

UNIVERSIDADE DE COIMBRA

FACULDADE DE DIREITO



**A RESPONSABILIDADE CRIMINAL PELO PRODUTO E O *TOPOS*  
CAUSAL EM DIREITO PENAL**

**(CONTRIBUTO PARA UMA PROTECÇÃO PENAL DE INTERESSES DO  
CONSUMIDOR)**

**SUSANA MARIA AIRES DE SOUSA**

Dissertação de doutoramento em Ciências  
Jurídico-Criminais apresentada à Faculdade  
de Direito da Universidade de Coimbra e  
orientada pelo Senhor Professor Doutor  
José de Faria Costa

**COIMBRA**

**2012**

**FCT**

Fundação para a Ciência e a Tecnologia  
MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, INOVAÇÃO E DO ENSINO SUPERIOR







## RESUMO

A *responsabilidade criminal pelo produto* refere-se à responsabilização penal dos produtores ou distribuidores de bens de consumo pela lesão ou colocação em perigo de interesses juridicamente valiosos dos consumidores (como a vida, a saúde, a segurança), decorrente da normal utilização dos bens destinados à satisfação das suas necessidades. Esta temática compreende uma série de novos problemas jurídicos colocados ao direito penal pelo desenvolvimento e crescente complexidade da moderna sociedade de consumo. Trata-se de saber em que medida o produtor ou distribuidor devem responder criminalmente pela ofensa a interesses fundamentais dos consumidores.

Uma tal responsabilidade criminal teve na sua origem uma casuística jurisprudencial que se apresenta na parte introdutória desta dissertação. A leitura e o estudo destes casos permitem concretizar e apresentar o tema da investigação, concentrado nas dificuldades suscitadas pela aplicação dos delitos de resultado e, em particular, na questão da imputação de resultados danosos. Com efeito, o paradigma da imputação de um resultado a uma conduta, próprio dos crimes de *Homicídio* ou de *Ofensas à integridade física*, convocados por estas decisões jurisprudenciais, encontra, no âmbito da produção e distribuição de bens, um conjunto renovado de dificuldades, ligadas de forma imediata ao contexto empresarial e de inovação tecnológica em que se realiza a lesão daqueles bens jurídicos fundamentais.

A primeira parte desta dissertação é assim dedicada ao estudo da figura da responsabilidade pelo produto. A nossa atenção dirige-se em primeira linha à sua dimensão jurídico-penal, não obstante uma breve referência à responsabilidade civil, justificada pelo amplo desenvolvimento doutrinal e legal desta problemática no plano do direito civil. A complexidade do problema advém desde logo da sua transversalidade sistemática, composta por distintas dimensões que se reflectem por todas as categorias e elementos constitutivos da infracção criminal. Entre os diversos nódulos problemáticos elege-se, como já se referiu, a questão da imputação de resultados danosos assente na afirmação de um nexo causal entre a conduta de

produção e comercialização dos bens e as ofensas a bens jurídicos fundamentais dos consumidores.

É este horizonte problemático que serve de cenário à segunda parte desta dissertação, que assume como propósito a procura de um critério ou modelo de imputação causal. Justifica-se assim o estudo, nas suas linhas nucleares, dos principais modelos causais seguidos no discurso penal, por vezes em diálogo com o discurso científico e filosófico. Esta análise constituirá um suporte essencial à proposta, no final da segunda parte, de um modelo causal – que designámos de modelo da imputação causal – válido para os delitos materiais e devidamente enquadrado no juízo normativo da atribuição de resultados.

Arriscada a proposta de um modelo, regressa-se ao problema da responsabilidade criminal pelo produto, de forma a testar, neste domínio, a sua capacidade de resposta. Todavia, uma tal experiência pressupõe, num primeiro momento, que se considere a tutela penal conferida pela lei portuguesa aos interesses dos consumidores, a qual se realiza em dois planos distintos: no Código Penal através dos delitos de resultado que aí se prevêem, e no direito penal secundário por intermédio das incriminações previstas no Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro. É justamente a análise destas incriminações que se concretiza na terceira parte desta investigação. A apreciação do regime legal procura indagar da sua capacidade de resposta às questões suscitadas pela produção de bens defeituosos e perigosos para a segurança dos consumidores. Perante a insuficiência da resposta legal, motivada em grande medida pelas dificuldades de imputação causal inerentes aos delitos de resultado, desadequados às especificidades da produção e comercialização de bens, procuram-se outras soluções normativas. Termina-se esta investigação apresentando uma proposta de incriminação a inserir no Código Penal que, em estreita observância do princípio da mínima intervenção penal, permita, do mesmo passo, ultrapassar os obstáculos relacionados com a causalidade decorrentes dos clássicos delitos de resultado e responder à necessidade de tutela penal dos interesses fundamentais dos consumidores no âmbito da produção e comercialização de produtos perigosos ou defeituosos.

## ABSTRACT

Product criminal liability stands for the criminal responsibility of the producers or distributors of goods for the harm or endangerment of legally invaluable interests of consumers (such as life, health or security), arising from the normal use of these goods. This expression encompasses as well a set of new legal problems faced by criminal law in the context of the progress and growing complexity of the current consumption society. A major question is related to criminal responsibility for the injury to essential interests of consumers.

Such criminal responsibility arose from a series of court cases presented in the introduction of this thesis. The study of these cases allows identifying a research topic related to the problems faced by the application of result crimes, in particular the imputation of harming results. As a matter of fact, the imputation of a result to a human conduct, characteristic of crimes such as homicide or corporal injuries, invoked by these court decisions, finds here additional difficulties when connected with the business and technological innovation context where these fundamental legal goods are harmed.

The first part of this thesis is thus dedicated to the study of product liability. We concentrate on its criminal dimension, notwithstanding a brief reference to the civil responsibility, where this problematic has known wide doctrinal and legal developments. The complexity of this problem arises immediately from its systematic transversality, since it touches upon all categories and constituting elements of the criminal infraction. Among the many related questions, we elected the problem of the imputation of harmful results arising from the affirmation of a causal relation between the production and commercialization of goods and the offenses to fundamental legal goods of consumers.

In this problematic context, we undertake the search for a criterion or a model of causal imputation in the second part of this thesis. We therefore investigate the essential lines of the main causal models followed within criminal law, in a necessary dialogue with the philosophical and scientific proposals. This analysis allowed us to propose, in the end of this second part, a causal model –

designated model of causal imputation – valid for material crimes and in accordance with the normative judgment of the imputation of results.

We hence come back to the problem of product criminal liability, at the light of this model of causal imputation, in order to test it in this dominion. However, for that we first need to consider the criminal protection given by portuguese law to the interests of consumers, which takes place in a two-fold way: through the Penal Code and the result crimes here described, and through the secondary criminal law by the crimes described in Decreto-Lei n.º 28/84, from 20<sup>th</sup> of January. These incriminations are analyzed in the third part of this thesis, with the purpose of investigating its capacity to answer the challenge to the safety of consumers posed by the production of faulty or dangerous goods. The existing legal answers are found to be insufficient, essentially due to the difficulties arising from the causal imputation characteristic of result crimes, which are not prepared to deal with the specific problems of the production and commerce of goods. Alternative normative solutions are thus found necessary. In the final part of this thesis, we hence present a proposal of a crime to be included in the Penal Code which, while observing the principle of minimal criminal intervention, may allow to face the challenges related with causality in the classical result crimes and thus answer the need for criminal protection of the fundamental interests of consumers in the context of the production and commerce of faulty or dangerous goods.



## ABREVIATURAS

- AAFDL* - Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
- ADPCP* – *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*
- BB* – *Betriebs-Berater, Zeitschrift für Recht und Wirtschaft*
- BFD* – *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*
- BGH* – Bundesgerichtshof
- BGHSt* – *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen*
- BMJ* – *Boletim do Ministério da Justiça*
- CC* – Código Civil
- CJ* - *Colectânea de Jurisprudência*
- COMEST - Commission on the Ethics of Scientific Knowledge and Technology
- CP* – Código Penal
- CRP* – Constituição da República Portuguesa
- EPC* – *Estudios Penales y Criminológicos*
- GA* – *Goldhammers Archiv*
- Grünbut's Zeitschrift* – *Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart*
- HRRS* – *Onlinezeitschrift für Höchstgerichtliche Rechtsprechung im Strafrecht*
- JA* – *Juristische Arbeitsblätter*
- JR* – *Juristische Rundschau*
- JuS* - *Juristische Schulung*
- JZ* – *Juristenzeitung*
- KritV* – *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*
- LG* – Landesgericht
- LK* – *Leipziger Kommentar StGB*
- LO* – Ley Orgánica
- NJW* – *Neue Juristische Wochenschrift*
- NStE* – *Neue Entscheidungssammlung für Strafrecht*
- NStZ* – *Neue Zeitschrift für Strafrecht*

ÖJZ – *Österreichische Juristen-Zeitung*  
OLG – *Oberlandesgericht*  
PHi – *Haftpflicht international, Recht & Versicherung*  
PHI – *Produkthaftungsinformation*  
RBCC – *Revista Brasileira de Ciências Criminais*  
RDP – *Revista de Derecho Penal*  
RDPC – *Revista de Derecho Penal y Criminologia*  
RECPC – *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminologia*  
RevCedoua – *Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*  
RFDUP – *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*  
RGIT – *Regime Geral das Infracções Tributárias*  
RIDPP – *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*  
RLJ – *Revista de Legislação e Jurisprudência*  
RMP – *Revista do Ministério Público*  
ROA – *Revista da Ordem dos Advogados*  
RP – *Revista Penal*  
RPCC – *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*  
RPCP – *Revista Peruana de Ciencias Penales*  
RPSS – *Revista Portuguesa de Saúde Pública*  
RTDPE – *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*  
StGB – *Strafgesetzbuch*  
STJ – *Supremo Tribunal de Justiça*  
StPO - *Strafprozeßordnung*  
StV – *Strafverteidiger*  
TC – *Tribunal Constitucional*  
ZIS – *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*  
ZStV – *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*  
ZUR – *Zeitschrift für Umweltrecht*

“ ‘If there's no meaning in it,’ said the King, ‘that saves a world of trouble, you know, as we needn't try to find any. And yet I don't know?’ he went on, spreading out the verses on his knee, and looking at them with one eye; ‘I seem to see some meaning in them, after all.’”

Lewis Carroll, *Alice's Adventures in Wonderland*

## § 1. OBJECTO DE ESTUDO E MÉTODO DE INVESTIGAÇÃO

### 1. Considerações introdutórias

A expressão *responsabilidade criminal pelo produto* emprega-se para fazer referência à responsabilidade penal dos produtores ou distribuidores de bens de consumo pela lesão ou colocação em perigo de interesses juridicamente valiosos dos consumidores (como a vida, a saúde, a segurança), decorrente da normal utilização dos bens destinados à satisfação das suas necessidades. Todavia, com esta designação pretende-se também abarcar uma série de novos problemas jurídicos colocados ao direito penal pelo desenvolvimento e crescente complexidade da moderna sociedade de consumo. Trata-se de saber em que medida o produtor ou distribuidor podem ser responsabilizados criminalmente pela ofensa àqueles interesses dos consumidores. Neste sentido, do ponto de vista do direito positivo, a tutela destes bens jurídicos convoca quer o direito penal clássico, por via, entre outros, de delitos como o *Homicídio* ou as *Ofensas à integridade física*, quer o recurso a normas penais voltadas especificamente para a tutela das relações de consumo, com frequência inseridas no direito penal secundário<sup>1</sup>. Deste modo, as situações de responsabilidade criminal pelo produto enquadram-se também, no plano normativo, no âmbito da protecção penal do consumidor.

---

<sup>1</sup> Cf. VOGEL, Joachim, «La responsabilidad penal por el producto en Alemania: situación actual y perspectivas de futuro», *Revista Penal* 8 (2001), p. 95.

Importa, porém, esclarecer que o conceito de *responsabilidade criminal pelo produto* é ainda relativamente recente. A sua configuração jurídica é devida, em grande parte, à jurisprudência e doutrina alemã do final do século XX. Com efeito, até à década de 80, a referência a esta problemática nos tratados de direito penal era praticamente inexistente. A título meramente exemplificativo, Schmidt-Salzer, um dos autores alemães que mais se debruçou sobre o problema da responsabilidade pelo produto, inclui pela primeira vez a referência à sua relevância criminal em 1988, na segunda edição do seu livro *Produkthaftung*<sup>2</sup>.

Às poucas referências a esta temática no âmbito penal contrapõe-se o saturado estudo da questão no âmbito do direito civil. De facto, a responsabilidade pelo produto teve a sua origem e lugar primário no ordenamento jurídico-civil, em que se procurou resolver directamente a questão da responsabilidade do produtor contrabalançando o desequilíbrio na relação de consumo, por via quer da erosão do princípio da culpa, quer da crescente afirmação de uma dimensão probabilística do nexo causal<sup>3</sup>. Deste modo, em nada surpreende a consagração no plano do direito civil de uma responsabilidade puramente objectiva do produtor. É justamente neste sentido que se inclinam as fontes de direito comunitário europeu referentes à responsabilização civil dos fabricantes e dos intermediários no mercado pelos produtos que fabricam ou comercializam. Neste contexto, são inúmeras as decisões jurisprudenciais no âmbito da responsabilidade civil pelo produto. Na verdade, a Europa do último terço do século XX testemunhou um amplo interesse doutrinal, legal e jurisprudencial desta matéria no domínio civil, que teve por consequência uma significativa expansão desta responsabilidade. Por conseguinte, assistiu-se a um incremento dos deveres dos fabricantes, que hoje se estendem, como refere Kuhlen, desde as instruções sobre a construção e a fabricação até aos deveres de vigilância dos produtos<sup>4</sup>. Esta expansão teve uma dupla ressonância: por um lado, extravasou o círculo das pessoas naturais; por outro, extrapolou o círculo da produção,

---

<sup>2</sup> Cf. SCHMIDT-SALZER, Joachim, *Produkthaftung, Band I: Strafrecht*, Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 1988. Também NEHM, Kay, «Produkthaftung im Strafrecht», *in: Produkthaftung: straf- und versicherungsrechtliche Fragen*, Bonn: Deutscher Anwaltverlag, 2001, p. 7.

<sup>3</sup> Cf. PIERGALINI, Carlo, «La responsabilità del produttore: avamposto o Sackgasse del diritto penale», *RIDPP 1996*, p. 355.

<sup>4</sup> KUHLEN, Lothar, *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*, Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, 1989, p. 2.

abrangendo também os distribuidores e comerciantes de produtos defeituosos ou perigosos.

No direito penal, o estado da arte nesta matéria é totalmente outro, revelando uma certa “impermeabilidade ao dano do produto”<sup>5</sup>. Não obstante a crescente publicação de estudos sobre esta problemática nos últimos anos, impulsionada pela realidade dos casos e por decisões judiciais historicamente marcantes, a discrepância face ao direito civil permanece assinalável e reside, em última instância, na questão de saber se a produção e distribuição de bens (e serviços) perigosos e defeituosos pode ou não fundamentar uma responsabilidade criminal, de natureza individual ou colectiva.

A relevância criminal destas situações advém de forma imediata da dignidade penal dos bens jurídicos afectados, em particular a vida e a integridade física<sup>6</sup>. Foi justamente a lesão destes bens, provocada pela ingestão ou uso de produtos colocados no mercado e adquiridos pelos consumidores, que levou os tribunais, numa clara antecipação a qualquer discussão doutrinal, a debater a eventual relevância criminal destas situações. Na verdade, esta casuística confrontou a normatividade penal com a questão de saber se figuras delituais clássicas, como as ofensas à integridade física ou o homicídio, suportam ainda uma resposta adequada àquelas situações. Na tentativa de encontrar soluções, a jurisprudência viu-se obrigada a flexibilizar algumas das estruturas e categorias clássicas do direito penal, entre elas a noção de causalidade, o que conduziria a um discurso profundamente crítico por parte de alguns autores<sup>7</sup>.

Esta dimensão praxiológica e casuística da responsabilidade criminal pelo produto justifica que, neste momento introdutório, se exponham, ainda que nos seus traços essenciais, os casos paradigmáticos que estiveram na sua origem e que, simultaneamente, fundamentam a discussão doutrinal que permanece até hoje. Esta breve exposição serve, ao mesmo tempo, o propósito de concretização dos

---

<sup>5</sup> A expressão é de PIERGALINI, Carlo, «La responsabilità del produttore...», *op. cit.*, p. 355.

<sup>6</sup> Cf. DEUTSCHER, Jörg / KÖRNER, Peter, «Die strafrechtliche Produktverantwortung von Mitgliedern Kollegialer Geschäftsleitungsorgane. Eine Einführung unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des BGH», *Wistra* 1996, p. 292.

<sup>7</sup> HASSEMER, Winfried / MUÑOZ CONDE, Francisco, *La Responsabilidad por el Producto en Derecho Penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p. 49 e ss.

princípios e linhas gerais que compõem a “responsabilidade penal pelo produto”, bem como a construção da base problemática e metodológica que orientará a presente dissertação.

## 2. Os casos paradigmáticos<sup>8</sup>

### 2.1 O Caso *Contergan*<sup>9</sup>

Em 1954, investigadores da empresa farmacêutica alemã Chemie Grünenthal produziram um composto derivado do ácido glutâmico que ficaria conhecido como talidomida e que viria a ser introduzido no mercado em 1957 com o nome comercial de *Contergan*<sup>10</sup>. Tratava-se de um medicamento com um forte efeito sedativo e hipnótico. Dadas as suas características farmacológicas e dada a possibilidade de ser comercializado na então República Federal Alemã sem receita médica, este produto transformou-se num enorme sucesso comercial. Considerado à altura como um medicamento sem efeitos laterais, foi utilizado por mulheres grávidas como

---

<sup>8</sup> Na literatura penal alemã tomam-se como casos célebres e paradigmáticos, em matéria de responsabilidade criminal pelo produto, os casos *Contergan* (relativo à ingestão da talidomida por grávidas), *Lederspray* (referente ao uso de um *spray* para calçado e protecção de peles) e *Holzschutzmittel* (que diz respeito à aplicação de um protector de madeira). Cf. VOGEL, Joachim, *LK*, 12. Auf., p. 1103, § 277. Serão estes os casos que tomaremos por referência, conjuntamente com um outro caso de particular importância nesta matéria ocorrido em Espanha e relativo à distribuição para consumo de óleo de colza. Não obstante, sempre que se considere relevante, alargar-se-á o âmbito de referência a circunstancialismos fácticos pressupostos por outros casos de responsabilidade criminal pelo produto julgados pelos tribunais e referenciados na literatura.

<sup>9</sup> LG Aachen, decisão de 18-12-1970, *JZ* 1971, p. 507-521. Uma síntese desta decisão pode encontrar-se em TORIO LOPEZ, Angel, «Cursos causales no verificables en derecho penal», *ADPCP*, Tomo XXXVI (1983), p. 229. Também GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Causalidad, Imputación y Cualificación por el Resultado*, Madrid: Ministerio de Justicia, 1988, p. 125-137. A literatura sobre este caso é vasta, mas não pode deixar de se referir, quer pela importância quer pela proximidade temporal dos acontecimentos, o estudo de KAUFMANN, Armin «Tatbestandsmäßigkeit und Verursachung im Contergan-Verfahren», *JZ* 1971, p. 569-576. Veja-se ainda HASSEMER, Winfried/ MUÑOZ CONDE Francisco, *La Responsabilidad por el Producto en Derecho Penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p. 129 e s., bem como MONTAÑÉS, Teresa Rodríguez, «Incidencia dogmática de la jurisprudencia del caso de la colza y otros casos en materia de productos defectuosos», RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, «Incidencia dogmática de la jurisprudencia del caso de la colza y otros casos en materia de productos defectuosos», *in: Responsabilidad Penal por Defectos en Productos Destinados a los Consumidores*, (org. Javier BOIX REIG / Alessandro BERNARDI) Madrid: Iustel, 2005, p. 122.

<sup>10</sup> Cf. MENDOZA CALDERÓN, Silvia, *La Responsabilidad Penal por Medicamentos Defectuosos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 67.

sedativo, no combate às insónias e ansiedade, e também no alívio dos enjoos matinais.

No final da década de 50 começaram a surgir os primeiros relatos de nascimentos de crianças com malformações. Estes danos foram relacionados com a toma daquele medicamento, pelo que acabaria por ser determinada, no final de 1961, a retirada do produto do mercado<sup>11</sup>. Estava iniciada a discussão acerca dos efeitos secundários deste medicamento em pacientes grávidas. Com efeito, antes da sua comercialização os casos de focomelia<sup>12</sup> na República Federal Alemã eram muito raros, mas entre 1958 e 1962 conheceram-se pelo menos 845 casos, ao passo que em países vizinhos onde o medicamento não fora distribuído, *v. g.*, França e República Democrática Alemã, não se verificou qualquer fenómeno semelhante<sup>13</sup>.

O Ministério Público iniciou a investigação por forma a determinar a eventual relevância criminal dos factos, acabando por acusar nove dirigentes da empresa alemã Grünenthal pelos crimes de homicídio e ofensas à integridade física, responsabilizando-os pela produção e comercialização do medicamento sem terem sido observados os cuidados devidos, designadamente no que se refere à averiguação de efeitos secundários. Ao tribunal punha-se a questão de determinar a eventual imputação àqueles dirigentes dos crimes de homicídio negligente (parágrafo 222 do StGB), decorrente de lesões pré-natais que provocaram a morte após o nascimento, e de ofensas à integridade física, também negligentes, igualmente decorrentes de lesões pré-natais.

O tribunal de Aachen, usando a faculdade prevista no parágrafo 153, 3, da lei processual penal alemã, após dois anos e meio de julgamento, acabaria por suspender o processo, assumindo a empresa Grünenthal a obrigação de indemnizar

---

<sup>11</sup> Sobre a história da talidomida veja-se TEIXEIRA, Lúcia/FREIRE, Luciana, *História da Talidomida: do seu Dramático Passado ao seu Futuro Promissor*, in: [www.ff.up.pt/toxicologia/monografias/ano0506/talidomida/histria.htm](http://www.ff.up.pt/toxicologia/monografias/ano0506/talidomida/histria.htm), consultado em Janeiro de 2008.

<sup>12</sup> Segundo MENDOZA CALDERÓN, Silvia, *La Responsabilidad Penal por Medicamentos Defectuosos*, *op. cit.*, p. 68, esta malformação seria posteriormente conhecida como síndrome de Wiedemann e consistia, entre outras manifestações, na ausência da maior parte do braço, ligando-se a mão directamente ao ombro do feto.

<sup>13</sup> Cf. HERNÁNDEZ, Héctor, «El problema de la “causalidad general” en el derecho penal chileno (con ocasión del art. 232 del Anteproyecto de Nuevo Código Penal)», *Política Criminal*, n.º 1, 2006, p. 5.

as vítimas através da criação de um fundo de 114 milhões de marcos<sup>14</sup>. Não obstante a suspensão do processo, o tribunal acabaria por formular conclusões sobre a relevância criminal dos factos.

Entre os problemas colocados ao tribunal destacam-se, por um lado, a determinação do nexo de causalidade entre a ingestão de talidomida e as graves malformações de crianças recém-nascidas, algumas das quais determinariam a sua morte; por outro lado, importava determinar o enquadramento dogmático das lesões pré-natais, designadamente a questão de saber se constitui homicídio negligente a lesão causada ao feto que conduz à morte da criança depois de nascida e em que termos poderá existir uma ofensa à integridade física quando não tenha ocorrido a morte do feto ou do recém-nascido<sup>15</sup>.

No que diz respeito à resolução da primeira questão, importava determinar se a talidomida era factor causal, e em que circunstâncias, dos efeitos lesivos sofridos pelos recém-nascidos. O tribunal estabeleceu as linhas gerais de determinação do nexo de causalidade e entendeu que, neste tipo de casos, é impossível realizar um juízo (sobre a causalidade) absolutamente seguro, capaz de excluir toda a dúvida, formulando um parágrafo inúmeras vezes repetido e criticamente considerado pela doutrina penal, segundo o qual “o que realmente importa não é a certeza objectiva característica das ciências naturais, mas antes a certeza subjectiva”<sup>16</sup>.

O tribunal afirmou ainda, no que ao segundo problema diz respeito, a tipicidade dos danos corporais decorrentes de acções pré-natais que causem lesões funcionais em pessoas nascidas, bem como a tipicidade a título de homicídio negligente das acções pré-natais que tenham causado a morte de recém-nascidos. Considerou também que os abortos provocados de forma negligente são, em

---

<sup>14</sup> O desfecho processual do caso acabaria por merecer diversas críticas em grande parte motivadas pela visibilidade do processo e pela dimensão trágica das suas consequências (que determinaram a sua qualificação como “fiasco da justiça, final lamentável e ridículo, paródia num Estado de Direito, capitulação ante a complexidade da matéria, culpa que pode lavar-se com dinheiro”). Não obstante, outras vozes se fizeram ouvir a favor daquela decisão judicial, considerada como “acto de razão, compromisso pleno de sentido, necessária ajuda para as crianças com problemas físicos, solução prática de um problema ou retrocesso do formalismo jurídico”, cf., por todos, BRUNS, Hans-Jürgen, «Ungeklärte verfahrensrechtliche Fragen des Contergan-prozesses», *Festschrift für Reinhard Maurach zum 70. Geburtstag*, Karlsruhe: Verlag C. F. Müller, 1972, p. 469-470.

<sup>15</sup> Para maiores desenvolvimentos sobre este problema, RAMÓN RIBAS, Eduardo, *El Delito de Lesiones al Feto. Incidencia en el Sistema de Tutela Penal de la Vida y la Salud*, Granada, 2002.

<sup>16</sup> LG Aachen 18 de Dezembro de 1979, *op. cit.*, p. 510.



virtude da ausência de uma previsão legal, atípicos, uma vez que, nos termos da legislação alemã, só o aborto doloso seria punível<sup>17</sup>.

## 2.2 O Caso *Lederspray*<sup>18</sup>

Neste caso discutiu-se a responsabilidade criminal dos dirigentes de uma empresa produtora e de empresas filiais distribuidoras de um *spray* para calçado de pele comercializado com as marcas *Erdal* e *Solitär*. A partir do fim do Outono de 1980 apareceram junto deste grupo de empresas várias queixas relativas a danos na saúde por parte de consumidores daquele produto. A maioria desses danos concretizaram-se em edemas pulmonares, sendo também referidos problemas respiratórios, tosse, náuseas, calafrios e febre. As pessoas afectadas necessitaram com frequência de ajuda médica. Alguns pacientes sofreram internamento hospitalar e, nos casos mais graves, foram tratados nos cuidados intensivos, correndo sério risco de vida.

As primeiras reclamações desencadearam investigações internas nas empresas. Não se encontraram quaisquer erros de fabricação. Verificou-se apenas que em um dos *sprays* a componente da substância activa do óleo de silicone estava elevada, tendo sido, por isso, alterada a composição do produto. Não obstante, persistiram as queixas de danos causados pelo produto. Em Maio de 1981 teve lugar uma reunião extraordinária da direcção da empresa, na qual se decidiu não retirar o produto do mercado, continuar a sua produção e comercialização e incluir uma advertência no rótulo do produto.

Nem aos químicos da empresa fabricante nem aos peritos solicitados pelo tribunal foi possível determinar uma substância ou uma combinação de substâncias presentes no produto capaz de, segundo as leis gerais, causar edemas pulmonares. Não obstante, o BGH considerou demonstrada a causalidade entre o uso daquele *spray* e as lesões à integridade física, baseando-se quer na existência de uma estreita

---

<sup>17</sup> LG Aachen, *op. cit.*, p. 508-510. Para uma análise desenvolvida veja-se RAMÓN RIBAS, Eduardo, *El Delito...*, *op. cit.*, p. 88 e ss.

<sup>18</sup> A sentença referente a este caso pode ser consultada em *BGHSt 37 (1992)*, p. 106 e ss., ou em *NSZ 1990*, Heft 12, p. 588 e ss.

relação temporal entre o uso do produto e a ocorrência das lesões, quer na inexistência de outra explicação causal<sup>19</sup>.

Entendendo que sobre os dirigentes da empresa recaía a obrigação de retirar do mercado um produto perigoso para a saúde, o BGH confirmou a condenação dos dirigentes pelos danos físicos, tanto por via da omissão daquele dever, como também pela acção de comercialização do *spray* após a reunião da direcção da empresa que decidiu pela sua manutenção no mercado. Deste modo, o tribunal considerou que o fabricante omitiu a retirada dos produtos já distribuídos mas também actuou positivamente ao decidir pela continuação da sua comercialização.

