvimento da persecução penal.

No RHC 102.992/SP⁹⁸², a vítima, “engenheiro eletricista com expressivos conhecimentos técnicos e ampla experiência profissional”, “sofreu uma queda da escada do quarto andar da construção”. A dimensão técnico-científica do risco foi analisada no laudo pericial, o qual constata como causa da queda a falta do “guarda-corpo”, a “proteção lateral” da escada, indicando, ainda que “a queda poderia ter sido evitada”, caso essa medida preventiva tivesse sido tomada. Sendo que o próprio laudo pericial afirma que não seria “desculpa pelo motivo de terem sido instaladas peças de granito pouco tempo atrás”. O próprio laudo pericial indica quais deveres de cuidado teriam sido violados “Lei n. 6.514/77 e nas Normas Regulamentadoras aprovadas pela Portaria n.º 3214/78-TEM (NR-18)”. O Tribunal entendeu que “não restou descrito na inicial acusatória que esta situação decorresse de falta pessoal dos denunciados”, sendo que se indica que a tese da acusação estaria baseada apenas na “qualidade de sócios da empresa contratada”.

Em nossa análise da dimensão sociocultural do risco, podemos perceber que a prova técnica, buscando indicar o nexos causal entre a violação do dever de cuidado e o resultado, acabou levando a acusação a escorar-se em sua análise, sem que devidamente tivesse se desincumbido de seu papel jurídico. Faltou à acusação conectar a violação apontada pela área técnica com o papel jurídico dos diretores na estrutura da empresa. De forma inconsciente, o operador do direito transferiu a análise jurídica ao técnico, levando a uma falha na acusação que foi reconhecida pelo Poder Judiciário.

⁹⁸² Brasil. Superior Tribunal de Justiça. RHC n. 102.992/SP, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 2/4/2019, DJe de 11/4/2019, pp.4-6 “Afirma que a vítima se tratava de engenheiro eletricista com expressivos conhecimentos técnicos e ampla experiência profissional sobretudo em obras idênticas àquela onde ocorreram os fatos.(...) Ao realizar a vistoria no local, a vítima sofreu uma queda da escada do quarto andar da construção, vindo a óbito instantaneamente. O laudo de exame necroscópico (fls. 25/26) atestou que a morte ocorreu em decorrência de 'politraumatismo, provocado pela ação vulnerante de agente contundente'.(...) escada estava sendo revestida por granito e, por este motivo, se encontrava desprovida de guarda corpo (o qual seria recolocada tão logo terminasse o revestimento), laudo pericial do Instituto de Criminalística n.º 01/040/47.154/2010, anexado aos autos às fls. 54/76, concluiu que "a queda poderia ter sido evitada se a empresa (...) tivesse instalado os indispensáveis guarda corpo ou proteções laterais, providas de estrutura de madeira de boa qualidade e travessões rígidos, não sendo desculpa pelo motivo de terem sido instaladas peças de granito pouco tempo atrás" (fl. 60). Ainda salientou o mencionado laudo pericial que a escada da obra não oferecia segurança alguma ao operário quando da sua labuta, colidindo com o previsto na Lei n. 6.514/77 e nas Normas Regulamentadoras aprovadas pela Portaria n.º 3214/78-TEM (NR-18)"(...) não restou descrito na inicial acusatória que esta situação decorresse de falta pessoal dos denunciados (...)Com efeito, a denúncia não aponta de qual modo os recorrentes colaboraram para o crime, tampouco indica qual o dever exigível de cuidado que restou desprezado, restando tão somente a imputação pela qualidade de sócios da empresa contratada, como responsáveis pela obra, a qual não contaria com a presença de engenheiro de segurança do trabalho”

Em outros casos, percebemos que a análise da Regulação de Risco pode ser mais multidimensional, indo além do mero complemento normativo.

No RHC 110.693/GO⁹⁸³, o réu, “sócio da empresa de engenharia”, ao realizar obra para “implantação de galerias de águas pluviais”, com “escavações em vias públicas”, sem que houvesse a implantação de “barreiras físicas na área em que estavam sendo executados os trabalhos”, sendo que “quatro pessoas foram sugadas para o interior da tubulação, o que causou a morte de três delas”. Na decisão foram analisados instrumentos de regulação de risco produzidos pela empresa, para compreender as medidas preventivas que deveriam se aplicadas na obra. Indica-se a análise do PCMAT (Programa de Condições e Meio Ambiente de Trabalho na Indústria e Construção), “previsto na Norma Regulamentadora n.18, no Ministério do Trabalho”, o qual trazia a necessidade de “colocação de grade de proteção tapumes e elementos de sinalização”. E, sendo os réus os “responsáveis pela obra”, os quais deram “início às obras mesmo sem os cuidados com segurança e mesmo ciente das condições climáticas desfavoráveis e sem observar diversas recomendações técnicas na execução da obra”. O Tribunal considerou satisfeito o requisito de “ligação entre as condutas dos denunciados e o fato delitivo”, “ainda de maneira sutil”, e admitiu o seguimento da ação penal.

Para a análise das dimensão técnico-científica do risco, foi aplicada no desenvolvimento do PCMAT, o qual foi “importado” pelo Direito penal, para que se compreendessem as medidas preventivas necessárias no caso concreto. Quanto à dimensão sociocultural do risco, não encontramos referências de sua análise. Parece-nos que nesse caso, temos uma outra forma de relação entre Regulação e Direito Penal, já que não se considerou a regulação como mero complemento normativo, cuja mera indicação sem maiores desenvolvimentos em outros casos levou à extinção da ação penal. Nesse caso, percebemos que a Regulação foi percebida com sua

⁹⁸³Brasil. Superior Tribunal de Justiça RHC n. 110.693/GO, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 25/6/2019, DJe de 5/8/2019, pp.3, 6-7, 9“Segundo a denúncia, o recorrente é sócio da empresa de engenharia (...), contratada para a implantação de galerias de águas pluviais no município de (...). Para tanto, foram realizadas escavações em vias públicas, mas os responsáveis pela obra teriam deixado de inserir barreiras físicas de isolamento de modo a impedir o acesso de pessoas não autorizadas na área em que estavam sendo executados os trabalhos.Em razão disso, no dia 21/2/2014, quatro pessoas caíram em uma vala e foram sugadas para o interior da tubulação, o que causou a morte de três delas (...)A execução dos serviços foi precedida da apresentação pelo recorrente do Programa de Condições e Meio Ambiente de Trabalho na Indústria e Construção (PCMAT), previsto na Norma Regulamentadora n. 18, no Ministério do Trabalho, que, dentre outras medidas, apresentava as medidas de segurança para a realização da obra, inclusive prevendo a colocação de grade de proteção, tapumes e elementos de sinalização(...) os responsáveis pela obra — dentre os quais, o ora recorrente — deixaram de inserir barreiras físicas de isolamento que impedissem o acesso de pessoas não autorizadas ao local das obras. Além disso, o denunciado e os corréus teriam dado início às obras mesmo sem os cuidados com a segurança e mesmo ciente das condições climáticas desfavoráveis e sem observar diversas recomendações técnicas na execução da obra(...)apesar de não detalhar minudentemente as ações imputadas aos denunciados, demonstra, ainda que de maneira sutil, a ligação entre as condutas dos denunciados e o fato delitivo.”.

racionalidade, reconhecida como a origem das medidas preventivas para evitar riscos. E, sendo assim, contribuiu para a indicação da conduta devida pelos réus no caso concreto.

Também no AgRg no REsp 1.828.323/MG⁹⁸⁴, tratou-se do homicídio culposo em acidente de trabalho. O Tribunal indica que no crime culposo, tem-se a atribuição da “falta de cuidado objetivo exigível” ao réu, sem que haja grande relevância da “qualificação” da culpa, como “negligência, imprudência e imperícia”.

A dimensão técnico-científica do risco foi analisada através da prova pericial e testemunhal⁹⁸⁵, onde se pôde compreender o tipo da vala construída na obra, a qual se entendeu de “corte reto”, que necessitava de “escoramento eficiente das paredes laterais, sobretudo por se tratar de solo composto por aterro”, derrubando a tese defensiva de se tratar de uma “vala de corte oblíquo”. A defesa trouxe o depoimento de testemunha especialista em engenharia civil, no entanto, o Tribunal Estadual desconsiderou seus argumentos, sem nem os mencionar no trecho da decisão estadual transcrita pelo Superior Tribunal de Justiça. O Tribunal estadual baseou essa desconsideração do poder de convencimento da prova da defesa, diante do fato da testemunha nunca ter estado no local dos fatos como também não acompanhou a perícia. Além disso, “a defesa, em momento algum, impugnou os dados periciais ou solicitou esclarecimentos ao perito responsável”. Concluiu-se pela violação da Regulação prevista na Portaria 3214/78, NR-18 do Ministério do Trabalho, “vez que não foi realizada a proteção eficiente das laterais da parede onde a vala havia sido escavada”.

A violação dos deveres de cuidado também se considerou configurada pelo Tribunal Estadual⁹⁸⁶ pela ausência dos réus no local das obras, conforme indicam as testemunhas, as

⁹⁸⁴ Brasil. Superior Tribunal de Justiça AgRg no REsp n. 1.828.323/MG, relator Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador Convocado do TJ/PE), Quinta Turma, julgado em 7/11/2019, DJe de 12/11/2019, pp. 12-13, “(...), em sede de crime culposo, é essencial que se atribua claramente a falta de cuidado objetivo exigível. A qualificação (v.g.: negligência, imprudência e imperícia) que, conforme o caso, pode ser discutida ou ser polêmica, não é a essência do crime culposo, a essência deste é a falta de cuidado objetivo”.

⁹⁸⁵ Brasil. Superior Tribunal de Justiça AgRg no REsp n. 1.828.323/MG, relator Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador Convocado do TJ/PE), Quinta Turma, julgado em 7/11/2019, DJe de 12/11/2019, pp. 13-15, “Embora a defesa e os acusados sustentem que se tratava de uma vala de corte oblíquo, em “V”, o laudo pericial de fs.27/37, afirmou se tratar de corte reto, o qual, ao ser realizado em profundidade média de 2,50m, requer o escoramento eficiente das paredes laterais, sobretudo por se tratar de solo composto por aterro (...)Ora, em que pese a defesa ter arrolado um engenheiro civil, o qual foi inquirido em f.142, entendo que as declarações prestadas por ele não são capazes de infirmar as conclusões existentes no laudo pericial, sobretudo porque a testemunha (...)Assim, concluo que os acusados não observaram a norma regulamentadora, emitida na portaria 3.214/78 do Ministério do Trabalho, sob o número NR-18, vez que não foi realizada a proteção eficiente das laterais das paredes onde a vala havia sido escavada.(...)não esteve no local dos fatos na ocasião de sua ocorrência, nem mesmo acompanhou a perícia realizada no local. Ademais, a defesa, em momento algum, impugnou os dados periciais ou solicitou esclarecimentos ao perito responsável. ”

⁹⁸⁶ Brasil. AgRg no REsp n. 1.828.323/MG, relator Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador Convocado do TJ/PE), Quinta Turma, julgado em 7/11/2019, DJe de 12/11/2019, p.13, “(...)Acrescentou que (...) fez a designação do trabalho, mas não repassou qualquer informação de segurança e que, enquanto o serviço era executado, os acusados não se fizeram presentes no local. A ausência de comando ficou demonstrada, ainda, pela

quais não sabiam indicar quem era o responsável pelas obras. Essa ausência foi classificada pelo Tribunal Estadual como um fator para se avaliar maior reprovabilidade da conduta dos réus, entendendo que “registre-se, inclusive, que a negligência dos réus foi de tal monta que sequer se faziam presentes durante a realização da obra, de modo que nem mesmo os funcionários sabiam ao certo quem era responsável pelo comando do serviço”. Podemos entender que essa maior reprovabilidade da conduta dos réus por sua ausência tenha alguma relação com a dimensão sociocultural do risco, a qual tem por marca tratar da necessidade de se usar o termo “risco” como um fator de distribuição de responsabilidade por danos graves.

A dimensão sociocultural do risco pode ser compreendida na avaliação de que a conduta dos réus merecia a causa de aumento do §4 do art. 121 do Código Penal, por ter ocorrido a violação de norma técnica. O ministro⁹⁸⁷ faz menção à doutrina de Fragoso, que indica que “a censurabilidade será bem maior, porque o profissional está adstrito a mais graves responsabilidades”, como também a de Anibal Bruno, onde se lê, “(...) a inconsideração com que age, desprezando as regras de seu ofício, e por esse desinteresse, provocando o fato punível”. Assim, há maior reprovação nos casos em que haja maior “magnitude do evento”, cuja avaliação depende de fatores “políticos, estéticos e morais”⁹⁸⁸. Entendemos que, a causa de aumento e sua aplicação nessa decisão, tratam de uma forma de expressão da dimensão sociocultural do risco, pois essa análise não necessariamente se refere à probabilidade de dano, mas a uma ponderação de valores.

Seguindo nos temas encontrados na pesquisa, quando tratamos de crimes culposos em acidentes de trânsito, a dimensão técnico-científica do risco nos pôde ser averiguada, sendo que o Tribunal indica a necessidade de instrução probatória para a indicação do nexo de causalidade, não bastando a mera alegação de violação do dever de cuidado.

declaração de (...), quando sustentou que o ofendido era o encarregado da obra. Tal informação foi repetida pelo também funcionário (...), fs.16/17, sendo certo que elas decorreram da ausência dos reais responsáveis no local em que a obra era realizada(...) registre-se, inclusive, que a negligência dos réus foi de tal monta que sequer se faziam presentes durante a realização da obra, de modo que nem mesmo os funcionários sabiam ao certo quem era responsável pelo comando do serviço”.

⁹⁸⁷ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp n. 1.828.323/MG, relator Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador Convocado do TJ/PE), Quinta Turma, julgado em 7/11/2019, DJe de 12/11/2019, p.14, “(...)transcrevo as esclarecedoras palavras de Heleno Cláudio Fragoso in Lições de Direito Penal - Parte Especial - Volume 1, Ed. Forense, 11ª edição, 1995, págs. 46-47, a saber (...) a censurabilidade será bem maior, porque o profissional está adstrito a mais graves responsabilidades. Como ensina o nosso excelente Anibal Bruno “não é a imperícia do agente que se torna agravante na primeira hipótese, mas a inconsideração com que age, desprezando as regras do seu ofício, e por esse desinteresse, provocando o fato punível”.”.

⁹⁸⁸ DOUGLAS, Mary. Risk as a Forensic Resource. In **Daedalus**, v.119.n.4, Risk. Outono, 1990, p.10 (tradução livre).

No RHC n. 113.552/CE⁹⁸⁹, em que se tratou de homicídio culposo no trânsito, não se aceitou extinguir a ação penal, já que se exigiu o desenvolvimento da instrução probatória para análise da violação do dever de cuidado e criação do risco, assim como das demais circunstâncias da causalidade. Já na denúncia, o Ministério Público indica que “tendo avançado um cruzamento preferencial e provocado a colisão com a motocicleta guiada pela vítima”. Essa indicação da conduta do réu no início da ação penal pode ser entendida como uma expressão da dimensão técnico-científica do risco, a qual será desenvolvida com profundidade na instrução probatória, afastando-se de uma análise em abstrato do dever de cuidado. O mesmo se deu no AgRg no RHC n. 132.302/PR⁹⁹⁰, que também trata de homicídio culposo no trânsito. O réu atropelou a vítima, “que terminava de cruzar a faixa de pedestre”, tendo violado seu dever de cuidado de “zelar pela segurança dos pedestres”. O Tribunal considerou que a ação penal deveria continuar, pela “existência de elementos mínimos de prova a indicar a ocorrência do delito”. No caso, há certos indícios de que a dimensão técnico-científica do risco foi abordada, mas a decisão é muito sucinta para uma análise mais profunda.

Já no AgRg no HC n. 583.028/CE⁹⁹¹, houve a declaração da denúncia como inepta, extinguindo a ação penal. O Ministério Público não indicou, em nenhum momento qual teria sido a violação de dever de cuidado do réu, indicando apenas que o réu “atropelou a nominada vítima, causando-lhe a morte”. Percebemos que há a exigência da indicação de um possível nexos causal entre a violação do dever de cuidado e o resultado. A decisão cita jurisprudência do Tribunal nesse sentido, “nos delitos culposos deve ser indicada a falta ao dever de cuidado do agente e a sua relação com o resultado ocorrido, possibilitando o exercício da defesa do réu”.

