



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ

Priscilla Placha Sá

Responsabilidade pelo produto

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
Programa de Pós-Graduação
em Direito

Curitiba, julho de 2005



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ

Priscilla Placha Sá

Responsabilidade pelo produto

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Econômico e Social.

Orientador: Professor Doutor Rodrigo Sánchez Rios

Curitiba
Julho de 2005



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ

Priscilla Placha Sá

Responsabilidade pelo produto

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito Econômico e Social pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Professor Doutor Rodrigo Sánchez Ríos

Orientador

Centro de Ciências Jurídicas e Sociais – PUCPR

Professor Doutor Antônio Carlos Efig

Centro de Ciências Jurídicas e Sociais – PUCPR

Professora Doutora Heloísa Estellita Salomão

Curitiba, 15 de agosto de 2005.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da autora.

Priscilla Placha Sá

Graduou-se em Bacharelado em Direito na Faculdade de Direito de Curitiba em 1999. Kursou Pós-Graduação em Direito Processual Penal na Pontifícia Universidade Católica do Paraná em 2001. Foi Professora no Curso de Direito das Faculdades de Curitiba de 2003 a 2004. É Professora de Direito Penal nos cursos de Graduação e Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Membro do SubGrupo de Pesquisa "Agencias Reguladoras e Proteção Jurídica do Consumidor", sob a Coordenação do Professor Antônio Carlos Efig (Centro de Ciências Jurídicas e Sociais – PUCPR). Advogada.

S111r Sá, Priscilla Placha
Responsabilidade pelo produto / Priscilla Placha Sá ; orientador,
2005 Rodrigo Sánchez Ríos. – 2005.

x, 189 f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná,
Curitiba, 2005

Inclui bibliografia

1. Defesa do consumidor. 2. Responsabilidade por produtos elaborados.
3. Causalidade (Direito). I. Sánchez Ríos, Rodrigo. II. Pontifícia
Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em
Direito. III. Título.

Doris - 4.ed. 342.5

Para Laura, que viveu como seus os sonhos dos filhos.
Para João Carlos, que não pôde ver meus sonhos realizados.
Para Jonathan, que compreendeu minha ausência, mas sempre esteve
presente. Para Lisane, que foi amiga, muito mais do que sempre.
Para Renata, que emprestou sua alegria nos momentos difíceis.

Agradecimentos

Ao meu orientador Professor Doutor Rodrigo Sánchez Rios que fez com que uma idéia lançada no ano de 2002 pudesse frutificar, com seus ensinamentos, sobretudo pelo seu desprendimento em ensinar.

Ao Professor Doutor Antônio Carlos Efig, pelas lições, pelo tempo e pela atenção sempre preciosos.

Ao Professor Mestre Luiz Renato Skroch Andretta que lançou bases muito firmes para o estudo do Direito Penal, desde a Graduação, fundamentos que possibilitaram a compreensão e desenvolvimento deste trabalho.

Ao Professor Doutor José Ángel Brandariz García, da Área de Derecho Penal da Universidade de A Coruña e à sua esposa Elena que me acolheram tão calorosamente em minha estada em A Coruña, durante a minha pesquisa. Também aos Professores Doutores Carlos Martínez-Buján Perez, Catedrático de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidade de A Coruña, Patrícia Faraldo Cabana e Luz-María Puente Aba, todos da Área de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidade de A Coruña, que me auxiliaram na orientação, pesquisa e coleta de material para a realização desse trabalho.

À Pontifícia Universidade Católica do Paraná, a quem agradeço na pessoa da Professora Doutora Cláudia Maria Barbosa, que à frente da Coordenação do Curso de Direito e do Mestrado em Direito Econômico e Social apoiou sempre a pesquisa no âmbito do Direito penal.

Ao Gabriel e à Silvia por sua atenção e carinho.

Aos meus amigos, Daniel Laufer, Érica de Oliveira Hartmann, e Guilherme Roman Borges, que não me deixaram abater pelas agruras da pesquisa acadêmica.

À Turma C do Curso de Direito Noturno da PUCPR, *Campus* Curitiba, que neste inverno inicia o 5º Período, pelo convívio agradável no aprendizado mútuo do Direito Penal.

À Eva e à Isabel pelo apoio e pela solicitude.

A todos que de alguma forma colaboraram com a realização do presente trabalho.

Resumo

Sá, Priscilla Placha. **Responsabilidade pelo produto**. Curitiba, 2005. 189 p. Dissertação de Mestrado em Direito Econômico e Social – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

O escopo deste trabalho é analisar a questão da responsabilidade pelo produto, notadamente no âmbito criminal. Inicia indicando, como forma de aproximação ao tema, as características que compõem um novo modelo social, em que a sociedade de massa supera as relações individuais, precipuamente pela importância que as práticas de consumo assumem no trato cotidiano, no qual se planificam as hipóteses de responsabilidade pelo produto. Depois, assentada a modificação e a adoção de um novo paradigma, serão tratados os aspectos político-criminais que justificam a indicação de que o consumidor e as relações de consumo constituem uma entidade factível que merece guarida imediata e direta do ordenamento jurídico, inclusive no âmbito penal. A importância é conferida por organismos internacionais e ao depois por diversos países, com sua inserção no plano constitucional e com a adoção de microssistemas; situação esta verificada no caso brasileiro com a edição do Código de Defesa do Consumidor, que planificou um novo ideário com uma Política Nacional de Consumo, a indicação de diretrizes teóricas e de uma teia obrigacional co-responsabilizando sociedade e poderes públicos, não sem deixar de buscar definições para os atores da relação de consumo e seus objetos; e especificamente em relação a esses a concepção do que seja produto com um aparato teórico novo a fim de assegurar as expectativas da relação de consumo, possibilitando quando de sua frustração face aos vícios e defeitos uma tríplice responsabilidade: civil, administrativa e criminal, sendo que nesta última será também considerado o texto da Lei 8.137/90. Na análise da responsabilidade pelo produto, constata-se que na Dogmática jurídico-penal o arsenal colocado à disposição mostrara-se insuficiente 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. Por fim a análise de dois grupos de casos: o primeiro grupo visto sob a rubrica de <<casos-paradigma>> ou <<constelação de casos>>, 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*, que justifica uma discussão final a respeito da possibilidade concursal com delitos de proteção reflexa e o conflito aparente de normas. 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.

Palavras chaves Direito penal econômico; Direito do Consumidor; Responsabilidade pelo Produto; Causalidade.

Riassunto

Sá, Priscilla Placha. **Responsabilità per il prodotto**. Curitiba, 2005. 189 p.
Tesi della Laurea Specialistica in Diritto Economico e Sociale – Centro di Scienze Giuridiche e Sociale, Pontificia Università Católica del Paraná.

Lo scopo di questo lavoro è investigare ed analizzare la questione della responsabilità per il prodotto, fondamentalmente, nell'ambito criminale. Inizia indicando, come mezzo di avvicinamento al tema, le caratteristiche che compongono il nuovo modello sociale, in cui la società di massa supera i rapporti individuali, principalmente dovuto all'importanza che le attività di consumo assumono nel quotidiano, specialmente nel mercato di consumo, dove si pianificano le ipotesi di responsabilità per il prodotto. Dopo, registrata la modificazione e l'adozione di un nuovo paradigma, saranno visti gli aspetti politico-criminali che giustificano l'indicazione che il consumatore ed i rapporti di consumo costituiscono un'entità fattibile che merita protezione immediata e diretta dall'ordinamento giuridico, incluso nell'ambito penale. L'importanza viene riconosciuta dagli organismi internazionali e anche da diversi Paesi, con il suo inserimento nel piano costituzionale e con l'adozione di microsistemi, come si verifica nel caso brasiliano con l'edizione del Codice di Difesa dei Consumatori, il quale pianificò un nuovo complesso di idee, adottando una Politica Nazionale di Consumo; indicò le direttrici teoriche; creò varie obbligazioni, co-responsabilizzando la società e il potere pubblico, senza lasciare di cercare definizioni per i soggetti del rapporto di consumo e i suoi oggetti. Specificamente in ciò che riguarda agli oggetti, il sopraindicato codice cercò di definire, d'accordo con un nuovo apparato teorico, e assicurare le aspettative del rapporto di consumo, possibilizzando quando della loro frustrazione, a causa dei vizi e difetti, una triplice responsabilità: civile, amministrativa e criminale, dovendo, in quest'ultima, essere considerato il testo della Legge 8.137/90. Nell'analisi della responsabilità per il prodotto si verifica che nella Dogmatica giuridico-penale l'arsenale posto a disposizione si è mostrato insufficiente e le atezioni si sono rivolte alle forme di incriminazione ed imputazione diverse da quelle tradizionalmente utilizzate, tutto ciò con lo scopo di superare la questione del rapporto di causalità e dell'attribuzione di responsabilità. Alla fine l'analisi di due gruppi di casi: il primo gruppo conosciuto come <casi-paradigma> o <costellazione di casi>, i quali sono indicati dalla dottrina tedesca e spagnola come degni di nota, a causa delle discussioni che sorsero dovuto alla sottomissione di questi casi all'ambito del Diritto penale, con figure tradizionali, specialmente i delitti di omicidio, lesione personale e quelli contro la salute pubblica. Il secondo gruppo riunendo casi successi nel scenario mondiale che furono analizzati in alcuni momenti con i ricorsi del Diritto penale classico e in altri con i ricorsi di un Diritto penale *moderno*, che giustifica una discussione finale sulla possibilità di concorso con i delitti di protezione riflessa ed il conflitto apparente di norme. Ancora sarà presente in questo lavoro l'analisi della causalità, prima sotto l'aspetto sociale, come forma di esigenza di responsabilità davanti agli eventi lesivi, dopo sulle teorie indicate dalla dottrina giuridico-penale, con i meriti e le critiche pertinente alla responsabilità per il prodotto e finalmente la causalità empirica che discusse la <sindrome tipica> nei <casi-paradigma> e che suscitò tantissime controversie.

Parole chiavi: Diritto penale economico; Diritto del Consumatore; Responsabilità per il Prodotto; Causalità.

Sumário

1. Introdução	12
2. Características do novo modelo social	18
2.1. A sociedade de risco	19
2.2. As atividades perigosas	23
2.3. A questão da causalidade: primeira análise	26
3. Análise do ponto de vista da Política criminal	29
3.1. As relações de consumo e o consumidor como entidade factível	31
3.1.1. Consumo ou consumerismo como um paradigma novo nas políticas públicas	36
3.2. A proteção extrapenal	41
3.2.1. Planificação fora do Código de Defesa do Consumidor	44
3.2.2. Planificação no âmbito do Código de Defesa do Consumidor	45
3.2.2.1. Definição da Política Nacional de Consumo	47
3.2.2.2. Princípios reitores e proteção integral	49
3.2.2.3. Definição de consumidor	53
3.2.2.4. Definição de fornecedor	55
3.2.2.5. Definição de produtos e serviços	57
3.2.2.6. Definição de relações de consumo	58
3.2.3. Responsabilidade pelo produto	59
3.2.3.1. Responsabilidade civil pelo produto	61
3.2.3.2. Sanções administrativas	65
3.3. A proteção penal	68
3.3.1. Planificação fora do Código de Defesa do Consumidor e a Lei 8.137/90	70
3.3.2. Planificação no âmbito do Código de Defesa do Consumidor e da Lei 8.137/90	77
3.3.2.1. A questão do bem jurídico-penal	77
3.3.2.2. A questão do bem jurídico-penal supra-individual	80
3.3.2.3. Os indicadores de tutela penal	85
3.3.2.4. A criminalização de condutas de afetação imediata às relações de consumo e ao consumidor	90
4. Análise do ponto de vista da Dogmática jurídico-penal	95
4.1. A questão da causalidade: segunda análise	96
4.1.1. Teoria da Equivalência das Condições ou <i>Conditio Sine Qua Non</i>	98
4.1.2. Teoria da Adequação ou da Condição Adequada	102
4.1.3. Teoria da Relevância	103

4.1.4. Teorias da Imputação Objetiva do Resultado	104
4.2. Formas de incriminação	107
4.2.1. Desvalor da ação e desvalor do resultado	108
4.2.1.1. Delitos qualificados pelo resultado	109
4.2.1.2. Delitos imprudentes	110
4.2.1.3. Elementos normativos do tipo: especial referência às normas penais em branco	114
4.2.2. Antecipação da tutela penal e fracionamento do bem jurídico	118
4.2.2.1. Delitos de perigo	121
4.3. Formas de imputação	124
4.3.1. Responsabilidade plurissubjetiva	126
4.3.2. Responsabilidade por omissão	128
5. Análise de casos	132
5.1. A questão da causalidade: terceira análise	134
5.2. Primeiro grupo de casos e a solução com delitos de proteção reflexa	139
5.2.1. Antecedentes fáticos no caso alemão	139
5.2.1.1. Caso Contergân-Talidomida	139
5.2.1.2. Caso Erdal	143
5.2.1.3. Outros antecedentes fáticos	146
5.2.1.3.1. Caso <i>Holzschutzmittel</i>	146
5.2.1.3.2. Caso Degussa	149
5.2.2. Antecedente fático no caso espanhol	150
5.2.2.1. Caso Colza	150
5.3. Segundo grupo de casos e a existência de delitos de proteção imediata	154
5.3.1. Antecedente fático no caso brasileiro	155
5.3.1.1. Caso Schering do Brasil	155
5.3.1.2. Outros antecedentes fáticos	157
5.3.1.2.1. Caso Androcur	157
5.3.1.2.2. Caso Celobar	158
5.3.1.2.3. Caso Methyl Lens Hypac 2%	159
5.4. O conflito aparente de normas com delitos do arsenal de proteção reflexa	160
5.5. Possibilidade concursal com figuras de proteção reflexa	165
6. Conclusão	167
7. Referências Bibliográficas	175

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)

O sistema penal de um projeto político que tem na insegurança econômica seu dogma fundamental é incapaz de prover segurança jurídica. Se os tempos modernos custaram a tocar o sistema penal brasileiro, parece que as formas espetaculosas e cruéis da articulação entre a inquisição moderna e o absolutismo estão chegando céleres; ao fundo, o cantochão da mídia, este uníssono lúgubre, ao qual, do vídeo, responde o celebrante com uma antífona incisiva, que desejaria convencer-nos de que agora, quando o único poder que resta ao Estado é o poder punitivo, a história acabou.

Nilo Batista, *Os sistemas penais brasileiros*,
In *Novas Tendências do Direito Penal*

1.

INTRODUÇÃO

O presente texto traz algumas reflexões sobre a responsabilidade pelo produto, avaliando inicialmente, como uma forma de aproximação ao tema, a modificação e o incremento das relações sociais que acentuou uma celeuma, não inédita, a respeito da legitimidade da intervenção do Direito penal e a sua limitação a uma qualidade nova de bens jurídicos – supra-individuais e intermédios. A mudança social ocorreu e isso não se nega, todavia, o clamor por um Direito penal paralelo a esse fato é algo que suscita, ainda, certa intranqüilidade.

Neste passo, o presente estudo buscará indicar um possível modelo que representa a *nova sociedade* que se anunciou no século passado e está em ebulição nesse novo milênio, como sendo a sociedade de *risco* com amparo na obra *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, de autoria de Ulrich BECK, embora não se desconheçam as críticas pertinentes na adoção desse modelo, porquanto demasiado catastrófico seu ponto de partida como se afiguram as ponderações de Cornelius PRITTWITZ.

Tal *sociedade de risco* caracterizar-se-ia por uma alteração em diversos setores e, especialmente, na constatação de uma sociedade de massa, exposta e inserida num mercado de consumo, em que a atuação individual, seja do detentor de um produto ou serviço, seja do potencial adquirente de tal produto ou serviço, está superada; constatação essa que foi, ao longo do tempo, motivadora de uma necessária proteção jurídica a esses indivíduos, à própria coletividade e às relações então decorrentes. Esta sociedade de massa está exposta às práticas de consumo, ao incremento de atividades que expõem interesses e direitos, diuturnamente a riscos.

Propriamente, no caso brasileiro serão avaliados os vetores para uma conscientização de que o consumidor e as relações de consumo estavam a exigir um trato próprio e específico, considerando mesmo a influência dos interesses de grandes corporações e empresas transnacionais, até mesmo, nas políticas públicas, motivo pelo qual pretende-se apontar os fatores político-criminais e dogmáticos

que indicaram o anseio pela modificação da forma de atuar do Direito penal, através da análise do arsenal de proteção e controle, tanto extrapenal quanto penal, em linha evolutiva, até a chegada do Código de Defesa do Consumidor, no qual está inserida a responsabilização pelo vício e pelo fato do produto.

Neste ponto serão considerados diversos fatores históricos – no Brasil e no exterior – que reforçaram a idéia dessa tal proteção tanto aos consumidores (enquanto indivíduos e/ou coletividade) quanto às relações de consumo; especialmente no Brasil, as disposições da Carta da República de 1988, a elaboração do Código de Defesa do Consumidor em 1990; e neste Código a instituição de uma Política Nacional de Consumo, a conceituação dos atores dessa relação, então especialmente tratada, a previsão de infrações administrativas, da responsabilidade civil e também a criminal, e, entre uma série de disposições, o trato das conseqüências diante do vício e do fato do produto.

No aspecto criminal, merecerá referência a Lei 8.137/90, contendo, sem revogar ou derrogar explicitamente o que estava inscrito no próprio Código de Defesa do Consumidor, extenso rol de condutas criminalizadas por atentarem contra o consumidor e/ou as relações de consumo, existindo ou não a superveniência de um evento lesivo típico, dados os recursos com que se aparatou para tal responsabilização criminal. A tríplice concepção sancionatória – presente, também, no caso espanhol – implicará na valoração e avaliação dos princípios penais de garantia que parecem estar, nesse Direito penal *moderno*, sempre sendo questionados sobre sua prevalência e eficácia protetiva.

As duas legislações exemplificam uma modificação experimentada não só nessa seara consumerista, mas também em diversos outros segmentos, especialmente pelas discussões político-criminais, verifica-se uma interessante modificação na concepção da Dogmática jurídico-penal, seja nas formas de incriminação, seja nas formas de imputação; a exemplo do que ocorre nestes diplomas, podem ser citadas, a Lei 7.492/86, a Lei 8.137/90, nos delitos fiscais, e a Lei 9.605/98.

Atenção especial merecerão as (i) formas de incriminação, especificamente com a análise do desvalor da ação e do resultado; delitos que indicam a antecipação de tutela e um fracionamento do bem jurídico, com tipos de perigo, de empreendimento e de atitude e um privilégio aos delitos imprudentes e às normas penais em branco, e as (ii) formas de imputação de responsabilidades, com a

avaliação dos pressupostos de imputação, para considerar a responsabilidade por omissão, tanto em tipos puramente omissivos quanto nos tipos comissivos por omissão, e a responsabilidade plurissubjetiva, quando se mencionará, de forma breve, contudo, a questão da imputação à empresa.

No aspecto criminal, ainda, analisar-se-á um grupo de casos reunidos sob a denominação de <<constelação de casos>> ou <<casos-paradigma>>, representados por acontecimentos concretos e paradigmáticos ocorridos na Europa, quais sejam, (i) as deformidades e lesões em fetos, oriundas da ingestão pelas gestantes do medicamento Contergán-Talidomida, na década de 60; (ii) as dificuldades respiratórias e outros sintomas decorrentes de um spray para couros da empresa Erdal; (iii) diversas lesões relacionadas ao uso de um spray para madeira fabricado pela empresa D. Chemir GmbH, conhecido como *Holzschutzmittel*, (iv) alguns males experimentados por conta da utilização de dentifrício contendo amálgama colocado no mercado pela empresa Degussa, todos ocorridos na Alemanha, e (v) a intoxicação por azeite de Colza, que era inicialmente destinado ao emprego siderúrgico e posteriormente fora usado como <<aceite de boca>>, este ocorrido na Espanha, nos idos dos anos 80; sintomas esses que ficaram, em cada uma das situações fáticas, conhecidos como uma <<síndrome típica>>.

Outros tantos casos, poderiam ser citados, mas estes, em verdade, são emblemáticos para o tema em estudo, conforme assenta a doutrina estrangeira, conforme manifestações de diversos estudiosos na Espanha e Alemanha, como se colhe, por exemplo, das lições de Klaus TIEDEMANN, Winfried HASSEMER, Ingeborg PUPPE, Lothar KUHLEN, Francisco MUÑOZ CONDE, Carlos Martinez-BUJÁN PÉREZ, Santiago MIR PUIG, María Elena ÍÑIGO CORROZA.

Estes casos planificaram uma série de questões atinentes à responsabilidade pelo produto e pontuaram, dentre diversos aspectos, dificuldades na determinação causal dos resultados e imputação das responsabilidades, valendo-se na tentativa de uma solução – essa exigida pelo clamor que tais casos provocaram, à época, na população – dos casos penais deles decorrentes, de uma releitura da Dogmática jurídico-penal, sem se olvidar que questões de ordem processual penal também foram avaliadas, especialmente no que se refere à possibilidade de avaliação da prova da causalidade pelos julgadores, quando não havia a determinação causal por parte dos peritos das ciências pertinentes.

Na avaliação dos casos-paradigma procurará se considerar as discussões que se assentaram como o centro de evidência, propriamente, os resultados lesivos – mortes e lesões corporais – que tais situações provocaram, e assim as famílias delitivas mais utilizadas na resposta penal. De se ponderar que a importância no estudo de tais casos é pelo fato de que a solução indicada não alcançou tranquilidade, mesmo depois da virada do século, dadas as dificuldades em resolver, com os recursos da Dogmática jurídico-penal clássica, questões que fugiam de um âmbito de atribuição de resultados cuja causalidade verifica-se de forma imediata, em que o autor é perfeitamente identificável e a vítima é afetada de modo isolado.

A busca pela atribuição de responsabilidades pelos resultados lesivos considerará, além do clamor social justificado por uma constatação de mudança nas relações sociais, a pretensão de impor uma divisão de responsabilidades como forma de um efeito colateral reflexo pela colocação de um produto no mercado de consumo que fosse – como o foi – capaz de gerar resultados lesivos e, mais, típicos. Oportuno lembrar que, quando de tais acontecimentos, o arsenal de delitos disponível para a responsabilização criminal estava centrado na forma típica que exigia um resultado, sendo raras as configurações que impusessem tal responsabilidade sem sua ocorrência.

O aparato tradicional da Dogmática jurídico-penal, a exemplo desses casos concretos, tem sofrido uma série de críticas ante uma mudança inexorável nas relações sociais e a possibilidade de que o triângulo acima mencionado (causalidade-autor-vítima), até então, facilmente perfilado, transforme-se num caleidoscópio capaz de apontar tantas direções e quantos vetores precisem ser analisados num dado caso concreto, não mais indicador de uma triangulação individual e imediata.

A exposição de produtos potencialmente nocivos, a inobservância de determinados deveres, a quebra da expectativa, e a falta de informação são algumas das situações geradoras, atualmente, de atribuição de responsabilidade criminal, conforme previsão do Código de Defesa do Consumidor e da Lei 8.137/90, diversamente do que ocorre com as condutas que protegem o consumidor e as relações de consumo de forma mediata ou reflexa, como é o caso dos delitos contra a saúde pública.

Assim, em vigor, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei 8.137/90 o país experimenta alguns fatos – poder-se-ia dizer similares àqueles da <<constelação de casos>> – e por isso serão analisados, envolvendo o (i) anticoncepcional <<Microvlar>> fabricado pela indústria Schering do Brasil Ltda., pois que em 1998 começam a surgir notícias, primeiramente no estado de Goiás, de que não estava presente o princípio ativo em tal medicamento e, portanto, a expectativa de evitar uma concepção via-se frustrada, e havia a superveniência de um resultado que, contudo, por si só, não era típico; (ii) o remédio Androcur que não continha o princípio ativo que deveria combater o câncer de próstata; (iii) o contraste radiológico Celobar que após ser ingerido para a realização de exames laboratoriais causou lesões graves e mortes em diversas pessoas, e (iv) o colírio Methyl Lens Hypac 2% que provocou cegueira em alguns pacientes.

Estes casos, como aqueles, tiveram desdobramento no âmbito criminal, mas pela forma de incriminação e de imputação construída para a proteção do consumidor e das relações de consumo, o triângulo causalidade-autor-vítima teve direções diversas, pois além das disposições contidas na legislação propriamente voltada à proteção do consumidor e das relações de consumo, o Código Penal pátrio conta com figuras – como na Espanha e Alemanha – sob a rubrica de delitos contra a saúde pública, descritas nos Arts. 272 e 273. Não se poderia deixar de mencionar que, em meio a esses eventos nacionais, os delitos do Código Penal sofreram importantes modificações alcançando a possibilidade de uma pena de até 30 anos de reclusão (Lei 9.677/98) e sua inclusão no rol de delitos hediondos (Lei 9.695/98). Em tais situações concretas procurar-se-á ressaltar as dificuldades de determinação causal e de imputação com o arsenal tradicional, bem como aventar uma possibilidade concursal com as figuras de proteção reflexa e um possível conflito aparente de normas entre elas.

Ao longo de todo o estudo – e esse parece ser o fator preponderante nas discussões doutrinárias e dos julgados – a questão da causalidade será considerada em três momentos distintos para que se possa evidenciar a constante luta pela sua análise e compreensão. No primeiro momento, será ela avaliada no cerne da discussão entre racionalidade científica e racionalidade social, como se pudesse falar de uma causalidade social, como a exigência político-social de que um caso concreto, tanto mais de repercussão social brutal, não tivesse uma indeterminação

causal, causando espécie a possibilidade de que ficasse incluído nas hipóteses de caso fortuito e força maior. No seguinte, a avaliação do nexo de causalidade, em sua evolução epistemológica, com a indicação das teorias que dele tratam, com algumas remissões aos questionamentos feitos nos supostos fáticos, e, especialmente, às teorias da imputação objetiva do resultado; e por derradeiro, a análise da causalidade empírica, com as discussões sobre a superação de um conceito arraigado de causalidade geral, e sua utilização para a resolução dos casos paradigmáticos, com a formulação de uma <<síndrome típica>>.

2. 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 risco*¹, risco este que em nada lembra uma idéia 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 destruição atingiria a todos, indistintamente, sem considerar as desigualdades internacionais e não respeitaria fronteiras.

¹ 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 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.

2.1. A Sociedade de Risco

A existência de uma sociedade *post*², 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 social³ e o transpasse do tempo da modernidade⁴ fizeram com que o homem experimentasse o medo, não aquele medo individual 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

² 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)

³ O Capítulo 3 cuidará de planificar o desenvolvimento produtivo e industrial, e a produção e concentração de riquezas, porque apropriado ao tema em estudo; todavia parece ser, exatamente esse ponto, o grande indicador da mudança paradigmática, e que afetou todos os demais setores do relacionamento humano e social.

⁴ 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 atuais 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.”

estes a ignorarem fronteiras por serem compartilhadas mundialmente as forças destrutivas.

A idéia 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 secundários*⁵. Os efeitos colaterais parecem funcionar – dentro de uma sociedade que clama não mais por progresso, mas sim por proteção – como um castigo⁶, 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, 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 responsabilidades⁷.

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

⁵ 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>>.

⁶ 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*; GEORGE, S., *O Relatório Lugano – Sobre a manutenção do capitalismo no século XXI*. Os primeiros autores avaliando a situação própria da América Latina, inclusive o Brasil; a última, em que pese atribuir a construção da obra a uma ficção, avalia as tentativas dos organismos de poder em manter um <<status quo>> sem, contudo, avaliar os <<flagelos>> que podem tomar conta da humanidade, voltando-se contra os próprios organismos de poder e capaz, inclusive, de causar sua ruína.

⁷ 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.”

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 criminal⁸ 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 conceitual⁹.

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 permitido¹⁰.

⁸ 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.

⁹ PAREDES CASTAÑON, J. M., *El riesgo permitido en Derecho Penal - Régimen jurídico-penal 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, 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>>.”

¹⁰ 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).

A tentativa de delimitar o conceito de risco permitido e situá-lo na Teoria do Delito¹¹ não deve, todavia, engessar o desenvolvimento social, e no mesmo passo, não deve ser largamente utilizado a ponto de se transmutar 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, 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 atividade¹², e daí se pode indicar a existência, ante a elevação excepcional do risco, de *riesgos excepcionalmente permitidos*¹³.

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 descaracterização¹⁴. A hipótese de que essa instrumentalidade ou simbolismo viesse a aparecer, dentre tantos aspectos, é porque haveria “(a) la indiferencia recíproca del derecho y la sociedad,

¹¹ 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 –).

¹² A fim de exemplificar tal ponderação pode-se afirmar que, se em dado momento histórico, não seria difícil avaliar as consequências oriundas do uso de uma arma de fogo ou mesmo de um explosivo, é inegável a dificuldade de aferir com segurança, num primeiro momento se há efeitos nocivos decorrentes de uma prática, e ao depois quais seriam eles, como no caso dos produtos geneticamente modificados, no uso de produtos fumígenos, nos dispositivos que empregam energia nuclear, nos eletrodomésticos que usam ondas magnéticas ou microondas, por exe mplo.

¹³ PAREDES CASTAÑON, J. M., *El riesgo permitido en Derecho Penal - Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas*, p. 514.

¹⁴ 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).

b) la desintegración social a través del derecho y c) la desintegración del derecho a través de expectativas excesivas de la sociedad”¹⁵.

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 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 idéia 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 sobre-carregamento 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 secundária¹⁶ 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.

2.2. As Atividades Perigosas

A idéia 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,

¹⁵ 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.

¹⁶ 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.

pelos efeitos decorrentes ou tão-só por sua atuação, será preciso identificar onde estão as fontes criadoras de perigo¹⁷.

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 riscos¹⁸; 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 empresarial¹⁹, 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,

¹⁷ 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 ha denominado como <<norma de conducta penal>> crea esta clase de riesgos (relevantes para el Derecho Penal). Las normas de 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”.

¹⁸ Cf. Capítulo 4, item 4.1.4.

¹⁹ 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.

prepostos, colaboradores, etc, dos deveres²⁰ necessários para o desempenho daquela atividade que poderão constituir a criação de riscos juridicamente desaprovados, pois contrários a uma norma de conduta²¹, e de interesse do Direito penal se houver o resultado lesivo²² (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 empresarial²³ que origina riscos e cria perigos capazes de resultados lesivos, podendo ser creditados a terceiros e aos próprios consumidores²⁴, 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 resultado²⁵.

²⁰ 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 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.”

²¹ 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.” (Cf. Nota 267).

²² 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).

²³ Não deve ser desconsiderada, também, a criação e a produção de riscos por atividades não empresariais, como intervenções cirúrgicas experimentais, práticas de esportes radicais, atividades profissionais de alto risco, e outras que não dispensam a possibilidade de, em se verificando resultados lesivos, a submissão e a análise no âmbito do Direito penal.

²⁴ 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”.

²⁵ 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.” Sobre a análise da causalidade e concausas: V. Capítulo 4, item 4.1.

2.3.

A questão da causalidade: primeira análise

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 nexo causal, embora não se possa ignorar que causalidade e imputação do resultado merecem trato diferenciado²⁶. 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 prazo²⁷, as condutas sem autor, indicando uma causalidade suposta, mais ou menos <<*insegura y provisional*>>²⁸.

A demonstração da causalidade nesse novo contexto situa-se em um nexo 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 jurídicos, numa tentativa de superação do dogma do resultado e a necessidade de imputação de tal com fulcro em uma causalidade revisitada.

²⁶ Capítulo 4, item 4.1. e 4.1.4.

²⁷ 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 -).

²⁸ BECK, U., *Ibid.*, p. 34. Continua afirmando que “el nexo 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).

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, que se pautasse num horizonte normativo e axiológico, e, sobretudo ético²⁹, 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 <<sin racionalidad social, la racionalidad científica es yacía; sin racionalidad científica, la racionalidad social es ciega>>³⁰.

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 empírica³¹; 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 sombras³², não aquelas originárias de um atavismo que fazia o homem crer em coisas não 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.

²⁹ BECK, U., *La Sociedad del Riesgo – Hacia una nueva modernidad*, p. 36.

³⁰ BECK, U., loc. cit. (- grifos constam do original -).

³¹ Baseada em dados estatísticos e construção de silogismos. Cf. Capítulo 5, item 5.1., quando se tratará de uma constelação de casos com a menção, em alguns deles, a respeito dessa causalidade empírica, que fora adotada, inclusive, pelos tribunais.

³² 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 civilización, es, en la mayoría de las veces, ambas cosas: *crítica y crédula* respecto de la ciencia.” (- grifos constam do original -).

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 idéia darwinista está presente na competência para sobreviver e da apropriação do poder econômico como uma forma eficaz de atingir a felicidade³³.

³³ 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.

3. ANÁLISE DO PONTO DE VISTA DA POLÍTICA CRIMINAL

A atuação do Direito penal está voltada para o corpo social que o concebe e ao qual se destina, e o resultado ou o reflexo social é, inexoravelmente, importante até mesmo para sua validação e avaliação. Na tentativa de compreender a origem e as conseqüências da Dogmática jurídico-penal é que se assenta a importância da Política criminal para servir como um fiel da balança do Direito penal. A necessidade de avaliar o binômio causa-conseqüência de um dado dogmático, faz-se tão presente quanto a de indicar qual a conceituação e a relação de proximidade que se deve ter entre Política criminal e Dogmática jurídico-penal³⁴.

Em dado momento histórico³⁵ a concepção reinante a respeito desse relacionamento dualístico fundava-se num sistema fechado e positivo, todavia, pela sua face – em que pese diga-se que a idéia era coibir eventuais arbítrios do Estado³⁶, sob o manto de uma Política criminal – foi amplamente criticada, com a indicação de que a Política criminal deve manter um relacionamento aproximado e caracterizado por um sistema aberto, axiológico e teleológico³⁷, em que uma

³⁴ Sobre a aproximação da Dogmática jurídico-penal à Política-criminal: ROXIN, C., *Política Criminal e Sistema Jurídico-penal*, passim; FIGUEIREDO DIAS, J. de., *Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas*, p. 40 et. seq., ao tratar da, por ele denominada, ciência conjunta do Direito penal e analisar a relação proposta por ROXIN; AMELUNG, K., *Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin*, passim, questionando os indicadores lançados por C. ROXIN em cada um dos níveis da estrutura do delito; JAKOBS, G., *Fundamentos de Direito Penal*, passim, que propõe um sistema aberto, como se a relação entre Direito penal e sociedade fosse na forma de vasos comunicantes; SILVA SÁNCHEZ, J. M^a, *A expansão do direito penal : aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*, p. 62 et. seq., trata dos conflitos de interesse nas vozes da Política criminal, especificamente quanto à exigência de seu alargamento com a menção aos gestores atípicos da moral e à contradição (às vezes aparente) dos <<powerfull>> e <<powerless>>, no reclamo pela intervenção de Direito penal (Cf. Nota 8 item 2.1.); Díez RIPOLLÉS, J. L., *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*, passim, com ênfase para os denominados grupos de pressão especial, que desprezam, em muitas ocasiões, as lições dos doutrinadores, prestigiando as questões midiáticas.

³⁵ A concepção lisztiana fundava-se na idéia de que à Política criminal estava destinada a tarefa social e à Dogmática jurídico-penal incumbia a tarefa jurídica. Cf. ROXIN, C., op. cit., p. 2 et. seq.

³⁶ De citar que tal proposta concebia o Direito penal como libertário, funcionando o Estatuto Penal como a carta magna do delinqüente, posto que o cidadão era livre para fazer tudo que não estivesse previsto como delito: Cf. ROXIN, C., loc. cit.

³⁷ ROXIN, C., loc. cit., tece severas críticas ao ideário de Franz von Liszt tendo como ponto de partida a afirmação de que o “direito penal é a barreira intransponível da política criminal”, que esteve presente em todo o Programa de Marburgo. Sob seu ponto de vista as três exigências principais para a construção de um sistema são: ordem e clareza conceitual, proximidade à realidade, e orientação para fins político-criminais (Ibid., p. 28).

decisão que se diga acertada do ponto de vista dogmático, também deve sê-lo sob a ótica da Política criminal, permitindo-se com isso uma revisitação da Dogmática jurídico-penal, especialmente da Teoria geral do Delito³⁸. Essa proposição parece, entretanto, ser intranquã³⁹, e essa intranquãilidade pode ser o núcleo da discussão, que ainda não calou, ante as decisões a que os Tribunais de Espanha e Alemanha chegaram nos <<casos-paradigma>>⁴⁰ para a avaliação da causalidade e a conseqüente imputação dos resultados lesivos.

Não se pode olvidar que a questão da Política criminal interfere, não na resolução, mas, também, na seleção⁴¹ de casos que deverão se submeter a uma análise com o arsenal jurídico. E quando se fala dos <<casos-paradigma>>, por decorrência, dos bens jurídicos e interesses que as condutas objeto de questionamento haviam lesionado, colocado em perigo ou deixado de proteger.

³⁸ ROXIN, C., *Política Criminal e Sistema Jurídico-penal*, p. 7, questiona a dicotomia lisztiana ao ponderar: “se os questionamentos político-criminais não podem e não devem adentrar no sistema, deduções que dele corretamente se façam certamente garantirão soluções claras e uniformes, mas não necessariamente ajustadas ao caso. De que serve, porém, a solução de um problema jurídico, que apesar de sua linda clareza e uniformidade é político-criminalmente errada? Não será preferível uma decisão adequada ao caso concreto, ainda que não integrável no sistema? Quase se poderia responder afirmativamente a esta pergunta, e permitir que se quebrasse a rigidez da regra, por motivos político-criminais. (...)” Adiante salienta a dificuldade na superação da idéia sistemática e as conseqüências na proposição de um controle a ser feito, primeiramente, pela Política criminal e depois encontrar o amparo com o material jurídico.

³⁹ V. crítica a essa posição: FIGUEIREDO DIAS, J. de, *Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas*, p. 43, quando afirma o autor, citando a <<*Kriminalpolitik*>> de ROXIN, que “defender que todas as categorias e conceitos dogmáticos devem ser determinados a partir de proposições político-criminais tão-pouco significa ceder à tentação de construir uma *unidade sistemática* entre política criminal e direito penal’.”

⁴⁰ Cf. Capítulo 5, item 5.2.1., e respectivos subitens, e item 5.2.2.

⁴¹ ROXIN, C., op. cit., p. 14 et. seq. Indica ser essa, também, uma função possível, pois aquele caráter exclusivamente garantístico está, agora, acompanhado da “finalidade de fornecer diretrizes de comportamento; através disto, torna-se ele um significativo instrumento de regulação social”. Sobre a idéia de seleção de bens e sujeitos a submeterem-se ao Direito penal: BARATTA, A., *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal – Introdução à Sociologia do Direito Penal*, passim, e 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 e os indicadores de seleção. ZAFFARONI, E. R., et al., Ibid., p. 46 et. seq.), ainda, referenciam a criminalização primária e secundária em que se pode reconhecer como indicadores desse processo de seleção: (i) os estereótipos, que são aqueles que têm “uma *imagem pública do delinqüente* com componentes de classe social, étnicos, etários, de gênero e estéticos”; (ii) os comportamentos grotescos em virtude de atos de brutalidade singular que não se pode ignorar, e (iii) os comportamentos devido à falta de cobertura, em que se vêem pessoas que, de modo excepcional, enfrentam a punição porque “levou a pior parte em uma luta de poder hegemônica e sofreu por isso uma ruptura na vulnerabilidade”, quanto a este último deve se refletir sobre o grau de inconsciência quando a sociedade depara-se com a criminalização de um personagem que não se mostra como um *cliente convencional* do Direito penal, especificamente o que acontece com os delitos econômicos, destinados, quase que na totalidade, para pessoas que ocupam posições de destaque em diversas estruturas de poder público e privado (– grifos constam do original –).

3.1.

As Relações de Consumo e o Consumidor como entidade factível

Na Idade Média⁴², a vida econômica regeu-se, em certo período, por normas e interesses ditados pelos mercadores, cuja fortuna e poder aumentaram através de conflitos armados, situação que se pretendeu modificar com a tríade basilar da Revolução Francesa, com visão de liberdade e autonomia da vontade, encerrada no Contrato Social de Rousseau⁴³, que partia do pressuposto da liberdade do homem, fosse para *formar* o contrato originário do Estado, fosse para *formar* outros contratos.

Incutia-se a idéia de antropocentrismo, pensamento que perdurou por certo lapso de tempo, na esteira de relações individualizadas, em que, ao menos em tese, eram a vontade e a sua autonomia que iriam prevalecer nas relações contratuais.

As influências da queda da Bastilha foram sentidas por diversos ramos do conhecimento em vários países, mesmo que fora do velho continente. Notadamente no que se refere às questões civis e às relações contratuais, merece destaque a concepção do *Code* de 1804, obra de Napoleão Bonaparte, e que, de sua vez, influenciou fortemente muitas codificações civis, dentre elas, no pós-1822, o Código Civil Brasileiro de 1916⁴⁴, que, até menos de uma década, regia a quase inteireza das relações sociais no âmbito *privado*⁴⁵.

⁴² O ponto de partida justifica-se por uma efervescência nas relações de consumo, nesse período, embora, inclusive como se verá adiante, a questão da produção e circulação de bens, esteve em voga em diversos momentos da história. Considerações históricas baseadas em: ALVIM, A., et al., *Código do Consumidor Comentado*, passim; EFING, A. C., *Fundamentos do Direito das Relações de Consumo*, passim; GRINOVER, A. P., et al., *Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, passim; e MARQUES, C. L., *Contratos no Código de Defesa do Consumidor – O novo regime das relações de consumo*, passim.

⁴³ MARQUES, C. L., *Ibid.*, p. 45. Ressalta a importância desse acontecimento para o Direito relacionado aos contratos (de salientar que o contrato era a matriz obrigacional por excelência), e cita as palavras de Rousseau: “já que nenhum homem possui uma autoridade natural sobre seu semelhante, e uma vez que a força não produz nenhum direito, restam, portanto, os contratos (as convenções) como base de toda a autoridade legítima no meio dos homens.”

⁴⁴ Sobre a narrativa dos infortúnios e dificuldades de uma concepção da consolidação das leis civis no Brasil, passando pelo Projeto de Teixeira de Freitas, que gerou tanta discussão pelo seu conteúdo que o autor, anteriormente nomeado pelo Ministro da Justiça Nabuco de Araújo, acabou desincumbindo-se do encargo, entremeadas algumas tentativas, inclusive às vésperas da Proclamação da República, até o Projeto de Clóvis Beviláqua e a sua entrada em vigor: V. MONTEIRO, W. de B., *Curso de Direito Civil*, p. 47 et. seq.

⁴⁵ Discussões sobre o caráter privatista e publicista sempre estiveram presentes e retornaram com bastante força, após o advento da Carta de 1988. Cf. MONREAL, E. N., *O Direito como obstáculo à transformação social*, p. 115 et. seq.

Outro fator histórico que merece lembrança para o tema em exame é a Revolução Industrial que demonstrou rudemente a falência dos belos princípios do humanismo dos, então, filósofos da Ilustração, com a explosão de ideais capitalistas e mercadológicos, contexto em que surgem os contratos de massa⁴⁶ e as relações tipo *standard*, do que começa a emergir uma constatação, mesmo que tímida, de que as relações não eram mais formalizadas depois de incrementadas fases pré-negociais e longas tratativas entre os contraentes: a tônica centrava-se em relações padronizadas e massificadas⁴⁷, portanto, longe de qualquer paridade.

A teia de relações, pelo incremento da vida em sociedade e pela gama de direitos e obrigações, multiplicou-se em progressão geométrica e o trato individual de questões que ganhou o espaço do coletivo, não mais apresenta fases negociais, em sua maioria, bem estabelecidas, nem a negociação acontece de forma livre e pensada pela partes envolvidas. É inexorável o questionamento sobre a presença da igualdade material nas relações, como corolário da isonomia, com a premissa de que haveria uma parte frágil e desigual, que concordava com uma vontade predominante e proeminente.

A atividade industrial, ainda nesse momento, centrava-se na produção de *coisas*⁴⁸; esse fenômeno acentuou-se após a Primeira Grande Guerra Mundial,

⁴⁶ MARQUES, C. L., *Contratos no Código de Defesa do Consumidor – O novo regime das relações de consumo*, p. 150, aponta dois fatores que contribuíram fortemente para uma crise contratual: a massificação das relações contratuais e a pós-modernidade. Cita, ainda, como exemplo do fenômeno dos contratos de massa, tais como os contratos de adesão, as condições gerais dos contratos, e os contratos cativos de longa duração.

⁴⁷ Sobre a contratação em massa: V. MARQUES, C. L., *Ibid.*, p. 52 et. seq., que acentua, ainda, a evidente diferença entre a premissa dos contratos ditos paritários e dos denominados “em massa”: num momento a concepção tradicional do contrato como obra de dois contratantes em posição de igualdade “perante o direito e a sociedade, os quais discutiriam individual e livremente as cláusulas se seu acordo de vontade”, e num segundo momento indica a existência dos “métodos de contratação em massa, ou estandardizados, predominam em quase todas as relações contratuais entre empresas e consumidores”. (MARQUES, C. L., *Ibid.*, p. 150). A respeito da sociedade de massa: Cf. NUNES, A. L. R., *Curso de Direito do Consumidor*, p. 3 et. seq.

⁴⁸ V. KLEIN, N. *No Logo – El poder de las marcas*, p. 40/41, que ressalta um acontecimento denominado <<Quinta de Marlboro>>, representado por uma queda vertiginosa do valor das ações da empresa de produtos fumígenos Philip Morris, no ano de 1993, quando, para competir com suas concorrentes, teria baixado o preço de seus produtos e isso teria levado à desvalorização da marca <<Marlboro>> em benefício das demais, mesmo que o seu produto não tivesse sofrido nenhuma depreciação, encerrando uma das campanhas publicitárias mais longas da história que era o <<Homem de Marlboro>> que fora lançada em 1954; houve, então, uma mudança de paradigma da atividade produtiva centrando toda a energia dos agentes econômicos no fortalecimento de suas marcas e não de seus produtos. Busca demonstrar a idéia de que a atividade produtiva e a vinculação do fabricante ao produto alcançaram um plano secundário para a obtenção de lucro; empresas, como Microsoft, IBM, GM, Benetton, Calvin Klein, Nike, entre tantas, voltam-se para uma nova realidade da atividade econômica, que supera uma ligação com as *coisas* fabricadas ou produzidas: vendem um *estilo de vida* (*Ibid.*, p. 44/45).

todavia, o momento em que as indústrias voltadas para os produtos bélicos tiveram sua grande vazão lucrativa, com os primeiros engenhos propriamente *tecnológicos* e que geraram o incremento das atividades produtivas, foi no decorrer e após a Segunda Guerra Mundial⁴⁹.

Começa a se delinear uma preocupação com uma figura que, embora não fosse nova, estava agora a exigir proteção – o consumidor – que, no mais das vezes, não agia de modo livre e voluntário, mas tão somente impelido por necessidades de produtos ou serviços e os detentores desses produtos e serviços, inclusive essenciais, não deixavam oportunidade para discussão e análise mais acurada do que era ofertado.

A busca pela mudança da proteção⁵⁰, até então destinada à figura do consumidor e das relações de consumo, é fruto de uma nova⁵¹ concepção social e estrutural que passa a ser experimentada pela sociedade⁵².

O marco da história contemporânea, em relação ao consumidor, restaria identificado no discurso de John Kennedy (*consumer bill of rights message*), datado de 15.03.1962, em mensagem para o Congresso dos Estados Unidos, no qual definiu os quatro fundamentos regentes das relações de consumo: o direito à segurança, o direito à informação, o direito de escolha e o direito de ser ouvido ou consultado. Passou a reinar, então, uma mentalidade de proteção global ao consumidor: física, psíquica, jurídica, econômica, etc⁵³.

⁴⁹ NUNES, A. L. R., *Curso de Direito do Consumidor*, p. 3.

⁵⁰ BENJAMIN, A. H. V., Cf. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 9, um dos autores do Código de Defesa do Consumidor e tendo sido Presidente do Instituto Brasileiro de Política de Defesa do Consumidor, lembra que “não se imagine que a proteção contratual do consumidor seja um problema brasileiro ou de terceiro mundo apenas; é um tema universal que, de uma forma ou de outra, vem sendo enfrentado pelo legislador desde o Código Civil italiano de 1942.”.

