

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “Prof. Jacy de Assis”
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO PÚBLICO
ROBERTA CATARINA GIACOMO

PROBLEMAS DE IMPUTAÇÃO NO ÂMBITO DA RESPONSABILIDADE
PENAL DO FABRICANTE PELO PRODUTO LESIVO À VIDA E À SAÚDE DOS
CONSUMIDORES: ENFOQUE NA CAUSALIDADE

UBERLÂNDIA

2012

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “Prof. Jacy de Assis”
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO PÚBLICO
ROBERTA CATARINA GIACOMO

**PROBLEMAS DE IMPUTAÇÃO NO ÂMBITO DA RESPONSABILIDADE
PENAL DO FABRICANTE PELO PRODUTO LESIVO À VIDA E À SAÚDE DOS
CONSUMIDORES: ENFOQUE NA CAUSALIDADE**

DISSERTAÇÃO APRESENTADA À BANCA
EXAMINADORA DO PROGRAMA DE
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO
PÚBLICO, NA LINHA DE PESQUISA
DIREITOS SOCIAIS E ECONÔMICOS
FUNDAMENTAIS DA FACULDADE DE
DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL
DE UBERLÂNDIA, SOB ORIENTAÇÃO DO
PROFESSOR DOUTOR FÁBIO GUEDES DE
PAULA MACHADO, COM APOIO DA
FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA
DO ESTADO DE MINAS GERAIS.

UBERLÂNDIA

2012

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Sistema de Bibliotecas da UFU, MG, Brasil.

G429p
2013

Giacomo, Roberta Catarina, 1986-

Problemas de imputação no âmbito da responsabilidade penal do fabricante pelo produto lesivo à vida e à saúde dos consumidores : enfoque na causalidade . / Roberta Catarina Giacomo. - Uberlândia, 2012.
255 f.

Orientador: Fábio Guedes de Paula Machado.

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Uberlândia,
Programa de Pós-Graduação em Direito.
Inclui bibliografia.

1. Direito - Teses. 2. Defesa do consumidor - Teses. 3. Direito penal econômico - Teses. 4. Responsabilidade por produtos elaborados - Teses. I. Machado, Fábio Guedes de Paula. II. Universidade Federal de Uberlândia. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 340

Opinião do Professor-orientador e da banca examinadora quanto ao conteúdo do trabalho e sua destinação:

1. () O trabalho não cumpriu o requisito mínimo devendo o aluno ser reprovado.
2. () O trabalho cumpriu o requisito mínimo para aprovação do aluno.
3. () O trabalho apresenta qualidades que recomendam sua colocação em biblioteca como base para outros trabalhos a serem desenvolvidos.
4. () O trabalho possui nível de excelência e é recomendado à futura publicação na Revista do Curso de Direito da UFU.

Nota: _____

Dr. Fábio Guedes de Paula Machado - Orientador

Banca Examinadora

Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a minha família, meu avô Hélio, minha Avó Cida, minha mãe e ao meu irmão, por todo apoio e amor incondicional. Aos meus tios Júnior e Paula, e primas Lari e Camila.

Ao meu orientador, professor, chefe e amigo de todas as horas, Dr. Fábio Guedes de Paula Machado, que além de me mostrar a importância da dedicação e estudo, ensinou-me lições de sabedoria para vida toda... Ah...e me fez gostar de Direito Penal! E do Ministério Público também, é claro.

Também os meus amigos, que são minha fonte de força e alegria para enfrentar todas as dificuldades de cabeça erguida. Minha família de Uberlândia, meus amigos, porque eu os amo demais!

Agradeço à coordenação do mestrado em Direito Público da Universidade Federal de Uberlândia, à Secretaria e aos colegas que vivenciaram as conquistas e dificuldades mas não somaram esforços para que todos obtivessem êxito em seus propósitos.

Agradeço ao mandato do Vereador Delfino Rodrigues, por todo o crescimento pessoal e profissional obtido neste período tão importante na minha vida.

E ainda, e o mais importante, agradeço a Deus que sempre colocou em meu caminho escolhas importantes para minha vida, mas me deu também força e sabedoria para saber qual decisão tomar.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo traçar algumas noções acerca da proteção constitucional e infraconstitucional dos direitos dos consumidores. O tema se mostra de suma importância, considerando que na sociedade de consumo, ou de massa, há o surgimento de novos sujeitos de direito colocados como vulneráveis face às forças dominantes na sociedade, quais sejam, o mercado e o capital. Neste sentido é que se impõe ao Estado o dever assegurado constitucionalmente de proteger os direitos dos consumidores, na sua esfera individual, como direitos e garantias fundamentais, tanto como na esfera social, como limite ao exercício da atividade econômica.

Portanto, pretende o presente trabalho verificar a questão da responsabilidade pelo produto, para verificar a legitimidade desta intervenção no âmbito criminal. Pretende-se fazer uma incursão na dogmática jurídico penal para detalhar as formas de intervenção possíveis diante dos problemas de imputação surgidos para os novos modelos de imputação. Primeiro, verifica-se a modificação e a adoção de um novo paradigma, para depois tratar dos aspectos político-criminais que justificam a indicação de que o consumidor e as relações de consumo constituem uma entidade vulnerável que merece proteção imediata e direta do ordenamento jurídico, inclusive no âmbito penal. Na análise da responsabilidade pelo produto, constata-se que na Dogmática jurídico-penal os mecanismos colocados à disposição mostraram-se insuficientes e as atenções voltam-se para formas de incriminação e imputação diversas daquelas tradicionalmente utilizadas, com o intuito de superar a questão do nexo de causalidade e da atribuição de responsabilidades. Ainda, há a análise de dois grupos de casos: o primeiro grupo visto sob a rubrica de casos-paradigma, que são apontados pela doutrina alemã e espanhola como dignos de nota pelas discussões que se deram em face da submissão dos supostos ao âmbito do Direito penal, com figuras tradicionais, especialmente, os delitos de homicídio, lesões corporais e contra a saúde pública. O segundo grupo reunindo casos ocorridos no cenário nacional que foram analisados ora com os recursos do Direito penal clássico ora com os recursos de um Direito penal moderno. Entremeando a pesquisa estará presente a análise da causalidade, primeiramente sob o ponto de vista social como forma de

exigência de responsabilização ante eventos lesivos, ao depois das teorias indicadas pela doutrina jurídico-penal, com os méritos e críticas pertinentes à responsabilidade pelo produto, e por derradeiro a causalidade empírica que discutiu a síndrome típica nos casos paradigma e que suscitou uma série de controvérsias, para que ao final se possa falar da imputação penal nos casos de responsabilidade penal pelo produto. Na tentativa de dar tratamento conforme à Constituição ao tema, será realizada análise no aspecto da aplicação da ponderação na solução dos conflitos, elaborando-se um estudo sobre a proporcionalidade.

Palavras-chave: Direito penal econômico; Direito do Consumidor; Responsabilidade pelo Produto; Causalidade; Proporcionalidade.

SUMÁRIO

Introdução	12
CAPÍTULO I - Direito do consumidor	20
1. Introdução.....	20
2. Necessidade de proteção do consumidor.....	21
2.1. Liberalismo como fonte ideológica da perspectiva consumerista: o sistema liberal e a sociedade de consumo	27
2.2. A globalização do sistema liberal e suas conseqüências na relação consumerista: A legislação consumerista como intervenção estatal	36
3. Sociedade hiperconsumerista	42
4. Tutela Jurídica do consumidor	46
5. A proteção do consumidor no direito comparado e pátrio: enfoque na vulnerabilidade.....	57
6. A figura do consumidor	61
7. A proteção do consumidor.....	65
8. A proteção penal.....	70
CAPÍTULO II. POLÍTICA CRIMINAL DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR	74
1. Características do novo modelo social	74
1.1. A sociedade do risco	75
1.2. A atividades	80
1.3. A questão da causalidade: primeira análise	82
2. Responsabilidade pelo produto	85
3. A questão do bem jurídico penal	86
3.1. A questão do bem jurídico penal supra individual.....	91
3.2. Os indicadores de tutela penal.....	97
CAPÍTULO III – A IMPUTAÇÃO DO RESULTADO NA RESPONSABILIDADE PENAL PELO PRODUTO.....	102
1. Introdução.....	102
2. O caso Contergán (Sentença de 18/12/1970)	104
3. Caso Lederspray.....	105
4. Caso do azeite de Colza do Tribunal Supremo da Espanha (23.04.1992).....	112

5. Caso de "Holzschutzmittel" (Produto protetor da madeira).....	118
6. Os elementos comuns destes casos jurisprudenciais.....	120
7. Posição de garante baseada na regra da ingerência. Critério do incremento do risco.....	121
8. A tipicidade da conduta nos casos de responsabilidade penal pelo produto: panorama geral	124
9. Evolução da teoria do tipo.....	127
9.1. O tipo objetivo como meta da parte geral.....	139
9.2. O aspecto da causalidade.....	140
9.3. Teoria da equivalência das condições.....	142
9.4. Teoria da causalidade adequada.....	150
9.5. Teoria da relevância típica.....	153
9.6. A teoria da lei causal necessária.....	155
9.6.1. Tese de Armin Kaufmann.....	156
9.7. Teorias dos cursos causais não verificáveis.....	157
9.7.1. A tese de Karl Engisch.....	157
9.7.2. A tese de Ingeborg Puppe.....	158
9.7.3. A teoria da lei causal como apreciação subjetiva do juiz: tese do Superior Tribunal Esnhol.....	161
9.7.4. A teoria da lei causal estatística: tese de Gómez Benitez.....	162
9.7.5. A causalidade hipotética.....	164
9.7.6. A tese de Eric Hilgendorf.....	165
9.8. Conclusão Parcial.....	167
10. A teoria da imputação objetiva.....	172
10.1. Origens.....	172
10.2. A imputação objetiva na obra de Claus Roxin.....	178
10.2.1. O fim de proteção da norma.....	181
10.3. A imputação objetiva na obra de Gunther Jakobs.....	181
11. Aplicação do princípio de precaução e da ponderação na solução dos conflitos.....	185
12. Conclusão parcial: A causalidade e imputação objetiva nos casos de responsabilidade penal pelo produto.....	193

CAPÍTULO IV – A DECISÃO DE IMPUTAÇÃO NOS CASOS DE RESPONSABILIDADE PENAL PELO PRODUTO.....200

1. Introdução.....	200
2. O levantamento da questão na perspectiva do processo e a normatividade da decisão judicial.....	202
3. A prova do nexa causal: livre valoração vs. in dubio pro reo.....	204
4. A causalidade como elemento do tipo.....	211
5. Leis determinísticas vs. leis probabilísticas.....	214
6. Elementos para um modelo de comprovação.....	215
7. As críticas ao procedimento de exclusão.....	219
8. Um novo conceito material de causalidade.....	222
9. A ponderação da decisão na imputação.....	226
9.1. Razões em favor da ponderação.....	226
9.2. Refutação das críticas da ponderação.....	228

CAPÍTULO V – A RESPONSABILIDADE PENAL PELO PRODUTO NO BRASIL.230

1. Segundo grupo de casos.....	230
2. Antecedente fático.....	230
2.1. Caso Schering do Brasil.....	231
3. Outros casos.....	236
3.1. Caso androcur.....	236
3.2. Caso Celobar.....	236
3.3. Caso Methyl Lens Hypac.....	236
VI - Conclusão	362
VII - Referências Bibliográficas	247

ABREVIATURAS/SIGLAS

ART., ARTS. - ARTIGO, ARTIGOS

BACEN - BANCO CENTRAL DO BRASIL

BGH - TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÃO

BGHST - SENTENÇA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÃO

CADE - CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

CC - CÓDIGO CIVIL

CDC - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

CE - COMUNIDADE EUROPÉIA

CF - CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

CP - CÓDIGO PENAL

DJU - DIÁRIO DE JUSTIÇA DA UNIÃO

IDEC - INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

MP - MINISTÉRIO PÚBLICO

ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS

RTC - RECURSO AO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPANHOL

STGB - CÓDIGO PENAL ALEMÃO

STC - SENTENÇA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPANHOL

STF - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (BRASIL)

STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (BRASIL)

TJ - TRIBUNAL DE JUSTIÇA (BRASIL)

TRF - TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL (BRASIL)

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho traz algumas reflexões sobre a responsabilidade pelo produto. Como tentativa de incursão ao tema, serão verificadas as modificações das relações sociais na sociedade de risco na tentativa de demonstrar a quezília a respeito da legitimidade da intervenção do Direito penal perante a nova leva de bens jurídicos - supra-individuais, como o são os direitos do consumidor, que tem importante papel para o desenvolvimento do tema.

Inicialmente, o presente trabalho tem como objetivo traçar algumas noções acerca da proteção constitucional e infraconstitucional dos direitos dos consumidores.

O tema se mostra de suma importância, considerando que na sociedade de consumo, ou de massa, há o surgimento de novos sujeitos de direito colocados como vulneráveis face às forças dominantes na sociedade, quais sejam, o mercado e o capital.

Neste sentido é que se impõe ao Estado o dever assegurado constitucionalmente de proteger os direitos dos consumidores, na sua esfera individual, como direitos e garantias fundamentais, tanto como na esfera social, como limite ao exercício da atividade econômica.

No presente trabalho tem-se a preocupação na busca pela sistematização garantidora do núcleo essencial específico do ramo de conhecimento científico objeto da teorização, no sentido de traçarem-se didaticamente as principais linhas do direito do consumidor.

Sendo o consumo parte essencial do cotidiano do ser humano e o consumidor o sujeito em que se encerra todo o ciclo econômico, não poderia mesmo tal matéria restar esquecida pelos profissionais do direito, homens públicos e cientistas .

Conforme será visto, a proteção ao consumidor na atualidade é mandamento constitucional e se mostra como necessária.

Mas para que se possa falar em necessidade de proteção do consumidor, deverão ser traçados os principais pontos da evolução do direito de proteção, tanto no âmbito interno

como no direito comparado (posicionamentos) e internacional (positivado), dentro dos aspectos sociológicos, jurídicos e filosóficos.

Posteriormente, será feita a tentativa de incursão na dogmática do direito do consumidor, na tentativa de encontrar uma definição satisfatória do conceito de consumidor, que será abarcado por este ramo do ordenamento jurídico denominado de direito do consumidor.

Ao final, será demonstrado como o consumidor é pessoa na qual paira a presunção de vulnerabilidade, característica que irá definir todo o mecanismo de proteção do consumidor ante as forças dominantes da sociedade, e que este direito de proteção tem abrigo nos direitos fundamentais, (art. 5º, XXXII), mas também é princípio que orienta a ordem econômica (art. 170, V).

O presente trabalho, prosseguindo, demonstrará a tentativa dogmática de enquadramento da proteção ao consumidor pelo direito penal. O novo paradigma ou novo modelo social pode ser denominado de sociedade de risco, risco este que em nada lembra uma ideia de aventura pessoal ao lançar-se a novas experiências e descobertas, mas que se incrementa pela possibilidade constante e diferida de autodestruição global.

A questão da responsabilidade penal por crimes cometidos no âmbito da empresa ocupa há algum tempo, a Dogmática penal, desde os acidentes em grandes instalações químicas que provocam importantes efeitos ambientais, até chegar aos casos de produtos defeituosos que causaram danos à vida e à saúde de um considerável número de pessoas, tais como os casos a serem narrados, quando se tratará dos processos Contergan, Lederspray, aceite de colza, Holzschutzmittel e Degussa.

De modo especial as sentenças dos casos mencionados tem provocado uma viva discussão na doutrina penal alemã, espanhola e do mundo todo. Em um amplo número de publicações já se verificam que junto às questões fundamentais da necessidade e dos limites da responsabilidade pelo penal pelo produto, os problemas dogmáticos tais como a causalidade, a omissão e a autoria são de extrema relevância para o desenvolvimento deste tema.

A necessidade da imputação do resultado danoso nos caso de responsabilidade penal pelo produto a quem seja o autor pode ser entendida de muitas maneiras. É necessária como resposta adequada do Estado à infração das normas relativas à colocação em circulação de produtos e é necessária para garantir uma desejável proteção ao consumidor, de modo que atua sobre prevenção de lesões a bens jurídicos. Deve-se verificar o ponto de vista da necessidade preventiva como da necessidade normativa da responsabilidade pelo produto .

Na opinião de Kuhlen, desde a ótica normativa, a responsabilidade pelo produto derivada de danos à vida e à saúde causados por produtos defeituosos, isto é, a punição do fabricante ou do trabalhador do fabricante a título de homicídio ou de lesão corporal, seja a título doloso ou imprudente, é em princípio inevitável e, para tanto, somente deverá ocorrer enquanto que a conduta apareça como punível, o que conduz a uma necessária e adequada concreção dos tipos penais .

Merece destaque, neste ínterim, o tratamento que o BGH (Supremo Tribunal Alemão) de ao problema da causalidade geral.

Na opinião de Kuhlen, as posições que o BGH defende para cada um das questões são dignas de elogio com caráter geral .

A Responsabilidade Penal pelo Produto, relativa a lesões à vida e à saúde devem ser normativamente adequadas, sob pena de se ferirem princípios garantistas inarredáveis, tal como é o in dubio pro reo, manifestação da Presunção da inocência.

Para um cidadão respeitável, o risco de condenação é relevante. O risco lhe toca pessoalmente. A responsabilidade penal pelo produto, tal e como tem sido definida pela nova jurisprudência e especialmente pelo BGH, se for adequada desde o ponto de vista normativo, contribui de maneira real para a proteção da vida e à saúde do usuário.

Partindo desde um ponto de vista crítico, adverte-se que o cenário atual da dogmática penal circula na contramão da política criminal. Enquanto a primeira se encontra imersa no debate sobre a importância do bem jurídico, do desvalor da ação sem a exigência do resultado, da figura do risco permitido e da posição de garante nos delitos culposos, entre

outras questões, a política criminal invade de maneira transversal ao Direito penal em seu conjunto, com efeito imediato de questionar inclusive sua razão de ser.

Neste sentido, poderia ser dito que uma das notas caracterizadoras do Direito penal contemporâneo é a inflação do marco de proteção que abarca um sem número de bens jurídicos, como já tratado no capítulo antecedente.

É precisamente na responsabilidade penal pelo produto em que se adverte a necessidade de proteção desvinculada das ferramentas de imputação tradicionais que nos brinda o Direito penal clássico, mediante instrumentos menos rígidos que permitem dar uma resposta a esta problemática. E, neste sentido, o presente trabalho tratará de responder em seu decorrer se é científica e dogmaticamente possível sustentar que o Direito penal pode e deve cuidar dos riscos existentes em nossa sociedade sem perder sua fisionomia própria.

No âmbito da empresa, quando se fala em responsabilidade penal pelo produto, refere-se àqueles danos nas pessoas provocados pelo consumo, ou pelo uso de determinado produto defeituoso ou nocivo para a saúde. Foi, fundamentalmente, na jurisprudência alemã e espanhola onde foi colocado em tela o arsenal argumentativo tradicional do Direito penal clássico em matéria de imputação.

A causa da reformulação do paradigma tradicional corresponde à complexidade do processo produtivo, caracterizado pela impossibilidade de determinação dos processos causais que intervêm desde que o produto começa a ser elaborado até chegar ao consumidor. Neste sentido demonstram os conhecido casos da jurisprudência alemã do Contergán, Holtzschutzmittel e Lederspray, e no Direito espanhol, o caso do azeite de Colza, os quais serão tratados em espécie no presente trabalho .

O ponto de partida da teoria do tipo penal objetivo dos crimes materiais comissivos, como foi visto no capítulo anterior, é reconhecer que o mesmo traz à baila a diferenciação entre as categorias de imputação, embora permaneçam complementares. Primeiramente, tem-se a questão naturalístico-ontológica na qual se realiza o juízo de causalidade, cuja função é restringir a responsabilidade, no sentido de que apenas as ações causais para o

resultado podem ser alcançadas pelo tipo objetivo. Por outro lado, a causalidade é condição mínima necessária, mas não suficiente para a subsunção da ação ao tipo, pois a tipicidade depende ainda da análise da questão axiológico-normativa, que se realiza pelo posterior juízo de imputação objetiva.

Por esta razão é que no capítulo anterior foram colocadas as objeções doutrinárias a respeito da causalidade e da imputação objetiva, que em que pese não encontrarem resposta definitiva no sistema jurídico-penal, tampouco na doutrina e na jurisprudência, a produção científica a respeito deve continuar para que sejam encontradas soluções que evitem a deslegitimidade da intervenção penal e que favoreçam a manutenção das garantias fundamentais do cidadão.

Nesta perspectiva, as diversas concepções tradicionalmente catalogadas como “teorias causais” tratam de fenômenos distintos. De um lado, a teoria da adequação e a teoria da relevância são na verdade teorias de imputação e possuem inegável valor histórico como precursoras da moderna teoria da imputação objetiva. Do outro lado, apenas a teoria da equivalência das condições e a teoria da condição natural são verdadeiramente teorias causais. Em todo caso, a doutrina e jurisprudência majoritárias entendem que a teoria da c.s.q.n. é a mais acertada, encontrando seu limite externo no âmbito da imputação objetiva, em que pese termos demonstrado a existência de teorias minoritárias que abandonam o conceito da c.s.q.n em prol de um reconhecimento da relação causal pela decisão judicial, embora não se saiba a condição de sua efetiva causação.

Deve-se manter foco na elaboração de uma teoria verdadeiramente causal ao mesmo tempo compatível com a teoria da moderna imputação objetiva e com o cenário científico contemporâneo, isto é, dar continuidade à discussão de uma causalidade concreta, voltada à realidade do fato, ao abrir as portas da verificação da causalidade no âmbito do processo penal para o input dos conhecimentos oriundos das diversas ciências da natureza.

Isto significa dizer que o Direito Penal “deve utilizar o mesmo conceito de causa que é manejado pelas ciências físico-naturais, sob pena de perder o contato com o mundo da

experiência e com o restante do pensamento científico” .

Estas ideias são também compatíveis com nosso Direito positivo. Em primeiro lugar, o caput do art. 13 do CPB, descreve um conceito de causa comum às “teorias da condição”, mas sem apontar se sua verificação se dá através da fórmula da eliminação hipotética in mente ou do método experimental das ciências naturais. Em segundo lugar, ao diferenciar expressamente os termos “causa” e “imputável” (caput) e estipular que o desdobramento não usual do curso causal “exclui a imputação” (§ 1º), a redação do referido artigo permite a interpretação no sentido da distinção entre os dois juízos fundamentais para a tipicidade: existem causas imputáveis e causas não imputáveis.

A conexão entre a teoria e à prática do Direito e à superação de barreiras desnecessárias entre ambas é uma questão permanente, vinculada no essencial à elaboração de teorias com foco na decisão.

Não obstante, a este processo de aproximação contribui também decisivamente à discussão doutrinária e jurisprudencial em relação à causalidade, demonstrando o interesse que tem originado a questão levantada, como a influência que podem alcançar as regras da prova do processo penal nas soluções dogmáticas.

Resulta difícil pensar hoje, como com razão sustentava Honig em 1930, que a teoria da causalidade no Direito penal se encontra em uma crise aberta, ainda que seja um tema questionado nas ciências naturais e na filosofia .

No geral, a doutrina discute especialmente os problemas de imputação objetiva do resultado que partem da afirmação da existência da causalidade e os casos quem são objetos de decisão dos tribunais que recaem, no geral, sobre pressupostos nos quais se afirma como não discutível a relação de causalidade.

As sentenças consideraram que as defesas apresentadas nos casos sobre responsabilidade penal pelo produto discutiram a existência da causalidade no caso sobre a base da impossibilidade de afirmar uma lei geral de causalidade, o que trouxe novamente à tona o debate sobre a existência, conceito e requisitos da causalidade.

Portanto, o desafio do presente trabalho é trazer à tona toda esta discussão, na

tentativa de compartilhar os erros, as falhas e algumas soluções para melhor aplicação do direito penal e da proteção do consumidor, como visto, vulnerável face a atividade econômica.

CAPÍTULO I – DIREITO DO CONSUMIDOR

1. Introdução

O presente trabalho tem como objetivo traçar algumas noções acerca da proteção constitucional e infraconstitucional dos direitos dos consumidores.

O tema se mostra de suma importância, considerando que na sociedade de consumo, ou de massa, há o surgimento de novos sujeitos de direito colocados como vulneráveis face às forças dominantes na sociedade, quais sejam, o mercado e o capital.

Neste sentido é que se impõe ao Estado o dever assegurado constitucionalmente de proteger os direitos dos consumidores, na sua esfera individual, como direitos e garantias fundamentais, tanto como na esfera social, como limite ao exercício da atividade econômica.

No presente trabalho tem-se a preocupação na busca pela sistematização garantidora do núcleo essencial específico do ramo de conhecimento científico objeto da teorização, no sentido de traçarem-se didaticamente as principais linhas do direito do consumidor.

Sendo o consumo parte essencial do cotidiano do ser humano e o consumidor o sujeito em que se encerra todo o ciclo econômico, não poderia mesmo tal matéria restar esquecida pelos profissionais do direito, homens públicos e cientistas¹.

Conforme será visto, a proteção ao consumidor na atualidade é mandamento constitucional e se mostra como necessária.

Mas para que se possa falar em necessidade de proteção do consumidor, deverão ser traçados os principais pontos da evolução do direito de proteção, tanto no âmbito interno como no direito comparado (posicionamentos) e internacional (positivado), dentro dos aspectos sociológicos, jurídicos e filosóficos.

1 AMARAL, Luiz Otavio de Oliveira. *História e fundamentos do direito do consumidor*. RT, vol. 648, São Paulo: Ed. RT, out 1989.

Posteriormente, será feita a tentativa de incursão na dogmática do direito do consumidor, na tentativa de encontrar uma definição satisfatória do conceito de consumidor, que será abarcado por este ramo do ordenamento jurídico denominado de direito do consumidor.

Ao final deste capítulo, será demonstrado como o consumidor é pessoa na qual paira a presunção de vulnerabilidade, característica que irá definir todo o mecanismo de proteção do consumidor ante as forças dominantes da sociedade, e que este direito de proteção tem abrigo nos direitos fundamentais, (art. 5º, XXXII), mas também é princípio que orienta a ordem econômica (art. 170, V).

2. Necessidade de proteção do consumidor

Antes de adentrarmos ao tema da necessidade de proteção do consumidor, necessário se faz explicitar como foi o caminho trilhado pelo “*movimento consumerista*” que teve nuances próprias, embates acirrados e por fim uma difusão mundial da consciência de que o consumidor, diante do avanço tecnológico dos meios de produção, passara a ser a parte fraca da relação de consumo necessitando de uma legislação que resguardasse não apenas os direitos básicos, mas também que punisse aqueles que o desrespeitassem, criando toda uma sistemática própria de responsabilidades.

Temos que a origem protecionista do consumidor se deu com as modificações nas relações de consumo, sendo esta, por seu turno, difícil de precisar seu início. Não ficamos um só dia sem consumir algo, de modo que o consumo faz parte do dia-a-dia do ser humano.

A afirmação de que todos nós somos consumidores é verdadeira. João Batista de Almeida² aduz que “*independentemente da classe social e da faixa de renda, consumimos desde o nascimento e em todos os períodos de nossa existência. Por motivos*

² ALMEIDA, João Batista. *A Proteção Jurídica do Consumidor*, 2ª Edição, Ed. Saraiva-2000, São Paulo, p. 01.

variados, que vão desde a necessidade e da sobrevivência, até o consumo por simples desejo, o consumo pelo consumo”.

Hodiernamente as chamadas relações de consumo, outrora campo exclusivo do estudo da ciência econômica, passaram a fazer parte do rol da linguagem jurídica. E o fez, dado as alterações substanciais no panorama mundial, político, econômico e jurídico que permeavam época pretérita transportando-se para o cenário atual³.

Para Maria Antonieta Zanardo Donato, estas alterações foram introduzidas pelo liberalismo emergente do século XIX, que se infiltrou no Direito operando sua transformação.

Mas não se pode deixar de registrar que a noção própria de consumo remonta-se ainda ao direito romano, quando se fixavam preços máximos para certos produtos alimentícios⁴, época em que os fornecedores mantinham contato direto com consumidores, em faixas restritas do mercado.

Mas foi mesmo com o advento da Revolução Industrial e a consequente substituição do sistema de produção manufatureira ou artesanal pelo de produção em escala, que em parceria com as revoluções do fim do século XVIII, ocasionou modificações substanciais profundas nas relações comerciais, sociais econômicas e jurídicas⁵.

Este contexto histórico fez emergir de fato a necessidade de proteção ao consumidor, já que foi a realidade que culminou com o surgimento de uma nova categoria de indivíduos, os *consumidores*, que passaram a sentir os efeitos da produção em série e da ampliação das atividades empresariais e comerciais, marcadas pela massificação das operações de compra e venda. A categoria reuniu sujeitos fragilizados ante a disparidade de forças entre as partes e às técnicas agressivas de publicidade.

3 DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao Consumidor*, Vol. 7, Ed. RT-1993, cit. P 15.

4 PADILLA, Miguel M. *La protección al consumidor em la legislación argentina*. Jurisprudencia Argentina. Buenos Aires: Jurisprudencia Argentina, 1976, p. 759.

5 TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. “A proteção ao consumidor no sistema jurídico brasileiro”. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 43, Revista dos Tribunais, p. 69-95, 2002, p. 69.

Retira-se de CALAIS-AULOY o argumento de que os consumidores são, ao mesmo tempo, reis e escravos da sociedade de consumo que caracteriza os países desenvolvidos⁶.

Mas é somente no final do século XX que se tomou consciência da real necessidade de uma defesa mais eficaz do consumidor.

Após a transformação do panorama econômico, portanto, viu-se o nascimento do capitalismo agressivo que impôs um ritmo elevado na produção, erigindo um novo modelo social, qual seja, a sociedade de consumo (*mass consumption society*) ou sociedade de massa. Instaure-se um novo processo econômico, causando profundas e inesperadas alterações sociais⁷.

Não há dúvidas de que as relações de consumo ao longo do tempo evoluíram drasticamente. Do primitivo escambo e das minúsculas operações mercantis da sociedade romana, tem-se hoje complexas operações de compra e venda, que envolvem milhões de reais ou de dólares.

Para trás ficaram aquelas relações de consumo que estavam intimamente ligadas às pessoas que negociavam entre si, para dar lugar às “*operações impessoais e indiretas, em que não se dá importância ao fato de não se ver ou conhecer o fornecedor. Os bens de consumo passaram a ser produzidos em série, para um número cada vez maior de consumidores. Os serviços se ampliaram em grande medida*”⁸. E essa produção em massa aliada ao consumo em massa, originou a *sociedade de consumo* ou *sociedade de massa*.

Esta nova forma de vender e comprar trouxe em seu bojo o poderio econômico das macro-empresas de imporem seus produtos e mercadorias àqueles (consumidores)

6 CALAIS-AULOY, J., Steinmetz, F. *Droit de la consommation*, P. 1-2. *Apud in* PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais, crime organizado*. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. P. 81.

7 Donato, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao Consumidor*, Vol. 7, Ed. RT-1993, cit. p. 17.

8 ALMEIDA, João Batista. *A Proteção Jurídica do Consumidor*, 2ª Edição, Ed. Saraiva-2000, São Paulo, p. 02.

tornando o mercado a nova “monarquia” 9 ou as empresas detentoras da força que é o “sistema econômico” 10.

Devido a esta imposição, os consumidores começaram a enxergar que estavam mais para súditos do que para monarcas, bem como estavam desprotegidos e vulneráveis às práticas abusivas das empresas e para tanto necessitavam de proteção legal.

A partir dessa fundamental constatação, vários ordenamentos jurídicos do mundo todo passaram a reconhecer a figura do consumidor e, sobretudo a sua *vulnerabilidade*, outorgando-lhes direitos específicos.

O caminho natural da evolução nas relações de consumo certamente acabaria por refletir nas relações sociais, econômicas e jurídicas do mundo. A partir deste evento, a tutela do consumidor ganhou espaço no seio jurídico, e os debates entorno da matéria iniciaram-se face às novas situações decorrentes do desenvolvimento econômico e das relações de consumo.

Esse entendimento é corroborado por João Batista de Almeida¹¹ que citando Camargo Ferraz, Milaré e Nelson Nery Júnior, aduz que a tutela dos interesses difusos em geral e do consumidor em particular deriva das modificações das relações de consumo e evidenciam que: *“o surgimento dos grandes conglomerados urbanos, das metrópoles, a explosão demográfica, a revolução industrial, o desmesurado desenvolvimento das relações econômicas, com a produção e consumo de massa, o nascimento dos cartéis, holdings, multinacionais e das atividades monopolísticas, a hipertrofia da intervenção do Estado na esfera social e econômica, o aparecimento dos meios de comunicação de massa, e, com eles, o fenômeno da propaganda maciça, entre outras coisas, por terem escapado do controle do homem, muitas vezes voltaram-se contra ele próprio,*

9 LUCCA, Newton De. *Direito do Consumidor*, 2ª Edição, Ed. Edipro, São Paulo-2000, cit. P. 20.

10 CALAIS-AULOY, Jean. *Droit de la Consommation*, 2ª ed., Dalloz, Paris, 1986, p. 6. *Apud in* DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao Consumidor*, Vol. 7, Ed. RT-1993, p. 18,

11 CAMARGO FERRAZ, Antonio Augusto; MILARÉ Édís; NERY JR., Nelson. *A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*, São Paulo, Saraiva, 1984, p.54-5. *Apud in* ALMEIDA, João Batista. *Op. Cit.*, p. 54-5.

repercutindo de forma negativa sobre a qualidade de vida e atingindo inevitavelmente os interesses difusos. Todos esses fenômenos, que se precipitaram num espaço de tempo relativamente pequeno, trouxeram a lume à própria realidade dos interesses coletivos, até então existentes de forma latente despercebidos”.

A realidade descrita trouxe a iminente necessidade de criação de medidas de efetiva proteção ao consumidor.

Fernando Rodrigues Martins¹² esclarece a questão de forma semelhante, ao citar Othon Sidou, que, com apoio em Pirenne, afirma que desde a Idade Média já havia a noção de proteção ao consumidor frente aos produtos concebidos pelos artesãos, acentuando que *“o que deu dimensão enormíssima ao imperativo cogente de proteção ao consumidor, ao ponto de impor-se como tema de segurança do Estado do mundo moderno, em razão dos atritos sociais que o problema pode gerar para o Estado incumbe delir, foi o extraordinário desenvolvimento do comércio e a consequente ampliação da publicidade, do que igualmente resultou, isto sim, o fenômeno do desconhecido dos economistas do passado – a sociedade de consumo, ou o desfrute pelo simples desfrute, a aplicação da riqueza por mera sugestão consciente ou inconsciente”*¹³.

Diante toda esta realidade acima detalhada, portanto, percebeu-se que o liberalismo econômico havia de se conciliar com os princípios da justiça social e os valores individuais abstratos hão de mesclar-se com os valores sociais reais que passaram também a atingir a vida dos contratos.

Nestas duas décadas entramos definitivamente numa sociedade de consumo de massa na qual estão presentes elementos que caracterizam este momento. A sociedade de consumo tem como regras: a produção em série de produtos, distribuição em massa de produtos e serviços, publicidade intensa para a oferta dos mesmos, a utilização dos contratos e adesão na contratação dos produtos e serviços, como forma padronizada de

12 MARTINS, Fernando Rodrigues. “Constituição, direitos fundamentais e direitos básicos do consumidor”. In *20 anos do Código de Defesa do Consumidor: conquistas, desafios e perspectivas*. MARTINS, Fernando Rodrigues; LOTUFO, Renan. – coordenadores – São Paulo: Saraiva, 2011.

13 MARTINS, Fernando Rodrigues. *Op. Cit.* P. 158.

concretizar os negócios, e disponibilidade generalizada de crédito ao consumidor, facilitando o acesso a realização de seus desejos.

A sociedade de consumo estabelece outra característica, a redução da vida útil dos produtos. É preciso criar necessidade e ao mesmo tempo a insatisfação entre os consumidores para que produtos e serviços sejam descartados. Este é o entendimento de Zygmunt Bauman:

A sociedade de consumidores desvaloriza a durabilidade, igualando “velho” a “defasado”, impróprio para continuar sendo utilizado e destinado à lata de lixo. [...]. A sociedade de consumidores é impensável sem uma florescente indústria de remoção do lixo. Não se espera dos consumidores que jurem lealdade aos objetos que obtêm com a intenção de consumir¹⁴.

Ao desvalorizar a durabilidade e estimular a insatisfação do consumidor, estão sendo criadas necessidades, para atender estas demandas é preciso que a indústria coloque novas mercadorias, surge aí o desejo de se manter atualizado para impressionar o grupo no qual se convive. Esta rápida obsolescência cria a indústria do lixo, o que contraria as regras da prática de um consumo sustentável o reflexo direto é sentido no ambiente que precisa cada vez produzir mais.

Para Baumann é preciso entender que a sociedade de consumo prospera enquanto consegue tornar perpétua a não satisfação de seus membros (e assim, em seus próprio termos, a infelicidade delas). O método explícito de atingir tal efeito é depreciar e desvalorizar os produtos de consumo logo depois de terem sido promovidos no universo dos desejos dos consumidores¹⁵.

Diante desta nova realidade da sociedade de consumo surgida tem sido imprescindível, portanto, a intervenção do direito na proteção do consumidor. Ocorre que não apenas a característica sócio-econômica teve o condão de introduzir o direito do consumidor.

14 BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo*. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. p. 31

15BAUMAN, Zygmunt . *Op. Cit.* P. 32.

Segundo Cláudia Lima Marques, existem três maneiras de introduzir o direito do consumidor. A primeira é através de sua origem constitucional, que poderíamos chamar de introdução sistemática, através de valores (e direitos fundamentais) que a Constituição Federal de 1988 impôs no Brasil. A segunda é através da filosofia de proteção dos mais fracos ou do princípio tutelar (*favor debilis*), que orienta o direito dogmaticamente, em especial as normas do direito que se aplicam a esta relação de consumo. Esta segunda maneira de introduzir o direito do consumidor poderíamos chamar de dogmático-filosófica. A terceira maneira é através da sociologia do direito, ao estudar as sociedades de massa atuais, a visão econômica dos mercados de produção, de distribuição e de consumo, que destaca a importância do consumo e de sua regulação especial. Essa terceira maneira poderíamos denominar de introdução sócio-econômica ao direito do consumidor¹⁶.

Para que se possa entender o direito do consumidor, é necessário, portanto, não apenas entender o tema sob o aspecto sócio-econômico, mas também que se faça a introdução sistemática com a inserção no sistema de valores e de direitos fundamentais da Constituição Federal e a orientação dogmático-filosófica do sistema normativo de proteção do consumidor.

2. 1) O liberalismo como fonte ideológica da perspectiva consumerista: o sistema liberal e a sociedade de consumo

Inicia-se a introdução ao direito do consumidor por seus fundamentos sócio-econômicos, entendendo como o fenômeno do liberalismo econômico e da globalização influenciaram toda a evolução do direito do consumidor no mundo.

O sistema liberal, que surge no século XVIII, e se desenvolve até nossos dias, partiu de pressupostos nascidos e forjados numa sociedade que, de longe, se diferencia da atual. O seu aparecimento no século XVIII, ápice no século XIX, quase desaparecendo na

16 BENJAMIN, Antônio Herman V. MARQUES, Cláudia Lima. BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor* – 3. Ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. P. 30.

primeira metade do séc. XX e, por fim, seu ressurgimento no fim do século XX, demonstra a existência de crenças e descrenças tanto sobre os parâmetros delineadores de tal sistema quanto dos reais benefícios que ele pode prestar à humanidade.

O liberalismo possui suas raízes em tradições e pensamentos já desenvolvidos na Antiguidade Clássica¹⁷, que se afirmaram no fim dos séculos XVII e XVIII, em duas correntes principais: a construtivista continental e a evolucionista da Grã-Bretanha. A construtivista “*originou-se da nova filosofia do racionalismo, desenvolvida sobretudo por René Descartes (mas também por Thomas Hobbes na Inglaterra) e que atingiu sua maior importância no século XVIII através dos filósofos do iluminismo francês. Voltaire e J.J. Rousseau foram os dois mais influentes representantes desta corrente intelectual que culminou na Revolução Francesa*”¹⁸.

Por outro lado, a corrente evolucionista desenvolveu-se na Inglaterra. Essas duas correntes intelectuais, que abrangem os mais importantes conteúdos daquilo que mais tarde, no século XIX, se chamou de liberalismo concordavam em alguns pontos importantes como a exigência da liberdade de pensamento, liberdade de expressão e liberdade de imprensa¹⁹.

Sendo o liberalismo uma doutrina política, é natural que surjam controvérsias sobre os reais objetivos dessa doutrina. Se, por um lado, uns afirmam que o liberalismo utiliza-se dos ensinamentos da ciência econômica, e procura enunciar quais os meios a serem adotados para que a humanidade possa elevar seu padrão de vida²⁰, outros vêem no liberalismo apenas a possibilidade de crescimento de uma pequena camada da população, aqueles que, mais fortes, conseguem dominar os mais fracos.

No que se refere ao Estado, o liberalismo atribui a ele as funções de proteger a propriedade, a liberdade e a paz, o que revela um Estado mínimo e fraco perante qualquer direcionamento, seja político, seja econômico. No dizer de Bonavides, “*Com a*

¹⁷HAYEK, Fridrich A. Von. *Liberalismo: palestras e trabalhos*. São Paulo: Bypress Comunicação Ltda., 1994. P. 15.

¹⁸ *Idem*. P. 16.

¹⁹ HAYEK, Fridrich A. Von. *Op. Cit.* P. 16.

²⁰ STEWART JUNIOR, Donald. *O que é liberalismo*. 4. ed., Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990. P. 13.

construção do Estado jurídico, cuidavam os pensadores do direito natural, principalmente os de sua variante racionalista, haver encontrado formulação teórica capaz de salvar, em parte, a liberdade ilimitada que o homem desfrutava na sociedade pré-estatal ou dar a essa liberdade função preponderante, fazendo do Estado o acanhado servo do indivíduo” 21.

A burguesia revoltada contra o Absolutismo utilizou essas idéias para a destruição do já decadente Estado medieval e firmar-se no poder. A posição liberal teve sua razão de ser, para a época em que o sistema foi pensado, vez que a burguesia tinha pretensões de se libertar do absolutismo e, por isso, a idéia de liberdade plena estava presente com efusividade no discurso, que ainda manifestava a igualdade de todos os homens. Assim, o liberalismo efetuou mudanças significativas no sistema social da época, entre outras, *“O status foi substituído pelo contrato como alicerce jurídico da sociedade. A uniformidade de crença religiosa deu lugar a uma diversidade de credos em que até o ceticismo encontrou um direito à expressão. O vago império medieval do jus divino e do jus naturale cedeu ao poder irresistível e concreto da soberania nacional. O controle da política por uma aristocracia cuja autoridade assentava na propriedade da terra passou a ser compartilhado com homens cuja influência derivava unicamente da propriedade de bens móveis” 22.*

Para se entender as posições referentes ao Estado, é importante a análise das idéias de Hobbes e Locke, que propuseram o contratualismo como forma de criação do Estado.

Em Hobbes, tem-se o estado de natureza como um primeiro momento do homem, quando ele se apresenta como um ser anti-social, individualista, egoísta. A partir dessas características, o momento imaginado seria da guerra geral do homem contra o homem, quando se nota o império da lei do mais forte. Momento peculiar em que a teoria evolucionista de Darwin seria aplicada para o desenvolvimento e vitória do mais forte, em uma competição sem fim. Nas palavras de Hobbes: *“Os homens não tiram prazer*

21 BONAVIDADES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 3. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1972. P. 2.

22 LASKI, Harold. *O liberalismo europeu*. São Paulo: Mestre Jou, 1973. p. 9.

algun da companhia uns dos outros (e sim pelo contrário, um enorme desprazer), quando não existe um poder capaz de manter todos em respeito” 23.

A forma encontrada para dar solução a esse estado de confusão generalizada, discórdia e desrespeito ao outro e à vida é o contrato que faz com que o homem abra mão de sua liberdade, do seu direito de natureza – entendido este, por Hobbes, como a *“liberdade que cada homem possui de usar seu próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação de sua própria natureza, ou seja, de sua vida, e conseqüentemente de fazer tudo aquilo que seu próprio julgamento e razão lhe indiquem como meios adequados a esse fim” 24.*

A partir disso, o homem, em um estado de natureza, regeria por si mesmo suas relações. Através de uma observação rápida pode-se pensar que essa forma de autotutela seria perfeita; todavia, quando se insere esse estado em um grupo real de indivíduos, o resultado é catastrófico. Instaure-se a barbárie. Os indivíduos, ao perceberem a possibilidade de auto-regência, passam a abusar da força e do poder para sobrepujar outros. Além disso, um pensamento que pressupõe um estado onde todos os indivíduos se encontrariam iguais e livres é absolutamente hipotético, pois requer um momento “zero”, ou seja, antes de qualquer possibilidade de um indivíduo subjugar outro.

Assim, a liberdade e a igualdade, presentes no estado de natureza proposta por Locke são instáveis. Pois, a partir do momento em que o indivíduo não consegue garantir sua sobrevivência por si, obriga-se a negociar com outros indivíduos para conseguir, de alguma forma, prover seu sustento e sua proteção.

Rousseau tem uma perspectiva diferente sobre os aspectos de igualdade e liberdade no Estado de natureza. Primeiramente, o autor duvida que algum dia tenha o homem vivido em um perfeito Estado de natureza, pois é difícil provar que tenha, em alguma época, tal ordem absolutamente natural.

23HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Nova Cultura, 1988. P. 75. (Coleção os pensadores).

24 HOBBS, Thomas. *Op. Cit.* P. 78.

Pressupõe, assim, que sempre tenha existido alguma espécie de pactualidade entre os homens. Todavia pode-se falar em uma desigualdade natural, podendo ser classificada de duas formas, “*a primeira é chamada de natural ou física, por ser estabelecida pela natureza e que consiste na diferença das idades, da saúde, das forças do corpo e das qualidades do espírito e da alma; a outra, que se pode chamar de desigualdade moral ou política, porque depende de uma espécie de convenção que é estabelecida ou pelo menos, autorizada pelo consentimento dos homens. Esta consiste em vários privilégios de que gozam um em prejuízo de outros, como o serem mais ricos, mais poderosos e homenageados do que estes, ou ainda por fazerem-se obedecer por eles*” 25.

Percebe-se que Rousseau, mesmo não aceitando a idéia de um homem natural bruto e selvagem, aceita as características expostas a partir do Estado natural que Locke confere anteriormente. Assim, a liberdade de auto-organização, sem qualquer sistema limitador de conduta, desencadeará em desigualdade. A partir disso, o autor sabiamente descreve as possíveis ações dos indivíduos de uma forma mais realista que os pensamentos, com bases ideológicas cristãs, de Richard Hooker, defendidos por John Locke nesse ambiente.

No entanto, não é o Estado de natureza o principal foco de estudo do presente trabalho, mas a idéia de ambiente que e apresenta. Um ambiente onde os homens podem organizar-se por sua própria sorte, sem qualquer interferência. Questiona-se a real existência de liberdade e de igualdade.

Pode-se afirmar a existência de liberdade, todavia caberá ao indivíduo conquistá-la e mantê-la perante os outros, ou seja, essa só será possível a partir do momento em que se obtém poder para vencer a diferença que sobrepuja o indivíduo ao interesse de outrem; caso contrário viverá com sua liberdade à mercê da vontade daquele que é superior.

Sobre a igualdade, serão iguais aqueles que tiverem força para ser, e também aqueles que forem considerados iguais por quem tem poder.

25 ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. São Paulo: Abril, 1983, p. 236.

Assim, novamente o fraco perece, permanecendo sob a vontade dos que acima dele se encontram, os iguais. Não existe, nesse ambiente, um patamar mínimo de igualdade, ou seja, o indivíduo será considerado inferior, igual ou superior, dependendo de a quem esteja sendo comparado. Assim, o indivíduo pode ser considerado igual em um primeiro momento e, depois, ser considerado superior ou inferior, podendo da mesma forma oscilar de acordo com a circunstância. Ou seja, não é possível estabelecer um parâmetro de igualdade diante de uma grande complexidade de situações e indivíduos.

Na Europa do século XVII e XVIII, o mercado capitalista se desenvolveu com o incremento da produção e do comércio; é o início da Revolução Industrial, que reclama pela consolidação das novas idéias nos âmbitos social, econômico e político. “Nessa conjuntura, teorias políticas afloraram tendo como objeto axial o comportamento humano, afirmando serem os interesses individuais e egoístas os motivadores do agir humano” 26.

Se o capitalismo se desenvolveu juntamente com o liberalismo, pode-se afirmar com Hunt, que *“das idéias dos capitalistas sobre a natureza da humanidade e suas necessidades de serem livres das grandes restrições econômicas é que nasce a filosofia do individualismo, que serve de base para o liberalismo clássico”* 27.

Os dois, liberalismo clássico e individualismo, estão juntos, vez que possuem fundamentos iguais. *“Não há dúvida quanto à relação existente entre o liberalismo e a teoria do individualismo. É ela que fundamenta a estrutura do mercado, onde o indivíduo, enquanto proprietário deve encontrar-se livre”* 28.

No século XVIII, a França se torna uma das pontas-de-lança do pensamento liberal, pois os fisiocratas tiveram função preponderante, pois acreditavam ser a riqueza de uma nação advinda da agricultura. Para eles, se os produtores rurais fossem livres para agir de acordo com seus próprios interesses, a harmonia social e a prosperidade se realizariam para toda a nação. Portanto, a liberdade é condição natural, as restrições são

26 HOLANDA, Francisco Uriam Xavier de. *Do liberalismo ao neoliberalismo*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1998. P. 18-19.

27 HUNT, E. K. *História do pensamento econômico*, 4. ed., Rio de Janeiro: Campus, 1986. P. 50

28HOLANDA, *Op. cit.* p. 29.

frutos da compulsão. Cada homem deve cuidar de si próprio o único princípio da identidade de interesses é a ordem e o preceito aos contratos estabelecidos sem coerção 29.

Assim, o liberalismo começava a tomar corpo, e suas idéias ganhavam adeptos tanto na Europa continental quanto na Inglaterra. Nas palavras de Mises, o liberalismo, “é uma doutrina inteiramente voltada para a conduta dos homens neste mundo. Em última análise, a nada visa senão ao progresso do bem-estar material exterior do homem e não se refere às necessidades interiores, espirituais e metafísicas. Não promete felicidade e contentamento aos homens, mas, tão somente, a maior satisfação possível de todos os desejos suscitados pelas coisas e pelo mundo exterior” 30.

Resta claro que o sistema liberal está exclusivamente voltado para o prazer que advém da aquisição de bens materiais; em última análise, está voltado para o consumo, embora se diga que “o liberalismo não visa a criar qualquer outra coisa, a não ser as precondições externas para o desenvolvimento da vida interior” 31 35 também é certo que o desenvolvimento interior independe das condições externas. Nessa seara, o liberalismo deve se contentar com suas idéias voltadas para a aquisição de bens de consumo, e as possíveis satisfações básicas que esse tipo de conduta possa trazer ao indivíduo. Isso justifica a concomitância do desenvolvimento do liberalismo com o da sociedade consumerista.

Nesses parâmetros, o liberalismo está intimamente voltado para o desenvolvimento tecnológico e à competitividade entre os indivíduos, já que a individualidade é outro aspecto inerente ao sistema. É inegável que a tecnologia tem facilitado a vida dos indivíduos, e até a prolongado; porém, paradoxalmente, tem-se notado alto índice de suicídio em sociedades de alta tecnologia, como é o caso do Japão, o que demonstra a não-relação entre aquisição de bens com felicidade interior.

29 *Idem*. P. 18.

30 MISES, Ludwig Von. *Liberalismo: segundo a tradição clássica*. Trad. de Haydn Coutinho Pimenta. Rio de Janeiro: José Olympio, Instituto Liberal, 1987. P. 6.

31 *Idem*. P. 4.

A razão é outro elemento pertencente às idéias liberais, porque, segundo essa doutrina, tudo deve ser desenvolvido através dela. Sendo os sentimentos desconectados da razão, o liberalismo só aceita a razão como possibilidade de solução aos problemas sociais. Porém, a razão é o elemento que conecta o homem ao questionamento de sua existência, vez que é o único animal que se questiona sobre o porquê de estar vivo. Mais uma vez, paradoxalmente, o liberalismo tenta, por um lado, ligar a razão ao material, mas não consegue ver que essa mesma razão é justamente o problema que não quer enfrentar – o interior do indivíduo.

Segundo os defensores do liberalismo, ele visa ao bem-estar de todos e não apenas de uma camada ou classe social. Na teoria pode ser que isso se pretendesse como afirma Mises: *“Foi isso que os utilitários ingleses quiseram dizer – embora, é verdade, de modo não muito apropriado – com seu famoso preceito, ‘a maior felicidade possível ao maior número possível de pessoas’* 32 .

Porém, na prática, o que se tem notado é o *privilegio das classes abastadas*. E isso não poderia ser diferente, uma vez que o liberalismo possui como dois dos seus maiores pressupostos a liberdade e a igualdade.

Assim, quando o liberalismo estabelece a ficção da igualdade entre os seres humanos, dá ensejo à liberdade de condutas na sociedade – outra ficção –, pois, se os indivíduos são iguais, possuem todas as condições de estabelecerem inter-relacionamentos sociais, sem que haja o predomínio de um sobre o outro. Porém, na realidade, isso – liberdade e igualdade – é apenas ficção que vai da conduta social à conduta jurídica.

Conforme ensina Mises, Os liberais do século XVIII, guiados pelas idéias da lei natural e do iluminismo, exigiam para todos a igualdade nos direitos políticos e civis, porque pressupunham serem iguais todos os homens, Deus fez todos os homens iguais,

32 *Idem Ibidem*. P. 9.

dotando-os, fundamentalmente, das mesmas capacidade e talentos, soprando-lhes o sopro de seu Espírito³³.

A igualdade inexistente, os seres humanos são diferentes, tanto individual, quanto socialmente. Nenhum ser humano, como indivíduo, é igual a outro.

Dentro da sociedade, eles ocupam posições diferentes, guardadas suas peculiaridades sociais, econômicas e cognitivas. Dentro dessa ótica, resta configurada uma sobreposição social dos indivíduos com maior poder em relação aos de menor poder, o que, em última análise, retira a possibilidade de igualdade dentro da sociedade. Os indivíduos não são iguais para decidir sobre que condutas devem ter.

Quando se analisam as proposições que envolvem a questão da igualdade, as dúvidas podem se suceder em diversos sentidos: se os homens são iguais, o tratamento jurídico igual a todos seria o mais coerente; se os homens não são iguais, a dimensão da igualdade aplicada aos desiguais pode gerar injustiças, pois, para se fazer justiça, é imprescindível o tratamento desigual vinculado ao intuito de proteção ao mais fraco. No ver do sistema liberal, o tratamento igualitário seria para não prejudicar o mais fraco, porém isso não acontece, pois tratar os desiguais igualmente é pressuposto para a injustiça.

A idéia criada pelo liberalismo, de que todos são iguais perante a lei, é uma das maiores falácia criada na história do direito, vez que nunca existiu, e a sua existência, para se concretizar em elemento de justiça, dependeria de as partes serem iguais, o que também não acontece em muitos casos.

Nessa seara, a sociedade de consumo, que é envolta no que se denominou relação de consumo – que, por sinal, é justamente onde o liberalismo tem seu ponto forte –, deixou marcada a sociedade pela força dos fornecedores sobre os consumidores.

Aqueles, com maior poder, tanto técnico-científico quanto econômico, dominaram e dominam as relações de consumo em detrimento dos consumidores, fracos em organização, em conhecimento técnico-científico e também economicamente.

³³MISES. *Op. cit.* P. 30.

2.2) A globalização do sistema liberal e suas consequências na relação consumerista: A legislação consumerista como intervenção estatal

Globalização é a palavra da hora, embora ela não seja nova nem como teoria nem como prática. O interagir comercial e cultural entre os povos é tão velho quanto a sociedade humana: Roma globalizou sua prática; a Grécia, sua teoria; a Índia, suas especiarias; a Igreja, suas crenças; a Europa, sua dominação colonialista e, paradoxalmente, suas idéias liberais nos dois últimos séculos do milênio. Nem uma novidade, portanto, quando se fala em globalização.

Nesse contexto globalizado, as influências teóricas e práticas das idéias acabam por estabelecer comportamentos que se refletem tanto no âmbito social, *lato sensus*, quanto no âmbito sócio-jurídico, *strictu sensus*.

A sociedade mundial vê, a partir do liberalismo emergente do século XIX, um direcionamento para as idéias propostas nessa doutrina, que primeiro aparece no âmbito político, 39 e depois se alastra ao plano econômico, onde a liberdade e a igualdade figuram como fonte da vontade.

Assim, tanto a liberdade quanto a igualdade aparecem muito bem delineadas no plano teórico e ideal; porém, no plano prático e concreto, os objetivos ficam longe das metas traçadas.

Nesse contexto prático, surgiu a produção em massa e a concorrência que, em um primeiro momento, parecia ser totalmente favorável ao consumidor. Nesse sentido, também se manifesta Antônio Herman Benjamin: “*É para ele e pensando nele que se produz. É a ele que se vendem produtos e serviços; é a ele que se busca seduzir com a publicidade*” 34

Porém esse quadro não se concretizou na prática porque, segundo Donato, teoria deveriam andar juntos para o crescimento global da sociedade, criou uma

34 BENJAMIN, A. H. de Vasconcellos e. *O conceito jurídico de consumidor*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988. p. 69.

configuração não esperada: os empresários organizados formaram monopólios ou cartéis, dominando, através do seu poder econômico, todas as relações vinculadas ao consumo, uma vez que, do outro lado, estavam os consumidores desorganizados e, portanto, vulneráveis a todo tipo de direcionamento advindo do mais forte.

Dentro do contexto econômico-social descrito, o próprio Direito se vê envolvido. Devido a esse envolvimento, o Direito procurou organizar-se dentro da idéia de sistematização jurídica, que se apresentava como sendo o indispensável à sua estabilidade e que, no início do século XX, parecia solucionar todos os problemas.

Assim, cabia ao Estado e ao Direito buscarem soluções aos impasses advindos das relações que se estabeleciam entre fornecedor e consumidor. Surge, num primeiro momento, um conjunto normativo que atuou de forma paliativa como proteção ao consumidor. É a fase pré-intervencionista. A teoria pré-intervencionista de proteção do consumidor e, portanto, o direito de proteção do consumidor, desenvolveu-se a partir do direito comercial e do direito de concorrência. Analisaram-se criticamente alguns pressupostos básicos de direito civil como a liberdade contratual, “*caveat emptor*”, responsabilidade por culpa etc. Esta teoria propôs soluções “amenas”, sem impor padrões satisfatórios nas relações contratuais que, é claro, tinham de ser adequadas às diversas tradições legais³⁵.

Antes de assumir a complexidade criada pela sociedade de consumo, a relação vendedor/comprador possuía um vínculo de confiabilidade direto. Nesse sentido explica Moraes, essa relação assumia um caráter muito pessoal, e eventual conflito circunscrevia-se à órbita privada ou individual dos litigantes. E, ademais, não merecia maior relevo social. Com o passar do tempo, todavia, em face da mudança nas relações de comércio e em razão do advento da sociedade de consumo, caracterizada pela produção em massa, aliada ao imperioso crescimento da publicidade nesse campo, houve necessidade de o Estado intervir, com seu poder cogente, nas relações em que figurasse como parte o consumidor, tutelando seus interesses.

³⁵REICH, Norberto. *Algumas proposições para a filosofia da proteção do consumidor*. RT-728, junho de 1996, P. 13.

E isso porque, se de um lado o consumidor, isoladamente considerado, se mostrava frágil e impotente para enfrentar as novas ofensas que lhe eram arremessadas pelo mundo moderno, de outro lado impunha-se ao Estado conferir um tratamento jurídico peculiar a esse conflito oriundo de uma relação que não mais se estabelecia no plano eminentemente individual³⁶.

A confiança é um dos elementos que move as relações entre as pessoas e, em última análise, a própria sociedade. Ao pretender adquirir uma passagem de ônibus, o consumidor não vai antes às oficinas da empresa verificar se a manutenção dos veículos está sendo feita. Há uma confiança de que isso esteja sendo feito³⁷.

Através dessa confiança, vislumbra-se a certeza no futuro. É de certa forma uma antecipação do futuro³⁸.

Porém, se trabalhada a confiança vinculada com a segurança, há de se ver que somente o presente traz toda a segurança. Nas palavras de Luhmann: *“La confianza solamente puede asegurarse y mantenerse en el presente. Ni el futuro incierto ni incluso el pasado puede despertar la confianza, ya que no se ha eliminado la posibilidad del descubrimiento futuro de antecedentes alternativos”* ³⁹.

36 MORAES, V. de L. *Da tutela do consumidor*, Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre: AJURIS, p.7-8, 1989.

37 “Quien confía en una empresa, en una determinada situación, producción y/o comercialización de bienes y servicios es porque espera que ella se comporte en forma predecible conforme a las expectativas que ella misma generó como antecedente, verbigracia, por la publicidad masiva. Generar confianza entonces implica otorgar certeza sobre algun acontecimiento futuro, verbigracia, la eficiencia y seguridad del bien o servicio; es hacer desaparecer la incertidumbre, es poder anticiparse ala misma y comportarse como si ese futuro fuera cierto y minimizando las situaciones de riesgo. De esta forma, entre la confianza y el futuro, hay una relación de previsibilidad en el comportamiento empresarial y cuanto mayor sea la confianza, mayor sera el grado de certidumbre acerca de un comportamiento o hecho futuro de los consumidores.” WEINGARTEN, Celia. “El valor economico de la confianza para empresas y consumidores”. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 33, p. 35 janeiro/março 2000.

38 LUHMANN, Niklas. *Confianza*. México: Anthropos, 1996. P.14.

39 *Idem*. P. 20.

Assim, a confiança é um elemento que não se mostra como segurança, mas como possibilidade. Fazer a ação com confiança é fazê-la dentro de parâmetros possíveis. Nas palavras de Luhmann: “*La confianza, en el más amplio sentido de la fe en las expectativas de uno, es un hecho básico de la vida social*” 40.

Falar em confiança nas relações de consumo é falar em qualidade, garantia de troca do produto, de ressarcimento dos danos possíveis, fazer novamente o serviço que não ficou a contento. Também a confiança, nas relações de consumo, está diretamente relacionada com seleção. A seleção no presente determina o futuro. E essa seleção deveria levar em conta, sensivelmente, a confiança que o consumidor possui no produto ou serviço a ser adquirido⁴¹.

É de se notar que o verbo dever foi utilizado como “deveria” e não como “deve”, justamente para deixar claro que, muitas vezes, não há para o consumidor opção de escolha para decidir entre um produto em que confia ou não. As relações jurídicas de consumo são concretizadas, não raras vezes, sobre produtos ou serviços monopolizados e sob as condições de cartéis, que estão distante de possibilitar opções baseadas na confiabilidade.

Luhmann, com propriedade, dispõe, “*este problema puede captarse más claramente si distinguimos entre el futuro en el presente y el presente en el futuro. Cada presente tiene su propio futuro, que es el prospecto ilimitado de sus propias posibilidades futuras. Concibe un futuro del cual solamente una selección puede, en el futuro,*

40 *Idem Ibidem*. p.5.

41 Nesse sentido, Celia Weingarten: “*El hombre actua por motivaciones, y la primordial es la expectativa de confianza que supera la incertidumbre en cualquier orden, especialmente en el ambito juridico economico para romper con los riesgos del mercado, creando un marco de expectativa favorable a su acceso, evitando daños innecesarios. La expectativa de confianza nace fundamentalmente a partir dela credibilidad objetivizada, que es la que orienta el comportamiento y guia las decisiones del individuo y sus intencionalidades, especialmente a los consumidores.*” WEINGARTEN, Celia. “El valor economico de la confianza para empresas y consumidores”. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 33, p. 35, jan./mar. 2000.

convertirse en presente. En el progreso hacia el futuro, estas posibilidades abren paso a la selección de nuevos presentes y con ello a nuevas perspectivas futuras” 42.