Na averiguação da responsabilidade dos dirigentes empresariais, o BGH distingue quatro momentos temporais a que faz corresponder distintas consequências jurídicas<sup>20</sup>. Em primeiro lugar, tendo em conta que o produto tinha sido correctamente introduzido no mercado, sem que, de acordo com os conhecimentos científicos e técnicos então disponíveis, se pudesse prever qualquer perigo para a saúde dos consumidores, o tribunal reconduziu as primeiras lesões sofridas, após vários anos de comercialização daquele bem, ao caso fortuito, e como tal insusceptíveis de fundamentar qualquer responsabilidade criminal. O segundo período de tempo inicia-se quando chegam à empresa as primeiras notícias que relacionavam o uso do bem, até aí considerado inofensivo, com a ocorrência de danos na saúde. O tribunal considerou que a não retirada deste produto do mercado num momento em que já existem suspeitas da perigosidade do bem, ainda que se desconhecesse qual a concreta substância causadora daquelas lesões, correspondia à violação de um dever de cuidado adequado a fundamentar uma omissão negligente, concretizada na conduta passiva de não evitar a comercialização do bem. Os juízes distinguem um terceiro momento cujo início remonta à reunião da direcção da empresa em Maio de 1981. A acumulação de indícios sobre a perigosidade do bem, juntamente com a decisão tomada de manter o produto no mercado, altera, na visão do tribunal, a qualificação de negligência, considerando-se a partir desse momento que as lesões decorrentes da não retirada do produto do mercado deveriam ser

---

<sup>19</sup> PUPPE, Ingeborg, *La Imputación Objetiva*, Granada: Editorial Comares, p. 16.

<sup>20</sup> Cf. Estes quatro momentos temporais são elencados de modo claro por GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Ensayos Penales*, Madrid: Tecnos, 1999, p. 306 e s., exposição que aqui se segue de perto.

imputadas aos dirigentes empresariais a título doloso. Por fim, a decisão de introduzir no mercado novos *sprays*, tomada após aquela reunião, é qualificada pelo BGH como uma conduta activa, devendo imputar-se as lesões daí decorrentes a título doloso.

Deste modo, o BGH, tal como o tribunal de primeira instância (embora com fundamentação diferente), condenou os administradores das empresas (produtora e filiais) como co-autores (no caso das empresas filiais como co-autores sucessivos) de ofensas à integridade física por omissão da retirada do produto e ofensas à integridade física dolosas, por acção, com respeito aos produtos postos no mercado após a reunião da direcção da empresa. Assim, os directores da empresa foram condenados em quatro casos, ocorridos entre 14 de Fevereiro de 1981 e 12 de Maio de 1981, pelo crime de ofensas corporais negligentes, na forma omissiva, e, em trinta e oito situações que tiveram lugar a partir daquela segunda data, por ofensas à integridade física dolosas (quer por acção, quer por omissão)<sup>21</sup>.

### 2.3 O caso *Holzschutzmittel*

Os factos constitutivos deste caso estiveram na origem de duas decisões judiciais: a primeira proferida pelo LG de Frankfurt, em 25 de Maio de 1993 <sup>22</sup>; e a segunda pelo BGH, em 8 Agosto de 1995 <sup>23</sup>, que revogaria aquela primeira decisão. Este tribunal superior alemão pronunciou-se, em sede de recurso, sobre a decisão de condenação do LG de Frankfurt dos dirigentes da empresa Desowag, dedicada ao fabrico e comercialização de produtos protectores de madeira pelos crimes de ofensas à integridade física negligentes (§ 230 StGB) em concurso ideal com o crime de libertação de substâncias tóxicas (§ 330a, 3, StGB).

---

<sup>21</sup> Cf. HASSEMER, Winfried, *La Responsabilidad por el Producto...*, *op. cit.*, p. 157.

<sup>22</sup> Esta decisão, com cerca de 366 páginas, viria a ser publicada parcialmente, quanto aos seus fundamentos jurídicos, em *ZUR 1994*, p. 33-38. Seguimos de perto a síntese contextual e histórica realizada por SCHULZ, Lorenz, «Kausalität und strafrechtliche Produkthaftung Materiell- und prozeßrechtliche Aspekte», *in*: LÜBBE, Weima (org.), *Kausalität und Zurechnung über Verantwortung in komplexen und kulturellen Prozessen*, Berlin: de Gruyter, 1994, p. 47 e ss.

<sup>23</sup> A decisão do BGH referente a este caso está publicada em *BGHSt 41 (1996)*, p. 206-219; também em *NZSt 1995*, p. 590-592 e ainda, de forma mais reduzida, em *NJW 1995*, p. 2930-2931.

Na verdade, já desde inícios da década de 1960 que se discutia na Alemanha a natureza nociva de determinados produtos protectores da madeira<sup>24</sup>. Desde logo, eram vários os processos civis, de natureza extracontratual e contratual, referentes quer a indemnizações por danos resultantes do uso de protectores de madeira, quer ao reconhecimento do direito do locatário resolver o contrato de arrendamento em locais onde se havia aplicado aquele produto<sup>25</sup>.

Todavia, a questão colocar-se-ia também nos tribunais penais. O caso concreto que ora se expõe refere-se à actividade da empresa Desowag que vinha fabricando desde 1950 produtos relacionados com o tratamento de madeiras (*v. g.*, cores ou vernizes) destinados, num primeiro momento, ao exterior da habitação e posteriormente também ao seu interior<sup>26</sup>. Já em 1956 esta fábrica havia enfrentado um processo criminal que acabaria por ser resolvido em sede civil. Em 1963 tem início um novo processo de indemnização pelas lesões sofridas por duas crianças após o uso do produto, resultando numa condenação que seria posteriormente confirmada pelo OLG de Koblenz. Nos princípios dos anos 70, a empresa dedica-se ao fabrico do produto “*Xyladecor 200*”, que compreendia entre os seus componentes as substâncias pentaclorofenol e lindano, tidas como tóxicas quando usadas em grandes quantidades. No entanto, considerava-se que uma exposição, ainda que prolongada, a quantidades reduzidas daquelas substâncias não importava riscos para a saúde. O produto foi comercializado e, até 1979, a sua embalagem continha a expressa indicação de que era “adequado para uso em interiores”. Contudo, na década de 70 verificou-se um aumento das queixas dos consumidores referentes a lesões na saúde derivadas da utilização daquele bem e de produtos semelhantes.

---

<sup>24</sup> Cf. OTTO, Harro, «Grundsätze der strafrechtliche Produkthaftung nach dem “Holzschutzmittel”-Urteil», *WiB* 23/1995, p. 929. Uma descrição dos factos e contexto envolventes deste caso pode também encontrar-se em SCHULZ, Lorenz, «Kausalität und strafrechtliche Produkthaftung...», *op. cit.*, p. 47 e ss.; ainda do mesmo autor, «Strafrechtliche Produkthaftung bei Holzschutzmitteln», *ZUR* 1 / 94, p. 26 e ss.; BRAUM, Stefan, «Strafrechtliche Produkthaftung. Anmerkung zum Urteil im sogenannten Holzschutzmittelverfahren», *KritV* 77 (1994), p. 179; INIGO CORROZA, Maria Helena, «El caso del “producto protector de la madera” (Holzschutzmittel). Síntesis y breve comentario de la sentencia del tribunal supremo alemán», *Actualidad Penal*, n.º 20 (1997), p. 439 e ss.; SARRABAYROUSE, Eugenio, *Responsabilidad Penal por el Producto*, Buenos Aires: Ad Hoc, 2007, p. 64 e ss.

<sup>25</sup> Mais desenvolvidamente SARRABAYROUSE, Eugenio, *Responsabilidad Penal por el Producto*, *op. cit.*, p. 64 e ss.

<sup>26</sup> Cf. SCHULZ, Lorenz, «Kausalität und strafrechtliche Produkthaftung...», *op. cit.*, p. 47.

Em 1975 decorre um outro processo por ofensas corporais no tribunal de primeira instância de Munique contra uma outra empresa do mesmo sector dedicada à produção de um protector de madeira usado numa habitação familiar. Na sequência da decisão de condenação da empresa<sup>27</sup>, o caso conhece uma ampla divulgação nos meios de comunicação social. A inquietação da opinião pública e científica, bem como o aumento do número de queixas de consumidores, médicos e outras instituições levaram a empresa Desowag à realização de investigações para determinar a quantidade daquelas substâncias por metro cúbico. Nos resultados dessa investigação eram referidas situações de morte de plantas e de lesões na saúde de pessoas especialmente sensíveis ao protector de madeira. A empresa prosseguiu a comercialização do produto, retirando porém da sua composição o pentaclorofenol; todavia, aquele bem continuaria no mercado sem qualquer advertência relativa aos perigos da sua utilização em interiores.

A partir de 1979, após uma investigação realizada por uma comissão *ad hoc*,<sup>28</sup> estabeleceu-se que aquele tipo de produtos deveria conter apenas uma advertência referindo a sua adequação exclusivamente para uso exterior, sem que se recomendasse qualquer medida mais significativa como a retirada do mercado<sup>29</sup>.

O extenso número de queixas haveria, porém, de determinar a constituição, em 1983, de uma associação de consumidores afectados pelo uso de protectores de madeira (*Interessensgemeinschaft der Holzschutzmittelgeschädigten*) que reuniu elementos essenciais à investigação. Em cenário de fundo estava também o conjunto de processos civis que tinham por objecto aquele produto. Em 28 de Junho de 1989, o Ministério Público formula a acusação contra os dirigentes da empresa por ofensas corporais negligentes (§§ 223, 223a, 224, 230 do StGB), bem como pelo crime de libertação de substância tóxica (§ 330 a StGB)<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup> BRAUM, Stefan, «Strafrechtliche Produkthaftung...», *op. cit.*, p. 179.

<sup>28</sup> Sobre esta comissão, com mais pormenores, SCHULZ, Lorenz, «Kausalität und strafrechtliche Produkthaftung...», *op. cit.*, p. 49. Também IÑIGO CORROZA, Maria Helena, «El caso del “producto protector de la madera”...», *op. cit.*, p. 441.

<sup>29</sup> Estes factos são relatados por SCHULZ, Lorenz, «Kausalität und strafrechtliche Produkthaftung...», *op. cit.*, p. 49 e ss. Também IÑIGO CORROZA, Maria Helena, «El caso del “producto protector de la madera”...», *op. cit.*, p. 440 e ss.

<sup>30</sup> SCHULZ, Lorenz, «Kausalität und strafrechtliche Produkthaftung...», *op. cit.*, p. 51. No entanto, este processo havia sido já registado em 1984, como nos dá conta HAMM, Reiner, «Der

O LG de Frankfurt entendeu, num primeiro momento, não existirem indícios suficientes sobre o nexo de causalidade entre o uso do produto e os danos. Todavia, em recurso, o tribunal superior, tomando em consideração a contemporânea decisão do LG de Mainz no caso *Lederspray*, decidiu pela prossecução da audiência de julgamento pelo LG Frankfurt quer contra a empresa Desowag quer ainda contra uma outra empresa. A audiência seria reaberta a 1 de Junho de 1992, tendo o tribunal declarado a sua incompetência para julgar aquela segunda empresa. O processo prosseguiria, no entanto, contra a empresa Desowag.

Em Maio de 1993 seria proferida decisão final de condenação a um ano de prisão de dois dirigentes da empresa, pelo crime de ofensas à integridade física em concurso ideal com um crime de libertação de substâncias tóxicas<sup>31</sup>.

Os factos tidos como provados pela sentença do LG podem sintetizar-se da forma seguinte<sup>32</sup>: existia no mercado um produto para proteger madeira que continha na sua composição, entre outras substâncias, duas que se mostravam nocivas à saúde, a saber, o pentaclorofenol e o lindano; este produto foi utilizado no interior das habitações, afectando as pessoas que lá viviam; o organismo recebia aquelas substâncias quer por inalação, quer por absorção, por via do contacto com as roupas ou têxteis; as substâncias tóxicas não actuavam directamente sobre os órgãos mas favoreciam o depósito de lípidos em quase todos os pontos de distribuição adiposa do organismo; também se concentravam no tecido cerebral e no sistema nervoso central e periférico; ao actuar sobre estas células, aquelas substâncias provocavam um atraso no seu desenvolvimento e, como tal, dificuldades na actividade celular; em particular, o pentaclorofenol causava problemas no sistema de respiração celular e conseqüentemente no provimento de energia às células afectadas; se a substância fosse, porém, ingerida oralmente,

---

Strafprozessuale Beweis der Kausalität und seine revisionsrechtliche Überprüfung», *StV* 1997, p. 159. Neste artigo, o autor, que participou na qualidade de advogado dos imputados nos casos *Lederspray* e *Holzschutzmittel*, critica, entre outros aspectos, a longa duração dos processos.

<sup>31</sup> SCHULZ, Lorenz, «Kausalität und strafrechtliche Produkthaftung...», *op. cit.*, p. 52. Também RÖNNAU, Thomas, «Strafrechtliche Produkthaftung und der Grundsatz des freien Warenverkehrs (Art. 30 – 37 EGV)», *Wistra* 1994, p. 204 e s.

<sup>32</sup> *BGHSt* 41 (1996), p. 208. Também IÑIGO CORROZA, Maria Helena, «El caso del “producto protector de la madera”...», *op. cit.*, p. 44, e SARRABAYROUSE, Eugenio C., *Responsabilidad Penal por el Producto*, *op. cit.*, p. 70.

afectava o sistema digestivo; por sua vez, a inalação era prejudicial aos pulmões e, por seu intermédio, ao coração e ao cérebro. Esta toxicidade tinha por consequência irregularidades no sistema imunológico, endócrino e neurológico.

Perante esta factualidade o LG chegou à conclusão que existiu uma conexão causal entre a exposição ao protector de madeira e os danos sofridos por aqueles que habitavam casas tratadas com aqueles produtos. Entendeu-se que as múltiplas formas que os sintomas assumiam – mal-estar, danos endocrinológicos e nervosos – eram explicáveis pela disseminação das substâncias tóxicas no organismo; por sua vez, a permanência de danos neurológicos explicava-se pela incapacidade de regeneração dessas células<sup>33</sup>.

Da decisão do tribunal de primeira instância houve recurso para o BGH, quer por parte da defesa quer pelo Ministério Público. A defesa sustentava a sua pretensão em dois fundamentos. Em primeiro lugar, punha em causa a imparcialidade de um dos peritos cujo testemunho foi fundamental para a factualidade tida como provada, uma vez que se tratava de uma das pessoas que tinha denunciado este caso. Em segundo lugar, os arguidos questionaram a correcta valoração da prova invocando, entre outros argumentos, a impossibilidade de afirmar o nexo da causalidade atendendo às regras da experiência e aos conhecimentos da toxicologia e da imunologia. Entendiam ainda não existir uma explicação científico-natural conclusiva sobre a questão. Deste modo, tratava-se de um caso de *non liquet* que afectava também o juízo judicativo<sup>34</sup>.

Por sua vez, o Ministério Público interpôs recurso por discordar da qualificação como negligentes das ofensas corporais realizadas pela conduta dos arguidos. A seu ver os arguidos sabiam que comercializavam um produto nocivo à saúde, e muito embora não quisessem directamente o resultado, conformaram-se com ele, actuando com dolo eventual. O BGH não reconhecera razão ao Ministério

---

<sup>33</sup> BGHSt 41 (1996), p. 207 e s.

<sup>34</sup> BGHSt 41 (1996), p. 209 e ss. Também INIGO CORROZA, Maria Helena, «El caso del “producto protector de la madera”...», *op. cit.*, p. 443 e s.

Público, entendendo antes que os arguidos acreditavam que o produto por si comercializado não era defeituoso<sup>35</sup>.

Com efeito, o BGH acabou por dar razão à defesa embora com fundamentos distintos. Desde logo, quanto ao primeiro dos argumentos invocados, entendeu aquele tribunal que ao ouvir-se na qualidade de perito um dos denunciante do caso criava-se junto dos arguidos alguma aparência de falta de imparcialidade da prova pericial, prejudicando-se o carácter objectivo que deve ter o processo penal. Quanto à segunda questão invocada em recurso e decisiva para o resultado de condenação ou absolvição, o BGH entendeu que a afirmação do nexo de causalidade pelo tribunal de primeira instância se baseava exclusivamente numa parte da doutrina científica que a sentença refere como “conhecimentos da nova investigação médica”, desconsiderando a crítica e o entendimento divergente propostos por outra parte da doutrina científica<sup>36</sup>. Desta forma, ao não valorar estas provas, a fundamentação da decisão do LG torna-se insuficiente, porque sobrevaloriza uma determinada prova pericial, o que determinou a sua cassação pelo BGH<sup>37</sup>.

Porém, devido à inusitada duração do processo, o tribunal acabaria por decidir pelo arquivamento do processo ao abrigo do disposto no artigo 153a II da StPO, com a concordância do Ministério Público e dos acusados. Entendeu-se que, em virtude do considerável lapso temporal decorrido desde o momento da prática dos factos, nem o interesse público na prossecução criminal daqueles factos nem a culpa do agente se opunham àquele arquivamento, ficando os arguidos sujeitos ao pagamento de determinada quantia<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> *BGHSt 41 (1996)*, p. 218 e s. Também IÑIGO CORROZA, Maria Helena, «El caso del “producto protector de la madera”...», *op. cit.*, p. 445.

<sup>36</sup> *BGHSt 41 (1996)*, p. 217.

<sup>37</sup> *BGHSt 41 (1996)*, p. 218.

<sup>38</sup> Cf. LG Frankfurt am Main, *NJW 1997*, p. 1994-1995. Também KUHLEN, Lothar, «Necesidad y límites de la responsabilidad penal por el producto», *ADPCP, Vol. LV (2002)*, p. 70, nota 16.



## 2.4 O Caso do Óleo de Colza<sup>39</sup>

A importância deste caso de responsabilidade pelo produto, ocorrido em Espanha, advém tanto da gravidade das consequências e do número de pessoas atingidas como da relevância das decisões dos tribunais espanhóis, quer na primeira instância quer em recurso para o Tribunal Supremo espanhol. No processo principal a que os factos deram origem, analisou-se a responsabilidade criminal de vários sujeitos, directores de empresas dedicadas à importação, tratamento e distribuição de óleo de colza, em consequência das mortes e lesões à integridade física por parte dos consumidores deste óleo.

Cabe, de seguida, expor, ainda que de forma resumida, os principais factos reunidos no processo<sup>40</sup>. Em Maio de 1981 ocorre um surto epidémico, localizado num primeiro momento em Torrejón de Ardoz e em Madrid mas que progressivamente se alastrou a outras zonas do país, afectando um número crescente de indivíduos. Os principais sintomas coincidiam, numa primeira fase, com a lesão de vasos sanguíneos e com alterações pulmonares, o que induziu as autoridades sanitárias a reconduzir aqueles primeiros casos a uma situação de pneumonia atípica que, dada a rápida propagação da doença, seria altamente contagiosa. Todavia, a extensão e agravamento dos efeitos nocivos, concretizados em danos progressivos no sistema nervoso central e periférico, alterações cardiovasculares, perda de peso, atrofia e paralisia das extremidades e, em último caso, numa falência multiorgânica, determinaria a procura de outras explicações. Avançaram-se assim outras hipóteses, como a ocorrência de um acidente com armas bacteriológicas, dada a existência em Torrejón de Ardoz de uma base militar

---

<sup>39</sup> A decisão condenatória da Audiência Nacional é de 20 de Maio de 1989. As penas aplicadas seriam parcialmente alteradas pelo tribunal supremo por decisão de 23 de Abril de 1992. Trata-se da sentença n.º 1996, correspondente ao recurso de cassação n.º 3654/1992, a que tivemos acesso, por cortesia, que se agradece, do Centro de Documentación Judicial do Consejo General del Poder Judicial. Esta decisão encontra-se parcialmente transcrita, quanto à sua fundamentação jurídica, por Enrique Bacigalupo (que foi o magistrado “*ponente*” da decisão) em *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999, p. 260-269. As conclusões e condenações aplicadas por ambas as decisões podem também consultar-se, de forma resumida, em PAREDES CASTAÑON, José Manuel / RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *El Caso de la Colza: Responsabilidad Penal por Productos Adulterados o Defectuosos*, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 45 e ss.

<sup>40</sup> Trata-se de um resumo dos factos descritos na decisão do Tribunal Supremo espanhol de 23 de Abril de 1992.

americana, ou ainda a possibilidade de uma intoxicação por pesticidas organofosforados usados em plantações de tomates. Por fim, considerar-se-ia a hipótese de uma “síndrome tóxica” causado pelo desvio para consumo humano de óleo de colza desnaturalizado e impróprio para aquele fim.

Com efeito, as investigações policiais acabariam por revelar que se tinha distribuído para consumo humano óleo de colza desnaturalizado com anilina a 2%: trata-se de uma substância venenosa que torna aquele bem impróprio para consumo humano. A importação deste óleo para fins alimentares estava proibida pelas autoridades administrativas como forma de proteger a produção nacional de óleos e gorduras comestíveis. Para garantir a observância da imposição administrativa impunha-se que o óleo importado para Espanha fosse desnaturalizado, adicionando-se, para esse fim, entre outras substâncias possíveis, a anilina a 2%.

O óleo de colza era importado (maioritariamente de França) por empresas do sector para fins industriais. A desnaturalização do óleo, realizada com o objectivo de impedir o seu consumo humano, realizava-se aquando da sua introdução em território espanhol, sendo inicialmente feita, por imposição administrativa, com óleo de rícino e posteriormente com outras substâncias entre as quais a anilina<sup>41</sup>. Embora esta última não modificasse, de forma perceptível, o aspecto, cor ou odor do óleo, o seu carácter venenoso era conhecido pela generalidade dos empresários. Esta sua natureza tóxica transmitia-se ao óleo e a partir da anilina formavam-se, seja espontaneamente durante o armazenamento e transporte, seja em consequência das manipulações e tratamentos, anilidas de ácidos gordos, que estariam na origem da síndrome tóxica, segundo a jurisprudência formada e grande parte da literatura dedicada a este caso. Entende-se deste modo que sem a adição da anilina ao óleo de

---

<sup>41</sup> Face ao aumento de preço e à menor oferta de óleo de rícino, algumas empresas solicitam à administração aduaneira a autorização para desnaturalizar o óleo de colza com outras substâncias, designadamente a anilina. Essa autorização é concedida com base em parecer favorável do director do laboratório responsável. Entre essas empresas conta-se a RAPSA, autorizada a partir de 1973 a usar a anilina no processo de desnaturalização do óleo de colza por si importado para fins metalúrgicos e industriais. De modo desenvolvido quanto ao processo administrativo de autorização da anilina e à responsabilidade daí decorrente, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, «El caso de la colza: la responsabilidad de la administración (Comentario a la STS 26 de septiembre de 1997)», *RDPC* 3 (1999), p. 362 e s.

colza não teria surgido a síndrome tóxica que esteve na origem dos danos sofridos pelos consumidores daquele bem<sup>42</sup>.

A partir de 1980, uma das empresas importadoras do sector – a RAPSA – começa a aumentar substancialmente a importação deste óleo, supostamente para fins industriais. Todavia, esse óleo é vendido a outras empresas e intermediários que desviam o óleo para consumo humano. Entre essas empresas conta-se a RAELCA, que tinha por objecto comercial a compra de óleos vegetais e animais refinados para consumo. Esta empresa acaba por adquirir à RAPSA grandes quantidades de óleo de colza desnaturalizado com anilina que, depois de refinado para eliminar esta substância, era distribuído por empresas ou vendedores ambulantes. Na sua maioria, estes desconheciam que se tratava de óleo de colza desnaturalizado, sabendo porém que aquele óleo não correspondia à classe e qualidade que eles próprios lhe atribuíam. Foram, por isso, processados por burla.

As consequências destes factos foram devastadoras. O óleo de colza desnaturalizado com anilina foi distribuído, sobretudo através de vendedores ambulantes, por muitas zonas do país, provocando pelo menos 330 mortes e 15 000 pessoas afectadas. Todavia, não se conseguiu reproduzir experimentalmente, nem foi possível conhecer-se, ao tempo, o concreto mecanismo causal, decorrente da alteração do óleo, através do qual se produzia a enfermidade<sup>43</sup>.

Na primeira instância, o tribunal absolveu vinte e cinco dos trinta e oito arguidos e condenou criminalmente treze pela prática de crimes contra a saúde pública (em alguns casos agravados pelo resultado morte), imprudência temerária profissional e burla, afastando-se uma condenação pelos delitos de homicídio ou ofensas à integridade física<sup>44</sup>. As penas variaram entre os seis meses e vinte anos de prisão. Um dos principais arguidos, o director da empresa RAPSA, foi condenado,

---

<sup>42</sup> Cf. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, «El caso de la colza...», *op. cit.*, p. 362 e s.

<sup>43</sup> RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, «Problemas de responsabilidad penal por comercialización de productos adulterados: algunas observaciones acerca del “caso de la colza”», *in: Responsabilidad Penal de las Empresas y sus Órganos y Responsabilidad por el Producto*, Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1996, p. 265.

<sup>44</sup> A decisão do tribunal mereceu ampla divulgação nos meios de comunicação social, concedendo-se especial atenção às penas aplicadas a cada um dos principais arguidos. Como exemplo pode apontar-se o amplo destaque e cobertura dedicado àquela decisão pelo jornal *ABC* de 21 de Maio de 1989 (disponível em <http://hemeroteca.abc.es/detalle.stm>).

em concurso ideal, como autor de crimes contra a saúde pública (previstos nos artigos 348. e 346. do Código Penal espanhol em vigor) e do crime de imprudência temerária profissional (artigo 546. do mesmo diploma), a uma pena de vinte anos de prisão<sup>45</sup>.

Esta decisão foi objecto de diversas contestações quer pelos condenados quer pelas vítimas e pelas associações de consumidores. Na motivação dos recursos interpostos pelos condenados destaca-se, como marco fundamental em que assentava a sua defesa, as dúvidas quanto aonexo causal entre a adulteração do bem alimentar e os resultados lesivos para bens jurídico-penalmente protegidos<sup>46</sup>. Em particular, a defesa do director da RAPSA invocou um erro judicial na valoração da prova ao aceitar a relação de causalidade entre a distribuição do óleo de colza e a síndrome tóxica sem que ela tenha sido “confirmada experimentalmente”. Neste sentido, invocava-se que a mera correlação entre os factos é insuficiente para afirmar uma relação de causalidade. O recurso questionava, assim, a demonstração científica do nexocausal realizada em audiência pelos peritos e, num segundo momento, a valoração que o tribunal fez daquela prova pericial.

Porém, as referidas reservas sobre a causalidade expressas pelos recorrentes não seriam atendidas pelo Tribunal Supremo espanhol. Na sua decisão, proferida a 23 de Abril de 1992, os juízes estabelecem amplas considerações sobre este problema, referindo-se, nessa sua análise, a outras decisões judiciais paradigmáticas nesta matéria como a da talidomida ou do *Lederspray*. Muito embora o tribunal altere parcialmente algumas das qualificações jurídicas realizadas e modifique algumas das penas aplicadas na primeira instância, confirma em geral – e também quanto à questão causal – a decisão recorrida. Em relação a este último problema, reafirma a existência de uma lei causal natural que permite explicar, da perspectiva jurídica, as lesões decorrentes da ingestão do óleo de colza, não sendo para tal necessário

---

<sup>45</sup> Cf. decisão do Tribunal Supremo espanhol de 23 de Abril de 1992. Também SARRABAYROUSE, Eugénio C., *Responsabilidad Penal por el Producto*, *op. cit.*, p. 81.

<sup>46</sup> Cf. decisão do Tribunal Supremo espanhol de 23 de Abril de 1992. Também PAREDES CASTAÑON, José Manuel / RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *El Caso de la Colza...*, *op. cit.*, p. 49.

conhecer-se o concreto mecanismo causal que está na origem daquelas lesões ou sequer a sua repetição experimental<sup>47</sup>.