⁵¹ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J., In PORFÍRIO CARPIO, L. J., *La Discriminación de consumidores como acto de competencia desleal*, Prólogo, salientando que “ahora bien, con independencia de sus precedentes históricos, sin duda es un signo de nuestro tiempo la relevancia que en el mundo del Derecho han alcanzado la consideración de los consumidores como protagonistas o, si quiere, coprotagonistas necesitados de una tutela especial, asó como el régimen de la competencia, dimensión potenciada que ha sido consecuente y casi inexorablemente acompañada de la irrupción de nuevos principios y planteamientos en el tratamiento de estos sectores del Ordenamiento que han renovado, por no decir revolucionado, las concepciones y las construcciones normativas con las que tradicionalmente venían siendo afrontados”. Não se olvide, porém, que no decorrer de toda a história algumas vozes saíram em defesa do consumidor, embora, por certo, na atualidade esse conceito tenha sido efetivamente elaborado. Nesse sentido: SIDOU, J. M. O., *Proteção ao Consumidor: quadro jurídico universal, responsabilidade do produtor no direito convencional, cláusulas contratuais abusivas, problemática brasileira*, p. 12.

⁵² No caso brasileiro: V. EFING, A. C., *Fundamentos do Direito das Relações de Consumo*, passim, planifica um novo ideário informador dessas relações de consumo.

⁵³ FONSECA, A. C. da L., *Direito Penal do Consumidor*, p. 24.

Organismos internacionais voltaram suas atenções para essa problemática, tanto que a Organização das Nações Unidas – ONU – em 11.12.1969 aprovou em Assembléia Geral, através da Resolução 2542, a Declaração das Nações Unidas sobre o progresso e desenvolvimento social, em especial os artigos 5º a 10 previram diretrizes protetivas ao consumidor, podendo-se destacar: proteção de riscos à saúde e segurança, promoção e proteção dos interesses econômicos do consumidor, acesso à informação e à educação, compensação efetiva por danos sofridos⁵⁴, e a Resolução do Conselho da Comunidade Européia para uma política de proteção e de informação dos consumidores⁵⁵.

O pioneirismo da Espanha merece destaque ao incluir, na Carta Constitucional de 1978, a defesa do consumidor e enumerar obrigações aos poderes públicos, em seu Art. 51, cuja elevação ao patamar constitucional dos direitos do consumidor, serviu de exemplo para outros países que só, posteriormente, tiveram essa preocupação.

Em 1985 a Resolução 39248 da ONU recomendou aos governos que estabelecessem direitos e políticas de proteção ao consumidor. Nesse mesmo ano de 1985 realizou-se no Brasil o 6º Encontro de entidades preocupadas⁵⁶ com a questão do consumidor, momento em que foram aprovadas moções concretas a serem incluídas no ordenamento pátrio em forma de emenda à Constituição de 1969, então vigente. Os participantes do encontro que se seguiu, o de n.º 7, realizado em Brasília no ano de 1987, quando já aconteciam os trabalhos dos constituintes, resolveram encaminhar os resultados desse evento, formalmente, à Assembléia Nacional Constituinte como o Anteprojeto n.º 2.875, com destaque

⁵⁴ Anteriormente a essa normatização as referências em documentos internacionais da ONU, ainda que tratando de direitos econômicos, sociais e culturais foram um tanto incipientes, e não referiram expressamente o consumidor. V. Declaração Universal dos Direitos Humanos, Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e um ensaio mais aprimorado do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador).

⁵⁵ Cf. PORFIRIO CARPIO, L. J., *La discriminación de consumidores como acto de competencia desleal*, p. 64, teria sido aprovada em 14 de abril de 1975 e publicada em DOCE C/92/1, 1975. Ressalte-se, porém, que no Tratado constitutivo da União Européia não havia nenhuma disposição ou princípio geral dirigido aos consumidores, somente na década de 60 é que surgem instituições voltadas para o tema, sendo que em 1973 é criado o Comitê Consultivo dos Consumidores, e, em que pese a edição de diversos documentos, o datado de 1975 é tido como um referencial. Outras considerações: Cf. PUENTA ABA, L. Mª, *Delitos Económicos contra los consumidores y delito publicitario*, p. 40 et. seq.

⁵⁶ Outra preocupação, presente na atualidade, é a relacionada com o consumo sustentável: Cf. FILOMENO, J. G. B., *Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, p. 20, ao mencionar a Resolução da ONU 153/1995, resultado da atual preocupação da ciência consumerista.

para os direitos fundamentais e básicos dos consumidores e seus desdobramentos⁵⁷.

O Brasil, por meio da Constituição da República de 1988, acolheu a recomendação da ONU, ainda que implicitamente, ao inserir como fundamento do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana⁵⁸, reforçando seu ideário ao trazer de forma expressa, dentre os direitos e garantias individuais, a disposição de defesa ao consumidor⁵⁹, assentar que a defesa do consumidor é um dos princípios norteadores da atividade econômica⁶⁰, e a determinação, inclusive com prazo estabelecido, da elaboração de um código de defesa do consumidor⁶¹.

Porém, antes mesmo da promulgação da Carta da República de 1988, o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, sob a presidência de Flávio Flores da Cunha Bierrenbach, já havia constituído uma comissão para elaboração de anteprojeto previsto nos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, comissão esta que contou com diversos juristas e foi coordenada por Ada Pellegrini Grinover.

O Código de Defesa do Consumidor⁶², Lei 8.078, de 11.09.1990, que entrou em vigor em 10.03.1991, foi influenciado, principalmente, pela França com o *Projet de Code de la Consommation* (redigido pelo Professor Jean Calais-Auloy),

⁵⁷ FILOMENO, J. G. B., *Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, p. 23, destaca ainda os trabalhos elaborados pelo Ministério Público que reunidos, também, nos anos de 1985 e 1987, reforçavam a crescente preocupação com o tema e a necessidade de planificação própria dentro do ordenamento jurídico pátrio. Merecem referência, de igual sorte, o discurso proferido, sobre o tema, na Câmara pelo Deputado da Arena Nina Ribeiro, que, em 1971, apresentou o Projeto de Lei 70 que pretendia criar o Conselho de Defesa do Consumidor (Cf. SIDOU, J. M. O., *Proteção ao Consumidor: quadro jurídico universal, responsabilidade do produtor no direito convencional, cláusulas contratuais abusivas, problemática brasileira*, p. 12 e 75).

⁵⁸ Essa exegese é possível em face do amplo espectro gerado por uma leitura atual da dignidade da pessoa humana. NUNES, L. A. R., *Curso de Direito do Consumidor*, p. 6, ressalta, ao lembrar a Constituição alemã do Pós Segunda Guerra Mundial, que, como a atual brasileira, “por força desse movimento, desse pensamento jurídico humanitário, traz exatamente em seu Art. 1º, que a dignidade da pessoa humana é um bem intangível.”

⁵⁹ Art. 5º, inc. XXXII, da Constituição da República de 1988, que dispõe que “o Estado promoverá na forma da lei a defesa do consumidor.”

⁶⁰ Art. 170, inc. V, da Constituição da República de 1988.

⁶¹ Art. 48 das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República de 1988: “o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição Federal elaborará código de defesa do consumidor.”

⁶² Cf. BENJAMIN, A. H. V., *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 9 “(...) no Brasil antes do CDC, não fazia mesmo sentido se falar em proteção contratual do consumidor, já que este, assim denominado, inexistia como entidade jurídica com perfil próprio. Havia, isso sim, já um esforço da jurisprudência no sentido de mitigar o rigor do nosso Código Civil e o apego desmedido da doutrina a certos princípios que, diante da sociedade de produção e consumo em massa, gritavam por reforma.”

pela Espanha, por meio da *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (Lei 26/1984), por Portugal (Lei 29/1981), México (*Lei Federal de Protección al Consumidor*) e Quebec (*Loi sur la Protection du Consommateur*)⁶³.

A inovadora legislação, cujo nascedouro⁶⁴ foi um trabalho apresentado pelo Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, teve reflexos tão espalhados que serviram de base para a Argentina, reformas no Paraguai e no Uruguai, e projetos em países da Europa⁶⁵.

3.1.1.

O consumo ou consumerismo como um paradigma novo nas políticas públicas econômico-sociais

As empresas transnacionais e as grandes corporações, com capitais de incrível mobilidade têm dentre seus propósitos divulgar produtos e serviços e, em alguns casos, incutir a mentalidade de que é *imprescindível* a aquisição de determinado produto ou a utilização de determinado serviço; destacam esforços e valores em vultuosas campanhas publicitárias para colocarem seus objetos nos primeiros lugares do *ranking*.

O resultado de tais práticas ao longo de muitos anos faz com que, por exemplo, alguns produtos e serviços sejam conhecidos não pela sua essência e sim pelo nome comercial, que se fixou nas relações comerciais e atividades produtivas, ou por determinada *marca*⁶⁶ criada por incansáveis publicitários com o intuito de aumento de lucro e de ganho de mercado.

O sucesso não seria possível sem a revolução tecnológica que ultrapassa fronteiras, desconhece origens e culturas, porque a informação e a comunicação “processam-se com tal rapidez que os fatores tempo-espço estão praticamente

⁶³ BENJAMIN, A. H. V., GRINOVER, A. P., *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, p. 10. Referenciam, ainda, a influência de alguns países, como Portugal e Alemanha, em matérias específicas.

⁶⁴ O primeiro anteprojeto teria sido apresentado pelo Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, mas antes de ser publicado, foi apresentado como Projeto, por alguns deputados, dentre eles o dep. Geraldo Alckmin (n.º 1.149/88), a dep. Raquel Cândido (n.º 1.330/88) e dep. José Yunes (n.º 1.449/88). Após seguiram diversas discussões, substitutivos e modificações até a sanção presidencial, com vetos parciais (Cf. BENJAMIN, A. H. V., e GRINOVER, A. P., op. cit., p. 3 et. seq.).

⁶⁵ Cf. NUNES, L. A. R., *Curso de Direito do Consumidor*, p. 3.

⁶⁶ Cf. KLEIN, N., *No Logo – El poder de las marcas*, passim.

comprimidos”⁶⁷. Na nova realidade, “não importa *onde* nem *quando* ocorra um fato gerador de conseqüências no mercado. O fato terá dimensão mundial no exato momento em que foi concretizado”⁶⁸ e a mundialização faz latente uma consideração sobre uma real queda de fronteiras e o surgimento de um fenômeno denominado *globalização*⁶⁹.

A idéia dos elementos que compõem e caracterizam o fenômeno da globalização não experimenta um consenso; podem ser identificados, em pólos opostos⁷⁰, os céticos e os globalistas. Os céticos tipificam a situação como uma intensificação de relacionamentos supranacionais, que nada tem de novo, pois verificada durante a época das navegações, da rota da seda, e das descobertas como a bússola e o astrolábio. Os globalistas tratam-na como uma realidade incontestável vivenciada pelas empresas multinacionais, pela difusão de culturas, pelo aumento da atividade social internacional e ressaltam o aspecto da economia.

A questão da globalização fundada no aspecto cultural, numa perspectiva ampla, ainda que não se despreze a influência que a cultura exerce, pode ter seu enfoque deslocado para o aspecto econômico⁷¹, em que pode ser assinalada, também, a superação do domínio da força bélica ou militar como uma forma de demonstração de supremacia⁷², pois os Estados “do mundo avançado não têm mais a guerra como suporte central de sustentação de sua ‘soberania’.”⁷³

Alguns conceitos, ante esse fato, como os de estado-nação e soberania nacional, embora não desprezados, ainda, como fonte primária de diretrizes ou regras econômicas, ou mesmo como um controlador de fronteiras e de pessoas que as transpassam e ultrapassam, apresentam-se, agora, com uma idéia de governança global. Nesse sentido, haveria um mercado econômico que flui no âmbito

⁶⁷ Cf. FRANCO, A. S., *Globalização e criminalidade dos poderosos*, p. 241

⁶⁸ FRANCO, A. S., op. cit., p. 241. Interessante, ainda, sua observação sobre a mídia televisiva como “fábrica de consenso montada para o entorpecimento geral e para o atendimento das leis de mercado.” (Ibid., p. 244).

⁶⁹ BECK, U., *Sociedad del riesgo – Hacia una nueva modernidad*, passim. Está muito mais a indicar uma *globalização* de riscos e possibilidades de autodestruição mundial. Cf. Capítulo 1.

⁷⁰ HELD, D., e MCGREW, A., *Prós e Contras da Globalização*, passim.

⁷¹ HIRST, P. e THOMPSON, G., *Globalização em questão*, passim.

⁷² Tanto por isso critica-se Samuel HUNTINGTON (*O Choque de Civilizações*) ao eleger o islamismo como *inimigo de Estado*.

⁷³ HIRST, P., THOMPSON, G., op. cit., p. 278. Embora haja – quiçá – uma crise paradigmática com o atentado de 11 de setembro de 2001, e a posterior reação dos Estados Unidos, apoiada pela Inglaterra, que, apesar de contar com discussões sobre sua legitimidade ganha ares de simpatia ante o atentado de 11 de março de 2004, na Espanha, e o recente atentado de 07 de julho de 2005, na Inglaterra.

internacional ou global, mas que se sujeita àquelas diretrizes, porque o governo local ou cada um dos estados-nação pós-modernos têm suas regras que, em alguns casos, podem restar fortalecidas por aglomerações locais e regionais (v.g. NAFTA, MERCOSUL, UE, etc)⁷⁴.

E assim, a questão da globalização resta delineada num confronto paradigmático entre o ideal e o real: a) o paradigma que reflete a melhor (ou a ideal) perspectiva da política mundial contemporânea seria aquele trazido por HIRST e THOMPSON⁷⁵, a admitir-se que haveria uma igualdade possível, respeitadas as características locais ou regionais, com o fortalecimento dos Estados-nação, como nascedouro ou dirigente de critérios político-econômicos, como parece, aliás, ser o propósito do Art. 170 da Constituição da República de 1988; b) o paradigma que melhor reflete a (real) política mundial contemporânea é o trazido por HUNTINGTON, até mesmo para que se possam eleger políticas públicas pelos outros Estados-nação no campo econômico, como uma rejeição, pacífica é claro, da atuação numa contra-cultura, fundada em justificativas de bem comum mundial, mas que buscam fortalecimento individual, com atenção não só para o desenvolvimento econômico, mas também humano.

Uma terceira via ou explicação para essa realidade contemporânea é relembrada por SKLAIR⁷⁶ e estaria representada por três esferas ou elementos encontráveis em qualquer momento da história, quais sejam, (i) o econômico; (ii) o político, e (iii) o simbólico. Os dois primeiros não guardam novidade, mas destacam a importância para uma atuação ideológica que se traduz numa série de vertentes, como a espiritual, voltada para um bem estar ou conforto abstrato, em que pese, não se possa ignorar o campo material.

Os três elementos, na realidade contemporânea, restariam encartados, não em uma relação de sobreposição, mas sim coligados, como formadores de um sistema que embasa e fundamenta a sociedade, sendo que o desenvolvimento das ideologias⁷⁷ exemplificam ou caracterizam cada um desses elementos (políticas econômicas transnacionais; ideologias políticas num espectro bastante amplo), e, por fim, e daí um ponto nodal ao que se colhe, consistente na ideologia-cultura do

⁷⁴ Não se deixe de fazer uma crítica à falta do livre arbítrio e da situação de igualdade, não só na formação, mas na atuação dos organismos reguladores.

⁷⁵ *Globalização em questão*, passim.

⁷⁶ *Sociologia do Sistema Global*, passim.

⁷⁷ SKLAIR, L., *Ibid.*, p. 69 et. seq.

consumismo⁷⁸, como um desses três elementos que exerce influência, envolvendo e transcendendo fronteiras.

Sob o ponto de vista teórico⁷⁹ – é verdade ao lado de outros argumentos de que se utiliza como, por exemplo, o Movimento Verde e o sobrelevo do meio ambiente – a ideologia do consumo é usada como um artifício, como um produto de conforto para justificar algumas políticas públicas, incutindo necessidades e vontades que as pessoas não têm. Não se ignore, também, que necessidades vitais podem ser satisfeitas de forma consumista⁸⁰.

Poder-se-ia dizer que há a afetação da idéia ética de bem estar espiritual puro, simples, conquistado, mudando-a, na melhor demonstração de hedonismo, para a de um bem estar adquirido e comprado, e assim, realizado para atender vontades dominantes. A própria justificativa da possibilidade teórica – ou seja, a ideologia do consumismo – como ponto de partida para ativar e concretizar situações, notadamente o estabelecimento de mercados, é perfeitamente verificável⁸¹.

Tanto mais com a difusão do consumismo como realidade e como sonho que contribui para um <<supermercado cultural>>⁸², fato esse mais verificável em países do condomínio da pobreza, onde se inclui o caso brasileiro, em que se discute a viabilidade da atuação governamental centralizada ou uma governabilidade global de médio e longo prazos, considerando que se analisa um cenário de um mundo pobre em um mundo rico e um mundo rico em um mundo pobre⁸³.

⁷⁸ Merece atenção a diferença entre consumo e consumismo: “consumo: 1. Ato ou efeito de consumir; gasto. 2. Utilização de mercadorias e serviços para satisfação das necessidades humanas”; “consumismo: 1. Sistema que favorece o consumo exagerado. 2. Tendência a comprar exageradamente.” (Cf. FERREIRA, A. B. de H., *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*, p. 538).

⁷⁹ SKLAIR, L., *Sociologia do Sistema Global*, p. 70, afirma que “a teoria do sistema global, portanto, gira em torno da necessidade que se observa no capitalismo global de aumentar continuamente a produção e o comércio internacional (...)”. Embora, o mais correto fosse, talvez, a afirmação de que o autor apresentará uma formulação teórica, após a análise de uma situação ou da colheita de dados empíricos.

⁸⁰ No episódio ocorrido na Ásia em que a Síndrome Respiratória Aguda Grave (SARS - *Severe Acute Respiratory Syndrome*) infectou e vitimou diversas pessoas, existindo a recomendação de uso de máscaras hospitalares, e, em algumas, grifes luxuosas foram estampadas.

⁸¹ Poderia, contudo, constatar-se um distanciamento cada vez maior do *verdadeiro* bem estar, pois, como assevera HALL, S., *A identidade cultural na pós-modernidade*, p. 75, “quanto mais vida social se torna imediata pelo mercado global de estilos, lugares e imagens, pelas viagens internacionais, pelas imagens da mídia e pelos sistemas de comunicação globalmente interligados, mais as ‘identidades’ se tornam desvinculadas – desalojadas – de tempos, lugares, histórias, tradições específicas (...)”.

⁸² Expressão usada por HALL, S., loc. cit.

⁸³ Cf. VIOLA, E., OLIVIERI, A., *Globalização, Sustentabilidade e Governabilidade Democrática no Brasil*, p. 184.

Esse cenário acolhe como fortes interventores os organismos internacionais representativos de outros interesses, tais como o G-7, o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial, e conseqüente enfraquecimento de políticas públicas internas, especialmente as desenvolvimentistas⁸⁴, de modo independente, o que gera implicações na ordem interna e externa, que, no caso do Brasil, parecem estar, desde logo, acontecendo.

No âmbito interno, notadamente se verificada em um primeiro momento, a fragilidade da democracia existente, a ilegitimidade dos governantes, e a falta de independência que cada um dos poderes deveria apresentar se todos estão *controlados* por um mesmo grupo social⁸⁵. Nesta seara doméstica, os fatores que, também, merecem destaque: a ausência de estruturação social e de políticas públicas enfocando principalmente a educação e a saúde, a falta de consciência política, a corrupção, a desigualdade social extrema, a concentração de renda, e a falta de co-responsabilização social na busca da diminuição dos excluídos aumentando-se o número dos incluídos.

Na esfera externa, as implicações não indicam melhoras, vez que o desenvolvimento interno pela má ou inexistente estruturação pública e política faz o governo buscar recursos em instituições internacionais, como o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial, que, de sua vez, ao concederem empréstimos embutem cláusulas condicionais, cujas conseqüências são incontroláveis e tem um custo social altíssimo⁸⁶, sem olvidar a falta de comprometimento com linhas ideológicas e com a moralidade pública, favorecendo o surgimento de outros atores capazes de controlar as políticas públicas.

Atualmente, portanto, as relações de consumo restam identificadas até mesmo como ponto de dominação e dependência, fato notável principalmente em algumas aglomerações locais e regionais, com intuito, em essência, econômico e mercantilista, demonstrando à evidência um alargamento imperialista, com viés econômico divinizando o mercado, do que se conclui que há um novo paradigma.

⁸⁴ A dureza na constatação é de VIOLA, E., OLIVEIRI, A., *Globalização, Sustentabilidade e Governabilidade Democrática no Brasil*, p. 201, que consideram como de probabilidade média-alta a atuação, por parte do Brasil, de forma independente e es tranha aos interesses que não os da população.

⁸⁵ Cf. CHOMSKY, N., DIETRERICH, H., *A sociedade global – Educação, mercado e democracia*, p. 228/230, ao analisarem o discurso de Fernando Henrique Cardoso, quanto à legitimidade e à democracia, bem como a independência dos poderes ao referirem Bentham e Montesquieu.

⁸⁶ Cf. CHOSSUDOVSKY, M., *A globalização da pobreza*, p. 37.

O consumo ou consumismo como prática político-econômica, tanto mais com a conotação de que a intensificação, em especial, das relações comerciais – e conseqüente aquisição de cada vez mais produtos e serviços e bens – seria um, ou talvez o único, fator de inserção dos *excluídos* no mundo dos *incluídos*⁸⁷. Esse binômio paradoxal – *exclusão-inclusão* – é sentido com mais intensidade nos países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento.

Constata-se que, mesmo medidas políticas, públicas e governamentais viabilizam a introdução no Brasil – tal e qual ocorre em outros países – das práticas transnacionais, e a população tem de habituar-se ao convívio com as *novas* necessidades que são criadas ou com a satisfação das já existentes com certos e determinados produtos e serviços, daí porque a urgência de uma regulamentação própria a obrigar e co-obrigar até mesmo os poderes públicos⁸⁸.

3.2. A Proteção Extrapenal

O descompasso entre a proteção pelo ordenamento jurídico e interesses sociais não guarda nenhuma surpresa, porquanto, por mais que seja emergente tal proteção ou decorra do clamor de um processo de amadurecimento, inseri-la (e mais: de forma adequada) é tarefa árdua.

Os insuficientes institutos jurídicos existentes, tanto no ordenamento pátrio quanto estrangeiro, em relação ao consumidor, restaram sendo utilizados por muitas décadas, e somente após indicadores do plano interno e internacional convergirem para uma nova direção protetiva é que no Brasil adveio o Código de

⁸⁷ Destaque para a expressão de Eugenio Raúl ZAFFARONI <<mar humano de excluídos>>, trazida por FRANCO, A. S., *Globalização e Criminalidade dos Poderosos*, p. 252, Nota 38, quando analisa o sentimento de angústia criado pela sociedade dita *globalizada* na qual se estabelece uma relação de *excluídos x incluídos* e não mais *exploradores x explorados*, sendo o sentimento de desesperança um gerador de criminalidade (de um para o outro e do outro para o um). É o que identificam, também, no Brasil, VIOLA, E., OLIVIERI, A., *Globalização, Sustentabilidade e Governabilidade Democrática no Brasil*, p. 182 ao relatar, inclusive, o processo de angústia pessoal; essa experiência cotidiana angustiante, ao se relacionar estreitamente com uma forte sensação de insegurança frente à possibilidade, sempre latente, de <<ficar por fora>> das transformações presentes, tem um impacto direto sobre a própria autopercepção, gerando, em alguns casos, uma baixa auto-estima pessoal.

⁸⁸ BENJAMIN, A. H. V., GRINOVER, A. P., *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, p. 6 et. seq.

Defesa do Consumidor, fato verificado posteriormente à promulgação da Carta de 1988, que determinava sua elaboração em cento e vinte dias.

Antes, a situação, com breve retrospectiva histórica, contava com medidas voltadas para uma sociedade que estava pautada em outros paradigmas; estes antecedentes históricos privilegiavam o liberalismo e cultuavam o livre arbítrio, justificador do dogma da autonomia da vontade.

À época do descobrimento, sob a égide de Portugal, com as Ordenações Afonsinas, Manuelinas, e depois as Ordenações Filipinas, que com rigorismo indicavam, mesmo indiretamente, uma proteção à figura do consumidor⁸⁹; posteriormente, a questão foi tratada no âmbito da Constituição de 1934, e seguiram algumas legislações esparsas, até que viessem as primeiras codificações.

O Código Comercial de 1850, acompanhado na esfera processual pelo Regulamento 737, cuidava das relações comerciais, mas com uma preocupação, notadamente, centrada na figura do comerciante⁹⁰, e, no século seguinte, o Código Civil de 1916 que estava voltado para uma realidade que se queria consolidar – a qual já dava alguns sinais de modificação – cujas características marcantes eram a proteção individual, patrimonial e institucional; no campo dos contratos⁹¹ acolheu o dogma da autonomia da vontade⁹², arraigando na cultura da sociedade o binômio: liberdade contratual e força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*); embora dispusesse sobre as causas que estariam aptas a quebrar essa rigidez, eram elas, de todo, planificadas e destinadas à operatividade somente por alguns membros da sociedade⁹³.

A imputação de responsabilidades, atraída para reparar danos fossem morais ou patrimoniais, decorrentes de relações de consumo – mesmo que ainda não

⁸⁹ EFING, A. C., *Fundamentos do Direito das Relações de Consumo*, p. 22.

⁹⁰ Atualmente substituída pela expressão *empresário* (Cf. Art. 966, do Código Civil de 2002).

⁹¹ O contrato era, como regra, a fonte geradora de obrigações; exceções havia, como o Art. 159 que tratava da responsabilidade extracontratual em virtude do ato ilícito.

⁹² MARQUES, C. L., *Contratos no Código de Defesa do Consumidor – O novo regime das relações de consumo*, p. 48, esclarece que a “doutrina da autonomia da vontade considera que a obrigação da contratual tem por única fonte a vontade das partes”, adiante traz o posicionamento de alguns novos pensadores alemães que afirmam estarem no mesmo patamar a autonomia da vontade e a liberdade contratual, pela importância que encerram na teoria contratual tradicional.

⁹³ NUNES, L. A. R., *Curso de Direito do Consumidor*, p. 5, lembra do pressuposto das relações contratuais no âmbito do direito civil: “aqueles que querem contratar sentam-se à mesa em igualdade de condições e transmitem o elemento subjetivo volitivo de dentro para fora, transformado em dado objetivo num pedaço de papel. São proposições que, organizadas em forma de cláusulas impressas num pedaço de papel, fazem surgir o contrato escrito.” Isso demonstra uma inoperância do Código Civil para as relações de massa.

assim denominadas – poderia ser exigida sob o amparo do Art. 159 que tratava da responsabilidade por ato ilícito. Fundamento este que poderia ser utilizado para os danos decorrentes do produto, objeto dessa relação de consumo, sendo admitido o seu uso para o âmbito contratual e extracontratual. Não se pode deixar de mencionar que os fatores giravam em torno da demonstração desse dano, da conduta (culposa ou não) e do nexo de causalidade entre esses dois fatores, com a distribuição do ônus probatório, na forma do Art. 333⁹⁴, do Código de Processo Civil. A regra, com algumas exceções, do Código Civil de 1916, para a imputação de responsabilidades fundava-se, portanto, na demonstração da conduta culposa, denominada como responsabilidade subjetiva. Ainda trazia o antigo Código Civil, outras disposições, que estavam voltados ao campo contratual, como, por exemplo, o vício redibitório⁹⁵ e a evicção⁹⁶.

No campo processual, com o Código de Processo Civil de 1939, cumprindo mandamento da Constituição de 1934, o panorama não foi outro, porque voltado a situações individuais, sendo editado um novo diploma processual em 1973 que sofreu, da mesma forma que uma série de codificações pátrias, as chamadas *reformas pontuais* por se considerar mais *fácil* a modificação e alteração do teor do código, ao invés de editar um outro integralmente novo, mas que não modificou significativamente o quadro anterior. Exemplo dessa dificuldade é o Código Civil, que entrou em vigor em janeiro de 2002, cujo projeto tramitou por quase trinta anos, no Congresso Nacional.

O novo Código Civil, diversamente do que lhe antecedeu, procurou revisitar diversas questões até então incrustadas no pensamento jurídico; no que pertine ao campo contratual, ao inserir dois dispositivos ainda bastante polêmicos: a função social do contrato e o controle dessa função pelo judiciário⁹⁷. Já no campo da responsabilidade trouxe, como o seu antecessor e com redação até similar, uma

⁹⁴ “Art. 333. O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do direito; II – ao réu, quanto a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.”

⁹⁵ Cf. Arts. 1.101 a 1.106.

⁹⁶ Cf. Arts. 1.107 a 1.117.

⁹⁷ V. especialmente a redação do Art. 421, do Código Civil de 2002. De se anotar, ainda, a modificação das hipóteses de revisão contratual, de isenção de responsabilidade, de vícios redibitórios, entre outras.

regra geral de responsabilidade no Art. 186⁹⁸, mas adiante informa a obrigatoriedade de indenizar, inclusive, independentemente de culpa⁹⁹.

De salientar, contudo, que apesar de um novo ideário está, ainda, voltado àquelas relações individuais, como se fosse residual às relações não reguladas pelo Código de Defesa do Consumidor, que estava em vigor há mais de dez anos, quando dessa nova legislação civil; o Código Civil destina-se aos iguais, e o Código de Defesa do Consumidor aos *diferentes*¹⁰⁰.

3.2.1.

Planificação fora do Código de Defesa do Consumidor

A insuficiência da legislação codificada (Código Comercial, Código Civil e Código de Processo Civil) fez com que surgissem diversos instrumentos legislativos¹⁰¹ voltados a uma realidade que, se não era tão evidente, emergia cada vez mais, ainda que o ordenamento relutasse em acompanhar; tais instrumentos protegiam somente de forma reflexa as relações de consumo e o consumidor¹⁰².

Após a menção da economia popular como digna de proteção, pela Constituição de 1934, veio em 1962 a Lei Delegada 4 que permitia ao Poder Público a intervenção na economia popular com a finalidade de garantir a distribuição de bens de consumo, e em 1985, a Lei 7.347, de 24.07.1985, que inseriu, no campo processual, a ação civil pública, legitimando¹⁰³, além do Ministério Público, outras entidades a promoverem-na a fim de reparar os danos

⁹⁸ “Art. 186. Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

⁹⁹ Cf. Art. 927 e Parágrafo único.

¹⁰⁰ MARQUES, C. L., *Contratos no Código de Defesa do Consumidor – O novo regime das relações de consumo*, p. 166 et. seq., sobre os novos horizontes do Direito.

¹⁰¹ Sobre essa legislação esparsa: EFING, A. C., *Fundamentos do Direito das Relações de Consumo*, p. 35 e 36.

¹⁰² SIDOU, J. M. O., *Proteção ao Consumidor: quadro jurídico universal, responsabilidade do produtor no direito convencional, cláusulas contratuais abusivas, problemática brasileira*, p. 6, ao ressaltar a existência de “regras disseminadas em diferentes diplomas, versando indiretamente a proteção ao consumidor, principalmente porque é ele, por imperativo social, o destinatário final das leis, conseqüentemente dessas regras”. Adiante comenta sobre a total inoperância do sistema legal, a atuação dos poderes públicos e a falta de consciência dos atores da relação de consumo (p. 11).

¹⁰³ A legitimidade foi consideravelmente ampliada pelo Art. 81 do CDC, não só para questões relacionadas com o consumidor e as relações de consumo, mas de tantos bens quantos tenham natureza semelhante a das relações de consumo.

praticados contra o consumidor¹⁰⁴. Ainda em 1985 o Decreto 9.469 criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), que, com a edição da Lei 8.884/94, foi transformado em autarquia e implementado com a Lei 9.021/95.

A Lei que deu nova condição jurídica ao CADE com o intuito de prevenir e reprimir infrações¹⁰⁵ à ordem econômica, inseriu em seu Art. 1º, dentre outras, a preocupação com a defesa dos consumidores, ainda que de forma indireta ou reflexa, com a proibição de práticas como *dumping*, cartel e truste.

Nota-se que, mesmo após a edição do Código de Defesa do Consumidor, o legislador não encerrou a preocupação com as relações de consumo e o consumidor, é o que se vê, por exemplo, nos seguintes diplomas legislativos: Lei 8.692/93 – Sistema Financeiro da Habitação; Lei 9.279/96 – Regula Direitos e Obrigações Relativos à Propriedade Industrial; Lei 9.791/99 – Datas Opcionais, Vencimento de contas, Concessionárias de Serviços Públicos; Lei 9.787/99 – Anuidades Escolares.

A legislação esparsa, seja anterior ou não ao Código de Defesa de Consumidor, contudo, somente possibilita um caráter de complementaridade, vez que a Lei 8.078, de 11.09.1990, é que trouxe um verdadeiro microssistema destinado ao consumidor e às relações de consumo.

3.2.2.

Planificação no âmbito do Código de Defesa do Consumidor

A recomendação protetiva ao consumidor e às relações de consumo decorreu de mandamento constitucional, o que pode ser tomado como máxima da concretização do anseio por uma proteção nesse âmbito, fato verificado em muitas outras esferas tradicionalmente reguladas pelo, então denominado, *Direito privado*¹⁰⁶.

¹⁰⁴ EFING, A. C., *Fundamentos do Direito das Relações de Consumo*, p. 23.

¹⁰⁵ As infrações administrativas estão previstas nos Arts. 20 e 21, e as penas respectivas nos Arts. 23 a 27, com as modificações da Lei 10.149, de 19.10.2000.

¹⁰⁶ A dicotomia entre o Direito privado e público assentada inicialmente em função do Direito do Trabalho, está permeando uma série de situações da sociedade e aparece em <<ramos>> do Direito que tinham uma feição propriamente privatista como eram as relações obrigacionais, reguladas pelo Direito civil, que, por todas as razões até então expostas, foram ganhando uma interferência do Estado e caracterizando-se como publicistas. Cf. Notas 31, 107, 108.

O processo de aproximação entre Constituição¹⁰⁷ e Direito *privado* pareceu inevitável e a leitura dos dispositivos deste Direito passou a ser feita, ao amparo da Constituição, fenômeno que se acentua no pós 1988¹⁰⁸, com o razoável trato – neste âmbito – de matérias que o saber tradicional cuidava na esfera do *ordinário*.

Esta atuação que poderia ser definida como “o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil¹⁰⁹” ressaltando que tal situação passa “a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional”¹¹⁰, a qual não pode ser confundida com a publicização do mesmo Direito que, de sua vez, significaria a intervenção estatal e dirigista¹¹¹, que ganha força com o modelo do Estado Social do Século XX, em que se admite a existência dos materialmente desiguais¹¹².

O Código de Defesa do Consumidor, como corpo legislativo codificado¹¹³, mas não estático, com caráter autônomo¹¹⁴ e multidisciplinar¹¹⁵, pretendeu criar e

¹⁰⁷ Cf. BITTAR, C. A., BITTAR Fº, C. A., *Direito Civil Constitucional – O Direito Civil na Constituição de 1988*, p. 23 et. seq.; LOBO, P. L. N., *Constitucionalização do Direito Civil*, Disponível in: <<<http://www.infojus.com.br/artigos>>>. Acesso em: 08 mar. 2004, assentando que “o direito civil, ao longo de sua história no mundo romano-germânico, sempre foi identificado como o *locus* normativo privilegiado do indivíduo, enquanto tal. Nenhum ramo do direito era mais distante do direito constitucional do que ele. Em contraposição à constituição política, era cogitada como constituição do homem comum, máxime após o processo de codificação liberal.”

¹⁰⁸ Neste sentido as observações de BITTAR, C. A., BITTAR Fº, C. A., loc. cit., ao afirmarem que “a interpretação deve perfazer-se não pela letra do texto, mas pelo espírito da carta, ou seja, em consonância com a sua índole e a natureza de seus comandos, que, pelo porte das mudanças ditadas, impunha a reformulação de todo o direito posto no Código Civil de 1916 e em leis outras de cunho privado, caracterizadas todas por constituírem normas individualistas, paternalistas e não-intervencionistas, inspiradas por idéias, então, superadas. Em seu lugar, deverão advir, progressivamente, normas em que a ênfase dos aspectos moral e social, do princípio igualitário e da intervenção supletiva nessa quadra da História da humanidade”. Adiante, os mesmos autores trazem uma série de princípios que atuam de forma direta no direito *privado*: “a) interpretação; b) aos direitos da personalidade; c) ao relacionamento familiar; d) a terminação do vínculo conjugal; e) a teoria contratual; f) à transferência de tecnologia; g) as limitações à propriedade; h) à responsabilidade civil (...)” (Ibid., p. 26).

¹⁰⁹ LOBO, P. L. N., op. cit.

¹¹⁰ LOBO, P. L. N., Ibid.

¹¹¹ Sobre o caráter dirigente da Constituição da República de 1988: V. RÍOS, R. S., *Reflexões sobre o delito econômico e a sua delimitação*, passim.

¹¹² Cf. LOBO, P. L. N., op. cit., esclarecendo, ainda, que “a ação intervencionista ou dirigista do legislador terminou por subtrair do Código Civil matérias inteiras, em alguns casos transformadas em ramos autônomos, como o direito do trabalho, o direito agrário, o direito das águas, o direito da habitação, o direito de locação de imóveis urbanos, o estatuto da criança e do adolescente, os direitos autorais, o direito do consumidor.”

¹¹³ Referências sobre a natureza da Lei 8.078/90, se lei geral ou código: V. BENJAMIN, A. H. V., GRINOVER, A. P., *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, p. 8.

¹¹⁴ Cf. NUNES, L. A. R., *Curso de Direito do Consumidor*, p. 65.

¹¹⁵ Cf. BENJAMIN, A. H. V., GRINOVER, A. P., op. cit., p. 20. O caráter multidisciplinar resta identificado por questões de ordem constitucional, administrativa, civil, penal, processual civil e penal, mas voltados à vulnerabilidade do consumidor, “sem essa conotação, aliás, não haveria

conceber uma idéia de sistema com características que o definem e diferenciam-no dos demais segmentos do cenário jurídico, buscando enterrar a mentalidade privatista reinante e colocar-se diante de uma nova realidade, que não suporta mais que conceitos avoengos e distantes desta realidade tenham vez no ordenamento jurídico.

É bem de ver que referido diploma, o Código de Defesa do Consumidor, definiu uma Política Nacional de Consumo, instituiu princípios reitores, cuidou da definição dos conceitos de consumidor, fornecedor, produtos e serviços, direitos, obrigações, responsabilidades, etc, porque esta codificação propugna por uma proteção integral do consumidor e busca concretizar o sentimento internacional protetivo, encampado pelo constituinte e regulamentado pelo legislador ordinário.

Conclui-se que o Código de Defesa do Consumidor tem o caráter de autonomia e de inter-relacionamento, devendo ser privilegiada a adoção e aplicação de suas regras, por conta do ideário nele contido, mas não afastando uma possível complementaridade com outros instrumentos legais¹¹⁶.

3.2.2.1.

Definição da Política Nacional de Consumo

A menção à Política Nacional de Consumo¹¹⁷ e ao Sistema Nacional de Defesa do Consumidor¹¹⁸ 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

necessidade desse microsistema jurídico, já que os Códigos Civil e Penal, conquanto desatualizados, já disciplinam relações jurídicas fundamentais entre as pessoas físicas e jurídicas”.

¹¹⁶ Cf. EFING, A. C., *Fundamento do Direito das Relações de Consumo*, p. 89 et. seq.

¹¹⁷ V. Arts. 4º e 6º do CDC.

¹¹⁸ V. Arts. 105 e 106 do CDC.

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 vulnerabilidade¹¹⁹, 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 econômicos¹²⁰; (iii) a convocação dos Poderes Públicos¹²¹ para a proteção efetiva, com ações diretas marcando sua presença no mercado de consumo, incentivando a criação e desenvolvimento de associações representativas¹²², 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.

¹¹⁹ Cf. EFING, A. C., *Fundamento do Direito das Relações de Consumo*, p. 105/106.

¹²⁰ O Código de Defesa do Consumidor busca conciliar os interesses do consumidor com o desenvolvimento econômico e tecnológico.

¹²¹ O Art. 5º do CDC outorga para tanto diversos instrumentos dos quais pode o Poder Público valer-se.

¹²² 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: 04.05.2005).

3.2.2.2.

Princípios Reitores e a Proteção Integral

O microssistema está planejado de forma principiológica¹²³ impondo os princípios antes aludidos¹²⁴ – 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 consumo¹²⁵.

Dentre os princípios aludidos, o da boa fé objetiva é que faz verdadeiramente uma revolução e espraia seus efeitos, muito além do âmbito contratual, e passa a ser indicado como regra de conduta¹²⁶ para a sociedade de consumo, embora não se possa ignorar que o foco principal decorre da análise do comportamento do sujeito contratante¹²⁷, e deve ser inerente à atuação humana, especialmente nas relações do consumidor¹²⁸, mas não só a elas limitada, conforme se identifica no Código Civil de 2002¹²⁹.

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 microssistema das relações de consumo, e, obviamente, deverá estar presente em

¹²³ Cf. NERY JUNIOR, N., NERY, R. M. A., *Código Civil Anotado e Legislação Extravagante*, p. 906.

¹²⁴ EFING, A. C., *Fundamentos do Direito das Relações de Consumo*, p. 104, elenca os princípios reitores como sendo: da vulnerabilidade, da informação, da garantia de adequação, do dever governamental, do acesso à justiça, e da boa-fé; NUNES, L. A. R., *Curso de Direito do Consumidor*, p. 60, indica o princípio da eficiência; NERY JUNIOR, N., NERY, R. M. A., op. cit., p. 905/906, citam alguns princípios planejados pelo Código de Defesa do Consumidor, encontráveis fora do Art. 4.º, mas que parecem ser decorrência do aludido artigo. Cita-se como exemplo: da revisão de cláusula ou contrato (Art. 5.º, Código de Defesa do Consumidor); responsabilidade objetiva pela reparação dos danos patrimoniais, individuais, coletivos e difusos (Art. 6.º, VI); e proteção contra a publicidade ilegal (enganosa e abusiva – Art. 37). Os princípios indicados no presente texto baseiam-se em: MARQUES, C. L., *Contratos no Código de Defesa do Consumidor – O novo regime das relações de consumo*, p. 589, em que não se pode deixar de considerar sua maior ligação com os contratos, embora parecem incluir aqueles indicados pelos outros autores. Sobre os mesmos princípios: V. NALIN, P., *Do Contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*, p. 125 et. seq.

¹²⁵ 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.

¹²⁶ V. MARTINS-COSTA, J., BRANCO, G. L. C. B., *Diretrizes teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*, p. 134/135.

¹²⁷ NALIN, P., op. cit., p. 126.

¹²⁸ EFING, A. C., op. cit., p. 110. Em igual sentido: MARQUES, C. L., op. cit., p. 671 et. seq.; NALIN, P., op. cit., p. 127.

¹²⁹ Cf. “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé.”

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 publicidade¹³⁰, mas também com a informação prestada pelo fornecedor atribuindo o mesmo efeito vinculante¹³¹.

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 princípios¹³² 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

¹³⁰ 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 publicitario*.

¹³¹ PUENTE ABA, L. M^a, *Ibid.*, p. 46, insere essa proteção na fase *previa*.

¹³² 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.

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-los¹³³ claramente (Art. 46, CDC), e outras cláusulas gerais de contratação, a vedação às práticas comerciais abusivas, publicidade¹³⁴ 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 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 onerosas¹³⁵, estabelece responsabilidades¹³⁶ 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.

Por fim, no que se refere aos ulteriores efeitos da relação contratual, mas que podem, ainda, atingi-la enquanto acontece, estão os princípios da equidade e a sua decorrência como a integridade das relações de consumo. A equidade visa estabelecer um efetivo equilíbrio na relação contratual considerando a

¹³³ MARQUES, C. L., *Contratos no Código de Defesa do Consumidor – O novo regime das relações de consumo*, p. 599 et. seq.

¹³⁴ 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.

¹³⁵ NUNES, L. A. R., *Curso de Direito do Consumidor*, p. 133.

¹³⁶ Nota-se a prevalência da conservação da relação de consumo: NUNES, L. A. R., loc. cit.

vulnerabilidade, e eventual hipossuficiência, do consumidor na sociedade de consumo, por isso, o Código de Defesa do Consumidor contempla dispositivos a respeito da possibilidade de inversão do ônus da prova (Art. 6º, VIII, CDC), da proibição de cláusulas abusivas (Art. 59, CDC), da possibilidade da revisão judicial dos contratos e da legitimação do Ministério Público para agir em nome dos consumidores, mas, também, a possibilidade de que o consumidor, na forma do Art. 18, possa escolher a melhor alternativa caso seja evidenciado algum vício do produto. Ainda nessa fase posterior há a proibição à cobrança vexatória, abusiva, indevida, a figura do *recall*, entre outros.

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 consumo¹³⁷.

O microssistema em questão, portanto, dotou o consumidor de igualdade jurídica já que pela premissa da vulnerabilidade não haveria uma igualdade material; tanto assim que a malha obrigacional – de caráter cogente – destinada aos Poderes Públicos e aos fornecedores e estão presentes antes¹³⁸ de qualquer transação ou contrato, durante as fases¹³⁹ de envolvimento e eventual contratação e posteriormente a realização de eventual contrato, preserva, em primeiro lugar, o consumidor e a relação de consumo, emprestando eficácia e garantindo o necessário equilíbrio.

Importante ressaltar que se delineia fortemente tanto a proteção contratual quanto a extracontratual, desprezado o mito do contrato como matriz privilegiada de obrigações e deveres, sendo que a proteção prévia não significa, necessariamente, que antecederá uma relação contratual, pode ela nunca existir, o que não elide a atuação desse novel microssistema.

¹³⁷ FONSECA, A. C. L., *Direito Penal do Consumidor*, p. 45.

¹³⁸ V. Conceito ampliado de consumidor planificado nos Arts. 17 e 29, CDC.

¹³⁹ Sobre as fases diferenciadas no âmbito de proteção: V. PUENTA ABA, L. M^a, *Delitos Económicos contra los consumidores y delito publicitario*, p. 45/52, que as denomina de <<previa, intermédia e posterior>>.

3.2.2.3. Definição de consumidor

A indicação do conceito de consumidor e de seus direitos¹⁴⁰, protegendo as relações de consumo que seriam aquelas entabuladas com o fornecedor, não foi suficiente para evitar a celeuma em identificar, em especial, quem é efetivamente o consumidor.

O Art. 2º¹⁴¹ em seu *caput* define um conceito padrão¹⁴² de consumidor como aquele que adquire um produto ou utiliza um serviço, ou, ainda, intervém na relação de consumo, o que não exclui a possibilidade de a pessoa jurídica ser considerada como consumidora. O parágrafo único do mesmo artigo planifica, entretanto, uma das mais sensíveis polêmicas ao indicar que deve ser o consumidor *destinatário final* do produto ou serviço, e em relação a essa definição é que surgem as teorias¹⁴³ maximalista e finalista.

A idéia de destinatário final está relacionada com a utilidade final que se dará em face do produto ou serviço. A teoria maximalista admite uma ampliação do conceito abrangendo como consumidores tanto aqueles como os que utilizem determinados produtos ou serviços, ainda que façam parte do seu processo produtivo, como, por exemplo, uma empresa que fabrica aviões e compra de outras empresas as peças para usar na montagem, como destinatária final das peças dos aviões.

A teoria finalista, de sua vez, entenderia que se enquadra no conceito de consumidora final (a empresa) somente ao adquirir itens que não façam parte do seu processo produtivo diretamente ou, dito de outro modo, relacionados com sua atividade produtiva de forma direta, assim no mesmo exemplo estaria incluída no conceito de consumidora ao adquirir alimentos para serem utilizados no preparo

¹⁴⁰ Especialmente destacados no Capítulo III, Arts. 6º e 7º, mas encontráveis ao longo de toda a Lei 8.078/90, como, por exemplo, nos Capítulos IV e VI.

¹⁴¹ “Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que, indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.”

¹⁴² Cf. EFING, A. C., *Fundamentos do Direito das Relações de Consumo*, p. 48 et. seq.

¹⁴³ V. EFING, A. C., loc. cit., sobre a impropriedade em limitar <<stricto sensu>> o consumidor ao destinatário final. Em igual sentido: NUNES, R. A., *Curso de Direito do Consumidor*, p. 84/85. Em sentido contrário: MARQUES, C. L., *Contratos no Código de Defesa do Consumidor – O novo regime das relações de consumo*, Capítulo 2 – Contratos submetidos às regras do Código de Defesa do Consumidor, em especial, Item 11., p. 251/252; FILOMENO, J. G. B., *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, p. 32.

das refeições de seus funcionários, como destinatária final daqueles alimentos, mas não as peças usadas nos aviões. Momento oportuno para asseverar que a discussão acerca do conceito de destinatário final não se evidencia somente em relação à pessoa jurídica.