Não resta dúvidas que, de uma maneira geral, dentro da sociedade, a seleção do presente estabelece o futuro, uma vez que o futuro se vê no presente. Porém, quando se trata de relação jurídica de consumo, como já foi abordado anteriormente, nem sempre se pode falar em possibilidade de seleção, ou seja, em possibilidade de escolha do futuro, vindo, portanto o futuro, muitas vezes, por imposição e não por seleção.

Não descuida Luhmann da possibilidade de diferença entre presente e futuro, quando busca solução para o impasse, no que denominou de eleição consciente, *“si la experiencia trae conciencia de la diferencia entre su futuro en el presente y su presente en el futuro, la oportunidad surge de hacer una elección consciente, junto con la incertidumbre y una necesidad de consolidar relaciones entre los presentes actuales y los presentes futuros, que el futuro en el presente parece poner en peligro” 43.*

Nas relações de consumo, nem sempre a solução adotada por Luhmann se aplica. Eleição consciente é um elemento que nem sempre vai estar presente nas relações jurídicas de consumo. Se, por um lado, o consumidor pode eleger conscientemente entre um produto e outro, entre um serviço e outro, muitas vezes essa eleição consciente não aparece, vez que o consumidor não possui a opção de eleição. Assim, não haverá como consolidar relações entre os presentes atuais e os presentes futuros. Não há como retirar o perigo que se apresenta.

Nesse patamar de discussão, em que se envolve a relação jurídica de consumo, pode-se dizer que a relação entre presente e futuro nem sempre é uma questão de confiança, ela simplesmente acontece no presente, independentemente da perspectiva de confiança no futuro.

A confiança, como redutor da complexidade social, é inegável quando ela pode ser aplicada. Porém, essa aplicabilidade, em nível de relação de consumo, está longe de ser a ideal.

42 LUHMANN, Niklas. *Op. Cit.* P. 21.

43 WEINGARTEN, Celia. *Op Cit.* P. 35.

O surgimento da dogmática consumerista é uma tentativa de fazer surgir uma maior confiança dentro desse tipo de relação, vez que não se podia deixar que as partes continuassem a se digladiar na busca de soluções, na maioria das vezes não encontradas, para solver os problemas que se apresentavam. Mesmo porque as partes estavam em franca desigualdade, sendo o fornecedor mais forte, tanto economicamente quanto em nível de conhecimento. Essa desigualdade somente trazia segurança e confiança para o fornecedor e não para o consumidor.

Luhmann, analisando a questão atinente ao dinheiro e ao poder, no meio social, os coloca como mecanismos sociais que garantem segurança frente ao futuro, pressupondo confiança⁴⁴.

E isso é exatamente o que ocorre no âmbito da relação de consumo: o dinheiro e o poder estabelecem segurança e confiança para os fornecedores que, através deles, possuem condições de manipular o mercado a seu bel-prazer. Essa situação, analisada sob a ótica de um período anterior à dogmática do consumidor, pode encontrar um distanciamento acentuado entre fornecedor e consumidor, com predomínio quase total daquele sobre este.

A dogmática consumerista vem com o intuito de diminuir esse distanciamento, fazendo com que haja uma maior igualdade entre as partes. A união dessa igualdade com a criação de expectativas generalizadas que, muitas vezes, não possuem aprovação individual, possibilita uma maior confiança na ação a ser executada, ocorrendo, também, uma redução da complexidade social. Nesse sentido, escreve Luhmann, *“através da generalização, são superadas as descontinuidades tópicas a cada dimensão, eliminando-se assim os perigos específicos a cada dimensão. Dessa forma a normatização dá continuidade a uma expectativa, independentemente do fato de que ela*

44 Nas palavras de Luhmann: *“Dinero, poder y verdad (a los cuales volveremos em detalle) son mecanismos sociales que permiten que se pospongan las decisiones, sin embargo garantizan una seguridad frente a mi futuro de mayor incertidumbre y complejidad de sucesos. La estabilización de éstos y otros mecanismos en el presente presupone la confianza”*. LUHMANN. Confianza, p. 26-27.

de tempos em tempos venha a ser frustrada. Através da institucionalização o consenso geral é suposto, independentemente do fato de não existir uma aprovação individual” 45.

Quanto mais complexa a sociedade, maior a possibilidade de discrepância no que se refere às expectativas, fazendo que haja uma diminuição na confiança a ser depositada sobre a ação.

Por isso, havia e há necessidade de um conjunto normativo capaz de retomar a confiança. Assim, nas últimas décadas, a sociedade vem obtendo avanços consideráveis no que se denominou Direito do Consumidor.

Por esse caminho seguiu, e não poderia ser diferente, o Código de Defesa do Consumidor brasileiro, buscando minimizar as diferenças de força existentes entre consumidor e fornecedor, ou seja, criando um novo direito.

A promulgação do Código foi um enfrentamento às situações problemáticas que se desenvolveram através da globalização da sociedade de consumo. Foi uma resposta do direito brasileiro às desigualdades e injustiças que cresciam no âmbito das relações de consumo. Desigualdades e injustiças que tinham como base a teoria globalizada vinculada ao sistema liberal, num primeiro momento, e neoliberal num segundo.

Assim, com base numa teoria global de liberdade de ação e igualdade entre as partes da relação jurídica de consumo, desenvolvia-se todo um contexto ficcional, social e jurídico, que impedia o desenvolvimento de um caminho seguro que levasse à harmonização das ações sócio-jurídicas direcionadas às relações jurídicas de consumo. É de se deixar claro que todo esse contexto estava corroborado pelo direito, que era alimentado pelo mesmo sistema liberal.

3) Sociedade hiperconsumerista

Através dos itens anteriores poder-se-á traçar alguns parâmetros ou perspectivas que, possivelmente, se desenvolverão nesse período pós-moderno que, para

45 LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro Ltda., 1983. P. 110.

alguns, se avizinha e, para outros, já acontece. Porém, não se estabeleceria como científico traçar tais especulações. Por isso, neste item, pretende-se efetuar uma análise das perspectivas das relações de consumo no período que evolve a sociedade atual e que se projeta para adiante de nosso tempo, pelo menos num futuro próximo.

A aceitação de uma nova sociedade que se difere fundamentalmente da dita sociedade moderna é o ponto de partida para uma discussão sobre os rumos das relações de consumo. O milênio se inicia sob o estigma da rapidez, das mutabilidades constantes, da substituição da engrenagem pelo chip, dos novos direitos, da globalização acelerada, da internet socializada, das redes mundiais de vendas ao consumidor, das compras sem sair de casa, da fluidez das relações, da publicidade massificante, da propriedade com função social, do contrato com função social, enfim, de um direito onde o privado se confunde com o público, onde o privado não é tão privado e o público não é tão público.

É nesse contexto, que poderia encher páginas e páginas de novas configurações, que ocorre o distanciamento cada vez mais da dita sociedade moderna e que induz a percepção de uma sociedade que, indiscutivelmente, pode ser chamada de pós-moderna, é que se insere a relação de consumo.

Na realidade, vive-se em um momento de transição, onde o novo quer nascer e o velho ainda não morreu. Realmente, ainda se olha o novo com os olhos do velho. Não se reconhece o novo com medo de que ele seja revolucionário e que, aquilo que era estável pode, de repente, não mais que de repente, se instabilizar, desvanecendo-se em pleno ar.

O novo é a sociedade pós-moderna que implementa e acentua as formas líquidas, já detectadas por Bauman em seu livro “modernidade líquida”, e que, nas relações de consumo, concretiza o hiperconsumidor e o turboconsumidor, para utilizar as palavras de Gilles Lipovetsky⁴⁶.

Três aspectos são fundamentais na análise que envolve o contexto das novas perspectivas para as relações de consumo: o avanço dos interesses privados; a

⁴⁶ LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade Paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*. São Paulo: Companhia das letras, 2007.

intervenção estatal; a formação do consumidor enquanto ser consciente de seu lugar na sociedade. Para finalizar este capítulo, a análise desses três aspectos se faz necessária, buscando perfilar as características possíveis da relação de consumo que se avizinha.

O avanço dos interesses privados: nesta seara, se busca aproximar o contexto consumerista ao denominado liberalismo, onde se busca uma maior liberalidade de atuação do fornecedor no mercado consumerista, dentro, ainda da idéia de que o mercado, por si só se regulamenta. Este sistema já provou sua ineficiência, vez que, as partes da relação de consumo se demonstram desiguais, estando na mão dos fornecedores o poder que envolve tanto o âmbito econômico quanto técnico. Nessa formulação social, o consumidor não consegue fazer frente aos interesses do fornecedor que, justamente numa sociedade capitalista, busca o lucro como primeiro objetivo.

Nem o sistema neoliberal, que ameniza, de certa forma, a totalidade da liberdade cantada em versos e prosas no liberalismo é, no âmbito das relações de consumo, o campo fértil para um desenvolvimento seguro ao consumidor dessas relações. Para entender de forma prática essa análise basta voltar à leitura aos itens anteriores.

A intervenção estatal: Este tipo de intervenção pode se dar de uma forma total ou parcial. Na primeira, o Estado passa a ser o gerenciador de todos os meios de produção, o que não possui mais lugar em um mundo cada vez mais globalizado; na segunda, o Estado é partícipe na criação de um sistema onde a sociedade se demonstre mais igualitária. Aqui, o Estado procura através do conjunto normativo jurídico, minimizar as desigualdades existentes entre fornecedor e consumidor.

A formação do consumidor enquanto ser consciente de seu lugar na sociedade: Um dos elementos que destrutura a igualdade na relação de consumo está na educação do consumidor. A sociedade se modernizou tecnicamente, porém não conseguiu estabelecer parâmetros que elevasse os padrões culturais do consumidor. Nesse campo, o consumidor não possui qualquer cultura de organização coletiva, não dispondo, também, capacidade individual de entendimento dos complexos processos que envolvem o sistema consumerista, o que impõe ao Estado um papel de protetor do consumidor, tanto individual quanto coletivamente.

Em síntese, para se falar em novas perspectivas das relações de consumo pode-se trabalhar com os três elementos antes dispostos.

Não parece factível que a nova sociedade pós-moderna aceite a liberdade total nas relações de consumo, tendo em vista as experiências anteriores que envolveram o sistema liberal como fundamento da sociedade moderna, e que, no que se refere as relações de consumo não produziu os resultados estabelecidos na teoria. Nesta, o mercado se regularia com tranqüilidade e todas as partes envolvidas sairiam lucrando. Na prática somente os fornecedores saíram lucrando e os consumidores se viram cada vez mais prejudicados. Assim, parece estar descartado qualquer direcionamento da sociedade de consumo para a liberdade total de atuação das partes envolvidas.

Pelo mesmo caminho se poderia seguir quando se analisa a intervenção plena do Estado. A globalização já não mais permite um Estado forte, gerenciador de todos os meios de produção e consumo, haja vista as aberturas que estão se processando nos Estados ditos comunistas.

Parece factível, portanto, uma sociedade em que as relações de consumo sejam acompanhadas de perto pelo Estado. Com certeza, novas leis deverão ser criadas para se somarem às existentes com o intuito de regulamentarem o processo de atuação do mercado.

Os itens anteriores, que formaram a base teórica para o desenvolvimento deste, sustentam, substancialmente, a conclusão de que não há possibilidade de se ter uma sociedade de consumo coerente e que se desenvolva de forma eqüitativa entre consumidor e fornecedor sem a intervenção estatal. Essa intervenção, no entanto, deve ser tal que, ao mesmo tempo, não prejudique o desenvolvimento da iniciativa privada, mas também possibilite uma proteção efetiva ao consumidor.

Assim, viu-se que foram as mudanças sociais e econômicas nos mercados de produção, distribuição e de consumo que, por sua força e importância, levaram á regulação especial do consumo, com a relativização destes antigos dogmas do direito

civil e comercial nas novas normas, dentre elas o CDC⁴⁷, nos termos propostos por Cláudia Lima Marques. A autora ainda destaca dois pontos importantes neste aspecto, quais sejam: a) o desejo de consumo individual e a falácia do consumidor como “rei” do mercado; b) a massificação da produção, da distribuição e do consumo e os reflexos na posição de vulnerabilidade do consumidor, reflexos individuais e coletivos, assim como oriundos da desmaterialização do consumo, e da contratação massificada, em face do novo valor econômico dos serviços.

4) Tutela Jurídica do consumidor

O direito do consumidor é um ramo do direito interno de cada país que visa proteger com normas de ordem pública e interesse social um sujeito de direitos, o consumidor, considerado mais fraco nas relações de direito privado. É uma disciplina transversal entre o direito privado e o direito público, que visa proteger este sujeito de direitos em todas as suas relações jurídicas frente ao fornecedor⁴⁸.

Neste momento, passa-se a analisar a temática por uma lógica sistemática, com base nos valores constitucionais que atingem o tema, para que se possa analisar a importância do mandamento constitucional de proteção aos consumidores pelo Estado, principalmente pelo reconhecimento da força normativa da Constituição e do direito privado solidário.

O Direito é um fenômeno complexo, que se manifesta em distintos planos do ser, em conexões concretas distintas cada vez mais. Possui uma relação próxima com o ser social do homem; é, segundo a opinião geral, um conjunto de regras, conforme as quais os homens ordenam entre si a sua conduta e com as quais se pode medir. É uma condição para todas as formas desenvolvidas de sociedade, enquanto possibilita a prevenção de conflitos ou dirimir-los de forma pacífica.

47 BENJAMIN, Antônio Herman V., MARQUES, Claudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. – 3ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora RT, 2010. P. 42.

48 *Idem*. P. 50.

Segundo Karl Larenz⁴⁹, “*A toda norma jurídica pertenece, como trasfondo absolutamente ineludible para su comprensión, la realidad social para qual cual fue concebida, la situación jurídica en el momento de su nacimiento y la realidad social actual en la que deve operar. El jurista tiene que prestar atención a lo hechos sociales a que se refiere una norma quando la interpreta*”.

O autor, neste estudo, define Jurisprudência como sendo a Ciência acerca do Direito que se ocupa, antes de tudo, sobre o aspectivo normativo e sobre o sentido das normas. Nela se trata da validade normativa e do conteúdo de sentido do Direito positivo, incluindo as máximas de decisão extraídas nas sentenças dos tribunais. Se a jurisprudência se entende em si mesma como uma ciência normativa, isto não quer dizer que ela mesma crie normas ou, ainda, que ponha em vigor as normas jurídicas. Ela se entende melhor como um sistema de enunciados sobre o direito vigente. A jurisprudência versa com o direito concretamente vigente, que intenta compreender o seu sentido normativo, e isto quer dizer ao próprio tempo, como uma (entre muitas possíveis) configurações da ideia de Direito. O Direito vigente nasce das normas jurídicas (na sua maioria escritas) que pretendem ver reconhecidas a validade e, ainda, em soluções judiciais extraídas, mais precisamente, das máximas de decisões nelas contidas.

Interpretar é um fazer mediador pelo qual o intérprete compreende o sentido de um texto que se tenha convertido em problemático. Na interpretação, a pré-compreensão possui um significado especial, uma vez que possibilita ao juiz não só uma determinada conjectura de sentido, sobre a compreensão da norma e a resolução encontrável, mas também que no juiz se forme uma *convicção de justiça*, mercê às suas pré-compreensões conseguidas mediante a sua prolongada experiência profissional e através atuação eficaz sobre as possibilidades de evidência nas valorações pré-dogmáticas. A obrigada interpretação da lei e as suas considerações dogmáticas possuem sentido para um ulterior controle de concordância, que se proponha a comprovação com a compatibilidade da resolução já encontrada no sistema de direito positivo.

49 LARENZ, Karl. *Metodologia de la Ciencia del Derecho*. Barcela: Ariel, 2009. P. 179.

Ao interpretar as leis, com vistas à solução de casos jurídicos, não se pode esquecer que não se tratam de um enunciado qualquer; na realidade, são prescrições que devem ser obedecidas, são pautas de juízos prescritos brevemente: ou seja, são as normas. A necessidade de um pensamento orientado a valores surge com a máxima intensidade quando a lei recorre a uma pauta de valoração, que precisa ser preenchida de conteúdo, para circunscrever um suposto feito ou uma consequência jurídica. Contém sempre uma idéia jurídica específica que, por certo, se subtrai a toda definição conceitual, porém que pode ser aclarada por meio de exemplos geralmente aceitos.

Para o autor, se o pensamento orientados a valores é indispensável no campo da aplicação do Direito, na medida em que não se trata de simples subsunção, senão a coordenação valorativa e de concretização, tal situação é distinta quando se trata de Dogmática Jurídica, assim definida como a doutrina elementar de conceitos e instituições jurídicas encerrada num sistema próprio. A Dogmática produz a conexão interna de todos os conceitos e constitui, deste modo, o sistema positivo de decisão, num ambiente exclusivo em que as valorações e os juízos perdem a qualidade subjetiva e emocional para conseguirem significação objetiva. Nesta esteira, o pensamento dogmático é o trabalho conceitual neutro da valoração. O papel da dogmática, por sua vez, é converter as questões de justiça em juridicamente operacionais dentro de seus âmbitos particulares. Com isso, os juízos de valor hão de ser realizados e respectivamente ratificados em uma forma que se compreendem a si mesmos como pensamento, no sentido de conhecimento do objeto⁵⁰.

A justiça se refere a exigências sociais gerais do Direito; a Dogmática representa o pensamento imanente ao sistema jurídico em que estas exigências se reespecificam e se operacionalizam. A Dogmática realiza a mediação estável entre as exigências últimas dos valores fundamentais e princípios geralmente aceitos com as “normas dadas”, como entre estas e as suas aplicações em múltiplas e diversas situações. A Dogmática jurídica apenas se afirmará e cumprirá o seu devido papel quando lograr desenvolver e aplicar as formas de pensamento orientados a valores (como o tipo

⁵⁰ LARENZ, Karl. *Op. Cit.* P. 189.

jurídico, o conceito jurídico funcionalmente pensado, o sistema móvel e aberto), além de métodos de pensamento que percorre não apenas numa direção, senão em dupla direção (métodos de concretização e tipificação, de analogia, de redução teleológica).

Ao tratar da formação do conceito e do sistema na jurisprudência, o autor inicia dizendo que as normas jurídicas não estão ligadas umas nas outras, mas estão em conexões múltiplas umas com outras. Descobrir as conexões de sentido em que as normas jurídicas e regulamentações particulares se encontram entre si com os princípios diretivos do ordenamento jurídico e expô-las de um modo ordenado que possibilite a visão do conjunto, ou seja, na forma de um sistema, é uma das tarefas mais importantes da jurisprudência científica.

Os conceitos abstratos, segundo Larenz, são os materiais do sistema externo. Chamam-se abstratos, porque são formados de notas distintivas que são desprendidas, abstraídas, dos objetos que aparecem e, em sua generalização, são separadas, tanto uma das outras com respeito aos objetos, aos quais sempre estão unidos de um modo determinado. O pensamento abstrato apreende um objeto de intuição sensível, na plenitude concreta de todas as suas partes e particularidades, como este todo único, senão só enquanto que se destacam propriedades particulares ou determinações de ideias, que se estimam gerais, desligadas de sua união com outras e, enquanto tais, separadas. Com isso, aparece de forma clara a grande utilidade de uma formação de conceitos. A lei possui a missão de classificar, de modo claro, uma quantidade enorme de fenômenos vitais, muito distintos entre si sumamente complexos, caracterizados por meio de notas distintivas facilmente cognoscíveis e ordená-los de modo que sempre sejam “iguais”, por serem extraídas iguais consequências jurídicas.

A formação de conceitos abstratos e, particularmente, aqueles com maior grau de abstração, cujo vazio de conteúdo irá em aumento com o aumento do grau de abstração, facilita, por certo, em grande medida a claridade: porque, com a ajuda de tais conceitos, podem ser postos sobre um denominador comum, um grande número de fenômenos, de diferentes índoles, que são regulados uniformemente. De acordo com isso, o sistema externo, que se baseia na formação de conceitos abstratos, somente será de um valor limitado para uma elaboração simplificada da lei, para a primeira orientação ou para

a subsunção, sempre que esta seja realizável em absoluto; porém, tão pouco cabe atribuir-lhe valor na ordem do conhecimento das conexões no sentido do Direito.

A missão do sistema interno é poder fazer visíveis as ideias jurídicas e pautas de valoração gerais que estão acima dos complexos de regulamentações particulares. E, para responder a pergunta sobre a possibilidade de formação de um sistema interno, deve-se pautar nos princípios jurídicos. Para o autor, os princípios por suas concretizações e estas por sua união perfeita com o princípio. A formação do sistema interno se logra mediante um processo de esclarecimento recíproco, qualificado pelo autor de estrutura hermenêutica fundamental do processo de compreender, em sentido estrito. Neste contexto, o autor traz importante lição de Canaris, no sentido de que os princípios recebem seu peculiar conteúdo de sentido somente em harmonia de complementação e restrição recíprocas⁵¹.

Larenz aborda o conceito de princípios abertos que, em conjunto com as bases de valoração neles expressadas constituem o ponto central de referência para o sistema interno do Direito, sistema que pretende fazer visível a jurisprudência que, toda a vez que se orienta pelos valores, procede de forma sistemática. De tais princípios somente pode obter-se um sistema quanto se tem em conta as suas distintas concretizações e estas são postas em mútua relação.

Aborda, ainda, o autor sobre conceitos jurídicos determinados pela função. Para Larenz, se os conceitos buscados necessitam ser úteis para o sistema interno, não podem ser unicamente conceitos gerais abstratos com progressivo grau de abstração, porque, assim, cada vez mais, esses conceitos serão vazios de conteúdo. É melhor tratar de conceitos em cujo conteúdo a relação de sentido subjacente a uma regulamentação é expressada em tal medida que, ainda que seja necessariamente abreviada, continua sendo cognoscível. Disto a ciência jurídica atual trabalha em grande medida, podendo receberem o nome de conceitos determinados pela função, cuja função é garantir, dentro de um complexo regulativo determinado, a aplicação equitativa daquelas normas

51 LARENZ, Karl. *Op Cit.* P. 467.

jurídicas cujo conteúdo estão implícitos como elementos da suposta verdade ou também da consequência jurídica.

O sistema interno, assim, não é um sistema em si acabado, senão um sistema aberto, no sentido de que são possíveis variantes na classe de harmonia dos princípios, de seu alcance e limitação recíproca, como também o descobrimento de novos princípios, seja em virtude de alterações da legislação, seja em virtude de novos conhecimentos da ciência jurídica ou modificações da jurisprudência dos tribunais. A missão do sistema científico é fazer visível e mostrar a conexão de sentido inerente ao ordenamento jurídico como um todo sentido. A isso serve o descobrimento de princípios diretivos e a sua concretização nos conteúdos regulamentares, na formação de conceitos determinados pela função e de tipos jurídicos-estruturais. O sistema interno, enquanto aberto, é sempre inacabado e inacabável.

O ordenamento jurídico brasileiro é um sistema ordenado de direito positivo⁵². Neste contexto, é apresentada uma primeira definição de sistema, como sendo a *“unidade, sob uma ideia, de conhecimentos diversos ou, se se quiser, a ordenação de várias realidades em função de pontos de vista unitários. Esta ideia pode ser aplicada às relações estáveis que são o Direito. A repetição, a medida ou a própria estabilidade são-no porquanto informam os pontos de vista unitários da fórmula kantiana. Assim se obtém o sistema interno, equivalente à lógica mínima que permite destrinçar o Direito do arbítrio puro*⁵³”

A ideia de sistema é, assim, a base de qualquer discurso científico, em Direito. A seu favor depõem aspectos como os da necessidade de um mínimo de racionalidade na dogmática, o da identificação das instituições com sistemas de ações e interações ou do próprio Direito como um sistema de comunicações, o do apoio sociológico da estruturação jurídica, o do tipo de pensamento dos juristas, etc. Mas depõem, sobretudo, as considerações muito simples sobre a existência do Direito e sobre a necessidade de, na sua comunicação, utilizar uma linguagem inteligível e redutora, sob

⁵² *Idem*. P. 30.

⁵³ CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª ed., 1996. P. 64.

pena de inabarcável complexidade. Ou seja: há um sistema interno e deve haver um sistema externo.

O Direito é sempre um fenômeno cultural. A sua existência depende da criação humana e a sua estruturação advém da adoção pelos elementos que compõem uma sociedade, de certas bitolas de comportamento. O Direito – qualquer Direito – depende de uma aprendizagem, sofrida pelos membros da comunidade jurídica; tal como a própria Moral, há sempre um ministrar de códigos de conduta, do qual depende a subsistência e a reprodução dos dados normativos.

O sistema externo torna-se necessário e imprescindível. E quando isso suceda, ele vai bulir, de modo fatal e compreensível, com o próprio sistema interno. O universo das realidades jurídicas, nas suas previsões e nas suas consequências é, pela natureza cultural, logo espiritual ou imaterial, do Direito, um conjunto de possibilidades linguisticamente descritas, relativizadas mesmo à própria linguagem utilizada. A ordenação exterior, imprimida à realidade jurídica com puras preocupações de estudo e aprendizagem, vai amoldar, em maior ou menor grau, seja as próprias proposições jurídicas, seja o pensamento geral de que vai depender sua concretização ulterior.

A partir do sistema externo visa comunicar o interno, tornando-o acessível ao estudo e à aprendizagem. Ele nasce, pois, com uma preocupação de fidedignidade. As alterações evolutivas das conexões jurídicas materiais projetam-se nas exteriorizações do Direito, interferindo nelas de modo mais ou menos imediato. Por isso, quando se fala em sistema, no Direito, tem-se em mente uma ordenação de realidades jurídicas, tomadas nas suas conexões imanentes e nas suas fórmulas de exteriorização.

Sob esta ótica sistemática, o direito do consumidor é um reflexo do direito constitucional de proteção afirmativa dos consumidores (art. 5º, XXXII, e art. 170, V, da CF. art. 48 do ADCT – CF/88)⁵⁴.

A importância da Constituição Federal brasileira de 1988 foi em ter reconhecido este novo sujeito de direitos, o consumidor, individual e coletivo, e

⁵⁴BENJAMIN, Antônio Herman V., MARQUES, Claudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. *Op Cit.* P. 30.

assegurado sua proteção constitucionalmente, tanto como direito fundamental no art. 5º, XXXII, como princípio da ordem econômica nacional no art. 170, V, da CF/88.

Em outras palavras, a Constituição Federal de 1988 é a origem da codificação tutelar dos consumidores no Brasil, e no seu art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias encontra-se o mandamento para que o legislador ordinário estabelecesse um Código de Defesa e Proteção do Consumidor, o que aconteceu em 1990. É a Lei 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor, CDC.

O direito do consumidor, segundo Cláudia Lima Marques, seria o conjunto de normas e princípios especiais que visam cumprir com este triplo mandamento constitucional: 1) de promover a defesa do consumidor; 2) de observar e assegurar como princípio geral da atividade econômica constitucional, a necessária proteção do sujeito de direitos “consumidor”; 3) de sistematizar e ordenar esta tutela especial infraconstitucionalmente através de um Código (microcodificação), que reúna e organize as normas tutelares, de direito privado e público, com base na idéia de proteção do sujeito de direitos⁵⁵.

Assim vê-se que a Constituição Federal de 1988 serve de centro valorativo, centro sistemático-institucional e normativo da proteção aos consumidores e também no direito privado, pela força normativa da Constituição, que cria faz emergir um novo direito privado brasileiro, garantido e moldado pela ordem pública constitucional, limitado e consubstanciado pelos direitos fundamentais aí recebidos), um direito privado coerente com a manutenção do CDC em sua inteireza, mesmo com a entrada em vigor do novo código civil⁵⁶. A proteção do consumidor no Brasil é um valor constitucionalmente fundamental, é um direito fundamental, é um princípio da ordem econômica, é princípio limitador da autonomia da vontade. Está construído um novo direito privado mais consciente de sua função social.

Ao tratar dos modelos sistemáticos e as codificações civis, Antonio Menezes Cordeiro, afirma que a codificação não se confunde com uma compilação. Uma

⁵⁵ *Idem*. P. 31.

⁵⁶ BENJAMIN, Antônio Herman V., MARQUES, Claudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. *Op Cit*. P. 35.

compilação implica sempre um conjunto de fontes, submetido a uma determinada ordenação. *“A codificação corresponde a uma estruturação juscientífica de certas fontes. Pode dar-se um passo: a codificação implica a sujeição das fontes ao pensamento sistemático; joga-se, nela, uma consciência mais ou menos assumida do relevo da linguagem e da dimensão estruturante do todo, na cultura. A codificação torna-se possível apenas com a obtenção de um certo estágio de desenvolvimento da Ciência do Direito”*. A busca de uma sistemática racional correspondia à necessidade de encontrar uma ordem para a compreensão e aprendizagem do Direito, ou, se se quisesse, de aprontar um sistema externo que superasse as meras ordenações periféricas levadas a cabo pelos jurisperitos elegantes.

O direito do consumidor, portanto, representou no final do século XX a formulação de novo paradigma na experiência jurídica brasileira, com modificações incisivas na dogmática dos contratos e da responsabilidade civil⁵⁷, segundo Rosa Maria de Andrade Nery, que se apoiou na filosofia Kantiana ao defrontar as modalidades de juízos apodícticos como conhecimento por coonceito (dogmata) ao contrário de matemática, como conhecimento por construção de conceitos, intuindo que *“a identificação dos princípios do direito e do conjunto de preceitos em que se assenta a ciência jurídica, que permitem ao jurista reunir num todo harmonioso as normas jurídicas e a construir o sistema jurídico, chamamos dogmática jurídica, fundamental para permitir que o estudo das normas particulares vigentes em determinado tempo e lugar e remonte a princípios de onde tais normas precedem, assentadas na razão”* ⁵⁸.

Segundo ainda Fernando Rodrigues Martins, os códigos civil de 1916 e Comercial eram por demais insuficientes para acautelar a pessoa humana vulneravelmente interagida com o mercado. Tais modelos não situavam qualquer arremedo de proteção ao contratante mais fraco.

Cita a autora Cláudia Lima Marques, segundo a qual *“o novo do código de defesa do consumidor é ter identificado este sujeito de direitos, o consumidor, e ter*

⁵⁷MARTINS, Fernando Rodrigues. *Op. Cit.* P. 157-158.

⁵⁸ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito*. São Paulo: RT, 2008, p. 57. *Apud in* MARTINS, Fernando Rodrigues. *Op. Cit.* P. 158.

construído um sistema de normas e princípios orgânicos para protegê-lo e efetivar seus direitos. A identificação deste novo sujeito de direitos, deste grupo de não iguais, de vulneráveis pode ter conotações pós-modernas fortes” 59.

Ao lado do código comercial e civil, apontavam normas pontuais destinadas ao 'pronto-socorro' emergencial do consumidor, pertencentes ao campo administrativo ou penal⁶⁰. No Código Penal, cite-se o tipo verificado no art. 175 (fraude no comércio); Lei delegada n. 04/62 (intervenção no domínio econômico para distribuição de insumos); Lei Federal n. 4663/77 (declaração de preço de mercadoria vendida à prestação); Lei Federal n. 7492/85 (Crimes contra o Sistema financeiro).

A própria doutrina civilista já clamava pela alteração estrutural, funcional e metodológica do Código Civil de 1976, o qual somente logrou êxito com a edição do atual código civil, através da Lei Federal n. 10.406/2002⁶¹.

Tem-se a abertura de um flanco hermenêutico de diálogo de fontes normativas para a efetiva tutela desse agente motriz do mercado, nos termos da tese de Erik Jayme, no Brasil com apoio de Cláudia Lima Marques⁶², conforme autorizado pelo disposto no art. 2043 do CCB⁶³.

O professor Fernando Rodrigues Martins afirma com esteio em Norberto Bobbio e em Karl Larenz, que “*a mundivisão contemplando a hipercomplexidade jurídica acaba por conferir funcionalidade e conectividade do direito privado. Relembre-se a lição de Bobbio, quanto à importância da interação das teorias institucionais (Santi Romani e Maurice Hauriou) e da relação jurídica (Alessandro Levi) com a teoria normativa (Kelsen), propiciando a evolução do estudo da norma com salto ao conjunto. Também na*

59 MARQUES, Cláudia Lima. “Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos”. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo: RT, v. 35, P. 61, 2004.

60 MARTINS, Fernando Rodrigues. *Op. Cit.* P. 159.

61 *Idem.* P. 159.

62 MARQUES, Cláudia Lima. *Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002*. **XXXXXXX**.

63 MARTINS, Fernando Rodrigues. *Op. Cit.* P. 160.

mesma perspectiva, viável instar de sistema a ciência de Direito, nos termos postos por Canaris, partindo-se da ordem (adequação valorativa) e unidade interna (princípios gerais do direito)” 64.

Assim, deve ser *“atentado singularmente para a incidência das normas constitucionais tais como os princípios e regras no âmbito do direito privado, abrindo espaço para novo eixo epistemológico compreendido como direito civil constitucional que rompe com a clássica dicotomia entre direito público e direito privado. Proclama-se não o direito público sobre o direito privado, senão entre ambos um trânsito sistemático, permitindo a troca de experiências normativas e de diretrizes teórico jurídicas, além mesmo da simples hermenêutica, o que trouxe roupagem humanitária e distributiva: à propriedade, à empresa e à sucessão legítima” 65.* É, pois, possível concluir que o direito privado variou do normativismo estrutural singular consolidando-se como sistema funcional axiológico plúrimo⁶⁶. O autor cita Campilongo, para o qual o Estado liberal formula uma teoria da norma jurídica; o Estado social constrói uma teoria do ordenamento jurídico, e o Estado pós-social enfrenta o desafio da construção de uma teoria do pluralismo jurídico⁶⁷.

Há claramente a passagem do patrimônio econômico no direito civil brasileiro novecentista, ao personalismo ético vivente: a não sujeição do direito à economia e nem mesmo à economia do direito, e sim o respeito do direito e da economia ao mundo da ética⁶⁸.

Conclui-se que a verificabilidade do sistema de direito privado revela com facilidade a função propositiva e transformadora do direito dos particulares, permitindo o exercício metodológico de depuração de princípios tanto na forma geral ao singular

64 *Idem.* P. 161.

65 MARTINS, Fernando Rodrigues. *Op. Cit.* P. 162.

66 *Idem.* 163.

67 CAMPILONGO, Celso Fernandes. “Os desafios do judiciário: o enquadramento teórico”. In *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. Coord. José Eduardo Faria. São Paulo: Malheiros, 1994, P. 36. Apud in MARTINS, Fernando Rodrigues. *Op. Cit.* P. 163.

68 MARTINS, Fernando Rodrigues. *Op. Cit.* P. 163.

(dedutivamente), como da singular ao geral (indutivamente), mesmo porque pelo método indutivo a sincronia de diversos textos infraconstitucionais aponta a evidência de múltiplos eixos normativos convergentes⁶⁹.

Neste aspecto é possível falar-se em proteção do consumidor com enfoque na sua vulnerabilidade, razão pela qual deve ser mencionada a evolução princípio do favor debilis até o princípio de proteção do consumidor, através de uma introdução dogmático-filosófica no direito pátrio e comparado.

5) A proteção do consumidor no direito comparado e pátrio: enfoque na vulnerabilidade

O resguardo jurídico do consumidor não é tema exclusivo de um único país. Longe disso, é tema supranacional abrangendo a totalidade dos países desenvolvidos ou em desenvolvimento. É de Newton De Lucca a apresentação de quadro sintético desta proteção⁷⁰ no Direito Comparado (antecedentes legislativos) e no Direito Internacional (positivo). No direito comparado tem-se, segundo o autor:

- Discurso do presidente Kennedy ao Congresso Americano (março/62);
- Lei sobre documentos contratuais uniformes de Israel (1964);
- Lei fundamental de proteção aos consumidores no Japão (1968);
- Numerosos textos legais, a partir da década de 60, nos EUA: Consumer Credit Protection Act, Uniform Consumer Credit Code, Uniform Consumer Sales Act, Safety Act, Truth in Lending Act, Fair Credit Reporting Act e Fair Debt Collection Act;
- Lei de caráter geral ou específica no seguintes países: Inglaterra, Suécia, Noruega, Dinamarca, Finlândia, Alemanha, Bélgica, França, México, Portugal e Espanha.

Já no direito positivo, sintetiza-se da seguinte maneira:

- A iniciativa de cinco países (Estados Unidos, Alemanha, França, Bélgica e Holanda), em 1969, no sentido de criar, no âmbito da Organização para a Cooperação e

⁶⁹*Idem*. P. 164.

⁷⁰ LUCCA, Newton De. *Direito do Consumidor*, 2ª Edição, Ed. Edipro, São Paulo-2000, p. 25/30.

Desenvolvimento Econômico – OCDE, uma “Comissão para a política dos consumidores”;

- A comissão das Nações Unidas sobre Direitos do Homem, considerou serem quatro os direitos de todo o consumidor: direito à segurança; direito de ser adequadamente informado sobre os produtos e os serviços, bem como sobre as condições de venda; direito de escolher sobre bens alternativos de qualidade satisfatória a preços razoáveis; direito de ser ouvido no processo de decisão governamental.

- A aprovação de vários documentos pela Assembléia do Conselho da Europa – Diretiva 85/374, de 24.7.85, no tocante aos países membros do CEE;

- No Âmbito da ONU – Resolução 39/248, de 9.4.85, apontada como a verdadeira origem dos direitos básicos do consumidor.

Conforme denota-se, os EUA foram o grande propulsor da mensagem protecionista do consumidor, de modo a influenciar grandemente diversos países com esta doutrina. Destaca-se, também, que o mesmo tema fora debatido em praticamente todos os países da Europa.

Na lição de Fernando Rodrigues Martins⁷¹ a transformação social homogeneizada e o papel da coletividade no direito privado tiveram influência na elaboração da legislação consumerista.

O findar da segunda grande guerra trouxe diversas transformações mundiais. No campo jurídico, verifica-se o retorno da noção de justiça além da regra, face às atrocidades outrora vivificadas no regime do Estado orgânico do nacional-socialismo: 'o umbral da justiça', nos termos colocados por Gustav Radbruch, continua que as leis, mesmo injustas, ainda são válidas e somente perderão essa qualidade se esse grau de injustiça for tão intolerável que a regra tornar-se-á, na verdade, ausência de direito. Na seara política há a chegada dos Estados Democráticos de Direito. No terreno sociológico, a análise sujeito-objeto e causa-efeito, de cunho estrutural, dá lugar à lógica

⁷¹MARTINS, Fernando Rodrigues. *Op. Cit.* P. 164.

comunicacional de conteúdo aberto ao conflito de cariz sistêmico-funcional, conforme preconizado por Luhmann⁷².

O autor continua afirmando que *“é na produção e no exaurimento que se experimenta revolução silenciosa no globo terrestre. Impõe-se modelo novo nas comunidades nacionais e internacionais através do critério de sociedade de massa, caracterizada pela estandardização recrudescente, pelos mercados homogêneos, pelas economias de escala, pelo 'convite excessivo às compras', forçando certa unidade cultural e de valores. A infinidade de informação soltas no mercado traduz a complexidade do sistema econômico e social, evidenciando o consumidor como protagonista da sociedade de consumo”* ⁷³.

Nos Estados Unidos, já em 1962, Kennedy proclamava o direito do consumidor como direito à informação, o que compreendia: i) o direito do consumidor conhecer o custo dos créditos (transparência nas operações de crédito); ii) o custo do produto vendido singularmente e sob concorrência (preço do produto); iii) os ingredientes essenciais do produto (indicação da composição); iv) a qualidade dos nutrientes dos produtos alimentícios; e v) a validade do produto⁷⁴.

Na Europa, o Tratado de Roma de 1957, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico em 1969, a Comissão das Nações Unidas sobre os Direitos do Homem, com a edição da Resolução 39/248, em 1985 pela ONU, são referência da nitidez constitucional que estas questões tomaram.

Este último édito internacional, segundo o autor, é posto como marco de fixação dos direitos fundamentais nas relações de consumo, a partir do reconhecimento da vulnerabilidade como característica ôntica do consumidor. Teve o mérito de traçar as seguintes diretrizes aos países signatários: i) promoção aos consumidores frente aos riscos e prejuízos à sua saúde e segurança; ii) promoção e proteção dos interesses econômicos dos consumidores; iii) acesso à informação adequada para escolha; iv)

⁷² MARTINS, Fernando Rodrigues. *Op. Cit.* P. 165.

⁷³ *Idem.* P. 165.

⁷⁴ *Idem Ibidem.* P. 165.

educação para o consumidor; v) reparação e compensação do consumidor; vi) liberdade de constituição de grupos e organizações para defesa coletiva⁷⁵.

Não há dúvidas que internamente a geração de conflitos de ordem jurídico econômica impulsionava incertezas tanto no que respeita às possibilidades do Poder Judiciário na solução do caso concreto quanto na letargia da atualização normativa por parte dos legisladores, considerando que à luz da legislação de antanho as saídas jurídicas eram estreitas e sem adequação ao fato social de massa. A somar a essa insegurança e descompasso normativo, no plano internacional abria-se a perspectiva, como visto, de organização sistêmica mediante vetores essenciais na defesa do consumidor⁷⁶.

A assimetria entre as fórmulas legais de solução de conflitos (conjuntamente à baixa racionalidade nas decisões institucionais) e os vícios e defeitos sofridos por indivíduos (utentes ou exaurientes de produtos e serviços) em larga escala, certamente foi vetor às reivindicações da coletividade (especialmente após a formatação de associações, sociedades, grêmios, entre outras *universitas personarum*) que buscavam a defesa do consumidor na sociedade mercadológica⁷⁷.

Segundo Cláudia Lima Marques, “*se o eixo-central do novo direito privado é a Constituição e a sua axiologia, que inclui a proteção dos consumidores, é possível explicar o direito do consumidor também pela evolução e relativização dos dogmas do próprio direito privado, tais como a autonomia da vontade, o contrato, os poderes do crédito e o pacta sunt servanda. Este segundo caminho, filosoficamente, baseia-se na evolução das idéias básicas da Revolução Francesa para uma sociedade burguesa e capitalista ou de mercado, como a sociedade de consumo, ideais de liberdade, igualdade e fraternidade*” ⁷⁸.

O princípio em favor da liberdade do mais fraco (*favor libertatis*) tem origem no direito penal e traz a idéia de que a liberdade que deve ser preservada e protegida pelo direito é sempre a do mais fraco. Já o *favor debilis* é a superação da ideia de que basta a

⁷⁵ MARTINS, Fernando Rodrigues. *Op. Cit.* P. 166.

⁷⁶ *Idem.* P. 167.

⁷⁷ *Idem Ibidem.* P. 168.

⁷⁸ BENJAMIN, Antônio Herman V., MARQUES, Claudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. *Op Cit.* P. 39.

igualdade formal para que todos sejam iguais na sociedade. É o reconhecimento, ou presunção de vulnerabilidade, de que o consumidor é mais fraco que o fornecedor, que detém posições jurídica, técnica e econômica mais forte.

Assim, a máxima *favor debilis* foi o início desta evolução em direção à identificação de grupos de sujeitos de direitos ou pessoas consideradas e presumidas como vulneráveis, incluindo nestes os consumidores, que receberam normas especiais, assegurando direitos de ordem pública, logo indisponíveis (cf. art. 1º do CDC), em face do interesse social naquela relação privada⁷⁹

6) A figura do consumidor

A figura do consumidor nasceu dentro de uma legislação especial e se ampliou para conformar um microssistema jurídico, que fez que seus conceitos e regras fossem de interpretação restritiva. Posteriormente, a incorporação da figura do consumidor no âmbito constitucional lhe outorgou uma posição de centralidade no sistema, que autoriza a derivação direta de direitos através de normas constitucionais que se consideram diretamente aplicáveis. O consumidor, como sujeito, ingressa ao centro do sistema de direito privado, conferindo-lhe um sentido diferente e acentuando seu caráter protetivo da parte débil⁸⁰.

Os direitos do consumidor são uma espécie do gênero direitos humanos. Estes direitos, reconhecidos em cartas constitucionais e tratados tem sido denominados de direitos fundamentais, donde o seu caráter jusfundamental provém do *status* constitucional. Ao aplicá-los no direito privado tem recebido o nome de direitos personalíssimos. As três designações correspondem a uma só categoria referida a direitos que tem o seu humano, anteriores e incluídos ao Estado. Este fenômeno se dá com relação aos direitos do consumidor, que tem reconhecimento nas cartas políticas, como

⁷⁹ Idem. P. 41

⁸⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Consumidores*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2003.

parte dos direitos humanos; constitucional, como subcategoria dos direitos fundamentais e dentro do Direito Privado em âmbitos diferentes (contratos-responsabilidade)⁸¹.

O problema mais importante, segundo proposto por Ricardo Lorenzetti, está relacionado com a efetividade destes direitos, os quais nos leva a definir a sua estrutura normativa. Neste plano, cabe observar os seguintes aspectos⁸²:

a) constituem um mínimo inderrogável: o princípio protetor possui base constitucional, o mesmo sucede com os direitos; o efeito jurídico desta qualificação é que em um contrato ou uma lei podem reconhecê-los de modo adicional, porém não podem ignorá-los ou reduzi-los;

b) pretensões de operatividade: permitem reclamar ao Estado que não seja indiferente a eles, que ponha em execução à medida dos recursos disponíveis;

c) pretensões de inconstitucionalidade: alguns destes direitos dão lugar à declaração de inconstitucionalidade de uma norma que se opõe a um grau que implica a sua derrogação;

d) pretensões de ineficácia contratual: nos casos em que há uma relação jurídica bilateral, estes direitos dão lugar a uma declaração de abusividade de uma cláusula contratual que os viola; a cláusula contratual que restringe os direitos dos consumidores é abusiva.

O chamado Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990), no art. 2.º, *caput*, define o *consumidor* como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como *destinatário final*”⁸³. Trata-se,

81 LORENZETTI, Ricardo Luis. *Op. Cit. P.*

82 *Idem.* P. xx

83 Nelson NERY Jr. observa que “o CDC não fala de ‘contrato de consumo’, ‘ato de consumo’, ‘negócio de consumo’, mas de *relação de consumo*, termo que tem sentido mais amplo do que aquelas expressões”. Invocando o escólio preciso de Alcides TOMASETTI, sublinha que “são elementos da relação de consumo, segundo o CDC: a) como *sujeitos*, o fornecedor e o consumidor; b) como *objeto*, os produtos e serviços; c) como *finalidade*, caracterizando-se como elemento teleológico das relações de consumo, serem elas celebradas para que o consumidor adquira produto ou se utilize de serviço ‘como destinatário final’ (art. 2º, *caput*, última parte, CDC)” (Da proteção contratual, in *Código brasileiro de defesa do*

como vem entendendo a doutrina, de um *conceito padrão* ou em sentido estrito de consumidor, que deve ser sempre observado pelo intérprete e/ou aplicador do Direito no momento da definição da existência da relação de consumo, pressuposto básico para a aplicação da normas do Estatuto Consumerista.

Como se vê, o Código restringe a pessoa do consumidor àquele que adquire ou utiliza um produto ou serviço como *destinatário final*⁸⁴. A concentração fundamental do conceito, sem dúvida, repousa sobre a finalidade da aquisição ou da utilização: a destinação final⁸⁵.

Entende-se que a Lei n.º 8.078/90 faz distinção entre o consumidor final e o consumidor intermediário, ao levar à ilação, em face do disposto no artigo 2.º, *caput*, que somente a aquisição para uso próprio, individual, familiar ou de terceiros será considerada como consumo, ficando ao largo de sua proteção a aquisição de bens ou serviços para utilização na atividade-fim da empresa⁸⁶.

O destinatário final, no preciso dizer de Cláudia Lima Marques, “*é o Endverbraucher, o consumidor final, o que retira o bem do mercado ao adquirir ou simplesmente utilizá-lo (destinatário final fático), aquele que coloca um fim na cadeia de produção (destinatário final econômico) e não aquele que utiliza o bem para continuar a*

consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 342-343).

84 A pessoa natural será considerada destinatária final e, *ipso facto*, consumidora quando adquirir ou utilizar produto ou serviço para a satisfação de necessidades pessoais, de sua família ou de terceiros. Já a pessoa jurídica, para ser vista como destinatária final, deve adquirir ou utilizar produto ou serviço fora do âmbito de sua atividade produtiva, comercial, empresarial ou profissional. É o entendimento que se vem firmando na doutrina e na jurisprudência de nossos tribunais.

85 DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao consumidor: conceito e extensão*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 66.

86 *Vide*, a respeito, Renata MANDELBAUM, *Contratos de adesão e contratos de consumo*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 168.

*produzir, pois ele não é o consumidor-final, ele está transformando o bem, utilizando o bem para oferecê-lo por sua vez ao cliente, seu consumidor”*⁸⁷.

Mas o legislador consumerista, assessorado por proeminentes juristas, deu-se conta de que só o conceito padrão de consumidor, nitidamente inspirado na lei espanhola de defesa do consumidor, não seria suficiente para garantir a aplicação do Código de Defesa do Consumidor a todas as situações derivadas de violação de suas normas. Por isso, inteligentemente, alargando esse conceito, introduziu no Projeto do Código os chamados *conceitos de consumidor por equiparação*, que se encontram consubstanciados nas normas do art. 2.º, parágrafo único, art. 17 e art. 29, todos do CDC.

Ainda neste aspecto, é importante verificar que esta concepção de consumidor com relação ao conceito de consumidor também ocorre no plano supranacional dos direitos básicos e a sua relação com os direitos da personalidade, de modo que a repersonalização do consumidor ocorre de modo geral na dogmática contemporânea.

No direito pátrio, os direitos básicos do consumidor são aqueles arrolados no art. 6º do CDC. Eles são entendidos como o conjunto de normas que tutelam os interesses fundamentais de toda pessoa física ou jurídica, que adquire ou utiliza produto ou serviço na condição de destinatário final, no plano material ou instrumental. Os direitos básico finalizam a parte introdutória do microssistema configurando o tônus vital do sistema consumerista e o arcabouço mínimo de intangibilidade subjetiva desse relevante agente constitucionalmente designado (o consumidor). Há correlação entre os direitos básicos do consumidor com os princípios jurídicos consumeristas e de que esses mesmos direitos básicos representam o mínimo intangível da pessoa do consumidor, duas conclusões iniciais são possíveis. A primeira – de ordem meramente estruturalista – inscreve o raciocínio de que a metodologia jurídica utilizada na elaboração do Código de Defesa do

⁸⁷*Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3.ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 150.

Consumidor partiu da técnica de elencar princípios no dispositivo 4º do referido estatuto, deixando ao art. 6º a responsabilidade de regulamentá-lo em sede de direitos básicos⁸⁸.

Os princípios jurídicos, além de possuírem caráter deôntico e aplicação direta, compreendem não só o sistema consumerista, mas alastram-se aos outros territórios normativos do direito privado, em pleno diálogo de fontes.

A segunda conclusão é aquela funcional-axiológica pela qual os direitos fundamentais têm a lucidez de proporcionalidade a repersonalização da pessoa no âmbito do mercado de consumo.

Este é o verdadeiro substrato hermenêutico dos direitos básicos do consumidor.

Vê-se que no art. 6º do CDC os direitos básicos são transcritos em nove incisos que positivam a proteção do consumidor no que respeitam i) às integridades físicas, psíquicas (cognoscitivas) e econômicas (art. 6º, I, III e IV); ii) à pedagogia do consumo sustentável (art. 6º, II); iii) à prevenção e reparação de danos (art. 6º, VI); iv) à correção e justiça contratual (art. 6º, V); v) à inclusão da necessária e eficaz prestação de serviço público (art. 6º, IX); vi) às garantias jurisdicionais diferenciadas de concretização desses direitos (art. 6º, VII e VIII).

Essa qualificação de direitos subjetivos indisponíveis é apenas possível, porquanto na realidade os direitos básicos expressam direitos da personalidade (ou melhor, da re-persoanalidade e re-significação do consumidor positivada pelo CDC), a partir da incorporação dos direitos humanos de consumo em nossa legislação.

A repersonalização, portanto, expressa objetivo sem volta dos chamados direitos básicos do Código de Defesa do Consumidor no mercado da despersonalização, em respeito ao discurso dos direitos humanos supranacionais.

7) A Proteção do consumidor

⁸⁸ MARTINS, Fernando Rodrigues. *Op. Cit.* P. 188-189,

A menção à Política Nacional de Consumo⁸⁹ e ao Sistema Nacional de Defesa do Consumidor⁹⁰ está assentada nos princípios reitores da transparência, boa fé objetiva, equidade e confiança, que pretendem regular e resguardar de forma integral as relações de consumo e o consumidor, tanto que cuidam até mesmo de situações que antecedem a qualquer relacionamento entre fornecedor e consumidor, passando pela contratação, e, posteriormente, chegando à execução.

A idéia de proteção integral fica bastante evidenciada na análise dos diversos dispositivos contidos ao longo do Código de Defesa do Consumidor, mas especialmente dos artigos 4º e 6º, que inserem uma nova concepção frente à realidade normativa até então existente, sendo de salientar a mudança de paradigma no que se refere à divinização do contrato como fonte obrigacional por excelência.

A Política Nacional de Consumo estabelece diretrizes a serem seguidas por toda a sociedade, mas vincula, com a mesma finalidade protetiva, os Poderes Públicos, com normas cogentes e de interesse público, fixa premissas para a atuação frente ao consumidor e constrói uma teia obrigacional, porém ao mesmo tempo estabelece as formas pelos quais podem ser operacionalizados seus ideais; o que pretende o Código de Defesa do Consumidor é proporcionar equilíbrio, harmonia e respeito nas relações de consumo, com a marca da dignidade, afastando a vilania e a supremacia que afeta não só o consumidor ante a sua vulnerabilidade⁹¹, de forma individual, mas a toda a sociedade.

O Art. 4º antes citado contém de forma bastante evidenciada o ideário que se pretende seja efetivado e propõe: (i) a proteção à dignidade, saúde, segurança, visando à melhoria da qualidade de vida; (ii) a proteção aos interesses econômicos⁹²; (iii) a convocação dos Poderes Públicos⁹³ para a proteção efetiva, com ações diretas marcando sua presença no mercado de consumo, incentivando a criação e desenvolvimento de

⁸⁹ V. Arts. 4º e 6º do CDC.

⁹⁰ V. Arts. 105 e 106 do CDC.

⁹¹ EFING, A. C., Fundamento do Direito das Relações de Consumo, p. 105/106.

⁹² O Código de Defesa do Consumidor busca conciliar os interesses do consumidor com o desenvolvimento econômico e tecnológico.

⁹³ O Art. 5º do CDC outorga para tanto diversos instrumentos dos quais pode o Poder Público valer-se.

associações representativas⁹⁴, zelando pelas garantias estatuídas e pelos serviços públicos, coibindo e reprimindo os abusos praticados no mercado de consumo; (iv) a imposição dos princípios da transparência, da boa fé, equidade e confiança.

Apesar de esse dispositivo ter explicitado de forma bastante evidente os propósitos de proteção do consumidor e das relações de consumo, no decorrer de todo o Código de Defesa do Consumidor encontram-se dispositivos que esmiúçam a Política Nacional de Consumo.

O microssistema está planejado de forma principiológica⁹⁵ impondo os princípios antes aludidos⁹⁶ – transparência, boa fé objetiva, equidade e confiança – não como uma forma de favoritismo ao consumidor, mas como um novo paradigma a proporcionar uma educação para os atores da relação de consumo⁹⁷.

Dentre os princípios aludidos, o da boa fé objetiva é que faz verdadeiramente uma revolução e espalha seus efeitos, muito além do âmbito contratual e passa a ser indicado como regra de conduta⁹⁸ para a sociedade de consumo, embora não se possa ignorar que o foco principal decorre da análise do comportamento do sujeito contratante⁹⁹, e deve ser inerente à atuação humana, especialmente nas relações do consumidor¹⁰⁰, mas não só a elas limitada, conforme se identifica no Código Civil de 2002¹⁰¹.

⁹⁴ O Art. 5º do CDC outorga para tanto diversos instrumentos dos quais pode o Poder Público valer-s e.

⁹⁵ Merece destaque o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC), criado em 1987, e que atualmente está ligado a 250 outras associações, inclusive ao Fórum Nacional das Entidades Cíveis de Defesa do Consumidor. Este Instituto propôs quatro ações no Caso Schering do Brasil em favor de 10 mulheres carentes, que receberão indenizações e pensão até que seus filhos completem 21 anos de idade (Informações disponíveis em: <<<http://www.idec.org.br>>> Acesso em: 04.05.2010).

⁹⁶ Cf. NERY JUNIOR, N., NERY, R. M. A., Código Civil Anotado e Legislação Extravagante, p. 906.

⁹⁷ Sobre o ideário educativo: V. EFING, A. C., op. cit., p. 102/103; SIDOU, J. M. O., Proteção ao Consumidor: quadro jurídico universal, responsabilidade do produtor no direito convencional, cláusulas contratuais abusivas, problemática brasileira, p. 6.

⁹⁸ MARTINS-COSTA, J., BRANCO, G. L. C. B., Diretrizes teóricas do Novo Código Civil Brasileiro, p. 134/135.

⁹⁹ NALIN, P., op. cit., p. 126

¹⁰⁰ EFING, A. C., op. cit., p. 110. Em igual sentido: MARQUES, C. L., op. cit., p. 671 et. seq.;

Em verdade, a boa fé sai do campo da subjetividade, como anteriormente estabelecido, vislumbrando, agora, uma esfera objetiva consagrada pela exteriorização efetiva da vontade ou de um comportamento, permeando todo o microsistema das relações de consumo, e, obviamente, deverá estar presente em todos os atores dessas relações; acaso se pretendesse indicar os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor por ela informados estar-se-ia sujeito a transcrever toda a Lei 8.078/90. A boa fé está presente na busca do equilíbrio e da harmonia nas relações de consumo, e informa todos os âmbitos do Código de Defesa do Consumidor e os demais princípios são corolários seus.

O princípio da transparência que, enfatiza as fases antecedentes à realização do contrato, aparece, todavia como o princípio reitor da sociedade de consumo, mesmo que não se pretenda a realização de qualquer negócio, tanto que planifica dentro do Código de Defesa do Consumidor um novo conceito de oferta.

A disposição do Código de Defesa do Consumidor no que se refere à oferta merece ser salientada, quanto à vinculação que se apresentará como efeito imediato e decorrente da veiculação pública, conforme se infere da clara redação do Art. 30 do CDC. Ainda, o Código de Defesa do Consumidor preocupou-se não só com a publicidade¹⁰², mas também com a informação prestada pelo fornecedor atribuindo o mesmo efeito vinculante¹⁰³.

NALIN, P., op. cit., p. 127.

¹⁰¹ “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé.”

¹⁰² NUNES, L. A. R., Curso de Direito do Consumidor, p. 389 et. seq., sobre a diferença entre informação e publicidade explica que “a norma propositalmente não fala apenas em ‘publicidade’, mas também em ‘informação’. Isso significa dizer que uma é diversa da outra, ou, mais precisamente, pode-se dizer que toda publicidade veicula alguma (algum tipo de) informação, mas nem toda informação é publicidade. (...) Pode-se, então, dizer que a oferta é um veículo, que transmite uma mensagem, que inclui informação e publicidade. O fornecedor é o emissor da mensagem e o consumidor é seu receptor”. Sobre os aspectos penais da publicidade, em dimensão diversa, porém, ao caso brasileiro, vide por todos: PUENTA ABA, L. M^a, Delitos Económicos contra los consumidores y delito publicitário.

¹⁰³ PUENTE ABA, L. M^a, Ibid., p. 46, insere essa proteção na fase previa.

O legislador, ainda, cuidou de estabelecer no Art. 31, de forma exemplificativa, o que deve estar contido na oferta e apresentação de produtos e serviços, tudo com o objetivo de fazer valer os princípios¹⁰⁴ da Política Nacional de Relações de Consumo informadores da oferta.

O dever de informação, que é o corolário da transparência, é imposto ao fornecedor em relação ao consumidor (Art. 6º, III, CDC), pelo qual devem ser fornecidas com fidedignidade ao consumidor todas as informações relativas ao produto ou ao serviço que pretende adquirir, sejam elas relativas a aspectos técnicos, ou sobre a quantidade e qualidade, preços, prazos, datas de validade, enfim, todas aquelas que possibilitem ao consumidor que realize um negócio conhecendo-o em sua inteireza. A transparência, assim, regerá a publicidade de ofertas (Art. 31, CDC), o dever de informação sobre o produto ou serviço (Art. 31, CDC), o dever de oportunizar a informação sobre o conteúdo do contrato e o dever de redigi-los¹⁰⁵ claramente (Art. 46, CDC), e outras cláusulas gerais de contratação, a vedação às práticas comerciais abusivas, publicidade¹⁰⁶ abusiva e enganosa, os cuidados na manutenção dos bancos de dados e cadastros de consumidores.

O princípio da confiança, mais presente na formação e acontecimento do negócio, embora possa ser vislumbrado em outros momentos, cuida da regularidade e segurança do produto ou serviço objeto da relação de consumo, a fim de garantir ao consumidor que

¹⁰⁴ MONTE, M. F., Da Proteção penal do consumidor – O problema da (des)criminalização no incitamento ao consumo, p. 99, cita, ainda, três princípios específicos que, no caso português, teriam relação com o tema: licitude da publicidade, da inofensividade ou da preservação da segurança e saúde do consumidor e o princípio da veracidade.

¹⁰⁵ MARQUES, C. L., Contratos no Código de Defesa do Consumidor – O novo regime das relações de consumo, p. 599 et. seq

¹⁰⁶ V. Apelação Cível 2002.04.01.000610-0 e 2002.04.01.000611-1, ambas da 3ª Turma, Rel. Des. Federal Marga Barth Tessler, TRF 4ª Região que, embora, estejam pendentes de julgamento os Recursos especial e Extraordinário, houve a condenação das empresas que comercializam bebidas alcoólicas a fim de inserirem em suas embalagens advertências sobre os efeitos do álcool. Os Acórdãos foram publicados, respectivamente, no Diário da Justiça da União (DJU) de 04.06.2003, p. 522, e de 30.04.2003, p. 279.

haverá respaldo para eventuais vícios que o produto ou serviço apresentem, que será fornecida garantia ao produto, que o produto ofertado é seguro, etc.

No âmbito da relação de consumo, com o pressuposto da vulnerabilidade e a busca pelo equilíbrio, está a proibição de cláusulas abusivas (Art. 51, CDC), o estabelecimento do controle judicial, sobre os aspectos formal e material dos contratos, individual e coletivo, concreto e abstrato, com a possibilidade de direito de revisão e modificação de cláusulas excessivamente onerosas¹⁰⁷, estabelece responsabilidades¹⁰⁸ no âmbito civil, administrativo e penal pelos produtos e serviços a fim de garantir as legítimas expectativas existentes à época da contratação, assim, previstas as garantias para preservar a dignidade e a integridade física, psíquica e moral do consumidor, os conceitos de decadência e prescrição.

O princípio da integridade das relações de consumo já assinala para uma proteção total do consumidor em diversas esferas do sistema jurídico, dentre elas, a do Direito penal, pois visa assegurar a integridade, importância e retidão das relações de consumo¹⁰⁹.

8) A Proteção Penal

A utilização do Direito penal como uma das maneiras de exercício de controle formal deve respeitar certos e determinados princípios e pautar-se pela eleição de bens jurídicos que com ele possam restar tutelados, o que não é tarefa fácil, como delineado, pela relação que se deve estabelecer entre Política criminal e Dogmática jurídico-penal, e como se enfrentará, notadamente, na questão pertinente ao bem jurídico.

¹⁰⁷ NUNES, L. A. R., Curso de Direito do Consumidor, p. 133.

¹⁰⁸ Nota-se a prevalência da conservação da relação de consumo: NUNES, L. A. R., loc. cit. 133

¹⁰⁹ FONSECA, A. C. L., Direito Penal do Consumidor, p. 45.

As características do modelo estatal podem ficar bastante marcadas no âmbito do Direito penal¹¹⁰, pois, normalmente, tanto mais em se tratando de países do condomínio da pobreza ou que adotem políticas públicas descomprometidas com o povo, é usado como instrumento de repressão¹¹¹; tais características não se amoldam de um dia para o outro, mas são o produto de toda uma história que, no caso brasileiro, começa lá no descobrimento e colonização, sem desprezar as influências que os próprios países colonizadores sofreram em suas histórias¹¹², e que estão aptas a indicar o que pretende desempenhar este Direito penal dentro da sociedade em que está inserido e os programas de criminalização que desenvolve ou pretende desenvolver.