⁹⁸⁹ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. RHC n. 113.552/CE, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 19/9/2019, DJe de 27/9/2019, pp.1-2, “Neste caso, a denúncia narrou fatos típicos praticados, em tese, pelo recorrente, que teria agido culposamente, na modalidade imprudência, ao deixar de observar dever de cuidado na direção do veículo, tendo avançado um cruzamento preferencial e provocado a colisão com a motocicleta guiada pela vítima. 4. Conclusões a respeito de o réu ter ou não agido com imprudência, ou sobre a culpa exclusiva da vítima, só podem ser tomadas após a instrução criminal, já que demanda exame aprofundado do conjunto probatório, o que não pode ser feito pela estreita via mandamental”.

⁹⁹⁰ Brasil. AgRg no RHC n. 132.302/PR, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 15/12/2020, DJe de 18/12/2020, pp.5, “praticou homicídio culposo da vítima (...), pois, sem prever o que lhe era previsível nas circunstâncias, ignorando o dever de cuidado objetivo exigido os condutores de automotores em geral, manifestado por sua imprudência em não conduzir com a atenção e cuidado indispensáveis à segurança do trânsito 2, por ' não zelar pela segurança dos pedestres', e ainda deixando de dar preferência a pedestre que cruzava a via na faixa de pedestre', atropelou a vítima, que finalizava a travessia da rua.”

⁹⁹¹ Brasil. AgRg no HC n. 583.028/CE, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 1/9/2020, DJe de 16/9/2020, pp.4, 6-7, “atropelou a nominada vítima, causando-lhe a morte, (...)Nos delitos culposos deve ser indicada a falta ao dever de cuidado do agente e a sua relação com o resultado ocorrido, possibilitando o exercício da defesa do réu (...) Portanto, não havendo a devida narrativa da conduta imputada, então, verifica-se ofensa ao art. 41 do CPP, pois não é admissível que a acusação limite-se a afirmar que o réu praticou o crime, sem descrever se a conduta imputada ao réu decorre de imprudência, imperícia ou negligência, o que, a toda evidência, obsta o exercício do direito de defesa e do contraditório”

Nessa alegação, há uma referência à dimensão técnico-científica do risco, que apenas seria mais desenvolvida durante a instrução probatória com o andamento da ação penal.

No AgRg no REsp n. 1.842.139/MG⁹⁹², em que houve o julgamento por homicídio culposo no trânsito, a acusação não especificou a embriaguez como dever de cuidado violado desde o início da ação penal. No entanto, a embriaguez foi identificada e “amplamente discutida” durante a instrução probatória e foi mencionada na sentença como dever de cuidado violado. A principal discussão do acórdão é entender se tal sentença é válida. O Tribunal estadual não reconheceu a invalidade da sentença, por entender que a embriaguez foi reconhecida como “um dos fundamentos que levaram à conclusão de que o apelante agiu com inobservância do dever objetivo de cuidado”, não sendo usada como “majorante, qualificadora ou para configurar delito autônomo”.

A dimensão técnico-científica do risco vem analisada pelo afirmado na decisão do Superior Tribunal de Justiça⁹⁹³ que indica que a “simples ingestão de bebida alcoólica, confessada pelo acusado, é incompatível com a direção de veículo automotor”. A análise do risco trazido por essa conduta tem embasamento técnico-científico, considerando que o álcool é uma substância “sabidamente redutora de reflexos do condutor, indutora de sonolência e relaxamento”, cuja ingestão configura a violação de dever de cuidado do art. 28 do Código de Trânsito Brasileiro, “segundo o qual o condutor deverá a todo momento ter domínio de seu veículo, dirigindo com atenção e cuidados indispensáveis à segurança do trânsito”. Na decisão, considera-se que a “ingestão de bebida alcoólica pelo acusado contribuiu, juntamente com

⁹⁹² Brasil. Superior Tribunal de Justiça AgRg no REsp n. 1.842.139/MG, relator Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador Convocado do Tj/PE), Quinta Turma, julgado em 10/12/2019, DJe de 17/12/2019, pp.4, 9 “(...) em que se extrai uma circunstância fática não anunciada expressamente na denúncia, mas que foi incluída na sentença condenatória, como um dos argumentos justificadores da condenação. (...) uma vez que tal elemento fático (a embriaguez do apelante) não foi utilizada como majorante, qualificadora ou para configurar o delito autônomo inserto no art. 306 do mesmo diploma legal. A utilização da embriaguez pela d. juíza como um dos fundamentos que a levaram à conclusão de que o apelante agiu com inobservância do dever objetivo de cuidado não macula a decisão de nulidade, até porque tal circunstância foi amplamente explorada na instrução probatória, mormente na audiência de instrução e julgamento, sendo oportunizada a defesa a elaboração de perguntas e questionamentos a respeito.”

⁹⁹³ Brasil. Superior Tribunal de Justiça AgRg no REsp n. 1.842.139/MG, relator Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador Convocado do Tj/PE), Quinta Turma, julgado em 10/12/2019, DJe de 17/12/2019, pp.11-13, “Inicialmente destaco, de plano, que a simples ingestão de bebida alcoólica, confessada pelo acusado, é incompatível com a direção de veículo automotor, uma vez que referida substância é sabidamente redutora de reflexos do condutor, indutora de sonolência e relaxamento, e, portanto, já se mostra violadora da norma de dever objetivo de cuidado inserta no art. 28 do Código de Trânsito Brasileiro, segundo a qual “o condutor deverá, a todo momento, ter domínio de seu veículo, dirigindo-o com atenção e cuidados indispensáveis à segurança do trânsito” (...) Destarte, é incontestado que a ingestão de bebida alcoólica pelo acusado contribuiu, juntamente com outros fatores, para a não observância das condições de tráfego à frente (art. 29, II do CTB) – circunstância narrada na denúncia – que culminou na colisão fatal (...) embriaguez ao volante somente foi utilizada como forma de demonstrar a ausência de observância ao dever de cuidado objetivo, efetivamente descrito na denúncia, na medida em que tal condição mitiga a capacidade do motorista na observação do fluxo de veículos bem como a distância de segurança à outros veículos, além de retardar os reflexos para frenagem.”

outros fatores, para a não observância das condições de tráfego à frente (art. 29, II do CTB)”, “na medida em que tal condição mitiga a capacidade do motorista na observação do fluxo de veículos, bem como a distância de segurança a outros veículos, além de retardar reflexos da frenagem”. Podemos perceber que a dimensão sociocultural do risco também poderia ser apontada, já que a “embriaguez” é um fator de risco, tido como bastante censurável, o qual apresenta tratamento normativo próprio, exigindo uma referência específica na denúncia. No caso, não houve tal tratamento detalhado, mas diante da grande reprovabilidade que se tem à embriaguez no volante, aceitou-se que esse fator de risco fosse considerado como violação do dever de cuidado. Essa mesma lógica não foi aceita em outros casos em que a acusação deixou de detalhar o dever de cuidado logo no início da ação penal, especialmente em acidentes de trabalho.

Quanto à embriaguez, podemos, inclusive, considerar indícios da dimensão sociocultural do risco através da análise dos deveres de cuidado.

No RHC n. 109.466/SP⁹⁹⁴, houve lesão corporal em acidente de trânsito. A acusação denuncia o réu por violação do dever de cuidado, por estar alcoolizado durante o acidente. Apresentaram-se duas correntes no Superior Tribunal de Justiça. A primeira considera que “sem a mínima descrição de como o acusado teria agido de forma imprudente – v.g., velocidade excessiva, direção em zigue-zague, sucessivas ultrapassagens perigosas, desrespeito ao semáforo com sinal vermelho, mudança de direção brusca etc” não é possível reconhecer o crime culposos. A decisão cita passagem de Tavares, tratando da doutrina de Roxin, a qual afirma que “embora o motorista esteja dirigindo em estado de embriaguez, deve ter excluída sua culpa, se o acidente resultar, exclusivamente do não atendimento do cuidado pelo outro condutor”. O Tribunal considerou que, no caso, apesar do exame pericial indicar a embriaguez, o sujeito, segundo testemunhas, “não apresentava sinais visíveis de embriaguez”.

Nessa corrente, percebemos que não há um tratamento adequado da dimensão técnico-científica do risco, já que não se busca fundamentar a avaliação em provas técnicas. Não se admite que a ação penal prossiga para que se compreenda se com a violação do dever de cuidado, de fato, houve a criação de um risco proibido.

⁹⁹⁴Brasil. Superior Tribunal de Justiça RHC n. 109.466/SP, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 5/11/2019, DJe de 21/2/2020, pp.6, “Agiu o denunciado com manifesta imprudência, porque conduzia seu veículo automotor em estado de embriaguez em rodovia de grande circulação de veículos, o que provocou a colisão contra a motocicleta da vítima e, em consequência, a morte desta (...)a lição de Claus Roxin, citada por Juarez Tavares (...)embora o motorista esteja dirigindo em estado de embriaguez, deve ter excluída sua culpa se o acidente resultar exclusivamente, do não -atendimento do cuidado pelo outro condutor"(...) há nos autos depoimentos prestados pelos condutores do flagrante cujos dizeres contradizem a versão acusatória, ao afirmarem que "embora o teste [etilômetro] tenha resultado positivo, (...) não apresentava sinais visíveis de embriaguez.".”

A segunda corrente⁹⁹⁵, a vencedora, indica que já a violação do dever de cuidado, dirigir embriagado, cria, por si só “risco proibido”, sendo “matéria de prova” questionar se o réu estava ou não embriagado. Fica claro que essa corrente privilegia o aspecto técnico-científico do risco, já que enfatiza a necessidade de instrução probatória, evitando meras ilações para se tratar da matriz fática, indicando que “como saber se ele falhou ao não prestar atenção na pista, se ele demorou para reagir, freando? Passamos a ter conjecturas impossíveis de serem descritas em uma inicial acusatória”.

Nessa segunda corrente, temos uma avaliação da violação formal da Regulação, como indica a Teoria da Acessoriedade Administrativa. Segundo essa análise, será sempre responsabilidade do sujeito, se violou a regulação, independente se a violação do dever de cuidado causou o resultado naquele caso concreto. Conclui-se⁹⁹⁶ que “dirigir um carro embriagado ou em excesso de velocidade, ou mudando de faixas, ou desrespeitando normas de trânsito, todos esses casos são exemplos de culpa, de falta de dever de cautela socialmente exigíveis, e o resultado de colisão que eventualmente ocorra será a eles atribuído penalmente nessa modalidade.”. Essa análise é diferente da italiana, onde se considera que há uma ampliação do dever de cuidado daquele que realiza a manobra descuidada para também abranger o dever de cautela contra a conduta culposa de terceiro. Nessa aplicação estrangeira, há análise do nexo de causalidade e do risco criado; e, não a mera punição pela violação formal da regulação.

Encontramos também referências à análise da gravidade da violação dos deveres de cuidado, para diferenciar crime culposo de dolo eventual.

No REsp 1.777.793/RS⁹⁹⁷, trata-se de homicídio no trânsito, onde se questiona se a violação do dever de cuidado sugere culpa ou dolo eventual, baseando-se na análise do contexto

⁹⁹⁵ Brasil. Superior Tribunal de Justiça RHC n. 109.466/SP, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 5/11/2019, DJe de 21/2/2020, p.10, “Quem dirige sob efeito de álcool – na denúncia, inclusive, caracterizado como embriagado –, age com culpa, com falta ao dever de cautela na modalidade imprudência. Imagina, então, o resultado de colisão, mas não o admite e sinceramente acredita que não ocorrerá. Isso é culpa. Aliás, o condutor embriagado colide na traseira da moto, mas não seria necessário ou até possível descrever: como saber se ele falhou ao não prestar atenção na pista, se ele demorou para reagir, freando? Passamos a ter conjecturas impossíveis de serem descritas em uma inicial acusatória. Estar ou não embriagado, como imputa a denúncia, é matéria de prova.”

⁹⁹⁶ Brasil. Superior Tribunal de Justiça RHC n. 109.466/SP, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 5/11/2019, DJe de 21/2/2020, p.12, “é quase impossível de descobrir, a condição de dirigir um carro embriagado ou em excesso de velocidade, ou mudando de faixas, ou desrespeitando normas de trânsito, todos esses casos são exemplos de culpa, de falta de dever de cautela socialmente exigíveis, e o resultado de colisão que eventualmente ocorra será a eles atribuído penalmente nessa modalidade.”

⁹⁹⁷ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.777.793/RS, relator Ministro Nefi Cordeiro, relator para acórdão Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 15/8/2019, DJe de 17/9/2019, p.8, “A sentença de desclassificação exige *standard* probatório de convencimento (art. 419 do Código de Processo Penal), certeza jurídica de que o crime praticado é diverso daquele doloso contra a vida imputado. A essa conclusão, de certeza de crime diverso, de certeza de crime culposo, não poderia chegar o Tribunal quando admite os fatos de acidente

fático. Questiona-se se a presença de “veículo em alta velocidade (incompatível com a via) e da influência de bebida alcoólica” seriam indícios objetivos suficientes para caracterizar dolo eventual. Há duas orientações divergentes na decisão. Um ministro vota pela existência do dolo eventual, diante da ausência de “*standard* probatório de convencimento” e a falta de “certeza jurídica de que o crime praticado é diverso daquele doloso contra a vida imputado”. O ministro pontua que diversas violações aos deveres de cuidado não levam, necessariamente, à comprovação do dolo, “não há regra matemática”, concluindo que caberia o encaminhamento para o júri para indicar a “definitiva valoração do crime”.

Na segunda orientação, um segundo ministro⁹⁹⁸ entende como “insuficiente tomar essas duas circunstâncias factuais” para indicar a existência de dolo eventual. No caso, o ministro indica que é necessário indicar se o réu “anuiu ou se mostrou indiferente ao próprio resultado lesivo”. Nos autos, há comprovação de uma “imediate e longa tentativa de frenagem realizada pelo acusado assim que percebeu a movimentação do carro que iria entrar em seu caminho”. Concluiu o ministro que, “mera conjugação da embriaguez com o excesso de velocidade, sem o acréscimo de outras peculiaridades que ultrapassem a violação do dever de cuidado objetivo, inerente ao tipo culposo, não autoriza a conclusão pela existência de dolo eventual.”.

Percebemos que há uma tensão entre as duas possíveis orientações, que envolve a dimensão sociocultural do risco. Há a menção de um trecho da doutrina citada no acórdão⁹⁹⁹, em que se afirma que não seria possível alterar a estrutura do Direito Penal, baseado no “clamor social no sentido de que os motoristas que dirigem embriagados e/ou em velocidade excessiva devem ser punidos severamente, quando tiram a vida ou causam lesões irreversíveis em pessoas

de trânsito em alta velocidade e sob influência de bebida alcoólica(...) Não há regra matemática ou objetiva do dolo: a presença de uma ou duas ou três infrações ao dever de cautela não fazem com que, a partir de determinado número, se considere como provado o dolo, ainda que eventual.(...) exigindo-se a pronúncia para a definitiva valoração do crime e do elemento subjetivo pelo Tribunal do Júri.”.

⁹⁹⁸ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.777.793/RS, relator Ministro Nefi Cordeiro, relator para acórdão Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 15/8/2019, DJe de 17/9/2019, pp.18, 21, 23-24, “Avalio, com a devida vênia, ser insuficiente tomar essas duas circunstâncias factuais – excesso de velocidade e embriaguez – para identificar o aventado dolo eventual da conduta do recorrido, afastando do exame o que, normalmente ocorre nos eventos danosos decorrentes do tráfego de veículos automotores, i.e., a violação do dever de cuidado objetivo do agente. (...)preciso que haja pelo menos alguma segurança de que o condutor anuiu ou se mostrou indiferente ao próprio resultado lesivo antevisto que sua conduta provocaria para outrem.(...) imediata e longa tentativa de frenagem realizada pelo acusado assim que percebeu a movimentação do carro que iria entrar em seu caminho(...)mera conjugação da embriaguez com o excesso de velocidade, sem o acréscimo de outras peculiaridades que ultrapassem a violação do dever de cuidado objetivo, inerente ao tipo culposo, não autoriza a conclusão pela existência de dolo eventual.”.

⁹⁹⁹ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.777.793/RS, relator Ministro Nefi Cordeiro, relator para acórdão Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 15/8/2019, pp.16, 17, em que se indica: “O clamor social no sentido de que os motoristas que dirigem embriagados e/ou em velocidade excessiva devem ser punidos severamente, quando tiram a vida ou causam lesões irreversíveis em pessoas inocentes, não pode ter o condão de modificar toda a nossa estrutura jurídico-penal(...)(GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Rio de Janeiro: Impetus, 2007, págs. 207/210).”.

inocentes”. Percebemos que o autor constata que a violação de tais deveres de cuidado apresenta-se tão reprovável socialmente que acaba criando uma demanda pela imposição da pena mais severa possível, diante da possibilidade de danos irreversíveis a terceiros. No entanto, prevalece a análise da dimensão técnico-científica do risco, indicando a análise das provas periciais para indicar o elemento subjetivo do delito.