Tanto assim que analisando a questão não se pode deixar de mencionar emblemático exemplo¹⁴⁴ indicado pela doutrina para informar o desacerto da limitação do conceito de consumidor como destinatário final, senão veja-se: um professor e um aluno dirigiam-se a um curso de pós-graduação e por terem ambos esquecido de suas canetas, passam em uma papelaria, chegando lá e tendo apenas um único estojo com duas canetas, resolvem adquiri-lo e dividi-lo; para a teoria minimalista somente o aluno, que não usará a caneta em nenhuma atividade profissional, poderá enquadrar-se no conceito padrão, enquanto ao professor tal não seria possível, posto que a usará em suas atividades; esta limitação, entretanto, não ocorre sob o ponto de vista da teoria maximalista.

Por fim, cumpre asseverar que, embora identificado como conceito padrão de consumidor não é o único trazido pelo microsistema¹⁴⁵, podendo ser encontrado o consumidor naquele sujeito exposto às práticas abusivas, às práticas comerciais, entre outros, merecendo ênfase para o tema em exame o consumidor vítima de acidente de consumo ou consumidor equiparado¹⁴⁶, conforme permite compreender o contido no Art. 17¹⁴⁷, sendo irrelevante – para os fins do Código de Defesa do Consumidor – que tenha participado ou não de uma relação de consumo, de forma direta.

Não se pode deixar de objetar que as consequências são relevantes, pois se trata de acolher ou não uma determinada relação sob o amparo do Código de

¹⁴⁴ Tal como descrito por NUNES, L. A. R., *Curso de Direito do Consumidor*, p. 84/85.

¹⁴⁵ Vide por todos: EFING, A. C., *Fundamentos do Direito das Relações de Consumo*, p. 52 et. seq.

¹⁴⁶ MARINS, J., *Responsabilidade da Empresa pelo Fato do Produto: os acidentes de consumo no Código de Proteção e Defesa do Consumidor*, p. 69, identificando o consumidor, nestas situações, sendo a vítima equiparada a fim de que possa “acionar o fornecedor pela responsabilidade civil pelo fato do produto ou do serviço, na qualidade de consumidores, e com as mesmas prerrogativas a estes deferidas pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor”, informando tal possibilidade à luz da figura do *bystander* indicado pela doutrina e jurisprudência norte-americana.

¹⁴⁷ “Art. 17. Para os efeitos desta Seção equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.”, que se encontra inserido na Seção – Da responsabilidade pelo Fato do Produto ou Serviço.

Defesa do Consumidor, inclusive a importância¹⁴⁸ dessa definição reside na questão da sujeição passiva dos delitos descritos nesse Código para dizer se afetam consumidores e as relações de consumo.

3.2.2.4. Definição de fornecedor

Na mesma esteira do que se dá em relação consumidor e com vistas à identificação dos participantes do enlace consumerista, o legislador buscou definir o fornecedor e suas responsabilidades¹⁴⁹, pois que esse ator do enlace consumerista, conquanto não seja o único destinatário das normas cogentes inseridas no texto legal, é o seu principal alvo.

O Art. 3º¹⁵⁰ que define o que seja fornecedor traz uma concepção bastante ampla, tal e qual, em relação ao consumidor, pois que, como naquela definição, busca levar a teia obrigacional estabelecida pelo Código de Defesa do Consumidor ao maior número de relações possíveis, considerando que não se pode mais deixar de admitir a existência de uma sociedade de consumo, tanto que nele se incluem a pessoa jurídica e a natural, a pública e a privada, a nacional ou a estrangeira, os entes despersonalizados, e quanto às atividades por elas desempenhadas: produção, montagem, criação, construção, transformação,

¹⁴⁸ A dificuldade na definição de tal conceito é asseverada igualmente, no caso português, por MONTE, M. F., *Da Proteção Penal do Consumidor: O problema da (des)criminalização no (incitamento ao) consumo*, p. 195, ao afirmar que “avançar com uma noção de consumidor é tarefa difícil e, mesmo que levada a cabo, poderá não colher a simpatia de todos” e, entendendo que não obstante a dificuldade a definição impõe-se, conclui que “há de ser todo aquele que, fora do desenvolvimento de actividade profissional, adquire ou possa vir a adquirir, bens ou serviços para seu uso pessoal ou privado e que o faça a pessoa singular ou colectiva que exerça, com carácter profissional, uma actividade económica” (Ibid., p. 199).

Fato que está presente, também, no caso espanhol e vem assinalado na *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* que dispõe: “son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen facilitan, suministran o expiden” (art. 1.2), e “no tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros” (art. 1.3).

¹⁴⁹ V. Capítulos IV, V e VI, da Lei 8.078/90.

¹⁵⁰ “Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.”

importação, exportação, distribuição, ou comercialização de produtos e prestação de serviços. Entretanto, traz características que devem estar presentes neste outro ator que são o exercício da atividade de forma habitual e a profissionalidade, o que, em alguns casos, não é suficiente para apreendê-lo.

Estão compreendidos no conceito todos aqueles que propiciem a oferta de produtos ou serviços na sociedade de consumo atendendo as necessidades do consumidor, é assim fornecedor o fabricante, o vendedor, o prestador de serviço, enfim aquele se proponha a habitualmente e com caráter de profissionalidade inserir produtos e serviços no mercado de consumo, de forma organizada, excluindo-se, por exemplo, aquele que anuncia seu carro ou casa no jornal do fim de semana, pois age de forma eventual e não profissional. O fabricante, o importador, o distribuidor e o revendedor, assim, são todos considerados fornecedores perante o consumidor; entre eles a relação é regida pelo Código Civil, já sua relação com o consumidor é regida pelo Código de Defesa do Consumidor.

Cumpra salientar, desde logo, que, em relação aos vícios do produto – tema do presente trabalho –, o legislador não quis deixar margem para dúvidas quanto a quem deve ser civilmente responsabilizado no caso de acidentes de consumo, e inseriu uma redação mais minuciosa no *caput* do Art. 12 que, em princípio exclui o comerciante, estando nele previstas as três categorias clássicas de fornecedores: real (o fabricante, o produtor, e o construtor), presumido (o importador de produto industrializado ou *in natura*), e o aparente (aquele que põe seu nome ou marca no produto final)¹⁵¹.

Em relação à responsabilidade criminal, o conceito de fornecedor amplia-se, ainda mais, conforme se colhe do Art. 75 do Código de Defesa do Consumidor que traz, como previsto pelo Art. 29 do Código Penal, a responsabilidade a quem de qualquer forma contribuir para os delitos elencados, e além daqueles acima mencionados, o diretor, o administrador, o gerente que promover, permitir, ou por qualquer modo aprovar o fornecimento, oferta, exposição à venda ou manutenção em depósito de produtos ou a oferta e prestação de serviços nas condições por ele proibidas.

¹⁵¹ DENARI, Z., *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, p. 158, comentando as normas previstas na Diretiva 374/85.

Posteriormente, a Lei 8.137/90 em seu Art. 11, com os mesmos propósitos, especificou a responsabilidade por atos praticados por meio de pessoa jurídica, trazendo, em seu parágrafo único, algumas causas de exclusão de responsabilidade.

3.2.2.5.

Definição de produtos e serviços

Além de definir os atores da relação de consumo, procurou o Código de Defesa do Consumidor conceituar os objetos de interesse desse enlace: serviços e produtos, com a mesma vocação protetiva e a finalidade de levar o microssistema a um maior número possível de relações jurídicas.

A conceituação de serviços, segundo a dicção do § 2º do Art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, consiste na prestação remunerada de forma direta ou indireta, excetuadas as relações trabalhistas¹⁵² e aquelas sujeitas ao regime civil ou outro¹⁵³.

¹⁵² FILOMENO, J. G. B., *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, p. 51, que excetua as empreitadas de mão-de-obra ou empreitadas mistas (mão-de-obra mais materiais), e acentua que isto segue os diplomas legais de Portugal, Espanha, México, Venezuela, entre outros.

¹⁵³ Nesse ponto a preocupação mais evidente do legislador foi a submissão às suas normas das atividades bancárias (v. Resolução BACEN 2.878, de 26 de julho de 2001), e a inclusão dos serviços prestados pelas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, especialmente pedágio e telefonia. Esta preocupação vem de longa data, quando, na década de 70, um relatório elaborado por um grupo de trabalho que realizou uma pesquisa no Estado de São Paulo, afirmou que 48% das reclamações girava em torno desses serviços (Cf. SIDOU, J. M. O., *Proteção ao Consumidor: quadro jurídico universal, responsabilidade do produtor no direito convencional, cláusulas contratuais abusivas, problemática brasileira*, p. 77). A *Ley General pela Defensa de Consumidores y Usuarios* da Espanha parece ter pretendido evitar a celeuma ao indicá-los (os usuários) já em seu título. A controvérsia está situada na leitura que se deve fazer do Art. 22, do Código de Defesa do Consumidor pátrio, e admitir que usuário e consumidor têm o mesmo tratamento jurídico. A respeito da submissão de tais serviços aos ditames do CDC: V. FILOMENO, J. G. B., op. cit., p. 45, esclarecendo a diferença entre tributos, taxas e tarifas, sendo estas últimas a remuneração ao serviço tal como preconiza o CDC; ainda em igual sentido, NUNES, L. A. R., *Curso de Direito do Consumidor*, p. 98 et. seq.. Sobre a extensão do conceito: V. EFING. A. C., *Prestação de Serviços*, passim. Sobre algumas ressalvas à extensão do conceito de usuário trazido pelo Código de Defesa do Consumidor, quando se trata de serviço público, ante a supremacia das denominadas <<cláusulas exorbitantes>>: V. JUSTEN FILHO, M., *Concessões de Serviços Públicos*, p. 131/132, e *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, p. 554/567.

Igualmente, no que pertine ao conceito de produto¹⁵⁴, a amplitude resta evidente, quando dispõe o Código de Defesa do Consumidor, em seu Art. 3º, § 1º, que se trata (o produto) de qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial, com a finalidade de não exclusão de quase nenhum objeto. Há alguma oposição ao uso do termo *produto* sob o argumento de que seria mais abrangente o termo *bem*, e que tal nomenclatura é adequada à técnica jurídica¹⁵⁵.

Acerca do conceito de produto, vale trazer o disposto na Convenção Européia de 1977 de Estrasburgo, sobre a responsabilidade de fato dos produtores em caso de morte ou lesões corporais, para a qual “produto é todo objeto, material ou não, seja bruto ou manufaturado, em estado autônomo ou incorporado a outro produto ou a um imóvel”¹⁵⁶. No momento acima indicado, a preocupação era voltada à conceituação de produtos, mas também o que caracterizava aqueles como defeituosos.

3.2.2.6.

Definição da relação de consumo

A relação de consumo não está definida, de forma expressa ou ostensiva, pelo Código de Defesa do Consumidor, mas restará caracterizada sempre que estiverem presentes os atores – fornecedor e consumidor – e um objeto de interesse – produto ou serviço, ou ambos, isto porque o ideário contido no Código de Defesa do Consumidor está voltado para uma sociedade de consumo em constante mutação e para que não se afaste de forma indevida uma ou outra

¹⁵⁴ Sobre o conceito de produto no caso espanhol: GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., *La prueba del daño, del defecto en el producto y e la relación de causalidad entre ambos; Experiencias en la aplicación judicial de la Ley 22/1994, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos*, p. 452/453, em que a autora comenta que a redação inicial do Art. 2º da Lei 22/1994 era mais abrangente incluindo “todo bien mueble, aun cuando se encuentre unido o incorporado a otro bien mueble o inmueble, excepto las materias primas agrarias y ganaderas y los productos de la caza y de la pesca que no hayan sufrido transformación inicial”, sendo que, posteriormente, em decorrência de Diretivas da Comunidade Européia, especialmente a 1999/34, possivelmente, em razão do caso das <<vacas loucas>>, houve algumas alterações no Art. 2º antes mencionado.

¹⁵⁵ Nesse sentido: FILOMENO, J. G. B., *Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, p. 43.

¹⁵⁶ MARINS, J., *Responsabilidade da Empresa pelo Fato do Produto: os acidentes de consumo no Código de Proteção e Defesa do Consumidor*, p. 80, citando Toshio MUKAI.

relação do âmbito protetivo, permite que ela reste acolhida sempre e quando tais elementos (atores e objetos) sejam identificados¹⁵⁷.

3.2.3. 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 responsabilidades¹⁵⁸: o vício¹⁵⁹ 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 idéia da frustração das expectativas que o consumidor tinha em relação ao produto ou ao serviço, essa idéia remonta ao vício redibitório, que decresce direitos e legítimas expectativas decorrentes dos objetos de interesse da relação de consumo.

O legislador definiu¹⁶⁰ 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

¹⁵⁷ Sobre a caracterização da relação de consumo entre os atores e os objetos: V. EFING, A. C., *Fundamentos do Direito das Relações de Consumo*, p. 45/47; FILOMENO, J. G. B., *Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, p. 28.

¹⁵⁸ Sobre a responsabilidade no âmbito penal: V. Capítulos 4 e 5.

¹⁵⁹ O vício poderá ser aparente ou oculto.

¹⁶⁰ Art. 12, § 1º, Código de Defesa do Consumidor.

colocado em circulação”, excluindo a responsabilidade quando outro de melhor qualidade for colocado no mercado de consumo¹⁶¹.

Quanto ao vício, estabelece o legislador¹⁶² 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 doutrinário¹⁶³ 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.

Outro segmento da doutrina¹⁶⁴ afirma que o novo regime instaurado pelo Código de Defesa do Consumidor (referindo-se expressamente ao produto) traz a idéia sempre de vício: por adequação (falha na adequação e prestabilidade – Art. 18 e seguintes) e por insegurança (falha na segurança – Art. 12 e seguintes).

¹⁶¹ Art. 12, § 2º, Código de Defesa do Consumidor.

¹⁶² Art. 18, *caput*, Código de Defesa do Consumidor.

¹⁶³ NUNES, L. A. R., *Curso de Direito do Consumidor*, p. 166 et. seq., ainda assevera que o defeito pressupõe sempre a existência de um vício, ao passo que nem sempre um vício acarretará um defeito.

¹⁶⁴ MARQUES, C. L., *Contratos no Código de Defesa do Consumidor – O novo regime das relações de consumo*, p. 982 et. seq., além de esclarecer que podem ensejar responsabilidades contratual e extracontratual, patrimonial e moral. A autora não ignora a denominação <<fato>>, mas adota terminologia diversa, conforme Antônio Hermann de Vasconcelos e Benjamin (Cf. Nota 704, p. 1024). Ainda nessa mesma linha: DENARI, Z., *Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, p. 152/154, em que trata de um lado, vício ou defeito de qualidade, adequação, e de outro, um vício ou defeito de segurança. Sobre uma tipologia do vício e do defeito, desenvolvida por Antônio Carlos EFING (*Fundamentos do Direito das Relações de Consumo*, p. 148/152), podendo denominar o último como fato do produto: V. MARINS, J., *Responsabilidade da Empresa pelo Fato do Produto: os acidentes de consumo no Código de Proteção e Defesa do Consumidor*, p. 109. A doutrina estrangeira refere, também, a similitude entre as expressões <<fato>> e <<defeito>>: Cf. ÍÑIGO CORROZA, Mª E., *La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos*, p. 64/65, vinculando-se, como no caso brasileiro, a existência de uma insegurança no produto em se tratando de defeito.

3.2.3.1. Responsabilidade civil pelo produto

A sujeição às normas de responsabilidade do Código de Defesa do Consumidor será possível não apenas no âmbito contratual, e permitida tanto na hipótese de vício – vício por inadequação –, quanto na de defeito ou fato do produto – vício por insegurança¹⁶⁵–; responsabilidade essa que surge como uma revisitação a teorias já arraigadas no ordenamento jurídico.

A responsabilidade, embora com conceito de certo modo equívoco, tem como objeto o ressarcimento ou recomposição de um dano, em virtude de uma conduta anterior, sem que, de início, fosse necessário questionar a existência de culpa ou risco¹⁶⁶, presente a idéia de responsabilidade objetiva, que não deixou de ser aplicada, mas foram surgindo outros modos de responsabilização, na forma subjetiva, vinculadas a quase-delitos, na época do Império Romano, em que ganhou força, somente perdendo-a com a invenção de máquinas e os eventos delas decorrentes, o fenômeno da industrialização¹⁶⁷, os acidentes automobilísticos.

Saliente-se que, mesmo em relação aos vícios de inadequação, a doutrina – no que se refere ao Código de Defesa do Consumidor – não admitiu tratá-la pura e simplesmente como forma de responsabilidade civil objetiva, ou justificada pelo vício redibitório ou como decorrência da prática de um ato ilícito. Há, sem dúvida, uma nova forma de responsabilização, e se há um certo consenso de que é algo novo, não há todavia em relação a seus fundamentos. Fato inconteste é que o trinômio da responsabilidade, representado por conduta, dano, e nexos de causalidade, merecerá novo enfrentamento¹⁶⁸.

¹⁶⁵ Nesse ponto devem restar excluídos os riscos normais e previsíveis, na forma do Art. 8º, *caput*, CDC.

¹⁶⁶ LISBOA, R. S., *Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo*, p. 20.

¹⁶⁷ MARINS, J., *Responsabilidade da Empresa pelo Fato do Produto*, p. 27.

¹⁶⁸ A redação inicial do Projeto de Lei continha o Art. 11 que foi vetado, quando da sanção da Lei 8.078/90, que dispunha: Art. 11 – O produto ou serviço que, mesmo adequadamente utilizado ou fruído, apresenta alto grau de nocividade ou periculosidade será retirado imediatamente do mercado pelo fornecedor, sempre às suas expensas, sem prejuízo da responsabilidade pela reparação do dano. Embora tenha mantido a possibilidade de *recall*, em que os fornecedores detectando um vício no produto podem chamar os consumidores, também às suas expensas, para a resolução do problema, conforme o disposto no Art. 10, §§ 1º e 2º, CDC. Todavia, a obrigação contida no vetado Art. 11, pode gerar, em princípio consequências penais, como se colhe da redação do Art. 66, Código de Defesa do Consumidor.

Com o apego à culpa, mesmo a legislação anterior ao Código de Defesa do Consumidor procurou superar essa questão em algumas situações com as seguintes teorias: o abuso de direito, a obrigação de meio e de resultado, a obrigação de garantia, a obrigação de segurança, a presunção legal de culpa e a culpa objetiva¹⁶⁹.

Na visão de um segmento da doutrina, o Código de Defesa do Consumidor adotara diversas das teorias intermediárias acima mencionadas, mas em relação ao fornecedor de produtos e serviços (com vício ou defeito), ela será imputada independentemente de culpa, baseada em uma teoria do risco, discutindo a idéia de uma retomada pelo microssistema da *velha* responsabilidade com fulcro no risco da atividade¹⁷⁰.

Para outro setor¹⁷¹, a responsabilidade, como planificada no âmbito do Código de Defesa do Consumidor, está assentada na Teoria da Qualidade que, em atenção ao disposto pelo Art. 6º¹⁷² do *codex* em questão, pode satisfazer, ainda que com caráter reparatório, a frustração e o dano suportados pelo consumidor, ante a impropriedade *lato sensu* (vício por inadequação e por insegurança), apresentada pelo produto. Para esse segmento, em casos de vício por inadequação há uma responsabilidade legal que substitui, pelo descumprimento do dever anexo de qualidade, a teoria a respeito do vício redibitório; mas em casos de defeito do produto, que, segundo o entendimento esposado, seria puramente extracontratual¹⁷³, caracteriza-se como uma responsabilidade não-culposa¹⁷⁴.

Saliente-se, ainda, que, dentre os exemplos citados por esse segmento, para elucidar a responsabilidade pelo produto defeituoso, está o anticoncepcional Microvlar, fabricado pela empresa Schering do Brasil, que ficou conhecido como <<pílula de farinha>>, em que foram comercializados placebos que não

¹⁶⁹ LISBOA, R. S., *Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo*, p. 26 et. seq.

¹⁷⁰ LISBOA, R. S., *Ibid.*, p. 30 et. seq.

¹⁷¹ MARQUES, C. L., *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 984 et. seq. A autora faz referência, nesse ponto, a doutrina de Antônio Hermann de Benjamin e Vasconcelos.

¹⁷² Nesse ponto parece bem evidente a adoção da responsabilidade pelo ferimento ao princípio ou dever da informação, que busca permitir uma convivência pacífica e não contraditória entre os Arts. 8º e 9º do CDC.

¹⁷³ MARQUES, C. L., *Ibid.*, p. 1025.

¹⁷⁴ MARQUES, C. L., *Ibid.*, p. 1036, com esteio na lição de Hans Claudius Taschner, ao analisar a situação no Mercado Comum Europeu e concluir que essa responsabilidade foi uma opção acordada, centrada no defeito do produto, conciliando os interesses das empresas em evitar a adoção de uma responsabilidade puramente objetiva e os consumidores que estavam a exigir uma maior qualidade de produtos.

continham o princípio ativo contraceptivo, pois eram apenas para realização de testes em uma nova máquina, e que geraram, sob esse argumento, a responsabilidade do fornecedor¹⁷⁵.

Por fim, há quem¹⁷⁶ indique como fundamento, da responsabilidade trazida pelo diploma em análise, a Teoria do Risco do Negócio, em que o cerne de imputação decorre do fato de que o fornecedor, em sentido amplo, auferir o lucro pela atividade produtiva, e, ainda, o consumidor suporta uma lesão.

A planificação da responsabilidade civil, com essas vertentes, em relação aos vícios propriamente ditos, não encontra maiores obstáculos para sua análise no âmbito negocial ou não, além das perdas e danos, que privilegia as possibilidades descritas no Art. 18, § 1º, incisos I a III¹⁷⁷, e Art. 19, § 1º, incisos I a III¹⁷⁸, ambos Código de Defesa do Consumidor, coloca à disposição outros instrumentos com a finalidade de equilíbrio nas relações de consumo, entabuladas contratualmente, como o termo legal de garantia e o *recall*.

As decorrências, entretanto, de uma responsabilidade em virtude do defeito ou fato do produto são mais abrangentes considerando que, em verdade, houve a exteriorização e afetação estranhas ao próprio produto, não existindo dúvidas que, em relação aos pressupostos de aludida responsabilidade, foi necessária uma nova concepção que, para atender aos pressupostos do microssistema em questão, trouxe consideráveis inovações, cujo nascedouro já pode estar no próprio descumprimento do dever anexo de qualidade.

Outro ponto que merece ser indicado é a possibilidade de inversão do ônus da prova¹⁷⁹, na sede da responsabilização civil, em que reste demonstrada a condição de hipossuficiência ou de verossimilhança, e assim, uma diferente

¹⁷⁵ MARQUES, C. L., *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 1033/1034. Também: TJPR, AC 112.552-2, 4ª Câ. Cível, Rel. Des. Sidney Zappa; TJPR, AC 113.201-4, 3ª Câ. Cível, Rel. Des. Antônio Lopes de Noronha.

¹⁷⁶ NUNES, L. A. R., *Curso de Direito do Consumidor*, p. 153 et. seq.

¹⁷⁷ O dispositivo trata dos vícios de qualidade: “§ 1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: I – a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; II – a restituição da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; III – o abatimento proporcional do preço.”

¹⁷⁸ O dispositivo trata dos vícios de quantidade, com redação bastante similar a do Art. 18 supra mencionado, insere, porém, uma quarta possibilidade que é a <<complementação do peso ou medida>>.

¹⁷⁹ Cf. Art. 6º, “VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;”.

distribuição do ônus da prova, conforme estaria tradicionalmente disposta pelo Art. 333 do Código de Processo Civil¹⁸⁰.

A adoção dessa providência pelo legislador pátrio procura estabelecer uma igualdade jurídica, conquanto há uma presunção não absoluta de que o consumidor é a parte frágil, não só pela sua vulnerabilidade, mas pela hipossuficiência e que se isso não viesse a ser equilibrado, ainda que juridicamente, acarretaria prejuízo ao exercício do contraditório e da ampla defesa¹⁸¹.

A par de todas as polêmicas¹⁸² que giram em torno do assunto, o que importa ao presente tema é a possibilidade de que essa inversão do ônus da prova verse sobre o nexos de causalidade, ou seja, incumbirá ao fornecedor demonstrar que sua conduta – a colocação do produto defeituoso no mercado de consumo – não foi causadora do dano experimentado pelo consumidor.

Saliente-se o apego ainda presente, mesmo na esfera cível, ao privilegiado lugar que ocupa o nexos de causalidade, para identificar a relação causa e efeito e, assim, poder imputar a conduta ao fornecedor em virtude da ocorrência do resultado.

¹⁸⁰ ROCHA, S. L. F., da, *Responsabilidade Civil do Fornecedor pelo fato do Produto no Direito Brasileiro*, p. 88/91, o autor afirma que o Código de Defesa do Consumidor reduziu os encargos probatórios, mas não se olvidam, ainda, as agruras na demonstração das <<lesões causadas por medicamentos e produtos químicos>>, e traz à discussão a prova da aparência do dano e de uma causalidade adequada (especialmente, p. 90), para o que seria um juízo de probabilidade, fundamentado em uma regularidade estatística ensejadora da responsabilidade, não se olvidando de possíveis concausas. O autor cita o exemplo do biscoito Saiwa, em que foram identificados os fatos entre uma sucessão cronológica, na colocação e posterior retirada dos produtos no mercado (p. 91). Tal estatística foi objeto de fundamentação no Caso Schering do Brasil, sendo que sua adoção serviu tanto para aproximar quanto para afastar a responsabilidade: (i) pela responsabilização da empresa fabricante: TJPR, AC 112.552-2, 4ª Câ. Cível, Rel. Des. Sidney Zappa, Ac. 20355, j. 03.04.02, DJ 6120, de 13.05.2002; (ii) pela não responsabilização: TJSC, AC 2002.015693-6, 3ª Câ. de Direito Civil, Rel. Des. Wilson de Augusto do Nascimento, j. 27.08.04, DJ 115313, transitada em julgado em 15.10.04.

¹⁸¹ No caso espanhol, mesmo identificadas as dificuldades probatórias, tal possibilidade não restou contemplada, assim, segundo o Art. 5º, da Lei 22/1994, o consumidor tem que provar não só a existência do defeito do produto, mas também que é em virtude dele que o dano se verificou, estando desonerado apenas de provar a culpa da conduta. Cf. GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., *La prueba del daño, del defecto en el producto y e la relación de causalidad entre ambos; Experiencias en la aplicación judicial de la Ley 22/1994, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos*, p. 438 e 472 et. seq.

¹⁸² NERY JUNIOR, N., NERY, R. M. A., *Código Civil Anotado e Legislação Extravagante*, p. 914/915.

3.2.3.2. Sanções Administrativas

O microssistema do Código de Defesa do Consumidor trouxe, além da responsabilidade civil, a possibilidade de que o fornecedor suporte sanções administrativas, cujo procedimento pode ser iniciado pelo próprio consumidor¹⁸³ ou por qualquer outra entidade ou órgão que da infração venha a tomar conhecimento, e até mesmo os Inquéritos Cíveis, reforçando no ordenamento jurídico pátrio a figura dos deveres administrativos, que estão destinados aos administrados, pelo que diversas normas, inclusive penais, são construídas a possibilitar a aplicação de uma sanção quando um dever seja inobservado.

A possibilidade das sanções administrativas resta estabelecida de forma bastante evidente pelo que contém o Art. 83 do Código de Defesa do Consumidor, e o elenco de infrações administrativas baseia-se nos pressupostos contidos no Art. 6º, que envolve os tais deveres, especialmente, na hipótese, o dever de adequação e de segurança, cuja observância deve ser fiscalizada pelos poderes públicos, na forma do Art. 55 do Código de Defesa do Consumidor.

Os dispositivos relacionados com a caracterização e aplicação das sanções administrativas são objeto de diversos questionamentos, bem como sua tratativa pelo Decreto 861/93 que foi revogado, advindo, posteriormente, o Decreto Regulador 2.181/97, conhecido como o Regulamento do Código de Defesa do Consumidor. De mencionar que a Lei 8.656/93, que permitira a edição dessa regulamentação, via Decreto, pelo Poder Executivo, foi até mesmo objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 996-6, de 11.03.1994)¹⁸⁴.

O Decreto 2.181/97, em seu Art. 5º, prevê a possibilidade de que qualquer entidade possa apurar e punir infrações ao consumidor e às relações de consumo, sendo logo adiante dispostas as demais condições para o procedimento de

¹⁸³ Cf. Art. 34, Código de Defesa do Consumidor.

¹⁸⁴ O Supremo Tribunal Federal, tendo como Relator o Ministro Celso de Mello, não conheceu da ADI (Cf. DENARI, Z., *Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, p. 556).

apuração¹⁸⁵, caracterização das infrações¹⁸⁶, e as condições¹⁸⁷ que influenciam na aplicação das penalidades, bem como as que podem ser aplicadas¹⁸⁸, e a destinação das prestações pecuniárias que vierem a ser impostas.

Com a finalidade de viabilizar uma efetiva atuação dos órgãos e entidades na identificação, apuração e, eventual, penalização das infrações cometidas contra os consumidores e as relações de consumo foi criado o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor¹⁸⁹ com atribuições bastante ampliadas¹⁹⁰, representado pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, aliado aos demais órgãos das esferas federal, estadual e municipal, e Distrito Federal, bem como as entidades de defesa do consumidor.

Este Departamento¹⁹¹ aplicou multa de quase R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais) à empresa Schering do Brasil, em face do caso paradigma conhecido como <<pílula de farinha>>, demonstrando que, além da incidência da responsabilidade civil, pelo trato multidisciplinar, a sanção administrativa teve lugar; se a superveniência conjunta das sanções dessa natureza – civil e administrativa – não guarda maiores discussões¹⁹² sobre a afetação do <<*ne bis in idem*>>, tal não ocorre quando se cumula a sanção administrativa com a penal, embora o próprio Código de Defesa do Consumidor¹⁹³ tenha pretendido admitir uma tríplice sanção ao dispor que a imposição daquela de natureza administrativa não prejudica a civil e a penal, e outras decorrentes de leis especiais.

Diversamente dessa disposição pátria é a advertência contida na *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, no caso espanhol, ao

¹⁸⁵ Cf. Arts. 33 a 54, Decreto 2.181/97.

¹⁸⁶ V. Extenso rol contido nos Arts. 12, 13, 19, e 22 do Decreto 2.181/97, o inciso IV deste último poderá ser atualizado, de acordo com o Art. 56, pela Secretaria de Direito Econômico. Ainda sobre a classificação em virtude da gravidade: V. Art. 17 do mesmo Decreto; o Código de Defesa do Consumidor contém dispositivos similares nos Arts. 56 a 60.

¹⁸⁷ Tratadas como circunstâncias atenuantes e agravantes: Arts. 24 a 28, em franca similitude a dispositivos de ordem penal.

¹⁸⁸ V. Art. 18, Decreto 2.181/97.

¹⁸⁹ Outros órgãos não criados por esta lei merecem referência: o Departamento Nacional de Defesa do Consumidor (criado pelo Decreto 9.469/85 e modificado pelo Decreto 9.508/87); o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE – transformado em autarquia pela Lei 8.884/94); os PROCONS; as Promotorias de Defesa do Consumidor.

¹⁹⁰ Cf. Art. 3º, Decreto 2.181.97.

¹⁹¹ Disponível em <<<http://www.radiobras.gov.br/1998>>>. Acesso em: 24 abr. 2005.

¹⁹² V. PUENTE ABA, L. Mª, *Delitos Económicos contra los consumidores y delito publicitario*, p. 69, Nota 66.

¹⁹³ Cf. Art. 56. Ainda comentários: EFING, A. C., *Fundamentos do Direito das Relações de Consumo*, p. 120.

prever que, em que pese contar com a tríplice possibilidade de conseqüências (administrativa, penal e civil), havendo a instauração, concomitante ou cumulativa, de processo criminal – pelos mesmos fatos, mesmo sujeito e mesmo fundamento protetor de bens jurídicos – a administração deverá aguardar o resultado do processo que pode imputar uma sanção penal, sob pena de ferimento ao <<*ne bis in idem*>>, devendo preferir-se, segundo o Art. 33 do aludido diploma alienígena, a sanção penal à administrativa¹⁹⁴.

Ainda no caso espanhol, mas não em referência ao consumidor, duas situações concretas, envolvendo a duplicidade sancionadora administrativa e criminal, foram levadas ao Tribunal Constitucional espanhol, e tiveram decisões diversas quanto à interpretação do princípio <<*ne bis in idem*>>. Ambos os casos, cabe salientar, chegaram à Corte Constitucional da Espanha pela proibição constitucional contida no *Artículo 25*¹⁹⁵, que enuncia – numa primeira leitura – de forma similar à disposição interna brasileira o princípio da legalidade absoluta ou reserva legal. A extensão do referido princípio da legalidade à administração pública foi trazida pelo próprio Tribunal Constitucional em 1981¹⁹⁶, e a proibição do <<*ne bis in idem*>> foi garantida por diversos diplomas legais, dentre os quais, o *Artículo 133* da *Ley 30/1992*, que regulamentou o Regime Jurídico da Administración Pública e do Procedimiento Administrativo Comum.

Em 1999, porém, é que adveio o entendimento do Tribunal Constitucional espanhol de que a duplicidade rechaçada poderia restar presente quando se cumulassem as sanções penal e administrativa, estando evidenciada a identidade de sujeitos, fatos e fundamentos¹⁹⁷, um dos importantes argumentos referenciados na decisão foi o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em seu Art.

¹⁹⁴ V. Demais considerações: PUENTE ABA, L. M^a, *Delitos Económicos contra los consumidores y delito publicitario*, p. 69, que considera equivocada a preferência da lei consumerista espanhola.

¹⁹⁵ “Artículo 25. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.”

¹⁹⁶ Cf. MARTÍN REBOLLO, L., *Constitución Española – Edición Especial*, p. 86, mencionando o autor a STC 8 junio de 1981 – RTC 1991, 18; VICENTE MARTÍNEZ, R. de, *Teoría y práctica o el Dr. Jekyll y Mr. Hyde (a proposito de la sentencia del Tribunal Constitucional 177/1999, de 11 de octubre, sobre el principio *ne bis in idem**, p. 474, indica a STC 2/1981, de 30 de janeiro. A mesma autora trata do princípio afeto à questão do consumidor em: *Infracciones y sanciones en materia de consumo – Práctica Jurídica*, p. 81/96.

¹⁹⁷ Cf. RTC 1999/177, de 11 de outubro. Recurso de Amparo núm. 3657/1994; Ponente Pablo García Manzano; o caso referia-se a uma questão ambiental, e o resultado preferiu, tal e qual a disposição contida na lei consumerista, a sanção penal à administrativa. Disponível em <<<http://www.westlaw.es>>>. Acesso em: 05 nov. 2004.

14.7. Todavia, o mesmo Tribunal, em 2003¹⁹⁸, ainda que presentes as mesmas circunstâncias, adotou posicionamento diverso, privilegiando o critério temporal, havendo duplicidade de sanções, ante a tríplice identidade.

No caso alemão, o princípio do <<*ne bis in idem*>> encontra-se expressamente referido no texto da Lei Fundamental da República da Alemanha, com a reforma e as inserções da República Democrática Alemã¹⁹⁹.

Já no Brasil não há proibição expressa para o <<*ne bis in idem*>>, embora seja corrente o entendimento de que a duplicidade de sanções no mesmo âmbito é que caracteriza a proibição²⁰⁰. De salientar, contudo, ser possível a mesma argumentação do caso espanhol, no que pertine ao Pacto de Direitos Civis e Políticos, pois que o mesmo Pacto fora ratificado pelo Brasil, por meio de Decreto-Legislativo em 24 de Janeiro de 1992²⁰¹. As referências, entretanto, ao princípio ficam no caráter processual e relacionadas com a proibição de mais de uma atuação pertinente ao mesmo fato²⁰².

3.3. 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

¹⁹⁸ Cf. RTC 2003/2, de 16 de janeiro. Recurso de Amparo núm. 2468/2000; Ponente María Emilia Romeo Casas Baamonde; o caso referia-se a infração de trânsito. Disponível em <<<http://www.westlaw.es>>>. Acesso em: 05 nov. 2004.

¹⁹⁹ Cf. VICENTE MARTÍNEZ, R. de, *Teoría y práctica o el Dr. Jekyll y Mr. Hyde (a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 177/1999, de 11 de octubre, sobre el principio ne bis in idem*, p. 474, ao mencionar que a Constituição Alemã de 1949 “recoge de manera expresa el principio *ne bis in idem* a través del art. 103.3: <<Nadie puede ser castigado más de una vez por el mismo hecho en virtud de las leyes penales generales>>.

²⁰⁰ Sobre a inconstitucionalidade do acúmulo de sanções, comentando a Lei de Responsabilidade Fiscal, que traz sanções civis, administrativas, penais e políticas, algumas considerações: Cf. BITENCOURT, C. R., *Código Penal Comentado*, p. 1173/1174.

²⁰¹ Cf. PIOVESAN, F., *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 336.

²⁰² A cumulação indesejada no âmbito administrativo e penal pode ser citada quando se fala das punições no campo das relações de trabalho que, também, ensejariam uma atuação do Direito penal, como forma de demonstração do poder capitalista: Cf. ZAFFARONI, E. R., et al., *Direito Penal Brasileiro – I*, p. 234/236.

e Dogmática jurídico-penal, e como se enfrentará, notadamente, na questão pertinente ao bem jurídico.

As características do modelo estatal podem ficar bastante marcadas no âmbito do Direito penal²⁰³, 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 repressão²⁰⁴; 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 histórias²⁰⁵, 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.

Antes da análise da criminalização de condutas afetas ao consumidor e às relações de consumo, no caso brasileiro, vale lembrar que talvez a primeira proteção relativa ao tema, na esfera criminal, situa-se em período posterior à Revolução Francesa com a *lei du Maximum* que procurou estabelecer punições para viabilizar um domínio dos preços²⁰⁶. Somente, porém, quase um século depois, nos anos 70, é que a proteção ao consumidor impôs-se mais fortemente com a Carta do Conselho da Europa sobre Proteção do Consumidor e no Programa Preliminar para uma Política de Proteção e Informação aos Consumidores, da Comunidade Econômica Européia, em abril de 1975, e pelas Resoluções da ONU anteriormente citadas. No caso brasileiro, algumas ponderações foram expostas no sentido de caracterizá-los como entidade factível e digna de jurisdicização, sendo que a proteção multidisciplinar trazida pelo Código de Defesa do Consumidor, incluiu, também, a da esfera penal, e daí as polêmicas se avolumam, pois embora a proteção – mesmo imediata – não seja de todo nova, ela mereceu uma regulação estranha ao corpo codificado.

²⁰³ 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.

²⁰⁴ BATISTA, N., *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro – I*, p. 23.

²⁰⁵ 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.

²⁰⁶ FONSECA, A. C. L. da, *Direito Penal do Consumidor*, p. 25/26.

O fenômeno da decodificação dos Códigos Penais fica mais presente quando de uma busca por um conceito atual e adequado de Estado²⁰⁷, e o movimento disciplinador ilimitado e tendente a distinguir os inimigos da sociedade e os indisciplinados²⁰⁸ parece estar a cada dia mais desnorteado, com uma demanda sem precedentes de soluções via leis penais. A decodificação – que às vezes está implantada dentro do próprio Código, ante as reformas pontuais que inserem ou subtraem Títulos ou Capítulos inteiros²⁰⁹, em outras vezes pelas leis extravagantes²¹⁰ – gera a perda da identidade, a quebra da unicidade do sistema, os conflitos principiológicos, entre tantos outros problemas no entorno do Direito penal²¹¹.

3.3.1.

Planificação fora do Código de Defesa do Consumidor

As influências da legislação penal pátria estão assentadas muito antes²¹² das Ordenações portuguesas que nortearam o Brasil, sem muita eficácia e uniformidade, dado o sistema similar ao feudal em forma de capitânias hereditárias²¹³, o modelo escravocrata que convivia com um Direito penal doméstico, a influência do direito canônico, enfim o predomínio de visão da

²⁰⁷ Um desses modelos seria o do Estado-empresa, medido pelos organismos internacionais por sua eficácia em conter os problemas de gestão. Nesse sentido: ZAFFARONI, E. R., et al., *Direito Penal Brasileiro – I*, p. 407.

²⁰⁸ ZAFFARONI, E. R., et al., *Ibid.*, p. 403 et. seq., em que menciona algumas modificações em diversos países do mundo.

²⁰⁹ V. g. (i) Delitos contra a propriedade industrial que foram inteiramente regulados pela Lei 9.279, de 14 de maio de 1996, (ii) Delitos contra as Finanças Públicas que, pela Lei 10.028, de 19 de outubro de 2000, tiveram um trato integral com figuras que não estavam bem direcionadas à questão da responsabilidade fiscal.

²¹⁰ Lei dos Juizados Especiais Criminais Estaduais (Lei 9.099/95) e Federais (Lei 10.259/2001) que inseriu no ordenamento, dentre diversas disposições, o conceito de infração de menor potencial ofensivo, e entre tantas, o próprio microsistema do Código de Defesa do Consumidor.

²¹¹ TORON, A. Z., *Aspectos penais da proteção ao consumidor*, p. 289, indica a ausência de direção do legislador pátrio e, de conseqüência, uma confusão entre os operadores do sistema.

²¹² Cf. FRAGOSO, H. C., *Lições de Direito Penal*, p. 55.

²¹³ Cf. ZAFFARONI, E. R., *op. cit.*, p. 413, assim se deu com as Ordenações Afonsinas e Manuelinas, momento em que se aplicava um Direito penal privado nas propriedades que garantia a demonstração de poder (Cf. FRAGOSO, H. C., *op. cit.*, p. 57; BATISTA, N., *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro – I*, p. 15 et. seq.), mas as Filipinas, aceitas por D. Pedro II em 1823, atuaram até o advento do Código Criminal do Império de 1830 (Cf. PRADO, L. R., *Curso de Direito Penal Brasileiro – volume 1*, p. 93).

elitista, ainda reinante, justifica a presença a um apego – como nos outros instrumentos codificados de nascedouro próximo ao vigente Código Penal de 1940 – à moral, às instituições, ao patrimônio individual, entre tantos.

Após a atuação das Ordenações Filipinas que continham o tenebroso Livro V com penas de açoites, mutilações e até mesmo de morte, muitas vezes representativas do espaço público como uma extensão do privado, nos mesmos moldes de uma tradição ibérica que se agigantava pela luta da implantação da burocracia²¹⁴, adveio o Código Criminal do Império de 1830²¹⁵, em vista da recente Constituição, dada a insuficiência de algumas leis penais até então existentes. Este Código absorveu dualidades de conflitos²¹⁶ entre o capitalismo mercantil e a burguesia da Revolução Industrial, que gerou um Direito penal liberal e escravocrata e um Direito penal descentralizante e centralizante.

Posteriormente, com a efervescência das idéias republicanas, em 1890 adveio outro Código Penal, cuja pressa²¹⁷ na elaboração justificou uma série de equívocos que foram dignos da construção de uma legislação penal paralela conhecida como a Consolidação das Leis Penais de Vicente Piragibe. Próxima a sua concepção e vigência estavam fatos que já indicavam uma necessária superação: a discórdia sobre o modelo escravocrata, o incremento das invenções tecnológicas, a deflação e a conseqüente moratória de Prudente de Moraes, o aumento da dívida externa, a decadência das culturas agrárias tradicionais, a crise interna e externa, a vinda de imigrantes na Segunda Guerra Mundial, um aumento de uma massa de *vagabundos e indesejados*²¹⁸.

Após este diploma e antes do vigente²¹⁹ Código Penal de 1940, com características político-criminais de um Estado de bem estar²²⁰ merecem destaque,

²¹⁴ Cf. ZAFFARONI, E. R., *Direito Penal Brasileiro – I*, p. 412.

²¹⁵ Cf. ZAFFARONI, E. R., et al., *Ibid.*, p. 428.

²¹⁶ Cf. ZAFFARONI, E. R., et al., *Ibid.*, p. 421, e adiante indicam as Revoluções que a história brasileira vivenciou, como a cabanada, a setembrada, a farroupilha, a sabinada.

²¹⁷ A crítica sobre essa pressa permeia a doutrina informando que Joaquim Nabuco, em 1888, e João Vieira de Araújo, em 1889, elaboraram um Projeto de “Nova Edição Oficial do Código Criminal” (Cf. ZAFFARONI, E. R., et al., *Ibid.*, p. 456).

²¹⁸ Cf. BATISTA, N., *Punidos e Mal Pagos*, p. 35/39.

²¹⁹ Cf. FRAGOSO, H. C., *Lições de Direito Penal*, p. 61/62; PRADO, L. R., *Curso de Direito Penal Brasileiro – volume 1*, p. 99, comentários sobre outros Projetos apresentados com a finalidade de substituir o Código Penal de 1890. V. ainda detalhes em: ZAFFARONI, E. R., et al., *op. cit.*, p. 470/471.

²²⁰ Cf. ZAFFARONI, E. R., et al., *Ibid.*, p. 475.

em meio a Revolução de 1930²²¹, dois campos de *programação criminalizante*²²²: o da intervenção econômica e o da repressão política. O primeiro campo, propriamente afeto ao tema em estudo, apoiado por Nelson Hungria e Roberto Lyra, trouxe a raiz do que hoje se tem como Direito penal envolvido com as relações de consumo, com a edição de diversos diplomas relacionados com a proteção do consumidor e das relações de consumo, mesmo que estas figuras não estivessem ostensivamente indicadas, veja-se: (a) Decreto 19.604, de 19 de janeiro de 1931, equiparava a estelionato figuras como a venda ou exposição a consumo de substâncias modificadas, alteradas ou avariadas; obrigava o controle da produção e o exame pela vigilância sanitária dos produtos estrangeiros; (b) Decreto 22.626, de 7 de abril de 1933, criminalizou a usura, com a proibição de que os juros restassem fixados no dobro permitido pelo vigente Código Civil de 1916; (c) Decreto-Lei 869, de 18 de novembro de 1938, que trouxe a gênese dos delitos contra o consumidor (art. 2º, inc. VII), os denominados crimes contra a economia popular, merecendo referência a criminalização da conduta que desrespeitava a tabela de preços, este Decreto foi complementado por outros como o Decreto-Lei 1.041, de 11 de janeiro de 1939, que tratava de contratos, e o Decreto-Lei 1.113, de 22 de fevereiro de 1939, que veda a cobrança de juros superiores a 12% ao ano para empréstimos; (d) a Lei 38, de 4 de abril de 1935, contemplava delitos contra a economia popular relacionados com gêneros de primeira necessidade. Por fim destaque-se que os crimes seriam julgados pelo Tribunal de Segurança Nacional²²³.

O vigente Código Penal, fruto do Projeto de Código Criminal Brasileiro de 1937, apresentado, durante o Estado Novo, por Alcântara Machado, que submetido a uma comissão – que teria se reunido a portas fechadas²²⁴ – foi aprovado, por decreto, em 1940, passando a vigorar em 1942 até a atualidade,

²²¹ Cf. BUENO, E, *Brasil: uma História – A incrível saga de um país*, p. 318 et. seq., esclarece a natureza do movimento e uma ligação, ainda que disfarçada, com os militares.

²²² Cf. ZAFFARONI, E. R., et al., *Direito Penal Brasileiro – I*, p. 465.

²²³ Referências em: ZAFFARONI, E. R., et al., *Ibid.*, p. 465/467.

²²⁴ Cf. ZAFFARONI, E. R., et al., *Ibid.*, p. 472, evidenciando que algumas considerações foram mantidas, mas trechos e idéias foram suprimidos em face do modelo estatal que se impunha.

embora tenha suportado em 1984 a Reforma da Parte Geral²²⁵, não teve, desde a época, uma reforma integral ou a substituição da sua Parte Especial²²⁶.

O Código Penal está estruturado em Parte Geral e Especial, contendo Exposições de Motivos para cada uma delas, bem como a Lei de Introdução, que dita algumas características deste diploma legal, como já indicado, que privilegiaram algumas situações, como de todo reconhecidas em outros diplomas legais próximos a ele, não contemplando de forma explícita delitos contra o consumidor e as relações de consumo, que pudessem ter, portanto, estas entidades como sujeitos passivos imediatos ou que fossem os bens jurídicos diretamente relacionados às infrações penais. Todavia, contemplou diversas infrações penais que reflexamente protegem o consumidor e as relações de consumo²²⁷, mesmo que não na forma de uma proteção coletiva ou supra-individual, podendo ser utilizadas como suporte, mesmo com o advento do Código de Defesa do Consumidor, especialmente nos casos de defeito ou fato do produto²²⁸.

Nessa linha especial referência ao Título I – Dos Crimes contra a Pessoa, com destaque para o delito de homicídio, capitulado no Art. 121, no Capítulo I – Dos Crimes contra a Vida e o delito de lesões corporais, capitulado no Art. 129, no Capítulo II – Das Lesões Corporais, resultados sempre possíveis para os vícios de segurança do Código de Defesa do Consumidor.