9) Conclusão parcial

Dos ensinamentos doutrinários trazidos à baila, todos de eméritos juristas e, na sua maioria, especialistas no chamado Direito do Consumidor, exsurge inelutável a conclusão de que o conceito jurídico de consumidor não abarca o profissional que contrata a aquisição de produtos ou a utilização de serviços na esfera de sua atividade própria - ou seja, com o escopo de integrar o produto ou o serviço na produção de bens de consumo (atividade produtiva) ou na prestação de serviços, para a obtenção de lucros, no âmbito de sua atividade empresarial ou profissional. *A contrario sensu*, pode-se dizer - também na esteira das precitadas lições doutrinárias - que a qualidade de consumidor só poderá ser estendida à empresa *quando atuar - adquirir ou utilizar produtos ou serviços, ou simplesmente expor-se às práticas comerciais dos Capítulos V e VI do Título I do CDC - fora do âmbito de sua atividade empresarial ou profissional*.

¹¹⁰ Observações sobre a Política criminal e Dogmática jurídico-penal em Estados como o Brasil: Cf. SANTOS, J. C. dos, Teoria da Pena, p. 1/3.

¹¹¹ BATISTA, N., Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro – I, p. 23.

¹¹² BATISTA, N., Ibid., obra em que o autor desapega-se a uma “tradicional historiografia” do Direito penal brasileiro, avaliando todo o contexto nacional, bem como dos países que aqui vieram estabelecer suas colônias.

Cláudia Lima MARQUES acentua que "*o fim do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável*". Assim, restringindo-se "*o campo de aplicação do CDC àqueles que necessitam de proteção, ficará assegurado um nível mais alto de proteção para estes, pois a jurisprudência será construída em casos onde o consumidor era realmente a parte mais fraca na relação de consumo, e não sobre casos em que profissionais-consumidores reclamam mais benesses do que o Direito Comercial já lhes concede*".¹¹³

Afirma ainda que, "*de uma posição inicial mais forte, influenciada pela doutrina francesa e belga (...) os finalistas evoluíram para uma posição mais branda, se bem que sempre teleológica, aceitando a possibilidade do judiciário, reconhecendo a vulnerabilidade de uma pequena empresa ou do profissional que adquiriu, por exemplo, um produto fora de seu campo de especialidade, interpretar o art. 2.º (do CDC) de acordo com o "fim da norma", isto é, proteção ao mais fraco na relação de consumo, e conceder a aplicação das normas especiais do CDC analogicamente também a estes profissionais*"¹¹⁴.

Preleciona, também, com propriedade e acerto, que "a regra do art. 2.º deve ser interpretada de acordo com o sistema de *tutela especial* do Código e conforme a *finalidade* da norma, a qual vem determinada de maneira clara pelo art. 4.º. Só uma interpretação teleológica da norma do art. 2.º permitirá definir quem são os consumidores no sistema do CDC. Mas além dos consumidores *stricto sensu*, conhece o CDC os *consumidores-equiparados*, os quais, por determinação legal, merecem a proteção especial de suas regras. Trata-se de um sistema tutelar que prevê exceções em seu campo de aplicação sempre que a pessoa física ou jurídica preencher as qualidades

¹¹³ *Op. cit.*, p. 67.

¹¹⁴ *Op. cit.*, p. 68 (grifos nossos) Na Itália, após o advento da Lei de 6 de fevereiro de 1996, que introduziu os artigos 1469 - *bis* – 1469 - *sexies* no Código Civil, que tratam das cláusulas abusivas em contratos concluídos entre profissionais e consumidores, como já vimos neste breve ensaio, discute-se a possibilidade de extensão analógica a outras figuras – que não o consumidor – igualmente fracas na relação contratual (com a empresa, parte economicamente mais forte), tal como uma associação ou ente não profissional (*no profit*), um adquirente de produto para uso "misto" ... (cfr. RUFFOLO, *op. cit.*, p. 11).

objetivas (vulnerabilidades) e as qualidades subjetivas (destinatário final), mesmo que não preencha a de destinatário final econômico do produto ou serviço.

Ainda a título de conclusão, vem a calhar a lição de Didier FERRIER. Em excelente abordagem sobre a noção de consumidor no Direito francês, após definir o consumidor de maneira estrita, tendo em conta a finalidade do ato que ele executa, preleciona que, “de maneira flexível, o consumidor aparece como a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza um produto ou um serviço na qualidade de profano”. Tal acepção, a seu ver – com o que concordamos – “parece mais coerente tendo em vista os objetivos do direito do consumo: se a proteção é justificada pela situação de fraqueza do co-contratante, pouco importa a finalidade do ato que este realiza; o profissional que age ‘fora de sua competência profissional’ merece então ser protegido (...). O *Code de la consommation*, objetivando em algumas de suas disposições, como pessoa protegida, ‘o consumidor ou não profissional’ (C. Cons. art. L. 132-1), parece, precisamente, estender sua aplicação ao profissional que não intervém no quadro estrito de sua atividade (por exemplo, o vendedor a varejo de bebidas que compra um extintor de incêndio ou o agente imobiliário que compra um sistema de alarme para seus estabelecimentos) e pode, pois, na operação em causa, ser considerado como um não-profissional, isto é, um profano, mesmo que ele não contrate para a satisfação de um interesse estritamente pessoal ou familiar¹¹⁵.

Assim, viu-se toda a evolução no direito pátrio e no direito comparado dos direitos dos consumidores, com importantes lições doutrinárias a respeito do tema, principalmente com o reconhecimento da vulnerabilidade. Viu-se que o surgimento dos direitos dos consumidores tem matiz no estado liberal, no mundo globalizado, desenvolve-se no plano dogmático-filosófico e irradia-se no ordenamento jurídico.

Assim, o presente trabalho cumpre seu objetivo de traçar linhas gerais para a compreensão do tema proteção dos consumidores face ao mercado, através da intervenção estatal.

115 *La protection des consommateurs*, Paris: Dalloz, 1996, p. 14-15.

CAPÍTULO II – POLÍTICA CRIMINAL DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR

1. Características do novo modelo social

Não é uma única voz que afirma existir um novo modelo social. O novo paradigma ou novo modelo social pode ser denominado de sociedade de risco¹¹⁶, risco este que em nada lembra uma ideia de aventura pessoal ao lançar-se a novas experiências e descobertas, mas que se incrementa pela possibilidade constante e diferida de autodestruição global; se aquela (a aventura) aparecia quando os navegadores lançavam-se em busca de novas terras, ou na construção de uma bússola ou do astrolábio, talvez até ao voar, esta (a autodestruição) é uma possibilidade que se apresenta como uma nuvem cinzenta pairando sobre a humanidade, prestes a – sem nenhum trovão – cair como um raio fulminando a todos: plantas, animais e o próprio homem. O raio de

¹¹⁶ A aproximação ao tema será feita com base na obra *La sociedad del riesgo – Hacia una nueva modernidad*, de Ulrich BECK. A escolha justifica-se e pela abordagem que familiariza o leitor com uma situação que denota o novo paradigma que é uma sociedade, ao mesmo tempo, produtora de riscos e fomentadora da necessidade de proteção, identificando, entre diversos elementos que a caracterizam, os relacionados com a atividade produtiva, a busca pelo progresso, e a repartição de riquezas. A forma exposta pelo autor em questão parece reunir diversas causas da expansão do Direito penal moderno (a aparição de novos riscos, a sensação social de insegurança, a colocação do todo como vítima possível do delito, entre outras) e reflete em diversos âmbitos de expansão (Direito penal econômico, do risco, da empresa, e da globalização). O mesmo ponto de partida foi adotado por ÍÑIGO CORROZA, M^a E., *La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos*; KUHLEN, L., *Cuestiones Fundamentales de la Responsabilidad Penal por el Producto*. Contra a posição de BECK: PRITTWITZ, C., *Sociedad del riesgo y Derecho penal*, passim, em que critica, com olhos em Lothar KUHLEN, afirmando que o ponto de partida é um paradigma equivocado sobre o aspecto catastrófico, porque não estaria assentado em critérios predeterminados, embora não negue que houve uma mudança de paradigma com o ponto nodal da obra (Chernobyl), mas lamenta a preponderância da questão sociológica sobre a jurídica; considera que a discussão de um Direito penal de risco, embora politicamente desperte suas simpatias (Ibid., p. 155), pelo fato de que os destinatários possam ser sujeitos ocupantes de esferas de poder, entende ser inadequado o uso do Direito penal como recurso apto e efetivo para combater o risco e suas fontes, dentre outros pontos.

destruição atingiria a todos, indistintamente, sem considerar as desigualdades internacionais e não respeitaria fronteiras.

1.1. A Sociedade de Risco

A existência de uma sociedade post¹¹⁷, ou uma sociedade <<além>> ou <<mais adiante>> de algumas catástrofes como: guerras mundiais, bombas atômicas, e, dentre tantos, Chernobyl, vivencia até mesmo uma crise conceitual, e exigiria um esforço de diversos saberes para que se pudesse indicar – se é que se poderia fazê-lo com segurança – o momento em que se deu o rasgo histórico e efetivamente onde ele se situa, no contexto da humanidade.

A modificação do comportamento social e o transpasse do tempo da modernidade¹¹⁸ fizeram com que o homem experimentasse o medo, não aquele medo

¹¹⁷ Cf. BECK, U., *La sociedad del riesgo – Hacia una nueva modernidad*, p. 27. Na visão do autor tudo seria post: pós-industrialização, pós-modernidade, pós, pós... Esta expressão <<post>> é referenciada ao indicar que “el tema de este libro es el modesto prefijo <<post>>. Es la palabra clave de nuestro tiempo. Todo es <<post>>.” (– grifos constam do original – Ibid., p. 15

¹¹⁸ Ulrich BECK define a modernização como “los impulsos tecnológicos de racionalización y la transformación del trabajo y de la organización, pero incluye muchas cosas más: el cambio de los caracteres sociales y de las biografías normales, de los estilos de vida y de las formas de amar, de las estructuras de influencia y de poder, de las formas políticas de opresión y de participación, de las concepciones de la realidad y de las normas cognoscitivas. Para la comprensión sociológica de la modernización, el arado, la locomotora de vapor y el microchip son indicadores visibles de un proceso que llega mucho más abajo y que abarca y transforma toda la estructura social, en cual se transforman en última instancia las fuentes de la certeza de que se nutre la vida (Koselleck 1977, Lepsius 1977, Eisenstadt 1979). Es habitual distinguir entre modernización e industrialización.” (– grifos constam do original – Ibid., p. 25). Segue e justifica que, ciente da diferença entre modernização e industrialização tratará a primeira como um conceito superior. Quanto à diferença conceitual de modernidade e mesmo de momento histórico, segundo SANTOS, B. S., *A crítica da razão indolente – Contra o desperdício da experiência*, p. 49, não se confunde modernidade ocidental e capitalismo, pois “são dois processos históricos diferentes e autônomos. O paradigma sócio-cultural da modernidade surgiu entre o século XVI e os finais do século XVII, antes de o capitalismo industrial se ter tornado dominante nos actuais

visual e identificado, mas o medo de um inimigo invisível, do risco imperceptível, do alastramento de doenças erradicadas, dos efeitos das armas químicas, das mutações genéticas, dos perigos mundiais e supranacionais; todos estes a ignorarem fronteiras por serem compartilhadas mundialmente as forças destrutivas.

A ideia de risco não é nova; nova é a possibilidade de que as fontes geradoras de riscos, normalmente centradas naquelas produtoras de riquezas, também passem a experimentá-los, como se fossem efeitos latentes secundários¹¹⁹.

Os efeitos colaterais parecem funcionar – dentro de uma sociedade que clama não mais por progresso, mas sim por proteção – como um castigo¹²⁰, diante da necessidade de se impor responsabilidades, que estão a cada dia mais diversificadas e, por isso, alcançam até o Direito penal, numa sociedade individual.

Uma possibilidade de a sociedade que, de um lado estava preocupada com uma histórica divisão de classes e sua eterna manutenção, e de outro em acabar com essa situação, centrada – em ambos os lados – na repartição de riquezas, volta-se, então, para uma repartição de riscos oriundos dos efeitos secundários dos processos de produção,

países centrais. A partir daí, os dois processos convergiram e entrecruzaram-se, mas, apesar disso, as condições e a dinâmica do desenvolvimento de cada um mantiveram-se separadas e relativamente autônomas. A modernidade não pressupunha o capitalismo como um modo de produção próprio. Na verdade, concebido enquanto modo de produção, o socialismo marxista é também, tal como o capitalismo, parte constitutiva da modernidade. Por outro lado, o capitalismo, longe de pressupor as premissas sócio-culturais da modernidade para se desenvolver, coexistiu e até progrediu em condições que, na perspectiva do paradigma da modernidade, seriam sem dúvida consideradas pré-modernas ou mesmo antimodernas.”

¹¹⁹ Cf. BECK, U., *La sociedad del riesgo – Hacia una nueva modernidad*, p. 19, ao afirmar que “la tesis dice así: mientras que en la sociedad industrial la <<lógica>> de la producción de riqueza domina a la <<lógica>> de la producción de riesgos, en la sociedad del riesgo se invierte esta relación (primera parte). Las fuerzas productivas han perdido su inocencia en la reflexividad de los procesos de modernización. La ganancia de poder de <<progreso>> técnico-económico se ve eclipsada cada vez más por la producción de riesgos.” Utiliza, ainda, a expressão <<efecto bumerang>>.

¹²⁰ Sobre a análise de <<efeitos colaterais >> possíveis nesse novo modelo social, com diferentes espectros entre si e a obra de Ulrich BECK: V. ZAFFARONI, E. R., et al., *Direito Penal Brasileiro – I*.

como se tivesse, agora, o espaço sido tomado, não mais por uma luta de classes, e sim pela competência de sobreviver e pela busca por definições, mas, sobretudo, por proteção, mesmo que se implique na atribuição de responsabilidades¹²¹.

Não se olvida, contudo, que as fontes de riscos não mais se apresentam isoladas, e, portanto, identificáveis; alinham-se, agora, tal como uma espécie de produto cumulativo, cuja divisão a fim de identificar cada um de todos os responsáveis, num dado momento, é tarefa difícil, senão impossível, e, no mesmo passo, a conceituação do que seriam os tais riscos suportáveis, denominados no âmbito do Direito penal de permitidos.

Como se trata da atribuição de responsabilidades, inclusive, na seara do Direito penal, a Dogmática jurídico-penal e a Política criminal¹²² lançam argumentos de reforço e de repúdio a essa planificação, mas tanto uma como outra não desprezam a necessidade de conjecturar sobre o que seja um risco permitido, com vistas a uma clareza terminológica e conceitual¹²³.

¹²¹ ÍÑIGO CORROZA, M^a E., La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos, p. 23, salienta sobre uma mudança da fonte de riscos ao dispor que a modernidade “reduce el riesgo de conjunto de ciertas áreas y modos de vida, pero introduce al mismo tiempo nuevos parámetros de riesgo desconocidos en gran medida, o incluso del todo, en épocas anteriores.”

¹²² Sobre uma Política criminal conflitante: V. SILVA SÁNCHEZ, J. M^a, A expansão do direito penal : aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais, p. 67, que analisa as discussões das vozes da Política criminal pelos poderes da direita <<powerfull>> e de esquerda <<powerless>>, identificando que esses conflitos de interesses ocorrem, dentre outras causas, pelo fato de que mesmo as idéias convergentes parecem não o ser quando se trata de pugnar pela atuação do Direito penal

¹²³ PAREDES CASTAÑON, J. M., El riesgo permitido en Derecho Penal - Régimen jurídicopenal de las actividades peligrosas, p. 511/514, na busca por essa definição, afirma que “es posible hablar de <<riesgo permitido>> en tres sentidos diferentes”. Os três sentidos seriam representados pelos seguintes conceitos: a) conceito extensivo (é permitido todo o risco oriundo de atividade ou conduta perigosa, que não contraria o conteúdo de determinação da norma); b) conceito intermédio (para o qual se admitem condutas perigosas ou lesivas que não são contrárias ao mandato jurídico-penal por merecer uma valoração jurídica não negativa em virtude da concorrência de interesses que limitam o alcance normativo da tipicidade); e c) conceito restritivo (em que, por fim, só se constituem riscos permitidos aqueles que, além de não merecerem uma valoração jurídico-penal negativa, representam uma concorrência de interesses em todos os casos, e não apenas em hipóteses específicas). Pondera, contudo,

Não é uma providência supérflua, em que pese difícil, considerando o quanto já exposto em termos de indefinição nesse novo modelo social. Há uma indefinição e uma queda da certeza, antes adotada para impor um limite entre um risco juridicamente desaprovado, por ser criador de um perigo não admitido ao bem jurídico, e um risco permitido¹²⁴.

A tentativa de delimitar o conceito de risco permitido e situá-lo na Teoria do Delito¹²⁵ não deve, todavia, engessar o desenvolvimento social, e, no mesmo passo, não deve ser largamente utilizado a ponto de se transmudar em exagerados favorecimentos e justificativas, comportando-se como uma fixação dos limites dos tipos penais, mediante critérios objetivos. Assim, sob esta hipótese de irresponsabilidade no campo penal,

que os dois últimos podem ser louvados por tentarem afastar-se de um conceito ambíguo e, mais, atribuir-lhe um significado próprio e distinto, a fim de incluir sob essa rubrica as “<<acciones socialmente necesarias>>, <<acciones socialmente útiles>>, <<acciones respetadas en atención al principio de libertad de actuación>>, <<acciones realizadas con el grado de cuidado jurídicamente debido>> o <<acciones en las que relación coste / beneficio entre actuación y peligro o lesión causados se incline en favor de aquélla>>.”

¹²⁴ MIR PUIG, S., *Derecho Penal – Parte General*, p. 254/257, ao tratar da teoria da imputação objetiva e pretendendo avaliar, para o critério da imputação objetiva do resultado, a criação do risco e a realização do risco, que se poderia afirmar que <<permitido>> era o risco cuja produção se justificava em face das benesses e vantagens que o indivíduo, ou a sociedade como um todo, podiam dele auferir, inserindo-o nos casos de risco socialmente adequado, em que “el mismo carece por sua utilidad social de relevancia típica jurídico-penal”, sem deixar de referir opinião em contrário de Diego Manuel LUZÓN PEÑA (– grifos constam do original –, Cf. nota 46, p. 257).

¹²⁵ Sobre a situação do risco permitido frente à Teoria do Delito: Cf. JESCHECK, H. H., WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, p. 429/430, afirmando que: “el riesgo permitido no incluye una causa de justificación autónoma (a diferencia de la opinión manifestada en la 3ª ed. de esta obra págs. 323 ss.) porque por medio de este concepto únicamente se quiere decir que, bajo presupuestos determinados, son admisibles acciones arriesgadas llevadas a cabo incluso con dolo eventual de lesionar un bien jurídico; no obstante, tales presupuestos no pueden ser delimitados de un modo general. En el riesgo permitido estamos, más bien, ante un principio estructural común de estas causas de justificación cuyos elementos materiales están regulados especialmente.” (– grifos constam do original –).

deveriam estar as condutas que, embora efetiva ou potencial perigosas ou danosas, seriam acolhidas pelo quanto sua ocorrência é tanto mais favorável à sociedade ou ao indivíduo, se comparada com o perigo ou dano que dela (conduta) possam advir.

Ocorre que há riscos cuja fonte não se pode identificar e tampouco se pode planificar, com um juízo de probabilidade, tampouco de certeza, o que efetivamente custará à sociedade a realização de determinada atividade, e daí se pode indicar a existência, ante a elevação excepcional do risco, de riscos excepcionalmente permitidos¹²⁶.

O incremento da atividade social e a constatação de múltiplas situações de perigo começam a indicar, sem embargo da modificação do nível de atuação de outros ramos do conhecimento, no âmbito do direito, e propriamente do Direito penal, um alargamento que poderia levar a sua descaracterização¹²⁷. A hipótese de que essa instrumentalidade ou simbolismo viesse a aparecer, dentre tantos aspectos, é porque haveria “(a) a indiferença recíproca do direito e da sociedade, b) a desintegração social através do direito e c) a desintegração do direito através de expectativas excessivas da sociedade”¹²⁸.

A primeira estaria representada por uma disritmia entre os programas políticos e normas jurídicas frente a sua execução junto ao contexto social, porque aqueles são originários de políticas públicas duvidosas e, nem sempre, resta alcançada a

¹²⁶ PAREDES CASTAÑON, J. M., El riesgo permitido en Derecho Penal - Régimen jurídicopenal de las actividades peligrosas, p. 514.

¹²⁷ Propriamente no que concerne ao controle, via Direito penal, dos riscos sociais: V. HERZOG, F., Límites al control penal de los riesgos sociales (Una perspectiva crítica ante el derecho penal en peligro), passim, o autor desenvolve seu posicionamento com base no <<regulatorisches Trilemma>> de Gunter TEUBNER e na idéia de <<Risikogesellschaft>> de Ulrich BECK. Considere-se que o próprio Felix HERZOG para explicitar o último item do trilema regulador lembra a lição de Winfried HASSEMER sobre o expansionismo do Direito penal (Ibid., p. 320).

¹²⁸ Análise feita por Felix HERZOG, Límites al control penal de los riesgos sociales (Una perspectiva crítica ante el derecho penal en peligro), p. 319, do <<trilema regulador>> antes mencionado.

pretendida eficácia, que se implementa com categorias dogmáticas de questionável constitucionalidade.

A segunda faz com que se apresente uma desregulação social através de uma falência dos meios de autocontrole da sociedade dada a expansão do Direito penal, abandonando a ideia de que seria possível a existência de uma convivência razoável e pacífica, e, ao mesmo tempo, que se constata uma relação de desconfiança social; clama-se, cada vez mais, pela intervenção do Direito penal.

Por fim um sobrecarregamento do Direito ante essa excessiva demanda por legislação que faz com que o sistema sucumba e eleja em que oportunidades deverá intervir, fazendo, sob pena de total iniquidade, uma seletividade primária e secundária¹²⁹ dos comportamentos que pretende alcançar. Denotando, portanto, a dificuldade de atendimento à demanda social por proteção nesse novo modelo social, pela dificuldade tanto política quanto estrutural, a fim de criar um Direito penal tão expandido.

1.2. As Atividades Perigosas

A ideia de perigo e risco é, nesse passo, inerente ao novo modelo social, e para que se possa avaliar e imputar a responsabilidade, seja em que âmbito for, pelos efeitos decorrentes ou tão-só por sua atuação, será preciso identificar onde estão as fontes criadoras de perigo¹³⁰.

¹²⁹ Expressões referenciadas por BARATTA, A., *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal – Introdução à Sociologia do Direito Penal*, passim; ZAFFARONI, E. R., et al., *Direito Penal Brasileiro – I*, passim. Nessas obras os autores trabalham, dentre outros temas, com o referencial das relações econômicas em situações de domínio do capitalismo e do liberalismo para questionar a legitimidade da intervenção do Direito penal.

¹³⁰ Cf. ÍÑIGO CORROZA, M^a E., *La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos*, p. 112 é “presupuesto básico para poder imputar responsabilidad penal por el resultado lesivo de determinado bienes jurídicos es que con la conducta llevada a cabo por el sujeto se haya creado un riesgo (o varios riesgos) desvalorado(s) por el Derecho penal, que suponga la defraudación de determinadas expectativas sociales. Solo la infracción de lo que aquí se há denominado como <<norma de conducta penal>> crea esta clase de riesgos (relevantes para el Derecho Penal). Las normas de

Não há, portanto, maiores dificuldades em concluir, como pressuposto para a atribuição de responsabilidades, nessa linha de pensamento, a exigência da verificação de uma conduta criadora ou atividade produtora de riscos; no novo modelo social há, contudo, uma concentração dessa fonte na atividade empresarial, diversamente do que se dera em outros tempos, como nas épocas das grandes rotas de navegação e descoberta de novas legiões e mesmo nos tempos de guerra.

Na seara da atividade empresarial¹³¹, tanto na produção, quanto na oferta de serviços, há que se diferenciar a existência de atividades de perigo inerente ou tipicamente perigosas, como a produção de explosivos e a construção de pontes; atividades potencialmente perigosas, em que a possibilidade de criação de riscos não é o produto ou serviço ou ofertado, mas representa a criação de um risco indireto, secundário ou indesejado, como os efeitos colaterais de um medicamento; e, por fim, atividades sem risco inerente, que, em princípio, não oferecem qualquer perigo e não criam risco algum, como a produção de bens artesanalmente fabricados.

Ocorre que, a possibilidade criadora de riscos – situação intrínseca ao primeiro modelo – poderá se verificar também nos outros dois tipos quando da inobservância, nesse caso, por parte da empresa e de seus representantes, prepostos, colaboradores, etc, dos deveres¹³² necessários para o desempenho daquela atividade que

conducta pueden tener carácter penal, civil o administrativo. Lo común a todas ellas es que indican al sujeto concreto que va a actuar en uno de estos ámbitos, si puede o no hacerlo. Si actúa en contra de lo previsto por la norma de conducta su comportamiento supondrá la creación de riesgos que el ordenamiento respectivo no está dispuesto a admitir”

¹³¹ Sobre a possibilidade de imputação do resultado, na seara criminal, à própria empresa: Art. 173, § 5º, CF/88; Art. 3º, Lei 9.605/98 e RÍOS, R. S., Indagações sobre a possibilidade da imputação à pessoa jurídica no âmbito dos delitos econômicos, p. 181-195; PRADO, L. R., Crimes contra o ambiente, p. 30-39, e Responsabilidade penal da pessoa jurídica: Fundamentos e Implicações, p. 181-195. Ainda a imputação de responsabilidades para atuação por meio da atividade empresarial, em se tratando de delitos contra o consumidor e relações de consumo: Art. 75, Lei 8.078/90, e Art. 11, Lei 8.137/90; no caso espanhol o Art. 129, do Código Penal espanhol de 1995.

¹³² A respeito da construção típica em casos tais ver observações de ROXIN, C., Política Criminal e Sistema Jurídico-penal, p. 42, especificamente sobre a modificação dos tradicionais delitos de ação ou domínio

poderão constituir a criação de riscos juridicamente desaprovados, pois contrários a uma norma de conduta¹³³, e de interesse do Direito penal se houver o resultado lesivo¹³⁴ (ou a mera criação que seria suficiente para a subsunção aos tipos de perigo), pois sem justificativa e, assim, impossível afastar o tipo penal. Contudo, não é só a própria atividade empresarial que origina riscos e cria perigos capazes de resultados lesivos, podendo ser creditados a terceiros e aos próprios consumidores¹³⁵, sendo importante considerar que na atual caracterização da sociedade, em muitos dos casos, há uma cumulação das fontes produtoras de riscos, que, isoladamente, até mesmo poderiam se mostrar irrelevantes para a consecução de um resultado¹³⁶.

1.3. A questão da causalidade: primeira análise

para os denominados delitos de dever, isso porque “nos delitos de ação, é autor quem domina a ação típica; aqui é decisivo o domínio do fato. Nos delitos de dever, pelo contrário, pratica uma ação típica somente, mas sempre, aquele que viola o dever extrapenal, sem que o domínio sobre o acontecimento exterior se revista da menor importância.”

¹³³ Cf. ÍÑIGO CORROZA, M^a E., La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos, p. 112, “ la infracción de la norma de conducta penal supone la creación de riesgos jurídicamente desvalorados. Esta <<desvaloración>> tiene como fundamento que se ponen en peligro o se dañan condiciones necesarias para el desarrollo de la vida social. Se defraudan, en definitiva, expectativas sin las cuales los ciudadanos ven peligrar su sistema de desarrollo social.”

¹³⁴ A denominação adotada pelo Código de Defesa do Consumidor para estas situações em que há um defeito é fato do produto (Cf. Art. 12, Lei 8.078/90).

¹³⁵ Sobre as possibilidades de exclusão de responsabilidade no âmbito do Código de Defesa do Consumidor: Cf. Art. 12, § 3º, incisos I a III: “O fabricante, o construtor, o produtor ou o importador só não será responsabilizado quando provar: I – que não colocou o produto no mercado; II – que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”

¹³⁶ Cf. ÍÑIGO CORROZA, M^a E., op. cit., p. 139, “en el caso de las actividades de comercialización y venta de productos, el problema de la acumulación se plantea en otros términos. El legislador no tiene en cuenta, a la hora de tipificar estas conductas, la actuación de otras empresas para prohibir o no la comercialización de determinados productos que en sí mismos no son defectuosos, pero que junto con otros podrían serlo.”

Na luta por definições que se apresenta na denominada sociedade de risco está o tormento da causalidade, porque, sem dúvida, verificado um fato seguirá a pergunta de o que o causou e a quem se pode (ou se deve) imputá-lo, estabelecendo assim um nexos causal, embora não se possa ignorar que causalidade e imputação do resultado merecem trato diferenciado. Ocorre que, modificada a sociedade e sua lógica será necessário superar conceitos naturais e científicos, e conciliar uma busca empírica baseada em uma racionalidade social e científica.

A existência de uma causalidade material-local-temporal fica cada vez mais rara e surgem as causalidades cumulativas, as fontes diferidas, os resultados em longo prazo¹³⁷, as condutas sem autor, indicando uma causalidade suposta, mais ou menos <insegura y provisional>¹³⁸.

A demonstração da causalidade nesse novo contexto situa-se em um nexos de responsabilidade social e jurídica, não necessariamente decorrente de um processo natural, como se fosse uma forma de compartilhar não só as riquezas oriundas do status social, mas, também, uma repartição dos efeitos colaterais com segmentos até então intocados, seja de parte seja do todo, orientando a construção dogmática da Teoria do Delito, com ênfase para os tipos de perigo, tipos culposos, e de proteção *ex ante* dos bens

¹³⁷ Retomando a questão dos riscos e avaliação de suas conseqüências: V. BECK, U., La Sociedad del riesgo – Hacia una nueva modernidad, p. 33: “muchos de los nuevos riesgos(contaminaciones nucleares o químicas, sustancias nocivas en los alimentos, enfermedades civilizatorias) se sustraen por completo a la percepción humana inmediata. Al centro pasan cada vez más los peligros que en ciertos casos no se activan durante la vida de los afectados, sino en la de sus descendientes; se trata en todo caso de peligros que precisan de los <<órganos perceptivos>> de la ciencia (teorías, experimentos, instrumentos de medición) para hacerse <<visibles>>, interpretables, como peligros. El paradigma de estos peligros son las mutaciones genéticas causadas por la radioactividad, que, imperceptibles para los afectados, dejan a éstos por completo (tal como muestra el accidente en el reactor de Harrisburg) a la merced del juicio, de los errores, de las controversias de los expertos.” (- grifos constam do original -)

¹³⁸ BECK, U., Ibid., p. 34. Continua afirmando que “el nexos causal que se establece en los riesgos entre los efectos nocivos actuales o potenciales y el sistema de la producción industrial abre una pluralidad casi infinita de interpretaciones individuales.” (Ibid., p. 37).

jurídicos, numa tentativa de superação do dogma do resultado e a necessidade de imputação de tal com fulcro em uma causalidade revisitada.

Para a acolhida de uma nova causalidade que acompanhasse o novo modelo social e a nova forma de criação de riscos seria imprescindível um incremento da ciência, e se pautasse num horizonte normativo e axiológico, e, sobretudo ético¹³⁹, que fosse capaz de colaborar com seu aparato técnico numa avaliação consciente e total, permitindo (ou ao menos buscando) uma convivência pacífica entre uma racionalidade científica e social, pois que “sem racionalidade social, a racionalidade científica é vazia, sem racionalidade científica, a racionalidade social é cega”¹⁴⁰.

Não se pode ignorar, contudo, que a possibilidade de imputação de responsabilidade penal com delineamentos baseados em suposição, é objeto de críticas, que se iniciam pelo questionamento da responsabilidade objetiva e perseguem diversos estágios da Teoria do Delito, e é preciso evitar que se transmute em uma racionalidade tal que não privilegie mais qualquer atributo causal-científico e tão somente uma racionalidade social, sob pena de imputar efeitos que não poderiam ser decorrências de determinadas causas, recorrendo-se unicamente a uma causalidade empírica; o contrário, também, deve ser evitado não se permitindo que um racionalismo científico possa ser o único ponto a avaliar a relação de causa e efeito.

Caminhar-se-ia para uma irracionalidade situada numa zona de sombras¹⁴¹, não aquelas originárias de um atavismo que fazia o homem crer em coisas não

¹³⁹ BECK, U., *La Sociedad del Riesgo – Hacia una nueva modernidad*, p. 36.

¹⁴⁰ BECK, U., loc. cit. (- grifos constam do original -).

¹⁴¹ Segundo BECK, U., *Ibid.*, p. 80/81, “crece la <<zona gris >> de las presunciones irreconocibles de riesgos. Si de todas maneras es imposible determinar las relaciones causales de forma definitiva y terminante, si la ciencia sólo es un error disimulado a la espera de nuevos datos, si cualquier cosa puede suceder ¿de dónde procede entonces el derecho a <<creer>> en unos determinados riesgos y no en otros? Ya que, precisamente, la crisis de la autoridad científica puede favorecer una ofuscación general de los riesgos. La crítica de la ciencia también es, por tanto, contra-productiva para el reconocimiento de los riesgos. Por consiguiente, la conciencia del riesgo de los afectados, que se manifiesta de múltiples maneras en el movimiento ecologista y en la crítica a la industria, a los expertos y a la

pertencentes ao mundo visível, como deuses e demônios, ou quando temia o fogo, a chuva, e o trovão; a zona de sombras, atualmente, invisível é habitada pelos terrorismos, por uma cifra negra de desvalidos, e os medos são a contaminação global da água, a chuva ácida, os armamentos nucleares.

As dificuldades apontadas não podem servir de motivo para se afastarem os saberes, inclusive o próprio Direito, não com objetivos pré-determinados, mas sim refletidos para conduzir o que já está, de certo modo, enrijecido e inflexível, mas também servindo o amparo técnico-científico como limitador da inconstante e, às vezes, inconseqüente busca pela evolução, desregulando uma sociedade segmentada em castas cuja ideia darwinista está presente na competência para sobreviver e da apropriação do poder econômico como uma forma eficaz de atingir a felicidade¹⁴².

2. Responsabilidade pelo produto

Dentre as diversas vertentes para a geração de responsabilidades, trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor, está aquela vinculada à frustração da relação de consumo pelo não cumprimento das expectativas ante a inidoneidade do produto ou serviço, e, de igual sorte, se, além disso, houver a exteriorização do vício, com a afetação do consumidor, individualmente considerado, da coletividade de consumidores ou não, momento em que surge o consumidor equiparado como vítima de acidente de consumo, mesmo que não tenha participado diretamente da relação jurídica de consumo.

São, nessa linha, duas as figuras a ensejar responsabilidades: o vício e o fato do produto, cuja justificativa é, em sentido amplo, a existência de uma impropriedade, relacionado à quantidade, à qualidade, à segurança, e à adequação, por exemplo, assentada no disposto pelo inciso II, Art. 6º, CDC. Tanto o vício quanto o defeito ligam-se à ideia da frustração das expectativas que o consumidor tinha em relação ao produto

civilización, es, en la mayoría de las veces, ambas cosas: crítica y crédula respecto de la ciencia.” (– grifos constam do original –).

¹⁴² Numa proposição de que isso pudesse ser desejado até mesmo por determinados atores internacionais: V. GEORGE, S., O Relatório Lugano – Sobre a manutenção do capitalismo no século XXI, passim.

ou ao serviço, essa ideia remonta ao vício redibitório, que decresce direitos e legítimas expectativas decorrentes dos objetos de interesse da relação de consumo.

O legislador definiu¹⁴³ como sendo produto defeituoso aquele que “não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes (...)”, que seriam “I – sua apresentação; II – o uso e os riscos que razoavelmente se esperam; e III – a época em que foi colocado em circulação”, excluindo a responsabilidade quando outro de melhor qualidade for colocado no mercado de consumo¹⁶¹.

Quanto ao vício, estabelece o legislador 162 que está presente quando os produtos apresentarem vícios de qualidade ou quantidade “que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas”. Trata-se da vinculação ao que o Código de Defesa do Consumidor denominou de impropriedade do produto ou do serviço, conforme define o Art. 18, § 6º, que é usado como referencial de complementaridade, inclusive no âmbito penal.

A necessidade de identificar a diferença entre vício e defeito fez com que surgisse uma certa divergência doutrinária até mesmo no trato nominativo. Um segmento doutrinário¹⁴⁴ afirmaria que vícios são aqueles que tornam o produto inadequado ou diminuem o seu valor; enquanto que o defeito seria o acréscimo de um problema extra, algo que seja exterior ao produto ou serviço, que causa um dano maior que simplesmente o mau funcionamento

3. A questão do bem jurídico-penal

¹⁴³ Art. 12, § 1º, Código de Defesa do Consumidor.

¹⁴⁴ NUNES, L. A. R., Curso de Direito do Consumidor, p. 166 et. seq., ainda assevera que o defeito ressopõe sempre a existência de um vício, ao passo que nem sempre um vício acarretará um defeito.

A moderna ciência penal não pode prescindir de uma base empírica nem de um vínculo com a realidade que lhe propicie a noção de bem jurídico¹⁴⁵. A exigência atual, porém, está vinculada a uma fixação concreta para selecionar bens jurídicos como objeto de tutela, relacionando-os à sanção penal¹⁴⁶: consequência jurídico-penal pela condição valiosa do bem.

A ideia ou concepção de que bem jurídico está ligado à necessidade de pena, é algo que nem sempre teve uma aceitação fácil – e até na atualidade não o tem; não se trata mais de algo exclusivamente ligado à moral ou à religião, mas apenas à qualidade de fato perturbador da ordem pacífica externa – cujos elementos de garantia denominam-se bens jurídicos – que podem acarretar a imposição de penas estatais.

A dificuldade está em estabelecer não só o próprio conceito de bem jurídico, como, também, quais bens são dignos de tutela, e quem pode indicá-los, pois que o valor que se empresta a um determinado bem deve ser identificado, como pressuposto básico para a justificação da tutela penal, tema este tão antigo e tão atual especialmente ante as questões envoltas com os bens relacionados com os delitos econômicos¹⁴⁷.

¹⁴⁵ SCHÜNNEMANN, B., O direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal, p. 17, ao salientar que a falta de clareza no conceito de bem jurídico não pode ser suficiente para afastar a importância do seu estudo, que, contudo, não deve se relacionar com definição classificatória, criticando, assim, a posição de STRATENWERTH

¹⁴⁶ Estabelecendo a consequência jurídico-penal pela condição valiosa do bem, até mesmo para a indicação da teoria sobre os fins da pena: Cf. ROXIN, C., Problemas Fundamentais de Direito Penal, p. 31 et. seq.

¹⁴⁷ Questões estas que permearam já uma longa discussão nas décadas de 60 e 70, principalmente na Alemanha, a respeito da incriminação de condutas envolvendo a condição ou opção sexual dos sujeitos V. ROXIN, C. Problemas Fundamentais de Direito Penal, p. 23 e 30), e que atualmente estão no cenário do Direito penal relacionando-se, agora, com a questão da intervenção dessa seara nos delitos econômicos e ambientais. Embora não se ignore algum desconforto a respeito da inclusão ou não dos delitos ambientais na categoria dos delitos econômicos, aqui esta discussão não ganhará a atenção que o assunto exige por se distanciar da questão em exame.

Bem jurídico é um termo surgido no século XIX e atualmente relacionado com o conceito material¹⁴⁸ de delito¹⁴⁹ e às funções que deve ou não se outorgar à sanção penal decorrente, o que, também, só é possível buscar ao se definir qual o modelo de Estado em que se está inserido e o que a sociedade espera do Direito penal.

No iluminismo, a caracterização do delito estava autorizada pela ideia de contrato social¹⁵⁰, período em que se começa a buscar o sentido material de delito, uma ideia de Direito penal libertário como limitador do arbítrio do Estado, da atuação judicial e da gravidade da pena¹⁵¹, pretendendo excluir desse âmbito condutas meramente

¹⁴⁸ Cf. ROXIN, C., *Derecho Penal – Parte General – TOMO I*, p. 51/52; SCHÜNEMANN, B., *O direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal*, p. 10/11.

¹⁴⁹ Crime, num primeiro momento, estava ligado à ideia de pecado; conteúdo do delito estava ligado aos mandamentos de Deus; pena era necessariamente retributiva como castigo pelo pecado cometido <<punitur peccatum est>>

¹⁵⁰ Cf. SCHÜNEMANN, B., *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, p. 19/20, em que atenta para uma atualização do conceito de contrato social, afirmando que, atualmente, o conceito de crime e a ideia de bem jurídico não abandonaram a ideia de contrato social, mas não relacionado a um conceito exclusivamente individual e sim cooperativo; relembra a teoria da Justiça de John RAWLS. O mesmo B. SCHÜNEMANN retoma a ideia de contrato social para informar que o Estado deve com o Direito penal tutelar (i) bens para um livre desenvolvimento dos cidadãos e (ii) bens de que necessitam todos para uma vida própria (In *O direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal*, p. 15). As ponderações de HASSEMER, W., *Persona, Mundo y Responsabilidad*, p. 44/46, de sua vez, a respeito da fundamentação no contrato social e das limitações impostas ao Direito penal, nessa perspectiva, admite que somente as lesões às liberdades asseguradas pelo contrato social caracterizem delitos, os limites de renúncia a elas devem ser contundentes e delimitados, e o Estado é uma instituição que tem seus poderes, ao mesmo tempo, legitimados e limitados pelos cidadão.

¹⁵¹ SINA cita um conteúdo das ideias liberais do Iluminismo – período da ilustração – pois teve como seu mentor Paul J. Anselm FEUERBACH, dissociado da ideia moralizante do Direito penal, querendo excluir desse âmbito condutas meramente imorais (Cf. SCHÜNEMANN, B., *O direito penal ...*, op. cit., p. 13).

imorais¹⁵², que usavam o Direito penal como meio de imposição de determinadas formas de vida.

Porém, ainda o Direito penal estava ligado a uma ideia de violação de direito subjetivo variável – pessoa ou Estado – fundamentado em ideias fictícias, não a algo ligado ao mundo real. Posteriormente, começa a ser invocado um objeto material, com entidades reais e os bens jurídicos devem estar ligados a fatos danosos a coexistência social¹⁵³. Karl BINDING, depois apresenta um apego exagerado à dimensão formal, a quem importava o que a lei punisse; já Arturo ROCCO defendia a ideia de subjetivismo em favor do Estado. Franz von LISZT traz o bem jurídico como centro do delito e uma realidade válida em si mesma; os valores pré-existem à intervenção normativa, e impõem-se com ela. O bem jurídico seria o ponto de união entre o Direito penal (dogmático) e Política criminal (demais ciências)¹⁵⁴. No pós-guerra, Herbert JÄGER, em 1957, foi o primeiro autor a destacar a ideia liberal de bem jurídico, embora ignore o fim das políticas criminais do Iluminismo.

No começo do Século XX, as orientações neokantianas – concepção metodológica ou teleológica-metodológica – tratam de um valor material limitado,

¹⁵² Esta atribuição, também, é feita por CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y Protección de bienes jurídicos-penales supraindividuales : nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos*, p. 176, e acrescenta a crítica severa que se fez a uma concepção neokantiana, em que somente se via uma valoração espiritual-cultural, despindo o conceito de qualquer finalidade limitadora.

¹⁵³ BIRNBAUM em 1843 (Cf. ROXIN, C. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, p. 20).

¹⁵⁴ Embora Claus ROXIN pondere que o Programa de Marburgo de Franz VON LISZT não rechaçou totalmente o conceito material de delito, lembra que se faz importante definir se “pena é retribuição ou é forma de proteção do bem jurídico, não como mera disputa ociosa de escolas, mas irá delimitar as ações que devem ser declaradas puníveis pelo Estado.” Claus ROXIN, ainda, identifica até mesmo um ponto comum entre o Programa de Marburgo e o Projeto Alternativo: deve-se sair do plano da moral e porque não ameaçam a segurança da sociedade, a pena não é necessária nem adequada para combater algumas condutas. Ultrapassa a concepção como mera ratio legis e é uma forma material como a concepção liberal de bem jurídico, legitimado na vontade dos cidadãos. Isso, segundo o autor, representou um avanço na reforma do Direito penal sexual e o Projeto Alternativo serviu de recomendação ao legislador pelo dia dos juristas de 1968, como orientação político-criminal (Cf. ROXIN, C., *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*, p. 2/3).

indicando a *ratio legis* da norma. Na atualidade, para alguns o bem jurídico vem sendo objeto de discussões quanto a sua caracterização vinculada a um Direito penal tradicional ou clássico, ou vinculada a um Direito penal moderno ou funcional, com a possibilidade de que esse valor objeto de tutela tenha razoável ampliação.

A expressão “bem vem de bonum e pode abranger um termo, um conceito ou mesmo uma entidade”¹⁵⁵, do que se depreende, desde logo, que não se revela tão simplório definir o que seja bem jurídico, tanto mais com a alegação que se pretende emprestar finalidades ao Direito penal, embora o preenchimento do conceito contava com algum êxito, tanto no aspecto dogmático quanto políticocriminal¹⁵⁶.

Muitos ensaios são realizados em torno da necessidade de preencher um conceito de bem jurídico, tanto quanto definir a importância por ele ocupada na Política criminal e na Dogmática jurídico-penal. Assim, é que poderia (num ensaio) ser definido como a condição ou condições vitais de determinado corpo social, ou voltado para uma função instrumental do Direito penal, com uma visão quantitativa e qualitativa¹⁵⁷. Em decorrência deste conceito restariam afastadas as (i) cominações penais arbitrárias, (ii) aquelas impostas com finalidades puramente ideológicas, (iii) com fins repressores de meras imoralidades ou face às expressões de opiniões, e (iv) os preceitos administrativos arbitrários do Estado, entre outras¹⁵⁸.

Há a menção a uma espécie de proteção antecipada de bens jurídicos quando se analisa a questão ambiental e delitos contra os consumidores, porque a perturbação a

¹⁵⁵ José CEREZO MIR prefaciando a obra Problemas Fundamentais de Direito Penal de Claus ROXIN.

¹⁵⁶ BARATTA, A., Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico, p. 5, nessa linha, afirma que “até a algum tempo atrás parecia haver se alcançado marcos definitivos sobre a questão do bem jurídico no direito penal. Pelos menos os termos do problema pareciam seguros. Não parecia problemática a distinção tradicional entre sua função no sistema positivado e a extra-sistemática”.

¹⁵⁷ Cf. ROXIN, C., Derecho Penal – Parte General – TOMO I, p. 56, afirma que “... los bienes jurídicos son circunstancias, dados o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”.

¹⁵⁸ Cf. ROXIN, C., Ibid., p. 52/53.

uma certeza – perturbação da aproveitabilidade ou da estabilidade de determinado Estado – já seria o suficiente para justificar a intervenção do Direito penal, como se houvesse uma espécie de fracionamento do bem jurídico penal, ou até do próprio injusto¹⁵⁹.

3.1. A questão do bem jurídico-penal supra-individual

O conceito ou uma definição de bem jurídico, ainda assim, não se apresenta de forma fechada ou estanque; ao contrário, trata-se de conceito normativo, porque sempre será mutável, de acordo com interesses planificados na lei fundamental, com as mudanças sociais, o conhecimento e o progresso científico, o que impede uma definição acabada, acarretando dificuldades de diversas ordens, mas principalmente a não limitação do *ius puniendi*¹⁶⁰.

O socorro para o dilema deveria encontrar diretrizes seguras na Política criminal como se ela pudesse exercer um controle *ex ante* aos espaços de discricionariedade do legislador, que não dispensariam, entretanto, uma análise *ex post* por parte do Poder Judiciário¹⁶¹.

¹⁵⁹ JAKOBS, G., Fundamentos de Direito Penal, p. 125/126/127, 132/133.

¹⁶⁰ ROXIN, C., Derecho Penal – Parte General – TOMO I, p. 58. O mesmo autor, quanto a definição do que seja bem jurídico, pondera que é “claro que o conceito de bem jurídico não é uma varinha mágica através da qual se pode separar desde logo, por meio de subsunção e dedução, a conduta punível daquela que deve ficar impune”. E continua: “trata-se apenas de uma denominação daquilo que é lícito considerar digno de proteção na perspectiva ‘dos fins do Direito Penal’. Deste modo, uma vez definido os fins da pena, há que derivar daí aquilo que se considera bem jurídico” (In Problemas Fundamentais de Direito Penal, 1986, p. 59).

¹⁶¹ SCHÜNEMANN, B., O direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal, p. 14/15, questionando a atuação do Tribunal Constitucional alemão em face de um desprezo à limitação dos bens jurídicos e o uso para fins políticos; faz uma crítica contextualizada ao período de dominação pelo III Reich (Cf. Notas 19 e 20, p. 15).

É nesse momento que surgem vozes contrárias à proteção de uma nova realidade, denominando esse Direito penal de moderno, porém incapaz de preencher um conceito de bem jurídico, possibilitando a intervenção em outras esferas, que estariam suficientemente protegidas por outras formas de controle informal e formal, e prescindindo de conceitos metafísicos, baseados em uma metodologia orientada a conseqüências, voltando-se para uma concepção teórico-preventiva e atando o legislador penal a princípios como os de proteção exclusiva a bens jurídicos¹⁶², afastando a ideia dos comandos geradores de deveres e de uma nova forma de construção típica¹⁶³.

As dificuldades avolumam-se, portanto, quando se tenta definir o que é bem jurídico supra-individual, vez que para essa questão não se pode estar preso a dados obtidos unicamente do Direito¹⁶⁴, retornando à realidade e experiência sociais, sobre a

¹⁶² HASSEMER, W., *Persona, Mundo y Responsabilidad*, passim, e a crítica voraz a essa posição está assentada nas palavras de SCHÜNEMANN, B., *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, p. 20. Critica, ainda, Winfried HASSEMER pelo fato de defender uma teoria fundamentada no bem jurídico de concepção clássica, mas uma Dogmática sem conseqüências. Saliente-se que PRITTWITZ, C., *Sociedad del riesgo y Derecho penal*, passim, afirma que as ponderações de SCHÜNEMANN em face de HASSEMER são excessivamente severas, sendo de se admitir uma posição intermédia. Já KUHLEN, L., *Cuestiones Fundamentales de la Responsabilidad penal por el producto*, p. 234, questiona a posição de PRITTIWITZ, pois que a possibilidade de proteção aos bens jurídicos supra-individuais não se fundamenta com base em alarmismos da opinião pública, baseada em um <<common sense>> que traz o simbolismo para o Direito penal, como se este fosse um engodo para o consumidor, criando uma idéia que não se concretiza em uma pretendida proteção enérgica.

¹⁶³ Considerações sobre as limitações e o arsenal argumentativo dessa intervenção: Cf. HASSEMER, W., MUÑOZ CONDE, F., *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, p. 54.

¹⁶⁴ MATA Y MARTIN, R. M. *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, p. 11/12, pondera que “tradicionalmente, se distingue en Derecho penal entre bienes jurídicos de titularidad individual y bienes jurídicos de titularidad suprapersonal. El papel que jueguen cada uno de ellos, así como la interrelación entre los mismos, en cuanto objetos jurídicos de protección de las normas penales será variable históricamente. Estas oscilaciones y cambios en la manera de presentarse la mencionada dualidad de intereses jurídico-penales tiene su origen, en definitiva, en las valoraciones sociales sobre los específicos problemas del mundo del Derecho. Estamos, pues, ante el reflejo de las concepciones del mundo y la vida, como proyección de la orientación valorativa prioritaria que se asigne al Derecho.

qual incidem juízos de valor, primeiro¹⁶⁵ constitucional¹⁶⁶, depois ordinário. Tal perspectiva deriva da utilização de um conceito¹⁶⁷ atual que é de natureza material ligado ao argumento de aproximação à realidade, e somente serão preenchidos – igualmente ao do bem jurídico – acaso respondida a indagação sobre os fins do Direito penal e a lesividade que se pretende punir (lesão da norma, lesão ao bem jurídico, lesão a dever, etc)¹⁶⁸.

De concluir, assim, que a definição do que seja bem jurídico – tanto para aqueles que o reputam fundamental, quanto para aqueles que o rechaçam – ainda permeia as discussões da Política criminal, mas também para a Dogmática jurídico-nal representa um dos nódulos centrais das diversas correntes doutrinárias, frente a nova realidade social. Estas definições – lado a lado, com a perspectiva sobre os fins de Direito penal e o conceito de delito – buscam esclarecer quais as funções que o bem jurídico desempenha (ou deve desempenhar) dentro do ordenamento jurídico-penal. Originariamente desempenhava uma função de garantia formal de limites à liberdade do legislador, e, atualmente, (i) garantia limitadora ao direito de punir; (ii) função teleológica ou interpretativa: interpretação da norma para alcançar o bem jurídico; (iii) função individualizadora: critério de pena como grau de afetação do bem jurídico (por exemplo, a diminuição operada no caso de tentativa); (iv) função sistemática (elemento identificador e decisivo na formação de grupos de tipos penais).

A dificuldade que se apresenta para definir o que seja um bem jurídico, subsiste no momento em que é preciso indicar quais bens jurídicos devem ser dignos de tutela, na seara estrita do Direito penal, isso porque se de um lado surge o clamor por essa

¹⁶⁵ SCHÜNEMANN, B., O direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal, p. 14/15, afirma que esta idéia antecede à Constituição, sendo supraconstitucional.

¹⁶⁶ Cf. ROXIN, C., Derecho Penal – Parte General – TOMO I, p. 55.

¹⁶⁷ Sobre outros conceitos de bem jurídico: FIANDACA, G., O ‘bem jurídico’ como problema teórico e como critério de política criminal, p. 413/421.

¹⁶⁸ ROXIN, C., Problemas Fundamentais de Direito Penal, p. 23 et. seq., especialmente sobre a atenção ao caráter de subsidiariedade e busca por sanções não penais.

qualidade protetiva do ordenamento jurídico pátrio, de outro estão arraigados os princípios penais de garantia, em especial o da legalidade, da intervenção mínima, da subsidiariedade e da fragmentariedade, e uma (aparente) crise que a convivência de tais vem causando¹⁶⁹. Nesse ponto é que se apresentam as mais duras críticas da Escola de Frankfurt¹⁷⁰, que propõe mesmo uma espécie de sanção intermediária entre o Direito penal e o Direito administrativo¹⁷¹, para que não se tenha, ao invés da *ultima ratio*, o Direito penal como a primeira ou a única ratio.

A evolução da sociedade e a consciência dos cidadãos, principalmente no Estado Democrático de Direito ou no Estado Social de Direito, desvinculam o elenco de bens jurídicos afetos, exclusivamente, ao plano da moral e da individualidade, e não satisfazem somente a proteção daqueles chamados bens clássicos ou tradicionais¹⁷²,

¹⁶⁹ SANTANA VEGA, D. M., La protección de los bienes jurídicos colectivos, p. 37.

¹⁷⁰ Esta Escola tem em Winfried HASSEMER, um de seus principais representantes, cujos postulados foram anteriormente indicados, que fala, então, de um Direito penal clássico ou tradicional das exigências individuais e Direito penal moderno ou novo dos interesses funcionais. Cf. HASSEMER, W., MUÑOZ CONDE, F., La responsabilidad por el producto en derecho penal, p. 33.

¹⁷¹ HASSEMER, W., MUÑOZ CONDE, F., Ibid., p. 43, tratam do Direito de intervenção a fim de que “se libere del cumplimiento de unas expectativas de solución de problemas que no puede solucionar”. Contra esse posicionamento: V. SCHÜNEMANN, B., O direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal, p. 21, considera a posição de Klaus TIEDEMANN, para avaliar que, às vezes, o Direito penal é até menos gravoso, porque intervém menos na liberdade dos cidadãos, na medida em que se concentra sobre os comportamentos verdadeiramente perigosos, evitando a criação de um Direito de polícia que pareceria ser o reclamo da Escola de Frankfurt para abolir o Direito penal econômico, pois não significa uma diminuição da atuação Direito penal, que deverá cuidar, ainda, das sanções às infrações mais graves, e toda a intervenção administrativa passa a se constituir num big brother que não evita nem reprime a contento casos como o da empresa Enron, motivo pelo qual não pode ser só subsidiário e posterior numa solução simplista (p. 23). O próprio HASSEMER, W., MUÑOZ CONDE, F., op. cit., p. 65 et. seq., evidenciam uma dificuldade na delimitação entre a infração penal e a administrativa.

¹⁷² RÍOS, R. S., O Crime Fiscal, p. 38, assevera que tão só não basta, é necessário tutelar determinadas situações de valor, cuja integridade constitui a premissa para uma pacífica convivência comum, sendo que imprescindível “adentrar-se numa dimensão mais abrangente na qual estão relacionados os pressupostos da incidência e da justificação do direito penal”.

considerando a interdependência entre política interna e legislação penal, como se o Direito penal pudesse ser um redutor dos problemas oriundos do desenvolvimento industrial e social: uma espécie de retribuição equivalente¹⁷³.

Assim, poder-se-ia concluir que tal elenco dá-se por um resultado proveniente da adição aos bens jurídicos constitutivos (ou tradicionais que estão secularmente arraigados na sociedade) daqueles que, como as garantias públicas, a organização política, social e econômica, a estabilidade, buscando aqui punir o cidadão que obstaculiza o Estado de cumprir suas funções. Ainda poderiam ser mencionados: os fundamentos de solidariedade, a pacífica convivência social, a existência digna em sociedade, etc.

Esse reforço à proteção de funções faz com que surjam bens coletivos, difusos ou supra-individuais em que o sujeito imediato normalmente é a sociedade, uma coletividade, etc, e o mediato às vezes é um grupo de pessoas ou quem sabe um sujeito passivo individualmente considerado, mas não necessariamente, como ocorreria num delito de lesão corporal ou homicídio; mesmo porque eleitos esses bens a técnica que melhor os protegeria – e daí novas críticas quanto ao aspecto dogmático – é a incriminação através de tipos de perigo.

Os bens jurídicos de conteúdo econômico sempre foram tutelados, porém, restritos a uma esfera individual (propriedade e patrimônio); a mudança de proteção, com outorga de nova dimensão faz-se necessária, vez que, o incremento de atividades e relações econômicas, não se atém mais ao campo meramente individual¹⁷⁴.

¹⁷³ HERZOG, F., Límites al control penal de los riesgos sociales (Una perspectiva crítica ante el derecho penal en peligro), p. 326.

¹⁷⁴ RÍOS, R. S., Reflexões sobre o Delito Econômico e a sua Delimitação, p. 432/433. Sobre a questão das categorias de bens jurídicos individuais e coletivos: V. SCHÜNNEMANN, B., O direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal, p. 24, citando uma importante análise na estrutura dos bens coletivos feita por Roland HEFENDEHL, não classificatória, mas tipológica.

Não se pode olvidar a crítica, muito propícia, aliás, que se têm feito ante a preocupação com alguns bens jurídicos instrumentais que servem apenas a uma elite dominante¹⁷⁵ ou a um caráter elitista¹⁷⁶.

Entretanto, a natureza dos bens jurídicos coletivos ou supra-individuais rechaça a exigência de um resultado material, ao menos na forma tradicionalmente exigida, ao objeto jurídico, pois que – em se tratando de produtos defeituosos – quando se põe em perigo a saúde pública, por exemplo, o descumprimento desse dever já é a afetação ao bem jurídico protegido, qual seja o consumidor e as relações de consumo, e o ferimento ao ordenamento jurídico justificador da intervenção do Estado – que tem como obrigação garantir a segurança dos cidadãos – com o arsenal do Direito penal, pois que lesa o princípio da confiança¹⁷⁷.

¹⁷⁵ RÍOS, R. S., *Ibid.*, p. 434/436, citando Francisco MUÑOZ CONDE.

¹⁷⁶ RÍOS, R. S., *loc. cit.*, nesse momento a referência é a Peter-Alexis ALBRECHT.

¹⁷⁷ CORCOY BIDASOLO, M., Responsabilidad Penal derivada del Producto. En particular la regulación legal en el Código Penal Español: delitos de peligro, p. 252/253, esclarecendo que em casos tais não se trata de criar uma ficção de um bem jurídico coletivo ou supra-individual, como se fosse uma reunião de diversas parcelas de bens jurídicos individuais, e sim um novo bem jurídico, e m que há “por su propia naturaleza, una imposibilidad de lesión material del objeto jurídico, sin embargo, si entendemos que el bien jurídico colectivo tiene una autonomía propia hemos de entender que cuando se pone en peligro la salud pública, por ejemplo, ya se ha lesionado la seguridad de los ciudadanos que, como veremos, es la ratio legis del precepto.” (*Ibid.*, 250). O conceito de saúde pública englobaria, não só as questões relativas a alimentos, como qualquer bem de consumo, pois que se trata do conjunto de “condiciones objetivas que defienden la salud de los ciudadanos” ao que se agrega sanidade, salubridade e higiene, estando sob a rubrica da incolumidade pública (expressão adotada pela doutrina italiana), o que seria possível, segundo o texto da Constituição espanhola (art. 43), mas que no caso brasileiro é o gênero, no qual se está inserida a saúde pública (Cf. Título VIII – Dos Crimes contra a Incolumidade Pública; Capítulo III – Dos Crimes contra a Saúde Pública). Por fim, não deixa dúvida, quanto à sua posição, de que sob a rubrica <<saúde pública>> protege-se a seguridade do consumo, e em consequência a saúde dos usuários e consumidores (*Ibid.*, p. 251). Em igual sentido: RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., Problemas de Responsabilidad Penal por Comercialización de Productos Adulterados: Algunas Observaciones acerca del <<Caso de La Colza>>, p. 265/266. Saliente-se, contudo, que no caso espanhol a responsabilidade pelo produto só se dará – em caso de perigo ou insegurança no consumo, especialmente da saúde, individual ou coletiva, com essas figuras

A possibilidade de proteger a seguridade do consumo, dos consumidores e das relações de consumo, via delitos de saúde pública – cuja figura típica é de redação bastante aproximada no caso brasileiro – dará ensejo a discussão sobre a necessidade de uma proteção particularizada e a questão concursal e de conflito aparente de normas.

3.2.Os indicadores da tutela penal

É o incremento das relações sociais e a apreensão do conceito de cidadania que conferem um maior poder de reclamo por proteção e a indicação ou exigência de tutela mesmo na seara estrita do Direito penal face às lesões ou ameaça de lesão a determinados bens da vida. Pode-se referenciar, ainda, que a atuação da comunidade internacional, a velocidade das informações, o incremento das relações econômicas e interpessoais, dentre outros tantos fatores, chamam o Direito penal a meandros até então não sonhados¹⁷⁸.

A eficácia interna no âmbito local, no entanto, será definida por fatores ligados à característica do Estado, mas que num todo global podem ser indicados em dois diplomas internacionais, datados de 1966: Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, dos quais se colhe, com a indicação de direitos e garantias individuais, bens que exigiriam proteção. Do primeiro colhe-se a proteção à liberdade de expressão, direito à vida, à integridade física e psíquica, entre outros; do segundo a indicação de direitos coletivos, difusos ou supra-individuais, como, por exemplo, busca de equilíbrio na relação de consumo,

tradicionais, dado o limitado rol de delitos que se encontram no Código Espanhol de 1995 que podem ter a identificação direta nos pólos ativo e passivo do fornecedor e consumidor, respectivamente (Cf. BUJÁN PÉREZ, C. M., *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, p. 238/278, comentários aos Arts. 281 a 283 do Código Penal Espanhol de 1995). Sobre o caso alemão: V. SCHUNEMMAN, B., *O direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal*, p. 25 et. seq.