Contudo, a factualidade descrita esteve na origem de outras decisões jurisprudenciais contra algumas autoridades e funcionários administrativos que autorizaram a anilina como substância possível no processo de desnaturalização do óleo de colza. Destaca-se neste contexto a decisão da Audiência Nacional de 24 de Maio de 1996 que, absolvendo os arguidos de qualquer responsabilidade criminal, condenou numa sanção pecuniária o director do “Laboratório Central de Aduanas” como autor de uma falta negligente, impondo-lhe a obrigação de indemnizar quer aqueles que foram afectados, quer as famílias dos que faleceram em consequência do consumo do óleo de colza. A conduta censurada pelo tribunal consiste na emissão de um parecer favorável à substituição do óleo de rícino pela anilina sem que se indagasse em laboratório, através de experiências prévias, as reacções químicas e os resultados tóxicos derivados da combinação do óleo de colza com a anilina. Este funcionário administrativo foi condenado em responsabilidade civil subsidiária à dos condenados criminalmente pela decisão de 20 de Maio de 1989.

Aquela decisão da Audiência Nacional seria, no entanto, revista, revogada e substituída pelo Tribunal Supremo por uma condenação criminal do arguido, proferida a de 26 de Setembro de 1997, pelo crime de “*imprudencia temerária*” com resultado de morte e lesões (artigo 565, n.º 1, do Código Penal em vigor à altura)<sup>48</sup>. Os juízes entenderam que, com a sua conduta, o funcionário tinha violado o dever de cuidado e, com isso, criado um perigo potencial para a vida e saúde das pessoas, que se materializou na morte e lesão dos milhares de afectados pela síndrome tóxica

---

<sup>47</sup> Considera o tribunal que “para la determinación de una ley causal natural, al menos en el sentido del derecho penal (es decir, en la premisa mayor del silogismo), no es necesario - como se dijo - que se haya podido conocer el mecanismo preciso de la producción del resultado (en este caso la toxina que ha producido los resultados típicos) en tanto se haya comprobado una correlación o asociación de los sucesos y sea posible descartar otras causas que hayan podido producir el mismo”.

<sup>48</sup> Trata-se da Sentencia 5661/1997, disponível na base de dados do Tribunal Supremo espanhol (em <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=match=TS&reference=3134264&links=colza&optimize=20030927&publicinterface=true>), cujo sumário, pelo seu interesse, se transcreve: “*se dan los requisitos, en dos de los acusados, del delito de imprudencia temeraria. Los condenados responden "solidariamente" de las indemnizaciones civiles. Se condena al Estado como responsable civil subsidiario de la "totalidad" de lo debido. La Asociación de Consumidores y Usuarios está legitimada para representar los intereses "difusos" de todos los afectados. Diferencia con la "acción popular". De las indemnizaciones hay que deducir lo ya pagado por el Estado en este concepto. No se deducirán las cantidades relativas a gastos médicos, seguridad social y otros semejantes a que tengan derecho los afectados por ministerio de la Ley.*”

originado pelo desvio do óleo para consumo humano<sup>49</sup>. A mesma decisão judicial condenou também o responsável pela secção de importação da Direcção Geral de Política Alfandegária e Importações pelo mesmo crime. A condenação a seis meses de prisão e ao pagamento das indemnizações estabelecidas em primeira instância teve uma outra importante consequência concretizada na responsabilidade civil subsidiária do Estado no pagamento da totalidade daquelas indemnizações<sup>50</sup>. Por conseguinte, seria o início de uma sucessão de processos, por parte das vítimas do óleo de colza, que se prolongaria até aos tempos mais recentes<sup>51</sup>.

## 2.5 Outros casos

a) Também a jurisprudência e doutrina italiana se confrontaram com alguns casos relativos à responsabilidade criminal por produtos defeituosos<sup>52</sup>. Um dos casos mais paradigmáticos foi o do pára-quedas defeituoso<sup>53</sup>. Em causa estava a eventual responsabilidade criminal do director de uma empresa que havia fornecido ao exército italiano um pára-quedas defeituoso. Em virtude desta conduta, um experiente militar viria a falecer na sequência de um salto<sup>54</sup>. O defeito de fabrico do

---

<sup>49</sup> Cf., de modo desenvolvido e em sentido crítico a esta decisão judicial, com base numa tripla argumentação, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, «El caso de la colza...», *op. cit.*, p. 362 e s. A autora fundamenta a sua posição crítica à condenação, desde logo, na ideia de que a ordem jurídica não prevê o dever de previsão de uma actuação dolosa dos outros; depois, porque um juízo de imputação objectiva cai no caso concreto, uma vez que a previsibilidade se exclui com base no princípio da confiança; por fim, a contribuição dada pelo agente não pode qualificar-se nos quadros da autoria criminosa.

<sup>50</sup> Em particular sobre a responsabilidade da administração no caso do óleo de colza veja-se o importante estudo de RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, «El caso de la colza...», *op. cit.*, p. 361 e ss.

<sup>51</sup> Veja-se, entre outras, as seguintes decisões do Tribunal Supremo espanhol: 7659/2009, de 15-12-2009; 6678/2009, de 28-10-2009; 6957/2009, de 21-10-2009; 6052/2007, de 25-09-2007; 3271/2006, de 31-05-2006; 9450/2002, de 15-04-2002; 9494/2002, de 10-04-2002; 9497/2002, de 22-03-2002; 9429/2002, de 20-03-2002; 9458/2002, de 25-02-2002, todas disponíveis em <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>. Veja-se também, a propósito dos diferendos entre a administração e aqueles que foram eventualmente afectados pela síndrome tóxica, com referência às decisões judiciais que marcaram este caso, o “*Dictámen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado* n.º 1875/2009, de 26-11-2009”, disponível em [http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases\\_datos\\_c\\_e/doc.php?coleccion=ce&id=2009-1875](http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos_c_e/doc.php?coleccion=ce&id=2009-1875)

<sup>52</sup> Veja-se, por todos, PIERGALINI, Carlo, *Danno da Prodotto e Responsabilità Penale. Profili Domatici e Politico-criminali*, Milano: Giuffrè Editore, 2004, p. 63 e ss.

<sup>53</sup> A decisão do tribunal de *Cassazione Penale*, de 16 de Abril de 1993, referente a este caso encontra-se publicada na *RIDPP XXXIV (1996)*, p. 352 e ss., e é comentada, na mesma revista, por Carlo Piergalini.

<sup>54</sup> Cf. *Cassazione Penale*, de 16 de Abril de 1993, *RIDPP XXXIV (1996)*, p. 352.

produto não era visível a uma inspecção externa mas seria detectável através de exames em terra (não previstos no contrato como garantia do controlo de qualidade)<sup>55</sup>.

Através de uma sentença de 12 de Dezembro de 1991, o tribunal de La Spezia condenava Puskas Eleck, membro da direcção da Sociedade Paraflyte Incorporated, à pena de oito meses de prisão pela morte daquele pára-quedista, por considerar que a morte fora consequência directa do uso de um pára-quedas defeituoso, não tendo sido realizados os testes adequados para se assegurar do bom funcionamento daquele bem. Entendeu-se que, após a normal abertura, o defeito impedia a desaceleração da queda, uma vez que se comportava como uma espécie de bandeira por estar preso somente de um lado do arnês.

A decisão condenatória foi confirmada em recurso pelo Tribunal de Génova, afirmando, em particular, a existência de um nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso, uma vez que uma correcta inspecção do produto em terra teria detectado a referida anomalia<sup>56</sup>. O carácter excepcional do defeito, não contemplado pela formação da escola militar, permitia ainda compreender que a vítima tivesse sido surpreendida pelo mau funcionamento do pára-quedas, e estivesse por isso limitada na sua capacidade de reacção. Desta forma, os juízes recusariam qualquer relevância no plano causal à possibilidade de abertura do pára-quedas de emergência. Ainda que tal possibilidade existisse, consideraram que tal não seria suficiente para se excluir a imputação do resultado morte, pois a abertura do pára-quedas de emergência, sem a adopção de qualquer medida prévia, como o corte das cordas do pára-quedas principal, não comportava qualquer diminuição do risco, dada a forte possibilidade de ambos os aparelhos se enrolarem entre si<sup>57</sup>.

Contudo, o tribunal de *cazassione* italiano viria a discordar desta decisão, determinando a sua anulação. Em particular, no que respeita ao nexo de causalidade, a “Suprema Corte” considerou que o pára-quedista falecido era um especialista

---

<sup>55</sup> PIERGALINI, Carlo, «La responsabilità del produttore...», *op. cit.*, p. 356.

<sup>56</sup> PIERGALINI, Carlo, *Danno da Prodotto e Responsabilità Penale...*, *op. cit.*, p. 64.

<sup>57</sup> Cf. MORENO ALCÁZAR, Miguel Ángel, «Relevância de la admisibilidad de un dolo eventual de peligro en la responsabilidad penal por la comercialización de productos defectuosos», *in: Responsabilidad Penal por Defectos en Productos Destinados a los Consumidores*, (org. Javier BOIX REIG / Alessandro BERNARDI), Madrid: Iustel, 2005, p. 191.

neste tipo de actividades, dotado de uma experiência adquirida que lhe conferia a capacidade de reagir, abrindo atempadamente o pára-quedas de emergência, o que teria possibilitado uma aterragem segura e evitado a sua morte. Deste modo, a omissão da vítima é agora tida como uma condição causalmente relevante para o resultado<sup>58</sup>. Por outro lado, a discordância do tribunal de cassação estendeu-se ainda à imputação dos factos ao acusado com base na omissão do dever de controlo e vigilância, uma vez que não se conseguiu determinar em concreto qual a posição e funções por ele desempenhados no âmbito da empresa<sup>59</sup>.

b) Também na Alemanha se verificaram outros casos de responsabilidade criminal pelo produto, para além dos apresentados anteriormente, que conheceram particular destaque quer na literatura quer na prática jurisprudencial<sup>60</sup>. Deve-se, neste contexto, uma breve referência aos casos *Mandelbienenstich*, *Monza Steel*, e *Degussa*.

A relevância do primeiro caso decorre<sup>61</sup>, segundo Kuhlen, de ter funcionado no plano jurisprudencial como uma espécie de preparação da decisão *Lederspray*<sup>62</sup>. Os factos remontam a Outubro de 1984 e em causa estava o fabrico e comercialização, por parte de uma empresa dedicada à produção de bens alimentares, de tortas contaminadas com estafilococos, que, entre outros destinos, acabariam por ser vendidas a um hospital.

---

<sup>58</sup> Em sentido crítico e discordante, PIERGALINI, Carlo, «La responsabilità del produttore...», *op. cit.*, p. 357 e s. e 362 e s., considera que, ao tomar como critério causal exclusivo a capacidade individual da vítima enquanto exímio pára-quedista, a decisão do tribunal de cassação confunde as categorias da culpa e de causalidade e desconsidera a questão decisiva em matéria de imputação do evento, a saber, a determinação do risco efectivamente concretizado no resultado.

<sup>59</sup> Cf. *Cassazione Penale*, de 16 de Abril de 1993, RIDPP XXXIV (1996), p. 353; veja-se ainda PIERGALINI, Carlo, *Danno da Prodotto e Responsabilità Penale...*, *op. cit.*, p. 65.

<sup>60</sup> Para uma perspectiva geral, com referência a casos na Alemanha, Suíça, Itália e Estados Unidos, ver SCHMIDT-SALZER, Joachim, *Produkthaftung*, *op. cit.*, p. 27 e ss.

<sup>61</sup> A decisão do BGH referente a este caso é de 4 de Maio de 1988 (disponível em <http://beck-online.beck.de/?ipath=bibdata\ents\lmrr\1988\cont\lmrr.1988.0029.htm&hlwords=#:xhlbit>), e publicada em BGH NStE § 223 StGB Nr. 5.

<sup>62</sup> Cf. «Strafrechtliche Produkthaftung», in: *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, Band IV, München, Verlag C. H. Beck, 2000, p. 648, nota 10. Também SCHMUCKER, Andrea, *Die "Dogmatik" einer strafrechtlichen Produkthaftung*, Frankfurt am Main / Berlin / Bern / Bruxelles / New York / Oxford / Wien: M.: Peter Lang, 2001, p. 43 e s., e SARRABAYROUSE, Eugenio C., *Responsabilidad Penal por el Producto*, *op. cit.*, p. 76 e ss.



Após as primeiras queixas recebidas pela empresa, um dos responsáveis, mais tarde constituído arguido no processo, propôs uma série de medidas de segurança destinadas a evitar maiores perigos para os consumidores como a inspecção dos depósitos, eliminação de mercadoria contaminada, advertências ao consumidor e suspensão da comercialização regional do bem. Porém, a direcção da empresa, reunida a 26 de Outubro de 1984, decidiu, na sua maioria (com votos contrários de alguns dirigentes), não retirar o produto do mercado nem advertir os consumidores sobre os perigos inerentes ao uso daquele bem. Como consequência do consumo das tortas contaminadas, cerca de 109 pessoas sofreriam danos na sua integridade física, como dores abdominais, vómitos e diarreia. Os directores que aprovaram esta decisão foram condenados por ofensas dolosas à integridade física em concurso ideal com a colocação no mercado de produtos contaminados, pois, no entender do tribunal, conheciam os perigos para a saúde decorrentes do consumo do produto. Os dirigentes que votaram contra, embora constituídos arguidos, seriam posteriormente absolvidos da prática daqueles crimes<sup>63</sup>.

Outro dos casos referido com frequência na literatura alemã como uma das primeiras situações de responsabilidade criminal pelo produto ficaria conhecido como *Monza Steel*<sup>64</sup>. Neste processo, decidido em 1978 pelo tribunal de Munique, os dirigentes de uma empresa de pneus para automóveis foram acusados de homicídio e ofensas à integridade física por se entender que havia diversos defeitos no processo de construção e fabrico de um novo pneu, comercializado a partir de 1971, que estaria na origem de vários acidentes rodoviários<sup>65</sup>. As reclamações relativas ao defeito do produto chegaram ao conhecimento da empresa no Outono de 1972,

---

<sup>63</sup> Cf. SCHMUCKER, Andrea, *Die "Dogmatik" einer strafrechtlichen Produkthaftung*, *op. cit.*, p. 43. Também SARRABAYROUSE, Eugenio C. *Responsabilidad Penal por el Producto*, *op. cit.*, p. 77.

<sup>64</sup> A decisão do LG München, de 21 de Abril de 1978, pode consultar-se em SCHMIDT-SALZER, Joachim, *Entscheidungsammlung Produkthaftung*, Band IV, München: J. Schweitzer Verlag, 1982, p. 296-337. Sobre esta sentença veja-se ainda GOLL/WINKELBAUER, *in*: WESTPHALEN, Graf von, *Produkthaftungsbandbuch*, München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1997, p. 750 e s.; DEUTSCHER, Jörg / KÖRNER, Peter, «Die strafrechtliche Produktverantwortung...», *op. cit.*, p. 293; EICHINGER, Harald, *Die strafrechtliche Produkthaftung im deutschen im Vergleich zum anglo-amerikanischen Recht*, Frankfurt am Main/Berlin/Bern/New York/Paris/Wien: Peter Lang, 1997, p. 9 e s.; COLUSSI, Marc, *Produzentenkriminalität und strafrechtliche Verantwortung*, Frankfurt am Main: Peter Lang, 2003, *op. cit.*, p. 140.

<sup>65</sup> COLUSSI, Marc, *Produzentenkriminalität und strafrechtliche Verantwortung*, *op. cit.*, p. 140.

mas só em 1975 se retirou aquele bem do mercado. Neste espaço de tempo, verificaram-se diversos acidentes relacionados com o uso daqueles pneus, em consequência dos quais ficaram feridas vinte e duas pessoas e sete faleceram<sup>66</sup>. O Ministério Público deduziu acusação contra quatro pessoas: três membros da direcção da empresa e um *middle manager* responsável pela linha de produção dos pneus<sup>67</sup>. A acusação baseava-se não só na circunstância de não terem sido realizados os testes necessários antes da comercialização do produto, como também na omissão de retirada do produto do mercado. Durante o processo, devido à impossibilidade de julgar todos os acusados, alguns dos quais entretanto falecidos, seria proferida sentença condenatória por homicídio negligente e ofensas corporais, igualmente negligentes, apenas quanto ao quadro intermédio da empresa, responsável pela supervisão técnica dos pneus<sup>68</sup>. Porém, a relevância penal dos factos não foi considerada pelo tribunal por via da omissão, antes se acentuando a colocação no mercado dos bens defeituosos e, como tal, uma conduta activa<sup>69</sup>. Deste modo, o tribunal viu-se confrontado com a questão causal e a sua prova no processo penal<sup>70</sup>. À semelhança do caso *Contergan*, não foi possível apresentar umnexo causal isento de dúvidas do ponto de vista científico. Mais uma vez se apresentava o problema da comprovação da causalidade em processo penal, uma vez que na valoração da prova se atendeu quer à ausência de causas alternativas quer à comparação entre o número de acidentes antes e depois da comercialização e uso daqueles pneus<sup>71</sup>.

---

<sup>66</sup> Segundo a matéria de facto descrita na sentença, entre 15 de Maio de 1973 e 16 de Junho de 1975 verificaram-se pelo menos doze casos dos quais resultariam aquelas lesões e mortes, cf. SCHMIDT-SALZER, Joachim, *Entscheidungssammlung Produkthaftung...*, *op. cit.*, p. 297.

<sup>67</sup> Cf. SCHMIDT-SALZER, Joachim, *Produkthaftung...*, *op. cit.*, p. 79. Ainda SCHMUCKER, Andrea, *Die "Dogmatik" einer strafrechtlichen Produkterantwortung*, *op. cit.*, p. 42 e s.; SCHNEIDER, Anne, «Corporate Liability for Manslaughter – A comparison between English and German Law», *ZIS 1/2009*, p. 35 (disponível em [http://www.zis-online.com/dat/ausgabe/2009\\_1\\_ger.pdf](http://www.zis-online.com/dat/ausgabe/2009_1_ger.pdf))

<sup>68</sup> SCHNEIDER, Anne, «Corporate Liability for Manslaughter...» *op. cit.*, p. 35

<sup>69</sup> Cf. HÖHFELD, Hendrick, *Strafrechtliche Produkterantwortung und Zivilrecht*, Berlin: Springer, 1998, p. 10.

<sup>70</sup> Cf. LG München, de 21 de Abril de 1978, *in*: SCHMIDT-SALZER, Joachim, *Entscheidungssammlung Produkthaftung*, *op. cit.*, p. 328 e ss.

<sup>71</sup> COLUSSI Marc, *Produzentenkriminalität und strafrechtliche Verantwortung*, *op. cit.*, p. 140.

Por último, refira-se, ainda na Alemanha, o caso Degussa, referente ao processo criminal dirigido contra responsáveis da empresa Degussa, S.A., pela prática de vários crimes de ofensas corporais<sup>72</sup>. Esta empresa fabricava compostos da amálgama ou liga metálica usada no tratamento de cavidades dentárias provocadas por cárie dentária. O processo teve origem nas queixas de cerca de 1500 pessoas referentes a danos corporais causados pelos materiais que compõem aquela liga metálica, em particular o mercúrio, qualificado como altamente perigoso para a saúde por se tratar de um metal tóxico<sup>73</sup>. O Ministério Público considerou que, atendendo aos conhecimentos da ciência sobre os efeitos destes metais pesados na saúde, não restavam dúvidas acerca do conhecimento (ou da possibilidade de conhecimento) por parte dos responsáveis da Degussa dos perigos decorrentes do uso da amálgama. Com base nesta convicção, entendeu esta entidade acusatória ser aquela conduta penalmente reprovável, pelo menos a título negligente. Todavia, os conhecimentos até então existentes não permitiam, segundo o Ministério Público alemão, quantificar esses perigos, sendo necessárias mais pesquisas para que se pudesse, por exemplo, sustentar a completa proibição penal do uso das amálgamas. Esta terá sido uma das razões que determinaram o fim deste processo criminal sem que se tivesse realizado qualquer julgamento, por via de um acordo processual penal com a empresa. O acordo traduziu-se no arquivamento do processo por lesões corporais, tendo em contrapartida a empresa Degussa criado um fundo destinado a financiar investigações científicas sobre o perigo representado para a saúde humana

---

<sup>72</sup> Sobre este caso veja-se, por todos, TIEDEMANN, Klaus, «Körperverletzung und strafrechtliche Produktverantwortung. Bemerkungen zum “Fall Degussa”», in: *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag*, Berlin: Walter de Gruyter, 1999, p. 765-778. Este texto foi também publicado em língua espanhola, «Lesiones corporales y responsabilidad penal por el producto. Comentarios ao “caso Degussa”», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* 3 (2000), p. 51-63 (disponível em [www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/pdf/tiedemann0205.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/pdf/tiedemann0205.pdf)); SCHWARTZ, Martina, *Strafrechtliche Produkthaftung. Grundlagen, Grenzen und Alternativen*, Frankfurt am Main / Berlin / Bern / NewYork / Paris / Wien: Peter Lang, 1998, 21 e ss.; SOUSA, Susana Aires de, «Medicamentos e responsabilidade criminal...», *op. cit.*, p. 83 e s.; MENDOZA CALDERÓN, Silvia, *La Responsabilidad Penal por Medicamentos Defectuosos*, *op. cit.*, p. 69.

<sup>73</sup> Sobre as consequências do mercúrio na saúde e, em particular, do seu uso na odontologia veja-se MORALES FUENTES, Ivelin / REYES GIL, Rosa, «Mercúrio y salud en la odontología», *Revista de Salud Pública*, vol. 37 (2003), n.º 2, p. 263-265.

pelas amálgamas usadas no tratamento odontológico<sup>74</sup>. Este caso viria a suscitar renovada discussão sobre a responsabilidade criminal pelo produto. Em particular, deve destacar-se a análise realizada por Klaus Tiedemann<sup>75</sup> sobre um dos problemas mais complexos suscitados por este caso: a relação de causalidade entre o produto e as lesões corporais. Tiedemann mostra-se extremamente crítico quanto à possibilidade de imputar os danos corporais ao fabricante Degussa: da sua perspectiva, a produção deste medicamento ocorreu no âmbito de um risco permitido, extremamente importante no contexto da produção e comercialização de medicamentos, pelo que não deve ser imputada qualquer responsabilidade criminal aos dirigentes da empresa<sup>76</sup>. Em 2005, a Comissão Europeia, apoiada em alguns estudos científicos, acabaria por aconselhar a substituição das amálgamas dentárias compostas a partir do mercúrio por outros produtos, devido à comprovada toxicidade deste componente e ao seu carácter prejudicial para o ambiente<sup>77</sup>. Porém, a questão permaneceria em aberto, devido à existência de outros estudos apontando a natureza inofensiva da amálgama dentária para a saúde humana, atendendo às reduzidas quantidades de mercúrio que integra.

c) Também em Portugal os tribunais se defrontaram com questões relativas à responsabilidade criminal pelo produto. Como exemplo pode apontar-se, entre outros, um caso que conheceu grande destaque na imprensa portuguesa e que ficaria conhecido como “mega processo do álcool”. Trata-se de um processo de natureza criminal de elevado grau de complexidade, quer pelo número de arguidos envolvidos (224), quer pela diversidade de crimes que constavam da acusação (mais

---

<sup>74</sup> Trata-se da decisão 65 Js 17084.4/91, de 31-05-1996, que está disponível em alemão e francês, respectivamente, nos seguintes sítios electrónicos: [www.toxcenter.de/artikel/Amalgamurteil-gegen-Degussa.php](http://www.toxcenter.de/artikel/Amalgamurteil-gegen-Degussa.php) e [http://www.non-au-mercure-dentaire.org/\\_fichiers/jugement\\_-\\_proces\\_degussa.pdf](http://www.non-au-mercure-dentaire.org/_fichiers/jugement_-_proces_degussa.pdf).

<sup>75</sup> «Körperverletzung und strafrechtliche Produktverantwortung...», *op. cit.*, p. 765-778.

<sup>76</sup> Cf. «Lesiones corporales...», *op. cit.*, p. 61-62. Veja-se ainda, num sentido próximo, KUHLEN, Lothar, «Strafrechtliche Produkthaftung», *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, Band IV, München: Verlag C. H. Beck, 2000, p. 662 e, do mesmo autor, «Necesidad y límites de la responsabilidad penal por el producto», *op. cit.*, p. 77 e ss.

<sup>77</sup> O estudo que sustenta esta recomendação pode encontrar-se em [http://ec.europa.eu/environment/chemicals/mercury/pdf/extended\\_impact\\_assessment.pdf](http://ec.europa.eu/environment/chemicals/mercury/pdf/extended_impact_assessment.pdf) e também em [http://ec.europa.eu/environment/chemicals/mercury/pdf/com\\_2005\\_0020\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/environment/chemicals/mercury/pdf/com_2005_0020_en.pdf).

de uma dezena de tipos legais incriminadores). Conheceu a decisão da primeira instância em Setembro de 2008<sup>78</sup>.

De forma muito sucinta, o circunstancialismo fáctico submetido a julgamento consistia na importação e exportação de álcool como matéria-prima para a produção e comercialização de bebidas alcoólicas por parte de sujeitos individuais e colectivos, na sua maioria ligados ao sector vitivinícola, em violação de regras aduaneiras e tributárias através da coligação fraudulenta com sujeitos que dispunham da autorização para comercialização e importação daquele bem. O álcool etílico importado nestas condições foi posteriormente vendido para outros países europeus, designadamente para a Bélgica, Alemanha e Noruega. Alguns dos recipientes apreendidos nestes países e provenientes de Portugal continham metanol ou álcool metílico (metanol), substância tóxica e imprópria para consumo. Na Noruega morreram pelo menos cinco pessoas por terem ingerido bebidas alcoólicas produzidas a partir de matéria-prima que continha metanol. A aguardente consumida foi adquirida a um comerciante norueguês que afirma ter adquirido o álcool adulterado aos exportadores portugueses. Desta forma, no processo julgado pelo tribunal português levantavam-se complexas questões que atravessam diferentes domínios jurídicos, desde interesses do Estado e das Finanças Públicas até aos interesses dos consumidores.

Da acusação constavam crimes de diversa natureza: associação criminosa, introdução fraudulenta no consumo; fraude no transporte de mercadorias em regime suspensivo; contrabando de circulação; quebra de selo; falsificação de documentos; branqueamento de capitais; crime contra a genuinidade de bem alimentar; corrupção activa para acto lícito; homicídio qualificado.

A acusação por homicídio qualificado foi deduzida e pronunciada contra cinco dos implicados (arguidos). Da matéria de facto provada em julgamento, concluiu o tribunal não ser possível imputar o resultado morte à conduta dos

---

<sup>78</sup> Trata-se do Acórdão do Tribunal da Moita de 9 de Setembro de 2008, Processo nº 7/01.0TAAND, p. 1530, que chegou ao nosso conhecimento por intermédio do Senhor Professor Doutor Augusto Silva Dias, a quem, desde já, se agradece.

arguidos<sup>79</sup>. Muito embora tenham sido apreendidos em Hamburgo, na Alemanha, recipientes provenientes de Portugal contendo álcool metílico, não se pode determinar com a certeza necessária que o álcool distribuído na Noruega era de origem portuguesa. A sustentar tal facto estavam apenas as declarações do comerciante norueguês que teria adquirido o álcool distribuído, as quais foram consideradas de carga probatória insuficiente pelo tribunal, atendendo às contradições em que incorriam<sup>80</sup>. Assim, entendeu-se não ter sido provado, para além de qualquer dúvida razoável, que o álcool ingerido pelas vítimas norueguesas procedesse de Portugal. Ainda que se provasse a origem portuguesa daquele álcool, seria necessário provar que a manipulação com metanol ocorrera em Portugal e fora realizada pelos arguidos, tendo o tribunal permanecido em dúvida quanto a este facto<sup>81</sup>. Deste modo, pese embora se ter provado que os arguidos comercializaram junto do comerciante norueguês álcool produzido e envasilhado nas suas instalações, foram muitos os elementos estranhos que se interpuseram entre a saída do álcool de Portugal e a detecção de vasilhames de origem portuguesa com metanol em outros países, havendo ainda como elemento perturbador o facto de em alguns desses recipientes também existir álcool etílico não contaminado<sup>82</sup>. Desta forma, não foi possível ao tribunal afirmar o nexo de causalidade entre a acção daqueles implicados e o resultado morte, necessário à imputação do crime de homicídio<sup>83</sup>. Estes cinco arguidos acabariam por ser condenados em primeira instância por crimes de natureza aduaneira e fiscal, concretamente pelos crimes de introdução fraudulenta no consumo e fraude fiscal (previstos nos artigos 96.º, 97.º, 103.º e 104.º do RGIT).