É interessante indicar que o juiz de primeiro grau¹⁰⁰⁰ considerou que seria “indiferente o juízo técnico acerca da medição dessa velocidade com base nas marcas de frenagem, pois não se trata de verificar matematicamente essa variável e, sim, de apurar sua influência no contexto do acidente”. Além disso, não se atingiu certeza quanto à embriaguez do motorista. Nesse trecho temos a avaliação da dimensão técnico-científica do risco, a qual aparece descartada como “indiferente”. Embora não se espere que a decisão jurídica venha determinada apenas pela prova pericial, ela não deve ser descartada. Devemos considerar, no entanto, que o juiz de primeiro grau faz uma análise semelhante à da “probabilidade lógica” italiana, que trata da avaliação no contexto fático para se basear em um cenário de certeza jurídica.

No RHC n. 126.003/BA¹⁰⁰¹, temos um homicídio durante o “atendimento odontológico”, a principal questão a ser tratada é a existência de culpa ou dolo eventual. Nessa ação penal, temos uma relevante análise da dimensão técnico-científica do risco. A cirurgiã-dentista não observou os deveres de cuidado próprios da sua profissão para realizar “as onze extrações e elaborar próteses dentárias”. A ré “sabia do histórico médico da vítima”, a qual era acometida de “diabetes *mellitus* e hipertensão arterial sistêmica”, mas “não determinou a realização de exames pré-cirúrgicos”. Na realização de tais procedimentos, a “vítima passou a sentir dores no peito e enjoo”, o serviço de atendimento de urgência foi acionado, porém “a vítima faleceu em decorrência de um edema pulmonar acentuado”.

¹⁰⁰⁰ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.777.793/RS, relator Ministro Nefi Cordeiro, relator para acórdão Ministro Rogerio Schiatti Cruz, Sexta Turma, julgado em 15/8/2019, DJe de 17/9/2019, p.12, “aqui é indiferente o juízo técnico acerca da medição dessa velocidade com base nas marcas de frenagem, pois não se trata de verificar matematicamente essa variável e sim de apurar sua influência no contexto do acidente. Há também alguns indícios de que ele pudesse estar sob efeito de álcool no momento do acidente, o que não foi objeto de prova pericial e recebeu atestações contraditórias pelas testemunhas do fato.”

¹⁰⁰¹ Brasil. Superior Tribunal de Justiça RHC n. 126.003/BA, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 17/11/2020, DJe de 23/11/2020, p.8, “(...)que é cirurgiã dentista, para efetuar onze extrações e elaborar duas próteses dentárias. A denúncia informa que a recorrente sabia do histórico médico da vítima, que apresentava comorbidades (diabetes *mellitus* e hipertensão arterial sistêmica) e, mesmo assim, não determinou a realização de exames pré-cirúrgicos,(...) A vítima retornou ao consultório da recorrente em 12 de fevereiro daquele ano, quando iniciou a extração dos seis dentes restantes. Durante o procedimento, a vítima passou a sentir dores no peito e enjoo. O Serviço de Atendimento Móvel de Urgência (SAMU) foi acionado, mas a vítima faleceu em decorrência de um edema pulmonar acentuado.(...)”.

A dimensão técnico-científica do risco foi analisada, através da prova pericial¹⁰⁰², indicando que o uso de anestésicos “existem correlação entre uso de lidocaína com vasoconstrictor (epinefrina) e a ocorrência de óbito por edema agudo de pulmão em pacientes submetidos a procedimentos odontológicos”. Sendo que o próprio perito conclui que “a não realização de exames pré-cirúrgicos” para melhor avaliação da paciente é uma violação da norma técnica. Não houve, no entanto, análise de quais informações tais exames poderiam proporcionar para a ré, indicando como tais exames poderiam ter impedido o resultado morte. Essa violação de deveres de cuidado não foi reconhecida pelo Tribunal como “indiferença”, essencial para se caracterizar o dolo eventual, considerando-se a conduta como culposa.

4.7.4 Relatório comparativo de casos:

Em relação aos três conjuntos de casos, podemos perceber que a relação entre as dimensões do risco e o conteúdo dos deveres de cuidado, geralmente, aparece entrelaçada com a determinação do nexos de causalidade. Essa conexão é explicada pela característica dos deveres de cuidado de também se apresentarem como diretrizes para imputação, o que pressupõe o estabelecimento da causalidade.

Podemos também indicar que a quantidade de decisões italianas (32), no período analisado, é muito superior aquele observado na jurisprudência brasileira (11) e inglesa (7). Essa discrepância é mais relevante se comparada ao número de decisões brasileiras, as quais partem de premissas teóricas semelhantes. Já no direito inglês, temos uma aplicação mais

¹⁰⁰²Brasil. Superior Tribunal de Justiça. RHC n. 126.003/BA, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 17/11/2020, DJe de 23/11/2020, p.9, “(...)”existem correlação entre uso de lidocaína com vasoconstrictor (epinefrina) e a ocorrência de óbito por edema agudo de pulmão em pacientes submetidos a procedimentos odontológicos” (e-STJ, fls. 21/22). E encerra declarando que a não realização de exames pré-cirúrgicos, que dimensionassem as condições de saúde da vítima, a fim de realizar procedimentos odontológicos de tal magnitude, em tão pouco espaço de tempo, além da aplicação de anestésico em paciente diabética e hipertensa, também sem exames que permitissem averiguar a sensibilidade da paciente quanto aos anestésicos a serem utilizados, ou não, permitem identificar a ocorrência de infrações técnicas por parte da profissional assistente (...) O estudo do dolo eventual leva a concluir que sua caracterização não é extraída do elemento psíquico do agente, mas das circunstâncias dos fatos, de modo que, a partir da narrativa contida na denúncia, não é possível extrair dados que permitam concluir a indiferença da recorrente com relação à morte da vítima. Não há nada nos autos que permita concluir que a recorrente aceitou o resultado, o que é imprescindível para configurar o dolo eventual(...) É exatamente isso o que se observa neste caso em que a recorrente parece não ter tomado todas as precauções necessárias para impedir o resultado danoso, de modo que é possível extrair da narrativa ministerial elementos que autorizem o enquadramento típico da conduta como homicídio culposo. Embora a análise a respeito da relevância da omissão e da previsibilidade objetiva do resultado devam ser dirimidas no curso da instrução, por dependerem de verticalizada análise do conjunto probatório, a narrativa fática permite concluir pela ausência do elemento volitivo indispensável para caracterizar o dolo eventual, de modo que, de ofício, reconhece-se a incompetência do Tribunal do Júri para processar e julgar o processo criminal iniciado contra o paciente, eis que não configurado crime doloso contra a vida.”.

limitada dos deveres de cuidado, não sendo aplicados, por exemplo, para todas as formas de culpa.

É possível que o método italiano facilite a aplicação dos deveres de cuidado, intensificando sua importância, ou que a própria legislação penal italiana induza a essa maior incidência. A resposta a essa questão dependeria de uma análise mais aprofundada de ambas as hipóteses, o que escapa de nosso tema. Mas, podemos indicar que o domínio técnico sobre o tema dos deveres de cuidado na jurisprudência italiana é notável.

A jurisprudência italiana apresenta um método de abordagem interdisciplinar tanto do risco como dos deveres de cuidado. Trata da relação entre deveres de cuidado e leis científicas, como da relação entre incerteza científica e Direito Penal. Estuda-se o conceito de “probabilidade lógica”, garantindo que o papel do Direito venha a ser reconhecido perante a Ciência e a Tecnologia. Em certos casos houve a análise da incerteza científica, em que a dimensão técnico-científica do risco foi bastante explorada. No caso 45935, impediu-se a substituição da certeza científica pelo princípio jurídico *in dubio pro reo*, sendo essencial a análise do próprio método científico, o que também ocorreu no caso 44943, que levou ao reconhecimento de “dúvida razoável”. Nesse último caso, houve, inclusive, a diferenciação entre o normativo e os fatos para a identificação do nexo de causalidade. Esse tipo de abordagem permite que se compreenda que a intervenção penal não se dá com base na mera violação do dever de cuidado, mas depende da demonstração do risco produzido.

A dimensão sociocultural do risco é possível de ser identificada em certos casos, quando se discute a parcialidade dos especialistas ou quando se tem uma declaração expressa da ponderação de valores, como se deu no caso dos acidentes de trabalho e em relação ao meio ambiente, por exemplo no caso 27911. Em outros momentos, aparece subentendida, quando a base do dever de cuidado é tido como “não precisamente técnica”, como se deu no caso 8464¹⁰⁰³, tratando da relação de confiança entre médico e paciente ou entre cirurgião-chefe e sua equipe, no caso 392.

O método trazido pela *sentenza Franzese* viabiliza a análise dos operadores do Direito quanto ao método científico, permitindo a análise jurídica do método científico. Sem que se compreenda como o Direito pode se relacionar com a Tecnologia e a Ciência, aos operadores do Direito resta o papel de homologadores das decisões dos especialistas. Essa conclusão parece-nos reforçada pela sistematização da análise da Regulação de Risco privada pelas decisões judiciais. Os efeitos dessa Regulação são integrados à análise dos fatos, como um meio

¹⁰⁰³ Itália. Penale Sent. Sez. 4 Num. 8464 Anno 2022 Presidente: CIAMPI FRANCESCO MARIA Relatore: SERRAO EUGENIA Data Udienza: 17/02/2022, p.13.

para se compreender a dinâmica de funcionamento das empresas. Dessa forma, temos uma abordagem bastante diversa da compreensão da Regulação de risco, diferente de um mero complemento normativo.

Quanto aos casos do Reino Unido, percebemos que a dimensão técnico-científica do risco é tratada especialmente nos crimes de *gross negligence manslaughter*, para se compreender se a violação do dever de cuidado levaria ao resultado morte. Além disso, o conteúdo do dever de cuidado é analisado de modo concreto, individualizado de acordo com a situação fática, a referida “matriz fática”, conforme analisado no caso Kuddus. Essa análise já pode ser indicada como interdisciplinar, afastando-se de uma visão meramente normativa dos deveres de cuidado.

O caso Kuddus apresenta, ainda, como se dá a construção normativa do risco na *common law*. O risco tanto é tratado na análise da previsibilidade e do elemento subjetivo; como também como resultado. No primeiro caso, faz-se referência à *reasonable person*, o que entendemos como uma possível referência à probabilidade subjetiva, analisada *ex ante*. Já no segundo caso, tem-se o risco como resultado, quando se refere ao “risco grave de morte”, o qual entendemos como uma possível análise *ex post*, que pode ser relacionado ao nexos de causalidade probabilístico.

A relação entre deveres de cuidado e a incerteza científica também é tratada, já que se trata da análise do resultado de perigo e sua relação com a conduta do agente, como se deu no caso Broughton, em que se trata dos efeitos de uma droga ainda desconhecida ou ainda no caso Wood Treatment Ltd, onde não se conseguiu identificar a dinâmica dos fatos que levaram ao incêndio.

Nessas decisões, percebemos que a identificação de uma análise interdisciplinar, ou das dimensões do risco, principalmente quanto a sua faceta técnico-científica, viabiliza um método de decisão o qual dá relevância ao papel do Direito. Há claramente a indicação de que a certeza jurídica não é o mesmo que certeza científica, da mesma forma como se dá com a “probabilidade lógica” na jurisprudência italiana. No caso Broughton, por exemplo, a Corte¹⁰⁰⁴ indica que o júri deveria buscar estabelecer a “causa ou causas da morte não apenas na opinião do especialista, mas também nas demais circunstâncias”, isto é, que “a evidência trazida pela acusação não foi capaz de comprovar a causalidade em um padrão de prova criminal”. Apenas se aceita que o júri possa decidir, se “existe evidência suficiente sobre a qual ele possa estar seguro” de sua decisão.

¹⁰⁰⁴ Reino Unido. R v Broughton [2020] EWCA Crim 1093 18/08/2020, pp.19,21.

Já a relação entre Direito Penal e Regulação dá-se de modo bastante explícito. No caso Mark Foley¹⁰⁰⁵, houve a referência à “uma grande interferência no regime regulatório” na motivação da decisão, o que nos leva a compreender que a Regulação não é vista como complemento normativo da norma penal. Essa análise também é reforçada pela decisão do caso Wood Treatment Ltd, onde o risco proibido vem conectado com o descumprimento dos deveres de cuidado impostos pela Regulação de Risco, indicados como falhas na própria dinâmica do processo produtivo da empresa. No caso Mustafa, percebemos claramente como a racionalidade da Regulação de Risco é incorporada pelo Direito Penal, tratando de como a regulação age para o direcionamento da conduta do regulado, apresentando-se como algo além de um complemento normativo.

No entanto, devemos indicar que no caso Mustafa, bastou a violação do dever de cuidado previsto na Regulação de risco estatal para se configurar a *regulatory offense*, sem que haja a possibilidade de defesa. Quanto a tal tipo de infração, a decisão é clara em a categorizar como de *strict liability*, isto é, apenas em certos casos em que há responsabilidade objetiva não se admite a *due diligence defence*. Só essa observação já nos faz perceber a diferença em relação ao direito brasileiro, o qual apresenta uma vasta quantidade de crimes de perigo abstrato, em que a defesa é bastante limitada.

Quanto aos casos brasileiros, a relação entre Direito Penal e Regulação de Risco dá-se de acordo com a Teoria da Acessoriedade Administrativa, com uma tendência a uma abordagem normativa. No RHC 99.961/AL, apesar do Tribunal reconhecer a falta de manutenção da rede elétrica, por não ter havido a indicação formal da norma jurídica que fundamenta o dever de cuidado na denúncia, e, conseqüentemente sua relação com a posição de diretor da empresa, decidiu-se pela extinção da ação penal. É interessante que pudemos, inclusive, encontrar uma análise da dimensão técnico-científica do risco, indicando-se um nexo de causalidade entre a falta de manutenção da rede elétrica e o resultado morte, a qual não foi capaz de garantir a continuação da ação penal. Da mesma forma no RHC 102.992/SP, houve extinção da ação penal por uma falha da acusação que se deu por satisfeita com a indicação de violação de deveres de cuidado feitas pelos peritos. O Tribunal considerou que faltou o nexo entre tais deveres de cuidado e o papel dos réus na empresa. É um caso em que não se considera que a Regulação tem um papel de direcionamento de condutas, função essa que deve ser analisada de acordo com a dinâmica empresarial do caso concreto, indo além do mero cumprimento normativo.

¹⁰⁰⁵Reino Unido. R v Mark Foley [2021] EWCA Crim 1674, 02/11/2021, p.5.

Quanto à análise das dimensões do risco, podemos indicar o grupo dos casos de acidentes de trânsito como exemplo da importância da dimensão técnico-científica do risco, como se deu no RHC n. 113.552/CE, AgRg no RHC n. 132.302/PR. Já no AgRg no REsp n. 1.842.139/MG. Aceitou-se a indicação da “embriaguez” como violação do dever de cuidado apenas depois da instrução probatória, diferenciando-se dos casos de acidente de trabalho. É possível que essa análise seja um reflexo da dimensão sociocultural do risco, baseada na maior reprovação social da conduta. Essa dimensão sociocultural do risco em relação à “embriaguez” é bastante analisada no RHC 109.4666/SP, o que reforça nossa hipótese de que tal dimensão tem um papel relevante na construção normativa do risco.

Quanto à análise de Regulação de Risco produzida pela empresa, que retrate a dinâmica da atuação empresarial, há maior facilidade para que o operador do Direito compreenda o próprio conteúdo dos deveres de cuidado. No RHC 110.693/GO¹⁰⁰⁶, houve análise de um instrumento que traga detalhes da dinâmica da atividade como o PCMAT (Programa de Condições e Meio Ambiente de Trabalho na Indústria e Construção), o qual trazia a necessidade detalhada de “colocação de grade de proteção tapumes e elementos de sinalização”. Ao se analisar tal instrumento foi possível aos operadores do Direito compreender a dinâmica empresarial, viabilizando o seguimento da demanda, pois puderam conectar o papel dos diretores com os deveres de cuidado violados. Ou, ainda, podemos citar o AgRg no REsp 1.828.323/MG, onde se entendeu que a Regulação de Risco estatal exigia certa providência específica na obra, como também se exigia a presença dos réus na obra, para sua fiscalização.