¹⁷⁸ PRADO, L. R., *Bem Jurídico-penal e Constituição*, passim; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Aracionalidade das leis penais – Teoria e Prática*, passim; SILVA SÁNCHEZ, J. M^a, *A expansão do direito penal : aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*, passim.

ambiente protegido, assistência social, patrimônio cultural e histórico, etc. Estes últimos, ainda, ao menos no Brasil e em outros países da América Latina, em fase embrionária de jurisdicização – a proteção pelo legislador – e de judicialização – a proteção pelo judiciário –. Com essa finalidade, surgem, então, algumas teorias¹⁷⁹ a respeito da fonte de indicação dos bens jurídicos: teoria sociológica e teoria constitucionalista. As

teorias sociológicas ampliam o espectro de valoração da Dogmática jurídicopenal, como a (i) concepção moderna funcionalista sistêmica¹⁸⁰ com a noção de transcendência do sistema; e (ii) concepção moderna interacionista simbólica: criação do legislador e fazem parte do sistema, neste ponto poderia ser incluída a interação jurisprudencial¹⁸¹. As teorias constitucionalistas, de sua vez, limitam ou indicam a atuação do legislador ordinário, que busca na Constituição¹⁸² (a) as diretrizes político-criminais, de caráter geral – com a referência ao texto de modo genérico, remissão à forma de Estado, aos princípios, etc –, (b) fundamento constitucional em que se orienta firmemente a atuação fundante, e (c) a informação sobre os pressupostos imprescindíveis para uma existência comum que pode concretizar uma série de condições valiosas somadas às garantias públicas¹⁸³.

As Constituições de alguns países, e o é, assim, com a Constituição brasileira de 1988, ditam normalmente as regras e características de um Estado, e, em decorrência

¹⁷⁹ Essa classificação é encontrada em PRADO, L. R., op. cit., p. 36/41 e 50/54; também, em DOLCINI, E., MARINUCI, G., Constituição e Escolhas dos Bens Jurídicos

¹⁸⁰ Cf. PRADO, L. R., loc. cit., Günther JAKOBS, John HABERMAS

¹⁸¹ Cf. BARATTA, A., Funções Instrumentais e simbólicas do Direito Penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico, p. 12.

¹⁸² ROXIN, C. Derecho Penal – Parte General, TOMO I, p. 55/56, quanto a importância da Constituição afirma que “el punto de partida correcto consiste en reconocer que la única restricción previamente dada para el legisladores se encuentra en los principios de la Constitución. Por tanto, un concepto de bien jurídico vincula político-criminalmente sólo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley Fundamental, de nuestro Estado de Derecho basado en la libertad del individuo, a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado.”

¹⁸³ A propósito: PALAZZO, F., Valores Constitucionais e Direito Penal, p. 23/24; DOLCINI, E., MARINUCCI, G., Constituição e Escolhas dos Bens Jurídicos, p. 55/56.

estas, condições e liberdades que os indivíduos terão, bem como as funções que o Estado deve desempenhar; e em consequência as fontes e diretrizes programáticas à tutela penal. Nessa linha, lembre-se o Art. 3º da Carta de 1988 pelo qual o Estado deve construir uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos.

A importância da Constituição¹⁸⁴, como indicadora da intervenção do Direito penal, é ressaltada para os atuantes na Política criminal apontando e individuando bens jurídicos, citando-se o exemplo da Itália e da Espanha que procuram jurisdicizar o bem objeto da tutela, como um pré-dado relativo à norma penal da própria Constituição; um catálogo com hierarquia de valores¹⁸⁵. Alguns exemplos da Alemanha indicam um acolhimento das disposições como delimitação da área de interferência penal e a legitimação da legislação penal, com uma maior consciência crítica que a Espanha e a Itália, e apresenta-se com dois aspectos¹⁸⁶.

O primeiro aspecto que merece relevo é que não se limita só a busca da sociologização de um momento histórico, mas a um reclamo social suficientemente intenso, tem o desprendimento do fundamento jurídico e a indicação de um decisionismo legislativo. O segundo é a não ligação a opções específicas que já estão na Constituição, mas sim aos mais genéricos princípios político-constitucionais, capazes de orientar uma moderna tendência de Política criminal, atenta para a necessidade de pena, como único meio válido para a tutela de determinado bem jurídico – justa proporcionalidade –; e que estes princípios político-constitucionais com indicações fundantes de tolerância e pluralismo, quando não houver consenso social, havendo contradição, não sendo exigíveis para a pacificação social, originando uma ideia de secularização com tendência

¹⁸⁴ Sobre a fundamentação constitucional do bem jurídico: V. SALOMÃO, H. E., A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal, p. 37 et. seq.

¹⁸⁵ PALAZZO, F., op. cit., p. 84/85; SALOMÃO, H. E., op. cit., p. 88 et. seq.

¹⁸⁶ PALAZZO, F., loc. cit. p. 55/56.

mais racional e que busque ajustar a intervenção penal a situações efetivamente ofensivas para a sociedade civil, sem cunho ideológico¹⁸⁷.

Outro fator que se afigura como importante é a atenção para o aspecto pragmático, ou seja, não restaria resolvido o problema com a indicação pelo viés constitucional, é preciso definir-se como atuará o legislador ordinário e como serão recepcionadas tais normas pela sociedade. O óbice que se constata em alguns países, especialmente os do condomínio da pobreza, é que o consenso social na indicação de bens jurídicos, não pode, no mais das vezes, ser encontrado sem uma forte interferência política, e daí a crítica do Direito penal instrumental e elitista¹⁸⁸.

A admissão de bens jurídicos no teor do texto constitucional traz duas discussões: (i) a descriminalização e despenalização¹⁸⁹ de condutas que lesionam bens jurídicos insignificantes e (ii) a incriminação de condutas para a proteção de bens jurídicos dignos de tutela. Registra-se uma certa tensão, como se disse, entre Política criminal e Dogmática jurídico-penal, frente a um novo quadro de valores constitucionais, buscando metas propiciadoras de transformação social e interesses de dimensões ultra-individual e coletiva.

Quanto à primeira discussão é presente, ainda, a timidez do Poder Judiciário nas declarações de inconstitucionalidade de legislações ordinárias que propõem a tutela penal a bens jurídicos não previstos na Constituição; situação esta agravada, ao lado da

¹⁸⁷ Segundo PALAZZO, F., Valores Constitucionais e Direito Penal, p. 85, há uma enorme diferença entre a Itália e a Espanha com a Alemanha, sendo que nesta há uma saída de um sistema fechado de tipos negativos para uma indicação positiva de Política-criminal.

¹⁸⁸ Observações, nesse sentido, sobre os interesses conflitantes, que poderiam ser somados e não excludentes, mas que por falhas de comunicação ou sobreposição de interesses, gera uma discussão acirrada na Política criminal e nos legitimados a indicar o que deve ser passível de proteção na seara penal: SILVA SÁNCHEZ, J. M^a, A expansão do direito penal : aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais, p. 63/74.

¹⁸⁹ A Resolução 16, de 17 de Dezembro de 2003, dispõe expressamente, em seu Art. 3º, I, o cuidado do legislador com a descriminalização e despenalização de condutas a fim de preservar o princípio da intervenção mínima.

atuação frágil do Poder Legislativo¹⁹⁰ em descriminalizar, de lege lata, condutas que não se coadunam com o texto constitucional. Traga-se, por oportuno, crítica a determinados setores de bens que em dado momento histórico, na Alemanha, ficaram sem qualquer proteção, mas que de outro lado retiraram a influência da moral nos delitos sexuais.

Já no que se refere a novos bens, é de citar-se algumas das influências político-criminais assentadas nas Constituições que indicam novos valores – ou valores até então não reconhecidos – como integrantes do rol que o Estado busca tutelar; e a previsão de tais bens, com a conseqüente indicação de tutela penal, pode-se apresentar de diversas formas¹⁹¹.

As cláusulas expressas de criminalização, em que o poder constituinte deixa evidenciada a necessidade e merecimento de tutela penal em relação a determinado, bem estão presentes nas cartas de países como a Alemanha, a Itália, a Espanha, e o Brasil¹⁹². Outra forma seria o uso das cláusulas tácitas de incriminação, quando estivessem os bens jurídicos desprovidos de tutela ou fossem insuficientemente tutelados. Uma terceira evidencia o uso de cláusulas gerais, em que a Corte Constitucional, poderia afirmar obrigações específicas de incriminação de fatos, que fossem lesivos ao exercício de outro direito constitucional¹⁹³.

É fácil concluir, portanto, que a Constituição indica bens – direta ou indiretamente –, não é tão fácil, porém, estabelecer as escolhas de incriminação, tão pouco limitar, desde logo, tais escolhas ao que consta do texto constitucional e observar que, da carta fundamental, consta um determinado elenco de bens e mesmo entre eles há um grau de importância ou de diferenciação.

¹⁹⁰ SCHÜNEMANN, B., O direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal, p. 14/15.

¹⁹¹ DOLCINI, E., MARINUCI, G., Constituição e Escolha de bens jurídicos, p. 164/178.

¹⁹² A Constituição da República de 1988, Art. 225, que dispõe “§ 3º: As condutas e atividades lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.”

¹⁹³ V. g. para o exercício do direito de greve devem ser coibidas as condutas atentatórias a ele.

CAPÍTULO III – A IMPUTAÇÃO DO RESULTADO NA RESPONSABILIDADE PENAL PELO PRODUTO

1. Introdução

A questão da responsabilidade penal por delitos que são cometidos no âmbito da atividade empresarial ocupa em boa medida, há algum tempo, a Dogmática penal, desde os acidentes em grandes instalações químicas que provocam importantes efeitos ambientais, até chegar aos casos de produtos defeituosos que causaram danos à vida e à saúde de um considerável número de pessoas, tais como os casos já narrados nos capítulos antecedentes, quando se tratou dos processos Contergan, Lederspray, aceite de colza, Holzschutzmittel e Degussa¹⁹⁴.

De modo especial as sentenças dos casos mencionados tem provocado uma viva discussão na doutrina penal alemã, espanhola e do mundo todo. Em um amplo número de publicações já se verificam que junto às questões fundamentais da necessidade e dos limites da responsabilidade pelo penal pelo produto, os problemas dogmáticos tais como a causalidade, a omissão e a autoria são de extrema relevância para o desenvolvimento deste tema¹⁹⁵.

A necessidade da imputação do resultado danoso nos caso de responsabilidade penal pelo produto a quem seja o autor pode ser entendida de muitas maneiras. É necessária como resposta adequada do Estado à infração das normas relativas à colocação em circulação de produtos e é necessária para garantir uma desejável proteção ao consumidor, de modo que atua sobre prevenção de lesões a bens jurídicos. Deve-se verificar o ponto de vista da necessidade preventiva como da necessidade normativa da responsabilidade pelo produto¹⁹⁶.

¹⁹⁴ TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*. Traducción de Manuel Abanto Vásquez. Lima: Grijley, 2007, pp. 111 e ss.;

¹⁹⁵ BACIGALUPO, Enrique. *Direito Penal. Parte Geral*. Tradução da 2.^a ed. espanhola por André Estefam. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 241.

¹⁹⁶ KUHLEN, Lothar. *Necesidad y límites de la responsabilidad penal por el producto*. In: ADPCP 55

Na opinião de Kuhlen, desde a ótica normativa, a responsabilidade pelo produto derivada de danos à vida e à saúde causados por produtos defeituosos, isto é, a punição do fabricante ou do trabalhador do fabricante a título de homicídio ou de lesão corporal, seja a título doloso ou imprudente, é em princípio inevitável e, para tanto, somente deverá ocorrer enquanto que a conduta apareça como punível, o que conduz a uma necessária e adequada concreção dos tipos penais¹⁹⁷.

Merece destaque, neste íterim, o tratamento que o BGH (Supremo Tribunal Alemão) deu ao problema da causalidade geral.

Na opinião de Kuhlen, as posições que o BGH defende para cada um das questões são dignas de elogio com caráter geral¹⁹⁸.

A Responsabilidade Penal pelo Produto, relativa a lesões à vida e à saúde devem ser normativamente adequadas, sob pena de se ferirem princípios garantistas inarredáveis, tal como é o *in dubio pro reo*, manifestação da Presunção da inocência.

Para um cidadão respeitável, o risco de condenação é relevante. O risco lhe toca pessoalmente. A responsabilidade penal pelo produto, tal e como tem sido definida pela nova jurisprudência e especialmente pelo BGH, se for adequada desde o ponto de vista normativo, contribui de maneira real para a proteção da vida e à saúde do usuário.

Partindo desde um ponto de vista crítico, adverte-se que o cenário atual da dogmática penal circula na contramão da política criminal. Enquanto a primeira se encontra imersa no debate sobre a importância do bem jurídico, do desvalor da ação sem a exigência do resultado, da figura do risco permitido e da posição de garante nos delitos culposos, entre outras questões, a política criminal invade de maneira transversal ao Direito penal em seu conjunto, com efeito imediato de questionar inclusive sua razão de ser.

Neste sentido, poderia ser dito que uma das notas caracterizadoras do Direito penal contemporâneo é a inflação do marco de proteção que abarca um sem número de bens jurídicos, como já tratado no capítulo antecedente.

(2002), pp. 67-90;

¹⁹⁷ KUHLEN, Lothar. *Op. Cit.*, P. 55

¹⁹⁸ *Idem.* p. 56

É precisamente na responsabilidade penal pelo produto em que se adverte a necessidade de proteção desvinculada das ferramentas de imputação tradicionais que nos brinda o Direito penal clássico, mediante instrumentos menos rígidos que permitem dar uma resposta a esta problemática. E, neste sentido, o presente trabalho tratará de responder em seu decorrer se é científica e dogmaticamente possível sustentar que o Direito penal pode e deve cuidar dos riscos existentes em nossa sociedade sem perder sua fisionomia própria.

No âmbito da empresa, quando se fala em responsabilidade penal pelo produto, refere-se àqueles danos nas pessoas provocados pelo consumo, ou pelo uso de determinado produto defeituoso ou nocivo para a saúde. Foi, fundamentalmente, na jurisprudência alemã e espanhola onde foi colocado em tela o arsenal argumentativo tradicional do Direito penal clássico em matéria de imputação.

A causa da reformulação do paradigma tradicional corresponde à complexidade do processo produtivo, caracterizado pela impossibilidade de determinação dos processos causais que intervêm desde que o produto começa a ser elaborado até chegar ao consumidor. Neste sentido demonstram os conhecidos casos da jurisprudência alemã do Contergán, Holtzschutzmittel e Lederspray, e no Direito espanhol, o caso do azeite de Colza, os quais serão tratados a seguir¹⁹⁹.

2. O caso Contergán (Sentença de 18/12/1970)²⁰⁰

¹⁹⁹ Por todos estes casos, vide HASSEMER, Windfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto en Derecho Penal*. Ed. Tirant lo blanch Valencia 1995, pág. 49 e ss.

²⁰⁰ São inúmeros os autores que trabalharam o caso Contergán. Entre eles, HASSEMER, Windfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto en Derecho Penal*. Pág. 49 e ss. Armin Kaufmann. José Manuel Gómez Benítez, Causalidad, imputación y cualificación por el resultado, 1989, pp. 40 y ss., 70 y ss., 73 y ss.; Lothar Kuhlen, Eric Hilgendorf. Puppe, M^a Elena Iñigo Corroza, La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos, 2001, pp. 58 y ss., 96 y ss., 100 y ss. 4 JZ 1971, pp. 507 y ss.; TORÍO LÓPEZ, Ángel. “Cursos causales no verificables en derecho penal”. ADPCP, 1983, p. 221, nota al pie 16.

Foi levantada neste caso a responsabilidade penal dos dirigentes da empresa farmacêutica alemã, Grunenthal, que comercializava um medicamento tranquilizante, denominado de Contergán, cujo componente ativo fundamental era a talidomida, e que foi receitado entre 1957 e 1961 a mulheres gestantes, que posteriormente deram a luz crianças com graves malformações²⁰¹.

Com a ingestão destes tranquilizantes, determinava-se a produção de abortos ou graves danos ao sistema ósseo e nervoso dos recém-nascidos, que morriam pouco tempo depois de nascer ou, se sobreviviam, ficavam com graves malformações. Entre 1959 e 1961 nasceram na Alemanha mais de três mil crianças com malformações nos membros em decorrência da ingestão da referida droga²⁰².

De acordo com o juízo do Tribunal de Aquisgrán, levantou-se principalmente a questão se a Talidomida era apta em geral para causar transtornos nervosos e deformações.

Os peritos se pronunciaram de diferentes maneiras, mas o Tribunal se convenceu de que se encontrava provada a causalidade, ainda que não tenha condenado penalmente aos fabricantes pela não verificação de outros requisitos para a imputação penal.

²⁰¹ Referências detalhadas em: RAMÓN RIBAS, E., El delito de lesiones al feto – Incidencia en el sistema de tutela penal de la vida y la salud, p. 72/76; GOMEZ BENITEZ, J. M., Causalidad, imputación y cualificación por el resultado, p. 40. O medicamento também fora comercializado em outros países, inclusive no Brasil, e dada a ocorrência dos eventos lesivos e os pedidos de indenização, que tramitam até a atualidade nos Tribunais, inclusive no Superior Tribunal de Justiça (v. g. Resp n.º 30129 – SP), em que a dificuldade de demonstração do nexo causal faz-se presente, começam a utilizar como fundamento alguns dos parâmetros indicados pela Lei 7.070, de 20 de fevereiro de 1982, em face de uma pretendida solidariedade passiva entre a União que autorizou a comercialização dos produtos e o Laboratório, com o intuito de pleitear a pensão especial, pelas deficiências, ao próprio Instituto Nacional de Seguridade Social.

²⁰² Características comuns que se relacionam com o defeito do produto e que podem auxiliar na determinação da lei causal concreta, denominada, também, de epidemiologia. Cf. HASSEMER, W., MUÑOZ CONDE, F., La responsabilidad por el producto en derecho penal, p. 89. No caso específico: Síndrome Deformatória de Dismelia (Cf. GOMEZ BENITEZ, J. M., Causalidad, imputación y cualificación por el resultado, p. 41).

Em relação a este tema, diversos autores se pronunciaram a favor de uma postura de exclusão da consideração da causalidade, em casos tais quais o Contergán, considerando a falta de uma conclusão científica contundente²⁰³.

Um dilema enfrentado na aludida sentença, por conta dessa indeterminação causal no seio da ciência em que se situa o conhecimento necessário para tanto, foi a possibilidade de suprimento dessa deficiência pelo julgador²⁰⁴, figurando a lei causal como uma proposição jurídica.

O julgamento do Tribunal de <<Aachen>> discutiu uma imputação inicial de prática de homicídio pós-natal e lesões corporais, embora a título de culpa, pois – em que pese a controvérsia em torno da causalidade – deu-a por demonstrada²⁰⁵, restando discutir a possibilidade de condenação no âmbito criminal porque os §§ 222 e 230 do Código Penal alemão não tratavam como mesmo objeto material pessoa e feto; também se pretendeu imputar o delito de lesão corporal como se tivesse afetado à própria mãe, como se o filho fosse extensão do seu corpo²⁰⁶.

É prematuro considerar que os conhecimentos científicos com grau de certeza são vinculatórios à decisão de imputação penal.

²⁰³ ARCE AGGEO, Miguel Angel “La responsabilidad por el producto y su tratamiento en el sistema penal”. *Introducción a la teoría comunicativa del delito*, Ed. Universidad, 2006, pág. 110 e ss.

²⁰⁴ Relembre-se, nesse ponto, as posições contrárias de KUHLEN e PUPPE, essa última fazendo menção a posição de KAUFMANN, no caso específico de Contergán. Sobre o caso Contergán de ressaltar a posição de GOMEZ BENITEZ, J. M., op. cit., p. 45/46, em que indica que a adoção de uma linha científica nada mais é que a convicção fundamentada, pois “cuando el Tribunal de Aquisgrán alude, pues, a su convicción subjetiva, no lo hace en el sentido de sentirse libre de toda fundamentación o prueba de la relación de causalidad, sino en el de haber optado – dentro de la actividad probatoria desarrollada – por una determinada apreciación frente a otra”. Aliás, o denominado livre convencimento fundamentado está assentado, no caso brasileiro, na Constituição da República de 1988, em seu Art. 93, inc. IX.

²⁰⁵ GOMEZ BENITEZ, J. M., Ibid., p. 40

²⁰⁶ Interessante salientar que esse argumento é usado para justificar a descriminalização do aborto, lembrando o seu trato em Roma e a constatação de práticas freqüentes. PRADO, L. R., Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 2, p.91), citando a expressão latina <<partus antequam edatur mulieris pars est vel viscerum>>, menciona que o direito à paternidade e à garantia de uma descendência figuraram na mudança desse entendimento

A não manutenção da sentença, no caso da imputação feita pelo juiz nestes casos de dissenso, com a aplicação do princípio do *in dubio pro reo*, não pode ser a única solução possível, embora o rechaço da subjetivação da livre convicção do juiz seja imponente. Deste modo, a solução deverá ser buscada na dogmática jurídico penal, da qual trataremos nos capítulos que se seguem.

Analizado o evento de mais de três décadas sob o ponto de vista da legislação consumerista pátria, em seus aspectos penais, uma possível solução encontraria esteio no desrespeito ao dever de qualidade ²⁰⁷, pelo fato de os fornecedores colocarem o medicamento no mercado sem uma avaliação anterior segura sobre os efeitos colaterais; ou, quando não, após a descoberta de tais efeitos ou pela nocividade em si, não retirar o medicamento do mercado, mesmo que em ambas as situações não houvesse a causação de dano a um só feto, resultado lesivo que só poderia ser punido, não se nega, com amparo da causalidade e imputação das figuras tradicionais de lesões corporais e homicídio, porque fora o aborto não há nenhuma outra figura que proteja diretamente o feto e este só se pune a título de dolo²⁰⁸.

O caso Contergán-Talidomida gerou uma consciência histórica na proteção aos nascituros, porque a solução do Tribunal de <<Aachen>>, na Alemanha, teria constatado um desprezo a essa figura, tanto que o caso não tinha infrações penais direcionadas a ela, e as discussões deram-se com tipos penais que poderiam estar indevidamente estendidos por conta de uma interpretação – até mesmo equivocada – sobre os limites da proteção

²⁰⁷ Cf. Lei 8.078/90, Art. 64, <<caput>> e parágrafo único que dispõem: “Art. 64. Deixar de comunicar à autoridade competente e aos consumidores a nocividade ou periculosidade de produtos cujo conhecimento seja posterior à sua colocação no mercado.; Parágrafo único. Incorrerá nas mesmas penas quem deixar de retirar do mercado, imediatamente quando determinado pela autoridade competente, os produtos nocivos ou perigosos, na forma deste artigo.”; Lei 8.137/90, Art. 7º, Inc. IX, de sua vez, informa que é crime “IX – vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo”, a complementação a esse dispositivo encontra-se no Art. 18, da Lei 8.078/90 que define o que impropriedade para o consumo, sendo de ressaltar que o último delito indicado comporta punição a título de culpa. Cf. Parágrafo único, Art. 7º, Lei 8.137/90

²⁰⁸ Cf. Arts. 124 a 126 do Código Penal brasileiro.

da vida e da saúde, também porque a evolução e o alcance de estágios avançados da tecnologia médica e da manipulação genética o feto passaram a ser passível de ameaça, o que justificaria uma intervenção legal direta.

3. Caso Lederspray²⁰⁹

Na Alemanha, utilizou-se um spray destinado ao cuidado e limpeza de sapatos e outros objetos de couro. Em 1980, diversas pessoas sofreram transtornos respiratórios, náuseas, febres e alguns casos de endemas pulmonares após o uso do spray²¹⁰.

À vista das primeiras reclamações, modificou-se a composição do produto, mas os danos seguiram sendo produzidos²¹¹. Ainda que não se pudesse estabelecer qual foi a substância concreta do produto que havia causado os danos, o Tribunal resolveu que a causalidade devia ser entendida como provada sempre que demonstrasse uma conexão entre o produto e os danos, e sempre que se pudesse excluir como causa do dano qualquer outro fator.

Nestes casos, ademais, analisou-se por parte do Tribunal o comportamento de quatro diretores da empresa produtora, os quais decidiram de comum acordo não retirar o produto do mercado de consumo, e de suas filiais encarregadas da comercialização, que acataram dita decisão²¹².

O BGH resolveu afirmar a responsabilidade dos citados diretores, os quais deveriam responder penalmente pelos danos causados. Os membros do Conselho Diretivo foram condenados em quatro casos por lesões em comissão por omissão imprudente e em trinta e oito casos por lesões perigosas dolosas, por ação ou por omissão.

²⁰⁹ HASSEMER, Windfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. Cit.*, pág. 51 e ss.

²¹⁰ Este caso típico é conhecido na doutrina espanhola, também, como <<Lederspray>>: V. por todos GIMBERNAT ORDEIG, E., Aspectos de la responsabilidad penal por el producto en los casos del spray para el cuero y la colza, passim.

²¹¹ GIMBERNAT ORDEIG, E., op. cit., p. 64

²¹² SCHUMANN, H., Responsabilidad individual en la gestión de empresas, p. 200/201.

A sentença da Audiência Provincial de <<Frankfurt am Main>>, que tratava do caso de 42 pessoas, divididas em 4 grupos, de acordo com as lesões experimentadas, que concluiu ser condição da causa do resultado a substância ou combinação de substâncias usadas no spray, foi levada ao Tribunal Supremo alemão que entendeu possível a interpretação pelo juízo a respeito da causa do resultado e conseqüente imputação dos responsáveis, sendo em verdade, quanto a esta, os maiores debates centraram-se sobre a responsabilização pela inserção do produto no mercado e a sua não retirada após a reunião de 1981.

O diferencial desse caso, em relação aos demais, está no debate doutrinário acerca do surgimento de uma posição de garantidor, quando a diretoria conhecedora das denúncias decide manter o produto no mercado, em que a questão da responsabilidade dar-se-ia na forma comissiva por omissão²¹³, tanto que a doutrina aponta soluções diversas para antes e para depois de maio de 1981.

A posição de garantidor, em tais hipóteses, não pressupõe que a conduta criadora de risco seja dolosa²¹⁴ e, para um segmento doutrinário, a empresa, representante da filial E e fabricante da marca Erdal, não fora prudente na avaliação dos riscos que poderiam advir da substância ou combinação de substâncias, tanto mais diante das denúncias que se apresentaram²¹⁵.

²¹³ Similar às discussões em face da redação intranquila do Art. 13, § 2º, letra “c”, do Código Penal Brasileiro, quanto à natureza do comportamento anterior que enseja a criação de risco e por conta disso atribui tal posição de garante ao sujeito. Analisada a questão sob o ponto de vista da lei consumerista o descumprimento do dever de qualidade, que recolhe em seu conceito total, um dever de segurança, poderia – por isso – restar justificada a atribuição de um delito comissivo por omissão, que, todavia, guarda um segundo problema que é avaliação do nexa de evitabilidade. SCHUMANN, H. Responsabilidad individual en la gestión de empresas, p. 213, aponta até mesmo para o surgimento de uma Dogmática própria em se tratando de responsabilidade pelo produto.

²¹⁴ SANTOS, J. C. dos, A Moderna Teoria do Fato Punível, p. 137/139.

²¹⁵ SCHUMANN, H., op. cit., p. 207 et. seq., analisa que a avaliação da empresa não fora feita de forma prudente que tal fato poderia ser imputado não só a quem ocupasse determinados cargos porque pessoas que não os têm podem gestionar e dirigir uma empresa, mas a conclusão, sob seu ponto de vista, fora incorretamente formulada. Em sentido contrário: SCHÜNEMANN, B., apud GIMBERNAT ORDEIG,

O debate foi acirrado – mesmo em atenção ao dever de qualidade – com a constatação posterior da nocividade do produto, sobre a imposição de observância desse dever e uma possível extensão quando ele devesse ser cumprido em face de objetos que não estavam mais sob o seu domínio, como os sprays que já estavam no mercado, momento em que teria o Tribunal alemão usado, assim, de um artifício para a imputação de responsabilidades²¹⁶.

O descumprimento do dever, de outra sorte, poderia ser avaliado como uma predisposição de afetação ao bem jurídico ao manterem-se os produtos no mercado²¹⁷, devendo ser considerada a criação do risco no momento da realização da conduta – e a nocividade do produto era ao menos plausível, após a reunião de 1981, portanto, cognoscíveis os seus efeitos.

A infração ao dever de qualidade²¹⁸ – ponto marcante nos delitos omissivos – fica mais difícil de ser afastada após as denúncias e os danos, estando demonstrada a

E., Aspectos de la responsabilidad penal por el producto en los casos de spray el cuero y la colza, p. 75/76, porque no momento inicial da colocação no mercado não lhe era cognoscível que se tratava de um produto defeituoso e, posteriormente, perdera o domínio sobre ele.

²¹⁶ GIMBERNAT ORDEIG, E., Ibid., p. 76 (Cf. Nota 27) et. seq., cita observações de Bernd SCHÜNEMANN a respeito do Caso Lederspray, que se manifesta afirmando que, no caso, o Tribunal criou um critério <<ad hoc>> (Ibid., p. 77) para a imputação de responsabilidades, pois somente há dever de asseguramento de tráfego enquanto há ainda o domínio sobre a coisa <<Sachherrschaft>>, baseando-se, portanto, num dever extracontratual civil que não poderia contaminar o Direito penal. Sobre a influência da jurisprudência civil nos casos penais, com uma preocupação a respeito dos exageros para os deveres não toleráveis jurídico-penalmente, pois que precisam ser comprovadas no âmbito daquela organização, no processo produtivo, as instruções reitoras e a análise do produto, e só daí concluir se os deveres estariam sob sua responsabilidade, não simplesmente pelo fato de ostentarem condição de fornecedores: Cf. KUHLEN, L. Cuestiones Fundamentales de la responsabilidad por el producto, 243.

²¹⁷ Cf. KUHLEN, L., Cuestiones Fundamentales de la responsabilidad por el producto, p. 239; SCHUMANN, H. Responsabilidad individual en la gestión de empresas, p. 201.

²¹⁸ Segundo a sentença a infração deu-se “ao dever de poner a salvo a los consumidores del spray de los posibles daños para su salud que, por razón de su naturaleza, podían derivarse de la utilización del producto con arreglo a las instrucciones de uso” (Cf. KUHLEN, L., Ibid., cit., citando BGHSt 37, 106)

potencialidade lesiva do produto²¹⁹. A ingerência das informações e a posição preponderante do fornecedor, por deter (i) a tecnologia da fabricação, (ii) a liberalidade de colocar o produto no mercado, e (iii) a determinação de quando paralisa o processo produtivo, fazem-no alcançar uma situação diferenciada que, se privilegiada, obriga-o a determinados deveres e a evitação de resultados lesivos²²⁰.

Um argumento de reforço para reconhecer a posição de garantidor é que por serem gerentes de uma empresa de responsabilidade limitada em que cada um, por si, era responsável, e embora seja uma solução rigorosa, seria mais adequada, mas não se olvida o desacerto da decisão quanto à falta de precisão, por não restarem definidos os limites – pelo menos no caso – dos deveres dos fabricantes, não só pela criação do risco, mas também pela diminuição de tais riscos²²¹.

Essa ponderação coaduna-se com a posição defendida por outro segmento que entende ser equivocada a imputação na forma omissiva imprópria porque a idéia que deve reger essa situação é uma responsabilidade geral da empresa²²².

Neste caso, ainda, na avaliação da causalidade múltipla e na determinação causal da inevitabilidade do resultado, que estaria sendo passível de análise, pela votação unânime ocorrida em maio de 1981, em que os membros da diretoria resolveram manter o produto defeituoso no mercado de consumo, indaga-se a necessidade de que tal fosse objeto de uma decisão unânime, sendo que, nesse sentido, o voto isolado de cada um dos membros não poderia ser indicador de responsabilidade porque isoladamente sua decisão não manteria o produto do mercado; do contrário sem a atuação de cada um dos membros votando o sim pela manutenção nunca se teria uma decisão unânime, sendo assim,

²¹⁹ JAKOBS, G., Teoria e Prática da Intervenção, p. 71.

²²⁰ JAKOBS, G., Ibid., p. 72, sobre a análise do risco incrementado.

²²¹ Cf. ÍÑIGO CORROZA, M^a E., La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos, p. 95.

²²² PUPPE, I., Problemas de imputación del resultado en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto, p. 224.

possível que cada um devesse ser responsabilizado, pela cumulação das condições que se traduziram na causa do resultado²²³.

No que pertence, ainda, à análise do nexo de causalidade haveria a necessidade de formulação geral – ou da lei geral – para o caso concreto, não se propondo a uma sucessão causal que levasse ao infinito, mas suficiente a não dispensar por completo a construção e avaliação da lei causal regente daquela situação²²⁴.

É possível notar que, neste caso, não houve sequer uma hipótese fundada cientificamente sobre qual dos componentes do spray e sob quais condições causou os danos, mas o Tribunal considerou suficiente demonstrada a causalidade com base na prova indiciária indireta.

4. Caso do azeite de Colza do Tribunal Supremo da Espanha (23.04.1992)²²⁵⁻²²⁶

Em 1982 começaram a aparecer os primeiros sintomas do que pouco depois se revelou, claramente, como um tipo de intoxicação massiva de milhares de pessoas, o que ficou conhecido como a síndrome do azeite tóxico – SAT – que colocou em prova a capacidade do sistema sanitário espanhol e gerou o maior desconcerto e confusão na comunidade científica. Mais de trinta mil espanhóis dos quais mais de mil deles pessoas morreram, foram afetados pelo produto e tal fato foi qualificado pelo Supremo Tribunal Espanhol como uma catástrofe nacional sem precedentes²²⁷.

²²³ PUPPE, I., Problemas de imputación del resultado en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto, p. 218. SCHUMANN, H. Responsabilidad individual en la gestión de empresas, p. 203, pondera que a decisão unânime não deveria ter interferido na continuidade da produção e que o resultado judicial parece não ter sentido dogmático.

²²⁴ PUPPE, I., op. cit., p. 224.

²²⁵ Idem. Op. Cit., pág. 53 e ss.

²²⁶ PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.

²²⁷ HASSEMER, W., MUÑOZ CONDE, F., La responsabilidad por el producto em derecho penal, p. 96, extraindo nota da Sentença do Tribunal Supremo de 23 de abril de 1992, informam que era discutível a política protetora da Administração espanhola dos anos 70, em admitir a importação e produção de um

Determinou-se que a mesma havia sido provocada pela ingestão do azeite de Colza, distribuída em 1981, desnaturalizada para o consumo humano.

O azeite de Colza não era destinado ao consumo humano, e mesmo que tivesse um caráter venenoso, era importado legalmente da França com a exigência de que seria somente utilizado na indústria siderúrgica²²⁸. A partir de 1980 e 1981, a empresa RAPSA, que atuava no ramo há mais de meio século, importando e distribuindo para revendê-los à indústria siderometalúrgica, atuando de forma notável e incrementando suas atividades, mesmo tendo o azeite desnaturalizados os seus caracteres rganolépticos com anilina, também venenosa, a 2%, com o intuito de mascarar a cor, o odor e o sabor, passou a refiná-lo com o intuito de usá-lo como <<aceite de boca>>.

Com uma atuação incrementada, o produto adulterado foi distribuído a uma população potencial de 300.000 pessoas, e, segundo dados do Ministério da Saúde e Consumo da Espanha, teriam sido consumidos por entre 17.000 e 20.000 pessoas e 400 teriam morrido²²⁹, sendo que à <<síndrome típica>>, que foi considerada como fermedad

azeite que era de baixo custo e usado para o consumo humano em outros países, pela dificuldade em se estabelecer quais os efeitos do consumo nessa ordem, assim fora usado em Espanha apenas para atividades industriais, daí a inserção de anilina a 2% ou anilida para dificultar destinação diversa. Isso gerou uma imputação inicialmente voltada à própria Administração que teria colaborado para o surgimento da síndrome, mas, num primeiro momento, foram excluídos os funcionários ocupantes de altos cargos administrativos e políticos que atuavam nesse processo, e somente em 1994 é que fora iniciado um processo penal contra eles.

²²⁸ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., Problemas de responsabilidad penal comercialización de productos adulterados: algunas observaciones acerca del <<caso de la colza >> (Primera parte), p. 264, descrevendo as tratativas entre Juan Miguel Bengoechea (Diretor e gestor da RAPSA), Jorge Pich, Enrique Salomó e Ramón Ferrero (Administrador e Diretor-gerente de RAELCA S.A.), sendo que a empresa RAPSA vendeu aos três últimos em quantia entre 14.000 e 16.000 kg, e, posteriormente, retiravam a anilina e vendiam, com a intermediação da empresa Alabart, a terceiros, que, em alguns casos, não suspeitavam tratar-se de azeite de colza e faziam novas misturas. Sobre os volumes das intermediações de azeite em 1980: V. especialmente, p. 265

²²⁹ Estes dados não poderiam ser fechados, pois foram distribuídos mais de 4.000.000 de litros de azeite: Cf. HASSEMER, W. MUÑOZ CONDE, F., La responsabilidad por el producto em derecho penal, p.

nueva>> caracterizava-se por uma pneumonia atípica²³⁰. Atribuiu-se, inicialmente, como causa, um acidente relacionado com armas bacteriológicas na base militar americana de Torrejón de Ardoz e Madri, posteriormente, de uma intoxicação alimentar produzida por hortaliças, e somente depois que se tratava de um azeite sem marca vendido por ambulantes²³¹.

A solução dada pela Audiência Nacional concluiu pela presença da causalidade, embora indeterminado o agente causador – ainda que se saiba que estava presente no azeite – pois que todos os afetados haviam o consumido, ainda que nem todos que o tenham consumido restaram afetados²³², como uma forma de silogismo, o que permitiria admitir, com certa tranquilidade, a imputação de delito contra a saúde pública²³³. Não se desconhecia que a tranquilidade podia ser apenas aparente ao avaliar a efetividade, no processo de produção, distribuição e comercialização os deveres que se reputaram inobservados, e a quem incumbiam, e, portanto, se resultantes em uma atuação fora do risco permitido ou até mesmo incrementando um risco não permitido, o que justificou, no caso, a utilização da teoria da imputação objetiva²³⁴.

49, mencionam que foram mais de 300 mortos e 15.000 lesionados; GONZALEZ RUS, J. J., Los intereses economicos de los consumidores – Proteccion Penal, p. 19.

²³⁰ Cf. ÍÑIGO CORROZA, M^a E., La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos, p. 91. Também na STS 23-04-1992, da Audiência Nacional.

²³¹ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., op. cit., p. 263/264, isso porque em se tratando de delito de perigo comum desnecessário o estabelecimento de um nexo de causalidade entre a conduta e o resultado.

²³² Cf. HASSEMER, W., MUÑOZ CONDE, F., op. cit., p. 90/91.

²³³ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., Problemas de responsabilidad penal comercialización de productos adulterados: algunas observaciones acerca del <<caso de la colza >> (Primera parte), p. 265, HASSEMER, W., MUÑOZ CONDE, F., La responsabilidad por el producto em derecho penal, p. 57, embora considerem a crítica contra tais delitos pelo fato de que, mesmo, em tais hipóteses, necessária a avaliação da causalidade e atitude capaz de lesão, e uma dificuldade de diferenciá -los de infrações administrativas

²³⁴ Cf. HASSEMER, W., MUÑOZ CONDE, F., Ibid., p. 98.

No que concerne à atribuição da responsabilidade pelos resultados, com a necessária caracterização dos efeitos lesivos – lesões corporais e mortes – como decorrência das condutas praticadas, a solução já não é tão tranqüila.

Os treze azeiteiros envolvidos foram condenados a pagar alta indenização. Foram dezesseis anos de litígio. Quase um ano após as primeiras mortes é que as investigações concluíram que a origem dos danos foi o azeite de Colza desnaturalizado com anilina a 2%, um azeite para uso industrial que se desviou ao consumo humano.

No primeiro juízo compareceram mais de mil e quinhentas testemunhas e duzentos peritos.

O Tribunal Supremo Espanhol emitiu sua sentença em 23 de abril de 1992, onze anos depois da aparição do problema, mediante a qual foi confirmada a sentença condenatória proferida pelos Tribunais inferiores e, além disto, agravou e a estendeu a outros acusados que haviam sido absolvidos e impôs longas penas privativas de liberdade aos que foram considerados os principais responsáveis pelo desastre²³⁵.

O Supremo Tribunal Espanhol aplicou a doutrina desenvolvida pelo Tribunal Federal Alemão no caso Contergán, e considerou provada a correlação existente entre o antecedente da ingestão do azeite e as consequências das mortes ou das lesões. Com efeito, considerou que para a determinação da lei causal natural, no âmbito do Direito penal, não é necessário que se tenha conhecido o mecanismo preciso da produção do

²³⁵ Cf. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., op. cit., p. 272/273, sobre a admissibilidade de que tal delito fora cometido a título de dolo considera que “todos los sujetos que entran a formar parte de la cadena de importación y distribución al consumo humano del aceite de colza desnaturalizado siendo conscientes inicialmente de la nocividad del producto que venden y sin tomar medidas excepcionales de control de ese riesgo, que les permiten confiar de forma mínimamente fundada o razonable en su capacidad de control de ese riesgo, actúan dolosamente respecto del tipo del 346. (...) La decisión del sujeto de actuar (vender el aceite adulterado), pese a ser consciente de los elementos típicos en que se fundamenta la peligrosidad de la conducta (nocividad de la mezcla, debida a la presencia de anilina, producto tóxico) implica necesariamente la asunción del riesgo, excluyendo la posibilidad de confianza mínimamente fundada o razonable, única apta para excluir el dolo. Sólo si el sujeto toma esas medidas excepcionales de aseguramiento (que no se dan aquí) podría admitirse su no consentimiento o no aceptación del riesgo.” (– grifos constam do original –).

resultado (no presente caso, a toxina que tenha produzido os resultados típicos). Para tanto, deve-se ter provada uma correlação ou associação de eventos relevantes, e que seja possível descartar outras causas que tenham contribuído com a produção do mesmo.

Utilizou-se da epidemiologia como método para determinar a causalidade. Neste sentido, a prova pericial não pode determinar qual foi o agente causal concreto da intoxicação, e a partir da comprovação epidemiológica, pode-se chegar a conclusão de qual substância foi, em definitivo, o elemento que provou as consequências aos consumidores do azeite de Colza.

Sobre este caso, cabe ressaltar que a responsabilidade individual obriga a conectar o resultado com uma determinada ação e que é esta, e não a relação causal, a que é objeto de reprovação penal. Em outros termos, uma coisa é que, de acordo com o método científico adotado, se dê por provada uma relação de causalidade, e outra coisa é que esta causalidade possa se conectar com uma determinada ação²³⁶.

Por isto, as dúvidas e dificuldades que se dão no processo na hora de constatar a forma concreta em que o produto se tornou nocivo não podem minar as bases da imputação penal, nem os princípios processuais tal básicos, como é o *in dubio pro reo*.

Embora seja de salientar que, em que pese, discordantes as conclusões a respeito do nexo de causalidade, a <<síndrome típica>>²³⁷ surgiu e desapareceu com a inserção e a retirada do azeite do mercado²³⁸, ainda que não se pudesse precisar exatamente qual o componente causador das mortes e enfermidades.

²³⁶ Esse fator fez toda a diferença na avaliação dos delitos em relação a Ramón Ferrero (Cf. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., Ibid, p. 270/271), bem como na imputação do dolo de perigo, como também do dolo de lesão, motivo pelo qual o Tribunal Supremo reformou a sentença da Audiência Provincial (Ibid., p. 274/275).

²³⁷ ÍÑIGO CORROZA, M^a E., La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos, p. 91/92, esclarece que seria difícil admitir uma <<síndrome típica>> no caso Colza, porquanto, os sintomas eram variados e requereram estudo bastante acurado dos médicos e cientistas para estabelecer uma lei causal geral comum, ainda que se optasse pela maioria dos afetados.

²³⁸ GIMBERNAT ORDEIG, E., Aspectos de la responsabilidad penal por el producto en los casos de spray el cuero y la colza, p. 83, mencionando a sentença do Tribunal Supremo, explicitando que “esa insólita enfermedad no se presenta ni en el siglo XVI, ni en el XIX, no tampoco en 1930; y en, no afecta a los

Restaria avaliar a ocorrência de tais resultados, ao menos a título de imprudência, o que já fora admitido pela sentença da Audiência Nacional e modificado pelo Tribunal Supremo ao argumento de que atuar com o conhecimento do perigo concreto de lesão, portanto com superação do limite do risco permitido, é atuar com dolo, no mínimo, eventual, inclusive de matar²³⁹. A reforma da decisão foi baseada na jurisprudência anterior do Tribunal²⁴⁰, que demonstra uma inclinação em admitir, em casos tais, uma objetivação do dolo, prescindindo da avaliação exaustiva dos elementos volitivo e cognoscitivo²⁴¹, para a imputação mesmo na forma de delitos qualificados pelo resultado²⁴².

ciudadanos de Ohio, ni de Sydney ni de Roma; el síndrome tóxico aparece por primera vez en la historia de la medicina en un momento concreto: a principios de los años 80 el presente siglo, y en un lugar concreto: no en España de forma generalizada, sino sólo en aquellos lugares de nuestro país – Torrejón de Ardoz, Orense, etc. – donde precisamente se ha distribuido el producto, afectando únicamente a personas que lo han ingerido; y además y finalmente: esa enfermedad sin antecedentes clínicos vuelve a desaparecer de la faz de la tierra en el momento en que el aceite de colza se retira del mercado.”

²³⁹ A reforma da sentença da Audiência Nacional pelo Supremo Tribunal levou em consideração a atuação ferenciada dos envolvidos que tinham conhecimento ou não se se tratar do azeite impróprio para consumo humano (Cf. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., Problemas de responsabilidad penal comercialización de productos adulterados: algunas observaciones acerca del <<caso de la colza>> (Primera parte), p. 273/274).

²⁴⁰ HASSEMER, W., MUÑOZ CONDE, F., La responsabilidad por el producto em derecho penal, p. 111, indicam que a atuação da Corte nesse sentido, iniciada antes da reforma de 1983, estaria fundamentada na tentativa de afastamento das conseqüências da <<versare in re illicita>>, não se devendo, todavia, admiti-la para imputar os resultados qualificadores somente a título de dolo eventual.

²⁴¹ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., Problemas de responsabilidad penal comercialización de productos adulterados: algunas observaciones acerca del <<caso de la colza >> (Primera parte),p. 275

²⁴² CORCOY BISADOLO, M., Resultados de muerte y lesiones como consecuencia de un delito contra la salud publica, p. 330/358. A autora analisa essa possibilidade ante a reforma de 1983, no que concerne aos resultados qualificadores, num caso concreto ocorrido no início de 1970, em que um produtor de vinho armazenara, contrariando dispositivo legal, ácido cítrico e arseniato sódico o que acabou por contaminar garrafas de vinho e causar lesões em 335 pessoas e 11 mortes decorrentes da ingestão dos <<Vinos El Raposo>>. Observe-se que na análise admite a autora que o delito contra a saúde pública

5. Caso de "Holzschutzmittel" (Produto protetor da madeira)²⁴³

Tratava-se de uma empresa que comercializava produtos protetores de madeira, cujos componentes se tornaram realmente nocivos por sua toxicidade. Este produto, ao ser utilizado no interior das residências, provocava uma emissão de gases tóxicos que afetavam àquelas pessoas que tiveram contato com o mesmo.

Condenou-se ao gerente técnico e ao gerente comercial da empresa, os encarregados da produção distribuição do produto, pelo delito de lesões imprudentes de trinta e nove pessoas.

A imputação por lesões imprudentes baseou-se em uma conduta ativa: a decisão de seguir com a comercialização do produto, apesar da existência de importantes dúvidas sobre seus efeitos. Também se atribuiu uma conduta omissiva, consistente no fato de que a empresa não retirou o produto do mercado, descumprindo a chamada de retirada e, tampouco, advertiu aos usuários dos danos que o produto poderia causar.

Assim, fundou-se a imputação na figura de quem se encontrava na posição de garante, que vem dada pela ingerência, ao existir uma conduta anterior perigosa e antijurídica, delimitando-se, assim, um delito de comissão por omissão.

O Tribunal, para atribuir responsabilidade, teve em conta os ditames periciais referentes às consequências nocivas geradas pelo contato com estas substâncias, chegando à conclusão de que havia existido uma conexão causal entre a exposição ao protetor de madeira e os danos causados à saúde. Para tanto, baseou-se exclusivamente em indícios de que as enfermidades se produziram entre os habitantes das casas nas quais havia sido aplicado o produto, que antes estavam sãos, que os primeiros sintomas apareceram já com a primeira aplicação do protetor de madeira (tais como conjuntivites, moléstias na garganta, nariz e ouvidos, dificuldades de cicatrização, trocas de pele,

protege a economia e a saúde dos consumidores, sem embargo da proteção de um interesse geral de saúde pública (V. especialmente, p. 333).

²⁴³ IÑIGO CORROZA, María Elena "El caso del 'Holzschutzmittel' (producto protector de la madera)". Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal Año V- Número 8 C-1999, Ad-Hoc.

diarreias, dores de cabeça) e com a exposição continuada, via-se afetado o sistema imunológico, assim como as funções endócrinas e neurovegetativas, e que o distanciamento da casa em que o produto fora aplicado provocou uma leve melhora no estado de saúde dos afetados.

Os gerentes adentraram com o recurso de cassação, sob o argumento de que o Tribunal considerou existente um nexo de causalidade, apesar de que as provas periciais não eram concludentes e não ofereciam um mínimo grau de certeza neste ponto. Com efeito, não se provou de modo unânime, através das distintas provas produzidas, como atuavam estes componentes no organismo.

Em face deste argumento, a Sala considerou que não era necessário que o juiz conhecesse como operava este produto no organismo, pois a questão que não deixava dúvidas razoáveis era que a causa dos danos se devia ao uso do protetor de madeira.

O Tribunal de <<Francfort am Main>>²⁴⁴ valorou e explicou cada uma das queixas dos consumidores²⁴⁵, decisão que foi referendada pelo Tribunal alemão (BGH)²⁴⁶, tendo como resultado a condenação por lesões imprudentes, comissivas por omissão, caracterizada a culpa inconsciente, afastado o dolo porque havia confiança na segurança dos produtos, contudo, considerando que os gerentes haviam representado como possível o evento lesivo²⁴⁷.

A concepção de uma lei geral como lei causal na situação concreta foi feita a fim de, avaliando a <<síndrome típica>>, construir uma conexão entre a exposição ao protetor de madeira e os danos à saúde que se deram com base nos seguintes indícios: afetação dos órgãos centrais, formação de depósitos de lipídios, estabelecimento de conteúdos graxos no cérebro e sistema nervoso central e periférico, atuação sobre as células provocando um atraso no desenvolvimento, sendo que os mecanismos de defesa

²⁴⁴ A decisão proferida em primeira instância. Cf. 5/26 KLS, de 25.05.1993.

²⁴⁵ Cf. TIEDEMANN, K., Derecho Penal y Nuevas Formas de Criminalidad, p. 115.

²⁴⁶ Em uma decisão bastante longa – 360 páginas – datada de 02.08.1995

²⁴⁷ KUHLEN, L., Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal por el producto, p. 245, avaliando o que seria suficiente como prova da causalidade, no caso do spray para couros.

do organismo pareciam potencializar a toxidade e nocividade²⁴⁸, embora tenha existido m fator bastante prejudicial, pois que os resultados lesivos eram produzidos a longo prazo.

Vale frisar, contudo, que nesse caso, questionou-se com bastante vigor a adoção a respeito da prova que indicava o nexu causal, havendo indícios até mesmo de que foram manipulados os resultados⁵⁵⁶, motivo pelo qual o Tribunal alemão (BGH) indicou ter sido insuficiente a análise feita pelo Tribunal de<<Francfort am Main>>²⁴⁹.

6. Os elementos comuns destes casos jurisprudenciais

Todos estes casos correspondem a um esquema semelhante, um grupo de pessoas, mais ou menos numerosos, segundo os casos, se vê afetado por enfermidades que às vezes levaram ao fim de suas vidas, produzidas pela ingestão ou uso de produtos que tenham sido colocados no mercado, para que pudessem ser adquiridos pelos consumidores. Por isto, os problemas com os quais se depararam os Tribunais, são iguais ou parecidos em todos eles e derivam fundamentalmente da distinta estrutura que estes casos apresentam, com relação aos casos que se denominam clássicos, ou tradicionais.

Com efeito, em todos os casos apresentados, as principais dificuldades levantadas foram: a) a prova da relação de causalidade entre o consumo do produto e os consequentes danos à saúde ou à vida dos usuários ou consumidores; b) o estabelecimento das condutas ativas ou omissivas que causaram o defeito no produto, e a comprovação de se as mesmas eram contrárias à alguma norma de cuidado estabelecida; c) a determinação de responsabilidades penais dentro da empresa, da constatação do princípio da imputação subjetiva das pessoas responsáveis.

Em todos os casos concluiu-se que a causalidade restou-se comprovada, não obstante que os peritos não tenham chegado a uma certeza acertada nos ditames, que evidencia uma linha jurisprudencial habitual ou reitora, no que resultou na conclusão de

²⁴⁸ Cf. ÍÑIGO CORROZA, M^a E. El caso del <<producto protector de la madera>> (holzschutzmittel). Síntesis y breve comentario de la sentencia del Tribunal Supremo Alemán, p. 442/443.

²⁴⁹ Cf. PUPPE, I., Problemas de imputación del resultado en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto, p. 218; SCHUMANN, H. Responsabilidad individual en la gestión de empresas, p. 225/228.

que o juiz penal não está, de modo algum, limitado à consideração de uma relação de causalidade aclarada plenamente no plano científico-técnico; que não é necessária uma segurança absoluta por parte do magistrado sobre a prova da causalidade, se não que basta para a condenação uma dúvida razoável; que não é dever do juiz penal chegar a converter-se em um especialista científico em cada um dos temas técnicos a tratar no caso.

Ocorre que tal argumentação não é suficiente para resolver a questão da responsabilidade penal pelo produto nos casos narrados. Deve-se verificar qual é a análise de imputação penal, em matéria penal, suficiente para se responsabilizar uma pessoa nos casos de responsabilidade pelo produto.

Segundo assinala Iñigo Corroza, uma vez determinada a probabilidade segura de que determinados produtos causaram os danos, passa-se ao que podemos denominar de um primeiro nível de imputação, onde se estuda quais foram as atuações humanas que tenham criado um risco juridicamente desaprovado, que depois tenha se materializado no resultado. Posteriormente, deve-se comprovar qual tenha sido o risco criado com esta conduta e, no outro, o qual foi concretamente o resultado produzido. Aqui é o momento em que os critérios valorativos do Direito penal cobram importância e é neste momento onde o juiz penal deve imputar responsabilidades, no sentido da teoria da imputação objetiva do resultado, mediante a determinação da criação de um risco juridicamente desvalorado e a realização deste risco no resultado.

7. Posição de garante baseada na regra da ingerência. Critério do incremento do risco

O pressuposto central de uma responsabilidade penal pela comissão de um delito de omissão é que exista a chamada posição de garante. Nesta matéria, imputa-se em

relação a uma das formas clássicas da posição de garante que é a ingerência²⁵⁰, ou seja, na responsabilidade penal por omissão, baseada no atuar perigoso precedente.

Se analisarmos a conduta ativa, a introdução do produto no mercado, advertimos que o argumento bastante utilizado é insuficiente, posto que em uma época de rápidos progressos técnicos, em que diariamente se descobrem novos riscos e que em matéria civil os conhecemos como riscos do desenvolvimento, perde sua forma original a posição de garante como pressuposto da responsabilidade penal pela omissão. Assim, em Direito penal, ante o incremento dos riscos próprios que pressupõe o avanço tecnológico, ameaça-se com penal o dever de evitar os danos, convertendo-o em um instrumento de intervenção preventiva e flexível em situações de perigo. Considera-se que esta concepção da imputação, com a premissa da conduta previa que incrementa o risco, ressalta o difuso aumento dos perigos da vida cotidiana, ao passo que atividades que por si mesmas são perigosas, passam a ser analisadas no âmbito da imputação penal.

Deste modo, a ideia geral do incremento do risco, como pressuposto de responsabilidade da conduta omissiva, para que não infrinja a exigência da certeza como consequência do princípio da legalidade, requer a normatização da causalidade à luz da teoria da imputação objetiva, seguindo o mesmo esquema de aplicação obtido para determinar se a conduta cria um risco tipicamente relevante e se este foi produzido no resultado.

Assim, para chegar a uma condenação nos casos de responsabilidade penal pelo produto, intenta-se fundamentar a exigência de um dever de retirada de produtos perigosos, sancionando-os penalmente, e para que tal ocorra, realiza-se uma dupla reformulação dos pressupostos da responsabilidade penal por imprudência: por um lado.

²⁵⁰ JAKOBS, Günther, “La omisión. Estado de la cuestión”, en la colectánea, “Sobre el Estado de la teoría del delito (Seminario en la Universidad Pompeu Fabra)”, Civitas, Madrid, 2000, pg. 129 a 153; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Artículo 11”, em AA.VV., “Comentarios al Código Penal”, Edersa, 1999, pg. 441 a 488; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Desarrollo de una propuesta de tripartición (gradualista) de los delitos de omisión”, em “Estudios sobre los delitos de omisión”, Grijley, Lima, pg. 285/301; JAKOBS, Günther, “Actuar y Omitir” en “Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal”, Civitas, 2003, pg. 101/134.-

Os problemas dogmáticos que serão tratados tem estreita relação com a responsabilidade penal pelo produto, porque os mesmos se mantem nas constelações dos casos típicos já tratados, como por exemplo da questão da causalidade geral, da autoria em casos de decisões colegiadas e em geral, da responsabilidade individual do sujeito por sua conduta no âmbito da organização da qual é membro²⁵¹.

Mas o limite mais importante da responsabilidade penal pelo produto vem constituído pela concreção dos deveres do produtor que devem fixar-se desde uma perspectiva *ex ante*.

Tendo em conta a grande quantidade de produtos, desenvolvidos de modo cada vez mais rápido, frequentemente é difícil decidir se a informação sobre a periculosidade de um produto determinado tem entidade suficiente para gerar no produtor o dever de tomar medidas de diminuição do risco.

Pode ocorrer que algum dia se demonstre que uma opinião dominante e dotada de fundamentação científica não se ajusta à realidade.

Na opinião de Kuhlen , é necessária uma ponderação dos interesses em jogo que leve em conta as consequências que teriam ao decidir de outra maneira. Em resumo, a exemplo dos casos paradigma, mostra-se que existem diretrizes vinculantes para a concreção dos deveres do produtor que tem um carácter completamente intersubjetivo. A existência de uma opinião científica consolidada e a autorização administrativa outorgada como resultado de um teste de inocuidade, supõem um importante limite para a responsabilidade penal pelo produto²⁵².

Entra em consideração como comportamento punível uma omissão das medidas de prevenção de perigo. Segundo a doutrina dominante, o produtor tem que responder como garante, e como tal, dadas as circunstâncias, estaria obrigado a fazer a retirada dos produtos.

²⁵¹ KUHLEN, Lothar. *Necesidad y límites de la responsabilidad penal por el producto*. Op. Cit. pp. 67-90; TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*. Traducción de Manuel Abanto Vásquez. Lima: Grijley, 2007, pp. 111 e ss.; BACIGALUPO, Enrique. *Op. cit.*, pp. 233 e ss.

²⁵² KUHLEN, Lothar. *Op. Cit.* P. xx.

Neste capítulo, portanto, serão delineados os problemas fundamentais tematizados no tipo penal objetivo, principalmente desde a perspectiva do juízo ontológico naturalística da causalidade, já que o nexo causal é um requisito da tipicidade penal, nos crimes materiais de resultado.

Nesta etapa, será abordado o tema causal no âmbito do moderno sistema jurídico-penal, no panorama sobre a crise científica do conceito geral de causalidade, tratando de cada uma das diversas teorias causais, inclusive da teoria da condição conforme uma lei natural, imprescindível à compreensão da responsabilidade penal pelo produto e dos casos paradigma já expostos.

O objetivo, neste íterim, é também chegar ao juízo axiológico normativo da imputação como segunda etapa da realização do tipo objetivo.

8. A tipicidade da conduta nos casos de responsabilidade penal pelo produto: panorama geral

Deve-se fazer referência aos problemas que a responsabilidade pelo produto acarreta ao nível da tipicidade das condutas com eventual relevância jurídico-criminal.

Quando se considerar os casos típicos de responsabilidade pelo produto sob a perspectiva dos tipos legais de ofensa à integridade física ou homicídio, na medida em que se trata de crimes de resultado, surgem problemas ao nível de imputação objetiva das consequências danosas, como se tornou evidente nas sentenças dos casos paradigma já tratados no capítulo anterior.

E foram justamente estas dificuldades, assim como a gravidade dos danos ocorridos, que conduziram à defesa por parte de alguns autores, da necessidade político-criminal de sancionar penalmente a produção e comercialização de produtos perigosos²⁵³.

Na verdade, em particular a decisão do caso Lederspray, com as suas considerações sobre a relação de causalidade entre determinada ação ou omissão e a

²⁵³VOGEL, Joachim. “La responsabilidade penal por el producto en Alemania: situacion actual y perspectivas de futuro”. Traducción de Adán Niento Martín. **Revista Penal** 8 (2001), Universidade Castilla de la Mancha. P. 98.

ocorrência das lesões à integridade física, como já mencionado, conduziu a uma extensa produção doutrinal sobre a matéria.

Os problemas surgiram essencialmente em torno de processos causais que não puderam ser explicados ou demonstrados pelas leis naturais, empíricas. Torna-se por isso, difícil investigar cientificamente algumas destas relações causais. E por isso, dadas estas dificuldades, alguns autores, tendo por referência aquela decisão, entenderam que o BGH teria substituído a teoria da causalidade adequada às leis da experiência por um modelo de caixa preta ou uma causalidade plausível, traduzido na ideia de que são conhecidos os acontecimentos imediatamente anteriores à entrada na caixa negra, conhecem-se as consequências que se seguiram, mas é impossível determinar o que se passou dentro daquela caixa, permanecendo o seu conteúdo em total escuridão²⁵⁴.

Desse modo, sabe-se que o produto, tal como é, tem uma relação suficiente com determinados danos e que é possível simultaneamente excluir-se com facilidade qualquer outro fator nocivo diferente daquele produto. Todavia, não se consegue determinar, dentre as substâncias que compõem aquele produto, aquela que é causalmente decisiva²⁵⁵.

Deste modo, as dúvidas suscitadas ao nível da causalidade tem uma dupla relevância: por um lado, quanto ao conceito material de causalidade e ao que dele deve exigir-se (embora se possa questionar se se trata de um problema exclusivo da responsabilidade pelo produto). Por outro lado, quanto às exigências processuais da prova da causalidade por parte do juiz, designadamente, qual o grau de prova necessário para que o juiz possa não só formar como fundamentar a sua convicção²⁵⁶.

Todavia, os problemas ao nível da tipicidade das condutas de fabricação e comercialização de produtos perigosos não terminam por aqui. Na verdade, ainda que se demonstre a relação de causalidade, até segundo os critérios clássicos mais exigentes,

²⁵⁴ SOUSA, Susana Aires de. “Responsabilidade criminal por produtos”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 17, n. 76, jan-fev/2009. P. 106.

²⁵⁵ HASSEMER, Wilfried. MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidade por el producto*, Valência: Triant lo Blanch, 1999. P. 133.

²⁵⁶ SOUSA, Susana Aires. *Op. Cit.* P. xx.

nem sempre se poderá afirmar a imputação objetiva dos resultados danosos à conduta. Pensamos em especial, embora não exclusivamente, no domínio dos medicamentos.

Neste domínio, reconhece-se ao conceito de risco permitido um papel crucial enquanto elemento corretor ao nível da imputação objetiva. Isto é, pode acontecer que a imputação de danos à vida ou à integridade física, provocados por um medicamento, se deva considerar excluída no caso do resultado danoso se ligar a riscos juridicamente permitidos, tolerados pela própria sociedade. Tal será, em princípio, o caso dos efeitos secundários previamente conhecidos e autorizados pelas autoridades com competência fiscalizadora e controladora. Estamos no domínio do conflito de interesses jurídicos, muitas das vezes centrados na tutela paradoxal dos mesmos bens: a tutela dos bens jurídico-penais vida e ofensa à integridade física por um lado, e por outro lado, a salvaguarda da vida e da integridade física através dos incontestáveis benefícios proporcionados pelo uso de medicamentos.

O conceito de risco permitido deve considerar-se fora do alcance do direito penal. Neste contexto, será fundamental considerar a observância de todos os procedimentos e regras que impedem sobre o fabricante para determinar os limites do risco permitido. A violação desses deveres dificilmente se compatibiliza com uma atuação no âmbito do risco permitido.