---

<sup>79</sup> Cf. Acórdão do Tribunal da Moita de 9 de Setembro de 2008, Processo nº 7/01.0TAAND, p. 1530.

<sup>80</sup> Cf. Acórdão do Tribunal da Moita de 9 de Setembro de 2008, Processo nº 7/01.0TAAND, p. 1467.

<sup>81</sup> Acórdão do Tribunal da Moita de 9 de Setembro de 2008, Processo nº 7/01.0TAAND, p. 1464 e s.

<sup>82</sup> Acórdão do Tribunal da Moita de 9 de Setembro de 2008, Processo nº 7/01.0TAAND, p. 1530.

<sup>83</sup> Acórdão do Tribunal da Moita de 9 de Setembro de 2008, Processo nº 7/01.0TAAND, p. 1530.

### 3. Estrutura, objecto de estudo e método de investigação

A lesão de bens jurídicos por via da produção e comercialização de produtos confrontou os tribunais penais com novas questões e, conseqüentemente, com a necessidade de encontrar novas respostas, o que, por sua vez, desencadeou uma intensa e profunda reflexão dogmática em torno de algumas categorias clássicas da infracção criminal, do seu sentido e dos seus limites. A análise e leitura destas decisões conferem particular destaque à questão da imputação de resultados danosos e em particular ao critério causal seguido neste contexto problemático. Com efeito, os casos paradigmáticos anteriormente apresentados nos seus traços essenciais têm em comum a circunstância de testarem os limites da causalidade enquanto categoria jurídico-penal, na medida em que convocam tipos legais de resultado. A investigação que ora se apresenta encontra justamente a sua primitiva origem na leitura e estudo de casos ilustrativos da responsabilidade criminal pelo produto e nos desafios por si lançados à categoria da causalidade enquanto critério de imputação de resultados lesivos.

Por conseguinte, o paradigma da imputação de um resultado a uma conduta encontra nesta matéria um conjunto renovado de dificuldades, ligadas de forma imediata ao contexto empresarial e de inovação tecnológica em que se realiza a lesão de bens jurídicos fundamentais: desde logo, porque no âmbito da produção de bens se cruza uma diversidade de agentes e de condutas, inerentes à estrutura empresarial, que dificultam um juízo de imputação individual (como claramente deixam antever, por exemplo, os casos *Lederspray*, *Monça Steel*, *Óleo de Colza* ou *Álcool Adulterado*)<sup>84</sup>; mas também porque, com frequência, a realização do evento danoso se dá num cenário de inovação e desenvolvimento tecnológico que aumenta a dificuldade em fundamentar cientificamente a explicação causal (como mostram de forma clara os casos *Contergan* ou *Degussa*).

Assim, a evolução científica e tecnológica no sector da produção de bens acrescentou maiores dificuldades à aferição do nexos de causalidade – questão

---

<sup>84</sup> Referindo-se em particular a este problema nos casos referidos veja-se SCHMIDT-SALZER, «Konkretisierung der strafrechtlichen Produkt- und Umweltverantwortung», *NJW* 1996, Heft 1, p. 2 e ss.

imediatamente sublinhada nos primeiros casos que colocaram em evidência a responsabilidade pelos defeitos dos produtos, como por exemplo, o caso *Talidomida* – e demanda do jurista, muito concretamente do julgador a quem compete decidir da imputação jurídica dos resultados desvaliosos, uma renovada capacidade de apreensão dos fenómenos e acontecimentos naturais.

Deste modo, na primeira parte desta dissertação propõe-se o estudo do problema e do seu contexto sociológico como forma de fundamentar uma eventual responsabilidade e, de modo particular, uma responsabilidade jurídica no âmbito da produção e distribuição de bens. A nossa atenção dirigir-se-á em primeira linha ao problema da responsabilidade penal, não obstante uma breve referência à responsabilidade civil, justificada pelo amplo desenvolvimento doutrinal e legal desta problemática no plano do direito civil por contraposição às tímidas reflexões que lhe foram dedicadas pelo direito penal. A complexidade de uma responsabilização criminal pela produção e distribuição de bens perigosos ou defeituosos advém, desde logo, da sua transversalidade sistemática, composta por distintas facetas que se reflectem por todas as categorias e elementos constitutivos da infracção criminal, tal como esta vem sendo concebida na senda da teoria clássica e de autores como Liszt e Beling.

Entre os diversos nódulos problemáticos, assume particular destaque, como já se referiu, o problema da imputação de resultados danosos assente na afirmação de um nexos causal entre a conduta de produção e comercialização dos bens e as ofensas a bens jurídicos fundamentais dos consumidores. É este horizonte problemático que serve de cenário à segunda parte do nosso estudo, em que se assume como propósito a procura de um critério ou modelo de imputação causal de resultados. Com efeito, do ponto de vista da causalidade jurídico-penal, a produção e comercialização de bens mostra-se relevante não apenas de uma perspectiva material, pois torna-se imprescindível formar critérios que permitam concretizar o conceito material de causalidade e fundamentar a imputação normativa pressuposta na tipicidade dos delitos de resultado, como também do ponto de vista adjectivo e processual ao atender-se à fundamentação da convicção do julgador sobre o nexos de causalidade no caso concreto submetido ao seu julgamento. Justifica-se, assim, uma



análise da categoria causal enquanto critério jurídico-penal de imputação de resultados – tema que constituirá o principal objecto de estudo da segunda parte desta investigação.

Não obstante a tradicional importância reconhecida ao conceito de causalidade jurídica na teoria da infracção criminal, um desvio do nosso olhar para ciências vizinhas, de natureza filosófica e científica, denuncia a crise deste conceito. De facto, determinados desenvolvimentos das ciências da natureza e respectivas interpretações epistemológicas ditaram, da perspectiva de alguns autores, o abandono do conceito de causalidade. O jurista não pode deixar de se interrogar sobre um eventual reflexo no âmbito jurídico das críticas dirigidas ao conceito causal, muito particularmente no âmbito penal, onde lhe são reconhecidas funções matriciais na sustentação material de uma responsabilização pelo resultado. Pode o juiz, na aplicação do direito, socorrer-se de uma noção de causalidade jurídico-penal surda às discussões filosóficas e científicas que envolvem o princípio causal? A resposta que se procura pode não ter – e muito provavelmente não terá – um único sentido dominante, seja em tom afirmativo ou negativo. Todavia, o percurso realizado para a formulação de uma resposta mostra-se enriquecedor em diferentes aspectos. Nas palavras de Maiwald, um dos autores que se debruçou sobre esta questão, “ocupar-se da ciência natural é para o jurista iluminante, sobretudo porque ele toma assim a distância sobre coisas tomadas por adquiridas, nas quais se baseia o conhecimento quotidiano”<sup>85</sup>. A realização deste percurso permitirá ainda compreender que no âmbito jurídico se tenha evoluído no sentido de uma certa normativização do conceito de causalidade levada a cabo num primeiro momento pela teoria da causalidade adequada e, posteriormente, pela teoria da imputação objectiva de resultados. Por outro lado, a resposta à questão enunciada realiza-se em um diálogo entre saberes, pautados por distintas referências axiológicas e funcionais, que se apresenta, da nossa perspectiva, como poderoso contributo e auxílio na materialização de um modelo de causalidade jurídico-penal.

Todavia, a concretização de um tal modelo, pressupõe o estudo, nas suas linhas nucleares, das principais propostas causais seguidas no discurso penal, de

---

<sup>85</sup> MAIWALD, Manfred, *Kausalität und Strafrecht*, Göttingen: Verlag Otto Schwartz, 1980, p. 2.

forma a delimitar o sentido e função atribuídos àquela categoria no quadro da teoria da infracção criminal. Por sua vez, esta análise constituirá um suporte essencial à apresentação, no final da segunda parte, de um modelo causal – que designámos modelo da imputação causal – válido para os delitos materiais e devidamente enquadrado no juízo normativo da imputação de resultados.

Arriscada a proposta de um modelo, há que regressar ao problema da responsabilidade criminal pelo produto, de forma a testar a sua capacidade de resposta neste domínio. Todavia, uma tal experiência pressupõe, num primeiro momento, que se considere a tutela penal conferida pela lei portuguesa aos interesses dos consumidores. A protecção criminal destes interesses faz-se, de forma principal, em dois planos distintos: no Código Penal, em primeira linha através dos delitos de resultado que aí se prevêem, e no direito penal secundário por intermédio das incriminações previstas no Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro. É justamente esta análise que se concretiza na terceira parte desta investigação, num regresso a um discurso crítico sobre o direito positivo quando confrontado com a problemática da produção de bens perigosos ou defeituosos.

Com efeito, a apreciação do regime legal procura indagar da suficiência do direito penal clássico, assente sobre os delitos de resultado, e da legislação extravagante às questões suscitadas pela produção de bens defeituosos e perigosos para a segurança dos consumidores. Em face das deficiências deste regime, impõe-se a procura de soluções. Termina-se esta investigação apresentando uma proposta de incriminação a inserir no Código Penal que permita, em estreita observância do princípio da mínima intervenção penal, não só ultrapassar os obstáculos e insuficiências relacionados com a causalidade exigida pelos clássicos delitos de resultado, como responder à necessidade de tutela penal dos interesses fundamentais dos consumidores no âmbito da produção e comercialização de produtos perigosos ou defeituosos.

Fica assim apresentada, nos seus traços fundamentais, a estrutura desta dissertação, os seus propósitos e a metodologia seguida. Procura-se, por seu intermédio, reavaliar o papel de categorias clássicas da infracção penal, como a causalidade, na resposta a problemas que os tempos hodiernos revestiram de novas

formas. Com efeito, o modelo de sociedade de consumo massificado, num contexto de evolução tecnológica, veio colocar em causa a capacidade de uma resposta eficaz por parte de um sistema penal enraizado exclusivamente num paradigma do dano individualizado. Como se sublinhará logo no primeiro capítulo da primeira parte, a mudança social no sentido da consciencialização de novos riscos, indeterminados nas suas consequências, projectou-se também sobre o sistema normativo. Neste sentido, a responsabilidade criminal pelo produto situa-se entre um direito penal clássico, da causalidade e da lesão, e um direito penal moderno, da probabilidade e do perigo, demandando a procura de novas respostas sem que se prescindia dos princípios e garantias fundamentais que orientam a normatividade penal e, muito em particular, da relação que há-de estabelecer-se entre um evento jurídico-penalmente desvalioso e uma conduta humana capaz de sustentar a aplicação de uma sanção penal.



## PARTE I

### O PROBLEMA: A RESPONSABILIDADE PELO PRODUTO

"Matava-nos a sede: mas a água ali é beber quartãs. O vinho era atroz. Limonada? Não há limões nem açúcar. Mandou-se um próprio à tenda no fim da vila. Vieram três limões que me pareceram de uns que pendiam, quando eu vinha a férias, à porta do famoso botequim de Leiria. O açúcar podia servir na última cena de M. de Pourceaugnac muito melhor que numa limonada. Mas misturou-se tudo com a água das sezões, bebemos, pusemo-nos em marcha, e até agora não nos fez mal, com o ser a mais abominável, antipática e suja beberagem que se pode imaginar."

Almeida Garrett, *Viagens na Minha Terra*



## CAPÍTULO I

### O CONTEXTO: DA PREVENÇÃO À PRECAUÇÃO

#### § 2. Da responsabilidade pelo risco à ética da responsabilidade

A problemática inerente à responsabilidade pelo produto é geralmente associada a uma sociedade altamente industrializada e avançada tecnologicamente, à qual se liga, no plano da teoria social, o reconhecimento de um novo tipo de riscos. A ideia de que a industrialização ou o avanço do conhecimento comporta riscos não é uma ideia nova, encontrando-se documentada pela história<sup>86</sup>.

De facto, a aceitação do desafio interposto pelo risco constituiu desde sempre uma condição necessária ao progresso da humanidade. Como forma de garantir a sobrevivência da vida humana, o Homem tem procurado modos de lidar com o risco, agora, por via do recurso (circular) à técnica e à ciência. Desde logo, a ciência e a tecnologia foram propiciando conhecimento e meios técnicos que possibilitaram eliminar ou diminuir muitos dos riscos colocados, por exemplo, à saúde humana, com resultados visíveis no aumento da esperança de vida. Se é assim, cabe então perguntar quais as mudanças que levaram, sobretudo desde a última década do século XX, à assunção, no plano sociológico, mas também no plano jurídico, do risco como característica fundamental e decisiva da sociedade actual, a ponto de merecer, na senda da teoria social proposta pelo sociólogo Ulrich Beck, o epíteto de “sociedade do risco”<sup>87 88</sup>.

---

<sup>86</sup> Considere-se, por exemplo, os riscos que, no século XVI, as descobertas acarretaram não só para os povos descobertos, mas também para os que chegavam, ambos expostos a um leque de condições (ambientais, físicas, culturais) novas e desconhecidas, ou, em tempos mais próximos, a industrialização que acompanhou a sociedade a partir do século XIX e que obrigaria à própria socialização do risco pelo Estado social e de previdência, através de institutos jurídicos como o seguro ou a responsabilidade (objectiva) pelo risco.

<sup>87</sup> A fórmula “sociedade do risco” foi cristalizada, em 1986, pela obra de BECK, Ulrich, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp Verlag: Frankfurt a. M., 1986

Apesar de alguma indeterminação que suscitou um fervoroso trabalho de reflexão filosófica, sociológica e jurídica, o conceito de risco surge assim como conceito fundamental na caracterização da sociedade contemporânea<sup>89</sup>. O risco ganha novos contornos e surge agora como uma ameaça à qualidade de vida e à subsistência da própria vida humana.

Segundo uma classificação de Lau<sup>90</sup>, tomada por Beck, os riscos socialmente relevantes podem dividir-se em três categorias: os riscos tradicionais (*traditionellen Risiken*), os riscos do desenvolvimento industrial (*industriell-wohlfahrtsstatlichen Risiken*) e os “novos riscos” (*neuen Risiken*).

Os primeiros são riscos em regra voluntariamente assumidos e limitados no tempo. Têm pois uma referência pessoal e podem ser individualmente imputados. Como exemplo pode apontar-se o risco em que se incorre numa excursão às montanhas ou numa viagem de aventura ou ainda o assentimento de um paciente na realização de uma delicada intervenção cirúrgica<sup>91</sup>.

---

(traduzida, desde logo, em inglês, espanhol e italiano: *Risk Society: Towards a New Modernity*, Sage Publications: London, California, New Deli, 1992; *La Sociedad del Riesgo. Hacia una Nueva Modernidad*, Barcelona, Buenos Aires, México: Paidós, 1998; *La Società del Rischio*, Carocci Editore: Roma, 2000). Como nos dá conta LOUREIRO, João, «Da sociedade técnica de massas à sociedade de risco: prevenção, precaução e tecnociência. Algumas questões juspublicísticas», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, BFD, Studia Iuridica 61 (2001)*, p. 803, nota 31, embora seja possível encontrar precursores do conceito, designadamente em AHARONI, Yair, *The Non-Risk Society*, 1981, a obra de Beck, pela sua difusão, influência e densificação, constitui um marco decisivo na concretização da ideia de “sociedade de risco”. A confirmação desta ideia encontra-se nas palavras dos autores da introdução à tradução inglesa daquela obra, Scott Lash e Bryan Wynne, que consideram este estudo como um dos estudos de análise social mais influentes da Europa, no final do século XX.

<sup>88</sup> Na última década do século passado, o conceito de sociedade do risco impôs-se, com enorme sucesso, no domínio das ciências sociais, incluindo as ciências jurídicas e, em particular, o direito penal. Por todos, HILGENDORF, Eric, *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der “Risikogesellschaft”*, Berlin, Duncker & Humblot, 1992, p. 17 e ss; DIAS, Jorge de Figueiredo, «O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, BFD, Studia Iuridica 61 (2001)*, Coimbra: Coimbra Editora, p. 583 e ss., DIAS, Augusto Silva, «*Delicta in se*» e «*Delicta Mere Prohibita*». Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 223 e ss.

<sup>89</sup> Como é sublinhado na doutrina, a etimologia e a evolução do conceito de risco não é isenta de controvérsia, cf. ALMEIDA, Carlota Pizarro de, *O Dever de Cuidado como Modelo de Gestão de Risco*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Dissertação de Doutoramento (policopiado), 2010, p. 47 e s.

<sup>90</sup> Cf. «Risikodiskurse: Gesellschaftliche Auseinandersetzungen um die Definition von Risiken», *in*; *Soziale Welt 1989*, p. 418-436, *apud* HILGENDORF, Eric, «Gibt es ein „Strafrecht der Risikogesellschaft“?», *NStZ 1993*, p. 11.

<sup>91</sup> Este último exemplo em IÑIGO CORROZA, Maria Elena, *La Responsabilidad Penal del Fabricante por Defectos de sus Productos*, Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2001, p. 24.



Em segundo lugar, elencam-se os riscos próprios do progresso e da sociedade industrial, que, tal como os anteriores, se podem referir individualmente ou a um grupo de pessoas perfeitamente identificáveis. Todavia, de modo diferente, são riscos cujos custos não são, em regra, individualmente suportáveis, mas antes se transformam em riscos “socializados” e “juridificados”, desde logo pela ideia de risco permitido, em actividades consideradas socialmente úteis e necessárias<sup>92</sup>. Neste contexto, muitos destes riscos são tomados como custos calculáveis e assegurados por empresas seguradoras ou pelo próprio Estado, potenciando o “desenvolvimento de um sociedade seguradora”. Trata-se, portanto, de riscos, em certa medida, controláveis e calculáveis, cujas causas e consequências são ainda possíveis de limitar a um tempo e a um espaço. De facto, como sublinha Silva Dias, só é possível socializar e juridificar o risco por se tratar de algo socialmente conhecido e calculável na sua extensão e nos seus efeitos”<sup>93</sup>.

Por último, os “novos riscos” distinguem-se pela autonomia, nas suas consequências, em face de qualquer acto humano voluntário. Muito embora assentem em decisões e condutas humanas ou de instituições, estes novos riscos antes confrontam a pessoa assumindo a forma de uma catástrofe ou de um acidente de grandes dimensões. Na medida em que todos são afectados da mesma forma pelos novos riscos, eles conduzem à perda do significado de pertença a um grupo social, a uma vizinhança, a uma geração. Alguns destes riscos são resultado do conjunto de inúmeras acções individuais, como os danos no ambiente ou a diminuição da camada do ozono; outros riscos são referidos por Lau ao estilhaçar do conceito de causas do risco e de decisão do risco, apontando como exemplo deste segundo tipo de novos riscos, a química moderna, a energia nuclear ou a engenharia genética<sup>94</sup>. Ora, ainda que de uma perspectiva minimalista e ortodoxa se procure minimizar a quantidade e a qualidade destes novos riscos e das suas fontes, não podem ser desconsideradas características próprias que os individualizam dos riscos “tradicionais”, quer na sua origem quer nas consequências que lhe estão

---

<sup>92</sup> Cf. DIAS, Augusto Silva, «*Delicta in se*» e «*Delicta Mere Prohibita*»..., p. 228.

<sup>93</sup> Cf. DIAS, Augusto Silva, «*Delicta in se*» e «*Delicta Mere Prohibita*»..., *op. cit.*, p. 229.

<sup>94</sup> *Apud* HILGENDORF, Eric, «Gibt es ein „Strafrecht der Risikogesellschaft?“, *op. cit.*, p. 11. Sobre as notas características destes novos riscos veja-se também, entre nós, DIAS, Augusto Silva, «*Delicta in se*»..., *op. cit.*, p. 229 e ss.

associadas<sup>95</sup>. Neste sentido, mais do que uma variação do grau de risco associado a estes contextos, é a dimensão das suas consequências que altera a qualidade destes novos riscos.

A partir daquela classificação, Beck analisa, na sua famosa monografia *Risikogesellschaft: auf dem Weg in eine andere Moderne*, as mudanças ocorridas na sociedade contemporânea, sobretudo perante a sociedade industrial afirmada a partir do século XIX, de modo a justificar e sustentar a sua qualificação como uma sociedade do risco<sup>96</sup>.

No entanto, antes de se prosseguir com a descrição dos traços essenciais da proposta de Beck, refira-se, em jeito de nota à margem, uma questão prévia relativa à autonomização dos conceitos de risco e de perigo, essencial para que se possa perceber que os novos riscos tenham conduzido ao epíteto de sociedade do risco e não de sociedade do perigo. Trata-se, de uma distinção complexa, que não reúne total consenso entre os autores, a que acresce a dificuldade em determinar os limites, conteúdo e origem do termo risco<sup>97</sup>.

Neste contexto, assumem particular interesse as observações de Luhmann. Da perspectiva deste autor a autonomização destes conceitos dá-se, não pela via da racionalidade, mas antes por intermédio da responsabilidade. Ou seja, para este autor o *conceito* de risco não há-de encontrar-se numa forma racional referida ao dano quantitativamente calculável (no sentido de racionalmente previsível e evitável) e, como tal, a uma decisão óptima/péssima<sup>98</sup>. Da sua perspectiva, tão pouco se há-de buscar aquele conceito na forma dada pelo binómio risco/segurança, muito usada em contextos como o político ou mesmo a defesa do consumidor<sup>99</sup>. Para Luhman a forma conceptual de risco há-de derivar da distinção entre risco e perigo,

---

<sup>95</sup> MENDOZA BUERGO, Blanca, «Principio de precaución, derecho penal del riesgo y delitos de peligro», in: *Principio de Precaucion, Biotecnología y Derecho*, Bilbao-Granada: Editorial Comares, 2004.

<sup>96</sup> Cf. *La Sociedad del Riesgo*, *op. cit.*, p. 25 e ss. Também FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, «Sobre la ‘Administrativización’ del derecho penal en la ‘sociedad del riesgo’». Um apunte sobre la política criminal a principios del siglo XXI», in: *Derecho y Justicia Penal en el Siglo XXI. Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Antonio González-Cuñellar García*, (coord. J. Díaz-Maroto Villarejo), Madrid: Colex, 2006, p. 142 e nota 13.

<sup>97</sup> Cf. LUHMANN, Niklas, *Sociología del Riesgo* (trad. Silvia Pappé, Brunhilde Erker, Luis Felipe Segura), Mexico: Universidad Iberoamericana, 2006, p. 53; também ALMEIDA, Carlota Pizarro de, *O Dever de Cuidado como Modelo de Gestão de Risco*, *op. cit.*, p. 46.

<sup>98</sup> Cf. LUHMANN, Niklas, *Sociología del Riesgo*, *op. cit.*, p. 59 e p. 64.

<sup>99</sup> Cf. LUHMANN, Niklas, *Sociología del Riesgo*, *op. cit.*, p. 65.

num contexto de incerteza sobre danos futuros. Assim, ou o dano se apresenta como consequência da decisão e deve falar-se em risco; ou se entende que o eventual dano decorre de uma circunstância externa, ou seja, do meio ambiente, e deve falar-se de perigo<sup>100</sup>. Deste modo, o risco é concebido como um “artefacto de imputação” (*Zurechnungsartefakt*) na medida em que está ligado a um dano consequente de uma decisão; já o perigo é associado a um dano fortuito. Neste sentido, como destaca João Loureiro, para Luhmann os riscos são “tidos como hipóteses em que os danos eventuais são vistos como consequência da conduta do agente, entendido em sentido amplo, compreendendo quer pessoas singulares (sistemas psíquicos na linguagem de Luhmann), quer, crescentemente, sistemas sociais; caso se devam ao ambiente – entendido o termo na acepção sociológica do meio com que se relaciona o sistema – então estaremos perante um perigo”<sup>101</sup>. Assim, o risco reporta-se a uma actuação, assumindo uma preponderante dimensão subjectiva; por sua vez, a noção de perigo está mais próxima do mundo objectivo e da probabilidade do acontecer<sup>102</sup>.

Ora, o desenvolvimento tecnológico e o avançado conhecimento científico das últimas décadas do século XX permitiram que muitos daqueles perigos se transformassem em autênticos riscos, fazendo com que o azar perca espaço a favor da imputação. Torna-se cada vez menos distinta a fronteira entre o perigo proveniente da natureza e o risco com origem na actividade humana e,

---

<sup>100</sup> Cf. Cf. LUHMANN, Niklas, *Sociología del Riesgo*, *op. cit.*, p. 67 e ss.

<sup>101</sup> Cf. LOUREIRO, João, «Da sociedade técnica de massas à sociedade de risco...», *op. cit.*, p. 808. Também ALMEIDA, Carlota Pizarro de, *O Dever de Cuidado como Modelo de Gestão de Risco*, *op. cit.*, p. 47.

<sup>102</sup> Esta dimensão subjectiva (pessoal) do risco por contraponto à natureza objectiva (fortuita) do perigo tem vindo a ganhar espaço na doutrina. Por conseguinte, reconhece-se à noção de risco uma natureza dinâmica ligada à probabilidade de uma determinada conduta desencadear um dano; por sua vez, o conceito de perigo comporta um carácter passivo. Assim se compreende que ao risco se associe o potencial efeito de uma acção humana, individual ou institucional e que o perigo surja ligado a eventos naturais. Sobre esta questão veja-se ALMEIDA, Carlota Pizarro de, *O Dever de Cuidado como Modelo de Gestão de Risco*, *op. cit.*, p. 49. Esta autora, entendendo que se trata de uma distinção qualitativa e não quantitativa, refere como exemplo o juízo de imputação objectiva, na medida em que criar um risco (proibido) que se concretiza no resultado “consiste numa probabilidade de o resultado se verificar na sequência da acção (probabilidade aferida em abstracto, de acordo com as regras da causalidade e adequação). O objecto corre perigo (ex ante) e, a final, é vítima de dano. O risco reporta-se à acção do indivíduo, o perigo ao objecto”.

consequentemente, a diferença entre acidentes “naturais e antrópicos”<sup>103</sup>. Ora, esta é justamente uma das características principais da sociedade do risco descrita por Beck nos seus escritos e que ganharia uma ampla ressonância na literatura, como de seguida se expõe, ainda que sucintamente.

As últimas décadas testemunharam a afirmação a nível mundial, em menor ou maior medida, de uma sociedade altamente industrializada e tecnologicamente desenvolvida que potenciou inúmeras possibilidades no processo económico e produtivo e que permitiu, em geral, um considerável incremento da qualidade de vida. Todavia, esse desenvolvimento teve como seu inverso, na visão de Beck, um aumento dos novos riscos que, embora provenientes de decisões humanas, ameaçam de forma séria as bases da existência<sup>104</sup>. Estes riscos correspondem ao que Beck designa de *segunda modernidade* ou *modernidade reflexiva*, que se distingue da *primeira modernidade*. Esta última, também designada de sociedade industrial, afirmou-se sobretudo na Europa a partir do século XVIII. Num primeiro momento, ela corresponde ao advento da idade moderna e dos riscos residuais próprios do início da industrialização que evoluem, num segundo momento, para riscos a que se atribui uma maior gravidade, mas que são tidos como mensuráveis, previsíveis e controláveis pela sociedade e por um Estado de previdência e da segurança social. O risco é assim socializado e juridificado por uma sociedade estadual e nacional, dotada de estruturas colectivas, pleno emprego, rápida industrialização e que explora

---

<sup>103</sup> Cf. ARAGÃO, Maria Alexandra, «Dimensões Europeias do Princípio da Precaução», *RFDUP, Ano VII (2010)*, p. 250. Referindo-se ao direito comunitário, a autora sublinha que, perante a dificuldade em distinguir acidentes naturais e antrópicos, a perspectiva europeia de gestão dos riscos tem evoluído para uma abordagem conjunta dos riscos, independentemente da sua origem directa. Como exemplo aponta a Directiva 2007/60, de 23 de Outubro, relativa à prevenção de riscos de inundação, “cuja frequência e intensidade tem vindo a agravar-se em virtude de vários factores directa ou indirectamente relacionados com a actividade humana. Com efeito, as principais causas são, na maior parte dos casos, decisões erradas ao nível do ordenamento do território” como a expansão urbana incontrolada em áreas de solo situadas em leito de cheia, ou a desflorestação e destruição sistemática da cobertura vegetal. O tratamento unitário de perigos naturais e riscos criados pela intervenção humana é ainda patente, como sublinha a autora, no artigo 196.º do Tratado sobre o Funcionamento da União, relativo à protecção civil, que dispõe logo no seu primeiro número que “a União incentiva a cooperação entre os Estados-Membros a fim de reforçar a eficácia dos sistemas de prevenção das catástrofes naturais ou de origem humana e de protecção contra as mesmas”. Veja-se ainda, da mesma autora, «Princípio da precaução: manual de instruções», *op. cit.*, p. 12 e ss.