Quanto às dimensões do risco, percebemos que sua análise foi fulcral para diferenciar culpa consciente e dolo eventual. A indiferença, que é apontada como característica do dolo eventual, apenas é bem delineada quando se fazem análises de ambas as dimensões do risco, especialmente quanto à dimensão técnico-científica como no RHC 126.003/BA. Já quando se identifica a dimensão sociocultural, tem-se a reação dos magistrados de buscarem uma postura mais neutra, para evitar o punitivismo, como se deu no REsp 1.777.793/RS.

A partir do estudo de casos, concluímos que as dimensões do risco podem ser identificadas na construção normativa do risco, indicando que o Direito Penal acaba por aceitar uma abordagem interdisciplinar a partir dos deveres de cuidado nos três grupos de casos estudados. É curioso notar também que as questões da incerteza científica e da parcialidade dos especialistas não aparecem nos casos brasileiros. Essa ausência poderia ser explicada pela falta de um método que admita a abordagem do método científico por operadores do Direito.

¹⁰⁰⁶ Brasil. Superior Tribunal de Justiça RHC n. 110.693/GO, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 25/6/2019, DJe de 5/8/2019, pp. 6-7.

O diferencial mais marcante dá-se entre as decisões brasileiras e as demais, quando se compara a análise da relação entre Direito Penal e Regulação de Risco, a qual não aparece propriamente desenvolvida pela nossa jurisprudência, sendo, geralmente, apenas normativa. Essa análise unidimensional causa uma abordagem vacilante da jurisprudência do tema dos deveres de cuidado, os quais são reconhecidos como complemento normativo da norma penal. Encontramos uma dificuldade dos operadores do Direito em lidar com a natureza multidimensional dos deveres de cuidado, logo, é possível que a análise das dimensões do risco viabilize uma compreensão mais clara do conteúdo dos deveres de cuidado.

5. Conclusões:

1. A acessoriedade administrativa é uma teoria que tem admitido uma visão normativa, essencialmente jurídica, da Regulação. A Regulação emprega o método interdisciplinar, o qual é melhor apreendido ao se considerar o “Direito Penal no contexto regulatório”. A diferença entre as duas abordagens aparece de forma mais clara quando analisamos exemplos práticos, em que percebemos que ao exigir a análise da Regulação pelo intérprete da lei penal, temos resultados que vão além de uma análise normativa. Ao adotarmos o funcionalismo teleológico, garantimos que também o Direito Penal admita o método interdisciplinar, o que o torna compatível com a racionalidade da Regulação, para que possa avaliar as decisões regulatórias.

2. O risco não é um conceito que pode ser abordado apenas normativamente, pois não é unidimensional. É possível indicar, ao menos duas dimensões. A técnico-científica que abrange as leis científicas que embasam a causalidade, como também as noções de probabilidade objetiva e subjetiva. Nessa dimensão, compreendemos que as leis causais de base científica devem ser aplicadas juntamente com as análises estatísticas, para que se estabeleça o nexos causal probabilístico. Além disso, a depender do caso, se identificada incerteza científica, não haveria fundamento para justificar a responsabilidade criminal. A dimensão sociocultural do risco, identifica o uso do termo “risco” como uma forma de garantir uma aura científica para o perigo, dificultando o questionamento das decisões dos especialistas. O termo risco é aplicado para garantir o consenso social quanto a certas questões, a partir da padronização de condutas. Concluímos que o risco, ao ser compreendido como um conceito multidimensional, apenas pode ser abordado a partir de um método interdisciplinar que permita a análise jurídica de ambas as dimensões. E, além disso, concluímos que o “risco” é construído a através da aplicação de diversos métodos científicos como também um resultado da ponderação de valores.

3. A Regulação de Risco surge como uma estratégia preventiva diante de riscos de danos desastrosos para diversos valores sociais, os quais, inclusive auxilia na identificação como prioritários. A importância de se conhecer os métodos da Regulação de risco está na necessidade de se fazer conhecer as justificativas da construção do “risco” pela Regulação de risco, sem que se escondam tais fundamentos com base em juízos científicos supostamente neutros.

Quanto aos métodos usados pela Regulação de Risco para a construção do risco, fica clara a necessidade do estudo do contexto em que se dá a decisão regulatória, para compreensão das ponderações de valores que fundamentam tais decisões, explícitas ou não.

Havendo incerteza científica, as dificuldades enfrentadas pela tomada de decisão regulatória, fazem com que se recomende prudência na criminalização de tais deveres de cuidado.

Em se tratando de risco sistêmico, o recurso à tutela penal é adequado apenas em certos casos, como se dá com o dever de notificar, cuja violação poderia impedir os mecanismos de prevenção.

A relação entre Direito Penal e Regulação de Risco pode, ainda, ser percebida diante do método de Regulação indicado. Consideramos que a Regulação em Metas leva ao estabelecimento de deveres de cuidado de acordo com os conhecimentos específicos do regulado, o que afeta a determinação do parâmetro para o juízo de risco no Direito Penal.

Os deveres de cuidado ao serem “importados” para o Direito Penal exigem uma análise do contexto fático, para a própria compreensão do “risco permitido”, afastando-se de qualquer interpretação meramente normativa. Em nossa análise, os deveres de cuidado são entendidos como padrões de conduta, que trazem em si uma decisão regulatória para estabelecer o nível de risco permitido da conduta lícita.

A possibilidade de controle judicial dos deveres de cuidado é defensável, mesmo ao se considerar as decisões de Direito Administrativo, portanto é possível ao Poder Judiciário tomar conhecimento do contexto regulatório e das decisões dos especialistas, ao julgar um caso criminal.

4. Em nossa análise dos deveres de cuidado no Direito Penal, compreendemos que se tratam de um instituto “importado” da Regulação de Risco que afeta a própria estrutura do delito, sendo reconhecido como um elemento de “valoração global do fato”. Sua evidente importância leva ao questionamento dos fundamentos para sua criminalização, indicando a necessária referência a um bem jurídico.

A compreensão da função da norma jurídica no Direito Penal é atuar sobre a vontade do agente, indicando que o julgamento de perigo ao qual se pode referir a norma penal é adotado sob a perspectiva *ex ante*. Além disso, considerando que os conhecimentos do agente também devem ser levados em consideração na construção normativa do risco, adicionalmente ao *standard* objetivo definido pela Regulação de Risco, tem-se que haveria uma remodelação do que se considera como um conceito objetivo de dever de cuidado.

Nos crimes culposos, percebemos com o estudo de direito comparado funcional, que o risco pode ser construído tendo em vista parâmetros generalizantes, tidos como objetivos, ou específicos, tidos como subjetivos. Ao se considerar a necessidade de uma perspectiva *ex ante* do risco, consideramos mais adequada a adoção de um paradigma de análise do risco que se refira aos conhecimentos do sujeito, embora também deva levar em consideração um *standard* objetivo para a avaliação dos efeitos da conduta. Dessa forma, percebemos uma certa predominância da probabilidade subjetiva nessa análise.

Nos crimes de perigo abstrato, há uma tendência de considerarmos que os deveres de cuidado sejam aplicados para densificar o injusto da conduta, adotando-se uma vertente subjetiva, a qual permite que se considere os conhecimentos específicos do agente. A abordagem interdisciplinar dos deveres de cuidado permite que se analise além da noção de probabilidade a ser empregada, avaliando também as justificativas para a existência de tais crimes, de acordo com a relevância dada ao interesse do particular em atuar em certos setores. E, ao analisarmos o “Direito Penal no contexto regulatório”, percebemos que os deveres de cuidado podem ser interpretados de forma que, no caso concreto, atinja-se a proteção ao bem jurídico de acordo com os conhecimentos do agente.

Nos crimes omissivos, percebemos que a construção normativa do risco se dá com fundamento em certos valores, os quais, se analisados sob a ótica da dimensão sociocultural do risco, referem-se à ideia de determinar parâmetros de conduta em certas relações sociais. Essa fundamentação ocorre, principalmente, quando se pensa na função de garante, usada para equiparar ação e omissão. Além disso, a própria “força normativa” dos deveres de cuidado, suficiente para identificar um conteúdo mais ou menos intrusivo à autonomia individual, depende do sopesamento de valores para ser determinado. É evidente, portanto, que a dimensão sociocultural do risco apresenta um papel relevante na construção normativa do risco no caso dos crimes omissivos.

Concluimos que a análise das dimensões do risco no Direito Penal acaba por densificar o injusto penal, afastando a responsabilidade penal da criminalização da mera violação de deveres de cuidado.

A partir do estudo de casos, concluimos que as dimensões do risco podem ser identificadas na construção normativa do risco, indicando que o Direito Penal acaba por aceitar uma abordagem interdisciplinar a partir dos deveres de cuidado nos três grupos de casos estudados. É curioso notar também que as questões da incerteza científica e da parcialidade dos especialistas não aparecem nos casos brasileiros.

O diferencial mais marcante dá-se entre as decisões brasileiras e as demais, quando se compara a análise da relação entre Direito Penal e Regulação de Risco, a qual não aparece propriamente desenvolvida pela nossa jurisprudência, sendo, geralmente, apenas normativa. Essa análise unidimensional causa uma abordagem vacilante da jurisprudência do tema dos deveres de cuidado, os quais são reconhecidos como complemento normativo da norma penal. Encontramos uma dificuldade dos operadores do Direito em lidar com a natureza multidimensional dos deveres de cuidado, os quais trazem a necessidade da análise conjunta de fato e norma jurídica para a definição de seu conteúdo.

É possível que a análise das dimensões do risco viabilize uma compreensão mais clara do conteúdo dos deveres de cuidado.

6. Referencias:

ADLER, Matthew D & POSNER, Eric A. **New foundations of cost benefit analysis**. Londres: Harvard University Press, 2006.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Facticidad y normatividade: notas sobre la relación entre ciencias sociales y Derecho penal. in **ADPCP**, v. LII, 1999.

Alemanha. Lei de infrações regulatórias. 1987. Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_owig/englisch_owig.pdf.

ALEXANDER, Larry & FERZAN, Kinberly Kessler. **Reflections on Crime and Culpability: problems and puzzles**. Nova Iorque: Cambridge, 2018.

ALEXANDER, Larry & FERZAN, Kimberly Kessler. Reply. In ROBINSON, Paul H. **Criminal Law Conversations**. Oxford: Oxford, 2009.

ALEXANDER, Larry. Duties to Act triggered by creation of the peril: easy cases, puzzling cases, and complex culpability. In NELKIN, Dana Kay & RICKLESS, Samule C. **The Ethics and Law of Omissions**. 2017, Nova Iorque: Oxford pp. 180-196.

AMBOS, Kai. Omisions. In AMBOS, Kai – DUFF, Antony – ROBERTS, Julian – WEIGEND, Thomas. (ed) **Core concepts in Criminal Law and Criminal Justice**. V.1, Cambridge: New York, 2020, pp.17-19.

AMBOS, Kai. Sobre o futuro da Ciência jurídico-penal alemão: abertura e método discursivo no lugar do provincianismo presunçoso. In **RBCrim**, v. 121, ano 24, pp. 127-160

ANDREWS, Richard N., Class Politics or Democratic Reform: Environmentalism and American Political Institutions, In **Natural Resources Journal**, v. 221, 1980, pp.221-241 Disponível em: <https://digitalrepository.unm.edu/nrj/vol20/iss2/3>

ANGIONI, Francesco. **Il pericolo concreto come elemento dela fattispecie penale: la struttura oggettiva**. Milano: Giuffrè, 1994

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A Regulação da Economia: conceitos e características. In CARDOZO, José Eduardo Martins – QUEIROZ, João Eduardo Lopes – SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. **Curso de Direito Administrativo Econômico**. São Paulo- Malheiros, 2006

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências Reguladoras: e a evolução do Direito administrativo econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O conceito jurídico da Regulação na Economia In **Revista de Direito Mercantil**, n. 122, abril-jun de 2001, pp.38-47.

ASHWORTH, Andrew J. **Positive Obligations in Criminal Law**. Londres: Bloomsbury, 2013.

ASHWORTH, Andrew. A new generation of omissions offences? In **Criminal Law Review**, vol. 2018, no. 5, Sweet and Maxwell, 2018, pp. 354–64.

ASHWORTH, Andrew. **Is Criminal Law a lost cause?** In ASHWORTH, Andrew. **Positive Obligations in Criminal Law**. Hart: Oxford and Oregon, 2013, pp.1-30.

ASHWORTH, Andrew. Positive Duties, Regulation and the Criminal Sanction. In **Law Quarterly Review**, vol. 133, n. October, Law Quarterly Review, 2017, pp. 606–30.

ASHWORTH, Andrew. **The Diffusion of Criminal Responsibility: Steps in the Wrong Direction?** McKenna J (ed.) Queensland Legal Yearbook 2017. Brisbane, Queensland: Supreme Court Library Queensland, pp.170-185. (manuscrito cedido pelo autor).

AYRES, Ian & BRAITHWAITE, John. **Responsive Regulation: transcending the deregulation debate** : Oxford socio-legal studies. Oxford: Oxford, 1992.

BALDWIN, Robert – CAVE, Martin - LODGE, Martin. **The Oxford Handbook of Regulation**, . New York: Oxford University, 2010.

BALDWIN, Robert & BLACK, Julia. Driving priorities in Risk-based Regulation: What's the problem? In **Journal of Law and Society**, v.43, n.4, dezembro 2016, pp. 565-595.

BALDWIN, Robert & CAVE, Martin. **Understanding Regulation: theory, strategy and practice**. Oxford: Oxford, 1999.

BALKIN, J. B. **Interdisciplinarity as Colonization**. In *Washington & Lee Law Review*, v. 53, fasc. 3, 1996, pp.949-970. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol53/iss3/5>.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros,2008.

BARONE-ADESI, Giovanni – MANCINI, Lorian – SHEFRIN, Hersh. Systemic Risk and Sentiment. In FOUQUE, J. & LANGSAM, J. (Eds.). **Handbook on Systemic Risk** . Cambridge: Cambridge University Press, 2013, pp.714-741.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Valor, norma e injusto penal: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo**. Belo Horizonte: D'Placido, 2020.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: ed. 34, 2010

BERGER, Margaret A. **The Supreme Court's Trilogy on the Admissibility of Expert Testimony**. In FEDERAL JUDICIAL CENTER. **Scientific Evidence**. Disponível em: <http://air.fjc.gov/public/fjcweb.nsf/pages/16>

BLACK, Julia. Critical Reflections on Regulation. In **Australian Journal of Legal Philosophy**, n. 27, 2000

BLACK, Julia. Risk-based Regulation: choices, practices and lessons being learnt, OECD. **Risk and Regulatory Policy: improving the governance of risk**. OECD, 2010, pp.185-236.

BLACK, Julia. The role of risk in regulatory processes. In BALDWIN, Robert – CAVE, Martin – LODGE, Martin. **The Oxford Handbook of Regulation**. New York: Oxford University, 2010, pp. 302-348.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

BOUNDS, Gregory. Challenges to designing Regulatory Policy Frameworks to manage Risks. In OECD. **Risk and Regulatory Policy: improving the governance of risk**. OECD, 2010, pp.15-44.

BRADY, Henry E. **Causation and Explanation in Social Science**. In GOODIN, Robert E. (ed). **The Oxford Handbook of Political Science**. Oxford: Oxford, 2011

BRAITHWAITE, John. **Neoliberalism or Regulatory Capitalism?** In Reg Net Occasional paper, Australian National University:Canberra n.5, 2005

BRAITHWAITE, John. Responsive Excellence. In COGLIANESE, C. **Achieving Regulatory Excellence**. Washington: Brookings, 2017, pp. 23- 35.

Brasil. COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras). Análise de informações. Disponível em: <https://www.gov.br/coaf/pt-br/aceso-a-informacao/Institucional/a-producao-de-inteligencia-financeira/analise-de-informacoes/analise-de-informacoes>. Acesso em 28/08/2021.

Brasil. Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA Gerência-Geral de Medicamentos e Produtos Biológicos – GGMed Parecer Público de avaliação de solicitação de autorização temporária de uso emergencial, em caráter experimental, da vacina adsorvida covid-19 (inativada) – Instituto Butantan. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/noticias-anvisa/2021/anvisa-divulga-relatorios-tecnicos-das-vacinas-aprovadas/ppam-final-vacina-adsorvida-covid-19-inativada-butantan.pdf>.)