A responsabilidade pelo produto deu origem a novas reflexões e a novas construções que, de forma diversa, conduziram, segundo alguns autores, a um alargamento do âmbito de atuação do direito penal.

A crítica surgiria de vozes reconhecidas no domínio criminal, como Hassemer, argumentando no sentido de que essa responsabilidade criminal conduz a uma desfomalização, extensão e flexibilização da dogmática do Direito penal aos limites do suportável. Concordamos, no entanto, com aqueles autores como Vogel, que consideram esta crítica exagerada. Sem dúvidas os problemas são novos, são do nosso tempo²⁵⁷.

²⁵⁷HASSEMER, Wilfried. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. Cit.*, Valência: Triant lo Blanch, 1999. P. 133.
VOGEL, Joachim. *Op. Cit.* P. 103.

A dogmática penal não pode ser alheia. O Direito penal é, e tem de ser, um direito atento e nesse sentido cautelosamente criado. Nas palavras de Figueiredo Dias, “*o direito penal não pode negar-se a sua quota parte de legitimação e de responsabilidade na proteção das gerações futuras. Reconhecê-lo, porém implica que vejamos com justeza e modéstia possíveis o que dele pode e deve esperar-se*”²⁵⁸.

9. Evolução da teoria do tipo

O Direito Penal, de acordo com as correntes de pensamentos das diversas épocas, vem passando por várias transformações ao longo do tempo, consequência da necessidade de que haja um sincronismo entre a estrutura metodológica destas e as transformações sociais, a fim de torná-lo adequado e eficaz.

Desta forma, ao crime foram introduzidos elementos fundamentais, paulatinamente, a fim de que se pudesse chegar a um conceito completo e suficientemente desenvolvido e, dentre estes, pode-se destacar a ação, mencionada pela primeira vez por Albert Friedrich BERNER, em 1857; a formulação da antijuridicidade objetiva, independe da culpabilidade, por Rudolph von IHERING, em 1867; o desenvolvimento do tipo, por Ernest BELING, em 1906; a culpabilidade, em 1907, por Reinhard FRANK, além das noções de dolo e culpa trazidas por MERKEL²⁵⁹.

A expressão Tatbestand tem tradução livre e corresponde à figura conceitual elaborada pela doutrina, sendo tipo sua denominação no mundo jurídico. Tal conceito de tipo remonta ao de *corpus delicti*, usado para abarcar as características de determinado delito²⁶⁰.

²⁵⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. “O Papel do Direito Penal na protecção das gerações futuras” **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra** – volume comemorativo do 75º Volume, Coimbra, 2003, pp. 1123-1138. p. 1128

²⁵⁹ TAVARES, Juarez. *Teorias do Delito (Variações e Tendências)*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1980, p. 15.2 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*, p. 153

²⁶⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Geral*. 8.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 181.

Todavia passou por inúmeros acréscimos conceituais que realizaram perfeita mutação em sua concepção. Tais mudanças foram fundamentais para o Direito Penal, motivos pelos quais será feito um breve histórico dos modelos de sua dogmática, visando a que se possa entender melhor como se deu sua evolução que conduziu às atuais tendências, com especial foco à Imputação Objetiva.

A evolução da teoria do delito divide-se basicamente em três etapas representadas pelo sistema clássico (modelo de LISZT e BELING), sistema neoclássico (influenciado pela filosofia neokantiana) e o finalismo. Em que pese a resistência que vem sendo oferecida por parte dos finalistas, a fase atual pode ser considerada de transição, posto que aprimora o chamado sistema funcional-teológico, também denominado funcionalismo.

Os fundamentos histórico-filosóficos para cada uma destas etapas já foram traçadas em capítulo anterior: o classicismo teve seus alicerces no naturalismo que predominou no século XIX. Já o sistema neoclássico fundou-se nas ideias neokantistas que levavam à valoração da realidade, enquanto que a teoria finalista buscou suas bases no ontologismo, construindo um sistema lógico-real, com conceitos pré-jurídicos e antropológicos.

No final do século XIX, o vienense Franz VON LISZT, junto a importantes doutrinadores, tais como ADOLPHE PRINS e VON HAMMEL, proclamou a Escola Moderna Alemã, onde – com bases nas categorias científicas do mecanicismo do século XIX – define ação com causação de modificação no mundo exterior por meio de um comportamento humano voluntário, hoje conhecido como modelo clássico de ação²⁶¹.

LISZT define o delito como ato contrário ao direito, culpável e sancionado com uma pena, sendo que sua definição gira em torno do ato em si, o qual é considerado como um processo causal. Defende que de nenhuma validade teria a existência da pena se usada como arma da sociedade, como meio de luta contra o crime, se não fossem estudados os aspectos e as causas interiores a este, que seria sim um fato jurídico, mas

²⁶¹SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002., p. 12.

que em sua retaguarda traria o fato humano e o social, que constituem sua realidade fenomênica e influem nas gerações vindouras que seria sim um fato jurídico, mas que em sua retaguarda traria o fato humano e o social, que constituem sua realidade fenomênica e influem nas gerações vindouras²⁶².

O resultado, para ele, incorpora-se à ação como seu momento final juridicamente mais relevante, composto de uma modificação no mundo exterior, qualquer que seja seu âmbito de alcance, podendo até ser a mudança psíquica sofrida pela vítima.²⁶³

Os aspectos objetivos e subjetivos são representados, respectivamente, pela antijuridicidade e pela culpabilidade, servindo inclusive para diferenciar tais elementos, valorando-se naquela o ato, numa concepção objetivo-normativa, enquanto nesta é analisado o autor, de modo subjetivo-descritivo²⁶⁴.

É conveniente recordar que LISZT defende mudanças no âmbito dos conceitos do Direito Penal, bem como na política criminal e na Criminologia, admitindo a fusão entre estas e aquele. Não obstante ter logrado prestígio na Alemanha e seguidores de vulto, a estrutura apresentada mostrava-se insuficiente, tendo em vista que havia muitas condutas antijurídicas ou culpáveis que, porém, não poderiam ser consideradas como delitos²⁶⁵. Isso porque lhes falta um elemento que vincule as valorações à norma jurídico-penal, de forma a encaixar a ação com a descrição contida naquelas.

No ano de 1906, ao publicar *Die Lehre von Verbrechen*, BELING desenvolve, pela primeira vez, um conceito de tipo totalmente independente frente à antijuridicidade e à culpabilidade, consistente na descrição exterior de delitos²⁶⁶.

O tipo causal de BELING tem duas características fundamentais: é desprovido de juízo de valor e livre de elementos anímico-subjetivos, limitando o conceito às características objetivas do crime. Segundo CIRINO DOS SANTOS, a ação humana

²⁶² LISZT-SCHMIDT, Lehrbuch, *apud* BRUNO, Aníbal. *Direito Penal – Parte Geral*, p. 127.

²⁶³ *Idem.*, p. 299. BRUNO, A. *Idem.*, p. 17.

²⁶⁴ BRUNO, A. *Idem.*, p. 17.

²⁶⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual del derecho Penal*, p. 56-57.

²⁶⁶ ROXIN, Claus. *Teoria del tipo penal*, p. 56-57.

determinaria o resultado, sem valorar-se a vontade do autor, como uma forma sem conteúdo, um fantasma sem sangue, numa metáfora do próprio BELING²⁶⁷.

Ainda para ele, a valoração da conduta pertence à norma, e não ao tipo, que seria meramente formal. Com tal diferenciação, é mais fácil buscar um conceito analítico de delito e o próprio estudo da ação, segundo TAVARES, pois houve a cisão entre a conduta (corpo de delito) e sua previsão legal²⁶⁸.

Todavia, segundo WELZEL, chega a reconhecer que o tipo seleciona, dentre as diversas condutas humanas, aquelas consideradas relevantes para o Direito Penal, sendo estas jurídicas ou antijurídicas, mas não neutras²⁶⁹. Na verdade, BELING pretende separar de forma inequívoca o tipo da antijuricidade, atribuindo-lhe neutralidade. Logo, a constatação da tipicidade não significa de igual forma a de antijuricidade, representando apenas seu indício²⁷⁰.

Assim, tipicidade, antijuricidade e culpabilidade são elementos totalmente distintos dentro do conceito de ação desenvolvido por LISZT e BELING, no qual a ação é fracionada em um processo causal externo, e o conteúdo da vontade, interno, o que viabiliza a separação absoluta da antijuricidade e da culpabilidade, respectivamente²⁷¹.

Entretanto, o chamado sistema clássico de LISZT e BELING apresenta falhas, sendo alvo de muitas críticas por sua impossibilidade de solucionar vários problemas apresentados.

No campo da omissão, por exemplo, não há como fundamentar a responsabilidade penal do agente. Para tanto, LISZT admite que aquela só restava caracterizada no caso de um não fazer o esperado, evidenciando o caráter valorativo, e não neutro do tipo²⁷². Ademais, não há que se falar em movimentação corporal em se tratando de omissão, contrariando o conceito naturalista de ação.

²⁶⁷ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Op. Cit.*, p. 12.

²⁶⁸ TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*, p.131.

²⁶⁹ WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman*, p. 79-80

²⁷⁰ TAVARES, J. *Teoria do Injusto Penal*, p. 133.

²⁷¹ TAVARES, J. *Idem*, p. 161-163.

²⁷² ROCHA, Fernando A. N. *Galvão da. Imputação Objetiva*, p. 14.

Da mesma forma, quanto aos delitos de mera conduta, o aspecto externo restava prejudicado. Igualmente, não havia justificativa para o fato de, frente à descoberta dos elementos subjetivos na antijuricidade - por exemplo, na tentativa, o dolo é um elemento subjetivo do injusto- manter-se a distinção básica entre os aspectos objetivos e os subjetivos, da forma com que vinha sendo vista até então²⁷³.

O nome de teoria causal da ação foi dado pelos finalistas ao conceito naturalístico de ação e aos conceitos que dele decorreram, pois, consoante posteriormente, o próprio BELING admitiu o tipo como integrante da antijuridicidade, fato deduzido de seu conceito de delito. Nas palavras de WELZEL, o conceito causal de ação é ontologicamente insustentável e axiologicamente inaplicável.

Justifica FRAGOSO que é porque cinde momentos inseparáveis da estrutura do ser da ação, separando o conteúdo de seu aspecto subjetivo, que é sua essência e lhe dá forma²⁷⁴. MAURACH, segundo o mesmo autor, usou a alegoria de que a teoria causal seria um tronco, com extremidades bem constituídas, mas sem cabeça. Somente graças a Max Ernest MAYER, que publicou seu Tratado de Direito Penal em 1915, que foi lembrada e desenvolvida tal teoria, tendo em vista que a doutrina havia rejeitado as ideias de BELING, considerando-as sem utilidade.

Para MAYER²⁷⁵, a tipicidade é o primeiro pressuposto da pena, cumprindo uma função tão-somente indiciária da antijuricidade, sendo, portanto, a *ratio cognoscendi* desta. Assim, quem age realizando o tipo provavelmente já contrariou o direito vigente, mas tal indício não está contido na proibição.

Posteriormente, na antijuridicidade, ser-lhe-á atribuído um juízo de valor decorrente da observação das normas jurídicas.

ROXIN cita o exemplo utilizado por aquele autor, mencionando a relação entre o fumo e o fogo, que seria a mesma que entre o tipo e a antijuricidade, sendo que o fumo não é fogo e nem contém fogo, mas indica sua existência até que se prove o contrário²⁷⁶.

²⁷³ WELZEL, H. Derecho Penal, p. 62.

²⁷⁴ FRAGOSO, H. C. Lições de Direito Penal, parte geral, tomo I, p.152.

²⁷⁵ TAVARES, J. Op. cit., p. 133.

²⁷⁶ ROXIN, C. Op. cit., p. 60-61.

Para MAYER a antijuridicidade é verificada por meio de dois juízos: um provisório, de realização do tipo, e um definitivo, por meio da inexistência de causa de justificação²⁷⁷. Todavia, restou indiscutível a impossibilidade da separação entre a descrição dos fatos e sua valoração, o que veio a desvirtuar a visão totalmente descritiva do tipo²⁷⁸. Admite também a inclusão de elementos normativos, os quais não podem ser percebidos simplesmente pelos sentidos, tais como os conceitos de falsidade, honestidade de uma jovem, maus tratos, periculosidade, etc., sendo estes pertencentes autenticamente à antijuridicidade.

Contudo, seriam exceção à regra, tendo em vista que não a denotam, mas a fundamentam, sendo sua *ratio essendi*. MAYER, porém, defende que a presença desses elementos constituiria apenas casos particulares, representando, como dito, uma exceção. A partir da constatação de que não há somente elementos descritivos, mas também aqueles que necessitam de uma valoração, a teoria do tipo tem um grande impulso, evoluindo rapidamente.

Por fim, são evidenciados os elementos subjetivos do tipo, visto que somente por meio deles é que se pode identificar o injusto em certos fatos, como, por exemplo, nos crimes de furto, roubo e estelionato, para os quais se faz indispensável uma intenção específica, qual seja, a especial de apropriação ou de enriquecimento, respectivamente. Como bem salienta o penalista Juarez TAVARES, essas exigências estão absolutamente em sintonia com o Código Penal Brasileiro, que, nos crimes citados, condiciona a integração do tipo de injusto a que as ações sejam praticadas para si ou para outrem, isto é, no sentido de apropriação ou de enriquecimento²⁷⁹. Ao admitir-se a existência de elementos normativos e subjetivos no tipo, as contradições do sistema causalista restaram evidentes.

O penalista espanhol Santiago MIR PUIG coloca duas questões principais acerca do assunto. Primeiramente, há impossibilidade de manter-se um conceito causal de ação quando, à luz de uma contemplação valorativa, se reconhece que sua essência era a

²⁷⁷ MAYER, Max Ernst. Der Allgemeine. p. 173, *apud* TAVARES, Juarez. Teoria do Injusto Penal. p. 134.

²⁷⁸ ROXIN. Op. cit., p. 62-63.

²⁷⁹ TAVARES, J. Teorias do Delito, p. 39.

finalidade. Além desta, a divisão do delito nas partes naturalística, objetiva e subjetiva não procedia, perante a constatação de que a diferença material entre a antijuridicidade e a culpabilidade não seria naturalista, mas valorativa²⁸⁰.

Contudo, ainda tentava-se manter o sistema LISZT-BELING. Para que pudesse sobreviver e a fim de que pudessem ser rebatidas as críticas a seu respeito, vão sendo elaborados novos fundamentos com base na filosofia neokantista, que tem seu auge nessa época e surge como solução e resposta tal fase científica²⁸¹.

No positivismo neokantiano ou neokantismo, a reflexão sobre as ideias de Kant dá-se por meio da Escola Sulocidental Alemã, que tem como principais precursores Gustav RADBRUCH, M. E. MAYER e Edmund MEZGER²⁸².

Pretende-se a inserção do Direito Penal na realidade a fim de recriá-la, introduzindo-se essa valoração ao sistema clássico de LISZT-BELING, formando o conceito neoclássico do delito²⁸³.

Segundo ensinamentos de TAVARES, há dois momentos distintos nos quais tal teoria lança bases para a transformação da teoria do delito. No primeiro, MAYER, MEZGER e GRÜNHUT estudam os elementos normativos do tipo.

Posteriormente, FISCHER, NAGLER e HEGLER elaboram a teoria dos elementos subjetivos do injusto, que mais tarde foi objeto de estudo de MEZGER. Esta teoria rechaça a postura de que a tipicidade e a antijuridicidade compõem-se apenas de características objetivas e subjetivas²⁸⁴.

Ocorre verdadeira mudança em todos os âmbitos do crime, passando pela normatização do tipo, a inclusão da antijuridicidade material, bem como a concepção da culpabilidade como formação da vontade contrária ao dever. MEZGER defendeu a estrutura bipartida do delito, que em vez de conduta típica, antijurídica e culpável, seria então definido como conduta tipicamente antijurídica e culpável. Em seu tratado (1931)

²⁸⁰ PUIG, Santiago Mir. Introducción a las bases del Derecho Penal, p. 243.

²⁸¹ CAMARGO, Antonio Luís Chaves. Imputação objetiva, p. 16.

²⁸² CAMARGO, A. L. C. Idem, p.26.

²⁸³ ZAFFARONI, Eugenio Raul. Manual de Derecho penal, p. 267.

²⁸⁴ TAVARES, J. Teoria do Injusto Penal, p. 134.

afirmou que o tipo é o fundamento da antijuridicidade (*ratio essendi*) e não o elemento identificador, um indício desta (*ratio cognoscendi*). O injusto penal tem elementos próprios e, diversamente dos demais ramos do direito, tem uma forma especial de aparecimento, qual seja, por meio da realização de conduta prevista como crime na lei penal²⁸⁵.

Ainda, que o ato de criação legislativa do tipo contém diretamente a declaração de sua antijuricidade²⁸⁶, diante da existência de uma antijuricidade geral e de uma antijuricidade penal. Uma conduta pode ser considerada ilícita sem ser necessariamente tipificada.

Exatamente por isso que, após a sua tipificação, há que ser antijurídica, posto que já o era de forma geral. Com base no pensamento de filósofos da corrente de ARISTÓTELES²⁸⁷, somente em 1930, com um trabalho de transcendência da Filosofia para o Direito Penal, Hanz WELZEL lança as sementes de um novo rumo para o Direito Penal, firmando sua teoria em raízes puramente ontológicas para chegar a um conceito final de ação²⁸⁸. Na finalidade está a base da vontade de prever as conseqüências da intervenção causal e dirigi-la a um fim²⁸⁹.

Assim sendo, a estrutura do delito sofre uma profunda alteração, pelo fato de que, se a vontade está incluída na ação, o dolo e a culpa devem integrar o próprio tipo, agora dividido em objetivo e subjetivo, e não mais a culpabilidade.

Aliás, esta última é compreendida como puro juízo de reprovação sobre o autor, por este não ter agido de outro modo, embora pudesse, ganhando relevância a possibilidade de agir conforme o direito. O finalismo é muito mais do que uma simples

²⁸⁵ MEZGER, apud TAVARES., J. Teoria do Injusto Penal, p. 137.

²⁸⁶ Idem. P. xx

²⁸⁷ TAVARES, J. Teorias do Delito, p. 58.

²⁸⁸ 31 PUIG, S. M. Op. cit., p. 248.

²⁸⁹ Juarez Cirino dos Santos lembra que aqui se faz a distinção entre fato natural e ação humana: o primeiro é fenômeno gerado pela causalidade, produto mecânico das relações causais cegas, enquanto que o segundo, a vontade é a mola propulsora da ação, e a consciência do fim é sua direção inteligente. SANTOS, J. C. dos. A moderna Teoria do Fato Punível, p. 15.

teoria do delito. Significa dizer que o mero fato de se admitir um conceito final de ação não denota a assunção do sistema finalista.

Toma-se o exemplo de MEZGER. O autor em questão anuiu à postura de que a vontade integra o ato humano; entretanto seu fundamento era diverso, derivado de uma valoração neokantiana²⁹⁰. Para ele a finalidade não é uma qualidade radicada no ser, mas sim atribuída pelas categorias mentais do homem, de forma que o legislador não está vinculado ao conceito final ontológico²⁹¹.

A teoria finalista traz a subjetivação do injusto e, ao mesmo tempo a dessubjetivação e normatização da culpabilidade, em total oposição ao sistema clássico²⁹². Objeções ao finalismo são feitas quanto ao injusto pessoal, às causas de justificação e quanto à teoria da culpabilidade, tendo em vista que aquele conduziria a um Direito Penal do ânimo enquanto esta leva em consideração a conduta de vida e o caráter²⁹³.

Na verdade, numa visão sintética, o finalismo, apesar de todo seu mérito e importantes consequências e derivações, somente vem a acrescentar ao conceito naturalista do tipo o aspecto subjetivo. Esta consideração é essencial, na medida em que o tipo objetivo permanece o mesmo, representado pela ação, constatação da causalidade e do resultado²⁹⁴.

Não obstante a oposição entre fundamentos básicos da teoria finalista e da Imputação Objetiva – visto que aquela enfatiza o subjetivo, enquanto esta, o objetivo –, bem como de suas linhas metodológicas – tendo a primeira uma premissa ontológica e com fulcro em conceitos pré-jurídicos e estruturas lógico-reais, enquanto a outra se vale de premissas normativas – são inegáveis as preciosas contribuições do finalismo para o surgimento da moderna Teoria da Imputação Objetiva, as quais podem ser sintetizadas

²⁹⁰ TAVARES, J. Teorias do Delito, p.73

²⁹¹ PUIG, S. M. Op. cit., p.249.

²⁹² ROXIN, C. Funcionalismo e teoria da Imputação Objetiva no Direito Penal, p. 200.

²⁹³ TAVARES, J. Op. cit., p.88-89.

²⁹⁴ GRECO, Luís. In: ROXIN, C. Funcionalismo e teoria da Imputação Objetiva no Direito Penal, Introdução, p. 07.

em três tópicos: o entendimento do ilícito como uma contrariedade a uma norma de determinação, a importância dada ao desvalor da ação e a valorização da perspectiva *ex ante* do juízo de ilicitude²⁹⁵.

Conforme a visão naturalista do tipo, a norma violada pelo autor limitava-se a valorar resultados, tendo em vista que o injusto neles se esgotava, sendo que a análise deste dava-se justamente quanto à alteração de estados, o que levava a uma perspectiva exclusivamente *ex post*. Somente com o finalismo é que isto pôde ser alterado, o que é de enorme valia para a Imputação Objetiva, a qual, contudo, deixou de lado seus exageros, aproveitando-se de tais componentes com o equilíbrio necessário.

Deste modo, não abstém de complementação – à medida que se faz relevante – das normas de valoração, bem como de uma perspectiva *ex post* e do próprio desvalor do resultado. Isso se dá no tocante à realização do risco no resultado, em virtude do favorecimento à constatação da previsibilidade, indispensável para que se possa afirmar tal realização. Se a vítima for portadora de uma doença que anteriormente se desconhecia, como a diabetes, que influenciou diretamente na ocorrência do resultado, tal dado fático mostra-se saliente, com reflexos diretos na análise da tipicidade da conduta.

O sistema finalista é hoje adotado pela doutrina brasileira, sendo consagrado pela Reforma Penal de 1984. No entanto, lamenta-se que ainda são ignoradas as novas teorias e parâmetros pelo Direito Penal Brasileiro, entre elas a da Imputação Objetiva.

Criticando o finalismo por seu ontologismo puro, Eberhard SCHMIDT traz um “conceito social de ação”, o qual visa conciliar tal característica com um conceito sobre causalidade conforme uma lei natural, ao analisar o Direito penal e a imputação do tipo penal sob uma perspectiva empírica e concreta. Também prevê o autor separação funcional da causação e do juízo de imputação.

Para tanto, conforme afirma MAURACH, a estrutura finalista continuou a ser utilizada, permanecendo o dolo e a culpa no tipo, de forma que a relevância social constituía somente um atributo adicional àquele²⁹⁶.

²⁹⁵ GRECO. L. Op. cit., p.37-39.

²⁹⁶ MAURACH, R. Derecho Penal, p. 257-63 *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto; MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoria Geral do Delito. p. 42.

Primeiramente, ENGISCH define ação como a “*causação voluntária de conseqüências calculáveis e socialmente relevantes*”²⁹⁷. Este conceito vai sendo aprimorado com o auxílio de grandes penalistas, tais como MAURACH, JESCHECK, WESSELS e, posteriormente, MAIHOFFER. A dificuldade estava em definir o que era socialmente relevante. Os artifícios usados para tal tarefa eram escassos, perdendo valor a teoria em questão por embasar-se em critério impreciso. Incontestável, porém, o mérito desta ao tentar trabalhar normativamente dentro do aspecto objetivo do tipo, a fim de que seja selecionado somente aquilo em que o Direito Penal deve intervir, por mais que se estivesse negando a própria ação, quando somente o tipo objetivo deveria estar sendo recusado, o que é corretamente feito pela Imputação Objetiva.

Para estes, o tipo retrata a forma de expressão e a antijuridicidade do delito, e por isso fundamenta o conteúdo de injusto, tanto no que concerne à ação (desvalor do ato), quanto no que se refere ao resultado (desvalor do resultado)²⁹⁸.

Atualmente, por serem os defensores da teoria social da ação adeptos da Imputação Objetiva, a função prática desta foi reduzida à exclusão de não-ações de qualquer valoração pelo Direito Penal²⁹⁹.

Com precisão, JESCHECK enumera os “*comportamentos de antemão irrelevantes para a imputação jurídico-penal*”, quais sejam: atos reflexos, estados de inconsciência e forma irresistível (*vis absoluta*), nos casos de incapacidade geral de ação, atividades procedentes de pessoas jurídicas e processos psíquicos (cogitações não exteriorizadas)³⁰⁰.

Com o funcionalismo, teoria que tem em JAKOBS e ROXIN seus principais expoentes, o injusto surge do confronto entre tipicidade e antijuridicidade. JAKOBS defende que a diferenciação entre tipo e antijuridicidade só tem importância na identificação da espécie do erro que poderia advir da falsa representação por parte do

²⁹⁷ENGISCH, Kohlrausch-Festschr, *apud* WESSELS, Johannes. *Derecho Penal. Parte general*. Traducción de la 6ta. Edición alemana por Conrado Finsi, Ediciones Depalma, Buenos Aires – Argentina, 1980, Pág. 22.

²⁹⁸TAVARES, J. *Teoria do Injusto Penal*, p. 143.

²⁹⁹GRECO, L. *Op. cit.*, p. 36.

³⁰⁰JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, p. 297-299.

agente, no que se refere ao que a lei aponta como defeso (ação típica e seus elementos), e o que ela permite, excepcionalmente (causas de justificação e seus elementos) ³⁰¹.

Já ROXIN parte da busca de respostas ao questionamento de qual significado deve se emprestar ao tipo, que se divide em três aspectos: no sentido sistemático (como BELING lecionava), no sentido político-criminal e no sentido dogmático ³⁰².

Defende ainda a estrutura da teoria finalista, dividindo o tipo em objetivo e subjetivo, sem deixar de advertir que a ação típica é composta de uma unidade de valores externos e internos que serviriam apenas à ordem externa e que deve ser desconsiderada quando contrarie o sentido de um conceito ³⁰³.

Em vista do panorama histórico apresentado, denota-se que o embate teórico sobre a ação foi perdendo sua relevância diante das novas perspectivas que guiam o Direito Penal atualmente, dentre elas a Imputação Objetiva. Todavia, as teorias sobre a relação de causalidade também carecem de um olhar mais detalhado para que se compreenda de modo abrangente o olhar jurídico contemporâneo, principalmente porque enfrenta uma crise científica de seu próprio conceito geral que coloca em xeque toda a ideia de imputação de resultado na realização do tipo objetivo.

10. A realização do tipo objetivo

Em princípio, a ideia de que a conduta humana causa um resultado e que este provenha da conduta terá significação jurídico penal, é o que orienta a determinação da causalidade. Para tipificar uma conduta a um tipo legal, é necessário comprovar a relação existente entre esta conduta e o resultado típico, confirmando que uma é concreção da outra.

O problema da causalidade é discutido no âmbito dos delitos de resultado, como é o caso da lesão corporal e do homicídio.

³⁰¹ TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*, p. 144.

³⁰² Idem. P. 144.

³⁰³ TAVARES, Juarez. Idem, ibidem.

Segundo a doutrina, não se deve sobrevalorizar o papel da causalidade, de modo que assim que constatada a causalidade entre ação e resultado típico, o segundo passo consistirá na imputação do resultado a dita ação.

O primeiro passo consiste em uma comprovação, de onde se verifica desde um ponto de vista natural, da relação de causalidade. O segundo passo é a comprovação de um vínculo jurídico entre ação e resultado. Este segundo aspecto nada mais é do que o juízo normativo da imputação objetiva em relação com os delitos de resultado.

Muitas opiniões serão vistas sobre a natureza da causalidade, que na prática são de maior relevância e também mais conhecidas a teoria da equivalência das condições, teoria da causalidade adequada e a teoria da relevância típica. Ocorre que estas formulações somente permitem comprovar a existência do nexo causal quando a investigação científica tenha logrado êxito em descobrir a lei causal correspondente, o que não atende aos casos de imputação da responsabilidade penal pelo produto, como será visto.

Considera-se relevante para efeitos penais a comprovação do nexo causal, desde o ponto de vista das ciências naturais, de modo que a teoria da causalidade, assim como foi apresentada, tem a peculiaridade de não permitir a determinação de um nexo causal conhecido.

9.1. O Tipo objetivo como meta da parte geral

O Tipo objetivo é o aspecto externo do injusto. Trata-se de realizar as seguintes etapas de verificação: primeiramente, verifica-se a existência de determinados efeitos externos de uma conduta. É sobretudo no caso dos crimes de resultado que surge a necessidade de se desenvolver regras gerais de imputação objetiva pela seguinte razão: a lei menciona somente a causação de um resultado; mas essa causação apenas pode ser suficiente se for juridicamente essencial.

Deste modo, vejamos a evolução das teorias sobre a relação da causalidade, para após retomarmos aos questionamentos com relação aos cursos causais não comprováveis, cuja relevância se demonstra no estudo da responsabilidade penal pelo produto, com

enfoque na lei causal necessária ou lei natural como possível resposta a insuficiência da teoria da equivalência das condições³⁰⁴.

9.2. O aspecto da causalidade

O tipo objetivo figura como parte externa do fato delituoso. Tratando-se de crimes de mera conduta, a simples subsunção do feito com o tipo legal satisfaz tal aspecto. Entretanto, nos casos de crime de resultado, faz-se necessária a verificação do nexo causal³⁰⁵.

Desde o surgimento da dogmática jurídico-penal o conceito de causalidade assumiu papel central na teoria geral do delito³⁰⁶. Essa relevância levou o nexo causal a ser entendido durante muito tempo como elemento suficiente para sustentar todo a imputação penal nos crimes de resultado, para os quais a consumação do fato depende de uma modificação sensível do mundo exterior separada no tempo e no espaço da ação do autor³⁰⁷.

A orientação metodológica do positivismo naturalista (modelo Liszt – Beling) levou a uma extrema importância da questão da causalidade o que ficou denominada como dogma causal, onde conduta e resultado aparecem pressupostos, para verificar a tipicidade do comportamento³⁰⁸.

³⁰⁴ BACIGALUPO, Enrique. *Direito Penal. Parte Geral*. Tradução da 2.^a ed. espanhola por André Estefam. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 241.

³⁰⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria Geral do Delito*, p. 81.

³⁰⁶ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. “La distinción entre delitos propios (puros) y delitos improprios de omisión”. En: **Revista Peruana de Ciencias Penales**, N° 13, Lima – Perú, 2003, Págs. 58 – 59.

³⁰⁷ WESSELS, Johannes. *Op. Cit.* P. XX. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal*. 5.^a edición, renovada y ampliada. Traducción de Miguel Olmedo Cardebete. Granada: Comares, 1996. (Título original *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*). pp. 260 e 297.

³⁰⁸ ROXIN, Claus. ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Traducción de la 2.^a edición alemana por Diego-Manuel Luzón Pena *et. al.* Barcelona: Civitas, 1997, pp. 345 e 346. pp. 198-201; CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Editora Cultural Paulista, 2002, pp. 24 e 46; GRECO, Luís. A teoria da imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN,

No que diz respeito à questão da causalidade, recorda-se as palavras de Binding, para o qual o Direito distingue a vontade humana como causa de todas as outras causas. O homem causa uma modificação quando desencadeia um movimento em direção a um fim³⁰⁹.

Contudo, o tema causalidade tem sido objeto de comentário de importantes filósofos como Platão³¹⁰, Aristóteles³¹¹, São Tomás de Aquino³¹², sendo os trabalhos de Stuart Mill a primeira consideração sistemática da causalidade no Direito penal³¹³.

Na atualidade fala-se de um “Princípio da causalidade”, considerando a forma de conhecimento humano aplicável, evidente e imediata, é a estrutura lógico-formal da causalidade, a qual pode explicar a relação que existe entre uma ação, como causa, e um resultado. O princípio segundo o qual a toda causa deriva um resultado é chamado de princípio da causalidade, enquanto que a relação existente entre a referida causa e seu resultado se denomina relação de causalidade. Assim, para poder atribuir-se um resultado a uma pessoa como consequência de um atuar seu, é preciso determinar se entre ambos – ação e resultado – existe relação de causalidade, desde um ponto de vista natural, para, em continuação, determinar-se a existência de um veículo jurídico entre ambos³¹⁴. Tal

Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Tradução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 10 e ss.;

³⁰⁹ KAUFMANN, Armin. *Op. Cit.*, Pág. 26.

³¹⁰ Como se sabe, o levantamento de Platão girava entorno do mundo das ideias, e ao ignorar o problema causal, afirmou que o mundo das ideias é regido por leis causais: isto demonstraria através das figuras silogísticas, nas quais uma conclusão possa ser claramente assinalada como consequência de duas premissas (maior e menor) que atuam como causa.

³¹¹ Segundo Aristóteles, não existe uma sucessão infinita de causas, e sim existe um princípio de tudo, que poderia ser considerado a causa de todas as causas. ARISTÓTELES. *Metafísica*, P. 32

³¹² Santo Tomás Aquino afirmou que causa é um pressuposto e não objeto de prova.

³¹³ John Stuart Mill, em 1843, afirmou que somente em situações excepcionais é que a consequência advem de uma única causa, porque em geral decorre de diversos antecedentes.

³¹⁴ DE LA CUESTA AGUADO, Paz María. *Tipicidad e imputación objetiva*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia – España, 1996, Pág. 108.

pensamento teve início em meados do Século XIX e a situação é que a causalidade foi tida definitivamente como um conceito ontológico³¹⁵.

A questão da causalidade é bastante antiga, apresentando controvérsias. Em seguida, iremos indicar os pontos problemáticos da aplicação da teoria da equivalência das condições, apresentar e avaliar o potencial das alternativas teóricas em nível de causalidade para, ao final verificar a diferença existente entre causalidade e imputação objetiva do resultado e a importância desta separação.

Abordar-se-á adiante três das principais teorias a esse respeito, quais sejam: a da equivalência das condições, a da causalidade adequada e a denominada teoria da relevância típica, para depois analisar a sistematização das conclusões sobre a crise da causalidade que aponta para a solução do problema causal a partir da teoria da condição conforme uma lei natural.

9.3. Teoria da equivalência das condições

Também intitulada teoria da *conditio sine qua non* ou teoria da condição, elaborada em 1858 pelo processualista austríaco Julius GLASER, teve seus traços fundamentadamente rebuscados por Maximilian VON BURI, Conselheiro do Império Alemão, que em seus estudos, consoante ensinamentos de Anibal BRUNO, datados a partir de 1860, citava como seus predecessores KÖSTLIN, BERNES E ALSCHNER³¹⁶.

Faz uma equiparação, segundo FRAGOSO, entre causa, condição e ocasião, contanto que tenham contribuído para o resultado, não traçando, destarte, nenhuma seleção entre as inúmeráveis condições pois considera que todas têm idêntico valor³¹⁷.

Não cabe sequer, pela concepção de VON BURI, distinguir entre condições essenciais ou acidentais, pois todas as forças que tenham contribuído para o resultado são

³¹⁵ JESCHECK, Hans Heinrich. *Op. Cit.*, Pág. 546.

³¹⁶ BRUNO, A. *Direito Penal*, Tomo I, p.323.

³¹⁷ FRAGOSO, H. C. *Lições de Direito Penal*, p. 164.

essenciais e nenhuma pode ser desconsiderada, mesmo a mais alheia ao fato, tendo em vista que, se o sujeito envidou esforços para produzir tal resultado, deverá responder pelo mesmo em toda a sua amplitude. Precisamente, por esta igualdade de valoração, a teoria recebe tal nome: as condições são vistas como causadoras, e toda a ação que causam é típica.

Na teoria causalista clássica, a imputação se reduzia a determinação da causalidade, e sua teoria serviu para explicação deste elemento denominado equivalência, segundo o qual um resultado é consequência de todas as condições que tenham contribuído para sua produção³¹⁸.

Curiosamente, é uma doutrina que se distancia e paradoxalmente se aproxima do significado advindo da Filosofia e das Ciências Naturais. Para a equivalência, a causa não é a soma de todas as condições do resultado, como vislumbram tais ciências, e sim cada uma delas, mesmo que tenham atuado conjuntamente a muitas outras para alcançar o resultado. A teoria da equivalência trata cada causa parcial como causa autônoma.

Neste sentido, TAVARES conclui que “É, portanto, uma teoria individualizadora no sentido de formar, com respeito a cada uma destas condições, um processo causal independente³¹⁹”.

A teoria da equivalência das condições consiste em uma visão naturalista de causalidade, que afirma a existência desta quando é feita uma abstração mental da condição colocada em jogo pelo agente, desaparece também o resultado relevante, em outros termos, o resultado não teria sido produzido em sua forma concreta.

Assim, todas as condições do resultado são causa, recebendo a mesma consideração aos efeitos penais. Relaciona-se diretamente com a fórmula do *conditio sine qua non*³²⁰.

³¹⁸PAREDES VARGAS, César Augusto. *La imputación objetiva en el Derecho penal*. Tesis para optar el Grado de Magíster en Derecho Penal, U.N.M.S.M., Lima – Perú, 1997, Pág. 7.

³¹⁹TAVARES, J. *Teoria do Injusto Penal*, p. 258.

Neste aspecto, será analisada esta concepção, tanto em sua visão clássica, assim como a visão moderna.

Esta versão da teoria da *condition* ou da equivalência das condições, idealizada pelo processualista Julius Glaser e adaptada ao campo penal pelo magistrado do Tribunal Supremo Alemão do Reich, Von Buri, sustenta que é toda condição da qual dependeu a produção do resultado é considerada sua causa. Assim, toda condição do resultado é causa do mesmo, independente de maior ou menor proximidade ou importância. Fala-se, portanto, em equivalência das condições.

Analizando as críticas da versão inicial de Von Buri, tanto nos processos de causalidade hipotética como nos de causalidade cumulativa, Mir Puig opina que sobre a base do conceito de causa que oferece a teoria de uma equivalência das condições, a causalidade pode ser comprovada partindo do conhecimento das leis da natureza, o que bastará nos casos mais simples, utilizando a fórmula da *conditio sine qua non*, quando tenha que analisar vários fatores segundo aquelas leis que puderam influenciar no resultado, e nos casos de causalidade indireta ou mediata, na qual se interpõe algum fator causal entre o resultado e a conduta examinada³²¹.

Com efeito, para esta corrente, cada uma das condições que contribuem para o surgimento de uma consequência deve ser considerada como sua causa, de tal maneira que nenhum dos fatores determinantes do resultado tem uma importância superior aos demais, pelo contrário, todos possuem um valor equivalente, pois a conjugação de todos possibilitou o resultado³²².

³²⁰ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. “Relación causal. Diversos planos de la causalidade?” En: *Derecho penal de la circulación. Estudios de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 2da. Edición, Editorial Bosch, Barcelona – España, 1990, Págs. 19 y sgts.

³²¹ MIR PUIG, Santiago. “Derecho penal, parte general, 7ª Edición, Editorial Reppetor, Barcelona – España, 2004, Pág. 225.

³²² BACIGALUPO, Enrique. “La imputación objetiva”. En: **Rev. de Colegio de Abogados Penalistas de Caldas**, Manizales – Colombia, 1992, Pág. 15. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio / HUERTA TOCILDO, Susana. *Derecho penal, parte geral.*, 2da. Edición, Castellanos Editor, Madrid – España, 1986, Págs. 83 – 84. GÓMEZ BENITEZ, José Manuel. *Teoría jurídica do delito*, Editorial Civitas,

A questão de quando uma conduta poderia ser considerada condição do resultado geralmente era resolvida com a ajuda de uma fórmula heurística de caráter hipotético: a fórmula da *conditio sine qua non*. Segundo esta concepção, será causa de um resultado qualquer condição que, suprimida mentalmente, faça desaparecer o resultado (fórmula da eliminação hipotética ou exclusão mental)³²³.

A questão em matéria penal não se trata de estabelecer o conjunto total de condições, e sim da relação entre uma ação humana determinada e seu resultado ou consequência. ROXIN atenta para o fato de que a questão jurídica fundamental não se resume a averiguar se determinadas circunstâncias se dão, mas em estabelecer critérios em relação aos quais se quer imputar a uma pessoa determinados resultados³²⁴.

Assim, por exemplo, só seria considerada causa em sentido jurídico aquela condição mais eficiente, a última condição posta pelo comportamento humano, ou a condição estimulante (em oposição à condição inibitória)³²⁵.

Madrid – España, 1984, Pág. 174. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria Geral do Delito*, Editorial Temis, Bogotá – Colombia, 1984, Pág. 22.

³²³ WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner. *Op. cit.*, pp. 52 e ss.; JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª edición. Traducción de Joaquín Cuervo Contreras y José Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997, pp. 205 e 206p. 227; WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán. Parte General*. 11.ª ed. Traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañes Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976, p. 67; ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Traducción de la 2.ª edición alemana por Diego-Manuel Luzón Pena et. al. Barcelona: Civitas, 1997, pp. 347-349, onde destaca que já em 1858 GLASER escrevia o seguinte: “há um ponto de apoio segura para examinar o nexo causal; quando se intenta suprimir mentalmente o evento originalmente da soma dos acontecimentos e então se vê que apesar disto se produz o resultado, que apesar disto a série sucessiva das causas intermediárias segue sendo a mês, a está claro que o fato e seu resultado não podem ser reconduzidos à eficácia desta pessoa. Se, pelo contrário, se vê que, quando se suprime mentalmente esta pessoa do cenário do acontecimento, o resultado não poderia se produzir em absoluto ou que teria que produzir-se por outra via totalmente distinta, então está justificado com toda segurança considerá-lo como efeito de sua atividade”.

³²⁴ ROXIN, C. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, p. 145.

³²⁵ ROXIN traça críticas ásperas em relação a esta teoria, alegando não só que é inútil como pode levar a erros, e ressalta que a maior parte da doutrina aceita a equivalência nesta situação: nos crimes comissivos, o nexo causal entre ação e condição é uma condição necessária, mas não suficiente para a imputação ao

Foi utilizado na jurisprudência alemã pela primeira vez no ano de 1910; em nossa legislação pátria, o Código Penal Brasileiro, ao focar a relação de causalidade, recepciona tal fórmula hipotética no seu Artigo 13, *caput*, segunda parte³²⁶.

Afirmam seus adeptos que referida aplicação ao caso concreto permite elucidar facilmente se há ou não nexos de causalidade entre a ação e o resultado: este é causado por uma ação, quando não pode esta ser supostamente excluída sem que o resultado desapareça em sua forma concreta. De maneira que, se excluída mentalmente a ação, e o resultado da mesma forma se produz, é porque não existe um nexo de causalidade entre o comportamento e a alteração no mundo exterior: dessa forma, não houve real contribuição para o resultado.

Aplica-se a mesma estratégia mental para os casos de condutas omissivas, só que de forma inversa, ao invés de excluir, inclui-se a conduta mandada e, se a ação se realizasse e o fato não tivesse ocorrido, haveria ligação entre a omissão e o resultado.

A teoria da equivalência das condições obteve inúmeras censuras, e as mais incisivas no que tange ao dito *regresso infinito* desta exclusão hipotética: se toda condição é causa, qualquer conduta anterior e criadora indireta daquela circunstância também seria considerada causa do resultado. Criar-se-ia assim uma cadeia interminável de ações causadoras do resultado. Poderia então, fatalmente, distanciar-se da realidade, como, por exemplo: ao fabricante de armas ou ao fabricante de automóveis, seriam atribuídos incontáveis homicídios, pois sem os produtos fabricados sob suas responsabilidades, tais resultados não teriam ocorrido.

SPENDEL E WELZEL, em meados do século passado, rebateram a essas e a outras diversas críticas ao defender a tese de que, para a determinação de ser ou não causa concreta de um resultado uma determinada ação, é imprescindível “(...) *um prévio conhecimento abstrato da eficácia geral desse fator ou meio, pressuposto lógico da*

tipo objetivo, devendo-se assim recorrer a outros raciocínios de imputação. ROXIN, C. Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal, p. 274-278.

³²⁶“Art. 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.”

fórmula de pesquisa causal da teoria da equivalência, que não se confunde com pesquisa de propriedades físicas ou químicas de elementos naturais”³²⁷.

Também no caso de dupla causalidade alternativa há problemas: quando várias condições concorrem, mas cada uma já seria suficiente para causar o resultado. Para tais situações, WELZEL elaborou a fórmula da eliminação global, onde qualquer delas é considerada causa. Assim, se num mesmo momento A e B ministrassem doses igualmente letais de veneno a C, tanto as ações de A como B seriam igualmente causadoras do resultado morte.

Todavia, TAVARES salienta que, caso comprovado que apenas uma das doses de veneno causou efetivamente a morte, sem saber qual delas, ambos devem responder tão-somente por tentativa de homicídio em respeito ao princípio *in dubio pro reo*, que é “*antes de tudo uma consequência do princípio da presunção de inocência e deve ser utilizado como instrumento delimitador da incidência normativa*”³²⁸.

Outra crítica a respeito de referida fórmula dá-se quanto às situações hipotéticas. Suponha-se que um militar, acusado de ter fuzilado ilegalmente um prisioneiro, argumenta que se ele não o tivesse feito, outro assim o faria pela obediência hierárquica. Destarte, se sua ação hipoteticamente não tivesse sido praticada, o resultado não desapareceria. Fica claro que a teoria da equivalência não se adequa a estes casos, pois se o segundo soldado o tivesse feito, utilizando-se da mesma teoria, também a ele não seria atribuído o resultado, e assim, não se verificaria a conduta causadora³²⁹.

Mais uma situação de inadequação em referido processo diz respeito à causa superveniente, outrora denominada concausa. Ela é vista como qualquer outra causa e não se sobressai diante das outras. O Código Penal Brasileiro, em seu artigo 13, § 1º, tendo por objetivo balizar o regresso infinito, utilizou fórmula que desfigura a teoria da equivalência nesse caso quando dita: “*A superveniência de causa relativamente*

³²⁷ CIRINO DOS SANTOS, J. *A moderna Teoria do Fato Punível*, p. 52. WELZEL, Hans. *Op. cit.*, p. 66.

³²⁸ TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*, p. 212.

³²⁹ DIAZ, Claudia Lopes. *Introducción a la Imputación Objetiva*, p. 36.

*independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou”*³³⁰.

Quanto à interrupção da relação de causalidade, os que advogam em favor da teoria em estudo acreditam que não sucede. O acontecimento extraordinário em uma relação condicional não tem influência na causalidade. Assim, pensam que não se interrompe a causalidade porque entre a conduta e o resultado ocorre a atividade dolosa de um terceiro.³³¹ Em geral, pode-se afirmar que a relação de causalidade não admite interrupção alguma: considera-se que as condições (sejam elas anteriores, simultâneas ou supervenientes) não têm efeito excludente do nexo causal.

Há o exemplo de alguém que, durante uma rixa, sofre lesões leves, mas durante intervenção cirúrgica perfaz choque anafilático e vem a morrer: causadores do resultado serão todos, pois todas foram as condições causadoras do resultado morte³³².

No caso de causas intermediárias culposas, estas também não são enfocadas como influentes sobre o nexo causal: se um indivíduo leva consigo uma arma em visita a um restaurante, deposita seu agasalho na chapelaria e o funcionário desta vem a atingir acidentalmente um colega, tanto o visitante quanto o funcionário deverão responder pelo resultado.

Entretanto cabe alertar que, se essa interrupção vem a anular ou impedir os efeitos da primeira conduta, ultrapassando-a, já não há mais nexo algum entre essa última e o resultado.

Para ROXIN, tanto raro quanto de difícil elucidação é o caso de interrupção de cursos causais salvadores, por exemplo: alguém destrói a mangueira do corpo de bombeiros que teria apagado o incêndio, ou destrói o único frasco com medicamento

³³⁰ CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. DEL 2.848/1940 (DECRETO-LEI) 07/12/1940.

³³¹ Em oposição a esta criou-se a chamada teoria da proibição de regresso no âmbito do delito culposos, patrocinada por FRANK e afastada na jurisprudência alemã: em caso de favorecimento imprudente de uma conduta dolosa, interromper-se-ia a relação de causalidade por intervenção de um terceiro, salvo normas próprias do induzimento e do auxílio. ROXIN, C. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*, p. 295.

³³² ROXIN, C. *Idem*. *Ibidem*

capaz de salvar a vida de outrem. Nesses casos, o autor é punido pelo crime comissivo consumado, pois o curso causal por ele cessado evitaria quase que certamente o resultado típico. Segundo CIRINO DOS SANTOS, “*Estas são hipóteses de interrupção de causalidades dirigidas à proteção do bem jurídico: impedir a ação de processos ativados para a proteção do bem jurídico tem a mesma eficácia causal que acionar processos de destruição do bem jurídico, se ocorre o resultado de lesão pela exclusão daqueles ou atuação destes. Ao contrário, inexistente relação de causalidade se a ação obstada é ineficaz para produzir o resultado (...)*”³³³.

Aqui, a causalidade do agente, se considerada como força eficiente, não parece no curso causal real (o fogo), só lhe tendo neutralizado um óbice potencial. Entretanto, o direito satisfaz-se com uma sucessão determinante, contínua de eventos. Esta sucessão está presente neste caso, haja vista que o impedimento do ato salvador foi crucial.

As críticas elaboradas a esta concepção são, em síntese: a) Se toda condição do resultado é causa do mesmo, também o será a mais remota condição que se possa imaginar, ou seja, haverá um regresso ao infinito; b) A fórmula hipotético-negativa da teoria da *conditio sine qua non* não serve quando se desconhece a virtualidade da suposta condição, assim, não se sabe se realmente foi condição do resultado; c) A fórmula da *conditio sine qua non* é falha nos casos em que concorrem à produção do resultado duas condições, de modo que nesta situação ambas poderiam ter sido suficiente para causa-lo; d) No que diz respeito à omissão, a causalidade entendida enquanto categoria do ser, leva a conclusão de que não existe em nexo de causação entre a conduta proibida (e efetivamente realizada) e o resultado lesivo; e) A fórmula da *conditio sine qua non* desempenha nesta questão da causalidade na omissão papel que ocasiona confusão no intérprete. O comportamento que deve ser suprimido mentalmente, no agir positivo, é o emprego de

³³³CIRINO DOS SANTOS, J. *A Moderna Teoria do Fato Punível*. p.55.

energia, determinada, concreta, enquanto que não omissão, há uma negação que, quando suprimida mentalmente³³⁴.

9.4. Teoria da Causalidade Adequada

Criada por VON BAR, em 1871, e tendo seu desenvolvimento atribuído ao lógico e médico alemão JOHANNES KRIES, em escritos datados de 1886, durante muito tempo foi aceita na doutrina junto à teoria da equivalência, e até hoje se encontra em uma o complemento da outra.

Proclama que, em Direito Penal, tem-se como causa apenas aquela conduta adequada para produzir o resultado típico, valendo-se do juízo da possibilidade e da probabilidade, utilizando-se do critério da *prognose objetiva posterior*, termo criado por MAX RÜMELIN principalmente para o Direito Civil, que seria a análise da previsibilidade do sujeito, de acordo com que um homem prudente, dotado de conhecimentos médios, adicionados aos que possua no momento da ação, entendesse como tal, eliminando assim as condutas que produzem o resultado por acidente. Considera-se condição aquela conduta que eleva a possibilidade de produção de um resultado, quando é provável que o comportamento tenha trazido consigo o resultado³³⁵.

Assim sendo, é considerada irrelevante e excluída de apreciação aquela que infortunadamente, por acaso, contribuiu para o resultado, porquanto é uma causação não adequada e fortuita que dá lugar a esses resultados, mas isto excepcionalmente, e então só pode ser avaliada em determinados casos concretos e fora do encaixe do direito.

Ao aplicar-se esta teoria, passam-se duas fases distintas: primeiro comprova-se a relação de causalidade e, *a posteriori*, verifica-se se esta relação é tipicamente relevante.

TAVARES entende que, desta forma, se busca mais a imputação do que a relação causal, pois pretende delimitar a causalidade natural. Parte primeiramente da fórmula de

³³⁴ WELZEL, Hans. *Op. Cit.*, Pág. 277. CEREZO MIR, José. *Estudios sobre la moderna reforma penal española*. Editorial Tecnos, Madrid – España, 1993, Pág. 201. GRACIA MARTIN, Luís. *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*. Editorial Tirant Le Blanch, Valencia – España, 1993, Pág. 74.

³³⁵ PEÑA CABRERA, Raúl. *Op. Cit.*, Pág. 304.

eliminação hipotética. Se verificar-se que inexistente causalidade, tal verificação deve ser desconsiderada. Mas se a causalidade for detectada, isto não quer dizer que obrigatoriamente ela é adequada. KRIES sugeriu que o grau de probabilidade fosse apurado segundo a previsibilidade do próprio agente, mas aí haveria confusão entre a causalidade e a culpabilidade. A partir desta constatação, por meio da já mencionada prognose objetiva posterior, o juiz buscará se a conduta representa uma tendência geral à produção do resultado: coloca-se no ponto de vista de um observador que se posiciona antes do fato, que seja prudente e tenha conhecimentos especiais, além daqueles próprios do círculo social do autor³³⁶.

De acordo com a formulação inicial desta teoria, passou-se a reconhecer que um fenômeno é sempre produto da confluência de diversas circunstâncias, e sem uma ação conjunta não se poderia explicar o resultado. Von Bar atentou para a indefinição de seu pensamento, tendo sustentado a necessidade de distinguir-se entre causas e condições, de modo que uma condição possa adquirir a condição de causa em determinadas situações³³⁷, tais como condições adequadas às regras gerais da vida, em conformidade com a experiência em geral, adequada para a produção de um determinado resultado.

Este critério, que também é chamado de prognose póstuma objetiva por VON LISZT, proclama que o decisivo é o curso normal da corrente causal que prende a manifestação de vontade do sujeito ao resultado, previsível, não *a priori* pelo agente, mas *ex post* pelo juiz³³⁸.

DIAZ verifica então que a possibilidade e a probabilidade são as bases da teoria de KRIES: o cálculo desta tem que ser feito de antemão e essencialmente desde o ponto do sujeito que atua ou se omite³³⁹.

³³⁶CIRINO DOS SANTOS, J. Op. cit., p.56.

³³⁷BACIGALUPO, Enrique. Op. Cit., Págs. 19 – 20. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio / HUERTA TOCILDO, Susana. Op. Cit., Pág. 86. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. Op. Cit., Pág. 147, GOMEZ BENITEZ, José Manuel. Op. Cit., Pág. 173. 107 Cfr. HUERTA TOCILDO, Susana. Op. Cit., Pág. 41.

³³⁸BRUNO, A. *Direito Penal*, p. 326.

³³⁹DIAZ, C. L. Op. cit., p. 40.

O juízo de adequação não pode fundamentar-se na absoluta certeza, senão na estatística e fundamentalmente conforme a experiência da vida, sem desconhecer o saber normativo. Há que se levar em consideração as condições que o agente conhecia no momento de atuar (no caso de delitos dolosos) ou as que o sujeito podia e devia conhecer (em delitos culposos).

Esta teoria permite eliminar processos causais invulgares: evita o regresso *ad infinitum* da teoria da equivalência, ao considerar, por exemplo, que os ascendentes do criminoso não são causa dos atos por ele praticados, além de permitir a exclusão de cursos causais fantasiosos, totalmente fora do cálculo racional. Assim sendo, o causador de um acidente automobilístico, cuja vítima de lesões leves morre num incêndio dentro do hospital, não pode ser considerado causador do resultado.

ROXIN afirma o que MEZGER havia reconhecido rapidamente: a teoria da adequação não se tratava de teoria da causalidade, mas de imputação, de responsabilização, não constituindo ainda uma teoria da atribuição típica³⁴⁰. Dessa maneira, somente permite resolver os dilemas dos chamados “cursos causais extraordinários”, mas não constitui uma explicação genérica do que é a conduta proibida. Também tem como limites qualificar os acontecimentos segundo critérios estatísticos ou de causalidade costumeira. A solução do problema passa a depender de um número ilimitado de pressupostos, pondera VON LISZT³⁴¹.

Todavia, não parece razoável basear-se num conceito de possibilidade, onde esta não existe, e sim a realidade de um evento *in concreto*.

Outrossim, critica-se nesta teoria sua relatividade, haja vista a possibilidade de haver condições atípicas ou anormais que, apesar de não serem consideradas habituais, sob o ponto de vista dos meios e condições em que o evento sucede, são de importância

³⁴⁰MEZGER, *apud* Roxin, tinha por intento decifrar que cursos causais seriam relevantes em uma interpretação racional dos tipos, e não só com base nos princípios da adequação. ROXIN, C. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*, p. 305.

³⁴¹BRUNO, A. *Direito Penal*, p. 327.

para o tipo penal, pois o autor pode conhecer os fatores causais que excepcionalmente conduzem ao resultado.

Por outro lado, introduz o critério da previsibilidade, antecipando a questão da responsabilidade e transcendendo do domínio próprio da causalidade.

BATTAGLINI afirma que esta teoria introduz um juízo de cálculo subjetivo, quando se trata apenas da produção de um fenômeno. “*É evidente que tudo o que se refere ao elemento psíquico nada tem a fazer com o nexo causal em sentido objetivo*”³⁴².

As críticas que foram elaboradas a esta concepção são, em suma: a) a teoria da causalidade adequada padece de certa imprecisão na hora de concretizar o nível dos conhecimentos ontológicos e nomológicos, que devem servir de base à previsibilidade objetiva, ou seja, que determinem quais são as circunstâncias do caso concreto cognoscíveis por uma pessoa inteligente e, sobretudo, qual é a experiência comum da época sobre os nexos causais; b) Somente permite resolver os problemas dos chamados cursos causais extraordinários, mas não constituem uma explicação geral do que é a conduta proibida; c) Limita-se a qualificar os eventos, segundo critérios estatísticos ou de causalidade habitual, não obstante, podem existir condições que, apesar de não terem sido qualificadas como habituais, são relevantes para o tipo penal. O princípio da adequação é unicamente um elemento estrutural – de qualquer maneira importante – dentro da teoria geral da imputação. Ele é nela absorvido, não precisando mais ser tratado separadamente nos quadros de uma teoria autônoma .

9.5. Teoria da relevância típica

Para seus precursores, a questão da causalidade propriamente dita só se resolve pela teoria de equivalência das condições, e a teoria da adequação não determina o nexo causal e sim a relevância jurídica de tal condição. Aqui encontra-se o grande mérito desta teoria, o que a coloca como precursora da teoria da imputação objetiva: atribui valor

³⁴² BRUNO, A. Idem e ibidem.

devido à relevância jurídica. Segundo ANIBAL BRUNO³⁴³, foi assim consubstanciada na junção da teoria da equivalência com a da causalidade adequada: separou a questão ontológica (causalidade) do problema normativo (relevância). Essa última ocorre em duas etapas: abarca o juízo de adequação em um primeiro momento, onde o que interessa é o objetivamente previsível, e o que for imprevisível para um homem prudente será irrelevante. Aqui entra um segundo critério: a interpretação teleológica dos tipos, ou seja, a interpretação de cada tipo específico: o *telos* de cada tipo penal dirá o que poderá ser considerado relevante. Como ilustração, afirma-se que o fato de um anfitrião ter convidado amigos para uma festa e, ao recebê-los, um deles morre ao cair num buraco na garagem (falha de algum empregado) não o faz culpado de homicídio, pois não pode ser considerado, indubitavelmente, autor de uma conduta típica³⁴⁴.

Observa-se que, com as lacunas deixadas diante da limitação do regresso infinito, houve a necessidade de abordar-se de modo mais específico os crimes qualificados pelo resultado, praticados em co-autoria, pois neles há sempre o risco de que a responsabilidade pelo resultado mais grave seja dada ao agente como simples consequência de sua atuação anterior contrária ao direito. Sob a sombra desta teoria, há necessidade de verificar se a causalidade está próxima ou distante do processo que o tipo legal traça como proibido, bem como questionar o fim de proteção da norma. Caso se distancie delas, o agente não poderá ser responsabilizado, e sim aquele que atuou com relevância típica, isto é, aquele que produziu o resultado mais grave dentro do desdobramento daquela atividade típica³⁴⁵.

Oportunamente, cabe traçar os liames entre causalidade e imputação de resultado, conforme ensinamentos de TAVARES, que se utiliza da doutrina germânica ao afirmar: “A causalidade será decidida pela teoria da condição. A imputação teria por base a relevância jurídico-penal do processo causal, que só reconheceria as condições

³⁴³ BRUNO, A. *Direito Penal*, p.328.

³⁴⁴ DIAZ, C. L. Op. cit., p. 45.

³⁴⁵ RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Derecho penal. Parte general*. Editorial Civitas, Madrid – España, 1978, Pág. 306.

*tipicamente adequadas a produzir o resultado, sob o enfoque da finalidade protetiva da norma e as particularidades concretas do tipo legal de crime*³⁴⁶”.

Tal abordagem sobre a finalidade, o fim da conduta, desaguou nos fins do Direito Penal e fins da pena, que acabaram por ser objeto de estudo de ROXIN, em sua moderna teoria da imputação objetiva. ROXIN e JESCHECK lamentam que MEZGER falhou ao considerar o ponto de vista interpretativo um problema da Parte Especial, apenas³⁴⁷.

Já TAVARES afirma que ela trabalha com critérios exclusivamente normativos, mas que estes clamam por decisões exegéticas do sentido de cada tipo penal para serem válidos³⁴⁸.

Percebe-se que a teoria acaba resolvendo o problema da responsabilidade penal, e não o da causalidade, pois ultrapassa os limites desta.

MEZGER comprova tal assertiva ao, ele mesmo, definir os pressupostos da punibilidade: a conexão causal do ato de vontade com o resultado, a relevância jurídica de tal conexão e, por último, mas não menos considerada, a culpabilidade do sujeito³⁴⁹. Sabe-se que a causalidade tem sua valoração apenas quando se trata da responsabilidade penal³⁵⁰.

9.6. A teoria da lei causal necessária

Na atualidade, a doutrina, no tema da causalidade, parte da subsunção do fato a uma lei de cobertura, dotada de validade científica³⁵¹. A natureza está regida pela lei da causalidade, cuja expressão utilizada são as chamadas leis naturais, às quais são genéricas

³⁴⁶ TAVARES, J. *Teoria do Injusto Penal*, p. 221.

³⁴⁷ ROXIN, C. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*, p. 280.

³⁴⁸ TAVARES, J. *Op. cit.*, p. 222.

³⁴⁹ BRUNO, A. *Direito Penal*, p. 329.

³⁵⁰ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Op. Cit.*, Pág. 77.

³⁵¹ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*, 7a. Edición, Editorial Reppetor, Barcelona – España, 2004, Pág. 305.

quando explicam a relação existente entre uma ação e o resultado. Ainda, são universais quando esta lei é reconhecida em sua totalidade pela comunidade científica.

9.6.1. Tese de Armin Kaufmann

Cabe à Armin Kaufmann o mérito de ter distinguido com grande precisão a causalidade geral e a causalidade concreta. Para ter confirmada a causalidade nos delitos de resultado, não basta comprovar que o fato sucedeu a outro, e deduzir com base nisto se o segundo é devido ao primeiro.

Para afirmar esta causalidade concreta, necessita-se que se estabeleça, previamente, que já se tenha estabelecido uma lei da natureza, ou seja, a causalidade geral, segundo a qual acontecimento de características “XX” são causas de acontecimentos “YY”³⁵².

A posição de Kaufmann foi desenvolvida a partir do caso Contergan, no qual indicou-se que a lei universal forma parte da tipicidade, na medida em que possibilita a compreensão dos cursos causais concretos³⁵³.

Kaufmann fundamentou entendimento de que a causalidade, como elemento do tipo, é um elemento em branco que tem que se preenchida mediante uma lei causal geral, conhecida³⁵⁴.

A lei universal será, então, aquela que garanta, de modo invariável e necessário o que acontecerá caso tal precedente se concretize. Enquanto possa ser anunciada uma lei

³⁵²CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El Derecho penal Español. Parte general*. 2ª Edición, Editorial Civitas, Madrid – España, 1996, Pág. 455.