<sup>104</sup> DIAS, Augusto Silva, *Protecção Jurídico-Penal de Interesses dos Consumidores*, IDPEE (policopiado), Coimbra, 2001, p. 1.

a natureza “não visível” do risco<sup>105</sup>. A partir da segunda metade do século XX desenvolve-se uma sociedade que Beck define como a “modernização da modernização” ou “segunda modernidade”, ou também “modernidade reflexiva”. Trata-se de um processo no qual são postas em questão, tornando-se objecto de “reflexão”, as assunções fundamentais, as insuficiências e as antinomias da primeira modernidade, desafiada por um desenvolvimento desmedido que obedece a uma racionalidade instrumental<sup>106</sup>. É esta crença num progresso desmedido que conduz ao aparecimento dos “novos riscos” capazes de ameaçar o planeta e a humanidade<sup>107</sup>. Riscos que Beck caracteriza como inquantificáveis, incontrolláveis, indetermináveis e não atribuíveis, mas que se tornam “visíveis”. É a própria consciência ou percepção do risco que, abalando a confiança na segurança, o torna presente e, neste sentido, visível<sup>108</sup>. Assim, num “processo circular”<sup>109</sup>, a extensão do conhecimento gera simultaneamente a incerteza e o risco e confere responsabilidade às decisões, transformando o mero azar em risco consciente e provável, embora imensurável. O risco corresponde assim a uma “realidade virtual” referente a um dano que está por acontecer e a sua globalidade afasta qualquer possibilidade de controlo. Acrescente-se, a título complementar, que estes novos riscos não substituem os riscos próprios da primeira modernidade, mas a eles se sobrepõem.

Ao revisitar, num texto posterior, a sua teoria sobre a sociedade do risco e as críticas que lhe foram dirigidas, Beck sublinha que “a construção da segurança e controle que dominou o pensamento (social) e a acção (política) na primeira modernidade se está a tornar fictícia na sociedade global do risco”<sup>110</sup>. Introduce a este propósito o conceito de *incerteza fabricada*, entendida como a incerteza decorrente do

---

<sup>105</sup> Cf. BECK, Ulrich, *La Sociedad del Riesgo*, *op. cit.*, p. 200.

<sup>106</sup> Segundo Beck a a transição para a segunda modernidade enfrentou o desafio de cinco processos fundamentais: a globalização, a individualização, o desemprego, a revolução dos géneros e os riscos globais da crise ecológica e da turbulência dos mercados financeiros.

<sup>107</sup> Cf. STELLA, Federico, *Giustizia e Modernità. La Protezione dell'innocente e la Tutela delle Vittime*, Milano: Giuffrè Editore, 2002, p. VII.

<sup>108</sup> Cf. BECK, Ulrich, «Retorno a la teoría de la “sociedad del riesgo”», *Boletín de la A.G.E.* 30 (2000), p. 10.

<sup>109</sup> Cf. PIERGALLINI, Carlo, *Danno da Prodotto e Responsabilità Penale. Profili Domatici e Politico-criminali*, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2004, p. 7.

<sup>110</sup> Cf. BECK, Ulrich, «Retorno a la teoría de la “sociedad del riesgo”», *op. cit.*, p. 13.

risco produzido pelo rápido avanço tecnológico e por aceleradas respostas sociais. Esta incerteza é resultado de uma particular síntese entre conhecimento e inconsciência: ao aumento rápido do conhecimento e da tecnologia abre-se um espectro de possibilidades, sujeitas a diferentes interpretações pelos próprios peritos científicos, que actuam assim como produtores, analistas e especuladores das definições de risco, no sentido de as clarificar ou obscurecer<sup>111</sup>. Vislumbra-se assim uma dupla possibilidade: ou se negam os riscos e se actua como se eles não existissem, ou, na estratégia oposta que toma a falta de conhecimento sobre os possíveis riscos como base de acção, abrem-se as portas do receio e do alarme criando-se um ambiente de impotência e paralisia. Esta dupla possibilidade é designada por Beck como *armadilha do risco*<sup>112</sup>, perante a qual não há regras de actuação na medida em que mexe com as definições culturais, com a cidadania, com a política, com a ética e com a auto-gestão.

Os novos riscos são assim difíceis de controlar uma vez que padecem de um “*deficit* de previsão”<sup>113</sup> fundamentado na incerteza das suas consequências e na dificuldade em determinar os seus limites. Assim, são transfronteiriços, no seu espaço, e transgeracionais, no seu tempo. Com efeito, quanto à sua projecção no espaço, estes riscos não conhecem fronteiras e são ao mesmo tempo locais e globais, isto é, “glocais”<sup>114</sup>. Consequentemente, os danos que deles podem resultar não são compensáveis financeiramente e, neste sentido, não podem ser socializados ao abrigo de um qualquer seguro. A propósito da sociedade de risco global, Beck sublinha a necessidade de criar instituições internacionais, tomando como exemplo as tentativas de acordos internacionais que têm vindo a ser prosseguidas em matéria ambiental<sup>115</sup>.

Quanto à sua projecção no tempo, acentua-se, como factor agravante do conflito científico que envolve os novos riscos, a distância temporal entre a origem do perigo a consciencialização cultural do seu sintoma. Pense-se no uso de

---

<sup>111</sup> Cf. «Retorno a la teoría de la “sociedad del riesgo”», *op. cit.*, p. 14.

<sup>112</sup> Cf. «Retorno a la teoría de la “sociedad del riesgo”», *op. cit.*, 15.

<sup>113</sup> A expressão é retirada de PIERGALINI, Carlo, «La responsabilità del produttore...», *op. cit.*, p. 1474.

<sup>114</sup> A expressão é de ROBERTSON, tomada por BECK, Ulrich, «Retorno a la teoría de la “sociedad del riesgo”», *op. cit.*, p. 15.

<sup>115</sup> Cf. «Retorno a la teoría de la “sociedad del riesgo”», *op. cit.*, 18.

pesticidas em alimentos ou nos efeitos da radiação e do dano químico no feto e no embrião. É esta dicotomia, afastada temporalmente, entre, por um lado, o risco ignorado mas crescente e, por outro, o seu conhecimento e a respectiva consciencialização cultural que permite compreender que os perigos sejam internalizados pela indústria e se transformem em desastres económicos potenciais devido a efeitos que perduram no tempo (tome-se, como exemplo, o uso do amianto em edifícios)<sup>116</sup>.

Por fim, Beck conclui que a noção de sociedade do risco global e a consciencialização dos novos riscos aproximaram a cultura da natureza, criando um mundo híbrido que reduz as barreiras “levantadas entre classes, nações, humanos e a restante natureza, entre criadores da cultura e criaturas de instinto, ou para usar uma distinção antiga entre seres com e sem alma”<sup>117</sup>. A natureza e a cultura são assim tomadas em uníssono pelo conceito de risco, entendido como um híbrido constituído pelo homem que inclui e combina política, ética, matemática, meios de comunicação, tecnologia, definições e percepções culturais. Esta combinação é igualmente necessária para que se possa perceber a dinâmica inerente à sociedade do risco, isto é, para que esta sociedade se torne reflexiva e crítica de modo a que os fundamentos das suas actividades e os objectivos que persegue sejam objecto de discussão pública, científica e política, enquanto único meio para que se torne também numa sociedade responsável<sup>118</sup>.

A ideia de sociedade de risco e das notas que a caracterizam, na síntese de Beck, é facilmente transposta para o âmbito da produção e do consumo<sup>119</sup>, que

---

<sup>116</sup> «Retorno a la teoría de la “sociedad del riesgo”», *op. cit.*, p. 17.

<sup>117</sup> Cf. «Retorno a la teoría de la “sociedad del riesgo”», *op. cit.*, p. 18. Como forma de sublinhar esta natureza transversal dos novos riscos alguns autores usam a significativa expressão de “democratização do risco”, cf. PIERGALINI, Carlo, «La responsabilità del produttore...», *op. cit.*, p. 1474.

<sup>118</sup> Cf. «Retorno a la teoría de la “sociedad del riesgo”», *op. cit.*, p. 20.

<sup>119</sup> A novidade não reside na massificação do risco decorrente da evolução técnica. Tal possibilidade fôra já iniciada num outro momento histórico com o progresso proporcionado pela revolução industrial, como sublinha COSTA, José de Faria, *O Perigo em Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2000 (reimp.), p. 34: “se bem que de modo incipiente e sem grande consciência crítica, cedo se percebeu que a técnica, fundamentalmente a partir da 1.<sup>a</sup> Revolução Industrial, era uma fonte geradora de perigos. E porquê? Pela razão bem simples e comezinha de que é a partir desse momento histórico que a técnica permite, não só a massificação dos produtos acabados, como é ela própria objecto da massificação em geral”. A diferença adicionada pela sociedade contemporânea

constitui, juntamente com o ambiente e a manipulação genética, um dos domínios de realização, por excelência, dos novos riscos<sup>120</sup>. Com efeito as áreas do consumo<sup>121</sup>, do ambiente, da biomedicina e da genética humana têm sido apontadas como expressão paradigmática daquelas novas ameaças<sup>122</sup>. Assim, se no passado um acidente num processo produtivo era susceptível de causar danos a um número de pessoas determinadas, desde logo, entre aqueles que se encontravam na linha de produção, hoje o uso da síntese química ou a exploração da energia nuclear conferem a um eventual acidente uma dimensão enorme capaz de afectar um número indeterminável de pessoas, na sua maioria estranhas ao processo de produção.

Apesar de a noção de risco ser imanente à evolução e, nesse sentido, à história da humanidade, a proposta teórica de Beck teve o mérito de a trazer para a discussão interdisciplinar (sociológica, jurídica, científica, política, económica, etc.), muito embora se deva reconhecer que a potencialidade ameaçadora dos novos

---

no âmbito da produção e do consumo está na qualidade intrinsecamente perigosa e indeterminável nas suas consequências de bens que a evolução do conhecimento permite hoje produzir.

<sup>120</sup> Num escrito posterior, Beck acrescenta aos riscos ecológicos dois outros tipos de riscos que são pela sua natureza globais: o primeiro relacionado com a estabilidade dos mercados financeiros; o segundo relativo ao terrorismo, cf. «The Terrorist Threat. World Risk Society Revisited» *Theory, Culture & Society* 19 (2002), p. 41 e ss.

<sup>121</sup> Assim se compreende que nos estudos especificamente voltados para a responsabilidade criminal pelo produto haja uma referência ou enquadramento desta questão, da perspectiva sociológica e da teoria social, no âmbito da sociedade do risco. A este propósito vejam-se as notas bibliográficas indicadas na nota 374.

<sup>122</sup> Neste sentido, LOUREIRO, João, «Da sociedade técnica de massas à sociedade de risco...», *op. cit.*, p. 809. O autor aponta ainda outras áreas problemáticas relativas à emergência de novos riscos: “BSE, o sangue, nomeadamente os concentrados de plasma sanguíneo para hemofílicos, mudanças climatéricas, riscos de terapia genica, somática e, especialmente germinal, em seres humanos, ‘Novel food’, isto é alimentos geneticamente manipulados, riscos de transmissão de vírus de animais para os homens no quadro das xenotransplantações, acção dos campos electromagnéticos na saúde humana (‘electro-smog’), riscos da nova electrónica global”. Também, DIAS, Augusto Silva, *Ramos Emergentes do Direito Penal Relacionados com a Protecção do Futuro*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 22, entende que “o consumo, o ambiente e a genética humana são apontadas como áreas privilegiadas de irrupção das ameaças geradas pelos novos riscos. Se dúvidas houvesse acerca disso, acontecimentos alarmantes das últimas décadas como a crise das «vacas loucas», sucessivos desastres ambientais provocados pela poluição industrial, prenúncios de intervenção manipuladora sobre a herança genética humana por parte de médicos pouco escrupulosos no modo como encaram os limites éticos à sua actividade, dissipá-las-iam”. Ainda no plano da biologia, da medicina e da tecno-ciência, COSTA, José de Faria, «Bioética e direito penal (reflexões possíveis em tempos de incerteza)», *in: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, BFD, Studia Iuridica 98 (2009)*, Vol. I, p. 111 e ss., onde surgem “problemas novos” “atinentes à experimentação de medicamentos em pacientes, aos transplantes de órgãos humanos, à fecundação artificial, ao testamento biológico, à colonização humana, à utilização de células estaminais para experiências científicas tendo em vista a cura de doenças ou à alteração do património genético”.



riscos tivesse já sido sublinhada por outros autores. Entre eles, destaca-se, desde logo pelo radicalismo ético das suas propostas, o filósofo alemão Hans Jonas. Nos seus escritos aponta a necessidade de uma ética que imponha restrições ao incrível e veloz avanço tecnológico que concede ao homem novas possibilidades de acção que ameaçam a sua própria permanência, não só enquanto existência física, como na sua essência. Neste sentido, os novos riscos impõem “novos cuidados”<sup>123</sup> e uma maior consciência da responsabilidade. O autor parte da ideia de que o “saber de previsão” (*vorhersagende Wissen*) foi ultrapassado pelo “saber técnico” (*technischen Wissen*) e que o abismo que se abre entre a força do saber prévio e a força das acções dá origem a um novo e relevante problema ético<sup>124</sup>.

Jonas entende que a ética e o desenvolvimento humano, nas suas dimensões cognitiva, racional e afectiva, não acompanharam a velocidade tecnológica apta a conferir uma maior capacidade de acção e de manipulação e conseqüentemente a conceder à própria pessoa o poder de afectar de modo definitivo a integridade e a imagem humana. Torna-se assim necessária uma nova ética, voltada para o futuro, mas que actue sobre as acções de hoje, que o autor designa de *ética da responsabilidade*, isto é, nas suas palavras, “uma ética actual que pretende defender os nossos descendentes das conseqüências das nossas acções futuras”<sup>125</sup>. Este princípio da responsabilidade é concretizado por Jonas num imperativo ético novo, incondicional e fundamentado ontologicamente, que pode enunciar-se em vários tons positivos como “age de tal modo que os efeitos da tua acção sejam compatíveis com a preservação da vida humana genuína” e “inclui na tua escolha actual, como objecto do teu querer, a futura integridade do homem”; ou negativos: “age de tal modo que os efeitos da tua acção não sejam destruidores da futura possibilidade de uma vida autêntica na Terra”; “age de tal modo que não ponhas em perigo as

---

<sup>123</sup> Socorremo-nos a este propósito da terminologia de COSTA, José de Faria, *O Perigo em Direito Penal*, *op. cit.*, em particular, páginas 321 e ss., dedicadas à evolução dos significados de perigo e cuidado nos diversos estádios evolutivos da comunidade humana.

<sup>124</sup> Cf. JONAS, Hans, *Das Prinzip Verantwortung. Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*, Frankfurt am Main: 1984, p. 28 (obra que conhece tradução em espanhol: *El Principio de Responsabilidad. Ensayo de una Ética para la Civilización Tecnológica*, Barcelona: Editorial Herder, 1995).

<sup>125</sup> As palavras são do próprio Jonas e usadas por Andrés Sánchez Pascual na Introdução à tradução espanhola da obra *Das Prinzip Verantwortung*, cf. *El Principio de Responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 9.

condições da continuidade indefinida da humanidade na Terra”<sup>126</sup>. Assim, em nome do princípio da responsabilidade, é legítimo, da perspectiva de Jonas, impor limitações à actividade científica. Do mesmo passo, em nosso modo de ver, dá-se um forte impulso à superação da razão técnico-instrumental<sup>127</sup>.

Não pode, no entanto deixar de se referir, ainda que de forma extremamente sintética, que ao “extremismo ético”<sup>128</sup> de Jonas se opõe um outro “extremismo” de sinal contrário apostado em defender o progresso, apoiado em diversas obras e trabalhos publicados em áreas de relevo tecnológico e científico, de que são exemplo, no âmbito da inteligência artificial, autores como Marvin Minsky ou Hans Moravec. Desta perspectiva professa-se, por sua vez, uma fé absoluta na capacidade da tecnologia resolver os problemas e as questões por si suscitados<sup>129</sup>.

Somos de novo regressados às questões colocadas por Beck. No contexto da segunda modernidade, entre “Cassandras e Corifeus”<sup>130</sup>, encontramos-nos numa encruzilhada de possibilidades que em última instância se extremam em duas: por um lado, a inacção pessimista dominada pelo receio e, por outro, a ignorância optimista daqueles perigos.

Por esta via, na *passagem* do conceito sociológico de risco para a sua relevância jurídica, são por demais evidentes as dificuldades sentidas pelos ordenamentos jurídicos em matéria de definição, avaliação e aceitação dos novos riscos,

---

<sup>126</sup> Cf. JONAS, Hans, *Das Prinzip Verantwortung...*, *op. cit.*, p. 36.

<sup>127</sup> A esta temática se dedica DIAS, Jorge de Figueiredo, «O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”», *op. cit.*, p. 592, por referência ao pensamento de Anselmo Borges, para quem um ensaio de superação da razão técnico-instrumental “passa antes de mais, seguramente pelo reconhecimento dos benefícios que, para a humanidade, a tecnociência permitiu. Mas também, e sobretudo, daquilo que constitui o legado da modernidade e das suas conquistas irrenunciáveis: os direitos humanos, a secularização, a razão crítica. Passa, por uma outra parte, pela consciência progressiva e cada vez mais clara dos perigos e ameaças que ela faz desabar sobre a humanidade e põem em risco a própria sobrevivência do planeta. Mas também, em definitivo, pela tomada de consciência de que, ‘extremamente poderosa no domínio dos meios, a razão instrumental é de uma penúria extrema na ordem e no reino dos fins humanos’. Por isso aquela superação implica pôr fim à ‘cegueira ontológica’ em que radica a já longa tentativa de substituir o transcendental ontológico pelo transcendental gnoseológico, como meio de domínio do mundo pela tecnociência”.

<sup>128</sup> A expressão é de LONGO, Giuseppe O., «La società del rischio», disponível em [http://www.fondazionebassetti.org/it/focus/2008/02/la\\_societa\\_del\\_rischio.html](http://www.fondazionebassetti.org/it/focus/2008/02/la_societa_del_rischio.html)

<sup>129</sup> Cf. LONGO, Giuseppe O., «La società del rischio», disponível em [http://www.fondazionebassetti.org/it/focus/2008/02/la\\_societa\\_del\\_rischio.html](http://www.fondazionebassetti.org/it/focus/2008/02/la_societa_del_rischio.html)

<sup>130</sup> A expressão é de LONGO, Giuseppe O., «La società del rischio», disponível em [http://www.fondazionebassetti.org/it/focus/2008/02/la\\_societa\\_del\\_rischio.html](http://www.fondazionebassetti.org/it/focus/2008/02/la_societa_del_rischio.html)

pressupostas a sua intensidade e extensão. O predomínio da técnica esbate as fronteiras entre o que *se pode fazer* e o que *se deve fazer*, desde logo porque o “*poder de fazer* é sobejamente superior ao nosso *poder de prever*, e como tal, de *avaliar* e de *ajuizar*”<sup>131</sup>. Em causa está a capacidade de um direito pensado no quadro da previsibilidade e numa ética da responsabilidade, construindo as suas regras (para o futuro) com base na experiência (passada) para absorver e gerir o risco. Pense-se, com particular interesse para o problema que directamente constitui objecto desta dissertação, na problemática inerente à gestão dos riscos que derivam da aplicação da inovação tecnológica no âmbito da produção industrializada e globalizada, e muito particularmente nos efeitos (potenciais, mas virtuais) para a saúde dos consumidores ou nas consequências para o ecossistema.

Neste contexto de incerteza e perigo para bens fundamentais, pessoais e colectivos, a doutrina tem avançado com algumas respostas, entre elas o princípio da precaução, situado para além de um mero princípio de prevenção do perigo<sup>132</sup>.

### § 3. O princípio da precaução

#### 1. Noção, origem e fundamento

A progressiva consciencialização, ao longo da segunda metade do século XX, da existência de novos riscos decorrentes do progresso técnico, dotados de uma potencialidade lesiva desconhecida da primeira modernidade, teve como consequência, como já se deixou antever, a afirmação de uma ética da responsabilidade e constituiu, por outro lado, um forte contributo para a superação da razão técnico-instrumental. Ora, a “transformação técnica do mundo”<sup>133</sup>, acompanhada da consciencialização da imprevisibilidade de alguns dos seus efeitos,

---

<sup>131</sup> GALIMBERTI, *Psiché e Techne*, apud PIERGALLINI, Carlo, *Danno da Prodotto...*, *op. cit.*, p. 14.

<sup>132</sup> Sobre a distinção entre o princípio da prevenção e o princípio da precaução, LOUREIRO, João, «Da sociedade técnica de massas à sociedade de risco...», *op. cit.*, p. 857 e ss.

<sup>133</sup> Cf. MOLINUEVO, José Luís, «Ortega e la possibilidade de un humanismo tecnológico», *Revista de Occidente 2000*, p. 12, apud VIDAL MARTÍNEZ, Jaime, «El principio de precaución, Biotecnología y Derechos inherentes a la persona», in: *Principio de Precaución, Biotecnología y Derecho...*, *op. cit.*, p. 35.

fez emergir uma nova forma de gestão do risco, assente nas ideias de prudência e cautela, conhecida como *princípio de precaução*. Este princípio corresponde assim à formalização de uma regra ética (com implicações jurídicas) que, não sendo nova e nutrindo-se na afirmação dos valores da universalidade, justiça e responsabilidade, se vê agora estruturada sob a forma de princípio normativo<sup>134</sup>. Trata-se de uma regra referente ao equilíbrio inter-geracional e à ideia de que a provisão das necessidades da geração presente não pode impedir a geração futura de satisfazer as suas<sup>135</sup>. Compreende-se deste modo que, historicamente, a formulação do princípio da precaução seja potenciada, por um lado, pelas reflexões em torno da “sociedade do risco” e, por outro, pela afirmação de uma “ética da responsabilidade”<sup>136</sup>.

Perante uma situação de incerteza científica do risco, de imensurabilidade do dano e de um eventualnexo causal entre um e outro, formulou-se um princípio que se concebe, em primeira linha, como orientação das entidades públicas na gestão de riscos. Neste sentido, quando existam elementos suficientemente sérios no sentido de uma substância, actividade, ou processo, poder provocar danos irreversíveis nos domínios do ambiente e da saúde humana, dita-se como regra que o estabelecimento das contramedidas necessárias não deve esperar o momento de prova absoluta<sup>137</sup>. Deste modo, o princípio da precaução é, antes de mais, um princípio relativo ao exercício do poder público de regulação em matéria ambiental e de saúde pública em situações em que o conhecimento colectivo sobre os riscos que importam determinadas condutas é cientificamente incerto<sup>138</sup>. É usual assinalar-se na literatura que “o princípio da precaução não é aplicável a toda a situação de risco, mas tão-só àquelas que apresentam duas características principais: em primeiro

---

<sup>134</sup> Sobre as dimensões normativas do princípio da precaução veja-se SCHOMBERG, René von, «The precautionary principle and its normative challenges», *in: Implementing the Precautionary Principle. Perspectives and Prospects* (org. Elizabeth Fisher, Judith Jones, René von Schomberg), Cheltenham: Edward Elgar, 2006, p. 19 e ss.

<sup>135</sup> Cf. *The Precautionary Principle*, United Nations Educational Scientific and Cultural Organization, COMEST, 2005, p. 18.

<sup>136</sup> Como refere ARAGÃO, Maria Alexandra, «Princípio da precaução: manual de instruções», *RevCedoma*, n.º 22 (2008), p. 9, “é habitual situar a primeiras referências à ideia de precaução, na década de 70, nos escritos de Hans Jonas”.

<sup>137</sup> Cf. CORTINA, Adela, «Fundamentos filosóficos del principio de precaución», *in: Principio de Precaución...*, *op. cit.*, p. 5.

<sup>138</sup> Cf. FISHER, Elizabeth, «Opening Pandora’s Box: Contextualising the precautionary principle in the European Union», University of Oxford Faculty of Law, p. 4, disponível em [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=956952](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=956952)

lugar, assentarem no pressuposto de um contexto de incerteza científica; e, em segundo lugar, corresponderem à possibilidade de danos graves e irreversíveis”<sup>139</sup>.

É justamente a irreversibilidade destes danos, designadamente de natureza ambiental, que está na origem da passagem de um modelo predominantemente de prevenção para um modelo de precaução. Esta evolução é particularmente evidente no direito do ambiente. Com efeito, as primeiras políticas de prevenção ambiental, quer a nível nacional quer a nível internacional, assentam numa ideia de auto-reparação ambiental (“modelo curativo”), isto é, na capacidade de o ambiente se reconstruir e responder aos perigos que enfrenta<sup>140</sup>. Todavia, a crescente industrialização bem como o aumento da população contribuíram, de forma progressiva, para que o ambiente perdesse alguma da capacidade de recuperar por si só, sendo necessário auxílio para a reparação dos danos infligidos pela actividade humana. Assim, “por razões de equidade e praticabilidade, os governos procuraram imputar os custos económicos de uma tal intervenção aos poluidores, exigindo-lhes que suportassem o custo da poluição. Todavia, cedo se tornou evidente que este *princípio do poluidor-pagador* era viável somente se acompanhado de uma política preventiva, destinada a limitar o dano àquilo que pudesse ser reparado ou compensado”<sup>141</sup>. Trata-se de um modelo de prevenção que marca um segundo estágio das políticas governamentais em matéria de protecção ambiental. É interessante notar que esta mudança de paradigma estatal – da não intervenção para a necessidade de prevenção dos danos ambientais – se relaciona com a superação de um conceito tradicional de perigo ligado a um Estado de polícia cuja principal função se prende com a garantia da segurança pública, bem como com a afirmação de um conceito de risco e da necessidade da sua prevenção por via legislativa<sup>142</sup>.

Ora, o modelo da prevenção liga-se a um risco proveniente de acções humanas, previsível, controlável e, por isso, evitável. Trata-se, socorrendo-nos da classificação de Lau, dos “riscos industriais”, conhecidos pela experiência e

---

<sup>139</sup> Cf. ROMEO CASABONA, Carlos Maria, *Conducta Peligrosa e Imprudência en la Sociedad del Riesgo*, Granada: Editorial Comares, 2005, p. 93-94.

<sup>140</sup> Cf. *The Precautionary Principle*, *op. cit.*, p. 7.

<sup>141</sup> Cf. *The Precautionary Principle*, *op. cit.*, p. 7.

<sup>142</sup> Sobre o conceito clássico de perigo e a sua relação com o conceito de risco veja-se LOUREIRO, João, «Da sociedade técnica de massas à sociedade de risco», *op. cit.*, p. 859.

explicáveis pelas regras da causalidade e, que neste sentido, podem ser integrados pelas regras jurídicas. Assim, o princípio da prevenção situa-se, de forma primária, no plano dos riscos da primeira modernidade e concretiza-se, no plano jurídico, por via da construção de normas destinadas à prevenção, eliminação ou diminuição dos previsíveis danos decorrentes de condutas arriscadas<sup>143</sup>.

A afirmação no plano epistémico e científico da incerteza causal, por um lado, e o desenvolvimento das teorias sociológicas do risco e das propostas filosóficas em torno de uma ética da responsabilidade, por outro, determinaram uma nova compreensão do conceito de risco, dotada de um alcance alargado e capaz de abranger os riscos imprevisíveis da segunda modernidade. É justamente a urgência de respostas na contenção destes “novos riscos” que está na origem de um novo modelo, assente, num primeiro momento, numa ideia de antecipação da protecção do ambiente, mas que depressa se estendeu à tutela da saúde e da vida humanas. Trata-se, justamente, do *modelo da precaução*, que não obstante a sua necessária origem numa decisão política, se reflecte necessariamente no plano jurídico e legislativo, uma vez que “a emergência do princípio da precaução assinalou uma mudança de um *post-damage control* (responsabilidade civil como instrumento de reparação) para o plano de um *pre-damage control* (medidas antecipatórias) dos riscos”<sup>144</sup>. Todavia, a forma como este princípio pode ser projectado na ordem jurídica implica uma “procedimentalização do direito” que se reflecte, de modo imediato, em duas etapas: no plano administrativo, conferindo especial relevo à “decisão” da administração que tem de adequar-se à complexidade e à incerteza e, como tal, socorrer-se dos esclarecimentos científicos disponíveis que possam suportar uma tal decisão; no plano legislativo, na emergência e na “explosão”<sup>145</sup> de cláusulas gerais e de conceitos indeterminados, afastados de uma estrutura normativa fechada e abertos à ponderação administrativa, necessária à concretização de uma ideia de precaução.