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. Gerência-Geral de Medicamentos e Produtos Biológicos – GGMed. Parecer Público de avaliação de solicitação

de autorização temporária de uso emergencial, em caráter experimental, da vacina covid-19 (recombinante) – Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/noticias-anvisa/2021/anvisa-divulga-relatorios-tecnicos-das-vacinas-aprovadas/ppam-final-vacina-adsorvida-covid-19-inativada-butantan.pdf>)

Brasil. Banco Central do Brasil. CMN moderniza regras para contas de depósito e reais de residentes no exterior e para a declaração de Capitais Brasileiros no Exterior (CBE). Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/detalhenoticia/17141/nota>. Acesso em 18/08/21.

BRASIL. Congresso Nacional. Decreto-Lei n. 2848 de 07 de dezembro de 1940. Publicado no DOU em 31/12/1940.),

BRASIL. Congresso Nacional. Lei 6259 de 30 de outubro de 1975. Publicado no DOU em 31/10/1975.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei 9605\98. DOU 13/02/98. “Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.”.

Brasil. Congresso Nacional. Lei 9782 de 1999. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. DOU 27/01/1999. Em seu art. 7, “IX - conceder registros de produtos, segundo as normas de sua área de atuação;

BRASIL. Congresso Nacional. lei n. 13848 de 2019. “Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras.” DOU 26/06/2019.

Brasil. Conselho Nacional de Justiça. Poder Judiciário. **Justiça em números 2020**. Brasília, 2020

Brasil. Lei 8078 de 11/09/90. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providencias. DOU 12/09/90.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria n. 1061 de 2020 de 18 de maio de 2020 publicado no DOU em 29/05/2020.

BRASIL. Poder Legislativo. Lei 4159 de 1962.

Brasil. RDC/ANVISA nº 56, de 6 de abril de 2001

Brasil. Senado Federal. Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito: CPI de Brumadinho e outras Barragens, julho de 2019.

BRASIL. STF. RE 627.189/SP, Relator Min. Dias Toffoli, j. 08/06/2016

BRASIL. STF. ADI 4874, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 01/02/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31-01-2019 PUBLIC 01-02-2019

BRASIL. STF. RE 1378054-MG. Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 06/06/2022

Brasil. STJ. AgRG no HC 746.697 – SP. Relator Ministro Ribeiro Dantas. DJe; 30/08/2022

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - HC 95.941/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 29/10/2009, DJe 30/11/2009

Brasil. Superior Tribunal de Justiça – Resp: 1.613.260 - SP 2016/0062668-9 Relator: Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, julgado em 09/08/16.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça - REsp: 1439150 RS 2014/0047232-9, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 05/10/2017, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/10/2017.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp n. 1.913.289/RS, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 8/6/2021, DJe de 17/6/2021.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp n. 1.788.547/RN, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 2/4/2019, DJe 16/4/2019.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Agravo em Recurso Especial n. 547.028. Dje 10/08/2018

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AgRg no RHC n. 148.516/SC, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 9/8/2022, DJe de 15/8/2022.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC n. 626.888/MS, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 2/8/2022, DJe de 8/8/2022.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC n. 729.926/PR, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 17/5/2022, DJe de 20/5/2022.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp n. 1.558.116/ES, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 12/12/2017, DJe de 18/12/2017

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp n. 1.960.147/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 21/6/2022, DJe de 27/6/2022.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 543.922/PB, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 11/2/2020, DJe de 14/2/2020.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Processo em segredo de justiça. Habeas Corpus, Rel. Min, Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 14/06/2022, noticiado no informativo de jurisprudência do STJ n. 742, 27/06/2022.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.972.092/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 30/6/2022.

Brasil. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação criminal n.0048850-47.2014.8.26.0050. Relator Amabile Lopez Soto. Data do julgamento 11/09/2022. Data de Publicação:11/09/2022.

BROWN, Darryl K. Criminal Law's unfortunate triumph over Administrative Law. In **Journal of Law, Economics & Policy**, v. 7:4, 2011.

BROWNSORD, Roger – SCOTFORD, Eloise – YEUNG, Karen. Law, Regulation and Technology: The field, frame and focal questions. In BROWNSORD, Roger – SCOTFORD, Eloise – YEUNG, Karen. **The Oxford Handbook of Law, Regulation and Technology**. Oxford:Oxford, 2017, pp.4-38.

BRUDNER, Alan. **Punishment and Freedom: a liberal theory of penal justice**. New York: Oxford, 2009

BURKHARDT, Björn. Conducta típica y perspectiva ex ante. A la vez, una aportación contra la “confusión entre lo subjetivo y lo objetivo”. In WOLTER, Jürger & FREUND, Georg (eds). **El sistema integral del derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal**. Madrid: Marcial Pons, 2004, pp.153-192.

BURKHARDT, Björn. Dogmática penal afortuna y sin consecuencias. In ESER, Albin – HASSEMER, Winfred – BURKHARDT, BJÖRN. **La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio**. Valencia: tirant lo blanch, 2004, Pp. 119-175.

CANCIO MELIÁ, Manuel. **Algunas reflexiones sobre lo objetivo y lo subjetivo en la teoría de la imputación objetiva**. In YACOBUCCI, Guillermo Jorge (dir). Los desafíos del Derecho Penal en siglo XXI: libro homenaje al Professor Dr Gunther Jakobs. Lima: Ara, 2005, pp.247-265.

CANH, Nguyen Phuc – WONGCHOTI, Udom sak – THANH, Su Dinh – THONG, Nguyen Trung. **Systemtic risk in cryptocurrency market: Evidence from DCC-MGARCH model**. in Finance Research Letters, 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Existe um direito constitucional da regulação? **Revista da AASP**, v.73, nov. 2003, pp.109-111.

CARREIRO PAGOTTO, Leopoldo Unibratan. Estratégias jurídicas inovadoras no combate à corrupção. In **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, n. 57, julho-dezembro de 2010, pp. 241-280.

CEREZO MIR, José. Ontologismo e normativismo na teoria finalista. In **Ciências Penais**, v. 0, jan de 2004, pp.9-23. (tradução livre)

CLARKE, John. The contested social. In FEENAN, Dermot (ed). **Exploring the ‘socio’ of socio-legal studies**. New York: Palgrave Macmillian, 2013

CLOATRE, Emile & COWAN, Dave. **“Indefensible and Irresponsible”:** **Interdisciplinariyy, truth and #reviewer2**. In CREUTZFELDT, Naomi -MASON, Marc – McConnachie, Kirsten. *Routledge Handbook of Socio-Legal Theory and Methods*. Londres: Routledge, 2020, pp.97-109.

COCA VILA, Ivó. **La colisión de deberes em derecho penal**. Barcelona: Atelier Penal, 2016.

COGLIANESE, Cary. **What does risk-based Regulation mean?** In *The regulatory review*. 08 de julho de 2019. Disponível em: <https://www.theregreview.org/2019/07/08/coglianese-what-does-risk-based-regulation-mean/>. Acesso: 18/08/2021

COLE, Daniel H. & GROSSMAN, Peter Z. "When Is Command-and-Control Efficient? Institutions, Technology, and the Comparative Efficiency of Alternative Regulatory Regimes for Environmental Protection". In **Articles by Maurer Faculty**, n 590, 1999, pp.892-3

CONTI, Carlotta. **La prova scientifica alle soglie dei vetanni dalla sentenza Francese: vette e vertigini in época di pandemia**. In *Sistema Penale*. 09/02/2021. Disponível em: <https://www.sistemapenale.it/it/articolo/conti-prova-scientifica-venti-anni-sentenza-franzese?out=print>. Acesso em 03/09/2021.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. **Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales**. Valencia: Tirant lo blanch, 1999

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. **El delito imprudente: criterios de imputación del resultado**. Buenos Aires: B de f, 2008.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. **Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos**. In MIR PUIG, Santiago & CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (direc.). *Política criminal y reforma penal*. Buenos Aires: B de f. 2007, pp. 33-54.

COSTA, Helena Regina Lobo da & ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. *Compliance e o julgamento da AP 470* In **RBccrim**, ano 22, v. 106, jan-fev 2014, pp. 215-230

COSTA, Helena Regina Lobo da. **Os crimes ambientais e sua relação com o Direito Administrativo**. In VILARDI, Celso Sanchez – PEREIRA, Flávia Rahal Bresser – NETO, Theodomiro Dias. *Direito Penal Econômico: Análise Contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp.189-225.

COTTERRELL, Roger. Theory and values in socio-legal studies. In **Journal of law and society**, v. 44, issue S1, outubro 2017, pp. s19-s36.

COUTINHO, Diogo R. Privatização, regulação e desafio da universalização do serviço público no Brasil. In FARIA, José Eduardo. **Regulação, Direito e Democracia**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002, pp.67-94.

CRESWELL, John W. & CRESWELL, J. David. **Projeto de Pesquisa: métodos qualitativo, quantitativo e misto**. Porto Alegre: Penso, 2021.

D’ALESSANDRO, Francesco. Spiegazione causale mediante leggi scientifiche, a dieci anni dalla sentenza Franzese. In **Criminalia**, 2012,

D’AVILA, Fábio Roberto. Algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de perigo abstrato no âmbito do direito penal ambiental. In **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, n. 75, 2013, pp. 11-33.

D’AVILA, Fábio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico**. Coimbra: Coimbra, 2005.

DAN-COHEN, Meir. Decision rules and conduct rules: on acoustic separation in Criminal Law. In **Harvard Law Review**. v. 97, jan. 1984, n. 3, pp.625-637.

DANIELSON, Jon. **SRC Discussion paper**. Londres: Systemic Risk Centre – London School of Economics, n.86, novembro de 2018, pp.7 e 27

DECKER, Christopher. **Goals-based and rules-based approaches to regulation**. BEIS Research paper n. 8. Reino Unido. Department for Business, Energy and Industrial Strategy, 2018

DEMORTIAN, David. **The Science of Bureaucracy: Risk decision-making and the US Environmental Protection Agency**. London: MIT, 2019.

DI GIOVINE, Ombretta . Sezioni Unite Penale. sezioni unite penali; sentenza 10 luglio 2002; Pres. Marvulli, Est. Canzio, P.M. Iadecola (concl. conf.); ric. Franzese. Annulla senza rinvio App. Napoli 14 giugno 2000. In **Il Foro Italiano**. V. 125, n.11, novembro de 2002, pp.601-626.

DILL, Alexander. **Bank Regulation, risk management, and compliance: theory, practice and key problem areas**. Londres:Routledge, 202

DOUGLAS, Mary & WILDAVSKY, Aaron. **Risk and Culture: An essay on the selection of Technological and Environmental Dangers**. Los Angeles: University of CA, 1983.

DOUGLAS, Mary. **Pureza e perigo**. São Paulo: Perspectiva, 2014.

DOUGLAS, Mary. **Risk and blame: essays in cultural theory**. London e New York: Routledge, 2003.

DOUGLAS, Mary. Risk as a Forensic Resource. In **Daedalus**, v.119.n.4, Risk. Outono, 1990, pp.4-8.

DRUCKMAN, James N. & BOLSEN, Toby. **How Scientific evidence links attitudes to behaviors**. In DANA, David A. The nanotechnology challenge: creating legal institutions for uncertain risks. Cambridge: Cambridge Press, 2011, pp. 84-102.

DUFF, Antony & HÖRNLE, Tatjana. **Crimes of Endangerment**. In AMBOS, Kai et al (eds). Core concepts in Criminal Law and Criminal Justice, v. II. Cambridge: Cambridge, 2022, manuscrito fornecido pelos autores.

DUFF, R.A. & MARSHALL, S.E. Abstract endangerment, two harm principles and two routes to criminalisation. In **Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice**, v. 3, iss.2, 2015, pp.131-161.

DUFF, R.A. Criminalizing Endangerment. In **Lousiana Law Review**, v. 65, n.3, spring 2005, pp.941-965

DUFF, RA- FARMER, Lindsay – MARSHALL, S. E. – RENZO, Massimo – TADROS, Victor. **Introduction- Towards a theory of Criminalization?** In DUFF, RA- FARMER, Lindsay – MARSHALL, S. E. – RENZO, Massimo – TADROS, Victor. **The political morality of the Criminal Law**. Oxford University: Oxford, 2014

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. São Paulo: Vozes, 2019

DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**, São Paulo: Edipro, 2016

DURKHEIM, Émile. **Lições de Sociologia: Física dos costumes e do Direito**. São Paulo: Edipro, 2015

DURKHEIM, Émile. **Sociologia e Filosofia**. São Paulo: Edipro, 2015.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2017.

DYSON, Matthew & STEEL, Sandy. Risk and English Tort Law. In DYSON, Matthew. **Regulating Risk through Private Law**. Cambridge: Intersentia, pp. 24-54.

DYSON, Matthew & VOGEL, Benjamin. Crime and regulation. In **The limits of Criminal Law: anglo-german concepts and principles**. Cambridge: Intersentia, 2020, pp.263-279

DYSON, Matthew. **Explaining tort and crime: legal development across laws and legal systems 1850-2020**, Cambridge : Cambridge, 2022.

DYSON, Matthew. What does risk-reasoning do in tort law. In DYSON, Matthew(ed). **Regulating risk through private law**. Cambridge: Intersentia, 2018

Estados Unidos da América. Cheek v. United States. 498. US 192, 199-201 1991. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep498/usrep498192/usrep498192.pdf>. Acesso em 13/09/2021.)

Estados Unidos da América. House of Representatives: Committee on the Judiciary. Regulatory crime: identifying the scope of the problem. Hearing before the over-criminalization task force of 2013: One hundred thirteenth Congress: first Session. October 30, 2013. Serial n. 113-60

Estados Unidos da América. National Research Council. Risk Assessment in the Federal Government: Managing the Process. Washington, DC: The National Academies Press, 1983

FARIA, José Eduardo. Poucas certezas e muitas dúvidas: o direito depois da crise financeira. In **Revista Direito GV**, v. 5, fasc. 2, julho-dezembro de, pp. 279-324

FATF, **Second 12-month Review Virtual Assets and VASPs**. FATF: Paris, julho de 2021, pp.29 e 35 (tradução livre). Disponível em: www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/second-12-month-review-virtual-assetsvasps.html

FAULKNER, Alex - LANGE, Bettina – LAWLESS, Christopher. **Material Worlds: Intersections of Law, Science, Technology, and Society**. In Journal of Law and Society, v. 39, n. 1, march 2012, pp.1-19.

FAURE, Michael. The future of Socio-Legal Research with respect to Environmental Problems, In GALLIGAN, D.J. **Socio-Legal studies in context: the Oxford centre past and future**. Oxford: Blackwell, 1995, pp. 127-132.

FEENAN, Dermot. Exploring the ‘Socio’ of Socio-Legal Studies. In FEENAN, Dermot (ed). **Exploring the ‘socio’ of socio-legal studies**. New York: Palgrave Macmillian, 2013

FEINBERG, Joel. **Environmental pollution & the threshold of harm**. in The Hastings Center Report, v. 14, n.3, jun. 1984, pp.27-31.

FEINTUCK, Mike. Regulatory rationales beyond the economic: in search for the public interest. In BALDWIN, Robert – CAVE, Martin – LODGE, Martin. **The Oxford Handbook of Regulation**. New York: Oxford University, 2010, pp.121-145.

FERRAZ Jr, Tércio Sampaio. **Introdução do estudo ao direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2003.

FERZAN, Kimberly Kessler. Omissions, Acts, and the duty to rescue,. In NELKIN, Dana Kay & RICKLESS, Samule C. **The Ethics and Law of Omissions**. Nova Iorque: Oxford, 2017, pp. 217-234.

FIORITO, Luca. “A certain amount of “recantation”: on the origins of Frank H. Knight’s Antipositivism. In **History of Political Economy**, v. 48, fasc. 1, 2016, pp.1-34.

FISHER, Elizabeth. LANGE, Bettina. SCOTFORD, Eloise. **Environmental Law: text, cases and materials**. NY: Oxford University Press, 2019.

FISHER, Elizabeth. **Risk regulation and Administrative Constitutionalism**. Oxford and Portland: Hart, 2007.

FISHER, Elizabeth. Risk Regulatory Concepts and the Law. In OECD. **Risk and Regulatory Policy: improving the governance of risk**. OECD, 2010, pp.45-93.

FISSEL, Brenner M. When Agencies make Criminal Law. In **UC Irvine Law Review**, v.10, 2020, pp.855-906

FORMAINI, Robert L. Frank H. Knight: Origins of the Chicago School of Economics. In **Economic Insights**. Federal Reserve Bank of Dallas, v.7, n,3, pp. 1-4

FRISCH, Wolfgang. Delito y sistema del delito. In WOLTER, Jürgen & FREUND, Georg (eds). **El sistema integral del derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal**. Madrid: Marcial Pons, 2004, pp.193-280.