³⁵³KAUFMANN, “Armin. Tipicidad y causación em el procedimiento Contergan”. Em: *Nuevo Pensamiento Penal*, Bogotá – Colombia, 1973, Pág. 28.

³⁵⁴PUPPE, Ingeborg. “Problemas de imputación del resultado em el ámbito de la responsabilidade penal por el producto”. *Responsabilidade penal de las empresas y sus órganos e responsabilidade por el producto*. MIR PUIG, Santiago. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Jose Maria Bosch Editor, S.L. – Barcelona, 1996. P. 224.

geral que explique os acontecimentos, e que sirva como lei de cobertura, a conclusão sobre o juízo de causalidade não enfrentará problemas.

Os problemas, no entanto, surgem quando nas ciências empíricas não existe acordo majoritário sobre o enunciado total da lei universal, ou, inclusive, sobre sua própria existência. Para esta corrente, a função do juiz se limita a selecionar a lei causal objetiva e necessário, sob a qual deve subsumir o fato.

Contra este pensamento, alega-se, em primeiro lugar, que a lei universal não pode ser elemento do tipo penal, porque ao ser assim, o juiz não poderia utilizar-se da opinião dos peritos, já que, neste caso, tratar-se-ia de um componente normativo submetido ao princípio *iura novit curia*³⁵⁵.

Por outro lado, afirma-se que, dado que o número de leis universais acessíveis ao conhecimento humano é limitado (e inferiores em número aos riscos), vincular o juiz penal à lei universal equivale assegurar a impossibilidade de sua aplicação, frustrando-se, com isto, a função repressiva do Direito penal³⁵⁶.

9.7. Teorias dos cursos causais não verificáveis

9.7.1. A tese de Karl Engisch: causalidade conforme uma lei natural

Com origens no pensamento de ENGISCH, a recente teoria da condição conforme uma lei natural encontra na Alemanha e na Espanha um ambiente cada vez mais favorável à sua difusão doutrinária e jurisprudencial. Apesar de possuir certas semelhanças com a teoria da equivalência (tanto que ambas merecem o título de “teoria da condição”), a tese em análise trabalha com conceitos e elementos completamente distintos. Com efeito, a fórmula da condição ajustada a uma lei se baseia em três

³⁵⁵DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes. *Causalidad em los delitos contra el medio ambiente*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia – España, 1995, Pág.

³⁵⁶Idem, Pág. 70.

premissas específicas destinadas à superação das fraquezas da famigerada fórmula da supressão hipotética utilizada pela teoria da *c.s.q.n*³⁵⁷.

Primeiramente, ela parte do reconhecimento da necessidade do abandono daquela perspectiva lógica, hipotética e abstrata expressa na teoria da equivalência em prol de uma perspectiva empírica, real e concreta.

O conceito de condição deve, pois, manter-se livre de hipóteses: constitui causa qualquer modificação do resultado em sua configuração concreta (teoria concretizadora).

A tese propõe, ainda, uma rígida separação funcional-temporal entre juízo de causalção e juízo de imputação no contexto das questões a serem tematizadas pelo tipo objetivo: enquanto o primeiro juízo se encarrega do problema ontológico-naturalístico prévio, o segundo cuida da questão axiológico-normativa posterior.

Em outros termos, a causalidade é condição necessária, mas não suficiente para a imputação típica. Assim, a tese postula apenas o status de pura teoria da causalidade, plenamente compatível com a moderna teoria da imputação objetiva.

Além, a teoria reconhece que a crescente complexidade do mundo contemporâneo frequentemente impossibilita o acesso do juiz da causa à realidade empírico-científica subjacente à prática do crime. Nestes casos extremos a constatação do curso causal concreto sujeito ao procedimento de prova durante a instrução do processo penal depende dos conhecimentos especializados já sedimentados pelos peritos técnicos das diversas áreas das chamadas ciências naturais. Trata-se, pois, de um conceito científico-natural de causalidade³⁵⁸.

9.7.2. A tese de Ingeborg Puppe

Puppe propõe o abandono da ideia de que a causa seja uma condição necessária. Porém, trata-se de todo componente necessário de uma condição suficiente, que, no

³⁵⁸WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner. *Op. cit.* p. 56; JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Op. Cit.*, p. 277.

sentido das leis naturais, indicam que se ocorrem uma série de pressupostos, segue, necessariamente, um determinado efeito. Neste sentido, Puppe afirma que causa é todo componente necessário de uma condição suficiente do resultado, segundo as leis da natureza³⁵⁹.

Em estudo realizado em 2001³⁶⁰, Puppe desenvolve seus postulados equidistantes entre teses normativistas radicais e antinormativistas. Em particular, sem rechaçar em absoluto as aproximações básicas do normativismo, pretende-se criticar o desprezo que, em algumas ocasiões, manifesta-se ante as descrições e distinções fáticas, assim como as estruturas lógicas existentes entre estas. Em última instância, trata-se não de prescindir do recurso às ciências empíricas e sociais, já que podem apontar conhecimentos relevantes para o Direito penal.

Face a isto, a importância do fático, ou do empírico, dentro de um contexto em que os juízos de valor se destacam com toda nitidez é correta, na medida em que se parte de princípios, como responsabilidade pelo fato, legalidade e imputação, assim como por rechaçar a análise dos cursos causais hipotéticos, de onde as teorias da evitabilidade ou do incremento do risco disputam qual apresenta as mais adequadas consequências jurídico-penais.

Ante a esta posição, Puppe precisa que se requer a formulação de uma lei causal, assim como de seu curso concreto, real, e não hipotético; E, para tanto, requer-se de leis empíricas e não de fórmulas simples, de desenvolvimento de força eficiente. Neste sentido, para Puppe é necessário precisar se a lei causal aplicada está contida conceitualmente no estabelecimento da causalidade (*ratio essendi*), ou é somente um indício a ela (*ratio cognoscendi*).

³⁵⁹PUPPE, Ingeborg. “Causalidad”. En: *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Nº XLV - II, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid – España, 1992, Pág. 691.

³⁶⁰ PUPPE, Ingeborg. *La imputación objetiva presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudência de los tribunales*. Traducción de Percy García Caverro, Editorial Comares, Granada – España, 2001.

Face a isto, deve-se precisar o que é que vincula a causa seu efeito, isto é, o que é que diferencia a relação causal propriamente dita, de uma sucessão pura, temporal, de um fenómeno³⁶¹. Ante ao tal dilema, Puppe toma postura ao estabelecer que a relação entre causa e consequência se define como uma relação condicional, ajustada às leis, pela qual não será lógica, senão empírica. Por outro lado, Puppe, em, sua visão pessoal de imputação objetiva, estabelece que o indicado anteriormente é o primeiro nível, isto é, a relação de causalidade. Não obstante, para o fundamento da imputação é oriunda da quebra de um dever, cujo conteúdo e forma observada são determinados pelas regras jurídicas.

Em suma, os aspectos fáticos, ou empíricos, são as relações entre a obra do autor e o resultado. Em troca, os aspectos normativos, como não se esgotam na observação dos fatos, devem ser questionados na observação de um dever.

Entretanto, Puppe é consciente que, no mundo da causalidade, pode-se chegar a conclusão de que certos âmbitos não apresentam leis causais determinadas. Mas isto não implica que o juiz deva aplicar imediatamente o *in dubio pro reo*, dado que, ante à falta de uma causalidade estrita, isto é, com leis causais de absoluta certeza, o juiz pode recorrer à leis de probabilidades, que substituem a causalidade. Assim, em âmbitos que não estavam plenamente determinados, não se pode estabelecer empiricamente mais que uma lei de probabilidade deste tipo. É, assim, uma questão normativa se tais leis estatísticas podem ser utilizadas ou não para o estabelecimento de um nexos causal, em âmbitos que não estavam plenamente determinados.

Esta questão não se soluciona em um sentido negativo, mediante o *in dubio pro reo*, como assume a doutrina dominante³⁶².

No que diz respeito à causalidade na omissão, parte a autora que a causalidade em sentido estrito é determinar, mediante leis empíricas, a presença de um fato, o que faz perder toda a virtualidade da *causa efficiens* (a causa que se uniu ao efeito, por uma espécie de fluxo de força, que vai da causa até ao seu efeito), considerando que esta força

³⁶¹ Ibidem, Pág.19.

³⁶² Ibidem, Pág. 28.

eficiente não pode ser percebida, nem pode ser medida, sendo pouco útil para a imputação jurídico-penal³⁶³.

A determinação do fato se dá através da formulação de uma proposição que descreve um estado das coisas e, se é certo, então é um fato. Este fato forma parte tanto da realidade como dos fatos que podem ser descritos mediante uma proposição figurada pelo “não”. (nota 114).

Assim, Puppe propõe o seguinte exemplo: a lei geral estabelece que uma decisão dos administradores de uma sociedade administrada conjuntamente é tomada se a maioria dos mesmos estiver de acordo com ela. Se a ação de um é parte necessária de uma condição suficiente, significa que é causal da decisão³⁶⁴. (nota 116).

Face ao exposto, pode-se dizer que Puppe exige, por um lado, uma lei geral e, por outro lado, da fórmula da *conditio sine qua non*, para encontrar a parte necessária da condição suficiente, que, a sua vez, é causa do resultado.

No que diz respeito à lei geral, esta deve ser natural, isto é, fática ou empírica, que se não for encontrada, pode ser substituída pela lei de probabilidades.

9.7.3. A teoria da lei causal como apreciação subjetiva do juiz: tese do Supremo Tribunal Espanhol

A sala II do Supremo Tribunal Espanhol lançou uma tendência jurisprudencial, a qual postula que, no âmbito jurídico-penal, não se requer uma certeza empírica de carácter matemático e necessário para a formulação da lei universal (causalidade abstrata), como acontece com as ciências da natureza.

³⁶³ Idem Ibidem, Pág. 45.

³⁶⁴ PUPPE, Ingeborg. “Problemas de imputación del resultado en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto”. En: *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Mir Puig y Luzón Peña (Coord.), Editorial Bosch, Barcelona – España, 1996, Pág. 229.

Pelo contrário, no âmbito penal a prova decisiva para a formulação do juízo penal é obtida quando o julgador, que acompanhou todos os atos do processo, está realmente convencido da existência dos fatos que necessitam de provas, estas que devem ser obtidas de acordo com as exigências racionais e lógicas das ciências do espírito, dentro daquelas a que se insere a reconstrução historiográfica, cuja área resulta impensável a aquisição de uma segurança excludente de toda a dúvida.

Determina-se que a demonstração científico natural não suponha uma certeza matemática e uma verificabilidade excludente da possibilidade do contrário, senão simplesmente a obtenção de uma certeza subjetiva³⁶⁵.

A questão é falaciosa em fixar as condições ou exigências que deve reunir uma conexão para que seja considerada causal. Será suficiente, desde o ponto de vista do Direito penal quando, comprovado um fato em um número muito considerável de casos similares, seja possível descartar que o evento tenha sido produzido por outras causas.

Nesta ordem de ideias, para ditar a sentença, o importante é que o juiz não tenha dúvidas razoáveis sobre a relação causal entre ação e resultado. Para tanto, pode basear-se em leis universais, sobre as quais existe consenso no âmbito científico. Mas quando tal consenso não existe, também pode servir para fundamentar a convicção necessária, ou certeza subjetiva, uma das posições em debate.

Não obstante, pode-se observar que esta tese, ao dizer quais são os limites da apreciação subjetiva, evita pronunciamentos jurisdicionais tendenciosos.

9.7.4. A teoria da lei causal estatística: tese de Gómez Benitez

Em princípio, para Gómez Benitez, na relação de causalidade concreta entre uma ação e um resultado pode ser demonstrada sem necessidade de que se conheça, ou que se

³⁶⁵ DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes. *Op. Cit.*, Pág. 71.

conheça plenamente, o fundamento material da causalidade, ou seja, o mecanismo de produção do resultado³⁶⁶.

Para este jurista, o que interessa não é a lei causal genérica, mas tão somente a concreta relação dos tipos penais de resultado. E isto porque o objeto da tipicidade penal somente é a relação causal concreta³⁶⁷.

Mas, na medida em que esta relação concreta é manifestação de uma lei geral, para efeitos penais não podem aparecer como contraditórias em si. É dizer, tem que concordar para que possa confirmar-se a tipicidade penal. Esta concordância, ontológica, formaria também parte da tipicidade.

Para comprovar esta concordância, não seria necessário, no entanto, a existência de uma lei universal necessária, isto é, perfeitamente conhecida, senão que bastaria uma lei que não contradiga as leis da natureza e que não possa ser cientificamente refutada.

Nesta ordem de ideias, admite-se a possibilidade de substituir a lei universal necessária por uma lei estatística, com caráter muito restrito, ou dependente de estruturas típicas dos tipos penais em concreto.

Não obstante, deve-se descobrir o número necessário de repetições do caso para afirmar a presença do nexa causal. Ou seja, se não se pode identificar uma lei causal universal, aplicável na omissão, então quantas situações similares deverão ocorrer para afirmar a responsabilidade penal de um sujeito que omitiu uma determinada ação.

Fundar a responsabilidade penal, tanto na comissão, como na omissão, em estatísticas, pode estar contradizendo o conteúdo do princípio da responsabilidade pelo fato.

O caso Contergan, ou da Talidomida³⁶⁸, já mencionado, que ocorrera na Alemanha, assim como o caso do Azeite de Colza³⁶⁹, ocorrido na Espanha, são bons

³⁶⁶GÓMEZ BENITEZ, José Manuel. *Causalidad, imputación objetiva y cualificación del resultado*. Ministerio de Justicia, Madrid – España, 1988, Pág. 28.

³⁶⁷ Idem, Pág. 56.

³⁶⁸ Ibidem, Pág. 56.

³⁶⁹ Ibidem, Págs. 125 y sgts.

exemplos de como, por terem sido tratados como problema de determinação em função da categoria causal, ao invés de terem sido considerados pela categoria estatística, a afirmação do nexo causal nestes casos tiveram um importante déficit de fundamentação.

Em nenhum destes casos pode-se comprovar com 100 % de segurança que o medicamento, ou o azeite, em questão, eram os que realmente haviam causado o dano à saúde das vítimas.

Ante à constatação de que em tais casos é, por princípio, impossível verificar com segurança uma causação, ou seja, epistemologicamente impossível, não somente probatoriamente impossível, propõe-se como solução de emergência aceitar que, em certos âmbitos, não resta outro remédio que demonstrar a causalidade com base em leis probabilísticas, ou estatísticas, pois, caso contrário, a alternativa é renunciar a toda imputação, solução que, desde já, não se pode tolerar.

O problema desta solução de emergência entrava no fato de que ela escapa de uma fundamentação objetiva: neste esquema, é evidente que tem lugar uma flagrante violação do princípio do *in dubio pro reo*, pois uma determinação causal que deve ser comprovada conforme às leis pertencentes a esta categoria de determinação e, estas leis causais, não se formulam mediante enunciados probabilísticos universais.

Dar por existente um nexo causal, com em leis estatísticas (probabilísticas) implica, para tanto, aceitar uma explicação de um evento ocorrido no mundo, sem tê-lo comprovado com segurança. E isto, traduzido à linguagem processual, não significa outra coisa que nulidade da sentença por violação do *in dubio pro reo*.

Assim, resulta que o déficit destas sentenças não somente está na fundamentação, mas também na legitimidade. Um argumento em contrário não se mostra idôneo.

9.7.5. A causalidade hipotética

Menção à parte merece a teoria da causalidade hipotética, que a diferencia do procedimento seguido pela equivalência das condições, que constata a causalidade através de uma fórmula que o resultado desaparece quando é suprimida a ação. Em troca,

a causalidade hipotética exige que se questione se o resultado prejudicial teria sido produzido caso o autor tivesse executado o comportamento ordenado³⁷⁰.

Com efeito, para a causalidade hipotética, deve-se indagar pela possibilidade fática, ou capacidade abstrata, que teve o sujeito, de evitar o resultado. Ou seja, se a ação tivesse sido executada, assegurado está que o resultado teria ocorrido, ou com muita probabilidade³⁷¹.

Se a crítica se dá pela falta de precisão da noção de probabilidade e, em particular, com referência ao grau de intensidade que esta deveria alcançar. Assim mesmo, deve-se rechaçar porque a causalidade requer, como categoria do ser, uma verdadeira fonte de energia que seja capaz de proporcionar uma visualização de formas.

Com efeito, a teoria da causalidade hipotética nos leva à operar não com juízos de necessidade causal, senão com juízos de probabilidade. Neste sentido, se é dito que a ação esperada teria impedido com probabilidade bem próxima à certeza o resultado típico³⁷².

Por outro lado, como indicava Ivan Meini, esta teoria não deixa de ser uma presunção em contrário ao réu, considerando que surpreende a diferença no tratamento da relação de causalidade, face aos delitos comissivos de resultado, para os quais exige-se seguridade e não simplesmente probabilidade, por mais alta que esta possa ser³⁷³.

9.7.6. A tese de Eric Hilgendorf

Casos de responsabilidade pelo produto, como o Contergan³⁷⁴, o do spray para coro³⁷⁵, o do produto protetor de madeira³⁷⁶, ou o caso espanhol do azeite de colza³⁷⁷,

³⁷⁰ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Op. Cit.*, Págs. 177 y sgts.

³⁷¹ MARINUCCI, Giorgio. *Op. Cit.*, Pág. 105.

³⁷² JESCHECK, Hans Heinrich. *Op. Cit.*, Pág. 563.

³⁷³ MEINI MÉNDEZ, Iván. “La comisión por omisión”. En: XVI Congreso Latinoamericano, VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho penal y Criminología, U.N.M.S.M., Lima – Perú, 2004, Pág. 337.

³⁷⁴ LG Aachen, JZ 1971, pp.507 e ss

submeteram os métodos tradicionais de imputação jurídico penal a uma difícil prova. Seria exagerado querer lançar por terra o instrumental jurídico-penal de imputação, mas é conveniente seguir desenvolvendo funcionalmente alguns conceitos penais básicos, sobretudo com relação à causalidade, que prolonga uma miserável existência na jurisprudência sob a fórmula da *conditio sine qua non*.

A afirmação da existência de uma relação de causalidade entre dois eventos implica a aceitação de uma conexão conforme a lei entre ambos. Esta conexão pode ser de natureza determinista ou probabilística.

A fórmula da *c.s.q.n* oculta a diferença entre estes dois tipos de conexões conforme a leis. Não obstante, nos casos problemáticos de responsabilidade penal pelo produto, frequentemente é útil ter presente a relação de causalidade subjacente, como foi proposto por Engisch e outros.

A maioria dos problemas de causalidade na responsabilidade pelo produto podem ser discutidas dentro dos seguintes grupos de casos: desconhecimento das leis causais relevantes, grau de validade, desconhecimento das leis causais alternativas e grau de precisão da formulação das leis causais. Há também o pouco discutido problema da causalidade psíquica mediata,

A teoria da imputação objetiva não tem tido até o momento um grande papel na discussão sobre a responsabilidade penal pelo produto. Isto pode ser um indício de que se deveria refletir criticamente sobre o âmbito de aplicação desta teoria.

O critério de falta de adequação poderia seguir o uso de regularidades probabilísticas ou deterministas.

³⁷⁵ BGHSt 37,106 e ss.

³⁷⁶ BGHSt 41, 206 e ss.

³⁷⁷ NStZ 1994, pp. 37 e ss.

A proposta de Hilgendorf consiste no desenvolvimento da figura da imputação objetiva, dentro de um modelo causal mais ambicioso por meio do qual ante tudo se possam abarcar os cursos causais improváveis³⁷⁸.

9.8. Conclusão parcial

As questões sobre causalidade tem importante papel nos casos de responsabilidade penal pelo produto.

Tirando o fato de que a causalidade não pode, razoavelmente, ser um critério suficiente para fundamentar a imputação jurídico-penal, não parece ser possível desconhecer sua importância fundamental como critério necessário desta última, ao menos no âmbito dos delitos cuja consumação exige uma alteração física do mundo, como ocorre paradigmaticamente nos tipos de lesão e de homicídio.

Com efeito, geralmente nestes delitos o ponto de partida necessário para o processo de imputação é exatamente a constatação do nexo de causalidade entre a conduta de uma pessoa e o resultado lesivo ou morte de outrem.

Quando o nexo não existe, a imputação é descartada de imediato, o que leva à conclusão de que ao critério causal corresponde uma função de filtro, de seleção de possíveis candidatos para a fase ulterior de atribuição de consequências jurídico-penais.

A teoria da imputação objetiva do resultado não se opõe a esta assertiva. Resulta desde logo evidente respeito de todas as variantes da mesma que distinguem entre juízo de causalidade e juízo de imputação objetiva como duas etapas diferentes e consecutivas do processo de subsunção nos tipos de resultado, sendo que se vê neste último um juízo meramente corretivo do primeiro e que se tratam de duas fases necessárias na imputação

³⁷⁸ HILGENDORF, Eric. “Relación de causalidad e imputación objetiva a través Del ejemplo de la responsabilidad penal por El producto”, *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo LV, MMII, Madrid, 2004. PP 99-107.

objetiva do resultado lesivo, como um conceito superior que embarca os dois outros como elementos³⁷⁹.

Se não se verifica o nexo causal, simplesmente não se verifica o resultado típico, sem necessidade de se indagar adicionalmente pela concorrência dos requisitos da imputação objetiva. Assim, não se pode negar a relevância da causalidade quando no que diz respeito à imputação objetiva somente se verifica a criação e realização no resultado de um risco proibido após verificada que a conduta em questão pode provoca causalmente o resultado típico.

Tal assertiva não implica desconhecer que se à causalidade corresponde uma função relevante na imputação jurídico penal do resultado, devida a uma decisão normativa contingente. Ocorre que, entre outros possíveis critérios de imputação disponíveis, o Direito penal decidiu adotar a causalidade como critério de imputação necessário, ainda que não suficiente, no âmbito dos delitos de resultado, atendendo a suas finalidades próprias.

Neste sentido, pode-se dizer que para o Direito penal a causalidade é um critério ontológico, mas e enquanto tal, trata-se de uma causalidade necessariamente normatizada, plenamente incorporada nas estruturas da imputação jurídico-penal.

Esta última constatação nos remete às poderosas razões que levaram o Direito penal de modo tão persistente a vincular a imputação à existência da causalidade: o exagero acometido no passado nos processos de imputação.

Essa vinculação é plenamente justificada à luz dos critérios de racionalidade cotidianos, pois, com efeito, ao imputar uma morte ou lesão como fato de alguém, é no mínimo razoável fazê-lo a quem, ao menos, lhe tenha causado.

Esta ideia vem sendo submetida a importantes matizações no cenário da imputação jurídico-penal, tanto para limitá-la, como para torna-la operacional.

Além, parece socialmente adequado e justo que, em se tratando de fenômenos empíricos, sua explicação não tenha uma base meramente especulativa, senão que uma base empírica.

³⁷⁹ROXIN, Claus. *Op. Cit.* § 11.

Assim, para a imputação de uma morte a título de homicídio é indispensável uma explicação prévia sobre aquilo que foi a causa. Na maioria dos casos esta explicação é dada por especialistas do âmbito das ciências naturais, o que obedece a um profundo consenso social em torno das bases mínimas de racionalidade, reconhecidas obrigatoriamente pelas decisões jurídico-penais³⁸⁰.

Os deploráveis abusos relacionados ao positivismo naturalista não justificam a pretensão de uma imputação jurídico penal sem referências aos fins do direito penal, à critérios de racionalidade em torno dos valores existente no convívio social. A causalidade responde à necessidade de legitimação do Direito penal e lhe dá o fundamento fático necessário: sem prejuízo de sua fundamentação normativa, os pressupostos da punibilidade devem estar conectados com a realidade pois normas e valorações sem conteúdo fático não nenhum sentido³⁸¹.

Por certo é possível uma argumentação mais favorável à prova da causalidade, que supõe afirmar que a disposição em realidade não lidam com o problema da causalidade geral, de modo que este último subsiste e sua solução está entregue à elaboração dogmática sendo possível advogar por um tratamento como o que aqui se tem defendido.

Qualquer que tenha sido a função da disposição, deveriam se determinar os alcances das expressões que emprega, como prova pericial, explicação geral sobre os mecanismos que um produto desencadeia, etc. determinação que deve considerar também o contexto das atividades complexas e, deste modo, fazer-se cargo da problemática da causalidade geral.

É evidente, não obstante, que não se trata de uma situação reconfortante, pois a todas as luzes, fica faltando uma explicação razoável sobre o sentido prático do preceito.

Neste momento, basta reconhecer a consolidada delimitação entre causalidade e imputação, com a conseqüente superação das chamadas doutrinas individualizadoras, que

³⁸⁰ MODOLELL, Juan Luis. *Bases fundamentales de la teoría de la imputación objetiva*. Caracas: Livrosca, 2001, p. 103, 120 e ss,

³⁸¹ REYES, Yesid. “Causalidad y explicación del resultado”. *Derecho Penal Contemporáneo*. nº 14, 2006, p. 29. Também em PAREDES CASTAÑÓN / RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, El caso de la colza, p. 66 e ss.

limitavam esta última como critérios corretivos normativos da causalidade (são muito mais que isto).

Nesta medida, o atual debate jusfilosófico sobre a causalidade é compatível com a compreensão atual da ciência.

Neste contexto, chega-se ao ponto em que a causalidade é compreendida como um tipo de regularidade existente entre eventos observáveis no mundo físico, não como uma força suscetível de ser observada, em virtude da qual um evento prévio (causa), constitui como condição necessária de outro posterior (resultado)³⁸².

No momento de determinar logicamente a relação entre ambos os eventos, objeto preferido da doutrina, a resposta tradicional na literatura filosófica e jurídica tem sido a de causa como condição necessária de um evento, ideia que tem se expressado na fórmula contrafática da *conditio sine qua non*³⁸³, segundo a qual a causa de um resultado é cada condição que não pode ser suprimida sem que este último também desapareça. É também a concepção de causalidade dominante entre nós³⁸⁴, conforme já foi mencionado.

Apesar de sua ampla aceitação, a fórmula da *conditio* enfrenta problemas de aplicação, especialmente nos casos de cursos causais não verificáveis, onde apresentam causas de substituição, dificuldades que marcam o debate e tem determinado sua reformulação e, inclusive, sua relativa superação.

Mas um dos pontos mais críticos do debate é vinculação entre o conteúdo lógico e o conteúdo fático da causalidade. Embora se reconheça a relevância do conceito da causalidade, esta não isenta da comprovação dos pressupostos fáticos da mesma. E, neste sentido, a discussão sobre a *conditio* desvia atenção das exigências que a comprovação do curso causal impõe.

³⁸²PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. “Causalidad y determinabilidad”, en *Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje al Prof. Claus Roxin*. Córdoba 2001: eds. La Lectura y Lerner, p. 87 y siguientes

³⁸³ Sobre el empleo de fórmulas causales contrafáticas véase MENZIES, Peter. “Counterfactual theories of causation (2001)”. En *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, en <http://plato.stanford.edu/entries/causationcounterfactual/>, última visita: 15 de marzo de 2006.

³⁸⁴

Assim, denuncia-se que o emprego da fórmula da *conditio* não supõe como provado o que necessariamente é preciso provar. A atenção é centrada em um curso causal hipotético que nunca realmente existiu, e não no curso causal concreto.

Sem prejuízo da relevância que a fórmula da *conditio* tem para a solução de algumas hipóteses específicas, na atualidade se admite que para a prática do Direito penal a fórmula referida e a discussão que vem sendo travada somente tem valor heurístico que não deve ser superestimado.

O certo é que se pode concluir que quanto mais consistentes forem os indícios e quanto maior for o número de casos em que se tenha observado a causa e o efeito, refutável será a alegação de que se trata de mera coincidência, e o julgamento realizado proporcionará solidez, segurança e paz jurídica. Será necessário uma lei, com caráter geral para explicar os dados estatísticos como uma relação de causalidade³⁸⁵.

Para chegarmos a uma tomada de posição sobre o assunto, já analisamos toda a evolução do tema responsabilidade, desde a necessidade de imputação de um resultado a alguém, até a evolução da causalidade, para voltarmos à questão da responsabilidade penal pelo produto.

De acordo com a dogmática jurídico-penal majoritária, exigem-se três requisitos para a constatação da imputação objetiva do resultado ao autor. A primeira é a exigência de que o autor tenha provocado o resultado, de modo causal, por meio de sua atuação. A segunda é que o autor tenha criado o risco juridicamente desaprovado e a terceira é que esse risco provocado tenha se realizado no resultado.

Para FRISCH, deve ter sido realizada uma concatenação causal, cuja produção no resultado deve ser diferente daquela proibida pela norma, ou então, seja realizada de acordo com o mandamento da norma. O autor observa que se pode discutir, desde um ponto de vista terminológico, se a imputabilidade específica do resultado compreende

³⁸⁵ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. “Questões fundamentais da responsabilidade penal pelo produto defeituoso”. Revista dos Tribunais. RT910. Agosto de 2011.

somente as duas últimas exigências (criação do risco e sua realização), ou se também a primeira exigência da causalidade é necessária à imputação do resultado³⁸⁶.

A antítese aparentemente existente entre causalidade e imputação objetiva poderia servir de argumento às exigências normativas específicas dos crimes de perigo e a realização do mesmo. Ocorre, porém, que parece mais razoável e, nesse sentido, aponta FRISCH, que ao se referir à imputação objetiva do resultado, inclua-se também a causalidade como parte integrante do conceito, considerando que também é requisito para a legitimação da imputação do fato ao autor.

Vejamos o que dispõem as teorias da imputação objetiva

10. A teoria da imputação objetiva

A imputação objetiva apresenta-se como um complemento das diversas teorias causais. Quando se afirma que alguém causou determinado fato, se está transmitindo que aquele acontecimento é obra de sua vontade e não de um acontecimento acidental. O fato é a realização da vontade, e a imputação é o juízo que relaciona o fato com a vontade³⁸⁷. É chamada de objetiva, segundo RÉGIS PRADO³⁸⁸, porque a previsibilidade não é aferida com base na capacidade de conhecimentos do autor concreto, mas de acordo com um critério geral e objetivo, o do homem inteligente e prudente.

10.1. Origens

No mundo da Filosofia, PLATÃO pode ser considerado o primeiro a esboçar a ideia da escolha que cada um faz sobre seu próprio destino. Mas ARISTÓTELES foi

³⁸⁶ FRISCH, Wolfgang. *Tipo penal e imputación objetiva*. (traducción de Manuel Cancio Meliá, Beatriz de la Gándara Vallejo, Manuel Jaén Vallejo, Carlos Pérez del Valle, Yesid Reyes Alvarado y Arturo Ventura Püschel), Madrid, 1995. p. 29

³⁸⁷ PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*, vol. I, Parte Geral, p. 267.

³⁸⁸ PRADO, L. R. *Idem*, p. 268.

mais a fundo, iniciando com a definição de virtude: disposição racional que leva o homem a fazer bem sua tarefa. Pode-se mesmo dizer que quem determinou pela primeira vez os princípios da imputação foi ele, estudando as estruturas jurídicas *a priori*, isto é, as categorias ontológicas³⁸⁹. O princípio mais geral da imputação em ARISTÓTELES é o “domínio do fato”, no sentido de que uma ação somente é imputável se estiver em nosso poder, ou se somos seus donos, de modo que também poderíamos realizar de outra forma. Afirmou o pensador que *“o homem age voluntariamente, pois nele encontra-se o princípio que move as partes apropriadas do corpo em tais ações; aquelas coisas cujo princípio motor está em nós, em nós está igualmente o fazê-las ou não as fazer”*³⁹⁰.

Estes princípios da imputação referem-se, sobretudo, à estrutura e aos elementos categoriais da ação humana, e também aos fundamentos essenciais do juízo de culpa. Portanto, ARISTÓTELES centra-se na estrutura teleológica da ação e nos informa sobre o princípio da imputação. Nesta estrutura dos elementos da ação humana, descrita por Aristóteles, está o núcleo da teoria final da ação, *“parece, pois, que, como já ficou dito, o homem é o princípio das ações; ora, a deliberação gira em torno de coisas a serem feitas pelo próprio agente, e as ações têm em vista outra coisa que não elas mesmas”*³⁹¹.

Com efeito, o fim não pode ser objeto de deliberação, mas apenas o meio, para determinar a continuação: *“o objeto de escolha é uma coisa que está ao nosso alcance e que é desejada após deliberação, a escolha é um desejo deliberado de coisas que estão ao nosso alcance (...) porque, após decidir em resultado de uma deliberação, desejamos de acordo com o que deliberamos.”*³⁹²

Considera-se, desta forma, descrita em linhas gerais a escolha, estabelecida a natureza dos seus objetos e o fato de que ela diz respeito. Esta estrutura teleológica coincide com o modelo da teoria final da ação, na qual se encontra, em primeiro lugar, a colocação da meta da ação, seguida pela escolha do meio para o fim, e conclui com a aplicação deste meio para consecução daquele fim.

³⁸⁹ ARISTÓTELES. *Ética* - Coleção os Pensadores. p281.

³⁹⁰ ARISTÓTELES. Idem e ibidem.

³⁹¹ ARISTÓTELES. Idem e ibidem.

³⁹² ARISTÓTELES. Op. cit., p. 286.

Portanto, em seu conceito de imputação, interessa a vontade atual, o acionamento da vontade, que representa uma ação de exercício dos hábitos “bons” e “maus”.

Todo conceito destaca, pois, o domínio do fato como elemento ontológico imanente da estrutura da imputação. Na imputação, trata-se então de determinar que um fato, com independência de sua valoração, é obra de um autor determinado, e isto se constata mediante a comprovação de que o autor teve o domínio daquele fato.

A prescrição mais antiga considerava que o tipo objetivo se perfazia apenas com a causalidade do comportamento do autor. No caso de crimes dolosos comissivos, tentava-se negar o dolo para resolver situações em que a punição parecia inapropriada, pois se o tipo objetivo foi preenchido, só a negação do *animus* poderia ser a solução.

Samuel PUFFENDORF, filósofo do Direito Natural, trouxe em 1694 o termo imputação de volta com a dita teoria da imputação, utilizando-se de dois termos para explicar o conteúdo de imputação: a *imputativitas* está formada pelos elementos materiais da imputabilidade e as condições de sua exclusão, e assim determinar-se-ia se a relação de pertinência da ação livre do autor. Já a *imputatio*, como assinalou WELZEL, refere-se às operações *judiciais ex post* de comprovação, em primeiro lugar da afluência dos elementos da *imputativitas*, e em segundo lugar, a valoração do fato³⁹³.

De acordo com SCHÜNNEMANN, a *imputatio* de PUFFENDORF significava realmente a imputação (objetiva e subjetiva) do tipo, e não só do resultado do delito³⁹⁴. Posterior a seus estudos, a ciência do Direito Penal faz uma distinção que fraciona entre uma parte subjetiva e outra objetiva do delito, a elas aplicando-se os conceitos de *imputatio facti* (ou imputação do objetivo) e *imputatio iuris* (ou imputação do subjetivo).

Entretanto, HEGEL projetou, com sua filosofia idealista do Direito, o nascedouro das idéias que a teoria da imputação objetiva preconiza: buscava imputar ao sujeito, de uma infinidade de cursos causais, um apenas que fosse considerado de sua autoria. Se há que se garantir o reconhecimento da pessoa, há que se estar seguro de que o autor está

³⁹³ WELZEL, apud MARTÍN, M. A. R. *La Teoría da Imputación Objetiva del Resultado en el Delito Doloso de Acción*, p. 69.

³⁹⁴ SCHÜNNEMANN, Bernd. *Temas actuales e permanentes del Derecho Penal después del milenio*, p. 72.

ciente de que o resultado produzido por sua ação é legalmente desaprovado. Ultrapassando os limites do conceito de sujeito, descreve a pessoa como aquele ser humano que é determinado por meio de sua própria vontade: vislumbra o homem como um ser racional, portador de uma razão supra-individual, composto de sujeito e espírito. Para ele a ação é a objetivação da vontade. Percebe-se aqui que HEGEL só abordou a imputação de ações dolosas, desconsiderando a responsabilidade por culpa, haja vista ser esta externa à sua vontade.

Fazem-se importantes tais estudos porque, segundo MARTÍN³⁹⁵, foi a primeira vez em que surge um projeto de constituição do mundo exterior “manifestado” na ação e que abrangeria a atividade imediata do sujeito, os resultados e os fatos decorrentes dela, ao mesmo tempo que as situa em um nexos teleológico, vez que tal atividade é controlada pela vontade e realiza-se com um fim.

A ação apresenta-se, destarte, com uma totalidade de sentido, para a qual é decisiva uma direção final da ação e não a pura causalidade, sem que tenha lugar uma distinção da vontade entre sua função originadora da causalidade e o conteúdo de sua representação. Assim, por ser a ação manifestação da vontade é que se estabelece sua relação com os estudos de PUFFENDORF.

O jurisfilósofo e civilista Karl LARENZ, em sua tese de doutorado datada de 1927, aprofundou as bases dos estudos de imputação de HEGEL, tentando primeiramente desvincular a adequação da causalidade ao defender que se deveria exigir a causalidade “objetivamente imputável”, em vez de causalidade “adequada”³⁹⁶. A questão da imputação pode ser discutida primeiramente, sem necessidade de uma valoração moral. Para ele, há questões decisivas a serem levantadas, pois o problema fundamental da teoria da imputação é: o que se pode atribuir ao sujeito como sua ação, sobre o que ele é responsável?³⁹⁷ Ou, em outras palavras, qual é aquele resultado que se perfaz como produto de nossa ação e qual é entendido como mero acaso? Então, o acaso é tudo que não está na finalidade, na vontade do sujeito.

³⁹⁵ MARTÍN. M. Á. R.Op. cit.,p. 69.

³⁹⁶ SANCINETTI, Marcelo A. et al. *Teorías Actuales en el Derecho Penal*, p. 187.

³⁹⁷ LARENZ, apud SANCINETTI M.OBRA.p. 187.

Em decorrência, a finalidade passa do simplismo (aquilo que se previu e quis) para tudo aquilo que a ação visa a atingir objetivamente. Assim, a finalidade da ação é tudo aquilo que for objetivamente previsível: exige-se para sua concretização que haja “possibilidade de previsão” como critério de imputação³⁹⁸.

Irá, desta forma, verificar se não o autor do fato, mas a pessoa, o ser racional estaria em condições de prever e ter vontade de que ocorresse determinado acontecimento. Converte-se esta averiguação em um juízo teleológico: o fato realizado pelo autor estava dirigido por sua vontade? Foi ou não previsível objetivamente? Se afirmativa é a resposta, se era previsto que causasse tal resultado, este será imputado ao autor em virtude da possibilidade de tê-lo previsto e evitado.

Alguns anos depois, mais precisamente em 1930, surge um artigo de homenagem a LARENZ, de autoria de Richard HONIG, intitulado Causalidade e Imputação Objetiva. Proclama neste que o objeto exclusivo do juízo de imputação é a ação humana, mas a direção da vontade é chave-mestra para que este juízo se perfaça corretamente, *“Sempre se trata de demonstrar o acionamento da vontade como objeto apropriado do posterior juízo jurídico-penal. Assim, a relação normal proposta pelo legislador entre a atividade e o resultado e por isto, também aqui a imputação objetiva do resultado, na conduta ativa é um elemento constitutivo.”*³⁹⁹

Desta forma, HONIG transpôs a teoria de LARENZ para o Direito Penal, defendendo que a causalidade é demasiadamente ampla, e que só adquire valoração para tal área do Direito quando houver um nexó normativo, construído segundo as necessidades da ordem jurídica. A este problema axiológico, HONIG chama de juízo de “Imputação Objetiva”, qual seja, aquele que visa verificar a relevância do nexó causal para a ordem jurídica. Somente com a finalidade objetiva associada à causalidade acontece o fundamento da significação jurídica para uma conduta humana. Para MARTIN, esta concepção de “*imputatio*” vislumbra uma ação em que os elementos

³⁹⁸ GRECO, L. In: Roxin, C.. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*, introdução, p. 19.

³⁹⁹ HONIG, apud Maria Á. R. M. *La Teoría de la Imputación Objetiva del Resultado en el Delito Doloso de Acción*, p. 84.

estruturais estão separados, pois os critérios da imputação objetiva projetam-se apenas sobre a parte objetiva externa da ação, e que por estar totalmente desvinculada do conceito material de imputação, mostra-se como o nascedouro da moderna imputação objetiva.

Para LARENZ e HONIG, a imputação é uma comprovação da relação de correspondência de uma ação e seu autor, e se isto coaduna-se diante de um juízo teleológico, posto que a pergunta é se o curso causal podia ser dominado pela vontade do agente. Há necessidade concreta da dirigibilidade conduzida a um fim.

LARENZ E HONIG alegaram até que a vontade é o fator causal, mas é só: conclui-se nesse momento sua função no processo da imputação objetiva e no processo da constituição da ação, pois aqui prescinde completamente este momento do conteúdo da vontade do autor.

Pelos idos da década de 1930, WELZEL surge com a concepção teórica da adequação social. Por ela, aquelas ações que, mesmo formalmente preenchedoras dos requisitos dos tipos, estejam integradas à organização da vida de uma comunidade em determinando momento histórico, não podem jamais serem chamadas de típicas. Ausenta assim de tipicidade a ação do famoso sobrinho malvado que incita o tio a visitar a floresta perigosa (caso criado por TRAEGER e utilizado reiteradamente), interessado em acelerar o recebimento da herança. Critica as ideias do dogma causal, de lesão ao bem jurídico e de absolutização do valor do resultado. GRECO afirma que guarda certa semelhança (mas não identidade) com a ideia de risco permitido da atual teoria da imputação, superando-se quando afirma que o fim do Direito Penal não é sobremaneira a proteção aos bens jurídicos.

Todavia, tal teoria foi rechaçada pela doutrina que a considera deveras imprecisa. Apesar de ENGISCH ter seus trabalhos de 1931 e 1939 direcionados à teoria da adequação, que considerava imprescindível para conter a falta de limites da teoria da equivalência das condições, deu importante préstimo à moderna Teoria da Imputação ao passo que, além da adequação referida ao resultado e da previsibilidade geral do resultado por infração do dever objetivo de cuidado, exigia também “a adequação em relação ao

modo especial do curso causal”⁴⁰⁰. Todavia, já afirmava que não seria essa teoria o único meio de correção das imperfeições da teoria da equivalência.

Foi de HARDWIG o mérito de, no final da década de 50, retomar o tema da imputação objetiva, proclamando que “*imputação significa a verificação de uma relação positiva, de um nexo, entre o acontecimento e uma pessoa, no sentido de reconhecer ou reprovar a conduta da pessoa, seguindo um complexo de normas da razão*”⁴⁰¹. Atribuía ao dogma causal e ao conceito de ação o título de provocadores da ruína da imputação. Chegou ao extremo de substituir a conceituação tripartida do delito por uma nova concepção, agora ancorada apenas na imputação objetiva, para o campo da antijuridicidade, e de imputação subjetiva no âmbito da culpabilidade.⁴⁰² HARDWIG prefere observar separadamente os delitos de mera conduta, os de mera omissão, os comissivos de resultado e os omissivos de resultado.

Todavia, a maioria dos doutrinadores não aprovou a tese e seu trabalho obteve pouca atenção.

10.2 A imputação objetiva na obra de Claus Roxin

Foi principalmente em torno da visão de HONIG que a chama da imputação objetiva reacende: foi a ele que ROXIN dedicou seu livro-homenagem no ano de 1970 (aniversário de setenta anos de HONIG), definindo que aqueles estudos foram para ele “fecundas pisadas”, que apontavam qual direção a seguir no Direito Penal⁴⁰³.

Reunindo enfoques de HONIG, ENGISCH e WELZEL, que nos anos 30 haviam trabalhado sobre os critérios da possibilidade objetiva de perseguir-se uma finalidade, da adequação social e da realização do risco, criou ROXIN um novo conceito, segundo o qual a essência dos delitos dolosos de lesão, bem como dos culposos, consiste, da mesma

⁴⁰⁰ ENGISCH, apud SCHÜNEMANN, B. *Temas actuales e permanentes del Derecho penal despues del milenio*, p. 74.

⁴⁰¹ HARDWIG, apud GRECO, L. *Op. cit.*, p. 48.

⁴⁰² TAVARES, J. *Teoria do Injusto Penal*, p. 279.

⁴⁰³ ROXIN, C. *Problemas fundamentais de direito penal*, p. 145.

maneira, na criação e realização de um risco não. Em sua configuração atual, a imputação objetiva constitui mecanismo para limitar a responsabilidade penal, perfazendo-se por meio de um rol de critérios normativos expostos na seguinte regra: só é objetivamente imputável um resultado quando a ação é produzida por meio de um risco desaprovado, desde que tipicamente relevante, e que finde em resultado típico pertencente ao fim de proteção da norma que restou infringida.

Para ROXIN, os fenômenos jurídicos não se esgotam em um simples processo causal e a dimensão destes deve ser determinada social e juridicamente. ROXIN fez uma revisão de todo o sistema do delito, assinalando o caráter dinâmico que adquire cada um de seus componentes à luz de critérios políticos. Para a tipicidade, o critério básico é o da determinação legal, para a antijuridicidade, é o da solução social dos conflitos, e para a culpabilidade são os fins da pena. No caso da tipicidade e da culpabilidade, se utilizariam princípios propriamente jurídico-penais; na antijuridicidade, necessário seria recorrer-se a princípios que provêm de outros setores do ordenamento jurídico.⁴⁰⁴

Desenvolveu ele critérios de imputação objetiva, conforme citado, com lastro na doutrina elaborada por HONIG e, a exemplo deste, também sustenta que só é imputável aquele resultado que pode ser finalmente previsto e dirigido pela vontade. Dessa forma, caso esteja diante de um curso causal irregular ou não dominável, onde não existe a possibilidade de um controle efetivo do processo causal, ainda que presente uma relação de causalidade, faltará a possibilidade de imputar objetivamente o resultado ao sujeito. Assim, os resultados que não forem previsíveis ou dirigíveis pela vontade não são típicos⁴⁰⁵.

A Teoria da Imputação Objetiva não dispensa o nexo causal, muito ao contrário: o pressupõe. Só que não se pode imputar um resultado a alguém somente pelo fato de que o tenha causado; necessário, ademais, que o resultado causalmente produzido represente a realização de um perigo criado pelo autor e desaprovado pelo tipo penal respectivo.

⁴⁰⁴ RAMÍREZ, Juan Bustos. *Teorias Actuales en el Derecho Penal*. Buenos Aires: AD-Hoc, 1998.

⁴⁰⁵ PRADO, L. R.; CARVALHO, Érika Mendes de. *Teorias da Imputação Objetiva do Resultado*, p. 64.

ROXIN entende que o sistema jurídico-penal não deve apoiar-se em leis do ser – seja a causalidade ou a finalidade –, e sim ter sua construção condicionada por conceitos normativos. Melhor definindo, propõe-se a edificação de um sistema penal teleológico no âmbito do tipo, de modo que a existência do tipo objetivo não dependeria da constatação da causalidade e/ou da finalidade, mas da aferição das circunstâncias que permitiriam imputar a uma pessoa um resultado típico como obra sua, de acordo com critérios de índole normativa⁴⁰⁶.

Esse normativismo, inspirado no pós-modernismo, não se detém na consideração idealista das categorias dogmáticas, mas pretende a consecução de fins mais ousados cujo atingimento constituirá um marco decisivo na história do Direito Penal: a supressão de indagações subjetivas para o estabelecimento da imputação e consequente tratamento unitário e indiferenciado entre delitos dolosos e culposos, visto que, do ponto de vista do bem jurídico, é irrelevante que o risco criado ou incrementado tenha se originado em razão de dolo ou de culpa⁴⁰⁷.

ROXIN preocupa-se em elucidar o papel do bem jurídico no injusto para poder aprofundar os critérios político-criminais sobre a solução de conflitos sociais, obtendo, assim, uma maior precisão quanto ao alcance do tipo legal.

Costuma-se definir a imputação objetiva com base em dois planos: criação de um risco e sua subsequente realização. ROXIN acrescenta um terceiro plano: o alcance do tipo⁴⁰⁸. Neste plano, ROXIN trata de todos os casos em que outras pessoas, além do próprio autor, contribuem de modo relevante para o resultado típico. Contribuição esta que pode ser dada pela própria vítima ou por terceiros. Cumpre esclarecer que os demais autores optam por tratar desses casos no plano da criação de riscos⁴⁰⁹.

⁴⁰⁶ PRADO, L. R.; CARVALHO, É. M. de. Idem, . p. 70.

⁴⁰⁷ ALBUQUERQUE, Mário Pimentel. *O Princípio da Confiança no Direito Penal. Uma introdução ao estudo do sujeito em face da teoria da imputação objetiva funcional*, Dissertação de Mestrado, Rio de Janeiro, 2000. p. 55.

⁴⁰⁸ ROXIN, C. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*, p. 116.

⁴⁰⁹ ROXIN, C. Idem, p. 117.

10.2.1 O fim de proteção da norma

ROXIN reconhece que todos os problemas da imputação na esfera do tipo penal podem ser resolvidos pelo fim de proteção da norma, partindo-se do ponto de vista da existência de um risco juridicamente desaprovado, e como último critério para delimitação do tipo⁴¹⁰.

Tem-se então, como regra geral, que haverá a imputação se existir a criação e materialização de um risco não permitido. Contudo, em determinados casos, referidos pressupostos tornam-se insuficientes para dar suporte fático ao juízo de imputação, que requer, muitas vezes, um exame mais aprofundado do fim de proteção do tipo. Pode sim ocorrer a hipótese de, apesar de indubitosa a criação de um risco não permitido com a sua subsequente materialização em um resultado, a imputação ainda fracassar, *“porque o alcance do tipo, o fim de proteção da norma típica (...) não abarca resultados com as características que exhibe o (resultado) que se produziu, porque o tipo não está destinado a evitar tais acontecimentos”*⁴¹¹.

ROXIN cita como exemplos desse enfoque os seguintes casos: a) a participação em uma auto-exposição ao perigo; b) o consentimento em uma auto-exposição ao perigo; c) a transferência do risco para um âmbito de responsabilidade alheio; d) os danos decorrentes de um trauma; e) os danos supervenientes.

10.3. A imputação objetiva na obra de Günther Jakobs

Baseado nos estudos sociológicos de NIKLAS LUHMANN, JAKOBS funcionaliza não só os conceitos dentro do sistema jurídico-penal, como também este, inserido em uma teoria funcionalista-sistêmica da sociedade. Resumidamente LUHMANN constata o mundo em que vivem os homens é um mundo pleno de sentido. As possibilidades do agir humanos são inúmeras, e aumentam com o grau de

⁴¹⁰ ROXIN, C. Op. cit., p. 242-243.

⁴¹¹ CANCIO MELIÁ Manuel. *La teoria de la imputación objetiva y la normativización del tipo objetivo*. p. 61.

complexidade da sociedade em questão. O homem não está só, mas interage, e ao tomar consciência da presença dos outros, surge um elemento de perturbação: não se sabe ao certo o que esperar do outro, nem tampouco o que o outro espera de nós.

Este conceito, o de expectativa, desempenha um valor central na teoria de Luhmann: são as expectativas e as expectativas de expectativas que orientam o agir e o interagir dos homens em sociedade, reduzindo a complexidade, tornando a vida mais previsível e menos insegura. E é justamente para assegurar estas expectativas, mesmo a despeito de não serem elas sempre satisfeitas, que surgem os sistemas sociais. Eles fornecem aos homens modelos de conduta, indicando-lhes que expectativas podem ter em face dos outros.

Luhmann prossegue, distinguindo duas espécies de expectativas: as cognitivas e as normativas. As primeiras são aquelas que deixam de subsistir quando violadas: o expectador adapta sua expectativa à realidade, que lhe é contrária, aprende, deixa de esperar. Já as expectativas normativas mantêm-se a despeito de sua violação: o expectador exige que a realidade se adapte à expectativa, e esta continua a valer mesmo contra os fatos, (contrafaticamente). O errado era a realidade, não a expectativa. Daí surge o conceito de norma: “norma são expectativas de comportamento estabilizadas contrafaticamente⁴¹²”.

No entanto, as expectativas normativas não se podem decepcionar sempre, pois acabam perdendo a credibilidade. Daí porque a necessidade de um processamento de decepções: a decepção deve gerar alguma reação, que reafirme a validade da norma. Uma dessas reações é a sanção⁴¹³.

Para JAKOBS, a conduta (causação), ainda que adequada ou dolosa é insuficiente para fundamentar a imputação. Fundamenta a Teoria da Imputação Objetiva na criação de um risco determinante do resultado. O risco, pelo qual deve responder qualquer um dos

⁴¹²JAKOBS apud GRECO, L. Texto apresentado no I Congresso de Direito Penal e Criminologia, ocorrido na UFBA, nos dias 13-15 de abril de 2000. GREGO, L. “Funcionalismo no Direito Penal”, p.8. <http://www.derechopenalonline.com/br/dogmaticafuncionalista.htm>.

⁴¹³ GREGO, L. Idem, ibidem.

intervenientes no processo causal, deve ser definido como causa determinante e, todas as demais condições consideradas não determinantes devem ser entendidas como adequadas⁴¹⁴.

Dessa forma, dentre os antecedentes causais, deve-se selecionar aqueles determinantes, definidos pelo autor como *risco determinante*, que pode consistir em conduta de um ou de vários dos intervenientes, até mesmo da própria vítima, que neste caso deve suportar a título de fatalidade ou acidente⁴¹⁵.

JAKOBS procura estabelecer uma coerência sistemática para a imputação objetiva, definindo-a como uma *teoria do tipo objetivo*. Esta tem sua base em uma determinada idéia reitora – a concepção do injusto como expressão do sentido de perturbação social incompatível com a norma –, a partir da qual projetam-se os dois níveis de imputação objetiva: o *nível do comportamento* (imputação do comportamento) e o *nível do resultado* (afeto aos delitos de resultado)⁴¹⁶.

Toma-se como referência, do ponto de vista metodológico, a exemplo de LARENZ, a necessidade de encontrar uma fundamentação teórica para a responsabilidade no marco do tipo para, ao final, configurar de modo dedutivo as instituições dogmáticas que a determinaram. Inicialmente qualifica-se o comportamento como típico (imputação objetiva do comportamento), e a partir daí, no âmbito dos delitos de resultado, constata-se que o resultado produzido se explica precisamente pelo comportamento objetivamente imputável (imputação objetiva do resultado)⁴¹⁷.

Para JAKOBS, o mundo está ordenado de modo normativo, com lastro em relações de competência, e o significado de cada comportamento depende de seu contexto social, tornando-se necessário cindir comportamentos socialmente adequados daqueles que são socialmente inadequados. Só através dessa fixação de parâmetros é possível determinar qual o comportamento exigível de uma pessoa em dado contexto. E

⁴¹⁴ JAKOBS, Günther. *A imputação Objetiva no Direito Penal*, p.15.

⁴¹⁵ JAKOBS, G. Idem. p. 17.

⁴¹⁶ PRADO, Luiz Régis; CARVALHO, É. M. de. Op. Cit., p. 109.

⁴¹⁷ GONZÁLES, Carlos Suárez; CANCIO M., M. *Estúdio preliminar. La imputación objetiva e derecho penal*, p. 52.

se a pessoa não cumpre tal exigência, seu comportamento adquire um significado delituoso, ou seja, a responsabilidade jurídico-penal sempre tem como fundamento a violação de um papel, onde pode-se diferenciar duas classes: os papéis comuns e os papéis especiais⁴¹⁸.

Os *papéis especiais* são sempre segmentos referentes a pessoas, ou a instituições que conferem à sociedade sua configuração fundamental *específica*, ou seja, aquela configuração que se considera indispensável no momento atual e que existem independentemente da juridicidade da constituição da sociedade, que é tomada como pressuposto. Para exemplificar pode-se citar o papel de pai (os pais devem formar com os filhos uma comunidade); o papel de cônjuge (junto ao esposo ou à esposa se construirá um mundo conjugal comum); ou o de prestador de serviços assistenciais em casos de emergência (devem atuar em caso de necessidade no interesse de quem está desamparado). Cumpre salientar que os titulares de papéis dessa ordem, ao violá-los, geralmente respondem a título de autores⁴¹⁹.

Já os *papéis comuns* referem-se ao papel de comportar-se como uma pessoa comum em Direito, ou seja, o de respeitar os direitos dos demais em contrapartida ao exercício dos próprios direitos. Mas aqui, para o autor, interessa mais o aspecto negativo, ou seja, o dever de não provocar dano a outrem. O que não significa que o papel comum possa ser infringido só por uma ação e não por meio de uma omissão. *“O dever de evitar que outro resulte lesionado não só pode gerar-se como dever institucional de criar um universo comum, mas também como dever de evitar as conseqüências lesivas da organização própria. Quem freia seu veículo diante de um pedestre não gera um espaço de relações comuns especial, mas se mantém dentro do marco da juridicidade geral. O mesmo sucede a respeito de quem cimenta as telhas de seu telhado para que não caiam, ou volta a recolher uma criança que previamente lançou ao ar brincando, ou de quem conduz a um lugar seguro uma pessoa enferma que previamente obrigara a sair da calçada”*⁴²⁰.

⁴¹⁸ JAKOBS, G. *A Imputação Objetiva no Direito Penal*, p. 54.

⁴¹⁹ JAKOBS, G. *Idem*. p. 55.

⁴²⁰ JAKOBS, G. *Op. cit*, p. 56.

11. Aplicação do princípio da precaução e da ponderação na resolução dos conflitos

A inserção da responsabilidade penal do produtor no Direito penal do risco tem provocado na doutrina o surgimento de diversos novos princípios, inclusive de Direito comunitário. Um princípio que serve de aporte a uma orientação sobre os âmbitos de riscos permitidos componentes destas condutas tem sido o denominado princípio da precaução, que introduz pautas entorno da evolução do risco, entendida como avaliação científica de perigos e sua probabilidade de aparição em um determinado contexto, a adequada gestão do risco em relação às medidas que o reduzam a níveis aceitáveis, e a comunicação do risco, examinando-se as informações de todas as partes afetadas, como os responsáveis, os inspetores, os consumidores e os produtores, para explicar as razões e justificar as medidas de gestão propostas⁴²¹.

O princípio da precaução orienta a questão em torno do risco permitido nesta série de condutas relacionadas à responsabilidade pelo produto, pois introduz pautas em torno da avaliação dos riscos, como avaliação científica de perigos e a probabilidade de aparição de resultados em um determinado contexto, a adequada gestão destes riscos, em relação às medidas que o reduzem a níveis aceitáveis, a comunicação dos riscos, examinando a informação de todas as partes afetadas, como os responsáveis, os consumidores, os fiscais e os produtores, para explicar as razões e justificar as medidas de gestão propostas⁴²².

Desta perspectiva o Direito penal tradicional da prevenção, que se baseava na previsão ou na previsibilidade de leis causais gerais, a precaução se orientaria à outra

⁴²¹ PAREDES CASTAÑÓN, “La responsabilidad penal por productos defectuosos: problemática político criminal y reflexiones de lege ferenda”, en *Derecho penal de la empresa*, Pamplona, 2002, pág. 411.

⁴²² SÁNCHEZ GARCÍA DE LA PAZ, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Universidad de Valladolid, 1999, págs. 86.

hipótese, tal como é a incerteza dos saberes científicos enquanto tais, a incalculabilidade do dano e do possível nexó causal.

O princípio da precaução neste contexto é definido como a atitude que deve observar qualquer pessoa que tome uma decisão relativa a uma atividade respeito a qual se pode supor razoavelmente que comporta um perigo grave para a saúde ou a segurança das gerações atuais ou futuras. Dito princípio é concernente especialmente aos poderes públicos, que deveriam fazer prevalecer os imperativos de saúde e de segurança, sobre a liberdade e a autonomia privada. Este princípio não se aplicará a toda situação de risco, senão àquelas que apresentarem um contexto de incerteza científica, e se existirem, eventualmente, danos graves e irreversíveis⁴²³.

O recurso a este princípio pressuporia que estivessem identificados os efeitos potencialmente perigosos, derivados de um processo, produto ou fenômeno, e que a avaliação científica não permitiria determinar o risco com a certeza suficiente⁴²⁴.

Insistiu-se que uma correta utilização deste princípio implicaria que somente se aduciu a seu uso quando tivesse procedido a uma avaliação concreta do risco, sem deduzir do mesmo uma máxima *in dubio pro securitate*. Nos delitos contra a saúde pública, se se castigasse o fornecimento de substancias proibidas, o princípio da precaução não teria nenhum papel, estariam proibidas porque são perigosas por si mesmas ou a doses não terapêuticas. Insistiu-se que uma correta utilização deste princípio implicaria que somente se aduciu a seu uso quando tivesse procedido a uma avaliação concreta do risco, sem deduzir do mesmo uma máxima *in dubio pro securitate*. Nos delitos contra a saúde pública, se se castigasse o fornecimento de substancias proibidas, o princípio da precaução não teria nenhum papel, estariam proibidas porque são perigosas por si mesmas ou a doses não terapêuticas⁴²⁵.

⁴²³ ROMEO CASABONA, “El principio de precaución en las actividades de riesgo”, en La Responsabilidad penal de las actividades de riesgo, **Cuadernos de Derecho Judicial**, III, 2002, págs. 17 e ss.

⁴²⁴ ROMEO CASABONA, “El principio de precaución en las actividades de riesgo”, en La Responsabilidad penal de las actividades de riesgo. P. 22.

⁴²⁵ PAREDES CASTAÑÓN. *Op. Cit.* P. 411.

Neste sentido, com o princípio da precaução a produção e colocação de produtos no mercado, que se assenta em certas incertezas científicas obriga a valorar certos dados para determinar os parâmetros do risco permitido normativamente e valorar a necessidade de intervenção penal⁴²⁶.

Admitindo que os produtos postos em circulação, tais como medicamentos e alimentícios podem ser objetos da responsabilidade pelo produto no Direito penal, as peculiaridades que apresentam são a existencia de cursos causais não verificáveis, quais deveres jurídicos em concreto seriam os que fundamentaria a responsabilidade penal e os conflitos de imputação subjetiva e de culpabilidade colocam em cheque a possibilidade de responsabilidade penal pelo produto⁴²⁷.

Viu-se que a principal problemática é a constatação da relação causal entre resultado lesivo causado pelo produto e as atuações dos sujeitos intervenientes a tratar a maioria dos casos em cursos causais não verificáveis, onde a complexidade do processo produtivo permite que existam múltiplos fatores concausantes, cujos efeitos não podem separar-se empiricamente, ademaisde apresentar-se um deficiente conhecimento científico-naturalístico dos processos causais que impediria a constatação empírica da relação de causa-efeito no sentido das ciências experimentais, conforme a teoria tradicional da equivalência das condições⁴²⁸.

Por isso, como foi visto, Hilgendorf manifestou-se que nesses casos cinco questões deveriam ser analisadas: o desconhecimento das leis causais relevantes⁴²⁹, o grau de segurança com o qual deve se dar uma determinada regularidade para poder ser

⁴²⁶ BAÑO LEÓN, “El principio de precaución en el Derecho público”, en BOIX REIG, BERNARDI, Alessandro (Codirectores), Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores, Madrid, 2005, pág. 40.

⁴²⁷ FOFFANI, Luigi, “Hacia un nuevo Derecho penal de riesgo”, en BOIX REIG, BERNARDI, Alessandro (Codirectores), Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores, Madrid, 2005, pág. 109 e ss.

⁴²⁸ PAREDES CASTAÑÓN, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *op. cit.*, págs. 24 ss.

⁴²⁹ HILGENDORF, *Strafrechtliche Produzentenkaftung in der Risikogesellschaft*, Berlin, 1993, pág. 57. *Apud in* MENDOZA CALDERÓN, Silvia. *A responsabilidade penal por medicamentos defectuosos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011. P. 70.

empregada como lei causal, o desconhecimento de eventuais leis causais alternativas, os casos de formulação imprecisa da lei causal pertinente e o problema da causalidade psíquica⁴³⁰.