No Capítulo III – Da Periclitación da Vida e da Saúde, a inserção de tipos de perigo²²⁹, inclusive com a modalidade culposa, diversamente do Código anterior; segundo a própria Exposição de Motivos com a finalidade de uma atuação *ex ante*, que, mesmo com uma reconhecida dificuldade probatória, não deveriam

²²⁵ Lei 7.209, de 11 de julho de 1984. Demais considerações: V. FRAGOSO, H. C., *Lições de Direito Penal*, p. 65.

²²⁶ Algumas tentativas já se fizeram com vistas à substituição do Código Penal, como o Projeto elaborado por Nelson Hungria, que foi aprovado em 1967, tendo experimentado, possivelmente, a maior <<vacatio legis>> de que se tem notícia, até que em 1969 foi revogado, sem nunca ter entrado em vigor (Cf. BITENCOURT, C. R., *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*, v. 1, p. 43). Ainda: (i) o Código Penal Tipo latino-americano em 1963; (ii) em trâmite no Congresso Nacional a reforma da Parte Especial, com diversas alterações significativas em 1998.

²²⁷ Em igual sentido, no caso espanhol: PUENTE ABA, L. Mª, *Delitos Económicos contra los consumidores y delito publicitario*, p. 76/98.

²²⁸ V. Capítulo 5, itens 5.4. e 5.5. sobre a questão concursal e conflito de normas com delitos de proteção reflexa.

²²⁹ Relevância para os Arts. 130 a 131 que dispõem sobre delitos que se caracterizam mesmo sem a afetação de alguém individualmente considerado.

ficar sem a atenção do Direito penal²³⁰, sendo que a consciência e a vontade de perigo dispensam o *animus laedendi* e o *animus necandi*.

Adiante, no Título II – Dos Crimes contra o Patrimônio, cabe referência ao Capítulo IV – Do Dano, e mais diretamente às figuras Do Capítulo VI – Do Estelionato e Outras Fraudes, quanto ao disposto no Art. 171, § 2º, incisos I, II e IV²³¹, com prioridade para esta última, pois se trata de figura inovadora sobre a criminalização de fraudes praticadas no comércio²³².

A disposição do Código Penal traz a tipificação das condutas descritas como delitos, no Título VIII – Dos Crimes contra a Incolumidade Pública, em seu Capítulo III – Dos Crimes contra a Saúde Pública, e aí se vão uma série de delitos, contudo dois deles serão objeto de detida análise, adiante, que são os inscritos nos Arts. 272²³³ e 273²³⁴, sendo que a redação atual de tais dispositivos foi alterada pelas denominadas “Leis Serra”²³⁵, sendo que a primeira – Lei 9.677, de 2 de julho de 1998 – elevou as penas dos crimes contra a saúde pública, em muitos

²³⁰ V. Item 43 e 44, Exposição de Motivos.

²³¹ “Art. 171. Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento”, e o § 2º afirma que incorre “nas mesmas pena incorre quem” realiza disposição de coisa alheia como própria (inc. I – vende, permuta, dá em pagamento, em locação ou em garantia coisa alheia como própria); a alienação ou oneração fraudulenta de coisa própria (inc. II – vende, permuta, dá em pagamento ou em garantia coisa própria inalienável, ou imóvel que prometeu vender a terceiro, mediante pagamento em prestações, silenciando sobre qualquer dessas circunstâncias), e a fraude na entrega da coisa (inc. IV – defrauda substância, qualidade ou quantidade de coisa que deve entregar a alguém). Veja-se, assim, que os interesses patrimoniais sempre foram protegidos, mas relacionados com condutas, em regra individuais e de sujeitos passivos individualizáveis.

²³² Todavia, o próprio legislador, segundo Item 63 da Exposição de Motivos, pretendeu excluir outras <<pequenas fraudes>> que, atualmente, estão na rubrica dos Crimes contra o Consumidor e das Relações de Consumo, no próprio Código de Defesa do Consumidor, com evidente relação ao princípio da confiança, que dentre seus corolários conta como o dever de informar.

²³³ “Art. 272. Corromper, adulterar, falsificar ou alterar substância ou produto alimentício destinado a consumo, tornando-o nocivo à saúde ou reduzindo-lhe o valor nutritivo. Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.”, e o “§ 1º - A. Incorre nas mesmas penas deste artigo quem fabrica, vende, expõe à venda, importa, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo a substância alimentícia ou o produto falsificado, corrompido ou adulterado”. O § 1º afirma que “está sujeito às mesmas penas quem pratica as condutas previstas neste artigo em relação a bebidas, com ou sem teor alcoólico.” E, por fim, o § 2º contempla a modalidade culposa para a qual prevê pena de detenção de 1 a 2 anos, e multa.

²³⁴ “Art. 273. Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais. Pena – reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa”. O § 1º dispõe que “nas mesmas penas incorre, quem importa, vende, expõe a venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado”, sendo que o § 1º - A. esclarece que se incluem entre os produtos referidos “os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnósticos”. Adiante, o legislador especifica em que condições o delito pode ser cometido (§ 1º - B) e a modalidade culposa (§ 2º).

²³⁵ As quais teriam sido formuladas para alavancar a candidatura do Ministro da Saúde: Cf. ZAFFARONI, E. R., et al., *Direito Penal Brasileiro – I*, p. 486.

casos superiores as do delito de homicídio, e a segunda – Lei 9.695, de 20 de agosto de 1998 – incluiu o último delito no rol de crimes hediondos²³⁶.

A Comissão de Constituição e Justiça do Senado aprovou, em regime de urgência, o projeto de lei que transformou em crime hediondo a falsificação e venda de remédios, alimentos e cosméticos, sendo que após a aprovação nas casas do Congresso Nacional foi sancionado pelo, então, Presidente Fernando Henrique Cardoso, com um veto à inclusão dos alimentos, por considerar que não tem aludida conduta a mesma gravidade que a prática relacionada com medicamentos²³⁷.

As modificações legislativas supra referidas foram bastante próximas ao caso-paradigma da <<pílula de farinha>>, momento em o Brasil experimentava uma onda de denúncias envolvendo medicamentos²³⁸, sendo conhecido o recurso na busca de soluções com o uso da legislação penal.

²³⁶ V. Lei nº 8.072/90, em seu Art. 1º, inc. VII – B.

²³⁷ Cf. Notícias veiculadas em <<<http://www.radiobras.org.br/antiores/1998/sinopses>>>. Acesso em: 22 mai. 2005.

²³⁸ “Entre 1997 e 1998 foram recebidas pelo Ministério da Saúde 172 denúncias de medicamentos falsificados. O quadro evidenciado naquele momento provocou fortes questionamentos sobre a qualidade e a segurança dos medicamentos disponíveis no país, com grande repercussão nacional e internacional. Foram geradas importantes medidas a partir desta crise. Cabe destacar a Comissão Parlamentar de Inquérito dos Medicamentos (BRASIL, 2000), as modificações nas leis que tornaram a falsificação um crime hediondo, a aprovação da Política Nacional de Medicamentos (BRASIL, 1998a; 1998b; 1998c) que apresenta, dentre outras diretrizes, o acesso da população a medicamentos seguros, eficazes e de qualidade, sendo reforçada em 1999 pela criação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, pela Lei 9.782, de 26 de janeiro de 1999 (BRASIL, 1999). Em 2001 foi criada na ANVISA, a Gerência de Investigação (GINVE), como parte da Gerência Geral de Inspeção de Medicamentos e Produtos, que tem entre suas atribuições a coordenação nacional do monitoramento da qualidade dos medicamentos, bem como a implementação no país das recomendações da Rede Pan-Americana de Harmonização da Legislação Farmacêutica mencionadas anteriormente, com a cooperação da OPAS/OMS. O Comitê Nacional e os grupos de trabalho. Em 2001, um Comitê Nacional formado pela ANVISA, VISAs Estaduais e OPAS/OMS assumiu a responsabilidade de coordenar a elaboração de um Plano Nacional para a Prevenção e Combate à Falsificação e Fraude de Medicamentos no Brasil no âmbito da Vigilância Sanitária. O comitê e o plano foram legitimados e aprovados na reunião da Câmara Técnica de Vigilância Sanitária, em fevereiro de 2002, em Salvador/Bahia. A partir daquele encontro, 7 outras Vigilâncias Sanitárias Estaduais incorporaram-se ao Comitê Nacional, que atualmente é constituído por representantes de todas as regiões do país: Amazonas, Pará, Rio Grande do Norte, Bahia, Pernambuco, Goiás, Distrito Federal, Paraná, Rio Grande do Sul, São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais e possui cinco grupos de trabalho. Estabeleceu-se como prioridades o fortalecimento da inspeção e o controle da cadeia de medicamentos, a criação de um sistema de informação, a capacitação de recursos humanos e fortalecer e agilizar a comunicação e divulgação de informações para o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária e para a sociedade. Para viabilizar estas estratégias foram estabelecidos quatro grupos de trabalho.” Estas informações foram divulgadas em 2004 quando da realização do Fórum Nacional de “Prevenção e Combate à falsificação e fraude de medicamentos: uma responsabilidade compartilhada”, em Brasília, em julho de 2004, organizado pelo Ministério da Saúde, pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e pela Organização Pan-Americana de Saúde, ligada a Organização Mundial de Saúde (OMS). Informações disponíveis em <<<http://www.opas.org.br/medicamentos/eventos>>>. Acesso em: 22 mai. 2005.

Aos delitos em comento têm a possibilidade, segundo a dicção do Art. 285²³⁹, de aplicarem-se causas especiais de aumento, sobrevindo lesão corporal grave e morte, resultado que pode ocorrer a título de dolo ou culpa. Assim, há uma proteção reflexa aos bens vida e integridade física, mas imediatamente está protegida a incolumidade pública, especialmente a saúde pública, sendo o sujeito passivo a coletividade ou qualquer pessoa que seja individualmente afetada ou posta em perigo. Saliente-se, sobretudo, que dispensa – como é o caso dos crimes de perigo comum – a ocorrência de resultado como uma exteriorização do vício presente no produto²⁴⁰, momento em que resta demonstrada a disposição em renunciar ao dogma do resultado, procurando admitir a punição sem que o mesmo verifique-se ou quando a demonstração do curso causal seja difícil; não deixando, entretanto, de conviver com a possibilidade de que sobrevenha ou reste demonstrado e assim impor um considerável aumento de pena. Há uma preferência para as construções típicas que destoam do modelo tradicional de criminalização de condutas.

Nota-se a opção pelo tipo misto alternativo que, embora privilegie os verbos comissivos, tem redação bastante similar às infrações penais contra o consumidor e as relações de consumo constantes do Art. 7º da Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, sendo que o Art. 66, do Código de Defesa do Consumidor recorre às condutas omissivas, que igualmente renunciam ao resultado para a consumação do delito.

Cite-se, ainda, fora do âmbito próprio do Código Penal e do Código de Defesa do Consumidor como importante instrumento, promulgado durante o governo de Getúlio Vargas, a Lei 1.521, de 26.12.51, que dispôs sobre crimes

²³⁹ “Art. 285. Aplica-se o disposto no art. 258 aos crimes previstos neste Capítulo, salvo quanto ao definido no art. 267.” E o Art. 258 dispõe que “se do crime doloso de perigo comum resulta lesão corporal de natureza grave a pena privativa de liberdade é aumentada de metade; se resulta morte, é aplicada em dobro. No caso de culpa, se do fato resulta lesão corporal, a pena aumenta-se de metade; se resulta morte, aplica-se a pena cominada ao homicídio culposo, aumentada de um terço”.

²⁴⁰ CORCOY BISADOLO, M., *Responsabilidad Penal derivada del Producto. En particular la regulación legal en el Código Penal Español: delitos de peligro*, p. 250; BITENCOURT, C. R., *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*, v. 4, p. 238.

contra a economia popular. Posteriormente, surgiu a Lei Delegada 4, de 26.12.62, para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo²⁴¹.

3.3.2.

Planificação no âmbito do Código de Defesa do Consumidor e da Lei 8.137/90

3.3.2.1.

A questão do bem jurídico-penal

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 jurídico²⁴². A exigência atual, porém, está vinculada a uma fixação concreta para selecionar bens jurídicos como objeto de tutela, relacionando-os à sanção penal²⁴³: consequência jurídico-penal pela condição valiosa do bem.

A idéia 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

²⁴¹ Sobre outros instrumentos legislativos da esfera criminal que tem o consumidor e a relação de consumo como bem jurídico: V. EFING, A. C., *Fundamentos do Direito das Relações de Consumo*, p. 292/298; BATISTA, N., *Concepção e Princípios do Direito Penal Econômico, inclusive a proteção dos consumidores no Brasil*, p. 80.

²⁴² 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. 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.

²⁴³ 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.

atual especialmente ante as questões envoltas com os bens relacionados com os delitos econômicos²⁴⁴.

Bem jurídico é um termo surgido no século XIX e atualmente relacionado com o conceito material²⁴⁵ de delito²⁴⁶ 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 idéia de contrato social²⁴⁷, período em que se começa a buscar o sentido material de delito, uma idéia de Direito penal libertário como limitador do arbítrio do Estado, da atuação judicial e da gravidade da pena²⁴⁸, pretendendo excluir desse âmbito condutas meramente imorais²⁴⁹, que usavam o Direito penal como meio de imposição de determinadas formas de vida.

²⁴⁴ 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 nos delitos econômicos, aqui esta discussão não ganhará a atenção que o assunto exige por se distanciar da questão em exame.

²⁴⁵ 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.

²⁴⁶ Crime, num primeiro momento, estava ligado à idéia de pecado; conteúdo do delito estava ligado aos mandamentos de Deus; pena era necessariamente retributiva como castigo pelo pecado cometido <<punitur peccatum est>>.

²⁴⁷ 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 idéia de bem jurídico não abandonaram a idéia 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 idéia 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 cidadãos.

²⁴⁸ SINA cita um conteúdo das idéias liberais do Iluminismo – período da ilustração – pois teve como seu mentor Paul J. Anselm FEUERBACH, dissociado da idéia moralizante do Direito penal, querendo excluir desse âmbito condutas meramente imorais (Cf. SCHÜNEMANN, B., *O direito penal ...*, op. cit., p. 13).

²⁴⁹ 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.

Porém, ainda o Direito penal estava ligado a uma idéia de violação de direito subjetivo variável – pessoa ou Estado – fundamentado em idéias 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 social²⁵⁰. Karl BINDING, depois apresenta um apego exagerado à dimensão formal, a quem importava o que a lei punisse; já Arturo ROCCO defendia a idéia 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)²⁵¹. No pós-guerra, Herbert JÄGER, em 1957, foi o primeiro autor a destacar a idéia 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, 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”²⁵², 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

²⁵⁰ BIRNBAUM em 1843 (Cf. ROXIN, C. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, p. 20).

²⁵¹ 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).

²⁵² José CEREZO MIR prefaciando a obra *Problemas Fundamentais de Direito Penal* de Claus ROXIN.

conceito contava com algum êxito, tanto no aspecto dogmático quanto político-criminal²⁵³.

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 qualitativa²⁵⁴. 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 outras²⁵⁵.

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 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 injusto²⁵⁶.

3.3.2.2.

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

²⁵³ 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”.

²⁵⁴ 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”.

²⁵⁵ Cf. ROXIN, C., *Ibid.*, p. 52/53.

²⁵⁶ JAKOBS, G., *Fundamentos de Direito Penal*, p. 125/126/127, 132/133.

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*²⁵⁷.

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 Judiciário²⁵⁸.

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 jurídicos²⁵⁹, afastando a idéia dos comandos geradores de deveres e de uma nova forma de construção típica²⁶⁰.

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

²⁵⁷ 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).

²⁵⁸ 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).

²⁵⁹ 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 PRITTWITZ, 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.

²⁶⁰ 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.

dados obtidos unicamente do Direito²⁶¹, retornando à realidade e experiência sociais, sobre a qual incidem juízos de valor, primeiro²⁶² constitucional²⁶³, depois ordinário. Tal perspectiva deriva da utilização de um conceito²⁶⁴ 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)²⁶⁵.

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-penal 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

²⁶¹ 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.”

²⁶² 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.

²⁶³ Cf. ROXIN, C., *Derecho Penal – Parte General – TOMO I*, p. 55.

²⁶⁴ Sobre outros conceitos de bem jurídico: FIANDACA, G., *O ‘bem jurídico’ como problema teórico e como critério de política criminal*, p. 413/421.

²⁶⁵ 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.

dignos de tutela, na seara estrita do Direito penal, isso porque se de um lado surge o clamor por essa 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 causando²⁶⁶. Nesse ponto é que se apresentam as mais duras críticas da Escola de Frankfurt²⁶⁷, que propõe mesmo uma espécie de sanção intermediária entre o Direito penal e o Direito administrativo²⁶⁸, para que não se tenha, ao invés da *ultima ratio*, o Direito penal como a primeira ou a única *ratio*²⁶⁹.

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 tradicionais²⁷⁰, 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 equivalente²⁷¹.

²⁶⁶ SANTANA VEGA, D. M., *La protección de los bienes jurídicos colectivos*, p. 37.

²⁶⁷ 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.

²⁶⁸ 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.

²⁶⁹ Sobre as sanções em matéria de responsabilidade pelo produto: Cf. Capítulo 3, itens 3.2.3.1. e 3.2.3.2.

²⁷⁰ 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”.

²⁷¹ HERZOG, F., *Límites al control penal de los riesgos sociales (Una perspectiva crítica ante el derecho penal en peligro)*, p. 326.

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 individual²⁷². 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 dominante²⁷³ ou a um caráter elitista²⁷⁴.

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

²⁷² 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. 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. 24, citando uma importante análise na estrutura dos bens coletivos feita por Roland HEFENDEHL, não classificatória, mas tipológica.

²⁷³ RÍOS, R. S., *Ibid.*, p. 434/436, citando Francisco MUÑOZ CONDE.

²⁷⁴ RÍOS, R. S., *loc. cit.*, nesse momento a referência é a Peter-Alexis ALBRECHT.

segurança dos cidadãos – com o arsenal do Direito penal, pois que lesa o princípio da confiança²⁷⁵.

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 normas²⁷⁶.

3.3.2.3.

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

²⁷⁵ 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, em 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 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 última ratio da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal*, p. 25 et. seq.

²⁷⁶ Cf. Capítulo 5, itens 5.4. e 5.5.

relações econômicas e interpessoais, dentre outros tantos fatores, chamam o Direito penal a meandros até então não sonhados²⁷⁷.

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, 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 teorias²⁷⁸ a respeito da fonte de indicação dos bens jurídicos: teoria sociológica e teoria constitucionalista. As teorias sociológicas ampliam o espectro de valoração da Dogmática jurídico-penal, como a (i) concepção moderna funcionalista sistêmica²⁷⁹ 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 jurisprudencial²⁸⁰. As teorias constitucionalistas, de sua vez, limitam ou indicam a atuação do legislador ordinário, que busca na Constituição²⁸¹ (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

²⁷⁷ PRADO, L. R., *Bem Jurídico-penal e Constituição*, passim; Díez RIPOLLÉS, J. L., *A racionalidade 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.

²⁷⁸ 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*.

²⁷⁹ Cf. PRADO, L. R., loc. cit., Günther JAKOBS, John HABERMAS.

²⁸⁰ Cf. BARATTA, A., *Funções Instrumentais e simbólicas do Direito Penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico*, p. 12.

²⁸¹ 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.”

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 públicas²⁸².

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 destas, 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 Constituição²⁸³, 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 valores²⁸⁴. 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 aspectos²⁸⁵. 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,

²⁸² 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.

²⁸³ 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.

²⁸⁴ PALAZZO, F., op. cit., p. 84/85; SALOMÃO, H. E., op. cit., p. 88 et. seq.

²⁸⁵ PALAZZO, F., loc. cit.

quando não houver consenso social, havendo contradição, não sendo exigíveis para a pacificação social, originando uma idéia de secularização com tendência mais racional e que busque ajustar a intervenção penal a situações efetivamente ofensivas para a sociedade civil, sem cunho ideológico²⁸⁶.

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 elitista²⁸⁷.

A admissão de bens jurídicos no teor do texto constitucional traz duas discussões: (i) a descriminalização e despenalização²⁸⁸ 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 Judiciário²⁸⁹ 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 atuação frágil do Poder Legislativo²⁹⁰ em descriminalizar, de *lege lata*, condutas que não se coadunam com o texto

²⁸⁶ 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.

²⁸⁷ V. 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.

²⁸⁸ 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.

²⁸⁹ 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.

²⁹⁰ Cite-se o caso da Itália que, só em 1981, descriminalizou algumas condutas que não mais afrontam bens jurídicos porque não constantes do texto constitucional, quando já em 1968 na Alemanha houve a descriminalização de todas as contravenções penais.

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 formas²⁹¹.

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 Espanha²⁹², e o Brasil²⁹³. 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 constitucional²⁹⁴.

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.

²⁹¹ DOLCINI, E., MARINUCI, G., *Constituição e Escolha de bens jurídicos*, p. 164/178.

²⁹² Cite-se, dentre estas, as referentes ao ambiente natural, patrimônio histórico, cultural e artístico e abusos do Poder Público na suspensão de garantias fundamentais.

²⁹³ 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.”

²⁹⁴ V. g. para o exercício do direito de greve devem ser coibidas as condutas atentatórias a ele.

3.3.2.4.

A criminalização de condutas de afetação imediata às relações do consumo e ao consumidor

Os entraves para a aplicação às novas situações das tradicionais figuras delitivas planificadas no Código Penal e na legislação esparsa e os reclamos das vozes antes identificadas, pela insuficiência dos demais meios de controle formal, justificaram admitir a existência de um bem jurídico penal que merecesse ser imediata ou diretamente protegido²⁹⁵, o que todavia deve coadunar-se com os princípios penais de garantia²⁹⁶.

Assim, na procura de fazer concreta a proteção integral ao consumidor²⁹⁷ – pólo considerado vulnerável, como houvera apregoadado John F. Kennedy e como preceitua a carta constitucional de 1988²⁹⁸ – é que o Código de Defesa do Consumidor cuidou explicitamente da configuração típica no âmbito penal, não dispensando o tríptico caráter, aliado ao civil e ao administrativo.

²⁹⁵ PUENTE ABA, L. M^a, *Delitos Económicos contra los consumidores y delito publicitario*, p. 126, usa a expressão “genuinos delitos socioeconómicos de consumo”. Em igual sentido: FARALDO CABANA, P., *Consentimiento y adecuación social en los delitos contra los consumidores*, p. 13.

²⁹⁶ 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*, passim.

²⁹⁷ FILOMENO, J. G. B., *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, p. 495, pondera que “resta mais do que evidente, por conseguinte, e esta foi sem dúvida a preocupação da comissão incumbida da elaboração do anteprojeto, que determinados comportamentos definidos nos capítulos relativos às normas de natureza civil e administrativa são de tal forma graves, que não estariam a merecer tão-somente sanções naqueles âmbitos, mas igualmente no de natureza penal, até mesmo para o próprio *cumprimento daquelas outras normas*, garantindo-se, outrossim, a incolumidade dos consumidores, a *lisura* das relações de consumo e o *patrimônio* daqueles. Estas foram, em síntese, as metas eleitas pelos redatores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor n que diz respeito às infrações penais (...)”. (– grifos constam do original –).

²⁹⁸ A indicação protetiva começa, indiretamente, com a cidadania e a dignidade da pessoa humana como fundamentos do Estado brasileiro (Art. 1º, inc. II e III), passa pela busca por uma sociedade livre, justa e solidária (Art. 3º, inc. I), assenta a proteção ao consumidor como um direito e garantia fundamental (Art. 5º, inc. XXXII) e como um dos princípios da ordem econômica (Art. 170, inc. V).

A proteção desses bens jurídicos e a inclusão de figuras no âmbito do Direito penal econômico²⁹⁹ não têm aceitação tranqüila³⁰⁰, com a regulação de relações de impactos supra-individuais, que atingem a sociedade ou parte dela, ou mesmo um consumidor individualmente considerado, num fenômeno de massificação, com a transcendência de bens jurídicos individuais.

O Código de Defesa do Consumidor trouxe em seu Título II – Das Infrações Penais, nos Arts. 61 a 74, uma série de condutas³⁰¹ comissivas e omissivas que caracterizam os delitos contra o consumidor e as relações de consumo, envolvendo a inobservância aos princípios da Política Nacional de Consumo e o descumprimento dos deveres arraigados no microssistema; a sujeição passiva supera um caráter exclusivamente individual, mas não se rejeita a possibilidade de que ela sobrevenha, sendo dispensável, todavia, para a consumação dos delitos; a sujeição ativa é destinada ao fornecedor, mas o Art. 75³⁰² do Código de Defesa do Consumidor amplia consideravelmente esse rol, embora existindo o Art. 29 do

²⁹⁹ Sobre o conceito de Direito penal econômico: V. BUJÁN PÉREZ, C. M., *Derecho Penal Económico – Parte General*, p. 32/36. Ainda: FRAGOSO, H. C., *Direito Penal Económico e Direito Penal dos Negócios*, p. 122; MONREAL, E. N., *Reflexos para a Delimitação do Delito Económico*, p. 91; RÍOS, R. S., *Reflexões sobre o delito económico e a sua delimitação*, p. 440-448; SANTOS, J. C. dos, *Direito Penal Económico*, p. 197; TIEDEMANN, K., *Poder Económico y Delito*, p. 10/12.

³⁰⁰ FILOMENO, J. G. B., *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, p. 590, não esquece que “não foram poucas nem suaves as críticas que se fizeram em torno dos aspectos penais do novo Código de Defesa do Consumidor, já a partir da elaboração de seu anteprojeto. E elas já se iniciavam pela simples oposição a que a lei dessa natureza contivesse dispositivos de caráter penal, tendo-se mesmo chegado a dizer que o seu texto ‘instala o regime do terror, já que prevê a prisão dos empresários responsabilizados por fraude na venda de produtos’ ou então críticas à cominação de penas detentivas.” Continua e assevera que “... a verdade é que quando se trata, por exemplo, de sugerir penas cada vez mais graves para o autor do simples furto, ou então um dos delitos retromencionados, e outros ainda mais gravosos ao patrimônio individual ou incolumidade das pessoas – e não é que foi editada lei de punições exatamente nesse sentido contra os chamados ‘crimes hediondos’? – todos são favoráveis, chegando-se mesmo a sugerir a pena capital. Entretanto, quando se trata de, ainda, por exemplo, punir aquele que defrauda substância que deve entregar ao consumidor, ou então o engana mediante meios publicitários e de *marketing* mendazes ou abusivos, ou, mais grave, ainda, coloca no mercado produtos ou serviços que comprometam a saúde, a vida e a segurança de um número indeterminado de pessoas, desde logo, sobrevêm duras críticas, pretendendo tratar a matéria como simplesmente econômica e resultante da própria atividade industrial.”

³⁰¹ FONSECA, A. C. L. da, *Direito Penal do Consumidor*, p. 37, quanto aos tipos em comento, pondera que se tratam de excessivos tipos penais em branco, de ilicitude especial, apresentando conceitos vagos e indeterminados, e observa que o perigo seria deixar as garantias do cidadão à avaliação o juiz.

³⁰² “Art. 75. Quem, de qualquer forma, concorrer para os crimes referidos neste Código incide nas penas a esses cominadas na medida de sua culpabilidade, bem como o diretor, administrador, ou gerente de pessoa jurídica que promover, permitir ou por qualquer modo aprovar o fornecimento, oferta, exposição à venda ou manutenção em depósito de produtos ou a oferta e prestação de serviços nas condições por ele proibidas.”

Código Penal, e uma preferência aos tipos de perigo, formais, de mera conduta e de normas penais em branco³⁰³.

A análise, ainda que perfunctória, dos tipos penais elaborados conclui para uma superação de um caráter exclusivamente instrumental do Direito penal, indicando sua legitimação – em que pesem as críticas – para a funcionalidade³⁰⁴ e a incriminação não só de condutas, mas também das lesões a deveres, o que conclui que a criação das figuras próprias atendem a um reclamo, não só político-criminal³⁰⁵, mas também dogmático³⁰⁶; no campo da Política criminal, embora seja possível estabelecer, pelo menos tecnicamente, uma diferença entre vício de inadequação e de segurança, as dificuldades, como se percebe, para a imputação dos resultados lesivos denominados de <<defeito>> ou <<fato>> do produto, no caso do vício de segurança, são um dado nunca dispensável.

Adiante, no Art. 76 trouxe circunstâncias agravantes, merecendo destaque a descrita no Inc. II, que poderá ser aplicada às hipóteses de defeito ou fato do produto, que dispõe sobre grave dano individual ou coletivo – sem dizer, todavia, no que o mesmo consistiria –³⁰⁷, e o Inc. V que menciona o envolvimento com alimentos, medicamentos ou quaisquer outros produtos ou serviços essenciais.

³⁰³ Sobre o arsenal nesses casos: V. KUHLEN, L., *Cuestiones Fundamentales de la Responsabilidad Penal por el Producto*, p. 251/252.

³⁰⁴ BENJAMIN, A. H. V. e, *O Direito Penal do Consumidor: Capítulo do Direito Penal Econômico*, p. 119 atento a novas expectativas em face do Direito penal: “o legislador moderno, em especial no que tange ao direito penal do consumidor, sem perder de vista a noção de tutela de bens jurídicos como base da disciplina penal, vem entendendo que a sanção penal tem por objetivo principal assegurar o respeito às obrigações impostas aos profissionais. Daí sua funcionalidade, de resto já referida. Cuida-se, agora, de uma norma penal que não se limita a estabelecer, em torno de cada consumidor individualizado (sujeito passivo), um círculo protetivo. Vai mais além e fixa, ao redor do fornecedor (sujeito ativo), uma malha obrigacional de deveres a serem cumpridos, não raras vezes desconectados de uma preocupação direta com o indivíduo-consumidor. Seus olhos estão postos no macrocosmo (o fornecimento) e não no microcosmo (o consumo).”

³⁰⁵ SCHÜNEMANN, B., *O direito penal é a última ratio da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal*, p. 35, defende que a justificativa se dá quando a vítima por suas próprias condições ou com “suas próprias forças” nas hipóteses em que tal “tiver sua raiz numa desvantagem social, cumpre a meu ver que se reconheça, fundado na moderna expansão da teoria liberal clássica do contrato social no sentido do Estado social, não apenas um direito, mas até mesmo um dever do Estado de proibir a exploração de tais desvantagens sociais e criminalizá-la, na falta de outros meios eficientes”. V. JESCHECK, H. H., WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, p. 271, ressaltando o aspecto <<victimodogmático>> em que a proteção deve ser retirada quando a vítima puder proteger-se sem a intervenção do Direito penal.

³⁰⁶ V. Observações: PUENTE ABA, L. M^a, *Delitos Económicos contra los consumidores y delito publicitario*, p. 126/129.

³⁰⁷ FILOMENO, J. G. B., *Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, p. 682, lembra que, nessa hipótese, o legislador acolheu, com pequenas alterações, o quanto estava previsto na Lei 1.521/51 (Crimes contra a Economia Popular).

Quanto à pena de multa, embora se filie ao sistema dias-multa, traz novo critério para a fixação da quantidade mínima e máxima que, agora, está relacionada com o *quantum* de pena privativa de liberdade fixada que se apresenta na forma cumulativa, destoa, do critério regente no Código Penal, bem como das diretrizes e finalidades que se pretende com ele³⁰⁸, embora tenha mantido a análise do Art. 60, § 1º, Código Penal que se refere a uma possibilidade de aumento dessa multa, de acordo com as condições econômicas do sentenciado. Prevê no campo da aplicação das penas a possibilidade de substituição com regras trazidas pelo Art. 78 e incisos. Posteriormente, restam algumas indicações a respeito da fiança (Art. 79), investigação e processamento de tais delitos, nos Arts. 80 e 82.

Muito próximo³⁰⁹ à edição do Código de Defesa do Consumidor adveio a Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, que dentre outras disposições, reserva seu Capítulo II aos Crimes Contra a Ordem Econômica e as Relações de Consumo³¹⁰, sendo que as figuras que estão nominativamente sob a rubrica “crimes contra as relações de consumo” estão somente no Art. 7º e incisos, contudo não se podendo deixar de observar que os delitos constantes no Art. 4º, 5º e 6º, direta ou reflexamente estão com elas relacionados.

A forma de construção típica é idêntica aquela utilizada pelo legislador do Código de Defesa do Consumidor, sendo prevista a possibilidade de algumas figuras na modalidade culposa³¹¹, quanto à sujeição passiva nenhuma novidade, e no campo da sujeição ativa trouxe o Art. 11, sendo que em seu parágrafo único uma exclusão no caso das vendas por sistema de entrega. No campo das penalidades, à exceção do retorno ao sistema do dias-multa³¹² de forma bastante

³⁰⁸ JESCHECK, H. H., WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, p. 829, afirma que “de acuerdo con este sistema la pena de multa es producto de un número de cuotas diarias a determinar de acuerdo con la culpabilidad del autor; en cambio, la *cuantía* de la cuota depende de los ingresos de los que éste dispone. El sistema de días-multa tiene una doble ventaja: hace transparente la fijación de la pena y crea una *igualdad de sacrificio* para autores con una capacidad económica diversa.” (- grifos constam do original -)

³⁰⁹ Um lapso temporal de aproximadamente três meses entre uma e outra.

³¹⁰ Sobre o desacerto desse diploma, em matéria de delitos contra o consumidor: Cf. TORON, A. Z., *Aspectos penais da proteção ao consumidor*, passim.

³¹¹ Cf. Parágrafo único, o Inc. II (vender ou expor à venda mercadoria, cuja embalagem, tipo, especificação, peso ou composição esteja em desacordo com as prescrições legais, ou que não corresponda à respectiva classificação oficial), o Inc. III (misturar gêneros e mercadorias de espécies diferentes, para vendê-los ou expô-los à venda como puros; misturar gêneros e mercadorias de qualidades desiguais para vendê-los ou expô-los à venda por preço estabelecido para os de mais alto custo), e o Inc. IX (vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias para o consumo).

³¹² V. Art. 8º e parágrafo único, e Art. 10.

similar ao Código Penal, trouxe a possibilidade da multa substitutiva, nos moldes do Art. 9º. Ainda quanto às penalidades manteve o agravamento da pena quando houver grave dano à coletividade. Saliente-se, por derradeiro, que a Lei 9.080, de 19 de julho de 1995, indica a possibilidade de delação premiada, que, parece, estar mais destinada aos delitos contra a ordem tributária definidos no Capítulo I, que, propriamente, aos praticados contra as relações de consumo.

Pela similitude – tanto da *lege lata* quanto da *ratio legis* – a Lei 8.137/90 terá seus dispositivos analisados em conjunto com o Código de Defesa do Consumidor, no que concerne às questões dogmáticas³¹³.

³¹³ Sobre as considerações dogmáticas: V. Capítulo 4.

4. ANÁLISE DO PONTO DE VISTA DA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL

No momento da ocorrência dos casos paradigma³¹⁴, em que não se atentara para a perda dos cursos causais, constata-se que a Dogmática jurídico-penal³¹⁵ não estava preparada – no que concerne ao seu arsenal – para tratar de situações que tiveram, seja pelos danos, seja pelo grande número de afetados, um reflexo social brutal em que não se permitiria uma análise simplória a indicar soluções para um próximo caso, com uma *reorganização* e *reestruturação* da Dogmática; era preciso avaliar – e fazer isso exaustivamente – aquela dada situação e tentar apontar, conquanto isso fosse possível no caso já em exame, a *melhor solução*³¹⁶.

Não se olvida, por certo, que, mesmo nas tradicionais relações pessoais e sociais centradas em sujeitos identificados ou identificáveis, já em exemplos acadêmicos, como na análise das 23 facadas que vitimaram César³¹⁷, houvera um questionamento sobre as conseqüências dos delitos de resultado em face da *perda* ou *cumulação* ou *distanciamento* dos cursos causais.

Os delitos que se apresentavam, na maioria das situações-paradigma, como mais adequados para o cotejo e eventual subsunção, considerando que se tratava de lesões corporais e até de mortes em alguns casos, decorrentes da comercialização de produtos alimentícios e medicamentos impróprios, eram os delitos de lesões corporais e homicídio, ambos na modalidade de dolo e culpa, e o

³¹⁴ V. Algumas referências: 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. 447, indicando os “casos-tipo” da Alemanha (Contergán-Talidomida e Erdal-Lederspray) e da Espanha (Colza). BUJÁN PÉREZ, C. M., *Derecho penal – parte general*, p. 130/131, de sua vez, indica como sendo de suma importância as questões que gravitaram em torno dos Casos Colza e Contergán-Talidomida para uma série de indagações de Direito penal econômico. V. referências a outros casos: GOMEZ BENITEZ, J. M., *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, 46/53; TIEDEMANN, K., *Derecho Penal Y Nuevas Formas de Criminalidad*, passim.

³¹⁵ Algumas considerações sobre a definição da Dogmática jurídico-penal em: BURKHARDT, B., *Dogmática penal afortunada y sin consecuencias*, p. 121/122, ao enfrentar a dificuldade na definição do conteúdo, método e objeto da Dogmática jurídico-penal. Merece lembrança também: GIMBERNAT ORDEIG, E., *Concepto e Método da Ciência do Direito Penal*, passim.

³¹⁶ Até mesmo o conceito de <<melhor solução>> não é de fácil apreensão, porque pode estabelecer, como de fato ocorreu, uma tensão dialética, ao confrontar Dogmática jurídico-penal e Política criminal. Cf. Notas 34 a 37.

³¹⁷ Cf. MIR PUIG, S., *Derecho Penal – Parte General*, p. 244.

delito contra a saúde pública; outras figuras gravitaram no entorno dos acontecimentos, mas aqueles – os delitos de resultado – foram os centros de discussão.

Ocorre que, os fundamentos das decisões adotadas nesses casos e os embates deles decorrentes geraram dentro da Dogmática jurídico-penal uma mudança, diga-se: significativa, na análise da estrutura do delito e sua concepção teórica, para que, ao final tudo não pudesse ser reduzido, somente, ao prisma das questões processuais penais, e nesse passo vieram indagações situadas desde a sua legitimidade, passando por suas características até a sua estruturação.

4.1.

A questão da causalidade: segunda análise

A causalidade, tradicionalmente, tem lugar de destaque, pois que a regra de Direito penal centra-se em condutas ensejadoras de resultado como se colhe dos delitos comissivos dolosos³¹⁸, em que é preciso demonstrar que uma condição é causa do resultado, definir o autor, e decidir aquele a quem será imputada a ação ou omissão, no caso, a lesão ou a morte; sendo assim necessária a correta determinação causal individual, via ação ou omissão, a compreensão da lei causal, como uma condição que, por si mesma, relaciona-se com o resultado e com sua explicação causal³¹⁹.

³¹⁸ Algumas considerações sobre os delitos materiais, formais e de mera conduta: V. COELHO, W., *Teoria Geral do Crime* – v. 1, p. 94/99. As questões aqui planificadas importarão igualmente para a consagração de delitos qualificados pelo resultado ou para situações de agravamento de pena, ambas presentes na análise da constelação de casos, especialmente no caso brasileiro. Essa afirmação pode ser conferida pela redação dos Arts. 13, *caput* e parágrafos; 18, incisos I e II, e parágrafo único, e 19, todos do Código Penal brasileiro.

³¹⁹ Cf. PUPPE, I., *Problemas de imputación del resultado en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto*, p. 215/216; LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho Penal – Parte General I*, p. 357, ressalta, a propósito, que <<en los delitos comisivos de resultado, sean tipos puramente resultativos o tipos de resultado pero con modalidades limitadas de ejecución, la perfección del tipo objetivo, es decir su consumación, requiere no sólo que se produzca de cualquier manera y por cualquier causa el resultado descrito en el tipo, sino además que haya una determinada relación o nexo de unión precisamente entre la acción típica y dicho resultado. Dicha relación es doble y sucesiva: en primer lugar es precisa una relación de causalidad entre la acción y el resultado, pero en segundo lugar se requiere una relación de imputación objetiva entre el resultado y la acción>>. JESCHECK, H. H., WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, p. 297, asseveram que “la acción y el resultado no están desconectados entre sí sino que deben mostrar entre ellos una relación suficiente que permita poder imputar al autor el resultado como una consecuencia de su acción consiste en la **causalidad**.” (- grifos constam do original -).

As complicações surgem não em situações lineares, como na hipótese em que A aponta uma arma de fogo para B e com um tiro vitima-o fatalmente, mas – e até mesmo nesse caso – se B morresse, não em virtude do projétil, e sim de susto ao deparar-se com seu inimigo ou porque houvera ingerido veneno, anteriormente, com intuito suicida, ou por ser hemofílico, por exemplo; surgem intrincadas valorações e esvai-se a tranqüilidade de uma determinação causal baseada em uma pura relação físico-natural, cujo conhecimento é dominado pela ciência – como a causação da morte em virtude de um projétil de arma de fogo – em que a condição pode ser facilmente imputada ao autor do disparo, responsabilizando-o, conseqüentemente, por esse fato.

A idéia de uma causalidade meramente físico-natural foi superada e a questão da causalidade passou a ganhar tratamento diferenciado – e isso não é novo, sendo também referenciada pela Dogmática jurídico-penal nas concepções das Teorias do Delito e a centralização de tal estudo no conceito de ação³²⁰. O tratamento simplista, ainda que baseado em dados empíricos, pode ser permitido apenas nas situações simples, mas com uma necessidade de avaliação <<a posteriori>> em situações mais complexas de <<cursos causais não verificáveis>>, nas quais um resultado produz-se reiteradamente a múltiplas pessoas que tiveram anteriormente relação com um mesmo fator, embora se desconheça o mecanismo causal e o processo físico e químico produtor do dano pela ciência que lhe seja própria, e os melhores exemplos para tais hipóteses são os casos Contergán e Colza³²¹. De considerar, ainda, *causalidade cumulativa e concorrente* em que, na primeira, há uma cumulação de condições que colaboram com a produção de um resultado, que não ocorreria não fossem a presença de todas e cada uma delas, o que fora questionado no Caso Erdal³²², e, na segunda, há várias condições que poderiam possivelmente ter a mesma eficiência causal³²³.

³²⁰ Cf. JESCHECK, H. H., WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, p. 224 et. seq., especialmente sobre uma nova concepção de finalismo e a concepção da teoria social da ação com a polêmica a respeito da omissão; ROXIN, C., *Derecho Penal – Parte General Tomo I – Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, p. 232 et. seq.; LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho Penal – Parte General I*, p. 361 et. seq.; WELZEL, H., *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*, passim.

³²¹ Cf. LUZÓN PEÑA, D. M., op. cit., p. 362/363.

³²² Cf. Capítulo 5, item 5.2.1.2.

³²³ Essas ponderações são encontráveis em: LUZÓN PEÑA, D. M., loc. cit.

A tarefa é árdua, tanto que ao longo da evolução epistemológica³²⁴ do Direito penal surgiram diversas teorias³²⁵ com o propósito de indicar quais as condições que se traduzem como causa em um determinado evento e a quem devem ser imputadas.

4.1.1.

Teoria da Equivalência das Condições ou da *Conditio Sine Qua Non*

Esta teoria foi baseada no conceito lógico científico de causa defendido por Stuart Mill, formulada pelo processualista austríaco Julius Glaser (1858), e desenvolvida por Maximilian von Buri (1873), na Alemanha³²⁶, com ampla acolhida na doutrina e jurisprudência da época, e estaria ganhando atenções, novamente, na atualidade³²⁷. Para tal concepção, é causa toda a condição influente no resultado, ainda que secundária ou indiretamente, o que faz com que todas as condições sejam equivalentes, sendo indiferente o seu grau de importância no caso sob exame.

³²⁴ De ressaltar que há uma controvérsia doutrinária a respeito do lugar que deve ocupar o estudo da causalidade dentro da Teoria do Delito. Cf. ROXIN, C., *Derecho Penal – Parte General Tomo I – Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, p. 362/363; JESCHECK, H. H., WEIGEND, T. *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, p. 296/297; MIR PUIG, S., *Derecho Penal – Parte General*, p. 240; FRISCH, W., *La imputación objetiva: Estado de la cuestión*, p. 21-67; LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho Penal – Parte General I*, p. 360/361; PRADO, L. R., CARVALHO, É. M. de, *Teorias da imputação objetiva do resultado: uma aproximação crítica a seus fundamentos*, passim.

³²⁵ Não serão aqui tratadas as denominadas teorias individualizadoras, pois que careceriam, na atualidade de significação: Cf. JESCHECK, H. H., WEIGEND, T., op. cit., p. 310; MIR PUIG, S., op. cit., p. 250/251, afirmando que, ao contrário da teoria da equivalência, restringiram demasiado a responsabilização penal. Para alguma referência sobre as teorias: V. LUZÓN PEÑA, D. M., op. cit., p. 369/370, mencionando, como JESCHECK, WEIGEND, e MIR PUIG, as formulações da condição <<preponderante>> ou <<decisiva>> (Binding), condição <<mais eficaz>> (Birkmeyer), e condição <<eficiente>>, <<principal>> ou <<direta>>, ou da <<última condição>> (Ortman). As teorias referenciadas neste estudo estariam sob a rubrica de teorias generalizadoras, especialmente, a da causalidade adequada e a da relevância, por compararem de modo geral condições que não se traduzem em causa por descumprirem determinados requisitos (Cf. LUZÓN PEÑA, D. M., *Ibid.*, p. 367).

³²⁶ Cf. JESCHECK, H. H., WEIGEND, T., op. cit., p. 299.

³²⁷ Cf. LUZÓN PEÑA, D. M., op. cit., p. 366, afirma, inclusive, que seria opinião majoritária. Adiante afirma que “en el terreno de la causalidad la teoría *correcta* es la de la *condición*, hoy muy mayoritaria desde que se ha impuesto la admisión de la imputación objetiva como categoría normativa adicional a causalidad y requerida igualmente por el tipo de los delitos de resultado.” (*Ibid.*, p. 371).

O processo hipotético de eliminação ou a avaliação da <<*conditio sine qua non*>>, com base nas leis da natureza, procura mentalmente subtrair determinadas condições a fim de avaliar se o resultado teria ocorrido como ocorreu na ausência de tal condição, caso positivo a condição é causa e responde por ela seu autor.

A admitir-se, como se admite, que todas as condições que possam alterar o resultado ocorrido são causas, passam a ser todas entre si equivalentes e é contra essa equivalência dos antecedentes causais que se construíram as mais severas críticas³²⁸, pela possibilidade de regresso ao infinito, mesmo pelos defensores da teoria em questão³²⁹, em que os pais do homicida também seriam responsáveis pela morte da vítima. Surgindo a idéia de uma limitação possível do *status* de causa baseada na colaboração que se tenha implementado com dolo ou ao menos imprudência³³⁰, desde que se observe um processo de desencadeamento, em que os atos são subseqüentes e capazes de produzir uma modificação no mundo exterior que conduza ao resultado³³¹, como decorrência de seus antecedentes.

Procura se afastar da causalidade hipotética uma idéia simplista de que condição necessária é aquela que se – numa avaliação abstrata – fosse eliminada afastaria, de conseqüência, o resultado lesivo, constituindo-se no nexo de causalidade nos delitos comissivos por comissão quanto no nexo de evitabilidade nos comissivos por omissão; consideração esta bastante imprecisa nas situações de causalidade múltipla. O afastamento dessa consideração hipotética que poderia

³²⁸ JESCHECK, H. H., WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, p. 300, esclarecem que as objeções contra essa teoria já foram em parte superadas e em parte neutralizadas, não se permitindo mais que ações sem significância pudessem conduzir seus autores a graves conseqüências, notadamente nas hipóteses de delitos qualificados pelo resultado. Após 1945, com uma utilização da teoria da causalidade adequada já se conseguira, com base em uma extraordinária concatenação de circunstâncias, adotar uma solução que não exigiria, assim, como corretivo a imputação objetiva. MIR PUIG, S., *Derecho Penal – Parte General*, p. 249, encerra que se considera, com esta formulação, como causas muitas condutas às quais não se pode imputar o resultado.

³²⁹ Cf. LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho Penal – Parte General I*, p. 366.

³³⁰ Cf. MIR PUIG, S., *Derecho Penal – Parte General*, p. 249. Em sentido diverso: JESCHECK, H. H., WEIGEND, T., op. cit., p. 305, Cf. Nota 28, entendendo que tal limitação é possível na seara da <<imputación objetiva>>, falando a jurisprudência em sentido jurídico-penal de causalidade.