FRISCH, Wolfgang. Desarrollo, lineamientos y preguntas abiertas sobre la teoría de la imputación objetiva del resultado. In **Revista de derecho penal y procesal penal**. n. 4, 2011. pp. 591-602.

FRISCH, Wolfgang. Dogmática jurídico-penal afortunada y Dogmática jurídico-penal sin consecuencias. In ESER, Albin – HASSEMER, Winfred – BURKHARDT, BJÖRN. **La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio**. Valencia: tirant lo blanch, 2004, pp.178-227.

FRISCH, Wolfgang. **La imputación objetiva: estado de la cuestión**. In ROXIN, Claus – JAKOBS, Günther – SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre el estado de la teoría del delito. Barcelona: Civitas, 2000, pp.19-67.

GARRY, Patrick M. Judicial Review and the hard look doctrine in RDA- **Revista de Direito Administrativo**. V. 275, maio/ago de 2017, pp. 13-39.

GIDDENS, Anthony. **Risco, confiança, reflexividade**. In GIDDENS, Anthony – BECK, Ulrich – LASH, Scott. Modernidade Reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: Editora Unesp, 1997.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Causalidad, omisión e imprudencia. In **ADPCP**, b.3, v. 47, 1994, pp. 5-60.

GLANVILLE WILLIAMS. **Criminal Law: the general part**. Londres: Stevens and Sons, 1961.

GLYMOUR, Clark. Causation and Statistical Inference. In BEEBEE, Helen et al. (ed). **The Oxford Handbook of Causation**. Oxford:Oxford, 2009, pp.498-521

GÖSSEL, Karl Heinz. Velhos e novos caminhos da teoria da culpa (*Fahrlässigkeitslehre*). In AMBOS, Kai & BÖHM, María Laura. (coord). **Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013 pp.105-9

GRAU, Eros. As agências, essas repartições públicas. In SALOMÃO Filho, Calixto. **Regulação e Desenvolvimento**, São Paulo: Malheiros, 2002,

GRECO, Luís. “**Modernização do Direito Penal, Bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**” In GRECO, Luís. *Modernização do Direito Penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

GRECO, Luís. “**Princípio da Ofensividade**” e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e estruturas do delito. In GRECO, Luís. *Modernização do Direito Penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

GRECO, Luís. A relação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo no Direito Penal Ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa in **RBCCRIM** n. 58, 2006, pp.152-194.

GRECO, Luis. Introdução à dogmática funcionalista do delito: em comemoração aos trinta anos de “Política criminal e sistema jurídico-penal” de Roxin in **RBCCrim**, n.32, v.8, 2000, pp.120-163

GREEN, Stuart. Why it’s crime to tear the tag off a mattress: overcriminalization and the moral content of regulatory offenses. in **Emory Law Journal**, Outubro, 1997, pp.1535-1615.

GREENBERG, Sanford N. "Who Says It's a Crime: Chevron Deference to Agency Interpretations of Regulatory Statutes That Create Criminal Liability." In **University of Pittsburgh Law Review**, vol. 58, no. 1, Fall 1996, pp. 1-70.

GUERRA, Sérgio. **Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira**. In GUERRA, Sérgio. *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2014, pp.373-396.

GUNNINGHAM, Neil. **Enforcement and Compliance Strategies**. In BALDWIN, Robert – CAVE- LODGE, Martin. **The Oxford Handbook of Regulation**, 2010,

HABERMAS, Jürgen. **Técnica e Ciência como “ideologia”**. São Paulo: Unesp, 2014.

HABERMAS, Jürgen. **Conhecimento e interesse**. In HABERMAS, Jürgen. **Técnica e Ciência como ideologia**. São Paulo: Unesp, 2014

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade, t. 1**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

HABERMAS, Jürgen. Na esteira da tecnocracia. Um discurso em prol da solidariedade europeia. In HABERMAS, Jürgen. **Na esteira da tecnocracia**. São Paulo: Fundação Editora da Unesp, 2014, pp.145-151.

HAINES, Fiona. “You’re a Criminologist? What Can You Offer Us? Interrogating Criminological Expertise in SHAH, Rita & HENNE, Kate (eds). **The Context of White Collar Crime**. Londres: Routledge Handbook of Public Criminologies, 2020, pp. 193-202.

HAINES, Fiona. **Regulation and risk**. In DRAHOS, Peter.(ed) **Regulatory theory: Foundations and applications**. Canberra: Australian National University, 2017, pp.181-196

HALL, Jerome. Negligence behavior should be excluded from penal liability. In **Columbia law review**, abril 1963, v.63, n.4, pp. 632-644.

HALL, Ned. (2004). ‘Two Concepts of Causation’. In COLLINS, J. – HALL, N. - PAUL, L. (eds.). *Causation and Counterfactuals*. Cambridge: MIT, 225–76.

HAMPSTED, Lloyd of. **Introduction to Jurisprudence**. Londres: Stevens and Sons, 1972

HART Jr, Henry M. The aims of the Criminal Law. In **Law and Contemporary Problems**, v.23, verão 1958, pp.401-441.

HART, H.L.A. **O conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HASSEMER, Winfred. **Fundamentos del Derecho Penal**. Barcelona:Bosch, 1984

HASSEMER, Winfred. História das ideias penais na Alemanha no pós-guerra. In **ADPCP**, t. 48, janeiro-abril de 1995, pp.9-59.

HASSEMER, Winfred. Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico. In **Doctrina Penal**, ano 12, n. 45-48.

HAWKINS, Keith. **Law as Last Resort**. Oxford:Oxford University Press, 2002.

HEFENDEHL, Roland. **O bem jurídico como pedra angular da norma penal**. GRECO, Luís & TÓRTIMA, Fernanda Lara (org) **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar**. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2011, pp. 57-76.

HEINE, Günter. Accessoriedad administrativa em el Derecho Penal del Medio Ambiente: análisis funcional y jurídico comparado. Términos jurídicos indefinidos, Alcance de las autorizaciones. In **ADPCP**, 1993, t.46, fasc.1, pp.289-315.

HERNÁN, Miguel A. & ROBINS, James M. **Causal Inference: What if**. Boca Raton: Chapman & Hall, 2020.

HITCHCOCK, Christopher. Probabilistic Causation in HÁJEK, Alan & HITCHCOCK, Christopher. **The Oxford Handbook of Probability and Philosophy**. Oxford:Oxford, 2016, pp. 815-832.

HOLAND, Paul W. Statistics and Causal Inference. In **Journal of the American Statistical Association**, dec. 1986, v. 81

HRUSCHKA, Joachim. Reglas de comportamiento y reglas de imputación. In **ADPCP**, T. 57, fasc 1, 2004, pp.343-356.

HUSAK, Douglas. **Overcriminalization: the limits of criminal law**. New York: Oxford, 2018.

HUSAK, Douglas. **Reservations about overcriminalizations**. In *New Criminal Law Review*, v.14, n.1, pp.97-107.

HUSAK, Douglas. **Sobrecriminalización: Los limites del Derecho Penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013

HYDE, Isabel. **The tragic law: is it a tragic error?** In *The modern language review*, julho de 1963, v. 58, n. 3, pp. 321-325.

IMF. **Financial intelligence units: an overview**. Washington: IMF, 2004.

IRGC. **Guidelines for the Governance of Systemic Risks**. Lausanne: International Risk Governance Center (IRGC), 2018.

Itália. Corte di Appello Dell' Aquila. Proc. Pen. N. 253/10 R.G.N.R e N. 448/11 Reg GIP,Relatore: Fabrizia Francabandera. Data da sentença 10/11/2014. Publicação: 06/02/2015, pp.270-4

JAVADISH, H.V. Data for systemic Risk. In FOUQUE, J. & LANGSAM, J. (Eds.). **Handbook on Systemic Risk** . Cambridge: Cambridge University Press, 2013, pp.3-8.

JORDÃO, Eduardo – CABRAL Júnior, Renato Toledo – BRUMATI, Luiza. O STF e o controle das leis sobre o regime jurídico das agências reguladoras federais. In **Revista de Investigações Constitucionais**. Curitiba. V. 7, n.2, maio/ago 2020 , pp. 549-600.

KAGAN, Robert A. What socio-legal scholars should do When there is too much law to study. In **Journal of Law and Society**, março de 1995, v. 22, n. Socio-legal Studies, pp. 140-148.

KAHAN, Dan M. Is Chevron Relevant to Federal Criminal Law. In **Harvard Law Review**, vol. 110, no. 2, Dezembro de 1996, pp. 469-521.

KANT, Immanuel. **Introdução ao Estudo do Direito: doutrina do Direito**. São Paulo: Edipro, 2007.

KASSADA, Daiane Ayumi. **Concorrência normativa no direito penal: reflexões à luz dos crimes ambientais**. Dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-04052021-010345/pt-br.php>. Acesso 14/04/22.

KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión**. Madrid: Marcial Pons, 2006.

KAUFMANN, Armin. El delito culposo. In **Nuevo Pensamiento Penal. Revista de Derecho y Ciencias Penales**. Ano 5, n. 9-12, 1976, pp. 467-486.

KAUFMANN, Armin. Fundamento del deber jurídico y delimitación de la tipicidad. In **ADPCP**, tomo XXXVII, fasc. I, jan-abr, 1984, pp.5-21

KEAVENEY, Alexis – PETERS, Ellen – WAY, Baldwin. Effects of acetaminophen on risk taking. In **Social Cognitive and Affective Neuroscience**, 2020, pp. 725–732.

KELSEN, Hans. Causalidade e Retribuição In KELSEN, Hans. **O que é justiça?** São Paulo: Martins Fontes, 2001

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KNIGHT, Frank H. **Risk, Uncertainty and Profit**. Boston: Cambridge, 1921

LACEY, Nicola. Criminalization as Regulation: the role of Criminal Law. In PARKER, C. et al (ed). **Regulating Law**, Oxford Legal Research paper n.50. Oxford: University of Oxford. 2004, pp. 144-167. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2126521>. Acesso em 14/08/2021

LAESTADIUS, Linnea – DECKERS, Jan – BARAN, Stephanie – Food crimes, harms and carnist technologies. In GRAY, Allison & HINCH, Ronald. **A handbook of food crime: Immoral and illegal practices in the food industry and what to do about them**. Bristol: University of Bristol, 2019, pp. 295-311

LANDRO, Andrea Roco di. L'Accertamento del nesso causale nella responsabilità penale del medico: dopo la sentenza delle Sezione Unite, un confronto tra la dottrina penalistica e quella medico-legalle. In **Studi e rassegne**, n. 27, ago-set de 2004, pp.66-135.

LANGE, Bettina & HAINES, Fiona. **Regulatory transformations: an introduction.** In LANGE, Bettina - HAINES, Fiona – THOMAS, Dania. Regulatory transformations: rethinking economy-society interactions,

LANGE, Bettina. The Emotional Dimension in Legal Regulation in Journal of Law and Society, Vol. 29, No. 1, **New Directions in Regulatory Theory**, mar. 2002, pp. 197-225

LANGE, Bettina. **Understanding Regulatory Law: Empirical versus Systems-Theoretical Approaches?** In Oxford Journal of Legal Studies, v.18, n.3, autumn, 1998, pp. 449-471.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2019

LATOUR, Bruno. **A fabricação do Direito: um estudo de etnologia jurídica.** São Paulo: Unesp, 2019.

LATOUR, Bruno. **Ciência em ação: como seguir cientistas e engenheiros sociedade a fora.** São Paulo: Unesp, 2011

LATOUR, Bruno. **Drawing things together.** In LYNCH, Michael & WOOLGAR, Steve. Representation in Scientific Practice. Londres: MIT, 1990

LATOUR, Bruno. **Reagregando o social: uma introdução à teoria ator-rede.** EDUFBA-EDUSC: Salvador-Bauru, 2012

LAUFER, William S. Corporate Liability, Risk Shifting, and the Paradox of Compliance. In **Vanderbilt Law Review**, v. 52, 1999, pp.1343-1420. Disponível em: <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/vlr/vol52/iss5/>. Acesso em 13/04/2022.

LAURIE, Graeme – HARMON, Shawn HE – ARZUAGA, Fabiana. Foresighting Futures: Law, New Technologies, and the Challenges of Regulating for Uncertainty, Law, Innovation and Technology, 4:1, 1-33. In **Law, Innovation and Technology**, 2012, v. 4, fasc.1, pp.1-33.

LEVI-FAUR, David. Regulation & Regulatory Governance In **Jerusalem Papers in Regulation & Governance. Working Paper n. 1**, 2010, pp.1-40.

LEVINE, Justin. "A Clash of Canons: Lenity, Chevron, and the One-Statute, One-Interpretation Rule." In **Georgetown Law Journal**, vol. 107, no. 5, May 2019, pp. 1423-2452.

LEVY, Richard E. & SHAPIRO, Sidney A. **A standards-based Theory of Judicial Review and the Rule of Law.** Research paper n. 05, 2016, p.2(tradução livre).

LIBET, Benjamin. **Do we have free will?** In The Oxford Handbook of free will. Oxford: Oxford, 2005, pp. 552-563

LITMAN, Harry & GREENBERG, Mark D. **Federal Power and Federalism: A Theory of Commerce-Clause Based Regulation of Traditionally State Crimes.** In Case W. Res. L. Rev. v. 47 , 1997, p. 921. (tradução livre) Disponível em: <https://scholarlycommons.law.case.edu/caselrev/vol47/iss3/5>

LUCAS, Klaus. Theory of systemic risks: insights from Physics and Chemistry. In **Risk analysis**, julho de 2020.

LUHMANN, Niklas. **Risk: a sociological Theory.** New York: A. de Gueyter, 1993

LUPTON, Deborah. **Risk.** Londres:Routledge, 2013

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Omisión impropia o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento de peligro o riesgo) y autoría o participación. In **Libertas**, n.5, 2017, pp.155-166.

MAJONE, Giandomenico. Foundations of Risk Regulation: Science, Decision-making, Policy Learning and Institutional Reform. In **European Journal of Risk Regulation**, v.1, n.1, 2010, pp.5-19.

MAJONE, Giandomenico. Strategic Issues in Risk Regulation and Risk Management. In OECD. **Risk and Regulatory Policy: improving the governance of risk.** OECD, 2010, p. 103-4

MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. **A Revisão Judicial de decisões das agências regulatórias: jurisdição exclusiva?** In PRADO, Mariana Mota. O Judiciário e o Estado Regulador Brasileiro. São Paulo: FGV, 2016, pp.25-46

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Econômico.** São Paulo: Malheiros, 2006, pp.72-98.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 1990

MENDONZA BUERGO, Blanca. **Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto.** Granada:Comares, 2001

MERMIM, Samuel. Legal functionalism. In **Anuario de Filosofia del Derecho**, setembro, 1973

MERTON, Robert K. **Social Theory and Social Structure,** Nova Iorque: The Free Press, 1968.

MICHAELS, Ralf. The functional methods of Comparative Law, In REIMANN, Mathias & ZIMMERMANN, Reinhard. **The Oxford Handbook of Comparative Law**. Oxford: Oxford, 2019, pp. 346 – 389.

MILLER, Geoffrey P. **Compliance then and now**. Law and economic research paper series: working paper n. 21-06. New York University. School of Law, abril de 2021

MINKKINEN, Panu. De lege ferenda: what the ‘socio’ of legal reasoning. In CLARKE, John. The constested social. In FEENAN, Dermot (ed). **Exploring the ‘socio’ of socio-legal studies**. New York: Palgrave Macmillian, 2013, pp.85-110.

MIR PUIG, Santiago. Antijuridicidad objetiva y antinormatividade en Derecho Penal. In **ADPCP**, tomo 47, fasc.1, 1994, pp. 5-28.

MIR PUIG, Santiago. Sobre lo objetivo y lo subjetivo em el injusto. In **ADPCP**. T. 41, fasc.3, 1988, pp. 661-684.

MOHR, Richard. Introduction: Law, Culture and Things: Human links to the material. In **Law, Technology and Humans**, v. 2, fasc. 1, 2020, pp. 1-3.

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. **Antijuridicidad penal e Sistema del delito**. Barcelona: Jose Maria Bosch, 2001.

MONDACA, Iván Navas. **Deberes negativos y positivos em derecho penal: sobre los deberes de solidaridad e cooperación en un estado liberal**. Valencia: Tirant lo blanch, 2018.

MOREIRA, André Mendes & GALDINO, Breno Santana. Congestionamento judiciário e execução fiscal: a falta de interesse processual em débitos de baixo valor. In Revista ABRADT Fórum de Direito Tributário. Ano 04, jan-junho de 2020, pp. 131-154.