Segundo Piergalli, os problemas mais críticos surgem quando a periculosidade do produto se manifesta lentamente, acompanhada de informações incompletas e, por isto, a averiguação definitiva da periculosidade do produto poderia alcançar resultado somente quando uma parte dos produtos fosse colocada em circulação⁴³¹. Neste sentido, insistiu-se que as causas supervenientes somente excluem a relação de causalidade quando elas sozinhas tenham sido suficientes para determinar o resultado. Os riscos residuais que geralmente sobrevivem a esfera do risco principal não poderiam neutralizar o incremento do risco do principal risco penalmente relevante⁴³².

Em torno dos limites temporais da responsabilidade penal pelo produto e os danos produzidos a longo prazo, como acertadamente proposto por Kuhlen, Não caberia a limitação temporal da responsabilidade dos danos tardios, onde simplesmente transcorre um longo período de tempo entre a ação e as lesões, de modo que não se pode negar a imputação objetiva por questões de transcurso de tempo⁴³³.

Paredes Castañón destaca que as situações em relação a causação de danos lesivos podem ser variadas, desde processos químicos ou biológicos nos que intervêm variáveis ou desconhecidas combinações anômalas, sinergias, de fatores conhecidos, até a divisão entre os experts acerca de quais condições causais podem ser consideradas confiáveis. Ante esta situação, os tribunais e um importante setor da doutrina optaram por reformular

⁴³⁰ HILGENDORF, “Relación de causalidad e imputación objetiva a través del ejemplo de la responsabilidad penal por el producto”, ADPCP, fasc. 1, 2002, pág. 97.

⁴³¹ PIERGALLINI, “La responsabilidad del produttore: avamposto o sackgasse del Diritto penale?”. 1996, págs. 360 ss. y págs. 354 s. *Apud in* MENDOZA CALDERÓN, Silvia. *A responsabilidade penal por medicamentos defectuosos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011. P. 73.

⁴³² PIERGALLINI, op. cit., 1996, págs. 362 y 364. *Apud in* MENDOZA CALDERÓN, Silvia. *A responsabilidade penal por medicamentos defectuosos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011. P. 73.

⁴³³ KUHLEN, op. cit., pág. 89.

o conceito de relação de causalidade que se utilizam nos delitos de resultado, tanto em seu aspectio substantivo como no processual: reduzindo o número de fatos que seria necessário conhecer para assumir que existe relação de causalidade, com a chamada causalidade estatística, e reduzindo o grau de certeza com o qual tais fatos devem ser conhecidos, limitando o papel de conhecimento científico na valoração das provas sobre a matéria.

Bernardi afirma que quando se produzem mortes e lesões derivadas de um produto, convergem as formas de determinação causal mais complexas e debatidas, aludindo-se à prova da causalidade nos eventos difusos, a chamada causalidade diacrônica, e sobretudo a causalidade omissiva. A primeira delas se concatena com o produto industrial defeituoso por sua frequente produção em série, tendo a manifestar sua periculosidade através da difusão em massa de eventos danosos para a saúde dos consumidores⁴³⁴.

Tal situação favoreceria processos de determinação do nexu etiológico centrados na valoração dos dados estatísticos reirados do exame dos sujeitos citados, dados que se demonstram de difícil interpretação no que se refere à subsistência do nexu causal. A causalidade diacrônica, ou efeito diferido, se refere ao fato de que devido ao notável intervalo de tempo que ocorre entre a introdução do produto no mercado e o fato danoso, resulta-se problemático excluir processos causais alternativos, dilatando de modo diretamente proporcional a possibilidade para o acusado de invocar sua descarga de subsistência de eventuais causas acumulativas capazes de implicar a chamada dupla causalidade, como causas interruptivas com um efeito de avanço. Finalmente, em torno da causalidade omissiva, que se conectaria com a realização de omissões penalmente relevantes, tem-se favorecido a aplicação de critérios de prova menos rigorosos que nas condutas ativas⁴³⁵.

⁴³⁴ PAREDES CASTAÑÓN, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *op. cit.*, pág. 412.

⁴³⁵ BERNARDI, Alessandro, “La responsabilidad por el producto en el sistema italiano: notas sancionadoras”, **Revista de Derecho y Proceso Penal**, 2005, pág. 185.

Diante a dificuldade que levantava a relação de causalidade e sua demonstração, viu-se que Puppe⁴³⁶ tem avançado que o conteúdo da lei causal como fato principal deve sempre ser averiguada no âmbito do processo, e um enunciado estatístico que contenha expressões singulares como nomes próprios ou quantidades limitadas não seria uma lei causal, senão um indício sobre a existência da mesma.

Por esta razão, a admissão de uma lei causal por um Tribunal não seria um ato de livre apreciação da prova, senão uma decisão judicial *sui generis*. As ciências empíricas não disporiam de esandartes de validade geral para a prova de hipóteses causais gerais e, por isto, um Tribunal poderia embasar sua sentença em uma hipótese causal confirmada suficientemente por um setor representativo da ciência empírica correspondente⁴³⁷.

Hortal explica que um setor da doutrina justifica esta prática jurisprudencial em razão do déficit de informação que possui a vítima a respeito de possíveis agentes causais produtores do dano. De um lado estão os criadores do risco que teriam acesso às informações técnicas necessárias, de outro está o consumidor, fato que justificaria uma certa inversão da carga de prova, justificada como um instrumental processual para equilibrar a situação de inferioridade da vítima⁴³⁸.

Esta dificuldade de se estabelecer a relação de causalidade na questão penal traduziu-se em uma corrente jurisprudencial e doutrinária que utiliza uma flexibilização de critérios de prova da relação de causalidade, o que Hassemer tem denominado de a fórmula da caixa preta, vale dizer, a causalidade geral ou estatística, da qual para se determinar a relação de causalidade entre ação e o dano não é necessário ter um conhecimento exato do agente causal que o tenha produzido e sim unicamente provar

⁴³⁶ PUPPE, “Problemas de imputación del resultado en el ámbito de la responsabilidad penal por el el producto”, em *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad penal por por el producto*, Barcelona, 1996, pág. 226.

⁴³⁷ PUPPE, Op. Cit., pág. 229.

⁴³⁸ HORTAL IBARRA, “El desarrollo tecnológico y su repercusión en la actuación del poder legislativo, ejecutivo y judicial”, em *Derecho penal de la empresa*, Pamplona, 2002, pág. 542.

uma conexão entre o produto e o dano e a exclusão de outras possíveis causas que expliquem a existência do mesmo⁴³⁹.

Hortal sintetiza as opiniões doutrinárias e jurisprudenciais que versam sobre a utilização deste sistema em dois grandes grupos: por uma parte, aqueles autores que de acordo com as decisões judiciais adotadas (nota 166) e diante a necessidade preventivo geral de dar uma resposta pelo Direito penal aos novos riscos, defendendo o uso da causalidade geral, entendendo que não seria necessário determinar passo a passo a cadeia causal nem ter um conhecimento exato do agente causal que o tenha produzido, tão somente que seria suficiente a existência de elementos que conectem o produto e o resultado lesivo com a exclusão de outras possíveis causas que explicassem a existência do mesmo, inclusive por estudos de caráter epidemiológico, de corte probabilístico. Desde este ponto de vista a causalidade seria uma questão normativa e, portanto, submetida ao princípio da livre valoração da prova, utilizada quando se depara com o desconhecimento ou discrepância por parte da comunidade científica, sem que tal signifique infração ao princípio do *in dubio pro reo*⁴⁴⁰.

Por outro lado, outros autores ainda que concordem com os anteriores no que diz respeito ao fato de que não é necessário a determinação exata de toda a cadeia causal, assim como a individualização do agente causal produtor do resultado lesivo até suas últimas consequências, distanciam-se no que diz respeito que a exclusão de outras causas que possam ter contribuído ao resultado seja feita sobre leis de estrutura probabilística, como são os estudos epidemiológicos, porque as regularidades estatísticas, utilizadas pela jurisprudência nestes casos, não são leis causais.

Sustenta-se que a prova da relação de causalidade não pode ser determinada a partir de uma conexão temporal entre a colocação em circulação de um produto e a ocorrência de uma série de mortes e lesões, como consequência de sua utilização, porque esta conexão meramente temporal seria demasiadamente débil para descartar a ocorrência de outras possíveis explicações causais considerando o impacto que esta

⁴³⁹ HORTAL IBARRA, op. cit., pág. 543. Cfr. igualmente MUÑOZ CONDE, HASSEMER, *La responsabilidad penal por el producto*, Valencia, 1995, pág. 133.

⁴⁴⁰ HORTAL IBARRA, op. cit., págs. 544 e ss.

flexibilização implicaria em detrimento de garantias processuais essenciais⁴⁴¹ e que pressuporia uma inversão da carga probatória.

Tal fato fecharia perigosamente o sistema penal ao regime estabelecido para a responsabilidade civil objetiva por produtos defeituosos⁴⁴².

Gimbernat manifesta que os problemas de causalidade que apresenta a responsabilidade pelo produto prejudicam a clareza conceitual que havia alcançado a dogmática penal traz o abandono das teorias jurídicas da adequação, ou a doutrina da interrupção do nexo causal, que chegou a conclusão de que a realização do tipo dependia de duas circunstâncias: em primeiro lugar, da causalidade científico natural do resultado, determinável mediante critérios ontológicos e, em segundo lugar, com critérios de imputação objetiva, que verifica se o resultado típico é objetivamente imputável ao causante material.

Frente às opiniões mantidas por Kuhlen que concebiam ao conceito causal como uma questão que haveria que decidir normativamente por Puppe, segundo critérios de probabilidade, mantém que a relação de causalidade entre um comportamento e um resultado consistiria em um enlace científico natural independentemente de se é conhecido ou não seu mecanismo concreto de atuação⁴⁴³.

Paredes Castañón tem insistido em reformular o conceito de relação de causalidade nos delitos de resultado, tanto em seu aspecto substantivo como no processual, reduzindo o número de fatos que é necessário conhecer para assumir que existe uma relação de causalidade com a causalidade estatística e o grau de certeza com o qual tais fatos devem ser conhecidos, limitando o papel de conhecimento científico na valoração das provas.

⁴⁴¹ HASSEMER, MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Valencia, 1995, pág. 122.

⁴⁴² HORTAL IBARRA, op. cit., págs. 548 s

⁴⁴³ GIMBERNAT ORDEIG, “¿Las exigencias dogmáticas fundamentales hasta ahora vigentes de una parte general son idóneas para satisfacer la actual situación de la criminalidad, de la medición de la pena y del sistema de sanciones?, Responsabilidad por el producto, accesoriedad administrativa del Derecho penal y decisiones colegidas, **ADPCP**, Fasc. 1, 1999, pág. 57.

Seria uma solução errônea e ilegítima porque desfiguraria o conceito de causalidade e reduziria a entidade dos requisitos necessários para penalizar por delito consumado nos delitos de resultados, eliminando garantias probatórias⁴⁴⁴.

Em seu lugar, propõe a possibilidade de introduzir nestes pressupostos formas de responsabilidade penal que prescindam da exigência da relação de causalidade, com a criação de novos tipos penais nos quais se estabeleça uma pena necessariamente inferior para fatos típicos nos quais a imputação do resultado não tivera lugar por razão de uma relação causal comprovada, senão em virtude de outros critérios normativos de imputação, devido ao menor grau de desvalor objetivo da ação que existiria⁴⁴⁵.

12. Conclusão parcial: A causalidade e imputação objetiva nos casos de responsabilidade penal pelo produto

Para chegarmos a uma tomada de opinião a respeito da postura doutrinária e jurisprudencial sobre o reconhecimento da causalidade no momento da imputação do resultado por danos à saúde e à vida dos consumidores causados por produtos defeituosos, analisamos o tema desde sua origem.

O tema da responsabilidade penal pelo produto nos casos de lesões e mortes causadas por produtos defeituosos fez com que despertasse, nas últimas décadas, o interesse da doutrina penal.

Conforme já tratado no capítulo anterior deste trabalho, na Alemanha os casos paradigma que enfrentaram problemas com a questão da imputação do resultado foram os casos de Contergan e do Lederspray. Na Espanha, viu-se o caso do azeite de Colza. Em

⁴⁴⁴ PAREDES CASTAÑÓN, “La responsabilidad penal por productos defectuosos: problemática político y reflexiones de lege ferenda”, en Derecho penal de la empresa, Pamplona, 2002, pág. 412. Vid. igualmente PAREDES CASTAÑÓN, “De nuevo sobre el caso de la colza, una réplica”, en Revista de Derecho penal y Criminología, núm.5, 2000, págs. 95 ss.; REQUEJO CONDE, “Contergán: la historia de un delito”, CPC, núm. 66, 1998, pág. 690.

⁴⁴⁵ PAREDES CASTAÑÓN, op. cit., pág. 415

todos estes casos existiu um grupo de pessoas, mais ou menos numeroso, afetado por enfermidades, que em alguns casos levaram até à morte de algumas pessoas, e que foram produzidas pela ingestão ou pelo uso desses produtos, que tinham sido colocados no mercado e adquiridos pelos consumidores.

E como já foi dito, os problemas dogmáticos encontrados pelos Tribunais foram parecidos em todos os casos, de modo que houve a necessidade de uma reorientação das instituições básicas da imputação pessoal, principalmente da causalidade.

A atividade de produção e comercialização é em si mesma arriscada. É impossível que se controle, nesta sociedade de riscos, todos os perigos que possam derivar da colocação no mercado de tantos milhares de produtos.

Não apenas os defeitos intrínsecos de determinados produtos podem provocar sua nocividade, mas também o simples fato de sua comercialização, como é o caso dos medicamentos, dos quais não se conhece totalmente seus efeitos e surgem no mercado com um risco geral, com a possibilidade de afetação de um grupo de pessoas.

Neste sentido, gera-se uma tensão entre dois interesses enfrentados. Por um lado, a fabricação e comercialização de produtos, atividade necessária para à satisfação de necessidades dos indivíduos para o incremento do bem-estar e para a melhora da economia. Por outro lado, e ao mesmo tempo, são geradas demandas de segurança, tanto na produção como na distribuição e comercialização destes produtos. Se é certo que os consumidores aceitam certos riscos implícitos do uso e consumo, também o é com relação à expectativa de certos níveis de segurança fornecidos pelas empresas e estabelecidas pelo Estado.

Por sua natureza ontológica, a causalidade não serve para fundamentar a relevância jurídico-penal de determinados fatos. A causalidade, portanto, não nos oferece a resposta que necessitamos. Não responde a pergunta de quem é o responsável pela morte, somente responde qual é a causa da morte. O que interessa, desde a perspectiva do Direito penal, é determinar a quem possa ser imputado um risco típico, um risco relevante jurídico-penalmente, criado pela conduta dolosa ou imprudente de uma pessoa, ou não controlada por quem tinha competência e o dever de fazê-lo.

É por isto que alguns autores entendem que a causalidade é um pressuposto da teoria da imputação objetiva. Outros a configuram como requisito necessário da mesma. Em qualquer caso, a causalidade é um modo de entender a relação que existe entre dois eventos, o que permite observar o campo sobre o qual o Direito penal deve atuar.

A tarefa da imputação objetiva seria contestar a questão axiológica da significação da relação de causalidade para o bem jurídico de acordo com critérios assinalados, segundo o próprio ordenamento. Atualmente, fala-se de uma crise de conceito de causalidade para o Direito penal. Questiona-se que o princípio da causalidade seja um instrumento válido para a determinação da responsabilidade penal.

O conceito de causalidade entendido em sua forma tradicional em Direito penal, não permite dar solução a muitos dos novos problemas que a aplicação do Direito penal levanta. Entendendo a causalidade com os critérios das teorias causalistas, os problemas que esta classe de delitos que aqui estamos analisando levantam por sua peculiar estrutura, não encontram solução.

Pelas críticas antes descritas, atualmente a fundamentação da causalidade tem evoluído desde a fórmula da *conditio*, de acordo com as leis naturais, ou teoria da lei da causalidade natural.

Conforme ela, o correto não é questionar em absoluto sobre se o resultado, enquanto sua causalidade, segundo o estado de coisas tinha sido produzido também sem a ação objeto em exame, mas se a causalidade teria produzido o resultado segundo a lei causal ajustada a nosso conhecimento experimental. É dizer, deve-se afirmar, em primeiro termo, se uma lei causal geral consegue que o caso concreto que se julga se subsuma sob ela.

A existência de uma lei causal natural geral depende da verificação de dois requisitos: a repetição do mesmo resultado em um número estatisticamente representativo de casos e a exclusão de toda possibilidade contrária. Assim, “deve se considerar que existe uma lei causal natural quando, comprovado um fato em número considerável de casos similares, seja possível descartar que o evento tenha sido produzido por outras causas. Tais condições são suficientes para garantir uma decisão racional do caso a partir do ponto de vista do Direito penal”. Uma vez afirmada a lei geral vigente (exemplo: sob

certas condições, os ferimentos corporais produzem infecções que podem levar à morte), o caso sub judice deve ser subsumido ao seu pressuposto de incidência.

Na grande maioria dos casos (os ditos “normais”) o nexo causal não será duvidoso e inexistirão problemas especiais para sua verificação, de modo que a vigência de lei científico-natural e a relação de causalidade podem ser aferidas diretamente pelo próprio juiz com base nos conhecimentos derivados de experiência geral (que lhe permitem, por exemplo, reconhecer o nexo causal entre o disparo de uma arma e a resultado morte, entre uma facada e resultado lesões corporais ou ainda entre a explosão de um coquetel molotov e o resultado incêndio).

Nos casos mais complexos e duvidosos a demonstração do curso causal não se dá através de qualquer fórmula, mas apenas por métodos científico-naturais exatos (experimentos empírico-laboratoriais) no seio de uma constatação pericial. Como a existência ou não de uma lei científico-natural não é um problema jurídico em sentido estrito, o juiz deve recorrer à opinião de um expert no tema causal discutido na causa. Aqui a ausência de prova científico-natural da causalidade (nos chamados “cursos causais não verificáveis”, especialmente nos casos em que a vigência da lei causal não é reconhecida de maneira geral pelos especialistas) não pode ser suprida pela convicção subjetiva do juiz segundo o princípio da livre valoração da prova.

Além de desconsiderar os cursos causais hipotéticos (que não são imputáveis em razão da falta de realidade), definir a causa de um resultado como qualquer alteração em sua forma concreta (inclusive sua aceleração e retardamento) e conceber a causalidade como condição necessária, mas não suficiente para a constatação da tipicidade objetiva de um comportamento, a teoria em análise entende que a relação causal não admite interrupção, pois um nexo conforme as leis naturais existe ou não existe: as condições ou circunstâncias anteriores, concomitantes ou supervenientes são irrelevantes, não possuem efeito excludente da causalidade.

O que pode ser interrompido, em certas hipóteses, é apenas o nexo de imputação do resultado ao autor, nos termos da moderna teoria da imputação objetiva. A teoria também é capaz de solucionar os problemas de dupla causalidade alternativa e de

interrupção de cursos causais salvadores, como já apontado acima no tópico sobre a crítica à teoria da equivalência.

Mas o grande e recente sucesso da teoria se deve ao êxito de sua aplicação no âmbito da responsabilidade penal pelo produto, por se contentar com a afirmação de uma “causalidade geral” (baseada nos dois requisitos acima indicados) que prescinde da demonstração do preciso mecanismo em particular que conduz especificamente ao resultado (“o fundamento último da causalidade”). No caso Contergan (1970), por exemplo, se constatou que todas as gestantes cujos fetos foram afetados pela má-formação haviam ingerido o calmente sonífero e que não havia nenhuma causa alternativa capaz de explicar razoavelmente o ocorrido, o que culminou na afirmação da causalidade mesmo sem se conhecer qual dos componentes químicos da talidomida conduziu em última instância ao resultado. No caso Lederspray (1990), a repetição de casos similares e a exclusão de possibilidades contrárias levaram à conclusão de que a utilização do aerossol para conservação de artigos de couro provocou lesões corporais nos consumidores, novamente a despeito do desconhecimento específico quanto à substância lesiva em particular. O mesmo ocorreu no caso do Azeite de Colza (1992), onde a não descoberta da “molécula de significação toxicológica” não impediu a verificação da causalidade entre o consumo culinário do óleo industrial derivado de uma espécie de couve silvestre e o resultado, baseada na demonstração de que os 330 mortos e os 15.000 lesionados haviam ingerido o produto e no descarte de outras explicações possíveis, bem como na constatação adicional de que a retirada do azeite do mercado coincidiu com o desaparecimento dos casos de síndrome tóxica.

Sem embargo, a teoria enfrenta algumas dificuldades. Primeiramente, permanece pouco claro o grau de probabilidade estatística suficiente para considerar um antecedente como causa do resultado. Em segundo termo, existe uma leve tensão entre a teoria e o princípio *in dubio pro reo* naqueles casos em que, por um ou outro motivo, a *probatio plena* se torna inviável. Por último, conceber as leis científico-naturais constitutivas da causalidade como elementos do tipo objetivo e ao mesmo recorrer ao conhecimento de experts parece sugerir uma violação do princípio *iura novit curia*.

Assim, tem-se afirmado que o conceito de causalidade conforme uma lei natural não resolve por si mesma o problema relativo a determinação de quais são os critérios que permitem formular uma lei causal. A questão tem sido resolvida pela jurisprudência comentada partindo de que sua formulação não somente é possível quando nos encontramos perante uma lei causal ajustada a nosso conhecimento experimental, senão também quando se tenha comprovado um número estatisticamente representativo de casos em que se repete o mesmo resultado e que permita, em consequência, supor uma relação causal geral. Qualquer que seja o ponto de vista que se professa sobre o significado dogmático da exigência da causalidade, o certo é que a tanto a doutrina como a jurisprudência na Europa tiveram que levantar a questão das condições sob as quais os Tribunais podem ter como provada a relação de causalidade.

A prática admite uma ampla possibilidade de imputação do resultado. A causalidade nestes casos cinge-se em afirmar se o comportamento do fabricante foi a causa da lesão de bens jurídicos dos usuários do produto.

Nos casos paradigma da jurisprudência alemã, tem-se o caso Contergan como o precursor da discussão do problema da causalidade geral para determinar a imputação no âmbito da responsabilidade penal pelo produto, como visto.

A práxis oferece e obriga, segundo Kuhlen, a que o juiz penal forme sua própria opinião a respeito da questão, ainda que exista dissenso nas correspondentes ciências empíricas⁴⁴⁶. Assim, em caso de lacuna, o sistema jurídico deve possibilitar a decisão do juiz, ou, caso não seja possível, utiliza-se a técnica da decisão no caso concreto.

A doutrina penal majoritariamente é contra esta solução. O argumento é que a principal objeção frente a esta solução é que o juiz penal não pode atribuir a questões empíricas maior competência que os representantes das correspondentes disciplinas.

Mas o que esta doutrina desconhece é que o papel que o juiz desempenha é determinar quais são os pressupostos mínimos que embasam que um determinado evento, com a repetição de fatos análogos, pode ser considerado como uma lei causal, o que é uma questão normativa.

⁴⁴⁶ KUHLEN, Lothar. *Op. Cit.* P. 239.

Deve-se verificar qual o caminho que a dogmática jurídico-penal deverá traçar para evitar a impunidade pela ausência de imputação no âmbito da responsabilidade penal pelo produto⁴⁴⁷. Neste sentido, a doutrina coloca diversos questionamentos sobre a causalidade, sobre a continuidade da adoção da teoria da *conditio sine qua non*, ou com o estabelecimento de uma exceção que possibilite ser evitado o resultado indesejado.

Em particular, o tema adquire especial significação nos casos os quais a existência de uma lei natural não é aceita de uma maneira geral pelos meios científicos⁴⁴⁸, situação que deverá ser solucionada no âmbito da decisão judicial, o que faz surgir inúmeros questionamentos dos quais serão tratados no próximo capítulo.

⁴⁴⁷ KUHLEN, Lothar. *Op. Cit.* P. 241.

⁴⁴⁸ PAREDES CASTAÑON, José Manuel. RODRIGUEZ MONTAÑEZ, Teresa. *El caso de la Colza El caso de la colza. Responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*. Tirant lo Blanch - Valencia, 1995. P. 57-58. Neste ponto, os autores consideram que se nos cursos causais complexos os conceitos de causalidade e de prova que habitualmente se utilizam a jurisprudência e a doutrina são ineficazes, a consequência é que no resto dos casos (nos cursos causais mais simples) ditos conceitos tampouco são realmente de utilidade, de modo que as decisões em matéria de causalidade estariam se embasando mais em instituições do que autênticos fundamentos de natureza probatória.

CAPÍTULO IV – A DECISÃO DE IMPUTAÇÃO NOS CASOS DE RESPONSABILIDADE PENAL PELO PRODUTO

1. Introdução

O ponto de partida da teoria do tipo penal objetivo dos crimes materiais comissivos, como foi visto no capítulo anterior, é reconhecer que o mesmo traz à baila a diferenciação entre as categorias de imputação, embora permaneçam complementares. Primeiramente, tem-se a *questão naturalístico-ontológica* na qual se realiza o *juízo de causalidade*, cuja função é restringir a responsabilidade, no sentido de que apenas as ações causais para o resultado podem ser alcançadas pelo tipo objetivo. Por outro lado, a causalidade é condição mínima necessária, mas não suficiente para a subsunção da ação ao tipo, pois a tipicidade depende ainda da análise da *questão axiológico-normativa*, que se realiza pelo posterior *juízo de imputação objetiva*.

Por esta razão é que no capítulo anterior foram colocadas as objeções doutrinárias a respeito da causalidade e da imputação objetiva, que em que pese não encontrarem resposta definitiva no sistema jurídico-penal, tampouco na doutrina e na jurisprudência, a produção científica a respeito deve continuar para que sejam encontradas soluções que evitem a deslegitimidade da intervenção penal e que favoreçam a manutenção das garantias fundamentais do cidadão.

Nesta perspectiva, as diversas concepções tradicionalmente catalogadas como “teorias causais” tratam de fenômenos distintos. De um lado, a teoria da adequação e a teoria da relevância são na verdade teorias de imputação e possuem inegável valor histórico como precursoras da moderna teoria da imputação objetiva. Do outro lado, apenas a teoria da equivalência das condições e a teoria da condição natural são verdadeiramente teorias causais. Em todo caso, a doutrina e jurisprudência majoritárias entendem que a teoria da *c.s.q.n.* é a mais acertada, encontrando seu limite externo no âmbito da imputação objetiva, em que pese termos demonstrado a existência de teorias

minoritárias que abandonam o conceito da *c.s.q.n* em prol de um reconhecimento da relação causal pela decisão judicial, embora não se saiba a condição de sua efetiva causação.

Deve-se manter foco na elaboração de uma teoria verdadeiramente causal ao mesmo tempo compatível com a teoria da moderna imputação objetiva e com o cenário científico contemporâneo, isto é, dar continuidade à discussão de uma causalidade concreta, voltada à realidade do fato, ao abrir as portas da verificação da causalidade no âmbito do processo penal para o *imput* dos conhecimentos oriundos das diversas ciências da natureza.

Isto significa dizer que o Direito Penal “*deve utilizar o mesmo conceito de causa que é manejado pelas ciências físico-naturais, sob pena de perder o contato com o mundo da experiência e com o restante do pensamento científico*”⁴⁴⁹.

Estas ideias são também compatíveis com nosso Direito positivo. Em primeiro lugar, o *caput* do art. 13 do CPB, descreve um conceito de causa comum às “teorias da condição”, mas sem apontar se sua verificação se dá através da fórmula da eliminação hipotética *in mente* ou do método experimental das ciências naturais. Em segundo lugar, ao diferenciar expressamente os termos “causa” e “imputável” (*caput*) e estipular que o desdobramento não usual do curso causal “exclui a imputação” (§ 1º), a redação do referido artigo permite a interpretação no sentido da distinção entre os dois juízos fundamentais para a tipicidade: existem causas imputáveis e causas não imputáveis.

A conexão entre a teoria e à prática do Direito e à superação de barreiras desnecessárias entre ambas é uma questão permanente, vinculada no essencial à elaboração de teorias com foco na decisão.

Não obstante, a este processo de aproximação contribui também decisivamente à discussão doutrinária e jurisprudencial em relação à causalidade, demonstrando o interesse que tem originado a questão levantada, como a influência que podem alcançar as regras da prova do processo penal nas soluções dogmáticas.

⁴⁴⁹ DÍAZ, Claudia López. *Introducción a la imputación objetiva*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996. P. 25.

Resulta difícil pensar hoje, como com razão sustentava Honig em 1930, que a teoria da causalidade no Direito penal se encontra em uma crise aberta, ainda que seja um tema questionado nas ciências naturais e na filosofia⁴⁵⁰.

No geral, a doutrina discute especialmente os problemas de imputação objetiva do resultado que partem da afirmação da existência da causalidade e os casos que são objetos de decisão dos tribunais que recaem, no geral, sobre pressupostos nos quais se afirma como não discutível a relação de causalidade.

As sentenças consideraram que as defesas apresentadas nos casos sobre responsabilidade penal pelo produto discutiram a existência da causalidade no caso sobre a base da impossibilidade de afirmar uma lei geral de causalidade, o que trouxe novamente à tona o debate sobre a existência, conceito e requisitos da causalidade.

2. O levantamento da questão na perspectiva do processo e a normatividade da decisão judicial.

No geral, as questões sobre a causalidade tanto discutidas vão desenvolver importante papel no processo penal, principalmente na fase probatória. Em resumo, as questões que serão tratadas de forma detalhada neste capítulo estão delineadas neste momento.

Nos casos de dissenso entre os peritos sobre a causa do resultado, a doutrina é divergente. Como o Tribunal carece de competência para resolver a contradição entre os peritos, a solução na causalidade concreta há que conduzir-se à aplicação do princípio do *in dubio pro reo*. Este foi o primeiro argumento utilizado quando não se obteve consenso entre os peritos com relação à demonstração da causalidade.

Frente a esta posição, tem-se insistido no fato de que uma perspectiva processual não obriga a seguir o critério indicado e que é possível afirmar, com relação à

⁴⁵⁰ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Traducción de la 2.^a edición alemana por Diego-Manuel Luzón Pena et. al. Barcelona: Civitas, 1997, pp. 347-349

causalidade, que nos tipos se podem formar espaços em branco que se integrem através da factividade do critério nos círculos de especialistas, aos quais se reconhece autoridade⁴⁵¹.

A integração será sempre normativa no tanto que requeira uma decisão do juiz, apoiada em uma valoração de acordo com determinados critérios normativos.

O aspecto normativo da decisão a que se refere a sentença de Colza não implica que a causalidade se considere ser mais uma questão de direito, senão o acento sobre o caráter valorativo da decisão judicial.

A convicção do juiz não deve ser real-subjetiva, senão normativo-subjetiva e a normatividade se estabelece então como um limite que permite o controle da racionalidade na formação deste juízo⁴⁵².

Vai ser discutida a causalidade como elemento do tipo.

Na realidade, a questão de direito a que alude a sentença não é causalidade como elemento do tipo, senão somente uma questão normativa das condições sob as quais é possível admitir que a lei causal tenha sido corretamente formulada, e pelos limites de ponderação da prova.

A consideração da causalidade como elemento do tipo pode responder a diferentes explicações. De uma parte, na doutrina tem afirmado que a lei causal geral é um elemento do tipo (Engisch, Kaufmann), ainda que também se tenha mantido que somente pode ficar imersa no tipo a causalidade do caso concreto⁴⁵³.

Em qualquer caso, pode chegar-se a uma conclusão prévia sobre a base da vinculação às exigências de racionalidade na ponderação da prova à que se tem feito referência anteriormente: a comprovação da causalidade como elemento do tipo requer uma base em princípios de experiência e, no entanto sua averiguação seja mais complexa, em conhecimentos científicos aportados ao processo.

A questão fica deslocada do âmbito da construção da lei causal e subordinada a um aspecto valorativo: o grau de exatidão exigido na delimitação das características

⁴⁵¹ Jakobs, Apud in Carlos Pérez Dell Vale. P. 985

⁴⁵² Tiedemann, Wolfgang Hoffmann, Apud in Carlos Pérez Dell Vale. P. 987

⁴⁵³ Kuhlen P. 66. Perez del vale P. 992.

destas exceções para obter umas conclusões de imputação normativa e sua relação com o princípio *in dubio pro reo*.

3. A prova do nexo causal: livre valoração vs. *in dubio pro reo*

O nexo causal entre a conduta e o resultado constitui – seja como elemento autônomo, seja como componente do juízo de imputação objetiva – um elemento do tipo objetivo dos delitos de resultado, ao menos daqueles cujo resultado consiste em uma modificação no mundo físico.

Consequentemente, o juízo de tipicidade a título de consumação supõe a efetiva ocorrência de elementos na espécie, o que em termos práticos implica em sua prova no processo penal. E é precisamente esta prova a que geralmente enfrentam dificuldades nos contextos causais complexos, quando a seu respeito não se produza consenso no âmbito da ciência.

As afirmações de que nos casos em que seja impossível a doutrina tem discutido a possibilidade dos tribunais quando, sobre estes pressupostos, tem decidido afirmar a existência da causalidade, pese a situação de *non liquet* que se apresentava ante à discrepância entre os especialistas.

Sobre a base de distinção da causalidade nos planos da lei causal natural e causalidade concreta, Maiwald sustenta que no segundo plano o Tribunal está vinculado aos conhecimentos científicos⁴⁵⁴.

Na opinião de Maiwald, a correlação estatística entre a ingestão e a enfermidade é um indicio especialmente forte para que o Tribunal possa afirmar a existência de causalidade, mas isto não pode leva-lo a admitir a causalidade quando existem opiniões contraditórias entre os especialistas⁴⁵⁵.

Tratando-se de uma questão probatória, poderia sustentar-se que simplesmente deve operar o princípio da livre valoração da prova. Deste modo, o caso de falta de

⁴⁵⁴ Manfred Maiwald. *Apud* in Carlos Pérez Dell Vale. P. 985.

⁴⁵⁵ MAIWALD. Perez del vale P. 995.

consenso no âmbito científico, o juiz poderia resolver sim mas, livremente, conforme a sua convicção pessoal. Uma adesão sem matizes ao princípio da livre valoração como solução geral e definitiva do problema esqueceria, não obstante, que dito princípio reconhece importantes limites, cujos contornos devem precisamente ser definidos.

Desde logo deve-se recordar que a livre valoração da prova e a convicção pessoal do juiz como fonte da decisão em matéria probatória tem como um de seus limites mínimos o que não pode contradizer os conhecimentos científicos arraigados, é evidente que considerando a relevância que a lei lhe assinala à opinião científica probatória, com o qual sugere restrições à livre valoração, assim como também ocorre com as exigências gerais de fundamentação racional da sentença.

Como se pode apreciar, o princípio da livre valoração da prova pode representar, na maioria dos casos, somente um ponto de partida no contexto para uma tarefa dogmática ainda pendente. Contudo, parece mais adequado e ajustado à lei este ponto de partida, do que aquele que pretende em caso de falta de consenso científico, deixa ao Tribunal a única opção de negar a prova do nexo causal.

As linhas argumentativas para fundamentar esta consequência tem sido fundamentalmente duas, aparentemente contraditórias, mas que no fundamento partem da concepção de um Tribunal absolutamente condicionado à existência de conhecimentos científicos consolidados.

Kuhlen e Samsom chegam a mesma conclusão que Maiwald. Para o primeiro, ainda que se apoiem na fortaleza do indício que representa ausência de explicações alternativas. Samsom discute fundamentalmente o critério da exclusão de outras explicações nos casos nos quais é conhecido o ciclo causal concreto, pois isto exigiria, em sua opinião, que todas as circunstâncias destas e de outras causas deveriam ser conhecidas de forma absoluta e conclusiva, e que deveria ser comprovado que nenhuma destas circunstâncias se deu no caso examinado.

Também Armin Kaufmann entendeu que a decisão do Tribunal deveria optar pela absolvição.

A primeira linha argumentativa foi formulada por Armin Kaufmann, no contexto do processo pelo citado caso Contergan, situava o assunto no plano do Direito penal material, com o qual o subtrairia do campo de aplicação da livre valoração⁴⁵⁶.

Para Kaufmann, a causalidade é um elemento do tipo integrador do conjunto das leis causais, as que por seu intermédio se incorporavam à norma que o continha e, na qual deviam se subsumir os dados do caso particular. Desta forma, os tipos de resultado representavam verdadeiros tipos penais em branco, a respeito dos quais a respectiva lei causal consistia em cada caso a norma de complemento do tipo⁴⁵⁷. E, para Kaufmann, somente tinha consideração como leis causais como normas de complemento, aquelas reconhecidas por uma opinião científica arraigada, cuja efetiva existência e caráter era o único que neste contexto lhe caberia comprovar no Tribunal. No caso de ausência de uma lei causal reconhecida em estes termos, simplesmente não era possível a subsunção⁴⁵⁸.

Em geral e à margem da ampla acolhida dos resultados que conduz, o ponto de partida de Kaufmann não tem muita ressonância na doutrina. Sobretudo, coloca-se em dúvida que as leis causais gerais podem ser consideradas como elementos constitutivos do tipo legal e que os tipos de resultado operam como tipos em branco. Basicamente, o contra é o caráter fático das leis da natureza, caráter em virtude do qual os tipos penais não podem estar constituídos por ditas leis, ainda que naturalmente possam, como fazem, remeter-se às mesmas⁴⁵⁹.

Do ponto de vista das consequências, também se tem feito notar criticamente que, ao tratar-se de uma questão de direito material, a questão estaria subtraída do âmbito de aplicação do princípio da livre valoração, o que é uma drástica restrição das faculdades de disposição do juiz, e, com isso, estaria anulada a máxima do *iura novit cura*, segundo

⁴⁵⁶ KAUFMANN, “Armin. Tipicidad y causación em el procedimiento Contergan”. Em: *Nuevo Pensamiento Penal*, Bogotá – Colombia, 1973.P 70.

⁴⁵⁷ Idem. P. 71.

⁴⁵⁸ KAUFMANN, “Armin. Tipicidad y causación em el procedimiento Contergan”. Em: *Nuevo Pensamiento Penal*, Bogotá – Colombia, 1973.P. 71

⁴⁵⁹ VOGEL, Joachim. “La responsabilidad penal por el producto en Alemania. Situación actual y perspectivas de futuro”. Trad. NIETO MARTÍN. **Revista Penal**. Nº 8, 2001, p. 98. También, Puppe.

o qual o direito não requer prova, senão que seja aplicado pelos Tribunais, com o qual os possíveis limites se restringem ao âmbito da aprovação do fático na interpretação do normativo⁴⁶⁰.

A pretensa controvérsia entre as concepções substantivas ou processuais do princípio do *in dubio pro reo* não impede um tratamento unitário do problema desde o ponto de vista da compatibilidade das soluções com o princípio.

Segundo Paredes Castañón, a questão aponta para uma aplicação matizada do princípio da oportunidade processual, *“a aplicação do princípio in dubio pro reo pdecede em dois níveis diferentes: nos casos em que seja impossível, pela natureza da matéria, obter um conhecimento causal suficiente, depois de realizarem-se investigações científicas com as garantias suficiente, o juiz se verá obrigado a aplicar o princípio do in dubio pro reo. No restante dos casos, nos quais uma investigação científica seria possa chegar a obter conhecimentos causais suficientes, deveriam ser considerações de política jurídico-processual, as que determinariam até que ponto deve optar por uma aplicação do in dubio pro reo, já que isto significaria a renúncia da busca de uma atribuição satisfatória de responsabilidade penal”*⁴⁶¹.

Afirma que a *“falta de explicação dos casos anômalos cria uma flagrante violação do princípio do in dubio pro reo, considerando que a decisão judicial ocultou sob o mandto das regularidades estatísticas o fato de que a dúvida persistia”*⁴⁶².

A segunda linha argumentativa, que congrega a imensa maioria daqueles que negam a possibilidade de aceitar a existência do curso causal nestes casos, tem uma clara orientação processual, entendendo que o Tribunal está obrigado a absorver por aplicação praticamente evidente o princípio do *in dubio pro reo*, pois dito princípio informa o que o Tribunal deve fazer quando não tem êxito na formação da convicção em nenhum sentido, mas que nada diz respeito com a questão que logicamente lhe antecede, e que serve de

⁴⁶⁰ DE LA CUESTA AGUADO, Causalidad, p. 87 y s.

⁴⁶¹ Paredes P. 123-124.

⁴⁶² Idem P 131.

pressuposto, que é precisamente quando é que se deve entender que se está na presença de um *non liquet*⁴⁶³.

A rigor, o verdadeiro argumento consiste em negar ao Tribunal toda possibilidade de chegar a uma convicção no contexto de um dissenso científico, pois considera-se que ao fazê-lo este se apropriaria de competências que não lhe incumbem, o que necessariamente conduziria a decisões carentes de fundamentos racionais.

Em outras palavras, se os especialistas das diversas ciências, únicos competentes para se pronunciarem a respeito, tem dúvidas, não cabe ao Tribunal senão também duvidar, o que no Direito penal favorece ao imputado e a absolvição é a única consequência possível⁴⁶⁴.

Neste contexto, ao Tribunal somente cabe constatar a existência ou a inexistência de conhecimentos científicos arraigados, ou, em outros termos, a existência de consenso ou dissenso na comunidade científica.

Esta tese não teve acolhimento na doutrina, considerando que estabelece que são os cientistas e não os juízes quem resolvem o que é de direito, com o qual, paradoxalmente, sepulta-se a necessária delimitação de competências que os partidários desta teses dizem defender⁴⁶⁵.

Certamente o Tribunal não pode pretender maior competência que os membros da comunidade científica para resolver questões próprias das disciplinas, sendo defeso que imponha sua opinião a respeito⁴⁶⁶.

A inexistência da unanimidade não pode ser, por si só, um obstáculo para considerar como cientificamente demonstrado o fato⁴⁶⁷.

⁴⁶³ GÓMEZ BENÍTEZ, *Causalidad*, p. 77 e ss. ÍÑIGO CORROZA, M^a Elena. *La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos*. Barcelona: Bosch, 2001, p. 102.

⁴⁶⁴ ROXIN, AT, § 11 Rdn. 15 e ss; PAREDES CASTAÑÓN, El caso de la colza, p. 61 e ss. 70 e ss., 121, 128; PAREDES CASTAÑÓN, J. M.: “De nuevo sobre el ‘caso de la colza’: una réplica”. **Revista de Derecho Penal y Criminología UNED**. 2^a época, n° 5, 2000, p. 88 e ss.

⁴⁶⁵ PUPPE, “op cit”, p. 1150; GÜNTHER, Klaus. “op. cit.”. p. 216; GÓMEZ BENÍTEZ, *Causalidad*, p. 79.

⁴⁶⁶ HILGENDORF, Eric. Op. cit.”. Berlin: Duncker & Humblot, 1993, p. 119.

⁴⁶⁷ HILGENDORF, op. cit, p. 120 e ss.

Esta não é solução para o problema, porque a função do princípio da oportunidade é independente da eficácia do princípio *in dubio pro reo*, e, em qualquer caso, do problema da prova da causalidade.

Ao mesmo tempo, deve ser traçada, necessariamente, uma distinção entre os casos padrões, nos quais a questão se encontra resolvida pela comunidade científica, daqueles em que ainda os especialistas estão trabalhando na questão⁴⁶⁸. Nestes últimos casos se impõe a tarefa de convidar aos especialistas ao debate, em ocasião do caso concreto, e a eventual formação de uma opinião dominante convincentemente fundamentada⁴⁶⁹.

Desde logo, pode ocorrer que isto não seja possível e que o desconhecimento seja tal que somente dê lugar à formulação de hipóteses vagas e sem apoio em antecedentes sólidos da espécie, circunstancia na qual necessariamente haverá de ter por não acreditado o nexo causal. Mas esta consequência somente poderá ser extraída da análise dos antecedentes do caso concreto.

Em último termo, a consequência prática da tese em questão seria que o Direito penal simplesmente deixa de ter aplicação nas áreas complexas de atividade onde não existam certezas equivalentes às que regem na solução dos casos triviais.

Ocorre que a prova no processo penal nunca funciona à base de certezas, senão que opera com graus mais ou menos altos de plausibilidade. Assim, é relativamente normal que se fundamente uma condenação por homicídio, ainda que não existam testemunhas, nem registros presenciais. Mesmo inexistindo certeza, pode existir base suficiente para uma conclusão altamente plausível, a que em geral bastará para legitimar um pronunciamento condenatório⁴⁷⁰.

Naturalmente as coisas são um pouco diferentes quando se está na presença de fatos. A prática judicial universal enfrenta os dissensos cotidianos existentes entre os especialistas no âmbito de disciplina tais como psiquiatria e a psicologia para resolver

⁴⁶⁸ HILGENDORF, *op. cit.*, p. 120

⁴⁶⁹ HILGENDORF, *Op. cit.*, p. 120,

⁴⁷⁰ HERNÁNDEZ, Héctor. “El delito de lavado de dinero”, em MINISTERIO PÚBLICO. **Informes en Derecho**. Santiago: 2005, p. 345 e ss.

questões não que somente atingem a credibilidade dos meios de prova, mas também a questão da imputabilidade ou inimputabilidade do acusado⁴⁷¹.

Deve-se destacar que a afirmação das competências judiciais neste contexto não pode inaugurar em absoluto um espaço de mero subjetivismo de onde o Tribunal possa resolver como se deseja. Pelo contrário, neste âmbito problemático as decisões pressupõem um fundamento plausível e concordante com critérios reconhecidos de racionalidade, que se traduz na fundamentação das conclusões probatórias para uma convicção legítima, ou seja, que esteja além de toda dúvida razoável, sobre o que se impõem restrições normativas adicionais⁴⁷².

Não podem ser aceitas, então, as pretensões de libertar completamente as exigências de convicção judicial de padrões de racionalidade científica, especificamente daqueles que regem à respectiva ciência, com a certeza de fazer bastar para os efeitos do processo penal uma certeza subjetiva⁴⁷³.

Os mencionados limites da dependência da convicção judicial relacionado ao conhecimento científico somente nos recordam das diversas funções e, conseqüentemente, dos diversos alcances da prova em todos os âmbitos, mas que em permitem em absoluto desprezar a racionalidade de dito conhecimento e seu aporte fundamental à racionalidade e legitimidade das falhas judiciais.

Por isto, é necessário que se detenha aos critérios de racionalidade que regem a questão da causalidade no âmbito da ciência. Sugeriu-se sobre os padrões que regem o âmbito das ciências que estudam o comportamento humano e que se separam, sem que se negue seu caráter científico, do ideal de certeza que pareça associar-se à atividade científica. O que interessa agora é mostrar que este ideal tampouco existe nas ciências naturais.

O outro problema apontado é com relação às regularidades estatísticas terem maquiado as dúvidas que ainda permaneceram. Ocorre que o núcleo da questão se

⁴⁷¹GIMBERNAT, Enrique. “La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición”. Em GIMBERNAT, E. *Ensayos penales*. Madrid: Tecnos, 1999, p. 332 e ss.

⁴⁷²BEULKE / BACHMANN, Op. Cit p. 739.

⁴⁷³KAUFMANN, op. Cit. p. 573; HILGENDORF, op. cit. p. 117 y 121; e SCHULZ, op. cit., p. 67 e 74.

encontra na argumentação que deve ser admitida para o rechaço das outras causas. A explicação tem que levar em conta o seu pressuposto, inclusive no caso das exceções.

Estas considerações permitem alcançar uma conclusão a respeito da estrutura do raciocínio da decisão e sobre a exclusão das dúvidas. A defesa da aplicação do princípio do *in dubio pro reo* deve ter uma certa coerência interna, desde a perspectiva lógica, não é correto afirmar que a falta de percepção do mecanismo causal pode ser subsanada com a exclusão de outras causas e a explicação das exceções. E, exigir simultaneamente para esta explicação a percepção da ausência do mecanismo causal em outras causas e nas exceções.

Portanto, se é aceita a possibilidade de sanar a falta de observação material do princípio causal, desde o ponto de vista lógico, a exclusão de outras causas e a explicação das exceções podem estar respaldadas por comprovações distintas da observação sensorial do mecanismo causal.

4. A causalidade como elemento do tipo

A causalidade tem mantido sua função naturalística na teoria da imputação, apoiada em critérios normativos. Na verdade, o conteúdo originário da introdução da ideia de causalidade no Direito penal, com já foi visto, corresponde a um processo de racionalização, que rechaça a aceitação de que uma consequência real tivesse sido originada por uma ação quando ausente a conexão causal e racional.

Não obstante, a dúvida atual é com relação se a lei natural deve ser concebida como uma lei de necessidade ou de probabilidade⁴⁷⁴. Esta consideração da causalidade não resolve a questão se a lei natural há de ser concebida como uma lei de necessidade ou como uma lei de probabilidade. Em qualquer caso, ainda que a exigência de que devem ser comprovados os fatos concretos implica que a pretendida necessidade não pode ser

⁴⁷⁴ Engisch. *Apud in* P. 1001.

percebida, o caráter de lei nos fatos deve estar apoiada não somente em sua percepção, senão também em sua adequação empírica⁴⁷⁵.

Esta conclusão deve manter-se, ainda que se pretenda negar que a lei causal geral é um elemento do tipo e que, no âmbito da tipicidade, somente pode ficar imersa a causalidade do caso concreto, pois de qualquer forma subsiste a necessidade de comprovação no processo, conforme a conhecimentos de experiência⁴⁷⁶.

A função própria da causalidade no sistema é reconhecida sem discrepâncias na base da imputação, e isto também ocorre nas discussões próprias de uma teoria da imputação objetiva⁴⁷⁷. Parece claro que o problema se encontra na necessidade de prova neste nível de imputação: se consideraria que não é possível comprovar a ocorrência de critérios normativos de imputação, nem afirmar a existência da causalidade, sem que se tenha como provado previamente a existência de uma lei natural de causalidade.

A introdução do problema comparativo com a omissão na discussão dos pressupostos da imputação não é novo na doutrina, e ainda está vinculada sobre a discussão da causalidade na omissão⁴⁷⁸.

Em realidade, como já tinha sido assinalado por Bacigalupo, hoje não mais se questiona se a omissão é a causa do resultado, e sim se a ação do omitente o teria evitado⁴⁷⁹.

Um levantamento correto exige a adoção de um pressuposto coincidente com alguns setores da doutrina, desde os que propõem uma posição unificadora do direito penal substantivo e direito processual penal em uma perspectiva metodológica, e que incide de forma particular na crítica da separação das regras do processo e das regras de imputação

É correta a equiparação básica entre ações e omissões, a qual defende o setor da doutrina, fundamentalmente através da exigência da posição de garante dos delitos ativos.

⁴⁷⁵ Engisch. *Apud in* P. 1001

⁴⁷⁶ Engisch. *Apud in* P. 1001

⁴⁷⁷ HONIG *Apud in* P. 1001

⁴⁷⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona, 1986, pp. 127 ss.

⁴⁷⁹ BACIGALUPO. Enrique. *Delitos improprios de omisión*, 2. Ed., Bogotá, 1983, p. 90.

Se esta ideia é aceita, e com ela a falta de diferença substancial entre a ação e a omissão, resulta evidente a conclusão que não é possível exigir um diferente nível de certeza no fundamento da imputação da ação e no fundamento de imputação da omissão⁴⁸⁰.

É correta a solução apontada por Gimbernat Ordeig se o juiz não tem outros elementos distintos para determinar a causa das mortes. Não obstante, é diferente o caso em que o informe, de conclusões certas, tenha emitido de acordo com um método científico que respalda suas conclusões sobre estes estudos estatísticos e quando o juiz pode descartar outras hipotéticas causas⁴⁸¹.

Portanto, ao nível de certeza requerido para a causalidade deve ser similar ao que se exige para a capacidade de modificar a situação de risco, com alternativas para o comportamento.

No fundamento de imputação da omissão não é possível a percepção sensível que permita uma repetição experimental do fenômeno. A certeza sobre a capacidade de modificar a situação por parte do autor deve estar apoiada em conhecimentos que derivem da experiência e, na medida em que seja necessário, em conclusões dos cientistas apoiadas em estudos estatísticos, na medida em que não é possível uma reprodução exata da situação de risco em forma experimental.

Nesta mesma ordem de considerações deve reproduzir o problema com relação à causalidade nas ações. A certeza que se apoia em estudos de áreas científicas reconhecidas como tais e que encontram respaldo para suas conclusões em estudos estatísticos, é dizer, que não extrai conclusões diretas da frequência estatística, e que pode rechaçar a fórmula fundada, também conforme a critérios racionais, outras causas que excluam o fundamento de imputação vinculado ao autor, tem alcançado as exigências que seriam necessárias se se tratasse de uma omissão.

Desta forma, explica-se a afirmação de que em uma aplicação adequada da teoria da imputação objetiva, a causalidade não proporciona para o tipo critérios normativos.

⁴⁸⁰ GIBERNAT ORDEIG, Enrique. *Causalidad, omisión e imprudência*, ACDP-1994, P 5 e ss.

⁴⁸¹ Idem. P 41.

A normatividade, portanto, está referida fundamentalmente à valoração do juiz no processo, e não repercute de uma forma especial no dolo do autor, que deve abarcar também a causalidade da ação em relação com o resultado em seu sentido descritivo⁴⁸².

A solução apontada não pretende se limitar a contribuir com um respaldo dogmático, que seria insuficiente em uma consideração global da imputação no marco do processo penal, em particular em uma questão que tem sido discutida com frequência na perspectiva do princípio *in dubio pro reo*.

O duplo apoio processual e dogmático permite delinear com maior clareza a difícil separação entre a livre convicção ou a convicção em consciência e a arbitrariedade⁴⁸³.

Esta aproximação que se faz entre aspectos processuais e dogmáticos tem sido, e serão no futuro, um dos pontos de especial atenção da doutrina.

5. Leis determinísticas vs. leis probabilísticas

A defesa no caso Contergan provou a discussão sobre a questão do conhecimento científico e sobre o que é necessário para justificar uma verdade científica.

Com efeito, o caráter não determinístico das leis causais se manifesta fundamentalmente no plano atômico ou subatômico e não no chamado plano macrofísico, de sorte que, sem prejuízo de que em casos excepcionais deva-se admitir que a física clássica não é suficiente para analisar ou resolver alguns assuntos, mas, no geral, segue prestando bons serviços.

Mas o que se pretende destacar é que com total independência dos grandes paradigmas das ciências naturais, neles é frequentemente utilizadas explicações da realidade de tipo probabilístico, isto é, que dão conta do fato que sob certas condições um evento terá lugar em uma determinada porcentagem de casos, em oposição a uma

⁴⁸² Jakobs. Apud in P. 1004.

⁴⁸³ Bacigalupo, ACDP 1988, P 373-374

explicação determinística, conforme a qual se possa afirmar que, sob certas circunstâncias, o evento se verificará em todos os casos⁴⁸⁴.

Mas ainda, pode-se dizer que a respeito da grande maioria dos fenômenos complexos o elevado número de variáveis associadas e a consequente impossibilidade de controlá-las integralmente determina que as explicações sejam necessariamente probabilísticas⁴⁸⁵.

Ocorre então que a explicação científica dos fenômenos naturais, em particular a explicação causal da relação entre dois eventos é geralmente uma explicação probabilísticas⁴⁸⁶.

A epidemiologia é um caso paradigmático de tamanha importância para a busca e a confirmação das causas de enfermidades, principal forma de manifestação dos novos riscos.

E se isto é suficiente para os padrões de racionalidade das ciências naturais, desde logo deverá ser suficiente também para os fins do direito⁴⁸⁷.

Mas, somente a afirmação de validade científica das explicações probabilísticas certamente não libera dos rigores da sua verificação, para a qual será fundamental à estrita observação dos métodos e dos padrões que regem a disciplina em questão⁴⁸⁸.

Não obstante, se a afirmação resulta de maior relevância se deve ao fato de que se levanta contra a pretensão de impor à decisão jurídica explicações científicas com padrões irrealistas. No processo penal será então possível e legítimo acreditar o nexos causal entre dois eventos, com base em explicações probabilísticas.

É necessário saber quais são as condições para que isto ocorra de modo legítimo.

6. Elementos para um modelo de comprovação

⁴⁸⁴ PÉREZ BARBERÁ, “Causalidad”, p. 445 e ss. DE LA CUESTA AGUADO, Causalidad, p. 100 e ss.

⁴⁸⁵ PÉREZ BARBERÁ, *Op. Cit.* p. 445 e ss.

⁴⁸⁶ GÓMEZ BENÍTEZ, Causalidad, p. 76 e ss.

⁴⁸⁷ IÑIGO CORROZA, Responsabilidad, p. 104 y siguientes; e REYES, “Causalidad”, p. 23 y 28 e ss, REYES, Y. Imputación objetiva. 2ª ed. Bogotá: Temis, 1996, p. 41.

⁴⁸⁸ GÓMEZ BENÍTEZ, Causalidad, p. 76 e ss.

Como já foi dito, a subsistência da faculdade do Tribunal para pronunciar-se sobre a existência de um nexo causal em contextos de dissensos científicos a respeito não implica em modo algum que sua decisão possa se fundamentar em mero subjetivismo, mas sim deve se tratar de uma decisão cientificamente plausível.

Tanto na literatura como na jurisprudência parecem surgir os seguintes critérios para ter por atingido este padrão: o ponto de partida da análise geralmente é o estabelecimento de uma significativa correlação estatística entre resultado e a possível causa em consideração. Entende-se por significativa aquela correlação que, em termos negativos, supera o limiar do que pode ser considerado causalidade⁴⁸⁹.

Em termos positivos, o grau de significação varia de uma disciplina a outra, mas em geral se reconhece que deve tratar-se de uma porcentagem relevante tanto em termos absolutos como, especialmente, relativos, para o qual resulta de grande utilidade a possibilidade de comparação com contextos no quais a possível causa em consideração não estava presente.

Não obstante, por mais impressionante que possa ser a correlação estatística, esta somente constitui um ponto de partida de análise, pois, como se reconhece amplamente, uma correlação deste tipo representa apenas um indício da possível causalidade, mas nunca um critério para confirmação da mesma: não se deve confundir um simples *post hoc* com o buscado *propter hoc*⁴⁹⁰.

A este respeito existem muitos exemplos na doutrina sobre a ausência de relação causal mesmo com a ocorrência de um alta correlação estatística, muitos dos quais, em sua trivialidade, como o caso da relação entre previsão do tempo e posterior estado do mesmo⁴⁹¹, ou entre o consumo de uma grande quantidade de refrigerante, (acompanhado

⁴⁸⁹Klaus ROLINSKI apud in HERNÁNDEZ, Héctor. “El problema de la “causalidad general” en el derecho penal chileno (con ocasión del art. 232 del Anteproyecto de Nuevo Código Penal)”. Polít. crim. nº 1, 2006. A7, p. 1-33

⁴⁹⁰ KAUFMANN, Op. Cit. p. 575; KUHLEN, Lothar. Op. Cit. , 1989, p. 72; ROLINSKI, Op. Cit. p. 491 e ss. RÖCKRATH, ... p. 55 y s.; SCHULZ, p. 62.

⁴⁹¹ PUPPE, p. 1149.

de grande quantidade de bebidas alcoólicas) e a embriaguez do alcoólico⁴⁹², exemplos que servem de advertência sobre as falsas explicações que, de um certo modo plausível, podem ser produzidas nos mais complexos contextos.

Daí que a mera correlação estatística deve dar passo a uma hipótese causal que, ademais de ser compatível com os conhecimentos científicos assentados, tenha algum grau de plausibilidade com base em ditos conhecimentos⁴⁹³.

Neste contexto tem papel fundamental o critério da exclusão das possíveis causas alternativas do resultado, mediante o qual o fator investigado permanece como a única possível causa do resultado⁴⁹⁴.

Surge naturalmente a questão relativa à quais devem ser as possíveis causas que devem ser descartadas. Parte da doutrina tem tentado colocar as máximas exigências a respeito, no sentido de que a prática da exclusão é método que se considera inobjetable, pressuporia o conhecimento de todas e cada uma das possíveis causas do resultado em questão⁴⁹⁵.

Com razão esta pretensão tem sido rechaçada, em razão da própria natureza essencialmente incompleta e provisória do conhecimento científico, que torna virtualmente impossível a prova de qualquer nexos causal⁴⁹⁶.

Pelo contrário, tudo indica que devem ser levados em consideração somente aqueles fatores que sejam conhecidos e aos quais o conhecimento científico, em seu estado atual, racionalmente lhes tenha atribuído o papel de influência na produção do resultado⁴⁹⁷.

O maior ou menor grau de riscos no procedimento de exclusão das possíveis causas alternativas dependerá das circunstâncias do caso concreto. A efeito, será altamente

⁴⁹² HOYER, Andreas. GA, 1996, p. 160.

⁴⁹³ KUHLEN, p. 73. ROLINSKI, p. 492 e ss.

⁴⁹⁴ KUHLEN, p. 73; DE LA CUESTA AGUADO, Causalidad, p. 101 e ss.; TIEDEMANN, Klaus. Derecho penal y nuevas formas de criminalidad. Lima: IDEMSA, 2000, p. 129

⁴⁹⁵ SAMSON, Erich.. StV. 1991, p. 183.

⁴⁹⁶ HILGENDORF, p. 124; SCHULZ, p. 69; RÖCKRATH, p. 73 e ss.

⁴⁹⁷ KUHLEN, p. 73. RÖCKRATH, p. 73 e ss.

relevante se o caso pertencer ao âmbito do explicável conforme a experiência cotidiana comum ou se, pelo contrário, apresenta uma complexidade que escapa a esta possibilidade de explicação. No primeiro caso, das situações triviais, a relação causal geralmente se apresenta como evidente, ao ponto que o procedimento de exclusão se aplica de modo inconsciente, tornando-se aparentemente desnecessário.

Mas o contrário ocorre nos casos em que as relações são menos claras *prima facie*, em que as exigências impostas ao procedimento para o reforço das hipóteses serão necessariamente maiores, medidas em um transcurso temporal considerável entre a causa em hipótese e o resultado, verificação das características específicas do resultado, etc.⁴⁹⁸, fatores que certamente elevam a plausibilidade de explicações alternativas e, com isto, das dúvidas a respeito da hipótese⁴⁹⁹.

Estas orientações devem ser seguidas de modo rigoroso, o que deverá conduzir a resultados inobjektáveis desde o ponto de vista não apenas da racionalidade científica, mas também, e em especial, das garantias jurídico-penais.

Não parece que se possa exigir do processo penal, que tem limitações intrínsecas, mais do que uma hipótese firmemente fundamentada nos termos mencionados⁵⁰⁰.

Cabe destacar que este é o método que, de forma mais ou menos explícita, foi empregado nas sentenças proferidas nos citados casos Contergan, Lederspray e do Protetor de madeira na Alemanha, assim como no caso espanhol do azeite de colza⁵⁰¹.

Com a adesão ao mesmo não se quer afirmar aqui, necessariamente, se a decisão foi correta e se os resultados concretos foram corretos. Mas não se pode negar que o procedimento de determinação do nexo causal é essencialmente legítimo nestes contextos complexos, e será sempre que for respeitado o alto nível de exigência que leva implícito por trás das dúvidas e das críticas mais fundamentadas no caso concreto⁵⁰².

⁴⁹⁸ Así también KUHLEN, Lothar. En ROXIN, Claus; WIDMAIER, 2000, p. 655; SCHULZ, p. 72.

⁴⁹⁹ Hector hernndez P. 25

⁵⁰⁰ HILGENDORF, p. 124. Contra HASSEMER, p. 44.

⁵⁰¹

⁵⁰² TIEDEMANN, Klaus. “Lesiones corporales y responsabilidad por el producto. Observaciones sobre el ‘caso Degussa’”. Trad. ABANTO, M. En TIEDEMANN, Nuevas formas, p. 105.

Outro modelo proposto, e que pode se dizer similar, ainda que não idêntico, é o da chamada “causalidade epidemiológica”, desenvolvida pela jurisprudência japonesa. Seus requisitos são: para que um fator possa ser considerado causal, requer-se a) que haja aparecido com anterioridade à enfermidade, b) que o número de enfermos aumente quando a incidência do fator for aumentada, c) que os afetados somente apareçam no âmbito de incidência daquele fator, e d) que as ciências naturais aportem uma explicação sobre o mecanismo biológico desencadeado pelo efeitos do fator⁵⁰³.

7. As críticas ao procedimento de exclusão

Há um aspecto central do modelo de exclusão que tem motivado importantes objeções e que por isto se faz necessário uma tomada de posição.