³³¹ LUZÓN PEÑA, D. M., op. cit. p. 366/367, em que ressalta que, por vezes acolhe-se uma peculiar versão jurisprudencial, com a fórmula <<*causa causae, causa causati*, es decir, la causa de la causa es causa de lo causado>>, objeta, todavia, que “a esta fórmula, que en principio es correcta, porque lo que es causa de la causa directa también es causa del resultado causado, hay que formularle sin embargo el reparo de que fue usada por la jurisprudencia en sentido *versarista* para defender la pura responsabilidad por el resultado cuando hay un acto inicial ilícito, p. ej. en caso de preterintencionalidad si el golpe inicial provoca la muerte no querida, sosteniendo que el que es causa de la causa, no es ya que sea causa, sino que *responde* del mal causado (lo que, sin más – si no hubo dolo y a veces ni siquiera imprudencia – , es inadmisibile.”

conduzir ao infinito pode ser realizado em face de uma nova interpretação das condições alternativas e cumulativas. Poderia ser construída uma hipotética situação voltada para o caso concreto – como se já soubesse a resposta antes da pergunta – e olhando apenas para esse pressuposto, desprezando as causas substitutivas, até alcançar uma proposição válida³³², embora a problemática seja, em meio a isso, estabelecer a prova da relação de causalidade, consistindo essa adoção hipotética comparada a um caso real um duplo erro³³³.

De um lado, porque somente se pode pretender subtrair uma condição quando o resultado já ocorreu, sendo admitida, por certo, como um pressuposto lógico de sua ocorrência, e se ao contrário não se conhece, efetivamente, a causa que desencadeou um resultado o processo de eliminação mental não tem nenhuma relevância, visto que não se sabe o que deve ser subtraído ou acrescido³³⁴; de outro, a comparação do caso real com o hipotético conduz a resultados errôneos quando se depara com hipóteses de ausência de ação, em que outra causa produziu o mesmo resultado tempos depois (causalidade por adiantamento), simultaneamente (causalidade hipotética), e quando há várias condições simultâneas e independentes (causalidade cumulativa).

A insuficiência decorrente de uma avaliação abstrata com uma análise isolada do contexto – principalmente do cotejo com as demais condições do caso específico – justifica-se pela dificuldade em avaliar se ela naquele caso, aliada às demais condições, poderia produzir ou evitar o resultado; numa lógica de condicionalidade, então, poder-se-ia abrir mão do conceito de condição necessária e aproximar-se do conceito de condição ajustada às leis na natureza daquela

³³² Cf. KUHLEN, L., *Apud* PUPPE, I., *Problemas de imputación del resultado en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto*, p. 217, a autora crítica a posição de KUHLEN em que seria sempre possível alcançar um resultado correto e lógico, discute uma sentença do Tribunal Supremo alemão no caso de uma mulher que morreu eletrocutada ao usar em uma lavadora uma tomada que era comercializada, não só pela empresa da qual ela adquirira, mas também, por um extenso rol de empresas, e que se ela não tivesse se utilizado daquele produto usaria qualquer outro e o resultado *poderia* sobrevir da mesma maneira. Admite, entretanto, este autor que se pode deparar com uma lei causal desconhecida, mesmo que a probabilidade como causa do resultado seja a conclusão ante a ausência de outras possíveis.

³³³ As proposições para avaliação do duplo equívoco são feitas com base em: JESCHECK, H. H., WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, p. 300/304, e MIR PUIG, S., *Derecho Penal – Parte General*, p. 243/246.

³³⁴ JESCHECK, H. H., WEIGEND, T., *op. cit.*, p. 302, exemplificam, esse ponto, com o Caso Talidomida. Em igual sentido: MIR PUIG, S., *op. cit.*, p. 243.

situação, que não descarta, ante a interpretação que se fará num juízo normativo, de uma manipulação³³⁵.

Assim, o erro que se permite apontar na condição necessária é que exige demais, sendo que o correto seria avaliar se a condição é necessária para aquela explicação causal, e daí concluir que causa é a conduta que se apresenta como componente necessário para uma condição suficiente de resultado, e não numa causalidade geral que permitiria a mesma conclusão, em todo e qualquer caso, cujas variantes hipotética e abstratamente consideradas não ensejariam a mesma conclusão. Seria como se afirmasse que a causa é a condição antecedente – representada por uma lei geral, confirmada empiricamente por uma lei causal, ainda que não de modo absoluto³³⁶ – que se verifica no resultado daquela dada situação concreta, independentemente de conclusões outras planificadas, mesmo em casos assemelhados.

Antes a causa e a consequência eram demonstradas e aceitas porque se avaliava – abstratamente – o resultado que poderia ter como sua causa uma determinada condição: como se num exemplo pueril pudesse se dizer que disparos de uma potente arma de fogo são capazes de acarretar a morte de alguém, ainda que nessa situação simplória pudesse se cogitar de concausas que poderiam contribuir, de forma absoluta ou relativa, para implementar ou mesmo afastar o resultado. Em situações triviais em que o senso comum tendia a, historicamente, admitir como verdadeiras leis gerais, que estavam demonstradas como leis causais, mesmo que em hipóteses abstratas, dispensava-se até a motivação da decisão judicial que a acolhia; como se pudessem Dogmática jurídico-penal e Política criminal ter suas consciências aplacadas pela repetição de causas e consequências, não se levando em conta quantos casos tiveram solução equivocada, e quiçá sequer se tenha aventado qualquer dúvida em tais pressupostos, pela força e rigidez dos dogmas causais, introjetados no pensamento dos operadores do Direito.

³³⁵ Cf. MIR PUIG, S., *Derecho Penal – Parte General*, p. 248.

³³⁶ JESCHECK, H. H., WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, p. 303, voltando ao Caso Talidomida, afirmam que esta demonstração empírica de uma lei causal geral para o caso fático não precisa ser absoluta, podendo admitir uma causalidade <<basada en una probabilidad rayana en la seguridad>>, por isso sugerem que os equívocos poderiam ser evitados tendo como base a avaliação das condições em face de relacionamentos regulares de acordo com uma lei causal determinada conforme um conhecimento.

As hipóteses de responsabilidade pelo produto – seja pela sua complexidade, seja pela sua novidade – não podiam ser resolvidas sem a revisão de alguns postulados, principalmente pelo fato de que nessas dadas situações a construção de uma lei causal era uma tarefa que precisaria, como se verá adiante, ser suplantada pelos aspectos dogmáticos, porquanto, em muitos dos casos, não havia uma determinação causal pelos expertos e a existência de uma <<síndrome típica>>³³⁷ era o fato norteador da atividade do julgador.

4.1.2.

Teoria da Adequação ou da Condição Adequada

A concepção da teoria da causalidade adequada – como uma tentativa de limitação de responsabilidades em face das concepções em torno da teoria da equivalência – fora concebida por von Bar (1871)³³⁸ e estruturada por Johannes von Kries (1886), que em verdade era médico e não jurista³³⁹, com um intuito mais voltado a restringir as decorrências em hipóteses de delitos qualificados pelo resultado³⁴⁰.

Tal teoria trabalha com uma hierarquia de condições e com uma espécie de *observador inteligente e prudente* estranho ao fato, com uma perspectiva <<ex ante>>³⁴¹, isso porque somente eram esses os dados que o autor dispunha no momento do incremento de uma dada condição, com uma valoração de previsibilidade objetiva³⁴²; volta-se à representação que tinha esse autor do caso concreto sobre a causação do resultado no momento de sua realização, avaliando

³³⁷ Sobre o conceito de <<síndrome típica>>: V. Nota 518.

³³⁸ Cf. LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho Penal – Parte General I*, p. 367.

³³⁹ Cf. MIR PUIG, S., *Derecho Penal – Parte General*, p. 252, que afirma, ainda, que esta teoria é preferida pela doutrina dominante para limitar a responsabilidade, podendo ser acertadamente admitida, na atualidade, não como um corretivo da causalidade. Denomina-a, também, de teoria <<de la condición adecuada>> (- grifos constam do original -). Também: JESCHECK, H. H., WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, p. 306.

³⁴⁰ Cf. JESCHECK, H. H., WEIGEND, T., *Ibid.*, p. 305.

³⁴¹ Cf. MIR PUIG, op. cit., p. 252. LUZÓN PEÑA, D. M., op. cit., p. 367. referencia a possibilidade de trabalhar com dados <<ex post>>, e JESCHECK, H. H., WEIGEND, T., op. cit., p. 306 justificam essa posição pelo fato de que será o juiz – por óbvio, posteriormente, ao fato – quem fará a avaliação do caso posto, com o marco de uma <<persona razonable>> (- grifos constam do original -).

³⁴² Cf. LUZÓN PEÑA, D. M., op. cit., p. 367., lembrando que minoritariamente houve referências a uma previsibilidade subjetiva. Também; MIR PUIG, op. cit., p. 253.

sua predisposição de afetação ao bem jurídico³⁴³, como uma condição perigosa, sendo imputáveis apenas os resultados em que o risco tenha se realizado³⁴⁴.

Essa possibilidade poderia conviver com uma negativa de causalidade material, ou seja, uma condição deu causa materialmente ao resultado, mas as considerações normativas e valorativas podem negar a relação causal, especialmente nos cursos causais irregulares ou anômalos, e de causalidade cumulativa ou concorrente³⁴⁵, o que se verá exatamente em algumas ocasiões da constelação de casos adiante analisada³⁴⁶.

4.1.3. Teoria da Relevância

Mezger formulara esta teoria³⁴⁷ cujo ideário pretendia admitir como causas aquelas que tivessem relevância jurídico-penal, devendo ser primeiramente tida como *adequada*, para então avaliar em cada tipo penal que causas podem ser relevantes ou não para sua causação, como se pudesse falar em uma *causalidade jurídica*, com uma interpretação no sentido de cada tipo.

E, embora esteja situada entre as teorias generalizadoras³⁴⁸, não estabelece critérios gerais de valoração da causalidade, mas dá ensejo à formulação da imputação objetiva³⁴⁹, e esta última conseguiu estabelecer – não de forma indene de dúvidas – critérios mais precisos³⁵⁰ para a imputação de responsabilidades.

³⁴³ Discute-se o grau de probabilidade que deve contar o autor para essa valoração. LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho Penal – Parte General I*, p. 367, referenciando o ideário de *von Bar*, afirma que se deve cuidar da <<regla de la vida>>, embora ressalte que alguns conformem-se com menos. MIR PUIG, S., *Derecho Penal – Parte General*, p. 253, indica a necessidade de avaliação de <<conhecimentos especiais>> que possa ter o autor no caso concreto e assim a avaliação <<ex ante>> significa uma avaliação de toda a experiência de vida que aquele autor tenha experimentado até o momento da ocorrência do fato sob exame.

³⁴⁴ JESCHECK, H. H., WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal – Parte General* p. 305.

³⁴⁵ Cf. LUZÓN PEÑA, D. M., op. cit., p. 368.

³⁴⁶ V. Especialmente: Capítulo 5, item 5.2.

³⁴⁷ LUZÓN PEÑA, D. M., op. cit., p. 369, sendo que outros autores teriam seguido tal teoria, como Jiménez de Asúa e Rodríguez Mourullo, vinculando-a ao conceito de imputação objetiva.

³⁴⁸ Cf. Nota 325.

³⁴⁹ Cf. LUZÓN PEÑA, D. M., op. cit., p. 369.

³⁵⁰ Cf. JESCHECK, H. H., WEIGEND, T., op. cit., p. 307.

4.1.4. Teorias da Imputação Objetiva do Resultado

As teorias da imputação objetiva do resultado teriam surgido como um corretivo das teorias anteriormente indicadas³⁵¹, com uma idéia de que, por meio dela, seria possível corrigir-se excessos³⁵² de imputação autorizados pelas demais, entretanto, há hipóteses em que pelos critérios de imputação objetiva – em sentido totalmente inverso ao inicialmente pretendido – a Dogmática jurídico-penal poderá responsabilizar alguém por um resultado que não fora por ele causado em sentido naturalístico ou subtrair responsabilidade a quem se deveria imputar³⁵³.

Dentre as variantes a respeito da conceituação dessa teoria poderia se dizer que uma das concepções busca imputar o delito como obra do autor³⁵⁴, avaliando

³⁵¹ Embora essa posição pareça estar já superada. Cf. Nota 354.

³⁵² MIR PUIG, S., *Derecho Penal – Parte General*, p. 258, sobre o âmbito de limitação dessa teoria afirma que deve estender seu alcance “más allá del problema del nexo que debe concurrir entre la conducta y el resultado en los delitos de resultado. La imputación objetiva debe entenderse como el juicio que permite imputar *jurídicamente* de la parte objetiva del tipo a su ejecución material. En los delitos de resultado su realización material es la causación del resultado por una determinada conducta e, como se ha visto, no basta para la imputación objetiva. ¿Qué significa esto? Significa que la causación material del resultado por una conducta no es suficiente para que pueda considerarse objetivamente *típica* dicha conducta. Sino toda conducta causal permite la imputación objetiva, es porque no toda conducta causal puede reputarse *típica*, y precisamente por ello la imputación objetiva depende de la finalidad de la norma correspondiente al tipo de que se trate”.

³⁵³ JESCHECK, H. H., WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, p. 298, especialmente nas hipóteses de delitos omissivos, em que é preciso socorrer-se da avaliação de uma finalidade de proteção da norma e de um papel social ocupado pelo autor a quem se imputa um resultado, momento em que esclarecem que “el criterio de la imputación objetiva del resultado típico es más estrecho que el criterio de la imputación en el marco de la teoría da acción; mientras que allí solo depende de la capacidad de dominio del comportamiento, en la imputación aquí utilizada también juegan un rol esencial los fines de la norma penal correspondiente”. Não olvidam estes autores que mesmo assim a imputação exige uma comprovação causal, ainda que hipotética e convivendo com os desvios de fundamentação, como no caso Contergán (especialmente Nota 6). Ainda sobre as críticas sobre a aparente restrição da teoria da imputação objetiva, que se contradiz na análise de casos fáticos: V. PRADO, L. R., CARVALHO, É. M. de, *Teorias da imputação objetiva do resultado: uma aproximação crítica a seus fundamentos*, 154 et. seq. criticando especialmente os autores o fato do desprezo à pessoa humana com o afastamento da análise do aspecto subjetivo.

³⁵⁴ Nesse sentido: ROXIN, C., *Derecho Penal – Parte General Tomo I – Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, p. 364. Outras proposições para os critérios da imputação objetiva do resultado, relacionando-a com a teoria do tipo objetivo e a perturbação social incompatível com a norma: Cf. JAKOBS, G., *A imputação objetiva no Direito Penal*, passim, embora o autor não despreze a avaliação do comportamento criador do risco e o incremento desse risco no resultado (Ibid., p. 34/52; 75/93). Sobre as duas construções – ROXIN e JAKOBS – e suas variantes: V. PRADO, L. R., CARVALHO, É. M. de, op. cit., passim, não as situando como uma teoria da causalidade, mas sim como uma questão de imputação baseada em <<dominabilidade>>, <<evitabilidade>>, e <<previsibilidade>> (V. especialmente, p. 155 et. seq.), e a respeito de uma <<nueva teoría de la imputación objetiva>>: V. JESCHECK, H. H., WEIGEND, T., op. cit., p. 307/310. MIR PUIG, S., op. cit., p. 258, informa, de sua vez, que o

(i) a causação do resultado com a determinação causal e a demonstração de que a conduta corroborou para o resultado e (ii) a imputação do resultado, com a indicação da criação do risco pelo autor e o resultado como o incremento desse risco³⁵⁵.

É necessário, por isso, diferenciar a causalidade e a imputação objetiva, pois que a primeira procura estabelecer a condição que é a causa do resultado, e a segunda a quem o mesmo resultado será atribuído³⁵⁶, portanto não se poderia dizer que é um critério – até por suas dificuldades, ainda carentes de conceituação – que possa ser usado para justificar a responsabilidade penal em casos de responsabilidade pelo produto³⁵⁷.

Contudo, o ponto crucial na análise dessas variantes, insista-se, não é tanto que se poderia conduzir a uma subtração de responsabilidades, mas sim a um alargamento de responsabilidades, hipótese esta sempre questionada quanto à sua receptividade no âmbito do Direito penal que procura uma evitação de situações de responsabilidade objetiva, com um desprezo à pessoa humana – centro de todas as atenções, inclusive do Direito penal.

Nesse momento, surge – não se nega – uma atuação conflitiva, propriamente no que pertine à responsabilidade pelo produto, tanto mais ao se tratar de resultados lesivos penalmente típicos, pois que se há de um lado um justificado

Direito espanhol positivado admite que são insuficientes, como critérios para a imputação objetiva do resultado, a causalidade e o risco, sendo necessária também uma relação de autoria, sendo contrária a essa posição LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho Penal – Parte General* I, p. 387.

³⁵⁵ Cf. JESCHECK, H. H., WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, p. 307. MIR PUIG, S. *Derecho Penal – Parte General*, p. 258, informa, por sua vez, que o Direito espanhol positivado admite que são insuficientes, como critérios para a imputação objetiva do resultado, a causalidade e o risco, sendo necessária também uma relação de autoria. Em sentido contrário: V. LUZÓN PEÑA, D. M., op. cit., p. 387. Propriamente na análise de responsabilidade pelo produto: V. 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. 453.

³⁵⁶ Importantes considerações de HASSEMER, W., MUÑOZ CONDE, F., *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, p. 95, ao esclarecerem, no que pertine a causalidade e imputação penal, em se tratando de responsabilidade pelo produto, que “una cosa es la causalidad del producto y otra la responsabilidad penal que pueda derivarse para concretas personas que han tenido algo que ver con el mismo, aunque, como veremos inmediatamente de hecho, la constatación de la causalidad, conforme a la fórmula antes expuesta, lleva casi inevitablemente a atribución de responsabilidad”.

³⁵⁷ Nesse sentido: HASSEMER, W., MUÑOZ CONDE, F., *Ibid.*, p. 124/125. Em sentido contrário: ÍÑIGO CORROZA, M^a E., *La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos*, passim, a autora parece inclinar-se por essa possibilidade tanto que organiza sua obra, especialmente a Parte II em relação aos pressupostos da teoria da imputação objetiva para a imputação de responsabilidades.

interesse numa responsabilização em face da elevação ao patamar constitucional do bem jurídico *consumidor e relações de consumo*, há de outro um interesse – com uma via de conquista tão ou mais longa e árdua – pelo sujeito de imputação no Direito penal, em face das garantias que lhe são outorgadas por se tratar de pessoa humana³⁵⁸ e do rechaço a responsabilização objetiva, por ferir de morte os princípios penais de garantia, também erigidos ao plano constitucional³⁵⁹; cogita-se que uma solução possível só possa ser alcançada no cotejo de bens de igual posicionamento no âmbito do ordenamento jurídico, com a possibilidade sempre temida de que a atuação do braço forte do Estado sobreponha interesses sociais em face dos individuais³⁶⁰, com uma flagrante desatenção ao elemento volitivo e cognoscitivo do sujeito em análise.

O ponto de partida no Direito penal deve estar focado, ainda, ao plano subjetivo, pois ele é <<*ex ante*>> ao fato; todavia, o que se vê, em muitos casos de responsabilidade pelo produto, em que há um evento lesivo penalmente típico, é um desprezo às possibilidades de caso fortuito ou força maior, até mesmo de uma indeterminação causal ou a constatação de um curso causal não verificável, porque se busca em uma *causalidade social* a criação de uma *causalidade jurídica* a suplantar a questão material, com a finalidade de imputar o resultado a quem quer que seja; o que gera, não se pode olvidar, tanto mais frente aos princípios penais de garantia, um certo desconforto.

Esse desconforto – notadamente em casos de repercussão social brutal – na imputação de responsabilidades pelo resultado, diante dos diversos *empecilhos* dogmáticos faz com que haja, em face de uma Política criminal e social, uma reformulação da Dogmática jurídico-penal especialmente no tocante aos delitos comissivos dolosos de resultado³⁶¹.

³⁵⁸ Cf. Art. 1º, inc. III, da Constituição da República de 1988.

³⁵⁹ PRADO, L. R., CARVALHO, É. M. de, *Teorias da imputação objetiva do resultado: uma aproximação crítica a seus fundamentos*, p. 156 et. seq., tecendo severa crítica sobre a idéia de resolução de problemas de sentido social em face do tipo objetivo sem a análise do aspecto subjetivo do autor – remontando às teorias finalista e causal da ação – ampliando, indistintamente o leque de punibilidade, com essa teoria (a da imputação objetiva) que despreza – pelo apego ou gana a punição a qualquer custo – o tipo subjetivo, sempre caro ao Direito penal regido pelo princípio da culpabilidade; quando, em verdade, é a tipicidade subjetiva que deve estar em evidência.

³⁶⁰ Cf. Capítulo 5.5., sobre o princípio do <<*in dubio pro reo*>>.

³⁶¹ As preocupações sobre a forma de atuação em geral do Direito penal econômico foram objeto do Colóquio Preparatório da AIDP, em 1982: Cf. FARIA COSTA, J. de, COSTA ANDRADE, M. da, *Sobre a concepção e os princípios do Direito Penal Econômico*, p. 347/362, e Resenha do Colóquio (Ibid., p. 362/364). Também Nota 410.

4.2.

Formas de incriminação

Nesse contexto revolucionário e paradigmático – com os olhos voltados para a causalidade como o principal entrave daquelas situações – e porque não admitir uma ainda presente divergência sobre qual a teoria a ser adotada, mesmo por um apego a determinados temas ou por uma insistência valorativa de determinados aspectos – uma das primeiras possibilidades que se apresenta é a renúncia ao dogma do resultado³⁶², mas também³⁶³ exsurtem (i) o descompromisso com a regra da incriminação a título de dolo, (ii) o desprestígio aos delitos de ação, (iii) e o desapego aos desdobramentos do princípio da legalidade, em face da normas penais em branco³⁶⁴.

Surge, assim, como denomina um segmento doutrinário, um Direito penal *moderno* que utiliza um arsenal novo que pode não resolver questões como as que surgiram nos casos-paradigma, senão implantar tantos óbices quanto os existentes para a análise de casos sob o prisma do Direito penal clássico ou nuclear³⁶⁵.

As formas de incriminação tratadas, contudo, não guardam uma delimitação estanque e estática, pois, conforme se depreende da delimitação conceitual, elementos e hipóteses de admissão, há um enlace inevitável.

³⁶² TIEDEMANN, K., *Lecciones de Derecho Penal Económico – Comunitario, español, alemán*, p. 164/165, avaliando os problemas de causalidade em face de delitos de homicídio e lesões, especificamente, nas hipóteses de responsabilidade de <<productos defectuosos>>, referenciando os Caso Colza e Talidomida, informa que ante os problemas de determinação e prova processual a renúncia a qualquer classe de resultado ou lesão apresenta-se como alternativa. Cf. HERZOG, F., *Límites al control penal de los riesgos sociales*, p. 325, assevera que “la renuncia al <<dogma del injusto de resultado>> tiene el efecto extensivo de una casi completa subjetivización de la frontera del derecho penal de riesgo, hablando claro: el riesgo se traslada a la esfera del propio sujeto, está en ese peligro propio de la lesión de la norma del deber.”

³⁶³ Cada um dos itens que segue justificariam um estudo aprofundado e a parte, todavia são indicadas algumas peculiaridades vinculadas ao objeto do presente estudo.

³⁶⁴ Algumas dessas questões são tratadas por FONSECA, A. C. L. da, *Direito Penal do Consumidor*, passim.

³⁶⁵ HASSEMER, W., MUÑOZ CONDE, F., *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, passim, questionando o surgimento de um arsenal novo para um Direito penal *moderno* em contraponto a um arsenal velho de um Direito penal clássico.

4.2.1. Desvalor da Ação e do Resultado

O desvalor da ação ganha relevo na concepção finalista, mas antes dela já galgara uma posição de relevo em razão da proposição de finalidades dirigidas a um resultado, sendo importante analisar e diferenciar o elemento subjetivo do injusto³⁶⁶, especialmente no que pertine ao dolo e à culpa, até mesmo para definir sua situação nos estágios da Teoria do Delito; o desvalor do resultado, por sua vez, importa na diferença entre o delito consumado e a tentativa, a lesão e a colocação em perigo. Reúnem-se, assim, aspectos subjetivos e objetivos para uma valoração global do injusto.

Não se pode deixar de indicar que tais concepções – o desvalor da ação e do desvalor do resultado – não devem ser consideradas isoladamente, com o desprezo total do outro aspecto, para a análise do injusto e da concepção do tipo³⁶⁷, sendo que em algumas situações haverá um sobrelevo de um em relação ao outro. Há por isso, dois fatores que ganham atenção como auxiliares à análise do caso em exame: a questão do bem jurídico, que pode ser o objeto material do injusto, e a necessidade de pena³⁶⁸.

No campo da responsabilidade penal pelo produto – conforme a proposição de um *arsenal* próprio³⁶⁹ – constata-se o sobrelevo ora do desvalor da ação, ora do desvalor do resultado; quanto ao desvalor da ação merecem referência os delitos

³⁶⁶ Cf. ROXIN, C., *Derecho Penal – Parte General. Tomo I* p. 320, isso dá sustentação à expressão <<*injusto personal*>>, conceito cunhado pelo finalismo na concepção clássica de Welzel. Sobre o relevo da atuação do finalismo na avaliação do desvalor da ação e do resultado: V. SANCINETTI, M. A., *Teoría del delito y desvalor de acción : una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*, passim.

³⁶⁷ Sobre a análise conjunta dos dois aspectos: Cf. ZIELINSKI, D., *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito: análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito*, passim, e especialmente sobre a análise em cada um dos estágios da Teoria do Delito: *Ibid.*, p. 255 et. seq.

³⁶⁸ Tais fatores são indicados por ROXIN, C., op. cit., p. 321/326. Sobre as teorias sobre os fins da pena: V. ROXIN, C., *Ibid.*, p. 81/107 e *Política Criminal e Dogmática jurídico-penal*, passim; e PRADO, L. R., *Teorias sobre os fins da pena : breves reflexões*, passim, comentando, ao final, recente decisão do Tribunal Constitucional alemão, discutindo, em casos tais, a importância não só das teoria retributiva, preventiva geral e especial, como também da culpabilidade (*Ibid.*, p. 157).

³⁶⁹ Cf. Nota 365.

de perigo³⁷⁰, os delitos omissivos puros³⁷¹ e uma aceitação do dolo eventual na avaliação subjetiva de tais delitos³⁷²; quanto ao desvalor do resultado tal predileção situa-se nos delitos imprudentes³⁷³, nos delitos qualificados pelo resultado, e reaparece nos delitos de perigo.

4.2.1.1.

Delitos qualificados pelo resultado

Os delitos qualificados pelo resultado³⁷⁴ são aqueles delitos dolosos que são submetidos a um marco especial, cuja realização traz consigo um resultado ulterior mais grave³⁷⁵, em que a punição é mais severa do que se fosse imputada isoladamente, na forma concursal³⁷⁶.

As infrações penais descritas nos Arts.³⁷⁷ 272 e 273, ambos do Código Penal brasileiro, admitem a possibilidade de qualificação por resultado *morte e lesões graves* dolosas ou imprudentes, segundo a dicção do Art. 285 c/c o Art. 258, em que a pena poderá atingir até 30 anos de reclusão; já os delitos de proteção

³⁷⁰ V. g. CDC, “Art. 65. Executar serviço de alto grau de periculosidade, contrariando determinação de autoridade competente.”

³⁷¹ V. g. CDC, “Art. 63. Omitir dizeres ou sinais ostensivos sobre a nocividade ou periculosidade de produtos, nas embalagens, nos invólucros, recipientes ou publicidade”. Ainda: Arts. 66, 69, 73, da Lei 8.078/90.

³⁷² Cf. ROXIN, C., *Derecho Penal – Parte General. Tomo I*, p. 424, em que o dolo eventual aparece como possível nas ações que possibilitam uma lesão ao bem jurídico. Sobre as teorias que sustentam esse dolo eventual (Ibid., p. 424 a 447).

³⁷³ Veja-se, em detrimento à exceção de delitos culposos, consoante o Parágrafo único do Art. 18 do Código Penal brasileiro, uma espécie de <<cláusula geral>> de culpa presente no Parágrafo único do Art. 7º da Lei 8.137/90 e a quase totalidade dos delitos previstos no Código de Defesa do Consumidor que contemplam uma modalidade culposa.

³⁷⁴ Cf. ROXIN, C., op.. cit., p. 335; MIR PUIG, S., *Derecho Penal – Parte General*, p. 302 et. seq., lembrando a origem de tais delitos assentada na expressão <<versare in re illicita>> (encontrar-se dentro de um assunto ilícito). MIR PUIG, S., Ibid., ressalta, ainda, que em Espanha a reforma de 1983 buscou expurgar todas as possibilidades de adoção dessa teoria para a solução de casos penais, por se constituírem em hipóteses de responsabilidade penal objetiva pelo resultado; em que pese isso tal teoria foi adotada, com severas críticas da doutrina, na análise do Caso Colza (Cf. Nota 578).

³⁷⁵ Cf. ROXIN, C., op.. cit., p. 330, em que analisa, ainda as combinações dolo-dolo e dolo-imprudência.

³⁷⁶ Cf. ROXIN, C., Ibid., p. 331/332, ao observar sobre a constitucionalidade destas incriminações, notadamente quando o resultado morte é o que qualifica o delito, com a previsão de uma pena extremamente severa, e que seria somente admitida em caso de grave temeridade (Cf. Nota 384). Estas questões são passíveis de análise no caso brasileiro, considerando a redação vigente dos Arts. 272 e 273 e as possíveis remissões, em face dos Arts. 258 c/c o Art. 285, todos do Código Penal Brasileiro (Cf. Capítulo 5, itens 5.4 e 5.5).

³⁷⁷ Sobre a redação vigente de tais artigos: Cf. Notas 233 e 234.

imediate constantes do Código de Defesa do Consumidor e da Lei 8.137/90 prevêm apenas um agravamento de pena acaso sobrevenha *grave dano individual e coletivo*³⁷⁸, sendo que a superveniência de resultado lesivo típico – e aí as questões de responsabilidade pelo produto – deveria ser avaliada, ante a ausência de previsão de figura autônoma nesses casos, na forma concursal³⁷⁹.

4.2.1.2. Delitos imprudentes

O dolo é o conhecimento e a vontade de realizar os elementos objetivos do fato que pertencem ao tipo legal; a culpa é a atuação que sem querer realizar o tipo de uma lei penal em consequência da infração de um dever de cuidado e contrariamente a sua obrigação, ou quando não se dá conta disto, ou tem-no por possível, mas confia³⁸⁰ que o resultado não tem lugar³⁸¹. A valoração³⁸² – do dolo e da culpa – em relação ao conteúdo do injusto e da culpabilidade será demasiado diversa, porque suas concepções não se podem confundir, numa relação de especialidade, subsidiariedade³⁸³ ou de gravidade³⁸⁴, pois se tratam de

³⁷⁸ Cf. Nota 630.

³⁷⁹ Cf. Capítulo 5, itens 5.4 e 5.5.

³⁸⁰ Cf. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Problemas de responsabilidad penal por comercialización de productos adulterados: algunas observaciones acerca del <<caso de la Colza>> (Primera Parte)*, p. 277 et. seq., em relação a questão da confiança pondera que não é qualquer confiança que está a apta a excluir o dolo; deve ser uma confiança razoável baseada em critérios seguros e não supersticiosa e irracional, mas em sentido penalmente relevante, a qual não está presente pelo elevado risco ou pela impossibilidade de seu controle, pois um certo nível de risco da atividade passa a exigir um certo nível de segurança.

³⁸¹ Cf. JESCHECK, H. H., WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, p. 606.

³⁸² Para algumas diferenças entre as conceituações de dolo e culpa, propriamente nas hipóteses de responsabilidade pelo produto: RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., op. cit., p. 308/309.

³⁸³ Embora na teoria do erro isso possa se verificar, tanto na culpa própria quanto na culpa imprópria.

³⁸⁴ Cf. ROXIN, C., *Derecho Penal – Parte General. Tomo I*, p. 1024, manifesta-se por uma relação gradual entre dolo e imprudência, e informa que o legislador alemão procurou estabelecer uma espécie de conceito intermédio que seria a <<temeridad>> utilizado para designar uma imprudência grave, que, normalmente aparece nas combinações dolo-culpa das figuras qualificadas pelo resultado, cuja definição é intranquilha, aparecendo a reboque de conceitos jurídico-civis em que se admite que “actúa temerariamente quien actúa de modo gravemente (literalmente: burdamente) imprudente” assim a temeridade é “imprudência grave (literalmente: burda)”, mas outros conceitos são indicados, e para o autor (ROXIN) o correto “es considerar la temeridad como um elemento atinente al injusto y a la culpabilidad.” O legislador pátrio, em relação as modernas figuras, parece admitir essa análise gradativa ao dispor as figuras culposas, quase como regra, todavia, com pena diminuída em relação aos delitos dolosos, como se vê nos Arts. 63 e 66, da Lei 8.078/90, por exemplo.

conceituações totalmente diferentes³⁸⁵, especialmente porque no dolo há uma predisposição de afetação ao bem jurídico, mesmo no dolo eventual³⁸⁶ há uma aceitação da realização da figura típica ou a impossibilidade de evitação de sua ocorrência; já na imprudência³⁸⁷ ocorre uma infração *distraída* ao ordenamento jurídico, sendo que nesta última a consideração de um duplo critério³⁸⁸ seria adequada: (i) comportamento exigido objetivamente para evitar a lesão e (ii) condições e capacidades pessoais do autor que lhe permitiriam realizar tal comportamento, representando, respectivamente, consciência e capacidade³⁸⁹.

Entretanto, por se caracterizarem como uma atuação do agente contra o ordenamento jurídico não desejada ou consentida, a questão do merecimento da pena ganha relevo para que se possa indicar que tais tipos penais devem ser uma exceção na criminalização de condutas, que se justificam pelo desvalor do resultado e não da ação em situações em que se ponha em risco um bem jurídico de relevo, ficando algo desconcertante a denominada *cláusula geral de culpa* preferindo-se – por adequar-se mais aos princípios penais de garantia – a *cláusula específica*, que consta de forma evidente ante a descrição expressa de um tipo penal imprudente, tanto que a doutrina eleva-o a um *status* independente do delito doloso, com uma análise própria dos aspectos subjetivos e objetivos³⁹⁰.

³⁸⁵ Cf. JESCHECK, H. H., WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, p. 606.

³⁸⁶ Algumas considerações sobre o dolo eventual: LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho Penal – Parte General*, p. 418/429.

³⁸⁷ Sobre a terminologia mais correta (culpa, imprudência, etc): V. MIR PUIG, S., *Derecho Penal – Parte General*, p. 286; LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho Penal – Parte General*, p. 490/495.

³⁸⁸ Cf. JESCHECK, H. H., WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, p. 607. Segundo ROXIN, C., *Derecho Penal – Parte General. Tomo I* p. 999, JESCHECK distinguiria entre a <<infração ao dever objetivo de cuidado>> como injusto da ação e a <<produção, causação e previsibilidade do resultado>> como injusto do resultado dos delitos imprudentes, sendo que “en el marco de la causación trata el ‘nexo de antijuridicidad’, que contempla como problema de imputación objetiva.”

³⁸⁹ Cf. SANTOS, J. C. dos, *A Moderna Teoria do Fato Punível*, p. 103/104.

³⁹⁰ Sobre o tema conferir: JESCHECK, H. H., WEIGEND, T., *Ibid.*, p. 603/643, tratativa dos delitos imprudentes como forma especial de manifestação da ação punível; ROXIN, C., *Derecho Penal – Parte General. Tomo I*, p. 993/1042; SANTOS, J. C. dos, *op. cit.*, p. 95/124; PRADO, L. R., *Curso de Direito Penal Brasileiro : volume 1*, p. 300/307.

Quanto à definição dos elementos que devem ser analisados para informar da existência ou não da imprudência, há alguns posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais³⁹¹, emergindo uma certa consonância nos seguintes³⁹²: (a) conhecimento do perigo de realização do tipo; (b) superveniência de um resultado típico (se é hipótese de um delito de resultado); e (c) inobservância do dever objetivo de cuidado, ressaltando que em relação a este último controvérsias igualmente se avolumam para aferir sua situação nos estágios da Teoria do Delito, como um elemento integrativo e normativo do tipo ou como passível de análise na valoração pós-fato.

As características e capacidades do autor³⁹³ do fato importarão sensivelmente, no que pertine ao conhecimento do perigo da realização do tipo, pois que se trata de avaliar o sujeito que cometeu um tipo penal, quando não havia predisposição ou concordância na afetação de um bem jurídico. A doutrina encontra dificuldades em estabelecer critérios para a avaliação que será, notadamente, realizada *ex post* pelo julgador, referenciando o homem-padrão³⁹⁴ ou *figura-baremo*³⁹⁵, que às vezes será mais ou menos capacitado que o agente do caso concreto, motivo pelo qual o rechaço à concepção ideal e isolada de uma realidade concreta que poderia levar a conclusões distorcidas³⁹⁶, estendendo ou restringindo a punibilidade do agente ao voltar-se para uma espécie de *bonus pater familiae*. Tal questionamento esteve em evidência quando da ocorrência dos <<casos-paradigma>>, especialmente³⁹⁷, nos Casos Colza, Contergán-Talidomida e *Holzschutzmittel* porque havia uma discussão sobre as capacidades especiais que os fornecedores – mais particularmente quando se tratou de profissionais com

³⁹¹ Cf. ROXIN, C., *Derecho Penal – Parte General*. Tomo I., p. 999.

³⁹² Cf. MIR PUIG, S., *Derecho Penal – Parte General*, p. 296; LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho Penal – Parte General*, p. 497 et. seq., analisa os elementos em aspectos objetivos e subjetivos, elencando: (1) ausência de dolo, como requisito negativo; (2) infração do dever objetivo de cuidado ou diligência; (3) infração minimamente importante do dever de cuidado; (4) autêntica realização da conduta típica: autoria e não mera participação; (5) realização completa do tipo objetivo: consumação (o que leva a questionamento sobre a imputação objetiva do resultado), e 6) indiferença da ilicitude ou licitude do ato inicial.

³⁹³ Cf. ÍÑIGO CORROZA, M^a E., *La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos*, p. 188 et. seq.

³⁹⁴ Cf. SANTOS, J. C. dos, *A Moderna Teoria do Fato Punível*, p. 302, como homem prudente e de discernimento.

³⁹⁵ Cf. ROXIN, C., op. cit., p. 1009.

³⁹⁶ Cf. ROXIN, C., loc. cit.

³⁹⁷ Cf. Capítulo 5, itens 5.2.1.1. (Caso Contergán-Talidomida), 5.2.1.3.1. (Caso *Holzschutzmittel*), 5.2.2.1 (Caso Colza); no caso brasileiro tal foi questionado pela mídia nos Casos Androcure (item 5.3.1.2.1), Celobar (item 5.3.1.2.2.) e Methyl Lens Hypac 2% (item 5.3.1.2.3.).

habilidades ou conhecimentos específicos – teriam em relação aos consumidores, com o intuito propriamente de realizar *ex ante* um estudo, uma pesquisa, e tanto quanto seja necessário para que o produto colocado no mercado não contivesse os vícios e os defeitos que se queria evitar, mesmo em sua iminência lesiva. Todavia, a capacidade de atualização e necessidade de informação foi também questionada em relação aos consumidores, e daí a referência dos <<casos-paradigma>>³⁹⁸ é o Caso Degussa³⁹⁹, em que a empresa comercializara dentifrício de amálgama.

Em relação à superveniência de um resultado, logicamente, tal só seria exigível naqueles delitos imprudentes de resultado, embora, verifique-se – especialmente nas infrações penais sob a rubrica de *delitos económicos* – uma predileção a delitos imprudentes de perigo, conquanto não se quer admitir uma zona efetiva de contato entre conduta imprudente e bem jurídico, mas tão somente a colocação em perigo que tal conduta pode gerar; são, em verdade, formas de criminalização não corriqueiras atuando em conjunto em situações que tais⁴⁰⁰. Outra forma bastante comum de incriminação, nessa seara, é a combinação da imprudência aos delitos omissivos puros e impuros imprudentes, em que a conduta omissiva é realizada de forma imprudente, pressupondo que, no caso, o atuar do agente era simplesmente atender a uma norma mandamental⁴⁰¹; ou sua não atuação é que originou o resultado lesivo típico, se for um delito de resultado⁴⁰².

Por fim, no que pertine à inobservância ao dever objetivo de cuidado, os nós não são menos resistentes, pois que se evidencia como importante (i) a

³⁹⁸ Outros casos são referenciados: Cf. PUPPE, I., *Problemas de Imputación del resultado en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto*, p. 220/221, a respeito da utilização da tomada em uma lavadora (Cf. Nota 332); ÍÑIGO CORROZA, M^a E., *La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos*, p. 236/239, relatando um caso em que a justiça italiana entendeu que incumbia à vítima atualizar-se a respeito dos dispositivos de acionamento quando da aquisição de um pára-quedas.

³⁹⁹ Cf. Capítulo 5, item 5.2.1.3.2.

⁴⁰⁰ Cf. LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho Penal – Parte General*, p. 525, com observações sobre os delitos imprudentes de perigo. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Problemas de responsabilidad penal por comercialización de productos adulterados: algunas observaciones acerca del <<caso de la Colza>> (Primera Parte)*, p. 308/309, avaliando a possibilidade de delitos de imprudência sem resultado, nas hipóteses de perigo abstrato, conquanto sua maior proximidade de lesionar um bem jurídico individual importante, como vida ou integridade física; não admitindo a incriminação nessa forma considerando a saúde pública como um bem individual autônomo ou próprio, mas somente “las condiciones necesarias para hacer posible la salud individual de un grupo social”. Essas figuras encontram-se à farta no Código de Defesa do Consumidor, v. g., Arts. 63, § 2º; Art. 66, § 2º.

⁴⁰¹ Cf. ROXIN, C., *Derecho Penal – Parte General. Tomo I*, p. 1001/1004, sobre as normas que deve o agente atender.

⁴⁰² Mais considerações: Cf. item 4.2.2., deste Capítulo.

determinação do que seja o dever objetivo de cuidado que deve ser observado, e daí no caso de responsabilidade pelo produto, pode-se dizer, por certo, que o fornecedor e os a ele equiparados têm o dever de qualidade⁴⁰³, que implica (a) em colocar no mercado apenas produtos próprios para o consumo, (b) em observar o produto, (c) em investigar as propriedades dos produtos, e até mesmo (d) o dever de retirada do produto, acaso se mostrem, posteriormente, à sua colocação no mercado, impróprios ao consumo⁴⁰⁴, e (ii) a demonstração do dano – no caso de delitos de resultado – como decorrência da conduta imprudente, com a emergência da questão da causalidade.

Embora seja mais fácil a compreensão – até pelo leigo – do conceito de imprudência, ainda que de forma vulgar, sua divergente sistematização planifica uma série de dificuldades, notadamente no campo da responsabilidade pelo produto, o que justificaria sua adoção como uma forma residual ou excepcional⁴⁰⁵ da não demonstração do dolo, que passa a conviver com critérios de imputação objetiva⁴⁰⁶, pela dificuldade em aceitar que sequer imprudência há e o caso se encontra, em verdade, ao amparo das excludentes de caso fortuito e força maior.

4.2.1.3.

Elementos normativos do tipo: especial referência às normas penais em branco

O conhecimento da situação de perigo ao bem jurídico, a observância do dever de cuidado, a obrigatoriedade de atender a determinado comando implícito proibitivo ou impositivo exigem *ex ante* uma avaliação pelo autor do fato, não sem olvidar das capacidades e possibilidades desse agente em particular, com a

⁴⁰³ Cf. Capítulo 3, item 3.2.3. BUJÁN PÉREZ, C. M., *Derecho Penal Económico – Parte General*, p. 162, assenta a premissa de que existiria um <<especial deber de diligencia>>. TIEDEMANN, K., *Lecciones de Derecho Penal Económico (Comunitário, español, alemán)*, p. 166, avalia esse <<deber de vigilancia>> como derivado de uma normativa de Direito civil decorrente de uma diretiva europeia que não poderia caracterizar a posição de garante.

⁴⁰⁴ 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. 456/457.

⁴⁰⁵ Cf. BUJÁN PÉREZ, C. M., op. cit., p. 160 et. seq.

⁴⁰⁶ Cf. ROXIN, C., *Derecho Penal – Parte General. Tomo I*, p. 999.

compreensão que o agente tem ou pode ter de determinada lei penal; pois que embora conste que o desconhecimento da lei é inescusável, conforme o Art. 21 do Código Penal pátrio, o conhecimento da norma torna-se imprescindível⁴⁰⁷. Embora a avaliação do alcance de tais elementos normativos seja somente feita *ex post* pelo julgador.

As dificuldades na composição de critérios fechados e seguros estão presentes tanto no tipo objetivo (não nos elementos descritivos) quanto no tipo subjetivo, especialmente nos elementos normativos e valorativos⁴⁰⁸, porque o resultado de avaliação *ex post* tem muitas probabilidades de variar entre os próprios julgadores e, igualmente, na avaliação *ex ante* feita pelo autor do fato.

A compreensão dos elementos normativos e valorativos presentes nas normas penais em branco, “nas quais a conduta incriminada não está integralmente descrita, necessitando de uma complementação”⁴⁰⁹, faz com que a *linguagem*⁴¹⁰ assumam especial importância na interpretação das normas penais em

⁴⁰⁷ Ainda que seja o conhecimento vulgar ou profano: a valoração paralela na esfera do leigo.

⁴⁰⁸ Sobre considerações a respeito da teoria dos tipos abertos e valoração global do fato: Cf. JESCHECK, H. H., WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, p. 264/265; ROXIN, C., *Derecho Penal – Parte General. Tomo I*, p. 298, e LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho Penal – Parte General*, p. 352 et. seq.

⁴⁰⁹ Cf. BATISTA, N., *Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro*, p. 73/74, Nota 32, que referencia a expressão de BINDING ao dizer que <<sem a proibição do completivo da norma, a lei penal pareceria um corpo errante que busca sua alma>>, e menciona do mesmo BINDING, com alguma alteração, a classificação para as normas penais em branco: complementação homóloga, que, de sua vez, pode ser homóloga homovitelina (quando é da própria lei penal) e homóloga heterovitelina (quando é de outra lei), e complementação heteróloga (quando o complemento advém de outras fontes legislativas de hierarquia inferior, como o ato administrativo, ou a lei estadual ou municipal). Também: Cf. TIEDEMANN, K., *Derecho Penal y nuevas formas de Criminalidad*, p. 36. SCHÜNEMANN, B., *Las reglas de la técnica en Derecho penal*, p. 307 et. seq., não admite uma conceituação tão simplificada das normas penais em branco, pois o déficit dogmático em sua estruturação faz com que surjam conseqüências intrincadas na adoção e propõe uma série indagações sobre <<las reglas de la técnica>> como complementos dinâmicos, estáticos ou jurídico-processuais. Outra classificação: Cf. MIR PUIG, S., *Derecho Penal – Parte General*, p. 76, em que se dividiria em sentido amplo e restrito, atribuindo tal classificação a Mezger.

⁴¹⁰ Cf. HASSEMER, W., *Fundamentos del derecho penal*, p. 221 et. seq., que inicia o Capítulo II – Alteraciones de la vinculación. Experiencia y lenguaje, afirmando que “comparado con un lenguaje formal, como es matemático, el lenguaje de las leyes penales es bastante natural y poco artificial; artificial es sólo en relación con el lenguaje cotidiano. La aproximación del lenguaje legal ao cotidiano no sólo se debe a la misión del sistema juridicopenal, ya analizada, de comunicarse lingüísticamente con los afectados por él, sino que es más bien la consecuencia forzosa de la misión del sistema jurídico de elaborar experiencia. In lenguaje formal no expresa la experiencia, la realidad; es sintaxis, no semántica o pragmática.”, e adiante analisando a linguagem legal trata dos <<conceptos vagos>>, <<conceptos porosos (como vaguedad potencial)>>, <<conceptos que reflejan una disposición o tendencia anímica>>, <<conceptos necesitados de complemento valorativo>>, e sob a rubrica do mandato de certeza avalia uma comparação crítica com o inicial otimismo com a linguagem legal. Ainda Cf.: ABANTO VÁSQUEZ, M. A., *El principio de <<certeza>. En las leyes penales en blanco – Especial referencia a los delitos económicos*, passim, e especialmente p. 24/34; TORON, A. Z., *Aspectos Penais da Proteção ao Consumidor*, p. 292, afirma que “do ponto de vista penal, o Código de Defesa do Consumidor

branco, notadamente na formulação legal dos delitos econômicos em que ganharam vazão⁴¹¹, não que em delitos do Direito penal nuclear tal hipótese não estivesse presente – a propósito o acadêmico exemplo contido no, atualmente revogado, Art. 217, qual seja, mulher *honest*a. A escolha dessa concepção normativa, portanto, não só na atualidade, contempla uma série de objeções, relacionadas sobremaneira com o princípio da reserva legal ou reserva absoluta⁴¹², pelo fato de que o autor desconheceria *prima facie* o conteúdo proibitivo ou impositivo constante da lei penal, o que acarretaria, especialmente nas normas penais em branco de complementação heteróloga, a inconstitucionalidade⁴¹³.