MOYAL, J.E. Causality, determinism and probability. In **Philosophy**, outubro, 1949, v. 24, n. 91, pp.310-7.

MUÑOZ CONDE, Francisco. De lo vivo y de lo muerto en la obra de Armin Kaufmann. **ADPCP**, fasc. n. 2, v. 44, 1991. pp. 329-337.

MURPHY, Craig N. & YATES, JoAnne. **Engineering Rules: Global Standard Setting since 1880**. Baltimore: Johns Hopkins University, 2019. Project MUSE, pp.334-335

MYERS II, Richard E. Complex Times Don't Call for Complex Crimes. In **North Carolina Law Review** v.89, n.5, 2011, pp. 1849-1878. Disponível em: <https://scholarship.law.unc.edu/nclr/vol89/iss5/13>

NAVES, José Paulo Micheletto. **Assessoriedade Administrativa e Erro no Direito Penal**. Dissertação de Mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-01102020-203537/pt-br.php>. Acesso em 14/04/22

NIETO MARTÍN, Adán. **O cumprimento normativo**. In NIETO MARTÍN, Adán – LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio – GARCÍA de la GALANA, Beatriz – FERNÁNDEZ PÉREZ, Patricia – BLANCO CORDERO, Isidoro. Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, pp.29-53

OECD. **Risk and Regulatory Policy: improving the governance of risk**. OECD, 2010.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos. **Lavagem de dinheiro: Responsabilidade pela omissão de informações**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

OST, François. A tese de doutorado em Direito: do projeto à defesa. In **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 7, fasc.2, maio-agosto de 2015, pp. 98-116.

PACEWICZ, Josh. Regulatory Rescailing in Neoliberal Markets. In *Social Problems*. V. 60, n. 4, novembro de 2013, pp. 433-456.

PAREDES CASTAÑÓN, Jose Manuel. **El riesgo permitido en Derecho Penal (regimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)**. Madrid: Ministerio de Justicia e Interior, 1995.

PARKER, C. & BRAITHWAITE, J. **Regulation** in CANE, Peter & TUSHNET Mark(eds). **The Oxford Handbook of Legal Studies**. Oxford: Oxford University, pp. 119-145.

PARKER, Christine – SCOTT, Colin – LACEY, Nicola – Braithwaite, John. Introduction In PARKER, Christine – SCOTT, Colin – LACEY, Nicola – Braithwaite, John (eds). **Regulating Law**. Oxford: Oxford, 2004.

PAYNE, Jennifer. The role of Gatekeepers. In MOLONEY, N. – FERRAN, E. – PAYNE, J. (ed). **Oxford Handbook of Financial Regulation**. Oxford: Oxford, 2014. Disponível em: at:< <http://ssrn.com/abstract=2428121>>. Acesso em 24/02/2022.

PEREZ, Marcos Augusto. **O controle jurisdicional da Discricionariedade Administrativa: métodos para uma jurisdição ampla das decisões administrativas**. Tese de Livre Docência apresentada na Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

PICCIOTTO, Sol. Regulation: Managing the Antinomies of Economic Vice and Virtue In **Socio & Legal Studies**, v. 26(6), 2017, pp.676-699

POLAINO NAVARRETE, Miguel. **Acción, omisión y sujetos en la Teoría del delito (De la posición de garante a la responsabilidad penal de las personas jurídicas)**. Lima: Grijley. 2009.

POPPER, Karl R. **Contra a sociologia do conhecimento**. In POPPER, Karl R. Textos escolhidos. Rio de Janeiro: Contraponto, 2010

POPPER, Karl R. **Falsificacionismo versus convencionalismo**. In POPPER, Karl R. Textos escolhidos. Rio de Janeiro: Contraponto, 2010, pp.141-8.

POPPER, Karl R. **Propensões, probabilidade e teoria quântica**. In POPPER, Karl R. Textos escolhidos. Rio de Janeiro: Contraponto, 2010, pp.197-203.

PORTER, Read D. - BREGGIN, Linda – FALKNER, Robert – PENDERGRASS, John – JASPERS, Nico. **Regulatory responses to nanotechnology uncertainties**. DANA, David A. The nanotechnology challenge: creating legal institutions for uncertain risks. Cambridge: Cambridge Press, 2011, pp. 379-416.

PRANTL, Heinbert. La ciencia alemana del Derecho Penal debe aprender a hablar. In ESER, Albin – HASSEMER, Winfred – BURKHARDT, BJÖRN. **La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio**. Valencia: tirant lo blanch, 2004, Pp. 367-374.

PŘIBÁŇ, JIŘÍ. A sociology of legal distinctions: Introducing Contemporary Interpretations of classic socio-legal concepts. In **Journal of Law and Society**, v. 44, issue s1, outubro de 2017, pp. s1-s18.

RADBRUCH, Gustav. **Introducción a la Filosofía del Derecho**, México: Fondo de Cultura Económica, 1951

REALE Jr, Miguel & PASCHOAL, Janaína Conceição. Dos crimes contra a vida in REALE Jr, Miguel (coord). **Direito Penal – Jurisprudência em debate**. São Paulo:Saraiva, 2016.

REALE Jr, Miguel. O perigo para a vida e a saúde de outrem, In REALE Jr, Miguel (coord). **Direito Penal – Jurisprudência em debate**. São Paulo:Saraiva, 2016

Reino Unido. AH Ltd & MR SJ v R [2021] EWA Crim 359

Reino Unido. Grady Plant and Haulage Ltd & Ors v London Borough of Tower Hamlets [2011] EWCA Crim 1339 2011-05-27

Reino Unido. Kuddus v R. [2019] EWCA Crim 837 Date: 2019-05-16

Reino Unido. Moss v the Crown [2015] EWCA Crim 713.

Reino Unido. Nettleship v. Weston [1971] 2QB 691.

Reino Unido. R v G. [2003] UKHL 50; [2004] Crim LR 369

Reino Unido. R v Rose [2017] EWCA Crim 1168

Reino Unido. R v Thacker & Ors [2021]EWCA Crim 97

Reino Unido. Regina v Stephenson. [1979]1 QB 695

Reino Unido. *Repic Ltd v The Scottish Environment Protection Agency & Anor* [2009] EWHC 2015.

Reino Unido. The Law Commission. **Consultation paper n.195: Criminal Liability in regulatory contexts – a consultation paper**. Reino Unido, 2010

Reino Unido. The Law Commission. **Consultation paper n. 135: Criminal Law: Involuntary Manslaughter**. London: HMSO, 1994

Reino Unido. *The Serious Fraud Office v Barclays Plc & Anor* [2018] EWHC 3055 (QB)

RENN, Ortwin. Systemic Risks: The New Kid on the Block. In **Environment: Science and Policy for Sustainable Development**. V. 58, n. 2, 2016, pp. 26-36

ROBINSON, Paul H. Rules of Conduct and Principles of Adjudication. In **UCLR**, v. 57, fasc. 3, 1990, pp.729-771. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol57/iss3/2>.

ROBLES PLANAS, Ricardo. Deberes negativos y positivos en Derecho penal. In **InDret: Revista para el análisis del derecho**, v.4, 2013, pp.1-21.

ROCHA, Jean-Paul Veiga da. Quem tem medo da delegação legislativa” in **RDA**, Rio de Janeiro, v.271, , jan/abr de 2016 pp.193-221.

RODRÍGUEZ MONTAÑES, Teresa. **Delitos de peligro, dolo e imprudencia**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004

ROMEO CASABONA, Carlos María. **Conducta peligrosa e imprudência em la sociedade de riesgo**. Granada: Comares, 2005, p.209 (tradução livre)

ROXIN, Claus. **A proteção da vida humana através do Direito Penal**. In ROXIN, Claus, *Estudos de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.191.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como missão do Direito Penal?** In ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp.9-36.

ROXIN, Claus. **A teoria da imputação objetiva** in ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. São Paulo: Renovar, 2006, pp.101-131.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General, t.I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Madrid:Civitas, 1997

ROXIN, Claus. **La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal**. Valencia: tirant lo blanch, 2000, pp.78-9 (tradução livre).

ROXIN, Claus. **Normativismo, política Criminal e dados empíricos na dogmática do Direito Penal**. In *Estudos de Direito Penal*. São Paulo: Renovar, 2006, pp.55-77

ROXIN, Claus. **Reflexões sobre a problemática da imputação em Direito Penal.** In ROXIN, Claus. Problemas fundamentais de Direito Penal. Lisboa:Veja, 1998, pp.145-168.

ROXIN, Claus. Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal. in **Estudos de Direito Penal.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008

ROXIN, Claus. Sobre o fim da proteção da norma nos crimes negligentes. In ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de Direito Penal.** Lisboa:Vega. pp. 273-294.

ROXIN, Claus. **Teoria del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico.** Depalma: Buenos Aires, 1979.

ROXIN, Claus. Violação do dever e resultados nos crimes negligentes. In **Problemas fundamentais de Direito Penal.** Lisboa: Vega, 2004, pp.235-272.

RUBINSTEIN, REED D. Testimony of Reed D. Rubinstein before the U.S. House of Representatives Committee on Judiciary's Task Force on Overcriminalization "Regulatory Crime: defining the scope of the problem". House of Representatives: Committee on the Judiciary. **Regulatory crime: identifying the scope of the problem. Hearing before the over-criminalization task force of 2013:** One hundred thirteenth Congress: first Session. October 30, 2013. Serial n. 113-60, p.11 e 17

SAAD-DINIZ, Eduardo. Fronteras del normativismo: a ejemplo de las funciones de la información en los programas de criminal compliance In **Revista da Faculdade de Direito,** Universidade de São Paulo (USP), n. 108, jan-dez. 2013, pp.415-441

SABEL, Charles – HERRIGEL, Gary – KRISTENSEN, Peer Hull. Regulation under uncertainty: the coevolution of industry and regulation. In **Regulation & Governance,** v.12, 2018, pp. 371-394

SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e desenvolvimento In SALOMÃO Filho, Calixto. **Regulação e Desenvolvimento.** São Paulo: Malheiros, 2001

SANTOS, Boaventura de Sousa. Da sociologia da Ciência à política científica. In **Revista Crítica de Ciências Sociais,** n.1, junho de 1978, pp. 11-56.

SARCEDO, Leandro & RAICHER, Jonathan Ariel. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica.** In Portal contábil SC, originalmente publicado no Jornal Valor Econômico, 30/03/2011. Disponível em: <https://portalcontabilsc.com.br/artigos/responsabilidade-penal-da-pessoa-juridica/>. Acesso em: 20/09/2021.),

SARCEDO, Leandro. **Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa.** Tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo,

2014, Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-07122015163555/publico/Leandro_Sarcedo_Tese_Versao_final.pdf. Acesso em 14/04/22.

SAYRE, Francis Bowes. Public Welfare Offenses. In **Columbia Law Review**, janeiro de 1933, pp. 55-88.

SCHIMITT, Jair. **Crime sem castigo: a efetividade da fiscalização ambiental para o controle do desmatamento ilegal na Amazônia**. Tese de Doutorado apresentada no Centro de Desenvolvimento Sustentável. Universidade de Brasília. Brasília, 2015

SCHÜNEMANN, Bernd. **La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal**. in Revista de Derecho Penal, n.15, outubro de 2005, pp.127-142.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Las reglas de la técnica em Derecho Penal**. In ADPCP, tomo XLVII, fasc. III, set-dez de 1994, pp.307-341.

SCHÜNEMANN, Bernd. A chamada “crise financeira” – falha sistêmica ou criminalidade globalmente organizada? In SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013,

SCHÜNEMANN, Bernd. **Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva**. In SCHÜNEMANN, Bernd. **Temas actuales y permanentes del derecho penal**. Madrid: Tecnos, 2002, pp.70-96.

SCHÜNEMANN, Bernd. Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción del deber en los delitos especiales. In **Revista de la Facultad de Derecho PUCP**, dezembro-maio de 2018, pp.93-112

SCHÜNEMANN, Bernd. Ensaio sobre os conceitos de crime e pena e de bem jurídico e estrutura do delito. In SCHÜNEMANN, Bernd. **Direito penal, racionalidade e dogmática: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional**. São Paulo: Marcial Pons, 2018, pp.65-86.

SCHÜNEMANN, Bernd. Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. In SCHÜNEMANN, Bernd. **A chamada “crise financeira” – falha sistêmica ou criminalidade globalmente organizada?** São Paulo: Marcial Pons, 2013, pp.185-204

SCHÜNEMANN, Bernd. **Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia: con una aportación a la metodología del Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2009.

SCHÜNEMANN, Bernd. Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal in **El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario**. Madrid: Tecnos, 1991, pp. 31-80. (tradução livre)

SCHÜNEMANN, Bernd. La estructura de los delitos de peligro (los delitos de peligro abstracto y abstracto-concreto como modelo del Derecho penal Económico

Moderno). In SCHÜNEMANN, Bernd (et al.). **Cuestiones actuales del sistema penal: crisis y desafíos**. Lima: Ara Editores, 2008, p. 27. (tradução livre)

SCHÜNEMANN, Bernd. La función de la delimitación de injusto y culpabilidad. In **Revista Peruana de Ciencias Penales**, n. 18, 2006.

SCHWARCZ, Steven L. Systematic Regulation of Systemic Risk in **Wisconsin Law Review**. Duke Law School Public Law & Legal Theory Series No. 2018-60 (versão do artigo no prelo), pp. 23-24 e 35. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3233666> . Acesso em: 23/08/2021(tradução livre)

SCOTT, Colin. Standard setting in regulatory regimes. BALDWIN, Robert – CAVE, Martin – LODGE, Martin. **The Oxford Handbook of Regulation**. New York: Oxford University, 2010, pp.104-119

SERRANO MAÍLLO, Alfonso. **Ensayo sobre el derecho penal como ciência: acerca de su construcción**. Madrid: Dykinson, 1999.

SHAPIRO, Sidney & FISHER, Elizabeth. Chevron and the Legitimacy of "Expert" Public Administration. in 22 **Wm. & Mary Bill Rts. J.** 465 (2013), <https://scholarship.law.wm.edu/wmborj/vol22/iss2/11>.

SHAPIRO, Sidney & GLICKSMAN, Robert. **Risk regulation at Risk: Restoring a Pragmatic Approach**. CA: Standford University, 2003

SHAPIRO, Sidney A. & SCHROEDER, Christopher. Beyond Cost-Benefit Analysis: a Pragmatic Reorientation, (artigo antes da publicação), **Harvard Environmental Law Review**, v.31, 2008, pp.1-82. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1087796>.

SHAPIRO, Sidney A. OMB and the politicization of Risk Assessment. In **Environmental Law**. V. 37, pp.1082 -1106.

SHAPIRO, Sydney A. & MURPHY, Richard W. Arbitrariness Review Made Reasonable: Structural and Conceptual Reform of the “Hard Look” in **Notre Dame Law Review** v.92, fasc.1.

SHAW, Julia J. Reimagining Humanities: Socio-Legal Scholarship in an Age of Disenchantment. In FEENAN, Dermot (ed). **Exploring the ‘socio’ of socio-legal studies**. New York: Palgrave Macmillian, 2013

SHORT, Jodi L. e TOFFEL, Michael W. Making Self-Regulation More than Merely Symbolic: The Critical Role of the Legal Environment In **Administrative Science Quaterly**, v. 55, 2010, pp. 362-3, 368. Disponível em: http://repository.uchastings.edu/faculty_scholarship/1259. Acesso em 22/09/2021

SIEMS, Mathias. **Comparative Law**. Cambridge:Cambridge, 2014.

SILBEY, Susan S. What makes a Social Science of Law? Doubling the Social in **Socio-Legal Studies** In FEENAN, Dermot (ed). **Exploring the ‘socio’ of socio-legal studies**. New York: Palgrave Macmillian, 2013, p. 27 (tradução livre)

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Criminal Omissions: some relevant distinctions. In **New Criminal Law Review**, v. II, n.3, 2008, pp. 452-469.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El delito de omisión: Concepto y sistema**. Barcelona: Bosch, 1986.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Introducción al Derecho Penal económico-empresarial. (parte I-III) SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria (dir). **Lecciones de Derecho Penal Económico y de la empresa: Parte General y Especial**. Barcelona: Atelier, 2020, pp.27-46.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **Tema2: La Legislación penal económica**. In SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria (dir). **Lecciones de Derecho Penal Económico y de la empresa: parte general y especial**, Barcelona: Atelier, 2020, pp.47-71.