Como se pode apreciar, tão somente a adoção de um procedimento de exclusão implica, ao menos conceitualmente, que para a aceitação do nexo de causalidade não são indispensáveis comprovações positivas do mesmo, fundamentalmente a de determinação do mecanismo preciso através do qual o fator investigado dá lugar ao resultado.

Uma questão diferente é se isto implica que também se prescindia da formulação da lei causal geral, na qual haveria de subsumir-se a relação concreta do caso e em virtude da qual se possa afirmar o caráter causal deste fator.

A resposta não é evidente, pois se discute quais devem ser as exigências para esta formulação⁵⁰⁴. A aceitação das leis probabilísticas como referente válido da explicação científica e, conseqüentemente, da fundamentação jurídica, deve desvencilhar do tratamento das mesmas como se fossem leis determinísticas⁵⁰⁵, já que é difícil que sem conhecimentos do mecanismo de ação do fator investigado, tal formulação no caso concreto não seja posta em dúvida por seu um mero juízo retórico ad hoc, incapaz de cumprir com as suas funções que seus partidários lhe atribuem, e que são subjacentes às críticas.

⁵⁰³ SCHULZ, p. 63 e ss.

⁵⁰⁴ RÖCKRATH, p. 57 e ss., 72 ss., PUPPE, p. 1149. Apud in hector p. 26.

⁵⁰⁵ PUPPE, p. 1149 RÖCKRATH, p. 71 e ss.

O que o procedimento de exclusão permite é comprovar racionalmente que o resultado foi causado, de algum modo, pelo fator em questão, e que isto é dado como certo, mas que não se tem informações precisas sobre como o causou⁵⁰⁶, e que HASSEMER definiu como “caixa preta”.

A questão é, então, se este pode bastar para a aceitação do nexo de causalidade no âmbito do processo penal ou se, pelo contrário, aquele equer um conhecimento efetivo da lei causal geral subjacente ou do mecanismo ativo do fator.

E se trata de uma pergunta fundamental, já que a resposta negativa implica na impossibilidade de aceitar como legal e legítimo o nexo de causalidade nos casos em que haja falta de conhecimento.

A favor, pode-se dizer que o único relevante em matéria de causalidade para os fins do Direito penal é se uma conduta determinada causou ou não o resultado previsto pelo tipo penal, sendo indiferente o como teria ocorrido, que só teria relevância para as ciências naturais⁵⁰⁷.

Esta constatação, não obstante, não tem sido suficiente para evitar as variadas objeções que se levantam contra esta consequência do procedimento de exclusão.

De todas as possíveis objeções contra este método de comprovação, sem dúvida a mais radical seria aquela que simplesmente nega a confiabilidade de seus resultados, po entender que sem comprovação positiva do nexo causal sua afirmação não passa de uma hipótese não demonstrada.

O decisivo desde este ponto de vista deveria ser exclusivamente se o procedimento, dentro de suas reconhecidas limitações, satisfaz ou não os padrões normais de racionalidade ou certeza com os quais trabalha o Direito penal, isto é, em termos processuais, se a aplicação rigorosa do mesmo permite potencialmente aceitar a existência dos nexos causais, apesar de toda dúvida razoável, ou se, pelo contrário, padece de uma incapacidade estrutural para tanto.

⁵⁰⁶ HASSEMER, p. 38, 41 e ss.,

⁵⁰⁷ KUHLEN, p. 57 e ss. RÖCKRATH, p. 51: HASSEMER, p. 41 e ss.; GIMBERNAT, Ensayos, p. 334.

A reflexões permitem afirmar o primeiro caso⁵⁰⁸, sem prejuízo de destacar que em muitos casos, o procedimento de exclusão por si só não permitirá subtrair conclusões suficientemente seguras, mais precisamente nos casos em que o conhecimento do efetivo mecanismo de ação – lei causal – pode resultar indispensável para a comprovação do nexa causal⁵⁰⁹.

Trata-se, como se pode ver, de uma consequência da peculiar configuração do caso concreto, assim como de uma alta exigência de plausibilidade para as conclusões probatórias, mas não de uma necessidade conceitual.

As restantes objeções ao procedimento de exclusão de possíveis causas alternativas, que sempre recorrem ao ponto da confiabilidade probatória do procedimento, centram-se em algumas consequências específicas do modelo para a dogmática penal, tanto material como processual.

Desde um ponto de vista processual, critica-se que a formulação positiva, ainda que em forma de hipótese, da lei causal geral que se pretende aplicar à espécie, é indispensável pelo ponto de vista do direito de defesa, pois somente dessa maneira o imputado saberá contra o que deve se defender.

Pelo contrário, uma alusão apenas genérica de que o fator que se quer imputar foi a causa da produção do resultado lesivo coloca o imputado na situação de refutar o que lhe é atribuído, de modo que deve demonstrar que a verdadeira causa se encontra em outro lado, com o que seria invertido de modo ilegítimo o ônus da prova no processo penal⁵¹⁰.

A primeira vista, a objeção resulta formidável, mas a aparência inicial tende a desaparecer quando se observa que a situação do imputado nestes caso na verdade não se diferencia em nada da posição de qualquer pessoa que deva enfrentar prova indiciária em seu desfavor. Sempre nestes casos é dever da acusação criar convicção no tribunal, quando os indícios são tão poderosos e a ausência de outras explicações plausíveis é tal que a única conclusão possível é aquela na qual se funda a acusação. A defesa pode

⁵⁰⁸ HASSEMER, p. 42 e ss.

⁵⁰⁹ KUHLEN, p. 71 e ss.; p. 567; e ss. p. 653.

⁵¹⁰ PUPPE, p. 1149 e ss.; PUPPE, JZ, 1996, p. 319; GÜNTHER, p. 215.

abster-se de toda atividade ou limitar-se a colocar em dúvida o cumprimento de tais exigências, pois a carga probatória corresponde à acusação. E, neste tipo de casos, à luz do que se tem dito e que se constitui uma nítida tendência, o limiar de convicção deveá ser particularmente alto.

Os Tribunais não estão obrigados a considerar qualquer explicação alternativa, somente aquelas que tenham um mínimo grau de plausibilidade⁵¹¹.

8. Um novo conceito material de causalidade

Surge a dúvida se sob a aparência de uma mera questão probatória, em rigor não estaria modificando o conceito de causalidade, e com ela, a interpretação do Direito material⁵¹². E, neste caso, as dificuldades de limitação entre o material e o adjetivo deve ser refletida.

Quando Kaufmann afirmava que a causalidade era uma questão de interpretação legal, provavelmente o fazia porque advertia que não se tratava de uma questão de prova, no sentido habitual⁵¹³. Pois, como apontou Puppe, nestes casos não se trata a rigor de aceitar eventos particulares, senão lis gerais que são suscetíveis de serem aceitas com o instrumento probatório do processo penal⁵¹⁴.

O que realmente tem lugar no júízo criminal, a respeito, é uma discussão conceitual sobre o estado da ciência e sobre o que dito estado pode dier em relação ao tipo de casos que estão ocorrendo. Trata-se de uma problemática que se encontra no meio do caminho entre a prova dos fatos e a subsunção dos mesmos nos tipos penais, no presente caso, especialmente nos tipos de resultado lesivo⁵¹⁵.

A questão radica, em definitivo, em estabelecer quais são as regras a que se deve submeter esse debate e as condições sob as quais é possível uma convicção razoável a

⁵¹¹ VOGEL, “Responsabilidad”, p. 99.

⁵¹² BEULKE / BACHMANN, p. 738 ss. GÜNTHER, p. e ss.

⁵¹³ KAUFMANN, p. 573 nota 18.

⁵¹⁴ PUPPE, p. 1150.

⁵¹⁵ GÜNTHER, p. 212, 215 e ss.

respeito do nexo causal. Se nas páginas precedentes se pode falar de prova, isto ocorreu simplesmente porque não existe uma terminologia ou regulação para tratar deste assunto.

Precisamente por esta peculiar posição do problema, a meio caminho entre a prova e a subsunção, é que não resulta surpreendente que na prática comparada se produza uma significativa ampliação do controle da decisão judicial via recurso de cassação ou recurso de nulidade.

Enquanto neste últimos a revisão indireta dos fatos supõe quase sempre uma infração mais ou menos flagrante dos deveres de fundamentação, tratando-se das decisões no contexto do dissenso científico, a revisibilidade via nulidade se constituiria em regra⁵¹⁶.

Em definitivo, a situação da causalidade geral é indicativa de uma importante transição na configuração das relações existentes entre direito penal material e processo penal. Como destacou Klaus Günther, existem ao menos dois modelos ideais para representar ditas relações: por uma surge um modelo no qual o direito material define em termos claros, precisos e estáveis aquele que deve ser provado no procedimento penal. Esse é o mecanismo através do qual se assegura uma forte vinculação do juiz à lei e, com isto, preserva-se a liberdade dos cidadãos.

Neste contexto as disposições reguladoras da prova perdem seu sentido e dão passos à liberdade dos meios de prova e à livre apreciação dos mesmos, à vez que a revisão via nulidade se concentra em geral na correta aplicação do direito⁵¹⁷.

Face a esta concepção se enfrenta outra para a qual uma estrita vinculação do juiz ao direito material não passa de ser uma ficção, toda vez que dito direito material chega a ser o que é através de sua interpretação no processo, com o qual este último ganha autonomia.

Ainda que pareça paradoxo, aumenta significativamente o controle das conclusões probatórias do juiz pela via do recurso de nulidade baseado em defeitos de fundamentação, defeitos cuja relevância no fundo não radica somente em que a

⁵¹⁶ PUPPE, p. 1150; GÜNTHER, p. 221. GÓMEZ BENÍTEZ, *Causalidad*, p. 65 e ss. TORÍO LÓPEZ, “Cursos causales”, p. 237.

⁵¹⁷ GÜNTHER, p. 220.

determinação dos fatos seja a ante-sala da subsunção, senão que, em um contexto no qual o Direito material quer ser recompensado com garantias a respeito da prova, através de critérios de racionalidade que operam como verdadeiras leis reguladoras da prova, jurisprudencialmente formuladas⁵¹⁸.

Tudo parece indicar que somente o segundo modelo pode realisticamente ter aplicação nas atuais condições de complexidade que deve enfrentar o sistema penal⁵¹⁹. A problemática da causalidade geral e a consciência do caráter essencialmente provisório e incompleto de um conhecimento científico são indícios significativos disto. O que se impõe, então, não é mais negar o problema, senão reafirmar os critérios e exigências de racionalidade das decisões em matéria de causalidade e extremar o controle sobre seu cumprimento.

Em conclusão, compartilha-se da opinião de Joachim Vogel, pressupõe-se que o juiz realiza uma valoração cuidadosa e prudente da prova, de modo que é possível compartilhar com a tese do Tribunal Superior Alemão de valoração da prova a certos grupos concretos de casos⁵²⁰.

9. A ponderação na decisão de imputação

A ponderação seria um método de interpretação, não previsto na constituição, vinculado ao entendimento do intérprete sobre a posição dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico e a relação funcional entre os poderes judicial e legislativo.

Sua importância origina-se no fato incontestável de que muitos conflitos de normas constitucionais, em que mais de uma norma constitucional é aplicável sobre um dado caso concreto produzindo resultados diversos e até mesmo antagônicos, simplesmente não podem ser adequadamente resolvidos com o uso exclusivo do método da subsunção, haja vista este método, vinculado ao pensamento jurídico formalista e

⁵¹⁸ GÜNTHER, p. 221 e ss..

⁵¹⁹ GÜNTHER, p. 222 e ss.; e ÍÑIGO CORROZA, Responsabilidad, p. 101.

⁵²⁰ VOGEL, Joachim. “La responsabilidad penal por el producto en Alemania. Situación actual y perspectivas de futuro”. Traducción de Adán Nieto Martín. Universidad de Castilla – La Mancha.

baseado na mecânica do silogismo, não fornecer os critérios necessários para a construção de sentido da norma constitucional a ser aplicada nestes casos, sendo então o juízo subsuntivo produtor de um raciocínio judicial incompleto.

Diante da insuficiência do método subsuntivo, a ponderação se apresentaria como método complementar: o processo hermenêutico inicia-se e encerra-se com uma subsunção – a identificação das normas constitucionais *prima facie* aplicáveis se dá mediante subsunção, e a aplicação final da norma constitucional escolhida também –, ao passo que, entre estas duas operações subsuntivas, a escolha de qual norma constitucional deva ser aplicada, levando em conta os bens e interesses em jogo, se dá mediante um juízo ponderativo.

Com efeito, nas hipóteses de colisão entre direitos fundamentais, expressos por meio dos princípios constitucionais, a solução não se encontra pronta e acabada em nosso ordenamento jurídico, sendo improdutivo, nestes casos, o recurso exclusivo ao método interpretativo lógico-dedutivo próprio do positivismo formalista, ou seja, o recurso à técnica da subsunção. Por sua vez, a utilização da ponderação não se apresenta como uma alternativa excludente da subsunção, mas sim uma etapa intermediária do processo interpretativo em que o intérprete identificará a norma constitucional que será ao final aplicada por subsunção.

Como demonstrado acima, o uso dos métodos da categorização e da hierarquização se mostra insuficiente ou inadequado, em muitos conflitos de direitos fundamentais, para a definição de qual comando constitucional deverá prevalecer, principalmente por não fornecerem critérios racionais ou juridicamente viáveis que permitam o controle da racionalidade da decisão judicial construída. A ponderação, por sua vez, como método adequado para a solução de conflitos normativos entre princípios, favorece o controle da racionalidade das decisões judiciais a serem tomadas nos conflitos desta espécie, justamente por representarem um itinerário metodológico de justificação da prevalência de bens e interesses constitucionais colidentes.

Por esta razão, pensamos ser a ponderação o método mais adequado para, auxiliando a subsunção, definir a prevalência de bens e interesses constitucionais que colidem no caso concreto.

9.1. Razões em favor da ponderação.

Em primeiro lugar, a acusação de que a ponderação, como a proporcionalidade, não passa de estratagema para encobrir decisões arbitrárias dos Tribunais Constitucionais não resiste a uma investigação empírica destes julgados, muito pelo contrário, a análise destes julgados revela que as decisões das Cortes Constitucionais contemporâneas, que utilizam o juízo ponderativo, são bastante coerentes e aceitáveis, além de bem fundamentadas.

Ademais, as decisões judiciais baseadas nos juízos ponderativos não podem ser taxadas de irracionais porque a ponderação não apontaria a um único resultado possível, isto porque o raciocínio ponderativo não tem e nem pode ter a pretensão de oferecer uma única resposta correta ao julgamento dos casos difíceis, haja vista a possibilidade de mais de uma solução correta ser algo inerente à própria indeterminação do Direito, especialmente em se tratando de direito fundamentais expressos em princípios e conceitos indeterminados. A pretensão do raciocínio ponderativo é proporcionar a melhor resposta correta para a colisão concreta, o que deverá ser feito com o uso do princípio da proporcionalidade e por meio da demonstração racional e objetiva do balanceamento dos bens e interesses constitucionais colidentes, de forma que seja apontada, justificadamente, qual bem ou interesse deve prevalecer e em que medida o bem ou interesse contraposto deve ceder.

9.2. Refutação às críticas da utilização da ponderação

Através de um devido procedimento metodológico e de uma argumentação jurídica racional que procure descrever e justificar o procedimento e as razões do juízo ponderativo, a técnica da ponderação apresenta, em relação aos demais métodos, maiores vantagens quanto à transparência das razões de construção da norma de decisão.

A categorização apenas parece ser menos criativa do que a ponderação, isto porque seu aspecto criativo se esconde por trás de um raciocínio silogístico dissimulado e na ausência de fundamentação adequada.

Já o caráter criativo no juízo de ponderação fica à mostra por meio do desenvolvimento da argumentação jurídica racional, principalmente porque pautada no juízo de proporcionalidade, de modo que o raciocínio empreendido fica sujeito ao controle externo reconstrutivo de modo transparente e objetivo.

Em suma, se há um déficit de racionalidade e objetividade do juízo ponderativo, ele não é maior do que o da categorização, tendo a ponderação ainda a vantagem de ser mais transparente na demonstração dos fundamentos da norma de decisão, permitindo o melhor controle da racionalidade das decisões.

Com relação à acusação de irracionalidade do juízo ponderativos em razão do mesmo trabalhar com a comparação de bens e interesses ontologicamente distintos e por isso mesmo incomparáveis, melhor sorte não assiste aos críticos.

A fixação deste denominador comum externo ao intérprete dotaria o juízo ponderativo de objetividade, ao passo que sua ausência permitiria alto grau de subjetividade e de irracionalidade da decisão.

Por sua vez, a impossibilidade da fixação destes parâmetros objetivos não inviabiliza, de modo algum, a ponderação; em primeiro lugar, porque não é a ponderação, como método interpretativo, que causa a incomensurabilidade, mas sim a própria dinâmica e conteúdo dos conflitos entre bens e ideologias que se traduzem nos *casos difíceis*, sendo certo então que a incomensurabilidade é algo ínsito aos conflitos nos casos difíceis; em segundo lugar, e como decorrência da primeira afirmação, a incomensurabilidade entre bens e interesses não é algo particular do método da ponderação, mas está presente em toda e qualquer decisão que envolva a comparação entre argumentos e contra-argumentos, independentemente do método interpretativo utilizado.

Por estas razões, as acusações de irracionalidade das decisões judiciais pautadas na ponderação de interesses sob o argumento das dificuldades da incomensurabilidade destes interesses não podem ser levadas a sério, ao menos que se

estenda esta crítica à interpretação em geral, o que de resto seria o mesmo que concluir que a dificuldade da incomensurabilidade é um problema interpretativo relativo à solução dos casos difíceis, e não de um método específico.

Em segundo lugar, resta discutir a crítica quanto ao suposto caráter antidemocrático das decisões judiciais que utilizam o método da ponderação.

Com efeito, restando demonstrado, como feito acima, que a utilização dos métodos de interpretação alternativos à ponderação, como a categorização, não tornam as decisões judiciais mais racionais e controláveis se comparadas às hipóteses dos juízos ponderativos, resta então evidente que não se pode atribuir o caráter antidemocrático às decisões judiciais tomadas com base na ponderação, sem que necessariamente se estenda tal adjetivo às decisões judiciais construídas por meio dos outros métodos de interpretação. Daí que a crítica ao método da ponderação que a acusa de ser contrária ao princípio democrático e à separação de poderes perde muito o seu valor.

Como decorre de tudo o quanto já foi dito, as teses que rejeitam a ponderação não merecem prosperar; sem embargo, quando da insuficiência dos tradicionais métodos de solução de antinomias – cronológico, hierárquico e da especialidade – a ponderação se mostra constitucionalmente adequada a servir como método complementar aos tradicionais elementos da interpretação jurídica – literal, sistemático, teleológico e histórico – até mesmo porque é a própria insuficiência destes métodos para lidar com antinomias de normas constitucionais que justifica a ponderação.

O arbítrio possível no uso da razoabilidade é muito maior do que o arbítrio possível na utilização do princípio da razoabilidade. O limite da atuação do juiz é menor na utilização do princípio da razoabilidade. Não significa que a razoabilidade não tenha que ser fundamentada, tenho que dizer por que não é razoável. A maior parte das decisões não fundamenta por que a situação é desarrazoada. Acaba dando margem a que o juiz seja arbitrário. A proporcionalidade em sentido estrito é o que se chama da relação custo-benefício interna. Aqui que se faria a ponderação, segundo Alexy. Ponderam-se os meios e o resultado de aplicação desses meios. Sempre que uma restrição judicial ou legal, apesar de adequada e necessária, violar o núcleo essencial do direito fundamental ou, de forma

inequívoca, o conteúdo mínimo de dignidade da pessoa humana, ela será desproporcional.

CAPÍTULO V – A RESPONSABILIDADE PELO PRODUTO NO BRASIL

1. Segundo grupo de casos

A renúncia ao dogma do resultado parece ser até certo modo fator de simplificação na caracterização de condutas e atribuição de responsabilidades, porque dispensaria a difícil tarefa de avaliação do nexo de causalidade, de elaboração de uma lei causal geral que se adapte e seja conforme ao caso particular, bem como de discussões a respeito do suprimento de déficits científicos pelos tribunais, dado o novo arsenal que se pôs, no caso brasileiro, a condutas lesivas ao consumidor e às relações de consumo, embora, como se verifica, a construção dogmática de tais delitos guarda, por si só, uma série de nós que se alinham desde a legitimidade da intervenção nessa seara até a descrição típica e atribuição de responsabilidades.

Ante esse novo arsenal, um fato que merecerá análise, de acordo com um grupo de casos ocorridos no Brasil e escolhidos por sua repercussão 581 e intranquã solução, até mesmo a resistência de soluções, é se havia necessidade de criminalização de condutas no âmbito do Código de Defesa do Consumidor e na lei que o teria complementado, por conta de dispositivos já existentes no Capítulo de Crimes contra a Saúde Pública, inseridos no Título de Crimes contra a Incolumidade Pública, no vetusto Código Penal.

A justificativa da escolha assenta-se na constatação de que ora se opta por atribuir – especialmente quando não há lesão corporal ou morte – responsabilidades na forma das novas figuras, como no Caso Schering do Brasil, ora se opta pelas tradicionais infrações – que é de salientar, não exigem, igualmente, para sua configuração tais resultados tipicamente lesivos, a não ser em sua forma qualificada – como ocorre nos demais casos envolvendo, também, medicamentos, como o Androcur, o Celobar e o Methyl Lens a 2%, centrada a atenção nos delitos planejados no Código Penal, especialmente os trazidos pelos Arts. 272 e 273 do Código Penal, embora quando tenham ocorrido esses fatos já estivesse em vigor o Código de Defesa do Consumidor e a Lei 8.137/90, cuja redação é, em muitos pontos, idêntica.

Não se pode, entretanto, deixar de considerar, em que pese a existência de tipos penais cuja pena pode alcançar até trinta anos de reclusão e estarem no rol dos crimes hediondos, a ausência de uma definição, ainda que absolutória, parece corroborar a pecha de um Direito penal simbólico e instrumental.

2. Antecedente fático

2.1. Caso Schering do Brasil

No início de 1998, surgiram algumas denúncias⁵²¹, em alguns estados do país, de que o anticoncepcional Microvlar, fabricado pela empresa Schering do Brasil, não continha o princípio ativo, motivo pelo qual diversas mulheres estavam ficando grávidas. Procedidas algumas análises do produto verificou-se que se tratava de uma composição com farinha, era um placebo, e assim o caso ficou conhecido como <<pílula de farinha>>.

A empresa, situada há quase quarenta e cinco anos no Brasil, produziu 625 mil cartelas de <<pílula de farinha>> para testar uma nova máquina, que foram embaladas no mesmo setor de produção das verdadeiras e que, não incineradas posteriormente ao teste, chegaram às farmácias de todo o país⁵²², e era, à época, o anticoncepcional mais consumido, e terceiro medicamento mais vendido no país com um custo na época de R\$ 2,00⁵²³.

⁵²¹ Os primeiros casos teriam ocorrido no ABC Paulista, considerando a sede da empresa Schering do Brasil, no bairro de Santo Amaro, São Paulo, aonde teriam surgido 14 casos de gravidez indesejada. (Cf. Sob o signo da discórdia – Reação da Schering alemã transforma o caso da pílula falsa em incidente diplomático. Informação disponível em <<<http://epoca.globo.com/edic/19980706/brasil5.htm>>>)

⁵²² Cf. Sob o signo da discórdia – Reação da Schering alemã transforma o caso da pílula falsa em incidente diplomático. Informação disponível em <<<http://epoca.globo.com/edic/19980706/brasil5.htm>>>

⁵²³ Sob o signo da discórdia – Reação da Schering alemã transforma o caso da pílula falsa em incidente diplomático. Informação disponível em <<<http://epoca.globo.com/edic/19980706/brasil5.htm>>> Próximo aos fatos cogitou-se que outros três anticoncepcionais da mesma empresa – Gynera, Diane 35 e Triquila – continham um comprimido a menos, o que gerou uma intervenção rigorosa da Vigilância Sanitária, sem contar a questão do remédio Androcur (Cf. item 5.3.1.2.1.).

A atribuição de responsabilidades, nas três vertentes possíveis, e a intervenção do, então, Ministro da Saúde, com a atuação junto à Presidência da República, no caso, gerou, inclusive, um imbróglio diplomático, considerando que a empresa alemã teria informado que o fato é comum no Brasil e não havia recebido até o momento atenção tão detida das autoridades, sendo necessária a chamada no Itamaraty para a formalização de um protesto.

Longe de ser uma situação que, em princípio, poderia resolver-se no âmbito cível e administrativo, e isso efetivamente também ocorreu, o fato ganhou a intervenção no âmbito criminal, com o oferecimento de denúncia imputando ao presidente da empresa no Brasil e ao responsável químico as condutas descritas nos Arts. 63, caput⁵²⁴; 64, caput 587, c/c o 76 588, inc. II e III, da Lei 8.078/90, e Art. 7º 589, inc. IX, da Lei 8.137/90, c/c o Art. 18 590, § 6º, inc. II e III 591, todos c/c os Arts. 69 e 70, estes do Código Penal, sendo que a decisão final concluiu pela incidência apenas no Art. 63, caput, c/c o Art. 76, inc. II e V, ambos do Código de Defesa do Consumidor⁵²⁵.

No âmbito criminal a questão, embora, cheia de controvérsias a respeito da atribuição de responsabilidades, restou mais tranqüila, pois que embora houvesse um evento – a gravidez – decorrente da ineficácia medicamentosa do anticoncepcional, não se imputou a ocorrência de eventos tipicamente lesivos, nem nas grávidas, nem nos fetos, nem nos nascidos⁵²⁶.

3. Outros Antecedentes Fáticos

3.1. Caso Androcur

⁵²⁴ “Art. 63. Omitir dizeres ou sinais ostensivos sobre a nocividade ou periculosidade de produtos, nas embalagens, nos invólucros, recipientes ou publicidade. Pena – detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e multa.”

⁵²⁵ Informação disponível em <<<http://www.tjsp.gov.br>>>. Embora não esteja acessível a íntegra da sentença condenatória. Segundo consta, a pena fora integralmente cumprida tendo sido extinta a punibilidade em 2002.

⁵²⁶ Embora tenha sido informado por algumas gestantes a ingestão de medicamentos potencialmente nocivos aos fetos, por desconhecerem o estado em que se encontravam.

O remédio Androcur era utilizado para o tratamento de câncer de próstata, mas a partir de 1997 começaram a surgir casos em que, questionada a eficácia do aludido medicamento, constatou-se, em exames laboratoriais, que não havia o princípio ativo acetato de ciproterona, sendo, por isso, inócuo.

Embora o remédio fosse produzido pela empresa Schering do Brasil, a mesma fabricante do anticoncepcional Microvlar, o fato, segundo apurado, envolvia uma falsificação posterior ao envio pela fabricante às distribuidoras, especialmente a Botica O Veado D'Ouro, Laboratório Veafarm, e Abifarma⁵²⁷.

A imputação centrou-se nos delitos tradicionais do Código Penal, especialmente o descrito no Art. 273 c/c o Art. 285 e 258, em decorrência das lesões e mortes.

3.2. Caso Celobar

O contraste radiológico a base de sulfato de bário usado para exames radiológicos é fabricado por diversos laboratórios, recebendo nomes comerciais como o Bariogel. O laboratório Enila, fabricante do medicamento com o nome de Celobar, em 2003, sem a devida autorização e conhecimento técnico, com a finalidade de reduzir custos, pretendeu

⁵²⁷ Em relação a esta distribuidora teria sido oferecida denúncia-crime contra Antônio Barea, David Teixeira e Alcioni Constantini, atuantes, respectivamente, no Paraná, Santa Catarina, e Rio Grande do Sul, pelo Ministério Público Federal à Justiça Federal no Paraná, porque haviam sido vendidos 24 mil comprimidos, dentre eles alguns do Lote 351, que era o falsificado, ao Hospital de Clínicas do Paraná, causando a morte de 3 pessoas e agravando o estado de outras 87. (Cf. Empresários denunciados por falsificar Androcur. Informação disponível em: <<<http://www.estadao.com.br>>>). A ação penal distribuída sob o n.º 1998.70.00.013950 teve decisão absolutória, com fundamento no Art. 386, VI, do Código de Processo Penal, em relação ao acusado Antônio Barea (Cf. Justiça federal aceita denúncia no Caso Androcur. Informação disponível em <<<http://www.jfpr.gov.br/noticias>>> e em relação aos demais o feito foi trasladado para ser julgado, juntamente com outros acusados, em razão de Conflito de Competência sob n.º 29480-SP, que tramitou no Superior Tribunal de Justiça, tendo sido publicado o Acórdão em 18.02.2002, que em 13.12.2001, decidira, à unanimidade que a competência cabia ao juízo da 4ª Vara Criminal de São Paulo, conflito que envolvia inicialmente a Ação Penal sob n.º 1999.38.00.001596-0, em trâmite perante a Seção Judiciária de Belo Horizonte (Cf. Informação disponível em: <<<http://www.stj.gov.br>>>).

transformar 600 quilos de carbonato de bário, usado em veneno para ratos, e sulfeto de bário, subproduto do carbonato e altamente tóxico, em sulfato de bário; o resultado desastroso decorrente da transformação pelo laboratório foram diversas mortes e lesões nos estados de Goiás, Bahia, Minas Gerais, São Paulo, e Maranhão suportadas por pessoas que se submeteram a exames radiológicos com o aludido contraste. O produto ainda teria sido enviado para o Espírito Santo, Santa Catarina, Alagoas, Pernambuco, e ao Distrito Federal.

Foram instaurados inquéritos policiais em diversos lugares a fim de investigar a ocorrência das mortes e lesões decorrentes do produto falsificado – o carbonato de bário –, mas até o momento não houve solução, em que pese a imputação da conduta tipificada no Art. 273, com a cumulação dos Arts. 258 e do 70, todos do Código Penal; de considerar que à época da realização das condutas já estavam em vigor as Leis 9.677/98 e 9.695/98, tendo a primeira aumentado, significativamente, as penas aplicadas e as hipóteses de incidência, e a segunda que inseriu o Art. 273 no rol de delitos hediondos.

3.3. Caso Methyl Lens Hypac 2%

O colírio Oftalmos, do laboratório Alcon, era normalmente o medicamento utilizado para o pós-operatório da cirurgia de catarata e, devido ao aumento no número de intervenções dessa natureza – de 4.000 para 30.000 –, em virtude de uma campanha do Ministério da Saúde, o medicamento começou a faltar.

No segundo semestre de 2002, quando a Santa Casa de Misericórdia e o Hospital da Universidade Federal do Rio de Janeiro passaram a usar o colírio Methyl Lens Hypac 2%, em forma de gel, com o propósito de, também, facilitar a cicatrização.

Ocorre que, no início do ano de 2003, havia a suspeita de que 12 pessoas no Rio de Janeiro e 15 em Pernambuco teriam ficado cegas em virtude de tal medicamento; quando os casos vieram à tona a Agência Nacional de Vigilância Sanitária verificou que o laboratório Lens Surgical Oftalmologia – fabricante do colírio – possuía unicamente uma licença para xampus e funcionava irregularmente. A Comissão Parlamentar de Inquéritos sobre Pirataria ouviu depoimentos dos sócios do Laboratório, do técnico bioquímico e de

um funcionário, esclarecendo que o medicamento havia sido vendido às clínicas e hospitais por intermédio da empresa Medi Pharcos.

O laboratório foi interditado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, mas já havia produzido 300 frascos que seriam usados apenas em testes, todavia chegaram, com nota fiscal, a clínicas e hospitais. O inquérito policial foi instaurado, ainda no ano de 2003, com o indiciamento dos envolvidos pela ocorrência da infração descrita no Art. 273, c/c o § 1º-B-III c/c o Art. 129, § 2º, inc. III, tudo do Código Penal brasileiro.

.

CONCLUSÃO

O fato de que se está vivenciando uma modificação social, principalmente, após alguns marcos históricos – como Chernobyl, por exemplo – é inconteste, embora não seja tranqüila a indicação de qual modelo resta caracterizado, parece adequada a planificação indicada por Ulrich BECK, ao menos para o tema em estudo. Caracterizada por uma sociedade de risco, por tratar de questões que envolvem a idéia de risco, numa concepção nova é verdade, porém mais do que isso como se houvesse uma experimentação dos efeitos colaterais decorrentes desse fator para segmentos até então intocados.

Esses efeitos clamam pela atuação mesmo da Política criminal e da Dogmática jurídico-penal, o que gera discussões sobre as possibilidades de interferência da sanção mais severa do Estado, pois que tais setores até então só experimentaram uma divisão de responsabilidades nas esferas de controle informal e formal somente nos campos civil e administrativo; fato que se modifica diante da análise das fontes criadoras de perigo que se situam notadamente nestes segmentos que antes somente eram lembrados na condição de vítimas dos eventos provocados pelos tradicionais sujeitos de imputação penal. A modificação estaria sendo exigida em diversos âmbitos, mas notadamente, no campo da responsabilidade pelo produto, eis que os eventos lesivos decorrentes da comercialização e inserção no mercado de produtos com impropriedades geram ou podem gerar danos imensuráveis, com a afetação de vítimas que não se pode contar nem individualizar, e o clamor que se origina em tais eventos exige uma resposta dos saberes e uma atuação mesmo do Direito penal, procurando ultrapassar todas as dificuldades que a Dogmática jurídico-penal apresenta com seu arsenal clássico, especialmente para enfrentar a questão da demonstração do nexa causal e da atribuição de responsabilidades, seara em que a possibilidade de decretação do *non liquet*, do reconhecimento do caso fortuito e força maior, são, na maioria dos casos, sinônimo de desestabilização social.

Esse contexto – o do novo modelo social – reavalia o grau de proximidade entre Política criminal e Dogmática jurídico-penal e constata a força com que se delineia a figura do consumidor e da relação de consumo como entidade factível que exige

proteção, cujas raízes situam-se há alguns séculos, e, mesmo timidamente – no âmbito internacional e interno –, alguns diplomas legislativos voltaram suas atenções para essas figuras, ainda que, não se olvida, com interesses reprováveis.

Posteriormente, constata-se, pela envergadura alcançada por essas figuras no cenário jurídico, que a atenção não pode ser mais reflexa e é assim que, após sua planificação em manifestações de organismos internacionais e no andar constitucional de diversos países, começam a existir as legislações de proteção direta formando um verdadeiro microssistema, com princípios, conceitos, definições, direitos e deveres que se destinam a toda a sociedade, mas também aos poderes públicos. Quanto aos poderes públicos, a razão parece estar justificada pela importância que o consumo e o consumerismo alcançaram nas políticas públicas econômico-sociais, com o surgimento de fenômenos – ainda por se definirem completamente – como a globalização e a mundialização, que revisitam até mesmo o conceito de soberania, pelo transpasse de fronteiras, pela velocidade das informações, pelo fluxo de mercadorias, pela atuação das corporações transnacionais e dos mercados e blocos regionais, que fazem do consumo um verdadeiro paradigma de relacionamento entre os quatro cantos do mundo, auxiliados por entes internacionais que fazem destes signos, uma forma de imperialismo, que outrora se fazia de forma muito mais ostensiva; quanto à sociedade constata-se que o comportamento individual e coletivo, nesse novo modelo social, não convive com valores e objetivos de então, a ideia de bem estar e de relacionamento reconstrói-se a cada passo, e em países do condomínio da pobreza o consumo se apresenta como uma forma de inserção social e tentativa de situação num mundo etéreo.

O descompasso do ordenamento jurídico com a realidade planificada, especialmente no caso brasileiro, encontra raízes históricas que estão situadas desde a forma de colonização, passando pela idealização e legislação a respeito das relações sociais, nos diversos segmentos do Direito.

A estruturação de um microssistema autônomo e independente, a exemplo de outros países, ocorreu após a Carta constitucional de 1988, à qual sobreveio o Código de Defesa do Consumidor, com a definição de uma Política Nacional de Consumo, a concepção de princípios reitores de proteção integral, a definição do conceito de

consumidor – e neste a inclusão da concepção extensiva a vítimas de acidentes de consumo –, a definição do conceito de fornecedor – com a indicação já dos possíveis sujeitos de imputação no que pertine à responsabilidade penal –, bem como a definição dos objetos da relação de consumo: serviços e produtos, sendo que quanto a estes buscou indicar as situações que os tornam impróprios para o consumo, quais sejam, o vício por inadequação (ou vício propriamente dito) e o vício por insegurança (defeito ou fato do produto), com reflexos nas esferas civil, administrativa e criminal.

A modificação trazida por esse diploma em relação à responsabilidade pelo produto é significativa, atuando na própria justificativa assentada no dever ou teoria da qualidade, que ultrapassa os limites impostos tradicionalmente, sendo importante ressaltar que, além do seu fundamento, o legislador pátrio buscou facilitadores na busca por essa responsabilidade, especialmente no que se refere à demonstração do nexo de causalidade e a possibilidade de inversão do ônus da prova, sendo indubitável que, também, no campo civil, esta figura (a causalidade) fora, também, um óbice.

A imposição de sanções administrativas parece ter sido igualmente facilitada, pois que o legislador cuidou de conceber não só no próprio Código de Defesa do Consumidor, mas também, com a possibilidade de outros instrumentos legislativos e mesmo uma espécie de legalidade substancial a ensejar a demonstração de condutas que devam ser sancionadas pela Administração pública, com a existência de um verdadeiro organismo voltado a essas práticas, e que atuou no Caso Schering do Brasil impondo pesada sanção.

Essa atuação, todavia, não goza de tranqüilidade quando se cogita de sua cumulação com as sanções penais, conforme se verifica nos casos alemão e espanhol, em que a preocupação alcançou a lei fundamental desses países, ainda que em relação à Espanha seja decorrência de interpretação auxiliada por tratado internacional; no caso brasileiro a questão do <<ne bis in idem>> é referenciada pela duplicidade de sanções na própria seara penal, e não na cumulação oriunda da manifestação da Administração pública, ainda que o Brasil seja signatário do mesmo Pacto de Direitos Cíveis e Políticos que é o mote de interpretação no caso espanhol. A questão implica na avaliação que tal duplicidade sancionadora gera não só na indicação abstrata das condutas a serem

sancionadas, mas também pelos princípios penais de garantias e pela dificuldade em estabelecer uma linha conceitual entre uma e outra.

A incriminação de condutas lesivas ao consumidor e às relações de consumo, no caso brasileiro, não aconteceu inovadoramente com o Código de Defesa do Consumidor e com a Lei 8.137/90, que trouxe um novo rol extensivo de infrações penais, pois que na atuação do modelo estatal pátrio – que pendia ora pelo fortalecimento da figura do Estado ora pela intervenção na economia – surgiram diversas leis esparsas e algumas figuras no Código Penal, inclusive no vigente de 1940; o que foi inovador – e isso é característico na tipificação de delitos lidos sob a denominação de delitos econômicos – foi a concepção típica de tais infrações, refletindo, assim, a forma de incriminação e de imputação, especialmente, em relação à responsabilidade pelo produto. A intervenção na seara penal foi possível com a concepção de que o consumidor e as relações de consumo – embora não de forma tranqüila – constituem-se em bens jurídicos penais de característica supra-individual.

A formulação típica tem suas raízes assentadas numa tentativa de superação do dogma do resultado, cujo enfrentamento data de há muito por meio das teorias da causalidade em que se quer discutir critérios para, primeiro, demonstrar quais condições afiguram-se como causa de um resultado e, segundo, a quem esse resultado deve ser imputado. As teorias a respeito da causalidade ganharam espaço pois que se trata de responsabilidade pelo produto que pode acarretar resultados tipicamente lesivos, especialmente mortes e lesões corporais, como em diversos dos <<casos-paradigma>>, em que não se contava com figuras de proteção imediata, apenas reflexa. A discussão da causalidade ao longo da história parece mais intranqüila em supostos de responsabilidade pelo produto, pois a anonimidade das relações e a sociedade de massas conta com situações de causalidade cumulativa, concorrente – inclusive com a atuação da vítima – e hipóteses de cursos causais não verificáveis, o que demonstra ao mesmo tempo uma tentativa de superação da Teoria da Equivalência e a sua defesa, pois que, até as Teorias da Imputação Objetiva do Resultado, por seu desprezo aos elementos subjetivos com a sobreposição da tipicidade objetiva (ou seja o evento lesivo que subsume a um tipo penal) em detrimento da subjetividade (ou seja da pessoa humana, ainda que agente de um

evento típico) foram consideradas como inadequadas para a resolução dos casos examinados.

Na tentativa de resolução desses entraves para a responsabilização pelo produto, indicam-se formas de incriminação e de imputação que poderiam desapegar-se da questão da causalidade; assim é que há uma busca de superação do dogma do resultado, o que se verifica não só em delitos como os em análise.

As formas de incriminação referenciadas oscilam entre o desvalor da ação e do resultado, sendo difícil estabelecer um marco que as delimite, mesmo porque nos delitos de dever – quase a regra das figuras típicas consumeristas – mesclam-se a todo tempo esses recursos do arsenal de um Direito penal moderno, ressaltando que sua contemplação, além de não solucionar a contento os problemas a que se propôs, sofre uma série de críticas severas.

A antecipação da tutela penal e o fracionamento de um bem jurídico trabalham com a referência dos delitos de perigo, em que pese um setor doutrinário defender que tal incriminação não se dá pela proteção em si de um bem jurídico autônomo, senão pela possibilidade de lesão a um bem jurídico já anteriormente reconhecido como a vida ou a integridade física, e a adoção de tipos de perigo abstrato ou abstrato-concreto planifica a discussão sobre a inconstitucionalidade de uma figura penal cuja conduta – se ausente a nocividade do produto – jamais poderia sequer colocar em perigo o pretense bem jurídico, o que lhe retira o propósito de incriminação; o fato é que tanto o Código de Defesa do Consumidor e a Lei 8.137/90 inseriram no ordenamento penal extenso rol de condutas dessa natureza.

A concepção dos tipos de perigo alia-se ao injusto imprudente, e o que eram duas formas excepcionais de incriminação afiguram-se como regra; a primeira, como se assentou, pela dificuldade de demonstração de lesão; já a segunda pelo surgimento de uma teia de deveres e obrigações que podem mais facilmente serem tidos como desrespeitados do que se conceber uma atuação volitiva e cognitiva contra o bem jurídico, em que pese isso as críticas ganham fôlego com a avaliação <<ex ante>> e <<ex post>> em casos tais e a com a adoção da cláusula geral de culpa. Ainda na mesma linha de formulação típica a imprudência aparece nas hipóteses de delitos qualificados pelo

resultado – muito discutidos nos <<casosparadigma>> de Alemanha e Espanha, pois que podem combinar-se na forma dolo-imprudência, não se esquecendo a forma dolo-dolo, e indicam a possibilidade de que o resultado lesivo típico (morte ou lesões), seja decorrência de uma figura típica anterior de perigo, especialmente os delitos contra a saúde pública, o que é possível, também no caso brasileiro.

A concepção das condutas delitivas volta-se, de igual forma, para os elementos normativos do tipo, pois que diversos dos conceitos introduzidos nos tipos penais lograram ter elementos constitutivos cuja definições estão em outros instrumentos legislativos penais ou não e, mesmo, de diferente hierarquia legal, o que não se dúvida quando se lembra da necessidade de se iniciar definindo o que seja produto, e daí a constatação de que é difícil encontrar critérios seguros, momento em que, também a valoração do agente e dos elementos <<ex ante>> e <<ex post>> volta à baila, especialmente pela possibilidade de que tal valoração possa redundar em erro por parte do agente, seja porque desconhece o tipo seja porque, mesmo o conhecendo, não concebe que na situação fática em que se encontra estaria praticando-o.

As formas de imputação modificam o panorama classicamente concebido que se voltava para condutas que eram atribuídas individualmente e em face de delitos realizados com condutas positivas, surgindo assim uma preferência pela responsabilidade plurissubjetiva e por omissão – especificamente, esclareça-se, na forma de delitos omissivos impuros, em que a posição de garante ganha relevo.

Para qualquer das duas hipóteses a conjunção de regras de Direito penal com a avaliação dos processos de produção é inexorável, vez que, se há algum apego ao princípio da culpabilidade, deverá ser valorada minimamente a participação individual de cada qual e sua forma de posicionamento nesse processo produtivo.

Porém, no caso brasileiro há nas Leis n. 8.078/90 e 8.137/90, a esse título, regras diversas de imputação que exige da doutrina e jurisprudência uma posição de prevalência daquela que preserva o princípio da culpabilidade assentado mesmo no texto constitucional, possibilitando o rechaço a imputações feitas simplesmente pelos status empresarial ocupado por alguém.

O legislador, contudo, parece querer possibilitar um alargamento da teia de punição quando trabalha com tipos mistos alternativos que incluem verbos que representam as diversas formas e momentos de atuação no âmbito empresarial.

A análise de <<casos-paradigma>> ocorridos em Alemanha e Espanha – momento em que os delitos que se pretendia imputar eram figuras tradicionais, especialmente homicídio e lesões corporais, bem como os delitos contra a saúde pública – indica como centro de toda a discussão a respeito do nexo de causalidade e da atribuição de responsabilidade, o que permeou a senda doutrinária e jurisprudencial, tanto que tenham logrado reconhecer o tal nexo de causalidade ou não e ensejar a responsabilização penal ou evitá-la, inexistindo tranquilidade em seu enfrentamento. A celeuma inicia-se com a indicação de qual das teorias a respeito da causalidade deveria ser adotada e se a constatação do nexo causal pode ser suprido quando as ciências respectivas não tenham demonstrado a <<síndrome típica>> como decorrência do produto impróprio, passando pela indicação de que as figuras típicas existentes não atendiam a suficiência os supostos fáticos até a constatação de que a forma e organização empresarial não logravam demonstrar os agentes do delito, com segurança; gravitaram no seu entorno discussões também sobre a legitimidade da interferência do Direito penal nas hipóteses de responsabilidade pelo produto.

No caso brasileiro elegeram-se alguns casos que, embora não alcançando a repercussão brutal que os de Alemanha e Espanha, especialmente pelo número de vítimas e o grau de lesão – em que pese tenha havido algumas mortes –, envolviam a comercialização e a colocação no mercado de produtos medicamentosos que acarretaram acidentes de consumo. Quando da ocorrência de todos esses casos já contava a legislação pátria, não só com as figuras tradicionais – iguais às existentes nos <<casos-paradigma>> – mas também com as figuras que conjugavam as novas formas de incriminação e imputação; e aí se constata que, ao que parece, no Caso Schering do Brasil a preferência, ante a inocorrência de eventos lesivos típicos e somente a gravidez, deu-se pelas figuras novas trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor e pela Lei 8.137/90, enquanto que nos demais casos Androcur, Celobar e Methyl Lens Hypac 2%, em que pese não tenha

havido decisão definitiva no âmbito criminal, a imputação inicial está assentada nas figuras tradicionais.

O certo é que em razão da prevenção geral e da já mencionada importância da tutela penal, a falta de consenso com relação à causalidade pelos meios empíricos já conhecidos não pode ter o condão por si só de afastar a responsabilidade penal do fabricante que colocou o produto que causou danos aos consumidores.

Viu-se neste trabalho que a doutrina propõe diversas saídas para a problemática, as quais devem ser adotadas sob pena de deixar o consumidor que já é vulnerável perante o produtor, desprotegido, o que não se pode admitir.

Desse modo, é possível e necessária a responsabilidade penal pelo produto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, João Batista. *A Proteção Jurídica do Consumidor*, 2ª Edição, Ed. Saraiva-2000, São Paulo.
- AMARAL, Luiz Otavio de Oliveira. *História e fundamentos do direito do consumidor*. RT, vol. 648, São Paulo: Ed. RT, out 1989.
- BACIGALUPO, Enrique. *Direito penal. Parte geral*. São Paulo: Malheiros. 2005.
- BAUMAN, Zygmunt, *Vida líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.
- BENJAMIN, A. H. de Vasconcellos e. *O conceito jurídico de consumidor*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988.
- BENJAMIN, Antônio Herman V. MARQUES, Claudia Lima. BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor – 3. Ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.*
- BOBBIO, Norberto. *Contribución a La Teoría del Derecho*, Madrid: Debate, 1990.
- BONAVIDADES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 3. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1972.
- BORGES, Alexandre Walmott. *Preâmbulo da Constituição & a Ordem Econômica*. Curitiba: Juruá, 2003.
- BOURG, Dominique. *O homem artifício: o sentido da técnica*. Lisboa: Instituto Piaget. 1996.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Editora Almedina, 2003.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª ed., 1996.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*. Coimbra : Coimbra Editora, 2005.
- DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *A proteção do consumidor: conceito e extensão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

GARCÌA CAVERO, Percy. *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: critérios de imputación*. Bosch, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. BENJAMIN, Antonio Herman. FINK, Daniel Roberto. FILOMENO, José Geraldo Brito. WATANABE, Kazuo. NERY JR., Nelson. DENARI, Zelmo. *Código brasileiro de defesa do consumidor*. 9ª edição. São Paulo: Forense Universitária, 2007.

GUATTARI, Félix. *As três ecologias*. Campinas: Papirus. 2004.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. “Las exigencias dogmaticas fundamentales hasta ahora vigentes de una parte general son idoneas para satisfacer la actual situacion de la criminalidad, de la medicion de la pena y del sistema de sanciones?”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid. Vol. 52, 1999.

_____. “La omision impropia en la dogmatica penal alemana. Una exposición.” *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid. Vol. 50, 1997.

_____. “Omision impropia e incremento del riesgo en el Derecho penal de empresa” *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid. Vol. 54, 2001.

_____. “La causalidad en la omision impropia y la llamada omisión por comision.” *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid. Vol. 53, 2000..

HABERMAS, Jürgen. *Modernidad: un proyecto incompleto*. Org. CASULLO, Nicolás. El debate modernidad/ posmodernidad. Ed. El cielo por asalto. Ano 1990.

HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. Lisboa: Publicações Don Quixote. 1990.

HAYEK, Fridrich A. Von. *Liberalismo: palestras e trabalhos*. São Paulo: Bypress Comunicação Ltda.,1994.

HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad* (Bases para una teoría de la imputación en derecho penal). Trad. Francisco Muñoz Conde e Maria Del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

HENARES, Manuel Portero. “Protección penal del consumidor”. *Materiales didácticos de la asignatura Derecho penal econômico*, 2003.

HILGENDORF, Eric. “Relacion de causalidad e imputacion objetiva a traves del ejemplo de la responsabilidad penal por el producto”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid. Vol. 55, 2002.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Nova Cultura, 1988. (Coleção os pensadores).

HOLANDA, Francisco Urribam Xavier de. *Do liberalismo ao neoliberalismo*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1998.

HUT, E. K. *História do pensamento econômico*, 4. ed., Rio de Janeiro: Campus, 1986.

LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

JAKOBS, Günther. *La imputación penal de la acción y de la omisión*. SÁNCHEZ-VERA, Javier. (Trad.). **Cuadernos de Conferencias y Artículos**, nº 12. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. 1996

_____. Sobre o estado da omissão. *Autoria mediata e sobre o estado da omissão*. Coleção de Estudos de direito penal; v. 5. Barueri, SP: 2003.

JUANATEY DORADO, Carmen. “Responsabilidad penal omisiva del fabricante o productor por los danos a la salud derivados de productos introducidos correctamente en el mercado. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid. Vol. 57, 2004.

KAUFMANN, Amir. *Dogmática de los delitos de omisión*. Madri: Marcial Pons. 2006.

KUHLEN, Lothar. “Necesidad y limites de la responsabilidad penal por el producto”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid. Vol. 55, 2002.

LARENZ, Karl. *Metodologia de la Ciencia del Derecho*. Barcela: Ariel, 2009.

LASKI, Harold. *O liberalismo europeu*. São Paulo: Mestre Jou, 1973.

LIMA, Francisco Meton Marques de. *O resgate dos valores na interpretação constitucional: por uma hermenêutica reabilitadora do homem como “ser-moralmente-melhor”*. Fortaleza: ABC Editora, 2001, p. 95

LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade Paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*. São Paulo: Companhia das letra, 2007.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos de Direito Privado*. São Paulo: Editora RT,

1988.

MARTINS, Fernando Rodrigues. “Constituição, direitos fundamentais e direitos básicos do consumidor”. In *20 anos do Código de Defesa do Consumidor: conquistas, desafios e perspectivas*. MARTINS, Fernando Rodrigues; LOTUFO, Renan. – coordenadores – São Paulo: Saraiva, 2011.

AMARAL, Luiz Otavio de Oliveira. *História e fundamentos do direito do consumidor*. RT, vol. 648, São Paulo: Ed. RT, out 1989.

HILGENDORF, Eric. “Relación de causalidad e imputación objetiva a través Del ejemplo de la responsabilidad penal por El producto”, *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo LV, MMII, Madrid, 2004. PP 99-107.

ALMEIDA, João Batista. *A Proteção Jurídica do Consumidor*, 2ª Edição, Ed. Saraiva-2000, São Paulo

DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao Consumidor*, Vol. 7, Ed. RT-1993, cit. P 15.

PADILLA, Miguel M. *La protección al consumidor em la legislación argentina*. Jurisprudencia Argentina. Buenos Aires: Jurisprudencia Argentina, 1976, p. 759.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. “A proteção ao consumidor no sistema jurídico brasileiro”. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 43, Revista dos Tribunais, p. 69-95, 2002, p. 69.

CALAIS-AULOY, J., Steinmetz, F. *Droit de la consommation*, P. 1-2. *Apud in* PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais, crime organizado*. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. P. 81.

DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao Consumidor*, Vol. 7, Ed. RT-1993, cit. p. 17.

ALMEIDA, João Batista. *A Proteção Jurídica do Consumidor*, 2ª Edição, Ed. Saraiva-2000, São Paulo, p. 02.

LUCCA, Newton De. *Direito do Consumidor*, 2ª Edição, Ed. Edipro, São Paulo-2000, cit. P. 20.

CALAIS-AULOY, Jean. *Droit de la Consommation*, 2ª ed., Dalloz, Paris, 1986, p. 6. *Apud in* DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao Consumidor*, Vol. 7, Ed. RT-1993, p. 18,

CAMARGO FERRAZ, Antonio Augusto; MILARÉ Édis; NERY JR., Nelson. *A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*, São Paulo, Saraiva, 1984, p.54-5. *Apud in* ALMEIDA, João Batista. *Op. Cit.*, p. 54-5.

MARTINS, Fernando Rodrigues. “Constituição, direitos fundamentais e direitos básicos do consumidor”. *In 20 anos do Código de Defesa do Consumidor: conquistas, desafios e perspectivas*. MARTINS, Fernando Rodrigues; LOTUFO, Renan. – coordenadores – São Paulo: Saraiva, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo*. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BENJAMIN, Antônio Herman V. MARQUES, Claudia Lima. BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor – 3. Ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.*

HAYEK, Friedrich A. Von. *Liberalismo: palestras e trabalhos*. São Paulo: Bypress Comunicação Ltda., 1994. P. 15.

STEWART JUNIOR, Donald. *O que é liberalismo*. 4. ed., Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.

BONAVIDADES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 3. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1972. P. 2.

LASKI, Harold. *O liberalismo europeu*. São Paulo: Mestre Jou, 1973. p. 9.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Nova Cultura, 1988. P. 75. (Coleção os pensadores).

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. São Paulo: Abril, 1983, p. 236.

HOLANDA, Francisco Uribam Xavier de. *Do liberalismo ao neoliberalismo*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1998. P. 18-19.

HUNT, E. K. *História do pensamento econômico*, 4. ed., Rio de Janeiro: Campus, 1986. P. 50

MORAES, V. de L. *Da tutela do consumidor*, Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre: AJURIS, p.7-8, 1989.

WEINGARTEN, Celia. “El valor economico de la confianza para empresas y consumidores”. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 33, p. 35 janeiro/março 2000.

LUHMANN, Niklas. *Confianza*. México: Anthropos, 1996.

LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade Paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*. São Paulo: Companhia das letras, 2007.

HASSEMER, Windfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto en Derecho Penal*. Pág. 49 e ss. Armin Kaufmann. José Manuel Gómez Benítez, Causalidad, imputación y cualificación por el resultado, 1989, pp. 40 y ss., 70 y ss., 73 y ss.; Lothar Kuhlen, Eric Hilgendorf. Puppe, M^a Elena Iñigo Corroza, La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos, 2001, pp. 58 y ss., 96 y ss., 100 y ss. 4 JZ 1971, pp. 507 y ss.;

TORÍO LÓPEZ, Ángel. “Cursos causales no verificables en derecho penal”. ADPCP, 1983, p. 221, nota al pie 16.

GOMEZ BENITEZ, J. M., Causalidad, imputación y cualificacion por el resultado

ARCE AGGEO, Miguel Angel “La responsabilidad por el producto y su tratamiento en el sistema penal”. *Introducción a la teoría comunicativa del delito*, Ed. Universidad, 2006, pág. 110 e ss.

GÓMEZ BENITEZ, José Manuel. *Causalidad, imputación objetiva y cualificación del resultado*. Ministerio de Justicia, Madrid – España, 1988

MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994.

MIR PUIG, Santiago, LUZÓN PEÑA, D. M. *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*. Bosch, 1996.

MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal de la sociedad del riesgo*.

MORAES, Maria Cecília Bodin de. *Na medida da pessoa humana*. In Estudos de Direito Civil-Constitucional, 1a. Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

NIETO MARTÍN, Adán. “Autoría y participación en el Derecho penal económico”. 2002. Portal Iberoamericano de Derecho penal. (<http://www.uclm.es/idp>).

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *Curso de direito do consumidor*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PÉREZ LUÑO, A., *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Madrid, Tecnos, 1997.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1999.

PERIN JR., Écio. *A globalização e o direito do consumidor*. São Paulo: Manole, 2003.

PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais, crime*

organizado. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

ROMEO CASABONA, Carlos María. “Los delitos contra La salud pública: Ofrecen una protección adecuada de los consumidores?” *Libro Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam. Ediciones de La Universidad de Castilla – La Mancha*, Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca, 2001

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Fundamentos. La estrutura de a teoria Del delito. Trad. de La 2ª ed. Alemana. Madrid: Civitas, 1997.

_____. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Trad. e introdução de Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1972.

_____. “Ingerencia e imputación objetiva”. Barcelona: **Revista Penal**, fascículo 19, mês ene, 2007. p.152-161.

_____. JAKOBS, Günther. SCHÜNEMANN, Bernd. FRISCH, Wolfgang e KHÖLER, Michael. *Sobre el estado de la teoria del delito*. Madrid: Civitas, 2000.

SALVADOR CODERCH, Pablo. PINEIRO SALGUERO, José. RUBI PUIG, Antoni. “Responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos y teoria general de la aplicacion del Derecho (Law enforcement)”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid. Vol. 55, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992.

_____. *Consideraciones sobre la teoría del delito*. Buenos Aires: Ad-hoc, 1998.

_____. *Delitos contra el medio ambiente* – Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

_____. *La expansión del derecho penal*. Madrid: Civitas, 1999.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual* – Interesses difusos. São Paulo: RT, 2003.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. De acordo com a Lei 9.605/98*. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SCHÜNEMANN, Bernd. “Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualizacion de la imputación.” **Seminario Internacional Complutense sobre responsabilidad por el producto**. Madrid, 2003. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (Org.).

SCHÜNEMANN, Bernd. “Sobre la dogmática y la política criminal del Derecho Penal del medio ambiente.” *Libro homenaje a José Rafael Mendoza Troconis*. Tomo 2. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas 1998. P. 347 a 373.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3.^a ed. Belo Horizonte : Del Rey, 2003.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. “A proteção ao consumidor no sistema jurídico brasileiro”. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 43, Revista dos Tribunais, p. 69-95, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Ediar. 1996.

ALMEIDA, João Batista. *A Proteção Jurídica do Consumidor*, 2^a Edição, Ed. Saraiva-2000, São Paulo.

AMARAL, Luiz Otavio de Oliveira. *História e fundamentos do direito do consumidor*. RT, vol. 648, São Paulo: Ed. RT, out 1989.

BAUMAN, Zygmunt, *Vida líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

BENJAMIN, A. H. de Vasconcellos e. *O conceito jurídico de consumidor*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988.

BENJAMIN, Antônio Herman V. MARQUES, Claudia Lima. BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor – 3. Ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.*

BOBBIO, Norberto. *Contribución a La Teoría del Derecho*, Madrid: Debate, 1990.

BONAVIDADES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 3. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1972.

BOURG, Dominique. *O homem artifício: o sentido da técnica*. Lisboa: Instituto Piaget. 1996.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Editora Almedina, 2003.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2^a ed., 1996.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo:

Saraiva, 2005.

DONATO, Maria Antonieta Zanardo. A proteção do consumidor: conceito e extensão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GUATTARI, Félix. As três ecologias. Campinas: Papirus. 2004.

HABERMAS, Jürgen. Modernidad: un proyecto incompleto. Org. CASULLO, Nicolás. El debate modernidad/ posmodernidad. Ed. El cielo por asalto. Ano 1990.

HABERMAS, Jürgen. O discurso filosófico da modernidade. Lisboa: Publicações Don Quixote. 1990.

HAYEK, Friedrich A. Von. Liberalismo: palestras e trabalhos. São Paulo: Bypress Comunicação Ltda., 1994.

HOBBS, Thomas. Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. São Paulo: Nova Cultura, 1988. (Coleção os pensadores).

HOLANDA, Francisco Urubam Xavier de. Do liberalismo ao neoliberalismo. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1998.

HUT, E. K. História do pensamento econômico, 4. ed., Rio de Janeiro: Campus, 1986.

LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

LARENZ, Karl. *Metodologia de la Ciencia del Derecho*. Barçela: Ariel, 2009.

LASKI, Harold. O liberalismo europeu. São Paulo: Mestre Jou, 1973.

LIMA, Francisco Meton Marques de. *O resgate dos valores na interpretação constitucional: por uma hermenêutica reabilitadora do homem como “ser-moralmente-melhor”*. Fortaleza: ABC Editora, 2001, p. 95

LIPOVETSKY, Gilles. A felicidade Paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. São Paulo: Companhia das letras, 2007.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos de Direito Privado*. São Paulo: Editora RT, 1988.

MARTINS, Fernando Rodrigues. “Constituição, direitos fundamentais e direitos básicos do consumidor”. In *20 anos do Código de Defesa do Consumidor: conquistas, desafios e*

perspectivas. MARTINS, Fernando Rodrigues; LOTUFO, Renan. – coordenadores – São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Maria Cecília Bodin de. *Na medida da pessoa humana*. In Estudos de Direito Civil-Constitucional, 1a. Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

LUCCA, Newton De. *Direito do Consumidor*, 2ª Edição, Ed. Edipro, São Paulo-2000.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

PÉREZ LUÑO, A., *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Madrid, Tecnos, 1997.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1999.

PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais, crime organizado*. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. “A proteção ao consumidor no sistema jurídico brasileiro”. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 43, Revista dos Tribunais, p. 69-95, 2002.

BOBBIO, Norberto. *Contribución a La Teoría del Derecho*, Madrid: Debate, 1990

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Editora Almedina, 2003.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª ed., 1996.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2005.

ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*. Barçela: Bosch, 1961.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Termos jurídicos indeterminados: interpretação ou discricionabilidade judicial? Ênfase os princípios jurídicos*. In: Sistema e tópica interpretação do ordenamento. Renan Lotufo (org.). Barueri: Manoel, 2006.

HATTENHAUER, Hans. *Los fundamentos historico-ideologicos del Derecho Aleman*. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1981.

LARENZ, Karl. *Metodologia de la Ciencia del Derecho*. Barcela: Ariel, 2009.

LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

LIMA, Francisco Meton Marques de. *O resgate dos valores na interpretação constitucional: por uma hermenêutica reabilitadora do homem como “ser-moralmente-melhor”*. Fortaleza: ABC Editora, 2001, p. 95

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos de Direito Privado*. São Paulo: Editora RT, 1988.

MORAES, Maria Cecília Bodin de. *Na medida da pessoa humana*. In Estudos de Direito Civil-Constitucional, 1a. Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

OPPO, Gioglio. Sobre os princípios gerais do Direito Civil. Congresso “Os princípios gerais do Direito”, realizado em Maio de 1991. Academia dei Lincei.

PÉREZ LUÑO, A., *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Madrid, Tecnos, 1997.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1999.

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio da proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.