Numa síntese triangular que relaciona os três vértices distintos que temos vindo a pressupor nesta análise – o plano sociológico, o plano epistemológico e o

---

<sup>143</sup> Na feliz metáfora usada por LOUREIRO, João, «Da sociedade técnica de massas à sociedade de risco...», *op. cit.*, p. 865, o princípio da prevenção é “expressão de um avisado Dédalo – que advertira, sem sucesso, Ícaro para os perigos de voar demasiado alto”.

<sup>144</sup> *The Precautionary Principle, op. cit.*, p. 7.

<sup>145</sup> Cf. LOUREIRO, João, «Da sociedade técnica de massas à sociedade de risco...», *op. cit.*, p. 868.

plano jurídico – podemos de forma sintética concluir que as “perdas de certeza” e o “*deficit* de previsibilidade” que caracterizam a segunda modernidade ou modernidade reflexiva se projectam num novo direito também ele reflexivo, isto é, em regras jurídicas que carecem de uma renovada actualização em face do estado da técnica e do conhecimento científico, ou ainda, nas esclarecedoras palavras de João Loureiro, “no quadro de uma reflexividade do Direito, visto agora como um sistema de aprendizagem, um ‘direito de aprendiz’ (*lernendes Recht*) marcado pela revisibilidade, para responder, em geral, aos processos de complexificação social e, no caso da técnica, à necessidade de adaptação aos *standards* da técnica e do estado do conhecimento científico”<sup>146</sup>.

Não pode no entanto desconsiderar-se que na base deste triângulo está uma necessária decisão política que delimita o alcance deste princípio. Com efeito, o grau de protecção conseguido por esta via depende, em primeira linha, de uma decisão política e soberana do Estado sobre a intensidade com que protege os interesses ameaçados – ambiente, saúde, genética, etc. – em situações de incerteza científica. A definição do grau de protecção é essencialmente qualitativa, *v. g.*, no âmbito do direito comunitário, onde se estabelece como regra uma *elevada* protecção destes interesses, cabendo a cada Estado concretizar, através de uma escolha política, o concreto nível de protecção. Neste sentido, um grau de tutela mais ou menos elevado depende de uma escolha política e soberana a que corresponde, como reverso da medalha, um maior ou menor alcance do princípio da precaução no plano normativo e positivo<sup>147</sup>.

## **2. A consagração formal do princípio da precaução**

Na literatura é comum reportar-se a emergência do princípio da precaução à década de 70 do século XX<sup>148</sup>. Com frequência se refere que este princípio surge

---

<sup>146</sup> Cf. «Da sociedade técnica de massas à sociedade de risco...», *op. cit.*, p. 868.

<sup>147</sup> Sobre a decisão política que está na base do princípio da precaução veja-se SCHOMBERG, René von, «The precautionary principle and its normative challenges», *op. cit.*, p. 23 e ss.

<sup>148</sup> Muito embora a afirmação do princípio da precaução se situe historicamente nesta altura, o pensamento da precaução tem uma história bem mais longa. Como nos dá conta o estudo da COMEST sobre aquele princípio, cf. *The Precautionary Principle, op. cit.*, p. 7 e ss., já em 1854 o “Dr.

pela primeira vez, enquanto princípio de direito positivo, no ordenamento jurídico alemão, como *Vorsorgeprinzip*<sup>149</sup>, no âmbito do programa governamental alemão de protecção ambiental de 1971<sup>150</sup>. Foi progressivamente incorporado na legislação de outros países europeus como a França, a Dinamarca e a Suécia, não só em legislação relativa ao protecção do ambiente, mas também em matéria de segurança alimentar e de protecção da saúde pública<sup>151</sup>.

No plano do direito internacional, o princípio da precaução é amplamente reconhecido. São vários os documentos internacionais, sobretudo em matéria de protecção ambiental e da saúde humana, que a ele se referem, sem que, no entanto, se tenha seguido uma noção única daquele preceito. Não obstante a existência de referências prévias a este princípio no plano internacional<sup>152</sup>, a *Segunda Conferência Internacional sobre a Protecção do Mar do Norte* é apontada como um dos primeiros

---

John Snow teria recomendado a remoção de uma bomba de água de modo a pôr fim a uma epidemia de cólera. A prova do nexos causal entre a disseminação da cólera e o contacto com a bomba de água era fraca e não constituía ‘prova para além de dúvida razoável’. Contudo, aquela medida simples mostrou-se muito eficaz na contenção da difusão da doença”. Um outro exemplo, com efeitos desastrosos, é dado pelo uso industrial do amianto ou asbesto, onde a adopção de um pensamento de precaução poderia ter salvo muitas vidas. Com efeito, os relatos dos efeitos nocivos do amianto datam já de 1898, na Inglaterra, onde um inspector de uma fábrica dá conta dos efeitos prejudiciais à saúde derivados do pó de amianto. As notícias sobre estes efeitos foram-se reproduzindo pela Europa durante todo o século XX, mas só nos anos 90 o amianto seria definitivamente proibido na União Europeia. Este longo atraso da proibição decorre da ausência de uma prova científica clara sobre o nexos causal entre os danos na saúde, designadamente o cancro pulmonar, e a exposição ao amianto.

<sup>149</sup> Cf. CORTINA, Adela, «Fundamentos filosóficos del principio de precaución», *op. cit.*, p. 3; ANDORNO, Roberto, «Validez del principio de precaución como instrumento jurídico para la prevención y la gestión de riesgos», *in: Principio de Precaución, Biotecnología y Derecho, op. cit.*, p. 20; «Opening Pandora’s Box...», *op. cit.* p. 3; BOTINI, Pierpaolo Cruz, *Crimes de Perigo Abstracto e Principio da Precaução na Sociedade de Risco*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 65 e ss.; DIAS, Augusto Silva, *Ramos Emergentes do Direito Penal...*, *op. cit.*, p. 41.

<sup>150</sup> Cf. KLOEPFER, Michael, *Umweltrecht*, Beck: Munich, 1998, p. 166, *apud* ANDORNO, Roberto, «Validez del principio de precaución...», *op. cit.*, p. 20. Em sentido crítico, FISHER, Elizabeth, «Opening Pandora’s Box...», *op. cit.*, p. 3.

<sup>151</sup> Cf. ANDORNO, Roberto, «Validez del principio de precaución...», *op. cit.*, p. 20-21.

<sup>152</sup> A ideia de precaução é referida pela primeira vez, no plano internacional, na *Declaração final da conferência de Estocolmo sobre o meio ambiente humano* (1972). Também a *Convenção de Viena para a Protecção da Camada do Ozono*, assinada em 1985, se refere expressamente, nas suas conclusões, ao princípio da precaução, muito embora sem propor uma definição daquele princípio: “Although it contained no commitment to take any action to reduce CFC production or consumption, the Vienna Convention was nevertheless an important milestone: nations agreed in principle to tackle a global environmental problem before its effects were felt or its existence scientifically proven, probably the first example of the acceptance of the ‘precautionary principle’ in a major international negotiation”(disponível em <http://www.dipublico.com.ar/english/the-vienna-convention-for-the-protection-of-the-ozone-layer/>).



tratados internacionais que prevê explicitamente a sua concretização, segundo a qual “tendo em vista proteger o Mar do Norte dos efeitos das substâncias mais perigosas, é necessário uma atitude de precaução, a qual pode implicar acções de controlo dessas substâncias, ainda que não se tenha estabelecido umnexo causal, com base em provas científicas indubitáveis”<sup>153</sup>. Todavia, trata-se de um tratado limitado geograficamente a um determinado número de países.

A *Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento*, que teve lugar em 1992 no Rio de Janeiro, conferia ao princípio da precaução um carácter universal e, simultaneamente concretizava um pouco mais o âmbito e os pressupostos daquele princípio. A *Declaração do Rio*, como ficou conhecida, estabelecia que “com o fim de proteger o meio ambiente, os Estados deveriam aplicar amplamente o critério da precaução conforme as suas capacidades. Quando haja perigo de dano grave ou irreversível, a falta da certeza científica absoluta não deverá utilizar-se como argumento para postergar a adopção de medidas eficazes, em função dos custos, para impedir a degradação do meio ambiente”<sup>154</sup>.

---

<sup>153</sup> A declaração de Londres relativa a esta Conferência dispõe, na sua versão original, o seguinte: “in order to protect the North Sea from possibly damaging effects of the most dangerous substances, a precautionary approach is necessary which may require action to control inputs of such substances even before a causal link has been established by absolutely clear scientific evidence”. Este princípio seria reiterado em 1990, na Terceira Conferência Internacional sobre a protecção do Mar do Norte da seguinte forma: “The participants (...) will continue to apply the precautionary principle, that is to take action to avoid potentially damaging impacts of substances that are persistent, toxic and liable to bioaccumulate even where there is no scientific evidence to prove a causal link between emissions and effects”.

<sup>154</sup> Trata-se do princípio 15 que, na versão em língua inglesa, tem o seguinte conteúdo: “In order to protect the environment, the precautionary approach shall be widely applied by States according to their capabilities. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation”. Também no Rio de Janeiro, pela mesma altura, foram assinadas, com carácter vinculante, duas outras convenções que integraram, entre as suas normas, o princípio da precaução: A *Convenção sobre a Diversidade Biológica* e a *Convenção sobre a Mudança Climática*. A primeira, não se referindo de forma expressa ao princípio da precaução, dispõe, no preâmbulo, que “where there is a threat of significant reduction or loss of biological diversity, lack of full scientific certainty should not be used as a reason for postponing measures to avoid or minimize such a threat”. A segunda compreende de forma expressa o princípio da precaução, no número 3 do artigo 3.º, norma referente aos princípios que regem este tratado internacional, consagrando entre esses princípios o princípio da precaução: “The Parties should take precautionary measures to anticipate, prevent or minimize the causes of climate change and mitigate its adverse effects. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty should not be used as a reason for postponing such measures, taking into account that policies and measures to deal with climate change should be cost-effective so as to ensure global benefits at the lowest possible cost. To achieve this, such policies and measures should take into account different socio-economic

No plano do direito europeu, em 1992, o Tratado de Maastricht incluiu expressamente no seu artigo 130.º-R o princípio da precaução entre os princípios que devem reger a política comunitária de protecção do ambiente: “a política da Comunidade no domínio do ambiente tem por objectivo atingir um nível de protecção elevado, tendo em conta a diversidade das situações existentes nas diferentes regiões da Comunidade. Baseia-se nos princípios da precaução e da acção preventiva, no princípio da correcção, prioritariamente na fonte, dos danos causados ao ambiente e no princípio do poluidor-pagador”. O mesmo texto foi reiterado em 1997, pelo Tratado de Amesterdão, no seu artigo 174.º. e corresponde actualmente ao artigo 191.º, n.º 2, do Tratado sobre o Funcionamento da União<sup>155</sup>.

Ainda no âmbito do direito europeu, a maioria dos estudos sobre o princípio da precaução destacam, pela sua importância, a *Comunicação da Comissão Europeia, de 2 de Fevereiro de 2000*, que teve por fim realizar uma espécie de interpretação autêntica daquele princípio<sup>156</sup>. Como se esclarece no próprio documento, o objectivo da comunicação traduz-se em estabelecer as condições de uma aplicação razoável do princípio da precaução, perante as dificuldades de delimitação que coloca, de forma a evitar que possa servir de cobertura à adopção de medidas proteccionistas pelos Estados membros<sup>157</sup>.

Por fim, ainda no plano do direito europeu, não pode deixar de se referir que o Conselho da Europa, reunido em Nice, em Dezembro de 2000, aprovou, como

---

contexts, be comprehensive, cover all relevant sources, sinks and reservoirs of greenhouse gases and adaptation, and comprise all economic sectors. Efforts to address climate change may be carried out cooperatively by interested Parties.” No plano do direito internacional deve ainda referir-se a Convenção de Paris para a Protecção do meio-ambiente marinho no Nordeste do Atlântico, de 22 de Setembro de 1992, nos termos da qual o princípio da precaução é definido como o princípio “by virtue of which preventive measures are to be taken when there are reasonable grounds for concern that substances or energy introduced, directly or indirectly, into the marine environment may bring about hazards to human health, harm living resources and marine ecosystems, damage amenities or interfere with other legitimate uses of the sea, even when there is no conclusive evidence of a causal relationship between the inputs and the effects.”

<sup>155</sup> Sobre os textos de direito comunitário que se referem ao princípio da precaução *vide* OANTA, Gabriela Alexandra, *La Política de Seguridad Alimentaria en la Unión Europea*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 320 e ss.

<sup>156</sup> Disponível em [http://ec.europa.eu/dgs/health\\_consumer/library/pub/pub07\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/dgs/health_consumer/library/pub/pub07_en.pdf)

<sup>157</sup> Na verdade esta Comunicação teve a sua origem nas divergências entre a União Europeia e a Organização Mundial do Comércio, a propósito das restrições à entrada no espaço europeu de carne de bovino com hormonas, cf. ARAGÃO, Maria Alexandra, «Dimensões Europeias do Princípio da Precaução», *op. cit.*, p. 252. Sobre o significado e importância da *Comunicação sobre o Princípio da Precaução* veja-se também FISHER, Elizabeth, «Opening Pandora’s Box...», *op. cit.*, p. 20.

anexo do Tratado de Nice, uma *Resolução sobre o princípio da precaução* que subscreve as condições de aplicação estabelecidas pela Comissão Europeia e reafirma que aquele princípio se sedimenta progressivamente como princípio de direito internacional nos domínios da protecção da saúde e do ambiente<sup>158</sup>.

No âmbito da jurisprudência dos tribunais europeus, tem sido concedida uma relevante importância ao princípio da precaução. Alberto Alemanno considera que a manifestação daquele princípio e a sua aplicação pelos tribunais é mesmo anterior à sua inclusão, em 1992, no Tratado de Maastricht<sup>159</sup>. Neste sentido, quer a jurisprudência do Tribunal de Justiça, quer as decisões do Tribunal de Primeira Instância contribuíram para concretização do conteúdo do princípio da precaução. Segundo aquele autor, os tribunais europeus tiveram de lidar com algumas questões relacionadas com o princípio da precaução muito antes da sua consagração nos tratados europeus. Com efeito, nos anos 80 do século XX, vários Estados-membros invocavam razões de saúde pública, em situações de incerteza científica, de forma a proibir a inclusão de determinadas substâncias em bens alimentares e, conseqüentemente, por forma a impedir a importação daquelas substâncias para os seus territórios – o que representava um conflito com o princípio da liberdade de circulação de bens no espaço comunitário<sup>160</sup>. A decisão proferida pelo tribunal no caso *Kaasfabriek Eysen*<sup>161</sup> constitui disso um exemplo ao pronunciar-se acerca da

---

<sup>158</sup> Cf. número 3 daquela Resolução, disponível em [http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms\\_Data/docs/pressData/pt/ec/00400-r1.%20ann.p0.htm](http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/pt/ec/00400-r1.%20ann.p0.htm)

<sup>159</sup> Cf. ALEMANNO, Alberto, «The shaping of the precautionary principle by european courts. From scientific uncertainty to legal certainty», *The Jean Monnet Working Papers 18 (2008)*, p. 1-2 (disponível em [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1325770](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1325770)).

<sup>160</sup> Cf. ALEMANNO, Alberto, «The shaping of the precautionary principle by european courts...», *op. cit.*, p. 2.

<sup>161</sup> Trata-se da Decisão 53/80, disponível em <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61980J0053:EN:HTML>, cujo sumário se transcreve: “the provisions of the EEC treaty regarding the free movement of goods do not, at the present stage of community rules on preservatives in foodstuffs intended for human consumption, preclude national measures by a member state which on the protection of health and in accordance with article 36 of the treaty, prohibit the addition of nisin to processed cheese sold on the domestic market other than processed cheese intended for export to other member states. In view of the uncertainties prevailing in the various member states regarding the maximum level of nisin which must be prescribed in respect of each preserved product intended to satisfy the various dietary habits, it does not appear that such a prohibition, although restricted only to products intended for sale on the domestic market of the state concerned, constitutes a means of arbitrary discrimination or a disguised restriction on trade between member states within the meaning of article 36 cited above”. Uma breve descrição factual deste caso pode encontrar-se em ALEMANNO, Alberto, «The shaping

proibição holandesa do uso de um antibiótico como conservante no fabrico de queijo, motivada pela protecção da saúde. O tribunal considerou que, dada a situação de incerteza científica quanto aos riscos daquela substância, deveria conceder-se aos Estados-membros uma margem de manobra quanto à sua proibição no plano interno por razões de saúde pública, sem que se considere violado o princípio da livre circulação de bens. Esta decisão fundamentou-se no artigo 36.º do Tratado da União.

Após a inclusão do princípio da precaução, em 1992, no artigo 174.º do Tratado de Maastricht, foram várias as decisões do Tribunal de Justiça que se referem àquele princípio. Entre aquelas que mereceram uma maior visibilidade na literatura sobre aquele princípio, contam-se as decisões relativas à política de precaução, seguida pela Comissão Europeia, em particular por via da Decisão 96/239/EC, de 27 de Março de 1996, relativa às medidas de emergência e de controlo da encefalopatia espongiforme bovina (BSE)<sup>162</sup>. No contexto da crise das “valas loucas” e da possível ligação da BSE com a variante da doença de Creutzfeldt-Jakob, o tribunal entendeu como razoável, logo naquele ano, a proibição de comercialização de carne bovina proveniente do Reino Unido<sup>163</sup>. De salientar também que, no Acórdão de 5 de Maio de 1998 relativo ao mesmo caso<sup>164</sup>, o

---

of the precautionary principle by european courts...», *op. cit.*, p. 2. Este autor refere ainda um outro caso julgado pelo Tribunal de Justiça, relativo à incerteza dos efeitos de certas vitaminas na saúde das pessoas. Trata-se de mais um caso passado na Holanda, de natureza criminal no âmbito do direito interno. Em causa estava saber se as vitaminas preparadas pelo Sr. Van Bennekom podiam ser consideradas, à luz da legislação nacional, como produto medicinal, não tendo sido observados os necessários requisitos de segurança exigidos para a comercialização daquele produto. O Estado proíbe a sua comercialização e o Sr. Van Bennekom, considerando que não se tratava de um produto medicinal, queixa-se ao tribunal europeu pela limitação imposta à comercialização do seu produto. O tribunal, retomando a argumentação que já havia sido exposta num caso anterior (caso Sandoz), considerou o seguinte: “in a consistent line of decision the court has stated that, in so far as uncertainties persist in the present state of scientific research, it is for the member states, in the absence of harmonization, to decide what degree of protection of health and life of humans they intend to ensure, having regard however to the requirements of the free movement of goods within the community”. Trata-se do caso 227/82, de 30 de Novembro de 1983, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61982CJ0227:EN:HTML>

<sup>162</sup> Cf. ANDORNO, Roberto, «Validez del principio de precaución como instrumento jurídico»... *op. cit.*, p. 23; ALEMANNI, Alberto, «The shaping of the precautionary principle by european courts...», *op. cit.*, p. 4.

<sup>163</sup> Trata-se do despacho sumário relativo ao Processo C-180/96, disponível em língua portuguesa em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61996O0180:PT:HTML>

<sup>164</sup> Disponível em língua portuguesa em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61996J0180:PT:HTML>

tribunal alarga expressamente o princípio da precaução ao âmbito da saúde pública, não obstante a sua previsão no então artigo 130.º do tratado referente aos princípios relativos à protecção ambiental<sup>165</sup>. A importância desta decisão advém assim, de forma imediata, da extensão daquele princípio a interesses situados para além da protecção ambiental, tornando-se um princípio igualmente válido e aplicável em matéria de segurança alimentar e de saúde pública<sup>166</sup>. Adicionalmente, a decisão, sem que o reconheça expressamente, avança ainda com uma enunciação do princípio da precaução e da sua função normativa: entende o tribunal que “quando subsistam incertezas quanto à existência ou alcance de riscos para a saúde das pessoas, as instituições podem adoptar medidas de protecção sem terem de esperar que a realidade e gravidade de tais riscos sejam plenamente demonstradas”<sup>167</sup>.

O princípio da precaução torna-se, progressivamente, um dos princípios suscitados junto dos tribunais europeus em matéria ambiental e de protecção da saúde pública<sup>168</sup>. Destaca-se, em particular, o Acórdão de 21 de Março de 2000, onde o princípio foi invocado por uma entidade particular contra as instituições comunitárias<sup>169</sup>. Com efeito, o tribunal europeu, num caso interposto pela Greenpeace francesa, é chamado a pronunciar-se sobre a observância do princípio da precaução no quadro da Directiva 90/220/EEC relativa à libertação no ambiente de organismos geneticamente modificados.

Deste modo, a jurisprudência dos tribunais europeus, em conjunto com a comunicação da Comissão sobre o princípio da precaução, permitiram conceder

---

<sup>165</sup> Cf. Processo C-180/96, parágrafo 100: “esta análise é corroborada pelo artigo 130. R, n.º 1, do Tratado CE, segundo o qual a protecção da saúde das pessoas é um dos objectivos da política da Comunidade no domínio do ambiente. O n.º 2 do mesmo artigo determina que essa política, visando um nível de protecção elevado, se baseará designadamente nos princípios da precaução e da acção preventiva e que as exigências em matéria de protecção do ambiente devem ser integradas na definição e aplicação das demais políticas comunitárias”.

<sup>166</sup> Neste sentido, ANDORNO, Roberto, «Validez del principio de precaución como instrumento jurídico», *op. cit.*, p. 24; ALEMANNI, Alberto, «The shaping of the precaution principle...», *op. cit.*, p. 6.

<sup>167</sup> Cf. Processo C-180/96, parágrafo 99.

<sup>168</sup> Como sublinha ALEMANNI, Alberto, «The shaping of the precaution principle...», *op. cit.*, p. 6, os “julgamentos BSE não referem expressamente o princípio da precaução, muito embora lhe tivessem dado forma e sustento material”. O autor indica de seguida os casos julgados pelos tribunais europeus com referência expressa àquele princípio.

<sup>169</sup> Trata-se do processo C-6/99, interposto pela *Greenpeace France*, cujo acórdão está disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61999J0006:PT:HTML>

àquele princípio um conteúdo normativo estabilizado, sendo unânime na literatura actual que aquele princípio “adquiriu no direito comunitário europeu um valor de verdadeira regra do direito de aplicação directa”<sup>170</sup>. O princípio da precaução constitui hoje um princípio fundamental de direito europeu que há muito extravasou o domínio ambiental, sendo hoje extensivo a matérias tão variadas como a segurança do consumidor<sup>171</sup> ou a nanotecnologia<sup>172</sup>.

Coloca-se então a questão de saber qual a força jurídica no plano do ordenamento interno de um princípio plenamente reconhecido no âmbito do direito comunitário. A este propósito, entre nós, Alexandra Aragão considera que “independentemente da consagração do princípio no ordenamento jurídico interno por iniciativa autónoma do legislador, ou da recepção do princípio por mero dever de cumprimento da obrigação de transposição de directivas europeias, ele vigora e é directamente aplicável na ordem jurídica interna como princípio geral de Direito Europeu”<sup>173</sup>.

---

<sup>170</sup> Cf. KOURILSKY, Philippe/ VINEY, Geneviève, *Le Principe de Précaution*, Rapport au Premier Ministre, Paris, 2000, p. 132, *apud* ANDORNO, Roberto, «Validez del principio de precaución como instrumento jurídico», *op. cit.*, p. 25; também ARAGÃO, Maria Alexandra, «Dimensões europeias do princípio da precaução», *op. cit.*, p. 253. Com efeito, o princípio da precaução é hoje presença constante nas decisões do Tribunal de Justiça. Apenas uma nota para a recente condenação de Portugal por este tribunal justamente por não cumprir as “obrigações que os estados membros devem satisfazer para dar cumprimento aos princípios da precaução e da acção preventiva” em matéria de gestão e tratamento de resíduos nocivos à saúde humana. O tribunal considerou que o Estado português não adoptou as medidas necessárias na gestão dos resíduos ao depositar substâncias perigosas em pedreiras desactivadas situadas na freguesia de Lourosa. Com isso violou disposições do direito comunitário relativas ao tratamento de resíduos e à protecção das águas subterrâneas Trata-se do acórdão de 10 de Junho de 2010, proferido no âmbito do processo C-37/09 e disponível em <http://curia.europa.eu>.

<sup>171</sup> Cf. A Directiva 2001/95/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de Dezembro de 2001, que reforça as disposições anteriores relativas à segurança dos produtos (previstas na Directiva 92/59/CEE do Conselho de 29 de Julho de 1992, transposta para a ordem jurídica portuguesa pelo Decreto-Lei n.º 311/95), à luz do princípio da precaução, como expressamente se refere na parte introdutória. Esta Directiva foi transposta para a ordem jurídica portuguesa pelo Decreto-Lei n.º 69/2005, de 17 de Março, relativo à segurança geral dos produtos. Todavia, este diploma não faz qualquer referência directa àquele princípio.

<sup>172</sup> Referindo-se à ampla consagração do princípio da precaução no direito europeu, ARAGÃO, Maria Alexandra, «Dimensões europeias do princípio da precaução», *op. cit.*, p. 253, dá-nos conta que este princípio se encontra “expressamente citado, enquanto princípio, em 76 actos jurídicos de Direito Europeu. Outros 255 actos, cobrindo temas tão variados como a segurança dos produtos, os organismos geneticamente modificados, as nanotecnologias, avaliação ambiental de planos e programas, etc., mencionam, se não o princípio, pelo menos *estratégias* precaucionais”.

<sup>173</sup> Cf. «Dimensões europeias do princípio da precaução», *op. cit.*, p. 255.

Todavia, se bem que este princípio tenha indiscutivelmente ganho o beneplácito do direito e da jurisprudência europeus, está longe de merecer tal distinção pelo direito interno português. A expressão deste princípio é reduzida à referência em diplomas que transpõem directivas europeias e a escassas menções em diplomas autónomos, como por exemplo, o artigo 7.º do Regime de prevenção e controlo integrados da poluição proveniente de certas actividades potencialmente poluidoras, estabelecido no Decreto-Lei n.º 173/2008, de 26 de Agosto<sup>174</sup>, a Lei de Bases da Protecção Civil, prevista na Lei n.º 27/2006, de 3 de Julho, que na alínea c) do artigo 5.º estabelece uma definição daquele princípio<sup>175</sup>, ou ainda a Lei da Água, nos princípios definidos no artigo 3.º da Lei n.º 58/2005, de 29 de Dezembro<sup>176</sup>.

Da análise realizada conclui-se que o princípio da precaução constitui hoje um princípio de direito internacional<sup>177</sup> e de direito europeu, que tem vindo a ser adoptado pela legislação dos estados nacionais. Na verdade, nas últimas duas décadas, impôs-se como uma das respostas às interrogações lançadas no plano sociológico e epistemológico sobre a viabilidade da “sociedade do risco”. Este princípio ergueu-se assim como uma das formas de lidar com a imprevisibilidade e irreversibilidade dos novos riscos e foi ganhando progressivamente, não obstante as dificuldades na delimitação dos seus contornos e pressupostos, validade jurídica. Com aplicação primária no domínio da protecção do ambiente, o princípio

---

<sup>174</sup> Este Decreto-Lei procura concretizar, no seu anexo III e para os efeitos pretendidos, critérios de equilíbrio entre os custos e os benefícios que podem resultar de uma acção e os princípios de precaução e de prevenção previstos no artigo 7.º.

<sup>175</sup> Segundo este artigo, constitui um princípio especial aplicável às actividades de protecção civil “o princípio da precaução, de acordo com o qual devem ser adoptadas as medidas de diminuição do risco de acidente grave ou catástrofe inerente a cada actividade, associando a presunção de imputação de eventuais danos à mera violação daquele dever de cuidado”.