SILVEIRA, André Bueno da. Doutrina Chevron no Brasil: uma alternativa à insegurança jurídica. In **RDA – Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 276, pp. 109-146, set/dez 2017

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge & GOMES Jr, João Florêncio de Salles. Direito Penal, Direito Administrativo Sancionador e a questão do ne bis in idem: o parâmetro da jurisprudência internacional. In BLAZECK, Luiz Mauricio Souza & MARZAGÃO Jr, Laerte I. (coord). **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Quartier Latin, 2015, pp.288-306.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge & SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2017

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **21. Avaliação sobre a responsabilidade criminal do empresário: o caso do incêndio da boate e situações correlatas**. In SILVEIRA, Renato de Mello Jorge – SALVADOR NETTO, Alamiro Veludo – SOUZA, Luciano Anderson de (coord). **Direito Penal na Pós-Modernidade: escritos em homenagem a Antonio Luis Chaves Camargo**. São Paulo: Quartier Latin, 2015, pp. 421-451.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. As duas faces de Janus: A criminalização e a descriminalização do Direito Ambiental. in SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva (criminalista do século)**. São Paulo: Método, 2001, pp.297-308.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Autorregulação, responsabilidade empresarial e criminal compliance. In SILVEIRA, Renato de Mello Jorge & SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, Direito Penal e Lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015, pp; 74-75

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Crise Econômica e reflexos penais: leis penais em branco, *compliance* fiscal e regularização de ativos. In SILVEIRA, Renato de Mello Jorge & SAAD-DINIZ, Eduardo. **Repatriação e crime: aspectos do binômio crise econômica e direito penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, pp.17-147.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal empresarial: a omissão do empresário como crime**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

SIMESTER, Andrew P & VON HIRSCH, Andrew. **Crimes, Harms and Wrongs: On the Principles of Criminalisation**. Londres: Hart, 2011

SIMESTER, Andrew P. **Fundamentals of Criminal Law**. Oxford: OUP, 2021

STARK, Findlay. **Culpable Carelessness: recklessness and negligence in the Criminal Law**. Cambridge: Cambridge, 2016.

Statement of Rachel E. Barkow Segal Family Professor of Regulatory Law and Policy Faculty Director, Center on the Administration of Criminal Law. New York University School of Law, In House of Representatives: Committee on the Judiciary. **Regulatory crime: identifying the scope of the problem. Hearing before the over-criminalization task force of 2013**: One hundred thirteenth Congress: first Session. October 30, 2013. Serial n. 113-60, pp.21-33.

STIGLITZ, Joseph. Regulation and Failure. In **New Perspectives on regulation**. Cambridge: The Tobin Project, 2009, pp.11-23.

STOKES, Elen. Double Movements in the Regulation of New Technologies: the case of nanotechnology. In LANGE, Bettina – HAINES, Fiona – THOMAS, Dania. **Regulatory transformations: rethinking economy – society interactions**. Oxford: Hart, 2017, pp. 201-228.

STRUENSEE, Eberhard. Actuar y omitir, delitos de comisión y de omisión. In **Revista Peruana de Ciencias Penales**, n. 3, jan-junho de 1994, pp.229-258

STRUENSEE, Eberhard. El tipo subjetivo del delito imprudente. In **ADPCP**, 1987, pp. 423-450.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Público e Regulação no Brasil**. In Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar, Rio de Janeiro: FGV, 2014, pp.11-142

SUNSTEIN, Cass R, **The Laws of Fear**. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 128. University of Chicago Law School, 2001.

SUNSTEIN, Cass R. Law and Administration after “Chevron”. In **Columbia Law Review**. Dezembro, 1990, v.90. n.80, pp.2071-2120.

TAUFICK, Roberto D. The undeterrence, underperformance response to privacy, data protection laws in **Technology in Society**, v. 67, 2021, pp.1-14.

TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes culposos**, Florianópolis: Tirant lo blanch, 2018

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

TIEDEMANN, Klaus. La ley penal em blanco: concepto y cuestiones conexas. In **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 37.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo et al. **Risk and Brazilian Private Law** in DYSON, Matthew. *Regulating Risk through Private Law*. Cambridge: Intersentia, 2018, pp. 253-281.

TORIO LÓPEZ, Angel. El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos. In **ADPCP**, T. 27, 1, 1974, pp.25-59.

TREIMAN, David M. "Recklessness and the Model Penal Code." In **American Journal of Criminal Law**, vol. 9, no. 3, Novembro, 1981, pp. 281-386. HeinOnline.

TULLOCH, John & LUPTON, Deborah. **Risk and everyday life**. Londres: Sage, 2003.

União Europeia. Corte Europeia de Direitos Humanos. *Caso Garyfallou AEBE v Grécia*. Data de julgamento 24/09/97, item 34. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58096>. Acesso em 10/12/21

União Europeia. Corte Europeia de Direitos Humanos. *Caso Schmutzler v Austria*. Data de julgamento 24//95, item 28. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-57945>. Acesso em 10/12/21.

UTTING, Peter. **Rethinking Business Regulation From Self-Regulation to Social Control**. Technology, Business and Society Programme. Paper Number 15. Genebra: United Nations Research Institute for Social Development, setembro de 2005.

Van den BERG, Bibi & KEYMOLEN, Esther. Regulating security on the internet: control versus trust. In **International Review of Law Computers &Technology**, março 2017,pp.1-18.

VELJANOVSKI, Cento. Strategic use of regulation in BALDWIN, Robert – CAVE, Martin – LODGE, Martin. **The Oxford Handbook of Regulation**, . New York: Oxford University, 2010, pp.87-103.

VERHULST, Sherie. Legislating a principled approach to sentencing in relation to regulatory offences. In **Canadian Criminal Law Review**. Setembro 2008, v.12, fasc. 3, pp. 281-295.

VERMUELE, Adrian. Optimal abuse of power. In **Revista de Direito Administrativo**, v. 278, n.3, set/dez, 2019.

VERMUELE, Adrian. **Rationally Arbitrary decisions (in Administrative Law)** in Harvard Law School. Public Law & Legal Theory Working paper series, paper n.13-24, 2013.

VIGANÒ, Francesco. **Il rapporto do causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese**. In *Diritto penale contemporaneo*. V.3, 2013, pp.380-398.

WALCH, Angela. Testimony before the United States Senate Committee on Banking, Housing and Urban Affairs. Hearing on: Cryptocurrencies: What are they good for? 27/07/2021, pp.8-10. Disponível em: <https://www.banking.senate.gov/imo/media/doc/Walch%20Testimony%207-27-21.pdf>.

WEIGEND, Thomas. **Subjective elements of criminal liability**. In DUBBER, Markus Dirk & HORNLE, Tatjana. *The Oxford Handbook of Criminal Law*. Oxford:Oxford, 2014, pp. 490-511.

WELZEL, Hans. **Culpa e delitos de circulação: sobre a dogmática dos crimes culposos**. In *Revista de Direito Penal*, n. 3, jul-set. 1971, p.39

WELZEL, Hans. **Derecho Penal Aleman**. Santiago: Editorial Jurídica del Chile, 1997

WIENER, Jonathan B. Risk regulation and governance institutions, In OECD. **Risk and Regulatory Policy: improving the governance of risk**. OECD, 2010 pp.133-157.

WILLETT, Allan H. **The economic theory of risk and insurance**. Nova Iorque: Columbia University, 1901.

WILLIANSO, Jon. Probabilistic Theories. In BEEBEE, Helen et al. (ed). **The Oxford Handbook of Causation**. Oxford:Oxford, 2009, pp.185-212.

YIN, Robert K. **Estudo de caso: planejamento e métodos**. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 61.

YIN, Robert K. **Pesquisa qualitativa: do início ao fim**. Porto Alegre: Penso, 2016.

ZWEIGERT, Konrad & KÖTZ, Hein. **Introduction to Comparative Law**. Oxford: Clarendon, 1998

ZYNDA, Lyle. Subjectivism. In HÁJEK, Alan & HITCHCOK, Christopher. **The Oxford Handbook of Probability and Philosophy**. Oxford:Oxford, 2016, pp.360-381

ANEXO

Decisões judiciais italianas	
1.	Itália. Penale Sent. Sez. 4 Num. 21852 Anno 2022 Presidente: DOVERE SALVATORE Relatore: CAPPELLO GABRIELLA Data Udienza: 06/04/2022
2.	Itália. Penale Sent. Sez. 3 Num. 20559 Anno 2022 Presidente: RAMACCI LUCA Relatore: CORBO ANTONIO Data Udienza: 24/03/2022
3.	Itália. Penale Sent. Sez. 4 Num. 8464 Anno 2022 Presidente: CIAMPI FRANCESCO MARIA Relatore: SERRAO EUGENIA Data Udienza: 17/02/2022
4.	Itália. Penale Sent. Sez. 4 Num. 45596 Anno 2021 Presidente: FERRANTI DONATELLA Relatore: D'ANDREA ALESSANDRO Data Udienza: 16/11/2021
5.	Itália. Penale Sent. Sez. 4 Num. 13200 Anno 2022 Presidente: DOVERE SALVATORE Relatore: ESPOSITO ALDO Data Udienza: 11/11/2021
6.	Itália. Penale Sent. Sez. 4 Num. 5117 Anno 2022 Presidente: DI SALVO EMANUELE Relatore: D'ANDREA ALESSANDRO Data Udienza: 04/11/2021
7.	Itália. Penale Sent. Sez. 4 Num. 392 Anno 2022 Presidente: CIAMPI FRANCESCO MARIA Relatore: NARDIN MAURA Data Udienza: 14/09/2021
8.	Itália. Penale Sent. Sez. 4 Num. 42075 Anno 2021 Presidente: CIAMPI FRANCESCO MARIA Relatore: NARDIN MAURA Data Udienza: 14/09/2021
9.	Itália. Penale Sent. Sez. 4 Num. 44943 Anno 2021 Presidente: DOVERE SALVATORE Relatore: NARDIN MAURA Data Udienza: 08/07/2021
10.	Itália. Penale Sent. Sez. 4 Num. 33989 Anno 2021 Presidente: FUMU GIACOMO Relatore: DOVERE SALVATORE Data Udienza: 03/06/2021
11.	Itália. Penale Sent. Sez. 4 Num. 6505 Anno 2021 Presidente: CIAMPI FRANCESCO MARIA Relatore: FERRANTI DONATELLA Data Udienza: 27/01/2021
12.	Itália. Penale Sent. Sez. 3 Num. 15302 Anno 2021 Presidente: SARNO GIULIO Relatore: GALTERIO DONATELLA Data Udienza: 22/01/2021
13.	Itália. Penale Sent. Sez. 4 Num. 12137 Anno 2021 Presidente: PICCIALI PATRIZIA Relatore: DAWAN DANIELA Data Udienza: 03/12/2020
14.	Itália. Penale Sent. Sez. 4 Num. 11659 Anno 2021 Presidente: FUMU GIACOMO Relatore: DAWAN DANIELA Data Udienza: 11/11/2020
15.	Itália. Penale Sent. Sez. 4 Num. 7921 Anno 2021 Presidente: IZZO FAUSTO Relatore: CIAMPI FRANCESCO MARIA Data Udienza: 05/11/2020
16.	Itália. Penale Sent. Sez. 4 Num. 1096 Anno 2021 Presidente: PICCIALI PATRIZIA Relatore: DAWAN DANIELA Data Udienza: 08/10/2020

17. Itália.Penale Sent. Sez. 4 Num. 5963 Anno 2020 Presidente: BRICCHETTI RENATO GIUSEPPE Relatore: CAPPELLO GABRIELLA Data Udienza: 23/01/2020
18. Itália.Penale Sent. Sez. 4 Num. 49756 Anno 2019 Presidente: MENICHETTI CARLA Relatore: DOVERE SALVATORE Data Udienza: 03/10/2019
19. Itália.Penale Sent. Sez. 4 Num. 46194 Anno 2019 Presidente: PICCIALLI PATRIZIA Relatore: DAWAN DANIELA Data Udienza: 10/09/2019
20. Itália.Penale Sent. Sez. 4 Num. 33816 Anno 2019 Presidente: FUMU GIACOMO Relatore: PAVICH GIUSEPPE Data Udienza: 04/07/2019
21. Itália.Penale Sent. Sez. 4 Num. 45935 Anno 2019 Presidente: IZZO FAUSTO Relatore: DOVERE SALVATORE Data Udienza: 13/06/2019
22. Itália.Penale Sent. Sez. 4 Num. 27871 Anno 2019 Presidente: MENICHETTI CARLA Relatore: DOVERE SALVATORE Data Udienza: 20/03/2019
23. Itália.Penale Sent. Sez. 4 Num. 30633 Anno 2019 Presidente: PICCIALLI PATRIZIA Relatore: DOVERE SALVATORE Data Udienza: 02/04/2019
24. Itália.Penale Sent. Sez. 3 Num. 27911 Anno 2019 Presidente: LAPALORCIA GRAZIA Relatore: DI NICOLA VITO Data Udienza: 04/04/2019
25. Itália.Penale Sent. Sez. 4 Num. 32507 Anno 2019 Presidente: PICCIALLI PATRIZIA Relatore: DI SALVO EMANUELE Data Udienza: 16/04/2019
26. Itália.Penale Sent. Sez. 4 Num. 29538 Anno 2019 Presidente: DOVERE SALVATORE Relatore: CAPPELLO GABRIELLA Data Udienza: 28/05/2019
27. Itália.Penale Sent. Sez. 4 Num. 18333 Anno 2019 Presidente: IZZO FAUSTO Relatore: BRUNO MARIAROSARIA Data Udienza: 18/01/2019
28. Itália.Penale Sent. Sez. 4 Num. 10858 Anno 2019 Presidente: DI SALVO EMANUELE Relatore: PAVICH GIUSEPPE Data Udienza: 07/02/2019
29. Itália.Penale Sent. Sez. 4 Num. 6414 Anno 2019 Presidente: FUMU GIACOMO Relatore: SERRAO EUGENIA Data Udienza: 24/01/2019
30. Itália.Penale Sent. Sez. 4 Num. 13123 Anno 2019 Presidente: IZZO FAUSTO Relatore: PAVICH GIUSEPPE Data Udienza: 19/02/2019
31. Penale Sent. Sez. 4 Num. 14915 Anno 2019 Presidente: IZZO FAUSTO Relatore: DOVERE SALVATORE Data Udienza: 19/02/2019
32. Penale Sent. Sez. 4 Num. 12886 Anno 2019 Presidente: CIAMPI FRANCESCO MARIA Relatore: CAPPELLO GABRIELLA Data Udienza: 12/03/2019

Decisões judiciais do Reino Unido:

1. Reino Unido. R v Mark Foley [2021] EWCA Crim 1674 02/11/2021
2. Reino Unido. R v Wood Treatment Ltd & Anor [2021] EWCA Crim 618 28/04/2021
3. Reino Unido. Rv Rebelo [2021] EWCA Crim 306 08/03/2021
4. Reino Unido. R v Broughton [2020] EWCA Crim 1093 Date: 2020-08-18
5. Reino Unido. Mustafa v The Environment Agency [2020] EWCA Crim 597 06/05/2020
6. Reino Unido. R v Shepherd [2019] EWCA Crim 1062 20/06/2020
7. Reino Unido. R v Kuddus [2019] EWCA Crim 837 16/05/2019

Decisões judiciais brasileiras	
1.	Brasil. RHC n. 99.961 /AL, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 26/2/2019, DJe de 13/3/2019
2.	Brasil. RHC n. 102.992/SP, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 2/4/2019, DJe de 11/4/2019
3.	Brasil. RHC n. 110.693/GO, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 25/6/2019, DJe de 5/8/2019.
4.	Brasil. REsp n. 1.777.793/RS, relator Ministro Nefi Cordeiro, relator para acórdão Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 15/8/2019, DJe de 17/9/2019
5.	Brasil. AgRg no REsp n. 1.828.323/MG, relator Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador Convocado do Tj/pe), Quinta Turma, julgado em 7/11/2019, DJe de 12/11/2019
6.	Brasil. RHC n. 113.552/CE, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 19/9/2019, DJe de 27/9/2019.
7.	Brasil. AgRg no REsp n. 1.842.139/MG, relator Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador Convocado do Tj/pe), Quinta Turma, julgado em 10/12/2019, DJe de 17/12/2019.
8.	Brasil. RHC n. 109.466/SP, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 5/11/2019, DJe de 21/2/2020
9.	Brasil. AgRg no HC n. 583.028/CE, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 1/9/2020, DJe de 16/9/2020.
10.	Brasil. RHC n. 126.003/BA, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 17/11/2020, DJe de 23/11/2020
11.	Brasil. AgRg no RHC n. 132.302/PR, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 15/12/2020, DJe de 18/12/2020