O emprego das leis penais em branco⁴¹⁴ – hipóteses de configuração não taxativa ou franca referência ao injusto ou elementos de cunho extrajurídico ou jurídico – no Direito penal econômico com a remissão às demais leis e normas justificar-se-ia pelo fato de que incrimina condutas que se referem, em sua quase totalidade, a situações que contem elementos de definição já realizada por outros regramentos ou que estão em constante modificação, mas que nem sempre estão no conhecimento da população em geral, o que pode servir como argumento de reforço para a afirmação de que não se coadunam com o princípio da reserva absoluta e de que propósitos de prevenção especial não podem ser alcançados⁴¹⁵. O uso desse recurso pode ser identificado em diversas leis extravagantes – como na Lei 7.492/86⁴¹⁶, que criminaliza condutas contra o Sistema Financeiro Nacional; Lei 8.137/90⁴¹⁷, no que pertine aos crimes fiscais, bem como na Lei

chega mesmo, paradoxalmente, a violar o princípio da legalidade por meio da própria lei. E tudo em manifesto desalinho com as recomendações do XIII Congresso Internacional do Direito Penal sobre ‘O conceito e os princípios fundamentais do Direito Penal Econômico e da Empresa’, celebrado no Cairo em 1984. Com efeito, a 7ª recomendação expressa o seguinte: ‘No Direito Penal Econômico e da Empresa deveriam evitar-se, no que for possível, as cláusulas genéricas. Ali onde resulte necessário o emprego de cláusulas genéricas, estas deverão interpretar-se restritivamente. *As condutas proibidas devem ser descritas com precisão*’.” (- grifos constam do original -). Também TIEDEMANN, K., *Poder Económico y Delito*, p. 22/24.

⁴¹¹ Cf. TIEDEMANN, K., *Derecho Penal y nuevas formas de Criminalidad*, p. 36, ao afirmar que nesse campo de “Derecho penal económico, es característico el empleo de *leyes penales en blanco*, que son totalmente <<abiertas>> o los están en parte (...)”.

⁴¹² Cf. BATISTA, N., *Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro*, p.72/74; HASSEMER, W., *Fundamentos del derecho penal*, p. 310 et. seq.

⁴¹³ Cf. ROXIN, C., *Derecho Penal – Parte General. Tomo I*, p. 169.

⁴¹⁴ Sobre sua origem no Código Penal da Alemanha do III Reich, cujo recurso indicava uma determinação superior aos órgãos inferiores, como os Estados e Municípios, sendo vista, assim, como autorização e delegação: Cf. MIR PUIG, S., *Derecho Penal – Parte General*, p. 76.

⁴¹⁵ Cf. ZAFFARONI, E. R., et al., *Direito Penal Brasileiro I*.

⁴¹⁶ Cf. LAUFER, D., *Art. 25 da Lei n. 7.492/86 : Problemas de autoria no âmbito jurídico-penal*, no prelo, passim.

⁴¹⁷ Cf. RÍOS, R. S., *O Crime Fiscal*, passim.

9.605/98⁴¹⁸, que criminaliza condutas contra o ambiente, apenas para citar alguns instrumentos legislativos, cujas controvérsias em torno desse recurso são objeto de severa crítica na linha dos argumentos supra referidos.

Igual fenômeno é constatado nas criminalizações contidas no Código de Defesa do Consumidor e na Lei 8.137/90, no que concerne às condutas lesivas ao consumidor e às relações de consumo⁴¹⁹, isso porque no âmbito da responsabilidade pelo produto, já na formulação típica, é necessário preencher o conceito de *produto*, ao depois o que seja um *produto defeituoso*⁴²⁰. Nestes casos, a complementação remete ao conceito de *produto impróprio para o consumo* constante do Art. 18, § 6º, do próprio Código de Defesa do Consumidor, mas em sua leitura vê-se uma remissão reflexa, a elementos de cunho extra-jurídico (qualidade, quantidade, segurança, v. g.), de franca referência ao injusto (em desacordo com a determinação legal, v. g.) e configuração não taxativa.

Nesse ponto é inevitável o aparecimento de questionamentos em torno dessas figuras, além da desobediência ao princípio da reserva legal e a uma possível inconstitucionalidade, relacionados com a Teoria do Erro, tanto sob o ponto de vista da inciência do agente em não saber se está realizando um tipo penal quanto pelo fato de que, embora conhecendo a existência de uma norma incriminadora, desconhece o seu real conteúdo, porque a complementação e a atualização foram feitas de forma errônea.

A possibilidade, também – e isso é próprio de países do condomínio da pobreza como o Brasil – de que os fornecedores (principal destinatário das normas) nem sempre ostentem condições de capacidade e conhecimento das normas incriminadoras – não se fale aqui de empresas de grande mobilidade de capital, com profissionais altamente qualificados, nos diversos segmentos organizacionais – retomando a idéia de conhecimento vulgar e profano, mas que só é exitosa em casos extremos, mas não em diversos setores de economia informal, como os ambulantes, por exemplo, que comercializam, na maioria, seus *produtos* em condições reconhecidamente contrárias ao ordenamento jurídico.

⁴¹⁸ Cf. PRADO, L. R., *Crimes contra o ambiente*, passim.

⁴¹⁹ Sendo que a própria identificação do sujeito passivo (consumidores, coletividade consumidora, etc) e do sujeito ativo (fornecedores, fornecedor equiparado, etc) já planifica uma série de questionamentos: Cf. Capítulo 3, itens 3.2.2.3. e 3.2.2.4.

⁴²⁰ Cf. Capítulo 3, item 3.2.3.

O tratamento dispensado ao agente poderia, de início, ser considerado como erro de tipo, quando o agente sequer alcança o conhecimento vulgar e profano da situação não lhe sendo crível que está a praticar um tipo penal, e assim este erro excluirá o dolo, pois o sujeito sequer conhece o sentido e o significado social e, portanto, o próprio fato⁴²¹, e isso até seria aceito de forma tranqüila. Isso não se dá, todavia, em se tratando do equívoco sobre a situação de fato subsumir-se a determinado tipo penal, o que justificaria uma análise como erro de subsunção, ou propriamente sob a rubrica do erro de proibição, ou, em verdade, trata-se erro de tipo, porque tais elementos encontram-se dentro da norma incriminadora, vez que o desconhecimento de que a conduta então por ele – agente – praticada incide sobre fato que não constituiria infração penal⁴²².

4.2.2.

Antecipação da tutela penal e fracionamento do bem jurídico

A concepção de criminalização nos delitos contra o consumidor e as relações de consumo voltada, por isso, a bens jurídicos supra-individuais é diversa daquela tradicionalmente planificada, pois conta com um rol – bastante razoável e extenso⁴²³ – de condutas que prescindem de um resultado lesivo; resultado lesivo no sentido de propiciar uma lesão a um bem jurídico.

Ocorre que – não propriamente em um caso de responsabilidade pelo defeito do produto, em que haverá um resultado tipicamente lesivo (morte ou lesões, por exemplo) ou ao menos um *dano individual* ou *coletivo*⁴²⁴ – pelo ideário da legislação consumerista, inclusive no âmbito penal, por certo, já está presente o

⁴²¹ Cf. LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho Penal – Parte General*, p. 448/449.

⁴²² Cf. LUZÓN PEÑA, D. M., *Ibid.*, p. 449/451. Ainda sobre o erro em casos tais: KINDHÄUSER, U., *Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho*, p. 139/163; PUPPE, I., *Error de hecho, error de derecho, error de subsunción*, p. 132/189; TIEDEMANN, K., *Sobre el estado de la teoría del error, con especial referencia al derecho penal económico y al derecho penal accesorio*, p. 895/910; BUJÁN PÉREZ, C. M., *Derecho Penal Económico – Parte General*, p. 177/189; DIAZ, M., CONLLEDÓ, G., *Los elementos normativos del tipo penal y la teoría del error*, p. 657/703; MUÑOZ CONDE, F., *El error en Derecho Penal*, p. 66/90.

⁴²³ V. g. Art. 7º, e incisos, da Lei 8.137/90, situação muito diversa, saliente-se, do rol de delitos constantes no Código Penal Espanhol de 1995.

⁴²⁴ Essas expressões <<dano individual ou coletivo>> não se constituem isoladamente em uma infração penal, mas são hipóteses de agravamento de pena: Cf. Nota 630.

bem jurídico-penal (*consumidor* ou *relações de consumo*) quando não há lesão, em sua concepção reinante.

A perturbação, a quebra da confiança, o desrespeito ao dever de qualidade e de segurança quando afetados por uma conduta, em que pese *lesão* não se tenha verificado, autorizaria a criminalização e conseqüente atribuição de responsabilidade, não se olvidando as discussões advindas de que isso representaria o ferimento ao princípio da lesividade ou ofensividade, e mesmo o da fragmentariedade e da intervenção mínima.

O fato que deve, contudo, ficar evidenciado é que, na concepção do Código de Defesa do Consumidor e da Lei 8.137/90, a formação do bem jurídico supra-individual em questão é abrangente. Essa forma de proteção fracionada do bem jurídico ou em vários graus de acordo com o potencial lesivo ou com o grau da ofensa não é uma novidade em termos de legislação pátria, como se pode colher no exemplo⁴²⁵ do homicídio que inaugura a Parte Especial do Código Penal e o Capítulo dos delitos contra a vida, sendo certo que o raio de proteção é a vida extra-uterina⁴²⁶, já a vida intra-uterina é objeto de proteção através dos delitos de aborto⁴²⁷, e os atentados contra a vida do nascente ou recém-nascido, inclusive pela própria mãe, são criminalizados pelo infanticídio, e não contente o legislador disse ser crime as condutas que afetem a integridade fisiopsíquica⁴²⁸ e moral⁴²⁹, e mesmo a colocação em perigo desse bem jurídico foi objeto de atenção de legislador de 1940, ao dispor a respeito dos delitos de periclitação da vida e da saúde⁴³⁰.

A idéia, não se pode negar, é propiciar que, via reflexa, através de mandamentos, os que não respeitarem a inteireza desse bem jurídico mediante lesão, ameaça ou colocação em perigo, sejam merecedores da *atenção* do Direito penal. No exemplo acima referenciado pouco se discute⁴³¹ a respeito da legitimidade do Direito penal, tampouco se fala em fracionamento do bem

⁴²⁵ JAKOBS, G., *Fundamentos de Direito Penal*, 132/133, usa como exemplo o delito contra a paz pública.

⁴²⁶ V. Algumas considerações em: PRADO, L. R., *Curso de Direito Penal brasileiro, volume 2: parte especial*, p. 45.

⁴²⁷ Cf. Arts. 124 e 126, todos do Código Penal pátrio.

⁴²⁸ Cf. Art. 129, *caput* e parágrafos 1º e 2º, do Código Penal pátrio. Historicamente os delitos de lesão corporal incluíam a proteção à integridade moral: Cf. PRADO, L. R., *op. cit.*, p. 118/120.

⁴²⁹ Cf. Arts. 138 a 140, também do Código Penal pátrio.

⁴³⁰ Cf. Arts. 130 e 136, do mesmo *codex*.

⁴³¹ A exemplo de discussões sobre a descriminalização dos delitos contra a honra.

jurídico-penal ou antecipação da tutela como algo nefasto. Tal não ocorre, porém, quando se fala dos denominados bens jurídicos supra-individuais em que a carga principiológica é utilizada para questionar a técnica utilizada em que pese a similitude com tão antigas infrações penais.

A possibilidade de justificativa⁴³² para os bens jurídicos antecipados surgiria frente à discussão da legitimidade de criminalizações a atos preparatórios lesivos a bens jurídicos, em que não se poderia negar que há outros bens que se situam à frente desses e que no caminho podem ser afetados por condutas que merecem a caracterização de *injustos parciais* em que não são afetadas as normas principais⁴³³.

Entretanto, essa justificativa não poderia ser admitida em toda e qualquer situação, salvo se demonstrado o dolo de dano ao coletivo como a um bem jurídico de elevada importância⁴³⁴, sob pena de atender a individualismos autorizadores de interesses particulares e conveniências políticas⁴³⁵, retornando a questão da legitimidade para a interferência nesses estágios prévios, com o uso

⁴³² JAKOBS, G., *Fundamentos de Direito Penal*, p. 132 et. seq.

⁴³³ JAKOBS, G., *Ibid.*, p. 133, afirma que estas normas principais são <<normas de lesão>>. E para avaliar a validade dessas normas segue dizendo que “para poder ajuizar a legitimidade dessas normas de defesa, é necessário dar uma olhada nas condições de vigência das normas. Uma norma é eficaz se realiza o que deve realizar: o asseguramento das expectativas. Para isso é necessário que a norma seja reconhecida *ex ante* como estável por aquilo potencialmente afetado. A vigência da norma não é, portanto, somente uma relação entre norma e autores potenciais, os únicos que normalmente são designados como destinatários da norma, como também uma relação entre a norma e os potencialmente afetados. A vigência da norma é uma questão com múltiplas faces, em que o aspecto relativo aos potencialmente afetados não é somente o aspecto do autor formulado negativamente, possuindo um conteúdo positivo, concretamente o da confiança da norma.”

⁴³⁴ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Problemas de responsabilidad penal por comercialización de productos adulterados: algunas observaciones acerca del <<caso de la colza>>*, p. 266 et. seq., que, todavia, em seu entendimento, os bens jurídicos de elevada importância que estão em jogo são a vida e a integridade das pessoas, afirmando que, mesmo no delito contra a saúde pública admite esta somente como uma abstração conceitual, sendo que nos delitos de perigo há uma proteção mediata de bens individuais (p. 268, Nota 6). Em sentido diverso: CORCOY BIDASOLO, M., *Responsabilidad penal derivada del producto. En particular la regulación legal en el Código Penal Español: delitos de peligro*, p. 250/251, afirma que não se trata tal proteção de um adiantamento da barreira penal, senão uma afetação de um bem jurídico que se estrutura por si só, fazendo, para justificar a possibilidade dessa concepção na seara dos delitos contra a saúde pública (recurso disponível para casos jaez no Direito penal espanhol), um paralelo com os delitos contra a segurança no trabalho, para concluir que se protege diretamente a seguridade no consumo. Em sentido contrário: V. HASSEMER, W., MUÑOZ CONDE, F., *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, p. 65, discutindo sobre a possibilidade de se admitir a existência de um bem jurídico coletivo autônomo <<desligado de la vida, salud e integridad física de los ciudadanos particulares, en nuestro caso los consumidores>>.

⁴³⁵ Cf. 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. 31.

dessa técnica legislativa⁴³⁶. Dentre as possibilidades de antecipação da tutela penal e fracionamento do bem jurídico o presente estudo cuidará das que seguem.

4.2.2.1. Delitos de perigo

A adoção de tipos de perigo, com a dispensabilidade da ocorrência de dano ou existência de lesão para a caracterização da figura típica, parece funcionar como um alento para a evitação de discussões que se davam sobre os critérios de imputação de resultado com a análise de uma lei causal concreta ou justificada⁴³⁷, também, porque seria deveras questionável exigir que só depois de ocorridos acidentes de consumo espetaculares⁴³⁸ – como na constelação de casos ocorridos em Alemanha e Espanha – é que se poderia dar por afetado o bem jurídico protegido e desconsiderar a fragilidade do consumidor⁴³⁹ que não pode ser ignorada, notadamente ante a sua vulnerabilidade, reconhecida mesmo no âmbito constitucional.

A utilização desse recurso⁴⁴⁰ – o de tipos de perigo – encontra seara privilegiada, no âmbito dos delitos econômicos, principalmente porque recaem sobre interesses não individuais, portanto não mensuráveis, cuja manifestação verifica-se contra uma coletividade que, especialmente nos casos de defeitos de produto, pelo desrespeito a um dever, tem sua confiança abalada, residindo aí a genuína lesividade, presente, assim, pelo grave desamparo que tais bens supra-individuais experimentariam.

⁴³⁶ FIGUEIREDO DIAS, J. de, *Temas Básicos da Doutrina Penal – Sobre os fundamentos da doutrina penal; Sobre a doutrina geral do crime*, p. 167, ao discutir a <<funcionalização>> do Direito penal, dentre outros instrumentos, com a “antecipação da tutela penal para estádios prévios (e inclusivamente ainda muito distanciados) da eventual lesão de um interesse socialmente significativo, até ao ponto em que se perde, ao menos para a generalidade dos destinatários das normas, toda a ligação entre a conduta individual e o bem jurídico que em definitivo se intenta proteger (...)”.

⁴³⁷ Cf. TIEDEMANN, K., *Lecciones de Derecho Penal Económico (Comunitario, español, alemán)*, p. 164/166.

⁴³⁸ Cf. Capítulo 5, itens 5.2.1. e 5.2.2.

⁴³⁹ Cf. KUHLEN, L., *Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal por el producto*, p. 235.

⁴⁴⁰ Cf. ÍÑIGO CORROZA, M^a E., *La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos*, p. 288/289, admitindo que esse recurso constitui-se em um adiantamento da barreira da proteção penal, antes utilizado somente em caráter excepcional.

A própria natureza dos bens jurídicos coletivos não convive confortavelmente com delitos de *lesão*, como se concebe hodiernamente, mas sim com uma afetação da certeza e da segurança, impossíveis de serem *lesionadas* e sim colocadas em *perigo*, principalmente pelo núcleo de interesse protetivo confrontando a quantidade de riscos que a empresa deve evitar e que a sociedade está disposta a suportar⁴⁴¹.

A forma de incriminação, em casos de responsabilidade por defeito do produto, através de tipos de perigo⁴⁴² demonstra sua preferência nos delitos de perigo abstrato⁴⁴³, que se caracterizaria a partir do momento da colocação no mercado de um produto com um vício – ainda que só um vício por inadequação – pois que se trata de um produto com defeito – em que está presente um vício por insegurança – conduta que já seria passível de caracterizar um delito de perigo concreto. Essa preferência poderia evitar uma *tentação* em casos de responsabilidade pelo produto de dar como ocorridos os tradicionais delitos de *lesão* corporais e homicídio, com critérios questionáveis de imputação⁴⁴⁴.

Há manifestações, porém, por um grupo intermediário – entre os delitos de perigo abstrato (cuja discussão de legitimidade é bem mais intensa) e concreto

⁴⁴¹ Cf. CORCOY BIDASOLO, M., *Responsabilidad penal derivada del producto. En particular la regulación legal en el Código Penal Español: delitos de peligro*, p. 252.

⁴⁴² Os delitos de perigo podem ser classificados como <<abstrato>> e <<concreto>>. Cf. MIR PUIG, S., *Derecho Penal – Parte General*, p. 233, “los primeros requiere expresamente la ley la creación de una efectiva situación de peligro (*resultado* de peligro), mientras que en los delitos de peligro abstracto no es preciso que en el caso concreto la acción cree un peligro efectivo: sólo serían delitos de peligro en el sentido de que la razón de su castigo es que normalmente suponen un peligro”. Já ÍÑIGO CORROZA, M^a E., *La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos*, p. 291, admite uma tríplice divisão (em igual sentido: HASSEMER, W., MUÑOZ CONDE, F., *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, p. 104): “delitos peligro concreto, delitos de peligro abstracto-concreto o también llamados delitos de peligro hipotético, y delitos de peligro abstracto”, esclarecendo que os delitos de perigo concreto são delitos de resultado, os de perigo hipotético – referenciando TORÍO LÓPEZ – caracterizam-se pela ação que é apta a produzir um perigo ao bem jurídico, e os últimos constituem-se pela mera realização da ação independentemente da colocação em perigo. Quanto aos delitos de perigo concreto e abstrato e a responsabilidade pelo produto: V. HASSEMER, W., MUÑOZ CONDE, F., *Ibid.*, p. 73 et. seq.

⁴⁴³ Cf. HASSEMER, W., MUÑOZ CONDE, F., *Ibid.*, p. 64, embora a questionem, não negam sua existência; TIEDEMANN, K., *Lecciones de derecho penal económico*, p. 166, afirma que nos delitos contra a saúde pública seria suficiente <<la aptitud para dañar>>; ÍÑIGO CORROZA, M^a E., *op. cit.*, p. 290, afirma que essa técnica há sido considerada como a mais adequada pela doutrina majoritária. Tal recomendação, desde que se faça a clara descrição da figura proibida, e não seja usada como mera facilitação da prova, veio no item 8 do Colóquio do Egito de 1981. A respeito das formas de incriminação: V. Nota 361.

⁴⁴⁴ Cf. KUHLEN, L., *Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal por el producto*, p. 234 et. seq., ao analisar o caso Contergán (V. Capítulo 4, item 4.2.1.1.), sugere que a problemática da causalidade geral seria consideravelmente reduzida com um “*tipo de peligro* de responsabilidad por el producto que mejorase el §319 StGB.” (- grifos constam do original -).

(um modelo clássico de incriminação) – os de perigo concreto-abstrato⁴⁴⁵, por ser mais garantístico, como, recentemente, adotado no direito de alimentos alemão, em que a exigência de um perigo potencial “impede que o tipo alcance também materiais produzidos em violação a certas regras, mas não perigosos no caso concreto”⁴⁴⁶ e por outro lado “exclui, também, formas não perigosas da entrega do produto”⁴⁴⁷, o que pareceria evitar tanto a indesejada punibilidade de uma conduta, nem ao menos potencialmente perigosa, quanto exigir uma danosidade iminente.

No caso espanhol, além dos delitos contra a saúde pública⁴⁴⁸, passou a ser um recurso utilizado no Código Penal espanhol de 1995, com a incorporação de elementos valorativos que de per si caracterizam-se como injusto ante a sua potencialidade lesiva, especialmente no caso de delitos contra o consumidor, embora seja de ressaltar que naquele ordenamento estrangeiro são limitadas as incriminações em face de delitos de proteção imediata aos consumidores⁴⁴⁹. Similar a esse exemplo parece ser a tipologia das imperfeições dos produtos⁴⁵⁰, adotada pelo Código de Defesa do Consumidor pátrio, em que há uma dissociação das hipóteses em que haja um vício por inadequação ou um vício por insegurança.

Em se tratando de delitos contra o consumidor e as relações de consumo, especialmente no caso de responsabilidade pelo produto, o conceito de nocividade seja ela positiva ou negativa⁴⁵¹, bem como os seus graus⁴⁵², será de suma importância para a análise da periculosidade de um dado tipo penal.

⁴⁴⁵ Cf. Nota 442/446. Também denominados de delitos de <<empreendimento ou de atitude>>, em que a atitude mostra-se como apta à colocação em perigo do bem jurídico protegido, não se podendo olvidar, entretanto, que em se tratando de elemento valorativo dependerá de uma avaliação concreta do perigo que representou ao bem jurídico (Cf. BUJÁN PÉREZ, C. M., *Derecho penal económico – parte general*, p. 111).

⁴⁴⁶ 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. 30.

⁴⁴⁷ SCHÜNEMANN, B., loc. cit. Nessa situação, porém, o autor deixa evidenciado que tal forma de incriminação constitui um adiantamento – embora justificável pela perda dos cursos causais na anonimidade nas massas. Ainda ressalta que esse <<meio-termo>> evitaria a <<crítica apodítica>> frankfurtiana quanto a adoção de um arsenal clássico (Ibid., p. 31).

⁴⁴⁸ Cf. Capítulo 5, itens 5.2.1. e 5.2.2., ante as dificuldades de imputação do resultado, pela dificuldade na demonstração causal, esse delito foi discutido.

⁴⁴⁹ Cf. BUJÁN PÉREZ, C. M., op. cit., 110/111.

⁴⁵⁰ Cf. Nota 164.

⁴⁵¹ REALE JÚNIOR, M., *A inconstitucionalidade da lei dos remédios*, p. 420/421.

⁴⁵² HASSEMER, W., MUÑOZ CONDE, F., *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, p. 72/73, após conceituarem nocividade como <<aptitud o idoneidad de una sustancia para provocar daños en la salud, la integridad o la vida de las personas>> não desconsideram que a adoção do recurso do perigo abstrato ou concreto dar-se-á de acordo com a proximidade e probabilidade da produção do dano ao bem jurídico.

A opção por essa modalidade de tipos de perigo encerra uma série de críticas que se iniciam pela inconstitucionalidade de tais tipos penais⁴⁵³, mas passam não só pela verificação <<ex ante>> da periculosidade de uma conduta, senão também por uma análise <<ex post>>, pelo fato de que seria questionável punir uma conduta por sua periculosidade – e isso seria a ela intrínseco – quando, em verdade, no caso concreto tal não existe⁴⁵⁴. Não se pode deixar de considerar, a propósito, que isso dependerá, também, da avaliação subjetiva do julgador e da consciência de atitude lesiva do agente, dos termos normativos inseridos no injusto, não sendo necessário, por certo, que conheça a eficiência lesiva, mas apenas sua valoração paralela na esfera do leigo, que poderá ter como parâmetro a forma de circulação de produtos, o círculo de consumidores, e as condições gerais de uso e consumo⁴⁵⁵, para que se possa ao depois imputá-las, ao menos a título de dolo eventual⁴⁵⁶.

4.3. Formas de imputação

Após a determinação da condição que é causa do resultado ou da identificação da que se apresenta como geradora de perigo haverá uma segunda fase que é a distribuição e atribuição de responsabilidades, com a conseqüente imputação⁴⁵⁷ de figuras penais, nas hipóteses de responsabilidade pelo produto,

⁴⁵³ Cf. REALE JÚNIOR, M. *A inconstitucionalidade da lei dos remédios*, passim.

⁴⁵⁴ Cf. MIR PUIG, S., *Derecho Penal – Parte General*, p. 234/235.

⁴⁵⁵ Cf. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Problemas de responsabilidad penal por comercialización de productos adulterados: algunas observaciones acerca del <<caso de la colza>>*, p. 269.

⁴⁵⁶ Isso seria imprescindível para a concepção da antijuridicidade material e, portanto, da legitimação a tais criminalizações. Embora haja uma atenção especial para os tipos imprudentes (Cf. item 4.2.1.2.).

⁴⁵⁷ ÍÑIGO CORROZA, M^a E., *La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos*, p. 250 et. seq., que para tanto subdivide essa segunda fase em duas outras: 1^a fase de imputação com a <<determinación general de la empresa fabricante del producto>>; e a 2^a fase com a <<determinación de quién créo el riesgo dentro de la estructura organizativa de la empresa>>, em que seriam avaliados os seguintes itens: A) condutas criadoras de risco nos processos de produção e de distribuição; B) autoria e participação dos sujeitos intervinientes na produção e distribuição, com a responsabilidade dos executores imediatos e encarregados; C) responsabilidades aos órgãos diretivos; D) delegação de competências; E) responsabilidade dos órgãos diretivos da empresa na omissão de retirada (dever de aviso de retirada <<Rückruf>>).

identificadas em duas vertentes principais: a responsabilidade plurissubjetiva e a responsabilidade por omissão.

As formas de imputação nos casos de responsabilidade pelo produto poderiam ser defendidas ao argumento de que sua estruturação está formalizada como nas hipóteses de imputação tradicionais⁴⁵⁸, mas rechaçada pelo fato de que, mesmo diante de critérios empíricos e normativos, embora acolhendo uma mudança social ou da *sociedade de risco*⁴⁵⁹, a imputação em casos tais lança seus tentáculos sobre muitas pessoas sem poder avaliar, com fidedignidade, suas diferenciações de autoria e participação⁴⁶⁰, colocando a pessoa humana em um segundo plano, sobressaindo o objetivo em detrimento do subjetivo⁴⁶¹, principalmente se consideradas as conseqüências no âmbito do Direito penal e processual penal, com possibilidades de aplicação de medidas cautelares pessoais e pena privativa de liberdade⁴⁶².

No caso brasileiro, não é demais lembrar a hipótese de que em alguns casos de responsabilidade pelo produto haverá penas privativas de liberdade de até 30 anos de reclusão e a qualificação como *crimes hediondos*⁴⁶³, fatores que representam a dureza da conseqüência fática: a possibilidade do maior *quantum* de pena privativa de liberdade, ou seja, a pena máxima do Direito penal brasileiro⁴⁶⁴ e a inclusão no rol dos delitos que convivem com o mais nefasto tratamento, afastando as medidas benéficas, e admitindo situações extremas - como, por exemplo, a prisão temporária – amplamente criticadas pela Dogmática jurídico-penal garantista⁴⁶⁵.

⁴⁵⁸ Cf. SCHÜNEMANN, B., *¿Ofrece la reforma del Derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento?*, p. 192/197.

⁴⁵⁹ Cf. Capítulo 1, item 1.1.

⁴⁶⁰ Cf. HASSEMER, W., *Persona, mundo y responsabilidad*, p. 181.

⁴⁶¹ Cf. Nota 353.

⁴⁶² Cf. HASSEMER, W., *op. cit.*, p. 181.

⁴⁶³ A propósito a posição de SILVA SÁNCHEZ, J. M^a, *A expansão do direito penal : aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*, p. 140 et. seq., fazendo referências as propostas de HASSEMER em relação aos critérios de imputação coletiva, para dizer que a dimensão sancionatória dessa *velocidade* do Direito penal deveria abdicar da pena de prisão, principalmente, porque não só na leitura do Direito de Intervenção, conviver-se-ia inexoravelmente com uma relativização dos princípios penais de garantia, tradicionalmente reconduzidos ao Direito penal nuclear. Sobre as outras *velocidades* do Direito penal propostas pelo autor ante a não existência de um *único* Direito penal: *Ibid.*, p. 136 et. seq. V. Nota 465.

⁴⁶⁴ Cf. Art. 75, *caput*, do Código Penal brasileiro.

⁴⁶⁵ Cf. REALE JUNIOR, M., *A inconstitucionalidade da lei dos remédios*, *passim*, e BATISTA, N., *A política criminal d'A utopia e a Maldição de Hedionduras*, p. 117/127.

4.3.1. Responsabilidade plurissubjetiva

O sujeito de imputação habitual do Direito penal era aquele que realizava de forma autônoma o tipo penal, considerando para sua responsabilização os pressupostos contidos no Código Penal brasileiro, em seu Art. 29, de acordo com o princípio da culpabilidade, com referência ao limitador da atuação ao dolo e à imprudência; conquanto a nova realidade social não conviva, em regra, com essa imputação individual, em que a complexidade das relações, notadamente no âmbito empresarial – em que se incluem diversos modelos organizacionais, com estruturas dinâmicas diversas e onde se recolhem a quase unanimidades dos processos produtivos – podem implicar em responsabilidade pelo produto⁴⁶⁶.

A possibilidade concursal em delitos da empresa ou delitos econômicos terá razões para enfrentamento quando se tratem das infrações penais contra o consumidor e as relações de consumo, embora como não se pode negar, não só em grandes corporações e empresas transnacionais é que se vislumbra seu campo de ocorrência. Esses delitos são derivados de atuações no plano das decisões, das criações, da produção e da distribuição, tanto o é que legislador pátrio cuidou de elaborar tipos mistos alternativos que contivessem os verbos característicos de cada uma dessas fases, bem como estabeleceu nos Arts⁴⁶⁷. 75, da Lei 8.078/90 e 11, da Lei 8.137/90⁴⁶⁸ a possibilidade concursal, o que está de igual modo contido

⁴⁶⁶ HASSEMER, W., MUÑOZ CONDE, F., *Responsabilidade penal por el producto*, p. 170 et seq.

⁴⁶⁷ Cf. Lei 8.079/90, Art. 75, dispondo que “quem, de qualquer forma, concorrer para os crimes referidos neste Código incide nas penas a esses cominadas na medida de sua culpabilidade, bem como o diretor, administrador ou gerente da pessoa jurídica que promover, permitir ou por qualquer modo aprovar o fornecimento, oferta, exposição à venda ou manutenção em depósito de produtos ou oferta e prestação de serviços nas condições por ele proibidas.”; Cf. Lei 8.137/90, Art. 11, que, de sua vez, contempla que “quem, de qualquer modo, inclusive por meio da pessoa jurídica, concorrer para os crimes definidos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida de sua culpabilidade.”, com a exceção, para os distribuidores ou revendedores, do Parágrafo único quando a compra e venda é realizada por sistema de entrega.

⁴⁶⁸ TORON, A. Z., *Aspectos Penais da Proteção ao Consumidor*, p. 292/293, analisa os Arts. 11 e 75, para ponderar que se a conclusão for de que ambos encontram-se em vigência há o <<absurdo>> de duas situações afetas aos mesmos tipos de delitos submeterem-se a regimes jurídicos diversos, mas pronuncia-se pela prevalência do Art. 11, Lei 8.137/90, por se coadunar com a redação do Art. 29 do Código Penal pátrio.

nos Arts.⁴⁶⁹ 272 e 273, do Código Penal, sem prejuízo da regra geral de concurso de pessoas contida no Art. 29 do Código Penal, sendo de ressaltar que a discussão ganha relevo, sobretudo, pela forma concursal caracterizar hipótese de concausa, com a conseqüente distribuição ou atribuição de responsabilidades⁴⁷⁰.

A tarefa da responsabilização plurissubjetiva exige uma análise conjunta de princípios técnico-econômicos – regentes da organização produtiva que poderiam ser aqui especialmente referidos como a divisão de trabalho e a hierarquia⁴⁷¹ –, com princípios jurídicos de atribuição de responsabilidades – mais voltados às condutas realizadas em um plano comum, que fixaria a qualidade, a quantidade e a contribuição de cada qual.

Nesse ponto, considerando que normalmente quando se trata de uma organização empresarial a distribuição e atribuição de responsabilidades volta-se – seja ela uma pessoa jurídica de Direito público ou privado – ao ente que a representa vêm à tona as discussões sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica, hipótese não contemplada, ainda, pelo legislador pátrio nos delitos contra o consumidor e contra as relações de consumo; consta apenas a responsabilidade *por meio* da pessoa jurídica.

A tarefa deve consistir na avaliação de cada um dos processos produtivos e do modelo organizacional, no caso concreto⁴⁷², para se poder aferir a contribuição

⁴⁶⁹ Redação vigente dos Arts. Cf. Notas 233 e 234. Forma de descrição também encontrada no Art. 346 do Código Penal espanhol, vigente à época das remissões doutrinárias, antes de 1995.

⁴⁷⁰ Sobre o concurso de pessoas no caso brasileiro, vide por todos: BATISTA, N., *Concurso de Agentes – Uma Investigação sobre os Problemas da Autoria e da Participação no Direito Penal Brasileiro*, passim, especialmente p. 39 et. seq., ao referenciar a questão da causalidade para afirmar que não só porque alguém causou determinado fato é que ele é considerado seu autor, e por ele será responsabilizado, clamando pela revisão por parte da doutrina brasileira das atualizações a respeito da causalidade, por certo, no tema, também de concurso de agentes. A respeito das teorias no entorno da questão do concurso de pessoas, vide por todos: ROXIN, C., *Autoria y Dominio del hecho em Derecho penal*, passim.

⁴⁷¹ Cf. PAREDES CASTAÑON, J. M., *Problemas de la responsabilidad penal en supuestos de comercialización de productos adulterados : algunas observaciones acerca del <<caso de la colza>> (Segunda Parte)*, p. 291.

⁴⁷² A avaliação de cada situação e da divisão de trabalhos: Cf. TIEDEMANN, K., *Derecho Penal y Nuevas Formas de Criminalidad*, p. 44, afirma que “por un lado se trata allí acertadamente de averiguar quién es el autor responsable, y por outro lado de evitar la ‘irresponsabilidad organizada’.” Segundo ÍÑIGO CORROZA, M^a E., *La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos*, p. 27/29, a <<irresponsabilidade organizada>> vem também referenciada por U. BECK ao tratar da complexidade crescente na sociedade atual, que aumenta a divisão do trabalho e a teia de responsabilidades fica mais difusa. As peculiaridades organizacionais foram objeto de avaliação em diversos <<casos-paradigma>>, como no Casos Contergán (item 5.2.1.1.), Erdal (5.2.1.2.), Holtzchumittel (5.2.1.3.1.) e Colza (item 5.2.2.1.): Cf. HASSEMER, W., MUÑOZ CONDE, F., *Responsabilidade penal por el producto*, p. 170 et. seq. PAREDES CASTAÑON, J. M., *La responsabilidad penal por productos defectuosos: Problemática político-criminal y reflexiones de <<lege ferenda>>*, p. 424, propõe uma

que cada um dos envolvidos emprestou, pois os sistemas de produção não têm funções, cargos e obrigações intrínsecas e naturais a qualquer modelo⁴⁷³, mas sim e tão somente àquele, motivo pelo qual qualquer referência genérica oportunizaria uma análise inadequada do pressuposto concreto para se concluir qual a conduta positiva ou negativa que colaborou para o resultado ocorrido ou a colocação em perigo dos bens jurídicos em questão⁴⁷⁴. Isso para que não se consagre uma responsabilidade objetiva⁴⁷⁵ ditada por uma tendência de imposição de responsabilidades diante de fatos graves, especialmente quando há resultados de lesões e mortes⁴⁷⁶, e, é certo, não se pode negar, que mesmo em situações que tais, em muitas oportunidades, não se logrará identificar o autor do fato⁴⁷⁷, o que levaria à impunidade.

4.3.2. Responsabilidade por omissão

A omissão, historicamente, ocupa lugar de destaque no estudo da Dogmática jurídico-penal, porquanto planifica questões que vão desde a sua

distribuição de responsabilidades de acordo com o merecimento de pena e o princípio da culpabilidade, procurando avaliar as hipóteses de autoria e participação; de delitos de resultado e de perigo; delitos comissivos, comissivos por omissão e omissivos puros, discutindo nesses a posição de garante e a omissão própria.

⁴⁷³ ÍÑIGO CORROZA, M^a E., *La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos*, p. 27 e 244 et. seq., considera, entretanto, existir algumas características como a hierarquia, a delegação e a divisão funcional do trabalho (- tradução livre -). Também sobre a questão organizacional e os delitos econômicos: Cf. BUJÁN PÉREZ, C. M., *Derecho Penal Económico – Parte General*, p. 191/240, especialmente na análise das consequências acessórias para os casos relacionados com a imputação à pessoa jurídica, de acordo com o Art. 129 do Código Penal espanhol de 1995; GRACIA MARTIN, L., *Instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal*, p. 213/233.

⁴⁷⁴ Cf. PAREDES CASTAÑON, J. M., *Problemas de la responsabilidad penal em supuestos de comercialización de productos adulterados : algunas observaciones acerca del <<caso de la colza>> (Segunda Parte)*, p. 291.

⁴⁷⁵ Para HASSEMER, W., *Persona, mundo y responsabilidad*, p. 180/182, a imputação coletiva aparecida paralelamente com o <<moderno derecho penal>>, ante as complexas formas de organização e decisão em que “las diferenciaciones que presupone la clásica imputación <<individual>> no funcionan: que cada uno reciba lo que merece, según el valor de sus actos.”

⁴⁷⁶ Cf. KUHLEN, L., *Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal por el producto*, p. 236/241.

⁴⁷⁷ ÍÑIGO CORROZA, M^a E., op. cit., p. 27, sugere outros meios de controle como o social para “intentar poner límite a los potenciales peligros que, en una dimensión ignorada, éstas crean.”

definição até a sua situação dentro da Teoria do Delito⁴⁷⁸, sendo que a clássica divisão dos tipos omissivos merece ser referenciada para que se possam avaliar as consequências de cada qual no âmbito de responsabilidade penal pelo produto, especialmente, nos casos de responsabilidade plurissubjetiva, qual seja, (i) crimes omissivos puros ou próprios, em que a caracterização, dentre outros fatores, dá-se pelo descumprimento de um mandato esperado pelo ordenamento jurídico, e dispensa a superveniência do resultado, e (ii) crimes omissivos impuros ou impróprios ou comissivos por omissão, de sua vez, apresentam-se quando da inobservância de um mandato especial determinado pelo ordenamento jurídico, e exige, em regra, a superveniência do resultado⁴⁷⁹.

Os primeiros – os puros ou próprios – podem ser alvo da discussão no âmbito de responsabilidade do Direito penal econômico nos casos de responsabilidade plurissubjetiva, pois que há – mesmo no Direito penal nuclear – uma celeuma em relação a possibilidade concursal, ou seja, se há possibilidade de que se estabeleçam os requisitos dessa modalidade de imputação, nos casos de omissão pura, porque o mandamento estaria destinado a cada qual, com o exemplo sempre referido do delito de omissão de socorro, descrito no Art. 135 do Código Penal pátrio⁴⁸⁰. Além do que, outra indagação possível seria se o fornecedor ocupa a situação que erige tais delitos a categoria de próprios ou de própria mão⁴⁸¹, ou modificaria tais delitos para a categoria daqueles delitos omissivos impróprios ou impuros, em que a superveniência do resultado ou a caracterização de lesão traz à baila a discutida posição de garantidor, como se houvesse um dever geral de garantia em relação ao comportamento dos demais sujeitos intervenientes, o que planifica dois problemas: (i) o autor que determina o curso fático que enseja um resultado lesivo ou a colocação em perigo, teria que possuir a capacidade de concepção sobre essa *nocividade* do produto, e (ii) se os outros sujeitos intervenientes teriam o dever de cuidado em relação ao autor⁴⁸².

⁴⁷⁸ V. JESCHECK, H. H., WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, p. 649/688; LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho Penal – Parte General I*, p. 275/293; ROXIN, C., *Derecho Penal – Parte General – TOMO I*, p. 455 e 515; MIR PUIG, S., *Curso de Derecho Penal – Parte General*, p. 305/330.

⁴⁷⁹ SANTOS, J. C. dos, *A Moderna Teoria do Fato Punível*, p. 131/139.

⁴⁸⁰ Cf. PRADO, L. R., *Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 2*, p. 184/186.

⁴⁸¹ Sobre a classificação em razão do autor: Cf. SANTOS, J. C. dos, op. cit., p. 42/48.

⁴⁸² Cf. PAREDES CASTAÑON, J. M., *Problemas de la responsabilidad penal en supuestos de comercialización de productos adulterados : algunas observaciones acerca del <<caso de la colza>> (Segunda Parte)*, p. 304.

Quanto à segunda categoria – a dos delitos comissivos por omissão – discute-se a hipótese do dever de retirada do produto⁴⁸³, cuja constatação de impropriedade deu-se após a colocação do produto no mercado, ou seja, o descobrimento do perigo é posterior, pois no momento da conduta inicial era ausente o conhecimento científico e isso foi objeto de discussão em diversos <<casos-paradigma>>, como no Caso Degussa, mas especialmente no Caso *Holzschutzmittel*.

Seria possível admitir que essa posição de garantidor somente poderia ser imputada quando uma obrigação fora anteriormente assumida e então depois inobservada, caso contrário resta apenas a possibilidade da omissão pura que só permite eventual agravamento da pena, mas não a configuração típica autônoma destes⁴⁸⁴.

Outro fato que não escapa a observação, notadamente pelo não atendimento à teia obrigacional que surge no momento em que o fornecedor realiza uma atividade industrial alheia aos ditames já referidos, seria a criação de um comportamento de risco (colocando produtos nocivos no mercado de consumo sem o alerta necessário sobre sua periculosidade, nocividade e segurança). Tal fato assume especial condição, em face do adquirente do produto, o que, diversamente, das confrontações com os ordenamentos espanhol e alemão, à época da constelação de casos, estão inseridos no caso brasileiro como infrações penais autônomas, ainda que se discuta o respeito aos princípios da intervenção mínima, fragmentariedade e subsidiariedade. Isso porque o art. 13, § 2º, do CP traz a figura do garante e entre as possibilidades a de que, segundo a alínea c, a criação da situação de risco com seu comportamento anterior obriga-o a evitar o resultado; resultado lesivo esse decorrente daquele comportamento de risco, ou seja, toda e qualquer decorrência daquela criação de risco – que não é um risco permitido, porque contrário aos ditames legais, vez que a colocação de *produtos defeituosos* já é uma infração *per si* – enseja responsabilidade autônoma.

⁴⁸³ 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. 451, ao ressaltar o <<Rückruffpflicht>>.

⁴⁸⁴ Cf. JAKOBS, G., *Teoria e Prática da Intervenção*, p. 3/5, ao avaliar as relações positivas e negativas; e 37/41 ao discurrir sobre o *status* e a organização prévia; ÍÑIGO CORROZA, M^a E., op. cit., p. 458; ZAFFARONI, E. R., *Qui peut et n'empêche, pero no delinque (Acerca de la inconstitucionalidad de los tipos omisivos improprios no escritos)*, p. 1389/1397, discutindo os grupos de dever.

Portanto, pode-se objetar da responsabilidade pelos eventos lesivos decorrentes da não evitação do resultado, que aparece como um especial dever de agir, mais denso e exigente, que aquele já mencionado, ou seja, aqui é o nexo de evitabilidade que motiva a atuação da norma penal diante de tipos comissivos por omissão ou tipos omissivos impróprios ou impuros, porque haverá o contentamento com a mera assunção de risco, seja criado pelo dolo eventual ou pela imprudência⁴⁸⁵.

⁴⁸⁵ Sobre a análise da ação precedente perigosa: V. SANTOS, J. C. dos, *A Moderna Teoria do Fato Punível*, p. 137/139.

5. ANÁLISE DE CASOS

Os problemas enfrentados na constelação de casos eleita para fazer a dialética com o paradigma brasileiro – cujo enfrentamento não se deu, exclusivamente, à luz de figuras destinadas à proteção do consumidor e das relações de consumo – podem ser indicados como: (i) a prova da relação de causalidade entre o produto e o dano à saúde e à vida dos consumidores, (ii) o estabelecimento de condutas ativas e omissivas que contribuíram para esse resultado, (iii) a determinação de responsabilidades penais em face da estrutura empresarial, e (iv) a responsabilidade subjetiva⁴⁸⁶.

Não se nega, por óbvio, que na tentativa da demonstração dos quesitos a indicar quais as condições que se concretizam na causalidade, mesmo superando a linha tradicionalmente planificada – conduta-causa-resultado – é inevitável adentrar na seara processual penal⁴⁸⁷, especialmente (i) em face do princípio da verdade material⁴⁸⁸ e (ii) do princípio da presunção de inocência, tendo como principal corolário o <<non liquet>> ou <<in dubio pro reo>> e (iii) da livre apreciação da prova, notadamente discutidos quando há dificuldades na indicação de uma <<síndrome característica>> dos males suportados pelos consumidores ou

⁴⁸⁶ 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. 447. Ainda a mesma autora aponta como critérios que se constituiriam em passos lógicos na análise de casos envolvendo responsabilidade pelo produto: a) a avaliação da fonte criadora de riscos, ou fonte não controladora dos riscos, ou da fonte não redutora de riscos, seja uma força da natureza, seja uma conduta humana, dando ensejo a análise de condutas ativas e omissivas, sem desprezar nessa última a necessidade de um dever anterior estabelecido e descumprido (Cf. PUPPE, I.; JAKOBS, G.); b) concreção de danos, que traduzam um quadro sintomático; c) avaliação da existência de defeito no produto e dos fatores comuns em relação ao uso dos produtos; d) avaliação dos sujeitos participantes do processo produtivo que devam suportar as responsabilidades, pela sua disposição contra o bem jurídico (Id., *La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos*, p. 90/93).

⁴⁸⁷ Cf. HASSEMER, W., MUÑOZ CONDE, F., *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, p. 82/87.

⁴⁸⁸ Cf. HASSEMER, W., MUÑOZ CONDE, F., loc. cit. As ponderações contornam a constatação de que em situações de responsabilidade pelo produto a verdade material – conceito buscado com amparo nas disposições processuais penais da Alemanha, em que <<el caso producido ha de ser <<verdad>> (y la sentencia que lo decide ha de ser <<justa>>) y esto significa que no debe faltar ninguno de los que sean relevantes>> - não é sempre atingida pelas dificuldades na concepção causal oriundas da própria ciência que deveria manifestar-se naquela dada situação, e acaba por surgir uma <<verdade forense>>, caracterizada pelo que se conseguiu demonstrar no caso posto a exame.

da conexão causal entre defeito e dano⁴⁸⁹, e (iv) o prejuízo ao contraditório e à ampla defesa porque ausente uma formulação de uma proposição, vez que a imputação dá-se com base em uma lei causal desconhecida⁴⁹⁰.

O cerne da questão, contudo, volta-se para a Dogmática jurídico-penal que precisará dizer quando está satisfeita a demonstração de que determinada condição é causa do resultado e por isso pode ser imputada a alguém. Esse fato revolucionou o plano dogmático e o plano político criminal e social, porque as soluções, mesmo com dificuldades, foram exigidas⁴⁹¹.