<sup>176</sup> De acordo com a alínea e) do n.º 1 do artigo 3.º, a gestão da água deve observar o princípio da precaução, “nos termos do qual as medidas destinadas a evitar o impacte negativo de uma acção sobre o ambiente devem ser adotadas, mesmo na ausência de certeza científica da existência de uma relação causa-efeito entre eles”.

<sup>177</sup> Não obstante as reservas que são dirigidas por alguns países com considerável importância no espaço internacional, documentadas historicamente no caso da carne bovina de animais tratados com hormonas, interposto na Organização Mundial de Comércio, o qual opôs Estados Unidos e Canadá, de um lado, e a União Europeia de outro. Com efeito, a União Europeia proibiu, com base no princípio da precaução, a entrada daquela carne no espaço europeu devido à incerteza quanto aos riscos para a saúde derivados do seu consumo. Da perspectiva da argumentação da União Europeia, este princípio constituía já uma regra de direito internacional consuetudinário. Por sua vez, no entendimento dos Estados Unidos, aquele princípio constituía apenas uma orientação sem a validade de um princípio de direito internacional, cf. «ANDORNO, Roberto, «Validez del principio de precaución...», *op. cit.*, p. 25.

estender-se-ia a outros domínios férteis na incerteza científica como é o caso da saúde pública e da segurança dos consumidores.

Todavia, ao contrário do que aparentemente possa transparecer, o princípio da precaução não constitui um entrave ao desenvolvimento tecnológico e ao progresso científico. “Antes pelo contrário, o que se pretende com o princípio da precaução é incentivar propostas de modos alternativos de desenvolvimento, que sejam compatíveis com a qualidade de vida da geração presente e das gerações futuras”<sup>178</sup>. Foi justamente esta motivação que o transformou numa das traves em que assenta a política da União Europeia e dos Estados nacionais no sentido da prossecução de um “desenvolvimento sustentado”. Por sua vez, a aplicação do princípio não tem de traduzir-se na imposição de um “não fazer”, mas pode antes implicar a adopção de medidas positivas como a promoção de estudos científicos destinados a concretizar tanto quanto possível o grau de risco, a imposição de uma advertência ao consumidor, ou a imposição do dever de vigilância do produto no mercado.

O receio de que este princípio pudesse ser usado como instrumento de entrave ao progresso científico ou, numa visão mais politizada, como meio de cobertura de actos estaduais proteccionistas, favoreceu a concretização das suas condições e pressupostos de aplicação por parte da literatura e da jurisprudência europeias. Essas condições podem sintetizar-se, nos seus elementos principais, da seguinte forma<sup>179</sup>:

a) a sua aplicação só pode dar-se no contexto de incerteza científica, sustentada numa avaliação científica séria sobre o grau de risco, efectuada antes da tomada de uma qualquer decisão;

---

<sup>178</sup> «ANDORNO, Roberto, «Validez del principio de precaución...», *op. cit.*, p. 26.

<sup>179</sup> Expõe-se uma súmula que procura reunir as condições de aplicação do princípio da precaução que tendem a obter a concordância da maioria dos autores. Um estudo mais desenvolvido destas condições pode encontrar-se em *The Precautionary Principle*, COMEST, *op. cit.*, p. 31, ANDORNO, Roberto, «Validez del principio de precaución...», *op. cit.*, p. 26 e ss; CARLUCCI, Aída Kemelmajer, «Responsabilidad civil, principio de precaución y transgénicos», *in: Principio de Precaución, Biotecnología y Derecho*, *op. cit.*, p. 330 e ss.; SCHOMBERG, René von, «The precautionary principle and its normative challenges», *op. cit.*, p. 22 e ss.; ARAGÃO, Maria Alexandra, «O princípio da precaução: manual de instruções», *op. cit.*, p. 20 e ss.



b) os riscos que suportam a sua aplicação devem ser plausíveis, graves e potencialmente irreversíveis. A plausibilidade não se confunde com a previsibilidade ao abrigo da qual devem ser tomadas medidas de natureza preventiva<sup>180</sup>;

c) os organismos públicos responsáveis pelo processo de decisão devem suscitar a intervenção de terceiros, designadamente de entidades com capacidade científica de esclarecimento dos aspectos técnicos, bem como a participação da comunidade e organismos empresariais afectados pelas medidas de cautela, prosseguindo assim um fim de transparência daquelas decisões. O responsável pela introdução da actividade ou pela produção do bem perigoso deve assumir um papel activo, fornecendo estudos ou elementos que auxiliem a concretização do grau de risco em causa<sup>181</sup>;

d) as medidas tomadas com base no princípio da precaução têm carácter provisório e estão sujeitas à revisibilidade imposta pelo avanço do conhecimento científico;

e) a adopção de medidas de precaução deve obedecer ao princípio da proporcionalidade;

f) a aplicação do princípio deve atender ao contexto cultural a que se destina.

De forma complementar, acrescente-se que a discussão e as dúvidas em torno do princípio da precaução não se encontram sanadas. Desde logo, permanece aberta a questão da sua natureza jurídica, isto é, se ele deve assumir a forma de um princípio jurídico que funcione meramente como critério orientador de um processo de decisão, cujo efeito concreto se determinará caso a caso, ou se deve ser regulamentado e concretizado em autênticas regras jurídicas<sup>182</sup>.

---

<sup>180</sup> Sobre esta distinção, *The Precautionary Principle*, COMEST, *op. cit.*, p. 15.

<sup>181</sup> Alguns autores falam a este propósito em “inversão do ónus da prova”. Todavia, não nos parece que num contexto de incerteza científica se possa exigir ao responsável pela criação do risco uma prova científica de que não existe risco, na medida em que seria uma prova impossível. Antes se deve exigir uma contribuição activa no esforço de determinação do grau, intensidade, magnitude e seriedade do perigo. Sobre esta questão, ANDORNO, Roberto, «Validez del principio de precaución...», *op. cit.*, p. 32.

<sup>182</sup> Sobre esta questão, desenvolvidamente, FISHER, Elizabeth, «Opening Pandora’s Box...», *op. cit.*, p. 27 e ss. Também, ANDORNO, Roberto, «Validez del principio de precaución...», *op. cit.*, p. 27.

De quanto se expôs é fácil concluir que o princípio da precaução é em primeiro lugar um princípio de direito público<sup>183</sup> que integra a “constituição mundial” e a “constituição comunitária”<sup>184</sup>. Um pouco mais controvertida é a questão de saber se, não obstante a sua vigência no ordenamento jurídico português, se trata também de um princípio constitucional. Pronunciando-se directamente sobre esta questão, João Loureiro considera que os princípios da prevenção e precaução têm o estatuto jurídico de princípios constitucionais muito embora o texto constitucional não os refira expressamente. Uma leitura do texto constitucional e em particular das disposições que se referem à Constituição da Saúde e da Constituição Ambiental revela, da sua perspectiva, que a ideia de prevenção em sentido lato é uma exigência constitucional<sup>185</sup>. Trata-se assim de um princípio que integra o “bloco da constitucionalidade”<sup>186</sup> com uma projecção necessária no exercício das políticas públicas de gestão e controlo dos novos riscos, sobretudo em matéria ambiental, de saúde pública e de protecção dos consumidores.

As considerações anteriores permitiram apresentar o princípio da precaução nos seus elementos essenciais: o seu fundamento numa ética de responsabilidade, a sua consagração como princípio jurídico, a concretização dos seus elementos na doutrina e na jurisprudência e a determinação dos seus pressupostos e condições de aplicação. Segue-se, no projecto de investigação que propomos, analisar se o princípio da precaução tem qualquer tipo de projecção no âmbito do ordenamento jurídico-penal.

---

<sup>183</sup> FISHER, Elizabeth, «Opening Pandora's Box...», *op. cit.*, p. 6.

<sup>184</sup> Neste sentido, LOUREIRO, João, «Da sociedade técnica de massas à sociedade de risco», *op. cit.*, p. 874 e ss; FISHER, Elizabeth, «Opening Pandora's Box...», *op. cit.*, p. 6 e ss; ARAGÃO, Maria Alexandra, «Dimensões Europeias do princípio de precaução», *op. cit.*, p. 254.

<sup>185</sup> Cf. «Da sociedade técnica de massas à sociedade de risco...», *op. cit.*, p. 869 e ss.

<sup>186</sup> Segundo LOUREIRO, João, «Da sociedade técnica de massas à sociedade de risco», *op. cit.*, p. 870, nota 389, esta expressão é uma criação francesa, transposta para outros ordenamentos jurídicos como Espanha e Portugal.

### 3. Princípio da precaução e direito penal

O princípio da precaução, enraizado numa ideia de responsabilidade ética, foi uma das respostas dadas às interrogações suscitadas pela incerteza e perigosidade que envolvem a sociedade do risco. Por seu intermédio, concretiza-se, de forma imediata, uma responsabilidade (social) atribuída às autoridades públicas no sentido de, verificados os pressupostos de aplicação daquele princípio, adoptarem as medidas cautelares necessárias. A precaução constitui-se assim em princípio jurídico assente numa ideia de responsabilidade ética e social<sup>187</sup>. Mas pode um tal princípio servir de fundamento a uma responsabilidade jurídica e em particular uma responsabilidade criminal<sup>188</sup>?

À primeira vista, o estabelecimento de uma relação entre o direito penal e o princípio da precaução parece contraditória, uma vez que este princípio se centra na adopção de medidas cautelares que evitem a ocorrência de danos graves e eventualmente irreversíveis na comunidade, enquanto, por sua vez, a intervenção penal só se dá depois de o dano ter ocorrido, estando, na sua origem, marcada pela tragédia de chegar demasiado tarde.

Todavia, o direito penal não ficou imune às inquietas reflexões lançadas pelo actual contexto de incerteza científica e, desde há alguns anos, a literatura tem vindo

---

<sup>187</sup> Cruzam-se neste princípio diversas manifestações da ideia de responsabilidade: uma responsabilidade ética, uma responsabilidade social e uma responsabilidade jurídica. Por sua vez, esta última compreende um amplo espectro de concretizações situadas aquém da responsabilidade penal, como a responsabilidade administrativa ou a responsabilidade civil.

<sup>188</sup> A interrogação que ora se formula enquadra-se numa outra questão de carácter mais amplo, traduzida nas implicações da sociedade do risco no direito penal e, em última instância, na eventual mudança de paradigma de um direito penal liberal e antropocêntrico para um direito penal do risco global. Esta é uma discussão já há muito iniciada na doutrina e cujo estudo extravasa o propósito desta investigação. Todavia, como tivemos oportunidade de sustentar em outro contexto problemático, é nossa convicção que o direito penal não pode escusar-se aos desafios que lhe são lançados pela mudança social e pelo desenvolvimento tecnológico. Todavia, na sua resposta não poderá esquecer-se da sua natureza essencialmente repressiva nem prescindir do património garantístico conquistado e centrado na afirmação dos direitos humanos. Assim, da nossa perspectiva, a solução passa não por uma mudança de paradigma, mas por repensar as “velhas” categorias e princípios à luz dos novos problemas. É justamente neste contexto, tendo presente os limites que devem exigir-se à intervenção penal, que se procurará reflectir em que medida um princípio com claro fundamento ético como o princípio da precaução pode contribuir para uma resposta de natureza criminal aos desafios lançados pelos “novos riscos”, cf. SOUSA, Susana Aires de *Os Crimes Fiscais: Análise Dogmática e Reflexão sobre a Legitimidade do Discurso Criminalizador*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, *op. cit.*, p. 288 e ss. e 314 e ss. e também o nosso «Sociedade do risco: *requiem* pelo bem jurídico?», *RBCC 86 (2010)*, p. 245.

a indagar da função específica que corresponderia ao direito penal no contexto da chamada sociedade do risco<sup>189</sup>. O direito penal vê-se assim confrontado pelo conflito entre a necessidade e benefícios decorrentes do desenvolvimento tecnológico e a possibilidade e a plausibilidade de novos riscos dos quais pode derivar um resultado massificado de perigo ou lesão para bens jurídicos penalmente protegidos.

Ao direito penal compete, no quadro da ordem jurídica, cumprir uma função de segurança e de protecção de bens jurídicos reconhecidos como valiosos pela comunidade. Entre as formas de protecção desses bens jurídicos prevêem-se também medidas preventivas, de que constituem exemplo máximo os crimes de perigo. Conforme tem vindo a ser destacado por diversa literatura, as fragilidades na protecção dos interesses ameaçados pela segunda modernidade mereceram ressonância jurídica, muito concretamente no âmbito do direito penal, a dois níveis: por um lado, seguiram-se estudos sobre a necessidade de repensar o modelo clássico e as categorias tradicionais que integram a teoria da infracção criminal; por outro, iniciou-se a discussão, no plano da política criminal, sobre o reforço e extensão da sanção criminal. Com efeito, a consciencialização dos novos riscos e das suas dimensões determinou a “subjectivização” da insegurança ou, nas clarificadoras palavras de Blanca Mendoza Buergo, “uma elevada sensibilidade ao risco” que, acompanhada de uma sensação de insegurança, “conduzem uma progressiva orientação jurídico-penal ao mero risco e à procura da sua minimização através do direito penal, já que é a ele que se dirigem de maneira prioritária e às vezes quase exclusiva as necessidades especificamente normativas de segurança”<sup>190</sup>.

Todavia, a maioria dos autores tende a concordar que é de afastar um direito penal que assegure, em primeiro lugar, as inquietações trazidas pela sociedade do risco, sob pena de dele se exigir mais do que pode dar, transformando-o em direito

---

<sup>189</sup> Entre nós, por todos, DIAS, Jorge de Figueiredo, «O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”», *op. cit.*, p. 591; DIAS, Augusto Silva, *Ramos Emergentes do Direito Penal*, *op. cit.*, p. 41 e ss.

<sup>190</sup> Cf. «Principio de precaución, derecho penal del riesgo y delitos de peligro», *in: Principio de Precaución, Biotecnología y Derecho*, *op. cit.*, p. 443.

securitário e controlador, vinculado ao reforço de medidas administrativas<sup>191</sup>. Porém, também se acrescenta que o direito penal não pode fechar-se às circunstâncias do seu tempo. A resolução de um tal conflito só pode resolver-se por via do diálogo entre as categorias e princípios que lhe são próprios e as dificuldades de um novo mundo, se necessário repensando aquelas categorias à luz dos novos problemas.

Impõem-se assim duas considerações: num contexto de conflito de interesses e direitos como aquele que opõe a segurança às vantagens económicas, sociais e científicas decorrentes do progresso tecnológico, não pode privilegiar-se de modo absoluto a segurança sob pena de uma completa petrificação do desenvolvimento; por outro lado, a tutela da segurança há-de ser fragmentária no cumprimento de princípios basilares do direito penal. Da nossa perspectiva, um direito penal aberto às circunstâncias do seu tempo procura a resolução daquele conflito numa relação de diálogo entre as categorias e princípios que lhe são próprios e as dificuldades que lhe são trazidas pelas modificações sociais.

Ora, é justamente a concretização deste equilíbrio que se procurará de seguida, tomando como objecto de reflexão as implicações do princípio da precaução, enquanto instrumento de actuação sobre os novos riscos, na normatividade jurídico-penal.

A relação entre o princípio da precaução e o direito penal dá-se, assim, em dois planos distintos. Em primeiro lugar, uma vez que aquele princípio se concretiza numa série de medidas cautelares, coloca-se a questão de saber se é legítimo e justificado o recurso ao direito penal como meio de assegurar através das sanções que o caracterizam a prossecução daquelas medidas. Num segundo leque de considerações, importa determinar se o princípio da precaução se projecta sobre alguma das categorias da infracção penal ou se pode de algum modo contribuir para a sua concretização. Neste último caso, é de considerar, por exemplo, os crimes de perigo, os bens jurídicos colectivos, o nexos de causalidade e de imputação ou ainda

---

<sup>191</sup> MENDOZA BUERGO, Blanca, «Principio de precaución, derecho penal del riesgo...», *op. cit.*, p. 445. Referindo-se, em particular, à incapacidade do direito penal para uma tutela das gerações futuras, COSTA, José de Faria, «Apontamentos para umas reflexões mínimas e tempestivas sobre o direito penal de hoje», *Revista de Legislação e Jurisprudência* 139 (2009), p. 50 e s.

a concretização de deveres de cuidado susceptíveis de fundamentar a responsabilidade criminal.

a) No que diz respeito à primeira daquelas questões, encontramos respostas divergentes na doutrina. Nas reflexões que especificamente dedica a este tópico, o autor alemão Friedrich-Christian Schroeder entende que o “princípio da precaução não pode renunciar, para o cumprimento dos seus fins, ao direito penal”<sup>192</sup>. Muito embora reconheça que o direito penal deve assumir-se como a *ultima ratio* da política, reafirma que o sucesso deste princípio não será possível sem o auxílio das sanções penais. Da sua perspectiva, deve atender-se a que tal princípio, hoje concebido como um princípio jurídico, pretende evitar danos importantes realizáveis por instrumentos de poder, como grandes empresas ou organizações globais, por via da exploração da natureza, da tecnologia biológica e genética, bem como através da produção de alimentos, medicamentos ou da manipulação da produção de animais e plantas, aproveitando-se da imperceptibilidade da ameaça do dano. Reunidas estas condições, o autor conclui que não pode deixar de se empregar a *ultima ratio* do Estado, ou seja, o direito penal<sup>193</sup>.

Também Carlos Romeo Casabona se pronuncia sobre a questão de saber se o princípio da precaução poderia ter alguma utilidade especificamente para o legislador penal e ser tomado, de um ponto de vista político-criminal, como base ou inspiração para a criação de novas incriminações<sup>194</sup>. Da sua perspectiva, é possível “aceitar que tal princípio poderia ter uma utilidade político-criminal em relação à configuração de novos delitos de perigosidade (perigo abstracto) e, sobretudo, de acção perigosa (perigo abstracto-concreto), bem como à tipificação de delitos negligentes de resultado, neste último caso com um alcance muito mais limitado e

---

<sup>192</sup> Cf. «Principio de precaución, derecho penal y riesgo», *in: Principio de Precaución, Biotecnología y Derecho*, *op. cit.*, p. 424.

<sup>193</sup> Cf. «Principio de precaución, derecho penal y riesgo», *op. cit.*, p. 425.

<sup>194</sup> Cf. «El principio de precaución en las actividades de riesgo», *in: La Responsabilidad Penal de las Actividades de Riesgo*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2002, p. 57, também em «Aportaciones del principio de precaución al Derecho Penal» *in: Principio de Precaución, Biotecnología...*, *op. cit.*, p. 419.

preciso”<sup>195</sup>. O autor aponta ainda o potencial interesse da figura do princípio da precaução no âmbito dos delitos contra a saúde pública e contra o meio ambiente. Acrescenta, no entanto, como requisito fundamental desse contributo, a observância estreita por parte do legislador dos princípios da mínima intervenção e *ultima ratio*, bem como do princípio da protecção de bens jurídicos, o que exige neste último caso uma clara identificação desses bens<sup>196</sup>.

Uma posição diversa e muito mais restrita é sustentada por Blanca Mendoza Buergo. A autora começa por salientar que ao direito penal cabe um papel mínimo e excepcional na tutela dos riscos imprevisíveis próprios da segunda modernidade. Referindo-se em particular ao princípio da precaução, à sua delimitação e às funções que prossegue, recusa que o seu campo de aplicação preferente se reporte ao direito penal. A autora considera que “o princípio de precaução não se apresenta como sendo de aplicação directa para o estabelecimento da responsabilidade penal. A incerteza ínsita no núcleo do pensamento da precaução não é compatível com a necessidade de certeza exigida, em princípio, nas leis relativas à instituição da responsabilidade penal”<sup>197</sup>. Sublinha ainda que as premissas sobre as quais assenta o princípio da precaução se afastam de forma decisiva daquelas que fundamentam a responsabilidade criminal, na medida em que esta última assenta num modelo de conhecimento ao menos geral e potencial das consequências que podem derivar da acção, ou seja, num modelo de previsibilidade que permite imputar-se ao agente determinado efeito como consequência da sua conduta. Ora, o princípio da precaução refere-se a um contexto de suspeita ou de ameaça de perigo, cabendo ao direito público fazer a gestão destes riscos de modo a tomar as medidas necessárias a garantir a segurança possível. Assim, no âmbito dos novos riscos, a preservação do meio ambiente ou a biosegurança não constituem temas preferenciais de direito penal, mas antes constituem objecto de políticas públicas que têm a sua regulação fora daquele ramo do ordenamento jurídico. “Um pensamento contrário incorre na tendência, visível no ‘direito penal do risco’, para criar confusão entre o que deve

---

<sup>195</sup> Cf. «El principio de precaución en las actividades de riesgo», *in: La Responsabilidad Penal...*, *op. cit.*, p. 57.

<sup>196</sup> Cf. «El principio de precaución en las actividades de riesgo», *in: La Responsabilidad Penal...*, *op. cit.*, p. 57.

<sup>197</sup> Cf. «Principio de precaución, derecho penal del riesgo...», *op. cit.*, p. 446.

constituir um ilícito criminal e a contenção de comportamentos que se desviam de uma regra ou de um standard meramente inadequado para o modo de funcionamento de determinado processo, uma confusão entre direito penal e mero controlo ‘social tecnológico’, como acertadamente lhe chamou Frisch”<sup>198</sup>. A autora admite, no entanto, a possibilidade de intervenção penal através de normas penais em branco, em caso de violação das proibições ou regras de controlo que, em atenção ao princípio da precaução, se estabeleçam na ordem administrativa. Todavia, considera que ainda neste caso é de exigir, para que se possa legitimamente afirmar um ilícito criminal, uma suspeita séria e suportada em dados científicos de que a infracção às regras de controlo comporta riscos graves para bens de máxima relevância jurídico-penal<sup>199</sup>.

Também Feijoo Sánchez recusa que o princípio da precaução possa cumprir a função de legitimação da incriminação, sob pena de se incorrer numa excessiva administrativização e expansão do direito penal<sup>200</sup>. Entende este autor que uma tal fundamentação, justificada no valor de segurança, afasta o direito penal de categorias que lhe são essenciais como a culpa, ou as finalidades que devem associar-se à aplicação de uma pena. Com efeito, trata-se de punir uma conduta não porque ela seja lesiva ou ilícita (no sentido, que lhe é dado pelo autor, de perturbar outros âmbitos de organização) mas porquanto há suspeitas de que possa vir a sê-lo. O direito penal converte-se, desde modo, num instrumento de política social, obedecendo ao sentir de um direito de polícia<sup>201</sup>.

Da nossa perspectiva, a razão acompanha aqueles que se opõem ao princípio da precaução como fundamento da incriminação. Com efeito, os pressupostos e fundamentos do princípio da precaução dificilmente permitem sustentar a intervenção criminal sem que saiam prejudicados princípios fundamentais e estruturantes do direito penal e, conseqüentemente, sem que se altere o próprio paradigma penal de um direito criminal legitimado no perigo e lesão dos bens

---

<sup>198</sup> Cf. «Principio de precaución, derecho penal del riesgo...», *op. cit.*, p. 449.

<sup>199</sup> Cf. «Principio de precaución, derecho penal del riesgo...», *op. cit.*, p. 451.

<sup>200</sup> Cf. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, «Sobre la ‘Administrativización’ del derecho penal en la ‘sociedad del riesgo’...», *op. cit.*, p. 164.

<sup>201</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, «Sobre la ‘Administrativización’ del derecho penal en la ‘sociedad del riesgo’...», *op. cit.*, p. 164.



jurídicos para um direito penal da mera ameaça àqueles bens<sup>202</sup>, construído formalmente como um ilícito de desobediência à autoridade pública, afastado materialmente do bem jurídico-penal.

É nossa convicção que tal princípio não pode constituir um fundamento directo e exclusivo de uma qualquer criminalização, ainda que se atente à gravidade e extensão dos perigos, sem que se transmute o fim da intervenção penal. Como argumento avança-se a incompatibilidade entre o modelo de precaução e o modelo da previsibilidade necessária à intervenção penal. Isto é, a relevância criminal de uma conduta assenta numa ideia de previsibilidade, certa ou provável, entre determinada conduta e os seus efeitos. Esta previsibilidade corresponde a um modelo de prevenção capaz de censurar o agente por não evitar a realização de uma conduta ou resultado juridicamente desvaliosos. Ora, ao modelo de precaução, em que assenta o princípio com a mesma designação, não corresponde, como anteriormente se desenvolveu, uma qualquer ideia de previsibilidade ou probabilidade mas antes um juízo de plausibilidade<sup>203</sup>. Este juízo contém em si uma ideia de admissibilidade ou possibilidade: uma hipótese plausível é uma hipótese admissível, possível que não se confunde com uma situação provável ou previsível. O juízo de plausibilidade reveste-se de grande importância na tomada da decisão do ente responsável pela decisão de proibir ou admitir a prossecução daquela actividade, na medida em que é um elemento que deve ser ponderado, e que neste contexto significa uma possível ameaça para bens fundamentais. Mas uma hipótese plausível é insuficiente para que se possa considerar a realização dessa actividade como criminosa. O direito penal mostra-se desadequado à gestão de riscos plausíveis mas incertos.

Neste sentido, a possibilidade séria daquele perigo é condição suficiente para a aplicação de medidas administrativas de cautela e de prudência, por exemplo no

---

<sup>202</sup> Da perspectiva do bem jurídico-penal, o princípio da precaução transporta o direito penal para um plano demasiadamente prévio, situado fora do dano e do perigo enquanto categorias jurídico-penais. Se à percepção do perigo corresponde um tempo de cuidado, como sublinha COSTA, José de Faria, *O Perigo em Direito Penal...*, *op. cit.*, p. 358, à percepção da ameaça de perigo faz-se agora corresponder a precaução, que embora suficiente e necessária para fundamentar uma regulamentação administrativa, se apresenta a uma distância tal do bem jurídico que impossibilita, à luz daquele paradigma, uma intervenção penal legítima.

<sup>203</sup> O princípio da precaução só ganha sentido quando situado no contexto de incerteza científica quanto aos riscos que acompanham determinadas condutas ou actividades. Retirando-o deste cenário elimina-se a nota que o distingue, nada se acrescentando ao modelo da previsibilidade.

sentido de proibir ou meramente condicionar a prossecução da actividade (*v. g.*, a produção de um bem), cuja violação deve sancionar-se, em princípio, pela via do ilícito contra-ordenacional, em nome da segurança dos bens protegidos. Deste modo, é ao direito administrativo que cabe em primeira linha concretizar, através daquelas medidas de precaução e da sanção à sua infracção, uma primeira protecção dos bens ameaçados. A imediata intervenção penal, além de desadequada, corresponderia a uma clara violação do princípio da *ultima ratio* e da mínima intervenção penal.

Porém, também aqui deve valer o conceito de *revisibilidade* que caracteriza a sociedade do risco. Ou seja, na medida em que o contexto de plausibilidade evolua para um estado de previsibilidade, devido ao desenvolvimento do conhecimento científico ou, no caso de autorização da actividade, devido à acumulação de resultados práticos que vão sendo conhecidos (*v. g.*, as informações relativas à comercialização do produto), deve a entidade pública averiguar da necessidade de criminalização da conduta.