Não se deve, entretanto, dispensar por completo a busca por uma relação de causalidade, pois que esta parece funcionar como mito útil que orienta uma solução, ainda que seja diante de uma quebra paradigmática e uma reconstrução das idéias sobre lei geral e lei causal. O seu completo desprezo não fora possível quando se pretendeu imputar figuras de resultado, ainda que diante de fatos até então não cognoscíveis pela Dogmática jurídico-penal, ou mesmo na convivência de figuras de proteção reflexa em que se pretenda imputar como causas de agravamento de pena, pela desvalorização acentuada do resultado.

⁴⁸⁹ ÍÑIGO CORROZA, M^a E., *El caso del <<producto protector de la madera>> (holzschutzmittel). Síntesis y breve comentario de la sentencia del Tribunal Supremo Aleman*, p. 444, com apoio na doutrina de HOYER, o qual considera que o convencimento subjetivo é injusto e dá lugar a evidentes dificultades, pondera que o juiz ao decidir um caso de responsabilidade pelo produto “debe valorar todas la probas periciales que se le presentan y una vez vistas éstas si la ciencia no ofrece una solución única sólo puede hacer dos cosas: llegar a un convencimiento subjetivo de que ha sido el uso de ese producto el causante de los daños, o absolver directamente en base al principio <<in dubio pro reo>>.” PUPPE, I., *Problemas de imputación del resultado en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto*, p. 226/227, de sua vez, inadmite a avaliação subjetiva por parte do julgador, porque somente se acolhe como causa de determinado resultado a condição que já está provada empiricamente na ciência a qual pertence.

⁴⁹⁰ PUPPE, I., *Ibid.*, p. 225.

⁴⁹¹ As exigências de que se identifique um responsável, nos casos paradigma goza de certa compreensão, mas encontram-se acentuadas na sociedade pós-industrial ou sociedade de risco, em que a idéia de insegurança está somada a um protótipo de vítima que não conta com a sua responsabilidade em um evento, tampouco seja ele derivado de um caso fortuito ou força maior. Cf. SILVA SÁNCHEZ, J. M^a, *A expansão do direito penal : aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*, p. 47, em que informa um pensamento corrente: o de que nenhuma morte é natural, é ao menos produto de negligência.

5.1.

A questão da causalidade: terceira análise

Causalidade geral⁴⁹²: esse foi o ponto mais discutido, refletido e questionado, nos <<casos paradigma>>⁴⁹³, pois que ante as situações fáticas a Dogmática de até então parecia não oferecer a solução adequada – pelo menos sob o ponto de vista teórico tradicional – aos reclamos oriundos dos casos que mesmo atualmente, contando alguns com mais de uma década, não estão esquecidos pela doutrina⁴⁹⁴.

A crise no conceito de causalidade⁴⁹⁵ está bastante evidenciada – não só na planificação teórica isoladamente considerada, mas especialmente na questão da responsabilidade pelo produto, em face do que se pode identificar como perda do curso causal na anonimidade⁴⁹⁶ ou nos contatos anônimos⁴⁹⁷ da sociedade de

⁴⁹² ÍÑIGO CORROZA, M^a E., *La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos*, p. 94, explicitando que havia a idéia da causalidade geral quando se compreendeu que a natureza estava regida por leis naturais; quando o resultado estava presente e identificava se a lei causal geral indicava uma relação possível objetiva e pré-jurídica, e se essa lei era integralmente conhecida tratando-a, assim, como uma lei universal. Todavia isso passou a ser questionado no início do Século XX quando se descobriu a possibilidade da desintegração atômica, não se podendo contar mais com o determinismo de até então. PUPPE, I. *Problemas de imputación del resultado en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto*, p. 223, salienta que as leis causais e proposições teóricas gerais, não foram tratadas, nos <<casos-paradigma>>, como proposições teóricas absolutas, pois embora denominadas de causalidade geral, o que, em verdade, restou formulado foi um indício de lei causal para o caso concreto que recorre a forças e condições encontráveis naquela situação, avaliadas empiricamente, como uma proposição teórica hipotética voltada para o caso concreto, que ganha ares de verdade, quanto mais presumível começa a se identificar pela grande quantidade de casos, o que dificulta a aceitação de coincidência e de caso fortuito.

⁴⁹³ Sobre outros casos envolvendo discussões a respeito da causalidade e responsabilidade pelo produto: V. GOMEZ BENITEZ, J. M., *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, p. 46/53.

⁴⁹⁴ KUHLEN, L., *Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal por el producto*, p. 239, momento em que avalia tal situação, propriamente voltada ao Caso Contergán em que o dissenso probatório e a filiação a uma determinada corrente probatória não foram admitidos pela maioria da doutrina, contudo, posiciona-se o mesmo autor pela adequação da solução adotada na prática porque não seria mais possível negar a atuação do Direito penal na responsabilidade pelo produto.

⁴⁹⁵ 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. 450/451, com interessantes distinções entre uma causalidade ontológica e uma causalidade jurídica.

⁴⁹⁶ 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. 30, em que – propriamente no que se refere aos consumidores – assevera que <<com a comercialização de alimentos de produtores anônimos por meio da distribuição massificada das cadeias de supermercado para consumidores também anônimos, os cursos causais se perdem na anonimidade da sociedade de massas>>.

⁴⁹⁷ JAKOBS, G., *Teoria e Prática da Intervenção*, p. 6.

massa⁴⁹⁸, com a limitação considerável da distância pessoal e social e do desnível – no caso do consumidor desnível técnico – que não permitem um controle das probabilidades⁴⁹⁹.

Essa perda na anonimidade foi sentida de forma bastante evidente – tanto pela Dogmática quanto pela Política criminal e social – nos <<casos-paradigma>> adiante tratados, tanto mais quando se dispunha somente do arsenal tradicional composto, em regra, pelos delitos de resultado, e do auxílio dos delitos de perigo contra a incolumidade pública.

Logicamente que, no entorno da causalidade, cada um dos <<casos-paradigma>> identificou algum segmento que foi o mais polêmico ou mais intranquilo e a questão que se pôs foi uma dificuldade da Dogmática jurídico-penal na determinação das condições que se constituiriam em causas do resultado e a quem seriam imputadas, gerando uma certa desintegração da visão tradicional da disciplina e forçando os operadores a reformularem um conjunto de princípios e postulados para superar a crise; a solução, conquanto isso tenha sido realizado, seja pelo reconhecimento ou não da demonstração do nexo de causalidade, constituiu-se sempre de insatisfação.

A intrincada demonstração do nexo de causalidade restou presente por uma indisfarçável busca pela imputação dos resultados, em muitos casos relativizando princípios de Direito penal e processual penal, pela gana de atribuição de responsabilidades que resistia à idéia de um pronunciamento fundamentado no <<non liquet>> ou no caso fortuito e força maior⁵⁰⁰.

Nos casos paradigma foi preciso apreender novamente a idéia de causalidade geral⁵⁰¹, como se essa lei causal precisasse mais do que sua demonstração empírica abstratamente valorada, sendo necessário fazê-lo na hipótese <<sub judice>>, o que encontrou, como se verá, obstáculos na avaliação causal das próprias ciências que socorreriam o Direito penal em casos tais, senão veja-se, sinteticamente: (i) no Caso Contergán-Talidomida questionava-se qual efetivamente era a substância química determinante das deformidades fetais; (ii)

⁴⁹⁸ V. Considerações sobre a sociedade de massa: Capítulos 2 e 3.

⁴⁹⁹ KUHLEN, L., *Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal por el producto*, p. 232.

⁵⁰⁰ ÍÑIGO CORROZA, M^a E., *La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus producto*, p. 27, a autora chega a afirmar que existe uma resistência psicológica ao caso fortuito, como uma “creciente tendencia hacia la transformación del <<Unglück>> (accidente fortuito, desgracia) en <<Unrecht>> (injusto), lo que conduce a una ampliación del Derecho penal.”

⁵⁰¹ Cf. Nota 492.

no Caso Erdal não se conhecia os efeitos prolongados da substância química, o que se vislumbrou, também, (iii) no Caso <<Holzschutzmittel>> em que não se concluiu sobre os efeitos da exposição prolongada e em que quantidade do spray para madeira, usado no interior das residências, isso aconteceria; (iv) no Caso Colza se a toxicidade do azeite decorria de uma combinação química; e até no caso brasileiro, em que o placebo fabricado pela Schering do Brasil conhecido como <<pílula de farinha>> era totalmente ineficaz para evitar a gravidez, único *dano* experimentado pelas consumidoras⁵⁰², mas quando se trata da verificação do nexo de causalidade, também, as dúvidas de tal jaez retornam, como se verá em outros casos.

No caso da Schering do Brasil, com um novo arsenal dogmático, cuja construção típica estava já inserida num contexto de novas exigências, talvez só se experimente uma tranquilidade aparente, não só pelo questionamento sempre possível da legitimidade da interferência do Direito penal nesses meandros, mas pela própria constituição dogmática que a eles se destinou, em que pese ser produto de uma reflexão que conta com quase meio século de existência.

Contudo, mesmo atualmente e com a disponibilidade do arsenal *novo*, há uma resistência prática à sua utilização⁵⁰³, nas hipóteses em que se pretenda a atribuição de resultados típicos, na forma concursal ou como agravamento de pena⁵⁰⁴, ou quando se menciona a superveniência de dano grave⁵⁰⁵; momento em que, no que pertine ao caso Schering do Brasil, avaliar se a ocorrência de gravidez é suficiente para caracterizar o dano individual, ou se somente poderia decorrer tal aumento em se tratando de figura típica individualmente considerada.

⁵⁰² À época do evento se cogitou que uma mulher houvesse morrido em decorrência da gravidez, que não lhe era possível, ante suas condições de saúde. Até o momento não houve comprovação desse fato. Algumas mulheres ingeriram medicamentos não recomendados para gestantes, pois desconheciam seu estado, e suportaram um sofrimento durante a gravidez, pois não sabiam como os fetos receberam tais substâncias; quanto aos filhos nascidos outras relataram que são vítimas de um estigma e são chamados de <<filhos da farinha>>, <<filhos biscoito>> e <<filhos da Schering>>. Ainda preocupa algumas mães o fato de que seus filhos pensem que são indesejados. (Informação disponível em <<<http://www.idec.org.br/materia.asp?id=155>>>. Acesso em: 07 fev. 2005).

⁵⁰³ Cf. Itens 5.3.1.2.1. Caso Androcur, 5.3.1.2.2. Caso Celobar, e 5.3.1.2.3. Caso Methyl Lens Hypac 2%.

⁵⁰⁴ Exemplo possível em se tratando da caracterização dos delitos dos Arts. 272 e 273, ambos do Código Penal brasileiro, do aumento de pena, pela dicção do Art. 285 que remete a possibilidade do Art. 258, ambos do Código Penal brasileiro, em havendo a ocorrência de morte ou lesões corporais.

⁵⁰⁵ Individual ou coletivo: Cf. Art. 76, inc. II, da Lei 8.078/90 e Art. 12, inc. II, da Lei 8.137/90, sendo de ressaltar que este último dispositivo menciona apenas dano à coletividade.

Nestas situações o recurso a ser utilizado para a demonstração da causalidade, mesmo existindo o arsenal novo, retorna a todas as discussões que, como se verá adiante, rondaram os <<casos-paradigma>> em que, na tentativa de reavaliar a idéia de causalidade geral ou de uma lei causal geral, foi usado um recurso de silogismo⁵⁰⁶, baseado em regras de experiência que serviram de base no caso concreto à indicação de que uma condição era causa do resultado, o que guardava um juízo de probabilidade e não de certeza, embora procurando demonstrar uma relação de causa e efeito que pudesse excluir dúvidas.

A utilização de regras de experiência e o recurso ao silogismo visam pesquisar se determinada condição contribui para o resultado, como se houvesse em tais condições uma predição ou explicação do acontecimento, bem como se a esses acontecimentos seguem-se outros; todavia, ante a insuficiência das respostas com os tradicionais mecanismos jurídicos⁵⁰⁷ ou a concepção reinante a respeito da lei causal, ou mesmo qual seja a lei causal que rege determinado fato, a pergunta que permanece é se cabe ao Direito penal trazer os questionamentos que permeiam outras ciências, definindo a existência de uma relação de causa e efeito que em seu âmbito próprio de análise não se encontra resolvida⁵⁰⁸.

O fato que gera desconforto, notadamente no campo da Política criminal, é a impossibilidade de na responsabilidade pelo produto não se admitir, sem controvérsias, a condição como causa baseada em uma lei suficientemente confirmada, em que pese filiada a um setor ou segmento científico, por se constituir num dado normativo que precisa, por conta disso, ser preenchido concretamente⁵⁰⁹.

⁵⁰⁶ Cf. PUPPE, I., *Problemas de imputación del resultado en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto*, p.226/227.

⁵⁰⁷ ÍÑIGO CORROZA, M^a E., *La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos*, p. 95, momento em que trata dos indeterminismos.

⁵⁰⁸ PUPPE, I., op. cit., p. 221 et. seq., quando avalia o que é uma lei causal, o que significa uma lei causal aplicada, o que é uma lei causal empírica, como essa lei deve ser demonstrada perante o Tribunal e se ele pode suprir a deficiência científica. Critica, por isso, a posição de KAUFMANN em relação ao Caso Contergán-Talidomida porque na Alemanha só se poderia aceitar o reconhecimento de uma lei causal desde que houvesse a demonstração empírica na ciência que a acolhe retirando essa atividade do Tribunal (Ibid., p. 225), o que gera uma limitação na aceitação das provas fato que não é novo, mas foi mais severamente sentido nos <<casos-paradigma>> ante a repercussão social que tiveram, não sendo possível, para ela, que o juiz acolha – existindo diversas posições científicas contrárias e contraditórias – uma versão, como já se limitara na prova decorrente da psicologia e da psiquiatria, e não seria diverso com a toxicologia e a química.

⁵⁰⁹ KUHLEN, L., *Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal por el producto*, p. 239, pela possibilidade de escolha do juízo penal entendendo que se trata de uma questão normativa. Em sentido contrário: PUPPE, I., op. cit., p. 228, por entender que o suprimimento quando não fora feito pelo seu próprio âmbito deve ter como consequência o pronunciamento do <<non liquet>>.

As controvérsias trazidas nos <<casos-paradigma>> avolumaram-se não só pela determinação causal e sua demonstração, mas pelo surgimento de questões não triviais decorrentes de intranquilidades científicas de cada uma das áreas, senão, também pelos resultados em longo prazo, hipóteses sempre discutíveis do ponto de vista da causalidade; a conexão temporal entre a conduta e os danos como efeitos dela decorrentes, à revelia de uma imediatidade normalmente presente nos delitos de proteção reflexa, passa a exigir, assim, que a lei causal construída para a hipótese concreta explique de forma convincente essa coincidência, cuja harmonia far-se-á necessária com outras leis causais reconhecidas genericamente e já demonstradas à saciedade⁵¹⁰. Merecem destaque, também, os questionamentos sobre as concausas e mesmo pelo contributo dos próprios consumidores⁵¹¹ na causação dos resultados como discutido no Caso Degussa S/A⁵¹².

Convive-se, assim, com a aceitação ou não de fatos que se dão por provados quando, em verdade, são meramente plausíveis⁵¹³, ante as dificuldades dos funcionários da Administração e do Poder Judiciário perante a atitude duvidosamente favorecedora das atuações dos fornecedores, a constituição de seu aparato empresarial que não permite identificar os que estão direta e indiretamente envolvidos no processo produtivo⁵¹⁴, com a renúncia aos tradicionais meios

⁵¹⁰ KUHLEN, L., *Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal por el producto*, p. 240, salienta que, embora seja comum o núcleo de interpretação, o resultado dessa interpretação será diferente comparando os cientistas e os dogmáticos do Direito.

⁵¹¹ V. VALLEJO ARTEAGA, M. C., DE LOS RÍOS GUTIÉRREZ, P., *Fraude al consumidor: ¿delito o contravención? Desde una perspectiva victimológica*, p. 41/49, com algumas considerações sobre o perfil do consumidor vítima de fraudes no caso da Colômbia, em que se fez um estudo considerando a taxa de vitimização, perfil da vítima, nível econômico e educacional, acesso a organismos públicos e privados, entre outros, sendo que o dado interessante é que muitas vezes o consumidor aponta que há práticas comerciais que não permitem identificar uma fraude e que às vezes ele próprio não procura identificar se ela existiu ou não. No caso brasileiro o próprio desconhecimento de suas possibilidades legais, especificamente a inversão do ônus da prova pode ter frustrado a persecução de reparação do dano no caso da Schering do Brasil. Cf. Informação disponível em <<<http://www.idec.org.br/materia.asp?id=155>>>. Acesso em: 07 fev. 2005.

⁵¹² Cf. item 5.2.1.3.2.

⁵¹³ Pela possibilidade: KUHLEN; L., op. cit., passim; GIMBERNAT ORDEIG., E., *Aspectos de la responsabilidad penal por el producto en los casos del spray para el cuero y la colza*, passim. Pela impossibilidade: PAREDES CASTAÑON, J. M., RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, passim; HASSEMER, W., MUÑOZ CONDE, F., *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, passim; PUPPE, I., *Problemas de imputación del resultado en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto*, passim.

⁵¹⁴ 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. 477.

probatórios⁵¹⁵, e a conseqüente desformalização do Direito penal e processual penal⁵¹⁶. Suplantam-se critérios científicos com novos critérios jurídicos.

5.2.

Primeiro grupo de casos e a solução com delitos de proteção reflexa

5.2.1.

Antecedentes fáticos no caso alemão

5.2.1.1.

Caso Contergán-Talidomida

No final dos anos 50 e início dos anos 60, a empresa Grünenthal fabricava o medicamento Contergán, também conhecido como Talidomida, o qual podia ser encontrado na Europa e na América do Norte com mais de 50 nomes, que era usado no primeiro trimestre de gestação como sedativo⁵¹⁷.

Os nascidos, neste período, começaram a apresentar problemas, mais comumente representados por falta de extremidades, deformações ósseas e neurológicas, sendo que no histórico do pré-natal havia a indicação, em muitos casos, de que a gestante usara Talidomida. Outros males que também foram identificados eram malformações cardíacas e lábio leporino que por serem, de

⁵¹⁵ Aceita-se o mais provável como se fosse verdadeiro: ÍÑIGO CORROZA, M^a E., *La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos*, p. 105/106; GIMBERNAT ORDEIG, E., *Aspectos de la responsabilidad penal por el producto en los casos del spray para el cuero y la colza*, p. 103.

⁵¹⁶ 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. 484; SILVA SÁNCHEZ, J. M^a, *A expansão do direito penal : aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*, passim, mais especialmente sobre as vias do Direito penal e conseqüências processuais penais, quando da discussão a respeito da flexibilização de garantias de acordo com o delito cometido e a previsão ou não de pena privativa de liberdade (p. 148/151).

⁵¹⁷ 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.

certa maneira, comuns não foram relacionados ao medicamento, todavia sua ocorrência foi sensivelmente diminuída após a retirada da droga do mercado.

O número de bebês que poderiam ter sido afetados pelo defeito do produto, sendo que a maioria apresentava a <<síndrome típica>>⁵¹⁸, girou em torno de 3.000, mas em virtude do dado acima exposto (aquelas deformidades que eram comuns) é um número que merece reservas, mas mesmo assim constitui-se, sem sombra de dúvida, em uma das grandes catástrofes decorrentes de defeito de um produto, sem deixar de se considerar um sem fim de dramas que surgiram no seu entorno⁵¹⁹. De salientar que muitos dos bebês morreram posteriormente, em decorrência das deformações, especialmente nos casos em que eram de natureza óssea e neurológica⁵²⁰.

A causalidade geral com vistas à construção de uma lei causal estava prejudicada porque pelo estágio da Medicina da época não era possível, pela etiologia fetal em relação ao desenvolvimento embrionário, aferir com segurança a relação causal entre a ingestão do medicamento e os eventos lesivos de que padeciam os nascidos, e conferir à substância a eficiência causal das lesões, motivo pelo qual se concluiu que havia dificuldades probatórias irresolvíveis, tanto mais ao se avaliar que a produção dos eventos lesivos seguia-se muito à frente da possível condição causante.

Isto fica bastante evidenciado na sentença de <<Länd de Aachen>>, de 18 de dezembro de 1970, mesmo existindo uma divergência dos expertos da área, um prêmio Nobel, o Professor Chain, apontou conclusões de estudos feitos em seres humanos, de forma cientificamente controlada, sobre a patogenia das deformidades e o período em que a ingestão do medicamento seria capaz de

⁵¹⁸ 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).

⁵¹⁹ Um caso emblemático é citado por RAMÓN RIBAS, E., *El delito de lesiones al feto – Incidencia en el sistema de tutela penal de la vida y la salud*, p. 76, Nota 148, relembando as considerações de CUESTA AGUADO e ROMEO CASABONA, a respeito do caso que ficou conhecido como <<proceso de Lieja>> em que quatro membros de uma mesma família e o médico foram acusados e posteriormente absolvidos por consentirem os membros da família e o médico emprestar o medicamento adequado para que a mãe matasse uma menina que havia nascido sem os braços, em decorrência de a mãe ter ingerido a Talidomida.

⁵²⁰ GOMEZ BENITEZ, J. M., *Ibid.*, p. 40.

causá-las, cujos resultados eram bastante similares aos verificados nos nascidos em que havia a suspeita de que suas mães haviam ingerido o medicamento⁵²¹.

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 julgador⁵²², 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 demonstrada⁵²³, 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 corpo⁵²⁴.

O resultado, todavia, não aconteceu no âmbito criminal, porquanto o Tribunal acolheu um pedido da defesa pela ausência de interesse público e privado, firmando o compromisso de destinar 114 milhões de marcos alemães aos prejudicados, afastadas todas as pretensões individuais e a responsabilização criminal⁵²⁵.

⁵²¹ Cf. Tradução da sentença encontrada em GOMEZ BENITEZ, J. M., *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, p. 125/137; e uma resenha encontra-se em TORIO LOPEZ, A., *Relación de causalidad. Indicaciones para una actualización*, p. 229/231, Cf. Nota 16.

⁵²² Relembre-se, nesse ponto, as posições contrárias de KUHLEN e PUPPE, essa última fazendo menção a posição de KAUFMANN, no caso específico de Contergán: Cf. Nota 522. 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.

⁵²³ GOMEZ BENITEZ, J. M., Ibid., p. 40.

⁵²⁴ Interessante salientar que esse argumento é usado para justificar a descriminalização do aborto, relembrando 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.

⁵²⁵ A petição teria sido elaborada com fundamento no Art. 153.3 do Código Processual Penal alemão, e sua aceitação ficou conhecida como <<fiasco a la justicia>>, <<final lastimoso y ridículo>>, <<parodia dentro de un Estado democrático de Derecho, <<capitulación ante la complejidad de la materia>>, <<la culpabilidad puede suprimirse con pleno sentido>>, <<finalmente la ayuda para los niños deformes>>, <<solución práctica de un problema>> o <<retroceso del formalismo jurídico>> (Cf. GOMEZ BENITEZ, J. M., op. cit., p. 41).

Analisado 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 qualidade⁵²⁶, 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 dolo⁵²⁷.

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 penais⁵²⁸ 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 da vida e da saúde⁵²⁹, 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 direta⁵³⁰.

⁵²⁶ 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. Incurrerá 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 é 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.

⁵²⁷ Cf. Arts. 124 a 126 do Código Penal brasileiro.

⁵²⁸ Discute-se se a tipificação poderia usar delitos culposos ou somente dolosos.

⁵²⁹ RAMÓN RIBAS, E., *El delito de lesiones al feto – Incidencia en el sistema de tutela penal de la vida y la salud*, p. 77/79. Para o autor esse evento poderia ser indicado como o grande responsável pela inserção de delitos de lesões ao feto no caso espanhol com o Código Penal de 1995.

⁵³⁰ Cf. KÄSSMAYER, K., *Engenharia Genética: Uma abordagem jurídico-penal*, passim.

5.2.1.2. Caso Erdal

O spray⁵³¹ para couros e peles era comercializado e usado na Alemanha, sem que tivesse ocorrido dano algum durante muitos anos, até que no final de 1980 começaram a surgir denúncias a um grupo de empresas de que os consumidores daquela marca, após o uso do produto, apresentavam, em sua maioria, como <<síndrome típica>>⁵³², dificuldades respiratórias, vômitos, náuseas, calafrios e febre, em muitos casos precisando de intervenção médica e em outros internamento hospitalar, até mesmo em unidades de terapia intensiva⁵³³, não havendo mortes.

A empresa resolveu fazer diversas investigações para descobrir qual era o vício do produto, sendo que em 12 de maio de 1981, a fim de discutir a retirada do produto do mercado, reuniram-se a diretoria e o chefe do departamento de química da empresa, momento em que este afirmou que não havia razão que justificasse a retirada do produto marca Erdal, que pertencia a filial E, havendo, também a marca Solitar, da filial S, decidindo a diretoria, em votação unânime, manter o produto no mercado⁵³⁴. Em 20 de setembro de 1983 a Oficina Federal de Saúde da Alemanha determinou a paralisação do processo produtivo.

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

⁵³¹ 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.

⁵³² V. Nota 508.

⁵³³ GIMBERNAT ORDEIG, E., op. cit., p. 64.

⁵³⁴ SCHUMANN, H., *Responsabilidad individual en la gestión de empresas*, p. 200/201.

conhecedora das denúncias decide manter o produto no mercado, em que a questão da responsabilidade dar-se-ia na forma comissiva por omissão⁵³⁵, 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 dolosa⁵³⁶ 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 apresentaram⁵³⁷. 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 responsabilidades⁵³⁸.

O descumprimento do dever, de outra sorte, poderia ser avaliado como uma predisposição de afetação ao bem jurídico ao manterem-se os produtos no

⁵³⁵ Similar às discussões em face da redação intranquilha 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 nexo 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.

⁵³⁶ V. Nota 485.

⁵³⁷ 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, 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.

⁵³⁸ 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.

mercado⁵³⁹, 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 qualidade⁵⁴⁰ – ponto marcante nos delitos omissivos – fica mais difícil de ser afastada após as denúncias e os danos, estando demonstrada a potencialidade lesiva do produto⁵⁴¹. 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 lesivos⁵⁴².

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 riscos⁵⁴³. 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 empresa⁵⁴⁴.

Neste caso, ainda, na avaliação da causalidade múltipla e na determinação causal da evitabilidade 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

⁵³⁹ Cf. KUHLEN, L., *Cuestiones Fundamentales de la responsabilidad por el producto*, p. 239; SCHUMANN, H. *Responsabilidad individual en la gestión de empresas*, p. 201.

⁵⁴⁰ 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).

⁵⁴¹ JAKOBS, G., *Teoria e Prática da Intervenção*, p. 71.

⁵⁴² JAKOBS, G., *Ibid.*, p. 72, sobre a análise do risco incrementado.

⁵⁴³ Cf. ÍÑIGO CORROZA, M^a E., *La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos*, p. 95.

⁵⁴⁴ PUPPE, I., *Problemas de imputación del resultado en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto*, p. 224.

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, possível que cada um devesse ser responsabilizado, pela cumulação das condições que se traduziram na causa do resultado⁵⁴⁵.

No que pertine, ainda, à análise do nexó 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 situação⁵⁴⁶.

5.2.1.3. Outros antecedentes fácticos

5.2.1.3.1. Caso *Holzschutzmittel*

A empresa D. Chemie GmbH fabricava desde 1950 produtos para madeira, quando poucos anos mais tarde – 1956 – e depois novamente em 1963 começou a se discutir judicialmente eventos lesivos que teriam sido causados por tais produtos, inclusive na esfera penal, por conta de lesões nas mucosas e na pele de crianças que haviam mantido contato com o aludido produto.

Nos anos 70, o protetor de madeira *Xyladecor 200*, que era regularmente utilizado em ambientes externos, passou a ser utilizado internamente e ao constatarem-se lesões, usuários, médicos e hospitais, enviaram ao fabricante cartas relatando diversas lesões, fizeram com que a empresa D. realizasse pesquisas sobre a nocividade dos componentes a fim de precisar qual a suportabilidade dos produtos em determinado metro cúbico, sendo que foi

⁵⁴⁵ 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.

⁵⁴⁶ PUPPE, I., op. cit., p. 224.

apresentado um relatório detalhado sobre tais efeitos no ano de 1977, inclusive a ocorrência de enfermidades crônicas.

A comercialização a partir de então – por conter o produto dois componentes nocivos para a saúde: o PCP e o Lindano – deveria ficar adstrita a ambientes externos, e isso deveria constar da etiqueta de comercialização, quando já na década de 80, das 42 empresas investigadas, somente duas, inclusive a D. foram envolvidas em processo judicial, já havia a suspeita de que 800 pessoas teriam sido vitimadas, mas somente 80 tinham confirmações⁵⁴⁷.

O Tribunal de <<Francfort am Main>>⁵⁴⁸ valorou e explicou cada uma das queixas dos consumidores⁵⁴⁹, decisão que foi referendada pelo Tribunal alemão (BGH)⁵⁵⁰, 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 lesivo⁵⁵¹.

A imprudência teria restado evidenciada pela conduta anterior que consistiu na decisão de seguir comercializado o produto, com e sem o componente PCP, ante as significativas dúvidas a respeito de sua nocividade e conseqüências nocivas, o que fora considerado suficiente para preencher o §230 do Código Penal alemão⁵⁵².

A omissão constitui-se pelo fato de que em 1978 não houve a retirada dos produtos do mercado e qualquer aviso aos consumidores dos possíveis danos que poderiam experimentar, sendo de ressaltar a inexistência, até então, de um estudo sobre os efeitos dos componentes para a saúde. Nesse ponto a imputação pelas lesões imprudentes foi justificada pela posição da empresa e sua ingerência entendida como conduta anterior perigosa, caracterizando a posição de garantidor. A conduta anterior perigosa teria sido a continuidade da produção sem o cumprimento da obrigação de efetuar estudos sobre a nocividade dos produtos e seus efeitos, e daí a infração ao dever de cuidado, porque mesmo tendo recebido

⁵⁴⁷ 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. 440/441.

⁵⁴⁸ A decisão proferida em primeira instância. Cf. 5/26 KLs, de 25.05.1993.

⁵⁴⁹ Cf. TIEDEMANN, K., *Derecho Penal y Nuevas Formas de Criminalidad*, p. 115.

⁵⁵⁰ Em uma decisão bastante longa – 360 páginas – datada de 02.08.1995.

⁵⁵¹ 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.

⁵⁵² Cf. ÍÑIGO CORROZA, M^a E., op. cit., p. 450.

diversas queixas, não confirmaram os dados, o que estava em sua possibilidade⁵⁵³, e de não avisar os consumidores dessas hipóteses, o que justificou a aplicação do § 13 do Código Penal alemão. As críticas a essa postura decorrem da adoção de uma idéia obrigacional, que é derivada do Direito civil, enquanto que no Direito penal o que deveria reger a questão é o princípio do domínio sobre o objeto, que nesse caso não mais existiria, considerando que os produtos já estavam com os consumidores⁵⁵⁴.

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 do organismo pareciam potencializar a toxidade e nocividade⁵⁵⁵, embora tenha existido um 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 nexó 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 <<Frankfurt am Main>>⁵⁵⁷.

⁵⁵³ V. Nota 484.

⁵⁵⁴ V. Nota 511.

⁵⁵⁵ 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.

⁵⁵⁶ Cf. ÍÑIGO CORROZA, M^a E., op. cit., p. 444.

⁵⁵⁷ 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.

5.2.1.3.2. Caso Degussa

A empresa Degussa S/A era fabricante de pastas para dentes com o uso de mercúrio de amálgama, sendo que o uso dessa pasta passou a indicar um quadro clínico lesivo de enorme diversidade, ora representado por problemas do sistema nervoso central, ora por problemas psíquicos que afetavam o sono e a concentração, ora debilitamento renal, ora infertilidade, ora o mal de Rakinson, havendo uma certa dificuldade em identificar a <<síndrome típica>>, ainda mais porque alguns males já existiam nos consumidores e outros, constatou-se, eram eminentemente psicológicos. Após a veiculação pela imprensa dos efeitos da pasta com mercúrio de amálgama, em 1992, o número de casos foi consideravelmente reduzido⁵⁵⁸.

As discussões a respeito da causalidade, tanto mais ante a diversidade dos possíveis efeitos, na tentativa de imputação de lesões corporais, como nos demais casos em que a ciência pertinente não determinava a contento qual a condição que se traduzia em causa, levavam à conclusão de que em alguns casos era um mal a ser punido e em outros um indiferente penal⁵⁵⁹.

Na conclusão, utilizaram-se outros julgados do Tribunal Supremo alemão em que se discutira a relativização da demonstração da causalidade, especificamente por desconsiderar outras possíveis causas para os mesmos fatos – como por exemplo a inadequada orientação dos dentistas⁵⁶⁰ no uso do dentifrício e a atuação desregrada dos próprios consumidores ou seu consentimento no suporte dos riscos – desprezando-se uma valoração total diante das concausas⁵⁶¹, ganhando amplitude a análise da causalidade cumulativa. Surgiu, ainda, uma idéia de causalidade psiquicamente transmitida – cuja condição era uma predisposição das vítimas – em que se aventara a disponibilidade psíquica da vítima, quando

⁵⁵⁸ TIEDEMANN, K., *Derecho Penal y Nuevas Formas de Criminalidad*, p. 110/111.

⁵⁵⁹ TIEDEMANN, K., loc. cit.

⁵⁶⁰ Afastando-se quanto aos dentistas, com certa tranqüilidade a imputação a título de dolo, embora resida uma possibilidade de questionamento por delito imprudente – ver delitos de <<shock>>.

⁵⁶¹ TIEDEMANN, K., loc. cit., entende que tal possibilidade não estava presente, justificando sua posição no caso da morte dos bosques em que houve imputação de responsabilidade civil <<síndrome típica>>.

somente se poderia imputar o resultado lesivo se demonstrado o conhecimento de tal fato por parte do autor, o que parece ser, na hipótese, impossível.

No que concerne à posição de garantidor, os pontos levantados foram (i) a observância do produto e a necessidade de uma investigação posterior, mesmo sendo conhecidos os efeitos do produto em todo o mundo; (ii) a caracterização do dever de explicar e aclarar os efeitos do produto⁵⁶²; (iii) a demonstração de nexo entre a infração do dever e a causação do resultado; (iv) a obrigatoriedade da retirada dos produtos do mercado com a conseqüente paralisação de sua produção, pela utilidade social que o tal produto tinha até então⁵⁶³ e (v) a demonstração de uma ligação entre a infração do dever de cuidado e o resultado lesivo.

A solução dada restringiu-se, no caso, ao âmbito da fiscalização de <<Francfort am Main>>, num processo em que se imputava a prática de delito de lesos corporais contra a diretoria da empresa, esta fez um acordo, como forma de compensação processual penal, que possibilitava o arquivamento do processo condicionado à instalação de uma fundação com o objetivo de financiar e investigar os efeitos do dantifício⁵⁶⁴.

5.2.2. Antecedente fático no caso espanhol

5.2.2.1. Caso Colza

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 siderúrgica⁵⁶⁵. A partir de 1980 e 1981

⁵⁶² Nesse ponto discutiu-se que poderiam estar sendo denegridos os produtos, considerando-se o risco que era conhecido pelo estágio da Medicina de então e a ausência de obrigação no campo civil de cumprir esta exigência, que afastaria o seu cumprimento no campo penal (Cf. TIEDEMANN, K., Ibid., p. 117/118/119).

⁵⁶³ Cf. TIEDEMANN, K., Ibid., p. 121/123.

⁵⁶⁴ Cf. TIEDEMANN, K., Ibid., p. 108.

⁵⁶⁵ HASSEMER, W., MUÑOZ CONDE, F., *La responsabilidad por el producto en 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 azeite que era de baixo custo e usado para o consumo humano em

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 atividades⁵⁶⁶, mesmo tendo o azeite desnaturalizados os seus caracteres organolépticos 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 morrido⁵⁶⁷, sendo que à <<síndrome típica>>, que foi considerada como <<enfermedad nueva>> caracterizava-se por uma pneumonia atípica⁵⁶⁸. 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 ambulantes⁵⁶⁹.

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 afetados⁵⁷⁰, como uma forma de

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.

⁵⁶⁶ 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.

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

⁵⁶⁸ 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.

⁵⁶⁹ 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.

⁵⁷⁰ Cf. HASSEMER, W., MUÑOZ CONDE, F., op. cit., p. 90/91.

silogismo, o que permitiria admitir, com certa tranqüilidade, a imputação de delito contra a saúde pública⁵⁷¹. Não se desconhecia que a tranqüilidade 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 objetiva⁵⁷².

Todavia, não se pode deixar de considerar que seria imprescindível, mesmo em se tratando de um delito de atitude, o conhecimento da possibilidade de prejudicar a saúde pública⁵⁷³, o que não era tão difícil de se admitir na hipótese concreta considerando a destinação para consumo humano de um azeite cujo uso era reconhecidamente industrial, pressuposto esse que foi um diferencial na imputação das responsabilidades⁵⁷⁴.

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. Embora seja de salientar que, em que pese, discordantes as conclusões a respeito do nexo de

⁵⁷¹ Cf. 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.

⁵⁷² Cf. HASSEMER, W., MUÑOZ CONDE, F., *Ibid.*, p. 98.

⁵⁷³ 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 –).

⁵⁷⁴ 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).

causalidade, a <<síndrome típica>>⁵⁷⁵ surgiu e desapareceu com a inserção e a retirada do azeite do mercado⁵⁷⁶, ainda que não se pudesse precisar exatamente qual o componente causador das mortes e enfermidades.

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 matar⁵⁷⁷. A reforma da decisão foi baseada na jurisprudência anterior do Tribunal⁵⁷⁸, que demonstra uma inclinação em admitir, em casos tais, uma objetivação do dolo, prescindindo da avaliação exaustiva dos elementos volitivo e cognoscitivo⁵⁷⁹, para a imputação mesmo na forma de delitos qualificados pelo resultado⁵⁸⁰.

⁵⁷⁵ 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.

⁵⁷⁶ 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 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 nues tro 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 do mercado.”

⁵⁷⁷ A reforma da sentença da Audiência Nacional pelo Supremo Tribunal levou em consideração a atuação diferenciada 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).

⁵⁷⁸ 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 consequências da <<versare in re illicita>>, não se devendo, todavia, admiti-la para imputar os resultados qualificadores somente a título de dolo eventual.

⁵⁷⁹ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Problemas de responsabilidad penal comercialización de productos adulterados: algunas observaciones acerca del <<caso de la colza>> (Primera parte)*, p. 275.

⁵⁸⁰ 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

5.3.

Segundo grupo de casos e a existência de delitos de proteção imediata

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 repercussão⁵⁸¹ e intranquilha 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

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

⁵⁸¹ O assunto foi objeto de Inquérito Parlamentar já encerrado, em que o deputado Ney Lopes foi o Relator; o deputado Nelson Marchezan, Presidente e os Deputados Luiz Bittencourt, Geraldo Magela e Arnaldo Faria de Sá, integrantes da Mesa Diretora da Comissão Parlamentar, respectivamente, como Primeiro, Segundo e Terceiro Vice-Presidentes (Cf. Informação disponível em <<<http://www.neylopes.com.br>>>. Acesso em: 12 jun. 2005).

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.

5.3.1. Antecedente fático no caso brasileiro

5.3.1.1. Caso Schering do Brasil

No início de 1998, surgiram algumas denúncias⁵⁸², 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 país⁵⁸³, e era, à época, o

⁵⁸² 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>>> Acesso em: 07 fev. 2005).

⁵⁸³ 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>>> Acesso em: 07 fev. 2005. O Instituto de Defesa do Direito do Consumidor (IDEC) informa que teriam chegado às farmácias 150 mil cartelas (Cf. *Microvlar – Seis anos depois*. Informação disponível em <<<http://www.idec.org.Br/matéria.asp?id=155>>>. Acesso em: 07 fev. 2005).

anticoncepcional mais consumido, e terceiro medicamento mais vendido no país com um custo na época de R\$ 2,00⁵⁸⁴.

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 imbróglia 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 protesto⁵⁸⁵.

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, *caput*⁵⁸⁶; 64, *caput*⁵⁸⁷, c/c o 76⁵⁸⁸, inc. II e III, da Lei 8.078/90, e Art. 7º⁵⁸⁹, inc. IX, da Lei 8.137/90, c/c o Art. 18⁵⁹⁰, § 6º, inc. II e III⁵⁹¹, todos c/c os Arts. 69 e 70, estes do Código Penal, sendo que a decisão final concluiu pela

⁵⁸⁴ Cf. *Microvlar – Seis anos depois*. Informação disponível em <<<http://www.idec.org.Br/matéria.asp?id=155>>>. Acesso em: 07 fev. 2005.

⁵⁸⁵ 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>>> Acesso em: 07 fev. 2005. 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.).

⁵⁸⁶ “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.”

⁵⁸⁷ “Art. 64. Deixar de comunicar à autoridade competente e aos consumidores a nocividade e periculosidade de produtos cujo conhecimento seja posterior à sua colocação no mercado. Pena – detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e multa.”

⁵⁸⁸ “Art. 76. São circunstâncias agravantes dos crimes tipificados neste Código: (...) II – ocasionarem grave dano individual ou coletivo; III – dissimular a natureza ilícita do procedimento;”

⁵⁸⁹ “Art. 7º Constitui crime contra as relações de consumo: (...) 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. Pena – detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.”

⁵⁹⁰ “Art. 18º, § 6º, determina que são impróprios ao uso e ao consumo: (...) II – os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação; III – os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam.”

⁵⁹¹ Dados obtidos na denúncia oferecida pelo Ministério Público de São Paulo nos Autos de Inquérito Policial 487/98, que foi distribuída e autuada sob n.º 583.50.1998.056.524-1, recebida pelo juízo criminal de São Paulo.

incidência apenas no Art. 63, *caput*, c/c o Art. 76, inc. II e V, ambos do Código de Defesa do Consumidor⁵⁹².

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 nascidos⁵⁹³.

5.3.1.2. Outros Antecedentes Fáticos

5.3.1.2.1. Caso Androcur

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 Abifarma⁵⁹⁴.

⁵⁹² Cf. Informação disponível em <<<http://www.tjsp.gov.br>>>. Acesso em: 11 jun. 2005, embora não esteja acessível a íntegra da sentença condenatória. Segundo consta, a pena fora integralmente cumprida tendo sido extinta a punibilidade em 2002.

⁵⁹³ Embora tenha sido informado por algumas gestantes a ingestão de medicamentos potencialmente nocivos aos fetos, por desconhecerem o estado em que se encontravam.

⁵⁹⁴ 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>>>. Acesso em 12 jun. 2005). 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>>>. Acesso em: 12 jun. 2005), 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,

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, não tendo alcançado a ação penal o termo final até o momento.

5.3.1.2.2. 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 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 Federal⁵⁹⁵.

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>>>. Acesso em: 11 jun. 2005).

⁵⁹⁵ As informações obtidas em base de dados são de certa forma contraditórias quanto ao número de vítimas e aos estados brasileiros em que elas teriam sido afetadas, no restante, todavia, não se constatou divergências relevantes (Cf. *Laudo indica presença de sais solúveis de bário no Celobar*. Informações disponíveis em: <<<http://www.folhaonline.com.br>>>. Acesso em: 11 jun. 2005). Dados divulgados informam que ocorreram 21 mortes em Goiás e 1 no Rio de Janeiro, e, em 11 casos, haveria laudo comprobatório, sem que se tenha até o momento a conclusão na esfera criminal ou cível. Algumas vítimas teriam exigido, no mês de maio de 2005, providências do atual Ministro da Justiça, Márcio Thomaz Bastos, para a punição dos envolvidos (Cf. Informações disponíveis em <<<http://www.mp.go.gov.br/jornais/comments.php?id=1115>>>. Acesso em: 11 jun. 2005). Outros dados informam, em julho de 2003, a ocorrência de dez mortes comprovadas, segundo laudo do Instituto Médico Legal de Goiânia, os quais seriam analisados pelo próprio Laboratório Enila (Cf. Informações disponíveis em <<<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u78876.shtml>>>. Acesso em 11. jun. 2005), mas os afetados podem ter ultrapassado 170 pessoas, segundo informações da Vigilância Sanitária de Goiânia, embora tenha o Laboratório Enila afirmado o descarte do produto, a Fundação Oswaldo Cruz detectou a presença do carbonato de bário (Cf. *Saiba mais sobre as mortes causadas pelo medicamento Celobar*. Informações disponíveis em <<<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u89963.shtml>>>. Acesso em 11. jun. 2005).

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 Penal⁵⁹⁶; 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.

5.3.1.2.3. 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

⁵⁹⁶ Cf. *Minas indicia 2 por mortes pelo Celobar*. Informação disponível em <<<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u91539.shtml>>> Acesso em: 11 jun. 2005, em que teriam sido indiciados o diretor-presidente e o químico responsável do laboratório Enila pela Polícia Civil de Uberaba, em Minas Gerais, tendo sido relatado e enviado ao Ministério Público. No Rio de Janeiro, teriam sido indiciados, além do diretor-presidente e o químico responsável, uma farmacêutica e outro químico, estando a Ação Penal distribuída à 38ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro, autuada sob n.º 2003.001.068259-9, na fase de instrução. (Cf. Informação disponível em: <<<http://www.tj.rj.gov.br>>> Acesso em: 12 jun. 2005).

irregularmente⁵⁹⁷. A Comissão Parlamentar de Inquéritos sobre Pirataria ouviu depoimentos dos sócios⁵⁹⁸ 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, e até momento não foi iniciada a Ação Penal⁵⁹⁹.

5.4.

O conflito de normas com delitos do arsenal de proteção reflexa

O Art. 61⁶⁰⁰ do Código de Defesa do Consumidor apenas reforçou a regra da especialidade⁶⁰¹, já inserida no Código Penal brasileiro, conforme resta disposto

⁵⁹⁷ Teriam aparecido, também, outros cinco casos em uma clínica médica em Niterói, que confirmara o uso do colírio em questão. Houve suspeitas em torno de outro colírio, o Oftvisc, do Laboratório Oftvision. Na época a empresa manifestou-se afirmando que no Rio de Janeiro não havia nenhum caso, apenas em Campinas, onde sete pessoas teriam ficado cegas, fato que fora revertido pela intervenção junto a um hospital de Ribeirão Preto, com os custos suportados pelo próprio laboratório (Cf. Informação disponível em: <<<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u77285.shtml>>> Acesso em: 12 jun. 2005).

⁵⁹⁸ José Soares da Silva, sócio do Laboratório, em razão de *habeas corpus* impetrado junto ao Supremo Tribunal Federal, pela decisão do então Presidente, Ministro Maurício Correia, obteve a concessão parcial da liminar em 29.07.2003, publicada no DJU n.º 147, de 04.08.03, e que foi confirmada pelo Relator, o Ministro Nelson Jobim, para que no seu comparecimento à aludida Comissão pudesse fazer uso do direito ao silêncio, decisão publicada em 26.03.2004, no DJU n.º 59. Alegou o paciente que nunca este envolvido em caso semelhante e que não residia na cidade onde estava situado o laboratório, não tendo ingerência, portanto, na produção (Cf. STF, HC 83357, Informação disponível em <<<http://www.stf.gov.br>>> Acesso em: 10 jun. 2005).

⁵⁹⁹ Cf. Consulta aos autos sob n.º 2003.61.08008410-2; 2003.61.05008702-4, e 2003.61.05.01053-0, e 050.98.056.524-9 (Cf. Informação disponível em <<<http://www.jfsp.gov.br>>> Acesso em: 11 jun. 2005).

⁶⁰⁰ Lei 8.078/90, “Art. 61. Constituem crimes contra as relações de consumo previstas neste Código, sem prejuízo do disposto no Código Penal e leis especiais, as condutas tipificadas nos artigos seguintes.”

⁶⁰¹ FRAGOSO, H. C., *Lições de Direito Penal*, p. 358. Esta especialidade que não tem trato legal, pode ser “abstrata, modificadora do tipo de injusto geral (tipo básico/tipo derivado), e uma especialidade concreta, quando a lei especial tem um desvalor autônomo e, de imediato, e excludente da geral (homicídio/infanticídio)”. Também: Cf. PRADO, L. R., *Curso de Direito Penal Brasileiro*, volume 1, p. 187/188.

no Art. 12⁶⁰², podendo de início considerar que as regras trazidas pelo microsistema das relações de consumo e a posterior complementação por meio da Lei 8.137/90 seria suficiente para afirmar que as condutas que afetem tais bens jurídicos se sobrepõem àquelas planificadas no Código Penal brasileiro, por serem – as das leis esparsas – normas especiais. Essa conclusão parece, todavia, muito precipitada, considerando que, de forma expressa ao menos, revogou apenas o Art. 279 do Código Penal brasileiro.

A subsistência ou não dos dispositivos do Código Penal merece análise mais acurada, um estudo detido, a exemplo do que foi realizado com a Lei 1.521/51⁶⁰³ e a Lei 8.137/90⁶⁰⁴, considerando (i) o bem jurídico tutelado⁶⁰⁵ e (ii) o objeto material.

A análise, em que pesem diversos artigos⁶⁰⁶ comportarem essa discussão, estará centrada⁶⁰⁷ nos Arts. 272 e 273, ambos do Código Penal brasileiro, e o Art. 7º, inc. IX, isso porque a redação de tais dispositivos, denota a similitude, senão a perfeita identidade dos verbos, em se tratando de tipos mistos alternativos, com o diferencial, que aqueles – os do Código Penal – descrevem o *produto* <<alimentos, bebidas ou medicamentos>> que será capaz de afetar a saúde pública, Capítulo no qual se inserem; ao passo que o descrito na lei extravagante, em que pese, referirem-se às relações de consumo, não especificam o objeto material, ou seja, sobre o que recai a conduta delitiva, mencionando apenas *produto*.

⁶⁰² Cf. “Art. 12. As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de forma contrária.” Ponderações sobre a desnecessidade do artigo da lei extravagante em face desse dispositivo do Código Penal: V. FILOMENO, J. G. B., *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, p. 593/595. Sobre o mesmo dispositivo: Cf. TORON, A. Z., *Aspectos Penais da Proteção ao Consumidor*, p. 292.

⁶⁰³ FRANCO, A. S., STOCO, R. (Coord.), *Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial*. v. 1, p. 1434/1437, ao avaliar a redação de cada um dos dispositivos da Lei 1.521/51 e os diplomas afetos ao consumidor e às relações de consumo, informando que aludida legislação transformou-se em uma <<colcha de retalhos>> (p. 1434).

⁶⁰⁴ Cf. TORON, A. Z., *Aspectos penais da proteção ao consumidor*, passim.

⁶⁰⁵ Sobre o valor axiológico do bem jurídico: V. PRADO, L. R., *Bem jurídico-penal e constituição*, p. 51/52.

⁶⁰⁶ PRADO, L. R., *Direito Penal Econômico*, p. 195, analisa o mesmo dispositivo da Lei 8.137/90 confrontando-o com o Art. 175, inciso I, do Código Penal brasileiro.

⁶⁰⁷ A escolha dá-se em virtude da possibilidade de que ambos, em princípio ao menos, possam ser aplicados aos casos reunidos no item 4.3.1.

Primeiramente, no que pertine aos delitos inscritos no Código Penal brasileiro, com a redação atualmente em vigor⁶⁰⁸, modificada em 1998, segundo a Lei 9.677⁶⁰⁹, e a inserção do Art. 273 no rol de crimes hediondos, isso pela Lei 9.695/98, o bem jurídico protegido é a incolumidade pública, especialmente a saúde pública⁶¹⁰, o sujeito passivo é o Estado⁶¹¹ ou a coletividade⁶¹², e o sujeito ativo não estaria limitado ao fornecedor⁶¹³, não se tratando de crime próprio; estas seriam as disposições comuns aos delitos dos Arts. 272 e 273.

Diferenças há em relação ao objeto material de cada qual: no primeiro o objeto material são os alimentos e as bebidas, na sua permitida interpretação analógica <<*intra legem*>>; no segundo refere-se a produtos com fins terapêuticos e medicinais⁶¹⁴. Dada a especificidade com que o legislador pátrio descreveu as figuras típicas dos Arts. 272 e 273 e pela impossibilidade de uma proibida interpretação analógica, além daquela supra referida, tais artigos estariam cingidos aos objetos materiais então descritos.

Ocorre que a Lei 8.137/90, em seu Art. 7º, inc. IX, tem redação similar e em alguns momentos idêntica com os dispositivos do Código Penal acima referidos, em que o bem jurídico protegido são os interesses econômicos e sociais do consumidor ou as relações de consumo de forma imediata, mas de forma mediata a vida, a saúde, o patrimônio e o mercado⁶¹⁵, sendo o sujeito ativo o fornecedor,

⁶⁰⁸ A redação anterior dispunha que: “Art. 272. Corromper, adulterar ou falsificar substância alimentícia ou medicinal destinada a consumo, tornando-a nociva à saúde. Pena – reclusão, de dois a seis anos, e multa. § 1º Está sujeito à mesma pena quem vende, expõe a venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, entrega a consumo a substância corrompida, adulterada ou falsificada. § 2º. Se o crime é culposos. Pena – detenção, de seis meses a um ano, e multa.” E a do seguinte: “Art. 273. Alterar substância alimentícia ou medicinal: I – modificando-lhe a qualidade ou reduzindo-lhe o valor nutritivo ou terapêutico; II – suprimindo, total ou parcialmente, qualquer elemento de sua composição normal, ou substituindo-o por outro de qualidade inferior. Pena – reclusão, de um a três anos, e multa. § 1º. Na mesma pena incorre quem vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, entrega a consumo a substância alterada nos termos deste artigo. § 2º. Se o crime é culposos. Pena – detenção, de dois a seis meses, e multa.” Sobre a redação em vigor Nota 233 e 234, em que o primeiro cuidou da incriminação relativa a alimentos e bebidas e o segundo aos produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais.

⁶⁰⁹ REALE JÚNIOR, M., *A Inconstitucionalidade da Lei dos Remédios*, passim.

⁶¹⁰ Cf. FRANCO, A. S., STOCO, R. (Coord.), *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, v. 2, p. 3454 e 3464.

⁶¹¹ Cf. BITENCOURT, C. R., *Tratado de Direito Penal – Parte Especial*, v. 4, p. 238.

⁶¹² Cf. FRANCO, A. S., STOCO, R. (Coord.), op. cit., p. 3457.

⁶¹³ Cf. BITENCOURT, C. R., op. cit., p. 238 e 242; FRANCO, A. S., STOCO, R. (Coord.), op. cit., p. 3456 e 3463/3464.

⁶¹⁴ De admitir, como na análise do caso espanhol e alemão, que na modalidade de <<saúde pública>> deveriam estar incluídos – no aspecto da nocividade – quaisquer produtos que pudessem afetar as condições adequadas para o desenvolvimento da vida humana, que não se restringem, por certo, apenas aos produtos para fins terapêuticos e medicinais, alimentos e bebidas. V. Nota 275.

⁶¹⁵ Cf. PRADO, L. R., *Direito Penal Econômico*, p. 182.

então delito próprio, o sujeito passivo a coletividade de consumidores⁶¹⁶, o objeto material⁶¹⁷ o produto e a mercadoria imprópria para o consumo, que se trata de norma penal em branco, complementada pelo Art. 18, § 6º, da Lei 8.078/90⁶¹⁸.

Para aferir qual a norma dentre as vigentes prevalecerá, em atenção ao princípio da especialidade, devem ser analisados os elementos especializantes, e voltadas as anteriores considerações, conclui-se que (i) o Código Penal contém como elemento especializante o objeto material e (ii) a lei extravagante – que não só por isso seria especial – o bem jurídico protegido, o que denota que o critério ofertado pela doutrina⁶¹⁹, nessa situação específica, não parece solucionar a questão da incidência nos casos de responsabilidade pelo produto.

Um outro critério que seria ofertado é a cominação das penas⁶²⁰, momento em que se deve asseverar que a opção pela lei extravagante ensejaria uma pena privativa de liberdade cujo limite máximo abstratamente previsto é 5 anos de detenção, enquanto que o Código Penal, em relação ao Art. 272, prevê uma pena abstrata de até 8 anos e ao Art. 273 o máximo de 15 anos; em ambos a qualidade da pena é de reclusão e, acaso pretenda-se imputar como decorrência um resultado lesivo por força do Art. 285 c/c o Art. 258, também do Código Penal pátrio, a

⁶¹⁶ Cf. PRADO, L. R., loc. cit.

⁶¹⁷ Sobre a mesma situação conflitante, mas em se tratando de delito fiscal: Cf. RÍOS, R. S., *O Crime Fiscal*, p. 30/32, indicando a prevalência da lei especial, diante da mesma redação, ao identificar nesta a afetação ao bem jurídico específico.

⁶¹⁸ PRADO, L. R., op. cit., p. 194, pondera que “se a lei posterior que disciplina os crimes perpetrados nas relações de consumo trata da venda pelo comerciante de mercadoria falsificada ou deteriorada, como se fosse verdadeira ou perfeita, não subsiste dúvida de que a norma anterior encontra-se revogada”, essa ponderação refere-se em face da Lei 8.137/90 em relação ao Art. 175, I, CP, e seria possível fazê-lo pelo critério <<lei posterior revoga anterior>> admitindo que isso tenha acontecido quando da edição da Lei 9.677/98 – no que pertine aos alimentos, bebidas, produtos para fins terapêuticos e medicinais – por ser posterior aquela, ou seja, em se tratando de tais produtos, no mais permanece a anterior.

⁶¹⁹ JESCHECK, H. H., WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, p. 168, ao afirmarem que “de la estructura de las proposiciones jurídico-penales también se derivan puntos de apoyo para la interpretación. El Derecho penal ambiciona preferentemente la *protección de bienes jurídicos*. Por ello, en la cuestión relativa a la finalidad de la Ley, resulta de gran significado la comprensión del bien jurídico tutelado y del ámbito de protección de la disposición penal implicada (...) y, junto a ello, el desvalor de acción que el legislador ha tenido presente con la aprobación de la norma punitiva”. (– grifos constam do original –). Os mesmos autores ao tratarem dos delitos autônomos e das famílias delitivas, lembram de um outro critério que pode servir, também, de esteio, embora não dotado de definitividade: “por el contrario, los **delitos autónomos** muestran un cierto parentesco con otros hechos punibles en relación con el bien jurídico protegido y la descripción de la acción, pero no existe la relación característica con un tipo básico. El nuevo tipo se ha desprendido de su relación con su grupo propio; llegado el caso resulta aplicable junto con el otro tipo en tanto que no exista concurso de leyes. El hecho de que dos delitos posean entre sí un parentesco criminológico no permite extraer de un modo inmediato consecuencias dogmáticas positivas ni negativas.” (– grifos constam do original –, Ibid., p. 288).

⁶²⁰ Também: JESCHECK, H. H., WEIGEND, T., loc. cit.

pena pode chegar até 30 anos de reclusão. Não se pode olvidar, ainda, que o Art. 273 é atualmente considerado como delito hediondo⁶²¹, momento em que deverá pesar o critério da proporcionalidade, ante a hipótese de conseqüências bastante severas⁶²².

O resultado de interpretação da lei e, no caso, a opção por essa ou aquela infração penal, deveria buscar a vontade do legislador que indicaria a representação popular formalizada na legislação, como forma de processo, buscando a preservação da <<*fidelidad a la Ley*>>⁶²³ assim permitir, no caso concreto, que a solução dada por um intérprete fosse a mesma solução dada por qualquer outro, ou quando não, buscar a solução com base no princípio do <<*in dubio pro reo*>>⁶²⁴.

Ao contrário do que se possa imaginar o pronunciamento desse favor, cujas raízes, estão na doutrina processual penal, não é uma solução a facilitar a atuação do julgador, considerando toda a trilha que deverá ser percorrida com a finalidade de não se distanciar dos princípios de garantia do Direito penal que não devem ser afastados, tanto mais com frágeis critérios de imputação, em alguns casos.

Os fundamentos de tais princípios – especialmente o da reserva legal, o da proporcionalidade, o da fragmentariedade, o da subsidiariedade – estão na raiz de um Direito penal libertário e avesso a arbítrios do Estado, e não se pode – nem em homenagem a uma nova realidade – abdicar de sua presença, sob pena de ferimento ao Estado Democrático de Direito, até mesmo porque reforçam a idéia de que o homem é o centro das atenções, não num Iluminismo tardio, mas em uma viva fundamentação constitucional baseada na dignidade da pessoa humana⁶²⁵, prevalência dos direitos humanos⁶²⁶, e a inviolabilidade do direito à liberdade⁶²⁷.

⁶²¹ BATISTA, N., *Novas tendências de Direito Penal – artigos, conferências e pareceres*, p. 91, pela necessidade de declaração de inconstitucionalidade da lei de crimes hediondos.

⁶²² REALE JÚNIOR, M., *A inconstitucionalidade da Lei dos Remédios*, passim, manifestando-se especificamente sobre o tema.

⁶²³ Cf. JESCHECK. H. H., WEIGEND, T., *Ibid.*, p. 160/161, tal deve ser perseguido com base no critério objetivo: vontade da lei, ou subjetivo: vontade do legislador, ou indiciário (*Ibid.*, p. 168/169). Em relação, todavia, ao modo de elaboração das leis e ausência de um critério objetivo: Cf. Notas 34; especialmente sobre a <<*ratio legis*>> das Leis 9.677/98 e 9.695/98, Cf. Notas 235 a 238.

⁶²⁴ JESCHECK. H. H., WEIGEND, T., *Ibid.*, p. 155/157, ou de apreciação alternativa (*Ibid.*, p. 160). Também: LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho Penal – Parte General I*, p. 173/175.

⁶²⁵ Art. 1º, inc. III, Constituição da República de 1988.

⁶²⁶ Art. 4º, inc. II, Constituição da República de 1988.

⁶²⁷ Art. 5º, *caput*, Constituição da República de 1988.

5.5.

Possibilidade concursal com delitos de proteção reflexa

A possibilidade de concurso das normas incriminadoras previstas no Código de Defesa do Consumidor e da Lei 8.137/90, especialmente o delito descrito no multicitado Art. 7º, inc. IX, restaria presente nas hipóteses em que o fato ou defeito do produto pudesse resultar – no momento da ação ou omissão⁶²⁸ – em mais de um resultado típico. A possibilidade concursal⁶²⁹ dos delitos de proteção imediata com as figuras de proteção reflexa – morte e lesão corporal – poderia se dar na modalidade de concurso formal de crimes, se admitida a hipótese de que o evento lesivo, não é decorrência do delito de perigo comum, mas que uma conduta pode dar ensejo a dois resultados, o que não é a incidência em se tratando de fato ou defeito do produto, pois que esse deve ser um desdobramento do vício intrínseco.

As questões controvertidas estão afetas àquelas situações em que o resultado é tipicamente lesivo (lesões corporais e morte) ou um dano individual e coletivo⁶³⁰, porque há em casos tais o desdobramento, como decorrência de um vício intrínseco causador de um resultado, surgindo as formas diversas de recrudescimento da pena, nas modalidades qualificadas pelo resultado, em se tratando dos delitos do Código Penal objeto de análise (Arts. 272 e 273), com a possibilidade de que o sejam imputadas a título de culpa ou de dolo, conforme expressa previsão do Art. 258, também já citado e constante do Código Penal pátrio⁶³¹, ou agravantes; em caos jaez iniciar-se-ia a hercúlea tarefa da avaliação do nexa causal e determinação da condição que é causa do resultado e a imputação ao respectivo autor.

⁶²⁸ V. Art. 70, Código Penal brasileiro, visto que não guarda maiores discussões o concurso descrito no Art. 69, do mesmo diploma legal.

⁶²⁹ Algumas considerações sobre o concurso de crimes em relação somente a delitos de proteção imediata: V. FONSECA, A. C. L. da, *Direito Penal do Consumidor*, p. 61/62.

⁶³⁰ Estas expressões são usadas nos Arts. 12, inc. II, da Lei 8.137/90, e 76, inc. II, da Lei 8.078/90, em remissão a dispositivo contido na Lei 1.521/51.

⁶³¹ FRANCO, A. S., STOCO, R. (Coord.), *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, v. 2, p. 3415, esclarece que “as qualificadoras do resultado dependem, também, de que a morte ou lesão corporal tenham ‘resultado’ do crime de perigo comum, ou seja, que haja um nexa de causalidade entre este e aqueles eventos. Se houver a interrupção da causalidade inicial, ou se sobrevier causa independente, não poderão ser reconhecidas”. A respeito da necessidade de previsão de tais resultados sob pena de se configurarem em responsabilidade penal objetiva: V. BITENCOURT, C. R., *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*, v. 1, p. 195.

Para que se caracterize o fato ou defeito – vício por insegurança – é necessário que o evento lesivo seja decorrência do vício intrínseco, como um desdobramento: tipicamente lesivo ou não, embora nem a Lei 8.137/90 e nem a Lei 8.078/90 estabeleçam essa diferença para fins de incidência de determinadas causas agravantes que se contentam com a expressão *dano*⁶³².

Retomando a análise do Código Penal pátrio, especificamente dos tipos penais em exame, as formas qualificadoras do resultado exigem sempre figuras típicas lesivas, como decorrência de conduta anterior, mas limitam-se à morte e à lesão corporal de natureza grave⁶³³, do contrário a única forma de se optar por um recrudescimento da pena seria na análise das circunstâncias judiciais⁶³⁴ ou legais⁶³⁵.

⁶³² Tal como ocorre no caso da lesão corporal grave que assim se qualifica pelo resultado <<aceleração de parto>> que, por si só, não é delito.

⁶³³ V. Art. 129, § 2, Inciso I a V, do Código Penal brasileiro.

⁶³⁴ V. Art. 59, do Código Penal brasileiro, especialmente: conseqüências.

⁶³⁵ V. Por exemplo, Art. 61, Inciso II, letra “g”, do Código Penal brasileiro.

6. 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 nexo 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 idéia 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 jurídico-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 <<casos-paradigma>> 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.

No que concerne à responsabilidade por omissão, embora os dois diplomas legislativos estudados no caso brasileiro conferirem importância aos tipos omissivos puros, a posição de garante e a remissão genérica já constante do Código Penal (*o comportamento anterior criador de risco*) fazem com que as

figuras comissivas por omissão – com uma possibilidade de imputação dos resultados lesivos alcançados – sejam apontadas aos agentes do processo produtivo, especialmente quando se trate da colocação de um produto, cuja impropriedade somente seja reconhecida posteriormente, e o agente inobserve um dever de retirada, que se nos casos alemão e espanhol é severamente criticada pela doutrina por ter seu fundamento no Direito civil, no caso brasileiro, conta inclusive com a descrição de tal inobservância a título de delito omissivo puro.

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 inoccorrência 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.

Ante esse fato duas questões ganham relevo, não obstante as discussões sobre a necessidade de se lançar à busca de um arsenal *novo* ou *moderno*, (i) a possibilidade concursal com figuras de proteção reflexa e (ii) o conflito aparente de normas, pois ao confrontarem-se os dispositivos legais do Código penal e os das leis extravagantes, verifica-se que a redação é similar, sendo necessário colher critérios para a indicação de qual norma deverá prevalecer, vez que a simples menção ao princípio da especialidade, como tradicionalmente enfrentado será insuficiente. Assim, a qualidade e a quantidade de pena, o bem jurídico que se pretende proteger, a intenção e o propósito legislativo serão lembrados na busca por uma solução, e caso não seja possível, em que pesem as críticas, o pronunciamento do <<*in dubio pro reo*>> deve ser usado não como solução fácil, mas como respeito à pessoa humana, objeto dos princípios penais de garantia, e centro de atenções da lei fundamental.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABANTO VÁSQUEZ, M. A. **El principio de <<certeza>> en las leyes penales en blanco. Especial referencia a delitos económicos.** In Revista Peruana de Ciencias Penales. Ano 5. Vol. 9. Lima: Editorial Moreno S.A. IDEMSA. p. 13-34, *sine data*.

ALVIM, A. et al. **Código do Consumidor Comentado.** 2ª ed. rev. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

AMELUNG, K. **Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin.** In El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales. (Coord. Bernd Schünemann). Introducción, traducción y notas de Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1991. Título original: Grundfragen des modernem Strafrechtssystem, herausgegeben Von Bernd Schünemann.

BARATTA, A. **Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico.** Trad. da revisão (1990) do original italiano Ana Lúcia Sabadell, Universidade de Saarland – Alemanha. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 2. n. 5, p. 4-24, janeiro-março de 1994.

_____. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal – Introdução à Sociologia do Direito Penal.** Tradução e prefácio de Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, N. **Concepção e princípios do direito penal econômico, inclusive a proteção dos consumidores no Brasil.** In Revista de Direito Penal e Criminologia. Rio de Janeiro: Revista Forense. N.º 33. p. 78-89, Janeiro – Junho, 1982.

_____. **Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje.** Rio de Janeiro: Revan, 1990.

_____. **Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro.** Rio de Janeiro: Revan, 1990.

_____. **Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro - I.** Col. Pensamento Criminológico – volume 5. 2ª ed., Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2002.

_____. **Concurso de Agentes – Uma Investigação sobre os Problemas da Autoria e da Participação no Direito Penal Brasileiro.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. **A Política criminal d'A utopia e a Maldição de Hedionduras.** In Novas tendências do direito penal – artigos, conferências e pareceres – Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BECK, U. **La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad.** Traducción de Jorge Navarro, Daniel Jiménez, e M^a Rosa Borrás. 1^a edición. Barcelona: Paidós Ibérica S.A., 1998. Título original Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne.

BENJAMIN. A. H. **O Direito Penal do Consumidor: Capítulo do Direito Penal Econômico Direito do Consumidor.** In Revista do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 1. p. 103-129, 1998.

_____. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor.** vol. 1. 2^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

BITENCOURT, C. R. **Código Penal Comentado.** São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Tratado de Direito Penal** : parte geral, volume 1. 8^a ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Tratado de Direito Penal** : parte especial, volume 2. 3^a ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Tratado de Direito Penal** : parte especial, volume 4. 3^a ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

BITTAR, C. A.; BITTAR F^o, C. A. **Direito Civil Constitucional – O Direito Civil na Constituição de 1988,** 3^a ed. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BUENO, E. **Brasil: uma História – A incrível saga de um país,** 1^a ed., 1^a impressão. São Paulo: Editora Ática, 2002.

BUJÁN PÉREZ, C. M. **Derecho penal económico** – Parte general, Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

BURKHARDT, B. **Dogmática penal afortunada y sin consecuencias.** In La Ciencia del Derecho Penal ante el Nuevo Milenio (Coord. da versión española). Traducción de Manuel Cancio Meliá et. al. Valencia: Tirant lo Blanch. p. 119-175, 2004.

CHOMSKY, N.; DIETRERICH, Heinz. **A Sociedade Global – Educação, Mercado e Democracia.** Tradução Jorge Esteves da Silva. Blumenau: Ed. da FURB, 1999.

CHOSSUDOVSKY, M. **A Globalização da Pobreza – Impactos das Reformas do FMI e do Banco Mundial.** 1^a ed. e 2^a impressão. São Paulo: Moderna, 1999.

CINTRA, A. C. de A., et al. **Teoria Geral do Processo.** 19^a ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

COELHO, W. **Teoria Geral do Crime**. vol. 1. 2ª ed. rev. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

CORCOY BISADOLO, M. **Resultados de muerte y lesiones como consecuencia de un delito contra la salud pública**. In Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Madri: Centro de Publicaciones Gran Via. Tomo XLII. Fascículo I. p. 332-358, Enero-Abril 1989.

_____. **Responsabilidad penal derivada del producto. En particular la regulación legal en el Código Penal Español: delitos de peligro**. In Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto (Coord. S. MIR PUIG e D. M. Luzón Peña). Barcelona: Bosch. p. 247-261, 1996.

_____. **Delitos de Peligro Y Protección de bienes jurídicos-penales supraindividuales**: nuevas formas de delincuencia y reintegración de tipos penales clásicos. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

DÍAZ, M.; CONLLEDÓ, G. **Los elementos normativos del tipo penal y la teoría del error**. In Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabo Ruiz. Primer Volumen. Universitat de Valencia. p. 657-703, 1997.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. **A racionalidade das leis penais** : teoria e prática. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Título original: La racionalidad de las leyes penales : práctica y teoría.

DOLCINI, E.; MARINUCI, G. **Constituição e Escolha dos Bens Jurídicos**. Tradução de José de Faria Costa. In Revista Portuguesa de Ciências Criminais. Ano 4, fasc. 2º, Aequitas, Ed.Notícias. p. 151-198, 1994.

EFING, A. C. **Fundamentos do Direito das Relações de Consumo**. 2ª ed., rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2005.

_____. **Prestação de Serviços : uma análise jurídica, econômica e social a partir da realidade brasileira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FARALDO CABANA, P., **Consentimiento y adecuación social en los delitos contra los consumidores**. In Intertemas : Revista Curso de Mestrado em Direito, v. 2. Presidente Prudente: Associação Educaional Toledo (A.E.T.). p. 11-32, 2001.

FARIA COSTA, J. de; COSTA ANDRADE, M. da. **Sobre a concepção e os princípios do direito penal económico. Notas a propósito do Colóquio Preparatório da AIDP**. In Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários. Vol. I – Problemas Gerais. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1998.

FEATHERSTONE, M. **Cultura global**. Petrópolis: Editora Vozes, 1990.

FERREIRA, A. B. de H. **Novo Aurélio Século XXI**: o dicionário da língua portuguesa. 3.ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FIANDACA, G. O. **Bem jurídico como problema teórico e como critério de política criminal**. In Revista dos Tribunais. Ano 89. v. 776. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 409-439, junho 2000.

FIGUEIREDO DIAS, J. de. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Temas Básicos da Doutrina Penal – Sobre os Fundamentos da Doutrina Penal, Sobre a Doutrina Geral do Crime**. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 2001.

FONSECA, A. C. L. da. **Direito Penal do Consumidor: Código de Defesa do Consumidor e Lei n.º 8.137/90**. 2ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

FRAGOSO, H. C. **Lições de direito penal** : parte geral. 15ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

_____. **Direito Penal Econômico e Direito Penal dos Negócios**. In Revista de Direito Penal e Criminologia. N.º 33. Rio de Janeiro: Editora Forense. p. 122-129, Janeiro-Julho, 1982.

FRANCO, A. S. **Globalização e Criminalidade dos Poderosos**. In Temas de Direito Penal Econômico (Org. Roberto Podval). São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 235-277, 2001.

_____.;STOCO, R. (Coord.). **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. vol. 2. 7ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____.;_____. **Leis Penais especiais e sua interpretação jurisprudencial**. vol. 1. 7ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FOLHA DE SÃO PAULO. Apresenta notícias. Disponível em <<<http://www.folhaonline.com.br>>> Acesso em: 11 jun. 2005 e <<<http://www.folha.uol.com.br/folha>>> Acesso em: 11 e 12 jun. 2005.

FRISCH, W. **La imputación objetiva: estado de la cuestión**. In Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra). Madri: Civitas Ediciones, S. L., p. 22-67, 2000.

_____. **El error como causa de exclusión del injusto y/o como causa de exclusión de la culpabilidad**. Traducción de Enrique Peñaranda. In El error en Derecho Penal, 1ª Edición. Buenos Aires: AD-HOC S.R.L. p. 13-85, abril 1999.

GEORGE, S. **O Relatório Lugano**. Sobre a manutenção do capitalismo no século XXI. Tradução e notas de Afonso Teixeira Filho. 1ª ed. São Paulo: Boitempo Editorial, 2002. Título original: The Lugano Report.

GIMBERNAT ORDEIG, E., **Conceito e Método da Ciência do Direito Penal**. Tradução de José Carlos Gobbi Pagliuca, revisão da tradução Luiz Flávio Gomes. In Série as ciências criminais no século XXI : v. 9. São

Paulo : Revista dos Tribunais, 2002. Título original Concepto y método de la ciencia del derecho penal.

_____. **Aspectos de la responsabilidad penal por el producto en los casos del spray para el cuero y la colza.** In ICADE – Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales. Vol. 42. Madri. p. 63-85, Septiembre-Diciembre 1997.

GOMEZ BENITEZ, J. M. **Causalidad, Imputación y Cualificación por el resultado.** Madri: Ministerio de Justicia – Secretaria General tecnica – Centro de Publicaciones, 1988.

GONZALES RUS, J. J. **Los intereses economicos de los consumidores – Proteccion penal.** Madri: Instituto Nacional de Consumo. Ministerio de Sanidad y Consumo, 1986.

GRACIA MARTIN, L. **Instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal.** In Actualidad Penal n.º 14/16. Madri: Actualidad Editorial S.A. p. 213-233, Abril 1993.

GRINOVER, A. P. et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor:** comentado pelos autores do anteprojeto. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

DE GUTIÉRREZ SANTIAGO, P. **La prueba del daño, del defecto en el producto y de la relación de causalidad entre ambos: Experiencias en la aplicación judicial de la Ley 22/1994, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos.** In Derecho Penal de La Empresa (Directora Mirentxu Corcoy Bidasolo). Colección aspectos jurídicos. Pamplona: Universidad Publica de Navarra. Vol. 5. p. 433-491, 2002.

HALL, S. **A identidade cultural na pós-modernidade.** Tradução de Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. 2ª ed. Rio de Janeiro: DP&A, 1998.

HASSEMER, W. **Fundamentos de Derecho Penal.** Traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luiz Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch Editorial, 1984.

_____. **Crítica ao Direito Penal de Hoje.** Traducción de Patrícia S. Ziffer. 1ª Edición. Buenos Aires: AD-HOC S.R.L., 1995.

_____.; MUÑOZ CONDE, F. **La responsabilidad por el producto en derecho penal.** Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.

_____. **Persona, mundo y personalidad – bases para uma teoría de la imputación en Derecho Penal.** Traducción de Francisco Muñoz Conde y Mª del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

HELD, D.; MCGREW, A. **Prós e contras da globalização.** Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 2001.

HERZOG, F. **Límites al control penal de los riesgos sociales** (Una perspectiva crítica ante el derecho penal en peligro). In Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo XLVI. Fascículo I. Madri: Centro de Publicaciones Gran Vía, p. 317-327, Enero-Abril 1993.

_____. **Sociedad del riesgo, Derecho penal del riesgo, Regulación del riesgo – Perspectias más allá del Derecho Penal**. Traducción de Eduardo Demetrio Crespo. In Crítica y Justificación del Derecho Penal en el Cambio de Siglo – El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt. Actas del Congreso <<Críticas y justificación del Derecho penal>>, celebrado em Toledo los días 13-16, abril 2000. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. p. 248-258, 2003.

HIRST, P.; THOMPSON, G. **Globalização em questão**. Petrópolis: Vozes, 1998.

HUNTINGTON, S. **O choque de civilizações**. Rio de Janeiro: Objetiva, 1996.

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**. In Revista Semanal Técnico-jurídica de Derecho Penal. Actualidad Penal. Madri: La Ley – Actualidad S. A. N.º 27-48. p. 439-460, 1997.

_____. **La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos**. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2001.

JAKOBS, G. **A imputação objetiva no direito penal**. Tradução de André Luis Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Título original: La imputación objetiva en derecho penal.

_____. **Fundamentos do Direito Penal**. Tradução de André Luis Callegari, colaboração de Lúcia Kalil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. Título original Fundamentos del derecho penal.

_____. **Sociedade, Norma e Pessoa – Teoria de um Direito Penal Funcional**. v. 6. Coleção Estudos de Direito Penal, 1^a ed. brasileira. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes da tradução espanhola de Manuel Cancio Meliá. Barueri: Manole, 2003.

_____. **Teoria e Prática da Intervenção**. v. 8. Coleção Estudos de Direito Penal, 1^a ed. brasileira. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes da tradução espanhola de Manuel Cancio Meliá. Barueri: Manole, 2003.

JESCHECK, H. H.; WEIGEND, T. **Tratado de Derecho Penal – Parte General**. 5^a edición, renovada y ampliada. Traducción de Miguel Olmedo Cardebete. Granada: Comares, 1996. Título original: Lehbruch des Strafrechts: All. Teil, 5 vollständing Neubearb. u. erw.

JUSTEN FILHO, M. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 1997.

_____. **Concessões de Serviços Públicos**. São Paulo: Dialética, 2004.

JUSTIÇA FEDERAL DE SÃO PAULO. Apresenta informações relativas a diversos itens, inclusive o trâmite processual. Disponível em <<<http://www.jfsp.gov.br>>>. Acesso em: 11 jun. 2005.

JUSTIÇA FEDERAL DO PARANÁ. Apresenta informações relativas a diversos itens, inclusive o trâmite processual. Disponível em <<<http://www.jfpr.gov.br>>>. Acesso em: 11 jun. 2005.

KÄSSMAYER, K. **Engenharia Genética: Uma abordagem jurídico-penal**. In Revista dos Tribunais. Ano 94. vol. 831, São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 483-498, Janeiro de 2005.

KINDHÄUSER, Urs. **Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho**. 1ª Edición. Traducción de Fernando J. Córdoba. In El error en Derecho Penal. Buenos Aires: AD-HOC S.R.L. p. 139-163, Abril 1999.

KLEIN, N. **No Logo – el poder de las marcas**. Traducción de Alejandro Jockl. Barcelona: Paidós, 2000. Título original: No Logo.

KUHLEN, L. **Cuestiones Fundamentales de la responsabilidad penal por el producto**. Traducción de Carolina Bolea Bardon, revisada por Santiago Mir Puig. In Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto (Coord. S. MIR PUIG e D. M. Luzón Peña). Barcelona: Bosch. p. 233-213, 1996.

LAUFER, D., **Art. 25 da Lei n. 7.492/86 : Problemas de autoria no âmbito jurídico-penal**, no prelo.

LISBOA, R. S. **Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LOBO, P. L. N. **Constitucionalização do Direito Civil**. Disponível in: <<<http://www.infojus.com.br/artigos>>> Acesso em: 08 mar. 2004.

LUZÓN PEÑA, D. M. **Curso de Derecho Penal – Parte General I** Madrid: Editorial Universitas S. A., 1996.

MARINS, J. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto: os acidentes de consumo no Código de Proteção e Defesa do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

MARQUES, C. L. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais**, 4ª ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS-COSTA, J.; BRANCO, G. L. C. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARTÍN REBOLLO, L. (Edición preparada por) **Constitucion Española**. Navarra: Editorial Aranzadi SA, 2003.

MATA Y MARTÍN, R. M. **Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro**. In Estudios de Derecho Penal dirigidos por Carlos María Romeo Casabona. Granada: Comares, 1997.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE GOIÂNIA. Apresenta informações relativas a diversos itens, inclusive o trâmite processual. Disponível em <<<http://www.jfpr.gov.br>>>. Acesso em: 11 jun. 2005.

MIR PUIG, S., **Derecho Penal** – Parte General. 7ª edición. Barcelona: Editorial Reppertor, 2004.

MONREAL, E. N., **Reflexos para a Delimitação do Delito Econômico**. In Revista de Direito Penal e Criminologia. Rio de Janeiro: Revista Forense. N.º 33. p. 90-121, Janeiro – Junho 1982.

_____. **O Direito como obstáculo à transformação social**. Tradução de Gerson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

MONTE, M. F. **Da Proteção Penal do Consumidor**: O problema da (des)criminalização no incitamento ao consumo. Coimbra: Almedina, 1996.

MONTEIRO, W. de B. **Curso de Direito Civil** – Parte Geral. Vol. 1. 29ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1990.

MUÑOZ CONDE, F. **El error en Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch Alternativa, 1989.

NALIN, P. **Do Contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Curitiba: Juruá, 2001.

NERY JUNIOR, N.; NERY, R. M. A., **Código Civil Anotado e Legislação Extravagante**. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

NEY LOPES. Apresenta informações relativas ao parlamentar, contendo dados sobre a sua atuação. Disponível em <<<http://www.neylopes.com.br>>>. Acesso em: 12 jun. 2005.

NUNES, L. A. R., **Curso de Direito do Consumidor** : com exercícios. São Paulo: Saraiva, 2004.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE. Apresenta dados, textos e informações relacionadas com a saúde. ligada à Organização Mundial de Saúde. Disponível em <<<http://www.opas.org.br/medicamentos/eventos>>>. Acesso em: 22 mai. 2005.

PALAZZO, F. C., **Valores Constitucionais e Direito Penal – Um estudo comparado**. Tradução de Gerson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989. Título original: Valori Costituzionali e Diritto Penale (Un Contributo Comparistico allo Studio del Tema).

PAREDES CASTAÑÓN, J. M. **El riesgo permitido en Derecho Penal. Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosa.** Madrid: Ministerio de Justicia e Interior – Centro de Publicaciones, 1995.

_____.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T. **El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos.** Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.

_____. **Problemas de la responsabilidad penal en supuestos de comercialización de productos adulterados: algunas observaciones acerca del <<caso de la colza>> (Segunda Parte).** Traducción de Sergi Cardenal Montraveta, revisada por Santiago Mir Puig. In Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto (Coord. S. MIR PUIG e D. M. Luzón Peña). Barcelona: Bosch. p. 289-307, 1996.

_____. **La responsabilidad penal por productos defectuosos: Problemática político-criminal y reflexiones de *lege ferenda*.** In Derecho Penal de La Empresa (Directora Mirentxu Corcoy Bidasolo). . Colección aspectos jurídicos. Pamplona: Universidad Publica de Navarra. Vol. 5. p. 403-432, 2002.

PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 5ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2002.

PORFIRIO CARPIO, L. J. **La discriminación de consumidores como acto de competencia desleal.** Madrid : Marcial Pons, 2002.

PRADO, L. R. **Bem jurídico-penal e Constituição.** 2ª ed. rev. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Crimes contra o ambiente** : anotações à Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 : doutrina, jurisprudência, legislação. 2ª rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica: Fundamentos e Implicações.** In Responsabilidade penal da pessoa jurídica : em defesa do princípio da imputação penal subjetiva (Coord. Luiz Regis Prado). São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 101-135, 2001.

_____. **Curso de Direito Penal Brasileiro** – volume 1 : parte geral : arts. 1º a 120. 3ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Curso de Direito Penal Brasileiro** – volume 2 : parte especial : arts. 121 a 183. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Curso de Direito Penal Brasileiro** – volume 4 : parte especial : arts. 289 a 359-H. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____.;CARVALHO, E. M. de. **Teorias da imputação objetiva do resultado** : uma aproximação crítica a seus fundamentos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____.**Direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____.**Teorias dos fins da pena: breves reflexões**. In Ciências Penais – Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 1. V. 0. p. 143-158, 2004.

PRITTWITZ, C. **Sociedad del riesgo e Derecho penal**. Traducción de Adan Nieto Martin y Eduardo Demetrio Crespo. In Crítica y Justificación del Derecho Penal en el Cambio de Siglo – El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt. Actas del Congreso <<Críticas y justificación del Derecho penal>>, celebrado en Toledo los días 13-16, abril 2000. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, p. 259-287, 2003.

PUENTE ABA, L. M^a. **Delitos Económicos contra los consumidores y delito publicitario**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

_____.**Los delitos contra los consumidores** (*Arts. 281 a 283 del Código Penal*). Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

PUPPE, I. **Problemas de imputación del resultado en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto**. Traducción de Sergi Cardenal Monraveta, revisada por Santiago Mir Puig. In Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto (Coord. S. MIR PUIG e D. M. Luzón Peña). Barcelona: Bosch. p. 215-229, 1996.

_____.**Error de hecho, error de derecho, error de subsunción**. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. N.º 51, p. 132-189, 2004.

RADIOBRAS. Governo Federal. Apresenta textos sobre notícias do cenário nacional. Disponível em <<<http://www.radiobras.gov.br/1998>>>. Acessos em: 24 abr. 2005 e 22 mai. 2005.

RAMÓN RIBAS, E. **El delito de lesiones al feto – Incidencia en el sistema de tutela penal de la vida y la salud**. In Estudios de Derecho Penal. Dirigido por Carlos Maria Romeo Casabona. Granada: Editorial Comares, 2002.

REALE JÚNIOR, M. **A inconstitucionalidade da lei dos remédios**. In Revista dos Tribunais. Fascículos Penais. Ano 88. v. 763. p. 415-431, Maio 1999.

RÍOS, R. S. **Indagações sobre a possibilidade da imputação penal à pessoa jurídica no âmbito dos delitos econômicos**. In Responsabilidade penal da pessoa jurídica : em defesa do princípio da imputação penal subjetiva (Coord. Luiz Regis Prado). São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 181-195, 2001.

_____. **Reflexões sobre o delito econômico e a sua delimitação.** In Revista dos Tribunais. Ano 89. v. 775. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 432-448, Maio 2000.

_____. **O Crime Fiscal – Reflexões sobre o crime fiscal no direito brasileiro (Lei 8.137/90 de 27 e dezembro de 1990) e no direito estrangeiro.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T. **Delitos de peligro, dolo e imprudencia.** Madri: Marcial Pons, 1994.

_____. **Problemas de responsabilidad penal por comercialización de productos adulterados: algunas observaciones acerca del <<caso de la colza>> (Primera Parte).** In Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto (Coord. S. MIR PUIG e D. M. Luzón Peña). Barcelona: Bosch. p. 263-287, 1996.

ROCHA, S. L. F. da. **Responsabilidade Civil do Fornecedor pelo fato do Produto no Direito Brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

ROXIN, C. **Problemas Fundamentais de Direito Penal.** Tradução portuguesa de Ana Paula dos Santos Natscheradetz. Lisboa: Veja, 1986.

_____. **Derecho Penal – Parte General – TOMO I – Fundamentos. La estructura de la teoria del delito.** 1ª ed. Traducción y notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, e Javier de Vicente Remesal. 1ª ed. Madrid: Civitas, 1997, reimpresión 2001. Título do original do original Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 2. Auflage Beck, München, 1994 de la 2ª edición alemana.

_____. **Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal.** Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzalés de Murillo. Prólogo de Manuel Cobo del Rosal. Madri: Marcial Pons, 2000. Título original: Täterschaft und Tatherrschaft.

_____. **Política criminal e sistema jurídico-penal.** Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RUIZ RODRÍGUEZ, L. R. (ed.), et. al. **Sistema penal de protección del mercado y de los consumidores** – Actas del II Seminario Internacional de Derecho Penal Económico. Jerez, diciembre 2000. Valencia : Tirant lo Blanch, 2002.

SALOMÃO, H. E. **A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SANCINETTI, M. A. **Teoría del delito y disvalor de acción – Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción.** Buenos Aires: Editorial Hammurabi S. R. L., 1991.

SANTANA VEGA, D. M^a. **La protección penal de los bienes jurídicos colectivos**. Madri: Dykinson, 2000.

SANTOS, B. de S. **Para um novo senso comum : a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. v. 1. A crítica da razão indolente – contra o desperdício da experiência, 4^a edição. São Paulo : Cortez, 2002.

SANTOS, J. C. dos. **Direito Penal Econômico**. Revista de Direito Penal e Criminologia. Rio de Janeiro: Editora Forense, nº 33, p. 196-201, Janeiro-Julho 1982.

_____. **A Moderna Teoria do Fato Punível**. 3^a ed., ver. e ampl. Curitiba: Fórum, 2004.

_____. **Teoria da Pena : Fundamentos políticos e Aplicação judicial**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005.

SCHUMANN, H. **Responsabilidad individual en la gestión de empresas**. Observaciones sobre la <<Sentencia Erdal>> del Tribunal Supremo Federal alemán (BGH). Traducción de Teresa Rodríguez Montañés. In Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto (Coord. S. MIR PUIG e D. M. Luzón Peña). Barcelona: Bosch. p. 199-213, 1996.

SCHÜNEMANN, B. **El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales**. Traducción, introducción y notas de Jesús-María Silva Sánchez. Madri: Editorial Tecnos S.A., 1991. Título original "Grundfragen des modernen Strafrechtssystem, herausgegeben von Bernd Schünemann – Mit Beitragen von Hans Achenbach, Knut Amelung, Bernhard Häffkem, Hans Joachim Rudolphi, Bernd Schünemann, Jürgen Wolter"

_____. **Las reglas de la técnica en Derecho penal**. In Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Madri: Centro de Publicaciones Gran Vía. Tomo XLVII. Fascículo III, p. 307-339, Septiembre-Diciembre 1994.

SCHÜNEMANN, B. **Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia juridico-penal alemana**. Traducción de Manuel Cancio Meliá. 1^a edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia – Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1996. Título original: *Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*.

_____. **¿Ofrece la reforma del Derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento?** In: Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio". (Coord. Bernd Schünemann), Madri: Editorial Tecnos, p. 185-202, 2002.

_____. **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**. Tradução Luis Greco. In Revista Brasileira de Ciências Criminais.

São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 13. N.º 53, p. 9-36, Março-Abril de 2005.

SIDOU, J. M. O. **Proteção ao Consumidor**: quadro jurídico universal, responsabilidade do produtor no direito convencional, cláusulas contratuais abusivas, problemática brasileira, esboço de lei. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

SILVA SÁNCHEZ, J. M^a. **A expansão do direito penal** : aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Título original La expansión del derecho penal : aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales.

SKLAIR, L. **Sociologia do Sistema Global**. Petrópolis: Vozes, 1995.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Apresenta informações relativas a diversos itens, inclusive o trâmite processual. Disponível em <<<http://www.stj.gov.br>>>. Acesso em: 12 jun. 2005 e 26 jun. 2005

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Apresenta informações relativas a diversos itens, inclusive o trâmite processual. Disponível em <<<http://www.stj.gov.br>>>. Acesso em: 10 jun. 2005.

TIEDEMANN, K. **Poder Económico y Delito – Introducción al derecho penal económico y de la empresa**. Tradución de Amelia Mantilla Villegas. 1^a edición. Barcelona: Editorial Ariel S.A., Septiembre 1985.

_____. **Lecciones de Derecho Penal Económico. (comunitario, español, europeo)**. Traducción por Teresa Martín. Barcelona: PPU, 1993.

_____. **Sobre el estado de la teoría del error, con especial referencia ao derecho penal económico y al derecho penal accesorio**. Traducción realizada por Carlos Suárez González. Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabo Ruiz. Segundo Volumen. Universitat de Valencia, p. 895-909, 1997.

_____. **Derecho Penal y Nuevas Formas de Criminalidad**. Traductor y editor: Dr. Manuel A. Abanto Vásquez. Lima: IDEMSA (Importaciones y Distribuidora Editorial Moreno S/A), Julio 2000.

TORIO LOPEZ, A., **Cursos causales no verificables em Derecho penal**. In Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Madri: Instituto Nacional de Estudos Jurídicos. Tomo XXXVI. Fascículo II, p. 221-237, Mayo-Agosto 1983.

TORON, A. Z., **Aspectos Penais da Proteção do Consumidor**. In Revista dos Tribunais. Fascículos Penais. Ano 80. v. 671. p. 289-296, Setembro 1991.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. Apresenta informações relativas a diversos itens, inclusive o trâmite processual. Disponível em <<<http://www.tj.sc.gov.br>>>. Acesso em: 11 jun. 2005.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apresenta informações relativas a diversos itens, inclusive o trâmite processual. Disponível em <<<http://www.tj.sp.gov.br>>>. Acesso em: 12 jun. 2005.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. Apresenta informações relativas a diversos itens, inclusive o trâmite processual. Disponível em <<<http://www.tj.pr.gov.br>>>. Acesso em: 11 jun. 2005.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Apresenta informações relativas a diversos itens, inclusive o trâmite processual. Disponível em <<<http://www.tj.rj.gov.br>>>. Acesso em: 12 jun. 2005.

VALLEJO ARTEAGA, M^a C.; DE LOS RÍOS GUTIÉRREZ, P. **Fraude al Consumidor** : ¿delito o contravención? Desde una perspectiva victimológica. 1^a edición. Bogotá: Universidad Externado da Colombia, 2001.

VICENTE MARTÍNEZ, R. de. **Infracciones y sanciones en materia de consumo** – Práctica Jurídica. Castilla-La Mancha: Editora Tecnos – Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha Consejería de Sanidad, 2000.

_____. **Teoría y práctica o el Dr. Jekyll y Mr. Hyde (a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 177/1999, de 11 de octubre, sobre el principio *ne bis in idem***. In Revista Semanal Técnico-jurídica de Derecho Penal. Actualidad Penal. Madri. N.º 22, p. 473-485, 29 de Mayo al 4 de Junio de 2000.

VIOLA, E., OLIVIERI, A. **Globalização, Sustentabilidade e Governabilidade Democrática no Brasil**. In A sociedade democrática no fim do século. (Org. Trindade, A. A. C. e Castro, M. F.). Brasília: Editora Paralelo 15, 1997.

WELZEL, H. **O novo sistema jurídico-penal** : uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução, prefácio e notas de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. Texto original *Das neue Bild des Strafrechtssystems*.

WESTLAW: banco de dados. Disponível em: <<<http://www.westlaw.es>>>. Acesso em: 05 nov. 2004.

ZAFFARONI, E. R. **Qui peut et n'empêche pêche, pero non delinque (acerca de la inconstitucionalidad de los tipos omisivos improprios no escritos)**. v.1. In Homenaje ao al. Dr. Marino Barbero Santos. Volumen I. Coordinador Adán Nieto Martín. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha e Ediciones Universidad de la Salamanca. p. 1389-1416, 2001.

_____. et al. **Direito Penal Brasileiro** : primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 2^a ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZIELINSKI, D. **Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito – Análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito.** Traducción de Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Editorial Hammurabi S. R. L., 1990. Título original: Handlungs – und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff – Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluß. Berlim : Dunker & Humblot, 1973.