*b)* Assim, de uma perspectiva político-criminal, o princípio da precaução, por si só, é insuficiente para sustentar a criminalização de uma conduta. Porém, do ponto de vista dogmático é possível estabelecer algumas conexões com institutos e categorias jurídico-penais. Uma análise dessas relações, colocadas em evidência pelo problema da responsabilidade criminal pelo produto, pode revelar-se útil na delimitação (negativa ou positiva) e na concretização de algumas dessas categorias. Referimo-nos em particular à categoria dos delitos de perigo, à delimitação do dever de cuidado necessário à punição da negligência e à determinação do nexo de causalidade entre uma conduta e os seus efeitos. Nas linhas que se seguem não se pretende tratar de forma exaustiva estas questões, mas tão-somente expor os termos da sua conexão com o princípio da precaução e em que medida este princípio pode ajudar, por via negativa ou positiva, à delimitação dos seus contornos e do seu conteúdo.

i) No que diz respeito aos *crimes de perigo*, pode desde já estabelecer-se uma relação entre o conceito de perigosidade e o princípio de precaução. É com frequência assinalado na doutrina que os novos problemas apontados pela sociedade do risco ao direito penal implicaram uma expansão das normas criminais, designadamente por via do recurso aos crimes de perigo abstracto ou de aptidão<sup>204</sup>. Ao transformar a perigosidade da acção no núcleo do ilícito criminal, o legislador prescinde da necessidade de comprovação daquela perigosidade na realização de um resultado concreto de perigo ou de lesão. Todavia, a perigosidade da acção é averiguada pelo julgador segundo um juízo *ex ante*, tendo em conta as circunstâncias do caso concreto, as circunstâncias conhecidas pelo agente e o conhecimento científico e experiencial ao tempo dos acontecimentos. Ora, uma acção realizada no âmbito definido pelo princípio da precaução, isto é, no quadro de uma incerteza objectiva e científica sobre os riscos que comporta, não pode considerar-se uma acção perigosa que possa ser subsumida ao conceito de perigosidade pressuposto nos elementos típicos de um crime de perigo abstracto ou de aptidão<sup>205</sup>. Ao tomar a opção político-criminal de criminalizar condutas proibidas com fundamento no princípio da precaução *stricto sensu*, o legislador amplia a sanção penal a situações que *podem* ser perigosas, isto é, de cuja perigosidade se suspeita. Deste modo, o direito penal antecipa-se ao perigo e “alarga as margens dos riscos penalmente relevantes” a um ponto difícil de compatibilizar com a ideia de mínima intervenção penal, o que não pode deixar de merecer um reparo crítico. Com efeito, a criminalização de puras actividades ou comportamentos sem vinculação à perigosidade da acção para um bem jurídico-penal corresponde a prescindir desta categoria como autêntico padrão crítico da incriminação. Como sublinha Blanca Mendoza Buergo, no contexto da complexidade e da insegurança da sociedade actual, “o pressuposto da real lesividade ainda que potencial da conduta incriminada perde paulatinamente, mas de modo irremediável, cada vez mais significado, ao eliminar do âmbito socialmente adequado acções meramente infractoras das regras formais de comportamento, que pretendem reforçar standards rígidos de segurança, dando lugar aos delitos formais

---

<sup>204</sup> Cf. ROMEO CASABONA, Carlos, «Aportaciones del principio de precaución...», *op. cit.*, p. 404.

<sup>205</sup> Neste sentido, Cf. ROMEO CASABONA, Carlos, «Aportaciones del principio de precaución...», *op. cit.*, p. 405.

de mera desobediência”<sup>206</sup>. Cumprindo-se esta tendência procede-se à consagração, no âmbito do direito penal, do princípio da precaução *stricto sensu*. O direito penal transforma-se assim em reforço sancionatório da observância de normas administrativas e conseqüentemente em direito penal de controlo<sup>207</sup>. Permite-se, por esta via, uma silenciosa mutação do paradigma do direito penal do bem jurídico para o direito penal do comportamento.

Da nossa perspectiva, julgamos ser possível ao direito penal responder aos novos desafios sem abandonar as categorias clássicas mas repensando-as e adequando-as aos novos contextos. Assim, quanto ao conceito de perigosidade, não se depreenda do que se expôs que, no nosso entender, a sua existência está condicionada a explicação científica inequívoca e incontestada. Antes pelo contrário, trata-se justamente do exemplo de um conceito que precisa de ser repensado à luz daqueles novos desafios<sup>208</sup>. Temos para nós que o princípio de precaução não pode ser usado como critério de tipificação de condutas perigosas uma vez que não se refere a situações de perigosidade mas sim de ameaça ou suspeita de perigo.

Alguns autores têm, no entanto, sublinhado que o princípio da precaução pode contribuir para a delimitação da perigosidade da conduta incriminada num delito de perigo abstracto<sup>209</sup>. Da sua perspectiva, consideram que este princípio poderia servir de obstáculo à aplicação destes delitos a acções absolutamente inofensivas bem como ao automatismo da sua aplicação judicial na medida em que sempre se exigiria a suspeita de perigo. Assim, no contexto de uma insuficiência do saber nomológico quanto à perigosidade daquele tipo de condutas, seria preferível, para fazer subsumir a conduta ao tipo, que em vez do automatismo inerente aos

---

<sup>206</sup> Cf. «Principio de precaución, derecho penal...», *op. cit.*, p. 459.

<sup>207</sup> Neste sentido, MENDOZA BUERGO, Blanca, «Principio de precaución, derecho penal...», *op. cit.*, p. 459: “em relação a esta tendência há que cuidar que o princípio da precaução ajude a responder a novas formas de surgimento dos riscos e à novidade trazida por condutas inter-relacionadas e realizadas em contextos de massa de difícil individualização, evitando que se converta, ao contrário, em mero instrumento de adaptação do direito penal à política expansiva e preventiva, baseada parcialmente em medos irracionais ou em pretensões de controlo total ou global, seguramente irrealizáveis sem custos graves para elementos essenciais de um Direito penal avançado e democrático”.

<sup>208</sup> É justamente este exercício que se procura realizar no segundo capítulo da terceira parte, quando se discute a adequação e aplicação do modelo de imputação por nós proposto (*infra*, § 12) aos problemas suscitados no âmbito da responsabilidade criminal pelo produto.

<sup>209</sup> ROMEO CASABONA, Carlos, «El principio de precaución en las actividades de riesgo...», *op. cit.*, p. 38; MENDOZA BUERGO, Blanca, «Principio de precaución, derecho penal...», *op. cit.*, p. 461 e ss.

delitos de perigo abstracto se exigisse uma constatação judicial, a respeito da perigosidade da acção individual e que o julgador pudesse pelo menos afirmar que há indicadores científicos no sentido de se tratar de uma situação arriscada. Este papel caberia, segundo estes autores, ao princípio da precaução. Por esta via, procurar-se-ia manter ainda uma ideia de perigosidade concretizada numa possibilidade cientificamente fundada, embora incerta.

Esta linha de argumentação mostra-se, no entanto, paradoxal. Com efeito, o delito de perigo (abstracto ou concreto) pressupõe um juízo de perigosidade afirmado pelo legislador, seja *ex ante* na *ratio* da norma (perigo abstracto), seja *ex post* num resultado de perigo previsto no próprio tipo legal (perigo concreto). O legislador, no momento de construção normativa, não tem dúvidas sobre a perigosidade da conduta que incrimina. Ora, por definição, o princípio da precaução é válido e justificado para situações de incerteza sobre a perigosidade da conduta. A sua concretização numa norma jurídica corresponde a uma decisão de uma autoridade pública. Um tipo legal construído por referência exclusiva a este princípio assentaria, como já se referiu, na reprovação penal da desobediência àquela decisão e não num juízo de perigosidade da conduta, tipicamente relevante, para bens jurídicos. Neste sentido, a “constatação judicial” que se exige é referente ao acto de desobediência e não a qualquer juízo de perigosidade concreta, incerto no momento em que se realiza a conduta. Por conseguinte, o ilícito penal centra-se sobre a desobediência e não sobre a perigosidade, uma vez que no momento em que a ilicitude se tipifica na lei a conduta que lhe serve de suporte não pode ter-se como perigosa para bens jurídicos.

Em nosso modo de ver, o conteúdo do princípio da precaução é incompatível com a perigosidade pressuposta pelos delitos de perigo, cuja tipicidade pressupõe uma conduta em abstracto perigosa ou um resultado normativo de perigo. Assim, a perigosidade da conduta é um elemento da tipicidade. Ora, um tipo legal construído sobre o princípio da precaução falha quanto à certeza da perigosidade da conduta. Deste modo, a relevância do princípio da precaução por via dos delitos de perigo terá de ser, da nossa perspectiva, excepcional na medida em que represente uma extensão do conceito de perigosidade a situações de ameaça de

perigo, ou por outras palavras, a condutas de risco. Concordamos com Blanca Mendoza Buergo quando condiciona a admissibilidade desta ampliação da perigosidade em situações de incerteza científica a outros critérios complementares. Desde logo, que se trate de uma fundada suspeita de perigo grave para bens da máxima relevância criminal que possa conduzir à lesão de específicos deveres de abstenção – pressupostos numa proibição penal ou noutra ordem normativa – ou de actuação – por exemplo, no caso de deveres de garantia<sup>210</sup>. A afirmação daqueles deveres pode fazer-se pela remissão penal a deveres positivados na ordem jurídica, *v. g.*, por via administrativa. Por sua vez, em nosso modo de ver, a juridificação desses deveres (por exemplo proibindo a inclusão de determinada substância no processo produtivo) permite exigir ao autor a representação da perigosidade daquela substância e, portanto, da eventual perigosidade da sua conduta.

*ii)* O princípio da precaução tem o seu âmbito de aplicação essencialmente dirigido à protecção antecipada de bens jurídicos de titularidade difusa, como o ambiente, a saúde pública, a segurança ou a identidade genética. Deste modo, encontra-se aqui uma outra ponte entre este princípio e a categoria jurídico-penal de bem colectivo, que tem suscitado a maior discussão no seio da literatura penal, designadamente quanto aos critérios de determinação dos seus contornos e aos limites da admissibilidade da sua protecção penal. Trata-se de interesses que se apresentam, pela sua natureza difusa, com contornos mais vagos e carentes de definição. As tentativas de concretização e definição destes bens têm-se sucedido na doutrina penal<sup>211</sup>. Embora o princípio da precaução não possa servir como critério

---

<sup>210</sup> MENDOZA BUERGO, Blanca, «Principio de precaución, derecho penal...», *op. cit.*, p. 467.

<sup>211</sup> No âmbito da literatura portuguesa, por exemplo, as monografias de DIAS, Jorge de Figueiredo DIAS, *Direito Penal*, 2.<sup>a</sup> ed, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 133 e ss.; p. 58 e ss.; DIAS, Augusto Silva, «*Delicta in se*»..., *op. cit.*, p. 641 e ss.; COSTA, José de Faria, *Noções Fundamentais de Direito Penal*, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 174 e ss. e 251 e ss.; SOUSA, Susana Aires de, *Os Crimes Fiscais*, *op. cit.*, p. 201 e ss. De referir ainda, sobre o mesmo tema, os artigos de COSTA, António Manuel de Almeida, «Sobre o crime de corrupção. Breve Retrospectiva histórica. Corrupção e concussão. Autonomia “típica” das corrupções “activa” e “passiva”. Análise dogmática destes dois delitos», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, BFD, Vol. I, 1984, p. 81 e ss. e, do mesmo autor, «A propósito do novo Código do Trabalho: bem jurídico e pluralidade de infracções no âmbito das contra-ordenações relativas ao “trabalho suplementar” – Subsídio para uma dogmática do direito de mera-ordenação-social-laboral», *in: Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 1059 e ss.

da sua definição, na medida em que esses bens pré-existem à sua própria aplicação, ele pode servir desde logo como barómetro na determinação de situações de ataques mais graves a esses interesses. Tal não implica uma qualquer necessidade de proteger criminalmente aqueles bens sempre que se aplique o princípio da precaução; antes se pretende sublinhar que a aplicação daquele princípio denuncia situações de fragilidade ou ameaça, comprovadas cientificamente, na tutela daqueles bens considerados de relevante valor para a comunidade. Detectada esta fragilidade, cabe aos princípios e critérios estabelecidos pela doutrina penal, observado o princípio da necessidade e da mínima intervenção penal, indagar da sua eleição à categoria de bem jurídico-penal.

Por outro lado, a discussão em torno do fundamento e condições de aplicação deste princípio acarretou uma consciencialização dos riscos para determinados interesses e contribuiu para que a comunidade formasse um juízo sobre a necessidade de protecção jurídica de bens que são de titularidade difusa. Ou seja, a afirmação deste princípio representou um contributo no processo de consenso comunitário sobre o valor daqueles interesses, concedendo-lhe o estatuto de bens jurídicos colectivos “cuja utilidade aproveita a todos sem que ninguém possa dela ser excluído”<sup>212</sup>. A sua protecção é representada e querida porque cria “espaços de liberdade necessários à realização dos próprios indivíduos”<sup>213</sup>. Este processo foi, por exemplo, determinante para a afirmação e legitimação do ambiente como bem jurídico carente de protecção penal e revela-se com igual importância na afirmação da dignidade penal de bens jurídicos de formação mais recente, como a qualidade e autenticidade dos bens de consumo<sup>214</sup>.

*iii)* Também por via da negligência se pode estabelecer uma relação entre o princípio de precaução e o direito penal. Essa conexão surge de modo evidente pelo pressuposto de uma actuação prudente inerente às duas figuras, não obstante a diversidade dos contextos por elas pressupostas e que concede a essa semelhança

---

<sup>212</sup> Cf. SOUSA, Susana Aires de, *Os Crimes Fiscais...*, *op. cit.*, p. 299.

<sup>213</sup> Cf. HEFENDEHL, Roland, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Köln / Berlin / Bonn / München: Carl Heymanns Verlag KG, 2002, p. 787.

<sup>214</sup> Sobre este bem jurídico e sobre a tutela penal que lhe é concedida no âmbito do ordenamento jurídico português *infra*, § 13, 2.2.

uma estrutura valorativa bastante diferente: no âmbito da negligência, uma actuação prudente pressupõe um contexto de previsibilidade dos danos que faça recair sobre o agente um dever (de cuidado) de os evitar; por sua vez, no âmbito do princípio da precaução a prudência está referida à incerteza sobre as consequências da acção.

Ora, não nos parece que o princípio da precaução possa sem mais transpor-se para o âmbito da negligência como forma de fundamentar um dever de cuidado. Desde logo, porque se trata de um princípio indefinido nos seus limites, conteúdo e natureza, cuja imprecisão é incompatível com as exigências de garantia próprias do direito penal. Em segundo lugar, uma transposição directa daquele princípio corresponderia a fundar o dever de cuidado numa mera suspeita de perigo e, desse modo, a impor ao agente o dever de não actuar naqueles casos duvidosos, o que em última instância se concretizaria na petrificação das iniciativas de investigação e desenvolvimento necessárias ao progresso tecnológico. Neste sentido não basta que o agente actue num contexto de ameaça de riscos desconhecidos e de grande amplitude para que se possa fundamentar sem mais um dever de cuidado capaz de sustentar uma punição penal.

Assim, a relevância do princípio da precaução no âmbito da negligência só poderá ser indirecta: está reservada aos casos em que, em nome daquele princípio, se estabeleceu a observância de certas regras e cautelas na realização de determinadas actividades consideradas arriscadas. Neste sentido, as regras de cuidado a observar hão-de estar previstas numa norma extra-penal (fundada no princípio da precaução) que serve de auxílio à concretização do dever objectivo de cuidado exigível pelo tipo penal e, por essa via, imposto ao agente para que previna a verificação de resultados danosos. Da nossa perspectiva, este suporte legal na concretização do dever de cuidado constitui um elemento essencial para que se possa averiguar de uma eventual responsabilidade criminal pela lesão de bens jurídicos nos contextos de incerteza a que se reporta o princípio de precaução.

Mais complicada é a questão de saber se na ausência daquelas medidas cautelares cristalizadas normativamente em preceitos extra-penais se poderá ainda, e dentro de que limites, identificar um dever de cuidado. Sobre esta questão se pronunciou Carlos Romeo Casabona. O autor entende que, mesmo na ausência



daquele suporte, a referência ao princípio da precaução não representaria uma quebra da estrutura do tipo de ilícito negligente nem tão pouco da culpa. Na sua argumentação, sustenta que o princípio da precaução pode servir para averiguar qual o comportamento adequado pelo qual se deve guiar o agente. Ou seja, a conduta negligente tem na sua base a conduta diligente exigível no caso concreto. Simplesmente, nestes casos um comportamento diligente já não se estabelece a partir da ideia de previsibilidade mas antes toma como premissa uma actividade sobre a qual recai a suspeita de ser perigosa, mas cuja perigosidade não pode ser comprovada *ex ante* devido à incerteza científica sobre as leis causais. O princípio da precaução pode então ajudar na concretização do dever de cuidado com que o agente deve actuar, auxiliando-o *ex ante* na determinação de um comportamento diligente em circunstâncias em que, na ausência daquele princípio, ficaria sem quaisquer critérios de actuação. “Em consequência, para que possa confiar numa actuação conforme ao cuidado devido, bastará ao sujeito indicar que seguiu as regras de condutas estabelecidas de acordo com o princípio da precaução”<sup>215</sup>. Contudo, o autor restringe esta interpretação a casos em que se verifiquem as condições de aplicação do princípio da precaução e não a situações isoladas (*v. g.*, no contexto médico) em que o agente não actuou com a prudência necessária. Aponta como exemplo alguns dos casos mais conhecidos de responsabilidade pelo produto, como o caso da talidomida, pois nele concorriam alguns dos pressupostos próprios do princípio da precaução, como a falta de evidência científica quanto à causa do resultado e a ocorrência de consequências graves e colectivas<sup>216</sup>.

O problema inerente às situações cobertas pelo princípio de precaução prende-se com a incerteza sobre as consequências dos efeitos de determinadas condutas, não obstante existirem dados científicos que fundamentem uma suspeita de perigo para bens fundamentais. Ou seja, sobre estas condutas recai uma ameaça fundamentada que lhes retira um carácter inócuo ou inofensivo. Por outro lado, nestas situações falha a previsibilidade, assente numa certeza e nas regras da experiência, tal como se encontra pensada para a imputação de um resultado

---

<sup>215</sup> Cf. ROMEO CASABONA, Carlos, «Aportaciones del principio de precaución...», *op. cit.*, p. 412.

<sup>216</sup> Cf. ROMEO CASABONA, Carlos, «Aportaciones del principio de precaución...», *op. cit.*, p. 413.

negligente a uma conduta. Neste sentido, a previsibilidade necessária à imputação dos resultados negligentes tem de ser reconstruída de modo a tornar-se acessível para o agente. Isto é, para além da plausibilidade da ocorrência desses danos se encontrar demonstrada cientificamente, sem que haja uma comprovação indubitável, é necessário que ela se traduza em normas que pautem a actuação do agente, de modo a que o risco inerente à sua actuação lhe apareça como previsível e cognoscível. Por outras palavras, da nossa perspectiva, a precaução tem de estar expressa em normas de cuidado destinadas à protecção de determinados interesses valiosos para que possa ser assacada ao agente uma responsabilidade criminal. Só desta forma é possível limitar os pressupostos da responsabilidade aos casos em que existe um “dever normativo de abstenção ou de cuidado”<sup>217</sup> que obrigam o sujeito a actuar dentro de um risco permitido. Só assim se poderá evitar quer a insegurança na aplicação da lei penal, quer uma demasiada amplitude do dever de cuidado que o esvazie de conteúdo, quer a exigência de previsibilidade inerente à responsabilidade penal.

*ii)* O princípio da precaução pode ainda relacionar-se com os delitos de omissão, contribuindo para a concretização de deveres de garantia, enquanto fundamento e critério de interpretação das normas que estabelecem regras de cuidado ou de segurança e que orientam a prossecução de actividades arriscadas para bens com dignidade penal, como a saúde e a vida. A concretização destas regras corresponde, como sublinha Blanca Mendoza Buergo, à tendência característica do direito penal do risco de reduzir os âmbitos do risco permitido por via da extensão dos deveres de controlo e de vigilância e, conseqüentemente, das posições de garantia<sup>218</sup>. Podemos acrescentar que, em particular no âmbito do consumo, a consciencialização do risco se tornou, no domínio da União Europeia, num exemplo da sociedade reflexiva e crítica de que fala Beck, concretizada na extensa legislação produzida em matéria de garantia dos produtos e de responsabilidade do produtor. Muitas dessas medidas, na sua maioria estabelecidas

---

<sup>217</sup> A expressão é de MENDOZA BUERGO, Blanca, «Principio de precaución, derecho penal...», *op. cit.*, p. 455.

<sup>218</sup> «Principio de precaución, derecho penal...», *op. cit.*, p. 456.

no ordenamento administrativo, têm por fim acautelar o surgimento de riscos e mantê-los dentro de limites razoáveis, de modo a evitar a proibição de actividades com reconhecida utilidade social.

Neste contexto, tem vindo a sublinhar-se que sobre o produtor de bens perigosos (ou de cuja perigosidade se suspeita), mas cuja comercialização é realizada ao abrigo do risco permitido, recai o dever de vigilância do produto e de posterior advertência sobre os perigos ulteriormente conhecidos<sup>219</sup>. Ora, o reforço daquela suspeita, devido, por exemplo, a um avanço dos estudos científicos sobre aquela questão ou a acontecimentos lesivos para bens fundamentais relacionados com a comercialização do produto, faz impender sobre o sujeito determinados deveres como a obrigação de retirada do produto do mercado ou de advertência dos consumidores. O incumprimento destes deveres, conhecido o carácter danoso do bem comercializado, é suficiente, quanto a nós, para admitir a responsabilidade criminal do agente pelos danos causados pelos produtos comercializados.

v) Por fim, uma última nota relativa à conexão entre o princípio da precaução e o requisito da causalidade. Embora o princípio da precaução estabeleça uma relação entre a realização de determinadas condutas e a ocorrência de danos de grande amplitude e potencialmente irreversíveis, não se trata de uma relação causal. Uma das razões que faz emergir a necessidade deste princípio é justamente a incerteza quanto à possibilidade de realização *ex ante* de um juízo de causalidade, por falta de evidências científicas que possam conceder uma natureza causal à co-relação entre a conduta e aqueles potenciais danos. Todavia, realizado o dano, será necessário averiguar *ex post* do eventual nexó causal entre uma concreta conduta e as lesões na saúde ou na vida, de forma a indagar da responsabilidade por um eventual

---

<sup>219</sup> SCHÜNEMANN, Bernd, *Delincuencia Empresarial: Cuestiones Dogmáticas y de Política Criminal*, Buenos Aires: Fabian J. Di Plácido, 2004, p. 74 e ss., considera que sobre o produtor recai o dever de vigilância do produto depois de colocado no mercado na medida em que tenha criado no consumidor, *v. g.*, através da publicidade realizada ou da marca comercializada, a convicção sobre a sua segurança. Veja-se ainda, com referências adicionais, SOUSA, Susana Aires de, «A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoria e participação no contexto empresarial», *in: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, BFD, *Studia Iuridica* 98 (2009), Vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, p. 1030 e ss. e nota 82.

crime de resultado<sup>220</sup>. No quadro dos delitos de resultado, esta investigação *ex post* deve realizar-se ainda que *ex ante* não fosse (todavia) conhecida ou suficientemente conhecida a lei científica geral. O princípio da precaução apenas denuncia que a comprovação de umnexo causal *a posteriori*, exigida como condição necessária da tipicidade de um crime de resultado, estará dificultada pela insuficiência de uma lei científica prévia e certa. Resta saber quais os critérios pelos quais há-de guiar-se o julgador na aferição do *juízo normativo de imputação* neste tipo de situação em que falha a previsibilidade no momento da conduta, questão a dedicaremos a nossa atenção na segunda parte deste estudo.

De quanto se acabou de expor, verifica-se que o problema da responsabilidade criminal do produto emerge, nas suas diferentes perspectivas, nos pontos de ligação que identificámos entre o princípio da precaução e o direito penal. É pois tempo de se analisar mais pormenorizadamente o problema do dano na produção. Saliente-se desde já que este tipo de responsabilidade não se restringe ao contexto dos novos riscos, mas se estende aos riscos da industrialização que, na verdade, marcaram a sua origem. Assim, na sistematização dos riscos proposta por Lau e seguida por Beck, a responsabilidade pelo produto tem o seu núcleo central no segundo tipo de riscos decorrentes da industrialização<sup>221</sup>. Todavia, as modificações técnicas introduzidas no processo produtivo dotaram os riscos inerentes àquele processo de uma maior intensidade e amplitude, alterando, em alguns casos, a sua natureza e requalificando-os como riscos da segunda modernidade. Ou seja, os danos resultantes do processo produtivo inserem-se, de pleno direito, na complicada trama de relações que se estabelecem entre a sociedade do risco e o direito penal, “assumindo, a este propósito, um relevo autenticamente paradigmático: (a) pela presença de riscos difusos e perigosos para a saúde dos consumidores; (b) por intermédio de relações causais ‘obscuras’; (c) pela actividade de organizações complexas”<sup>222</sup>.

---

<sup>220</sup> Cf. ROMEO CASABONA, Carlos, «Aportaciones del principio de precaución...», *op. cit.*, p. 415.

<sup>221</sup> Sobre esta classificação veja-se *supra*, § 2.

<sup>222</sup> PIERGALLINI, Carlo, *Danno da Prodotto e Responsabilità Penale*, *op. cit.*, p. 24.

## Referência conclusiva

A problemática da responsabilidade criminal pelo produto é associada por alguns autores ao conceito de risco e referida, por vezes, ao chamado direito penal do risco. Não pode negar-se que alguns dos seus problemas se sobrepõem às questões levantadas a propósito dos novos riscos inerentes à sociedade contemporânea. Porém, a responsabilidade pela produção e comercialização de bens perigosos está longe de se esgotar naquela constelação problemática. Desde logo, trata-se de uma questão anterior a qualquer afirmação de um direito penal do risco. Neste sentido, em causa estão problemas diversos que se cruzam sem que se confundam. Com efeito, uma sociedade altamente industrializada e tecnicamente desenvolvida há-de aplicar a sua potencialidade tecnológica ao processo produtivo, alargando-se também ao domínio da produção e do consumo o espaço dos “novos riscos” próprios da “segunda modernidade”. Deste modo, também no domínio da produção e do consumo em massa é possível identificar riscos potencialmente catastróficos, na medida em que se mostram indeterminados na extensão das suas consequências. Ora, é justamente a consciência desta amplitude de efeitos nefastos que fez emergir uma ética da responsabilidade voltada para a protecção das gerações futuras, na qual se fundamentam alguns princípios que têm vindo a conhecer carácter de juridicidade e de legalidade.

Entre estes princípios conta-se o princípio da precaução, que constitui uma das principais respostas dadas à incerteza e perigosidade dos “novos riscos”. Trata-se de um instrumento de gestão do risco, dotado de uma clara referência política, cujo alcance depende em primeira linha de uma decisão pública tomada em condições de incerteza que se sobrepõem à aferição de uma relação causal. Não obstante a sua consagração como princípio positivo na ordem jurídica internacional e na ordem jurídica europeia, não tem sido uniforme o modo de concretização pelos diversos Estados soberanos.

Também o direito penal se viu confrontado com a possibilidade catastrófica dos novos riscos e com a eventual lesão irreversível de bens jurídico-penais. Neste contexto, alguns autores têm chamado à normatividade jurídico-penal o princípio da

precaução, seja num primeiro momento como fundamento directo da incriminação, seja como forma de legitimar a sanção aplicável ao incumprimento das medidas cautelares administrativas adoptadas em concretização daquele princípio. Da nossa perspectiva, a incerteza ínsita a um modelo de precaução mostra-se incompatível com o modelo de previsibilidade exigido pela intervenção penal. A eventual relevância jurídico-penal deste princípio deve ser reduzida e indirecta, mediatizada, no plano dogmático, pelos institutos e categorias próprios da doutrina penal.

## CAPÍTULO II

### APROXIMAÇÃO AO PROBLEMA: A RESPONSABILIDADE PELO PRODUTO

#### § 4. Aproximação conceitual

O processo de industrialização vivido ao longo do século XX determinou o aparecimento de estruturas empresariais organizadas, cuja complexidade foi aumentando com a afirmação de empresas multinacionais e globalizadas, autênticos agentes de um espaço económico que rompe com quaisquer fronteiras nacionais<sup>223</sup>. O aparecimento de empresas dotadas de uma organização complexa, assente verticalmente numa hierarquia rígida e horizontalmente na divisão e especialização do trabalho, constitui uma das principais características da moderna sociedade industrial. A consolidação empresarial implica assim a adopção de uma estratégia, de uma planificação, que permita dotar a empresa da máxima eficiência, concretizada, no processo produtivo, em três grandes dimensões: a automatização, a produção em série e a distribuição em cadeia dos produtos<sup>224</sup>.

Cada um destes vectores implicou consideráveis transformações no processo produtivo, como a necessidade de inovar tecnicamente (através da substituição da mão-de-obra humana pela introdução de máquinas e de sistemas tecnologicamente

---

<sup>223</sup> Pressupõe-se neste contexto a noção de globalização sintetizada por COSTA, José de Faria, «O fenómeno da globalização e o direito penal económico», *in: Direito Penal e Globalização. Reflexões não Locais e pouco Globais*, Coimbra: Coimbra Editora / Wolters Kluwer, 2010, p. 83, enquanto “‘mecanismo’ social hiperdinâmico que torna globais os espaços económicos, culturais e informativos que antes se estruturavam, primordialmente, a um nível nacional”. Não se trata apenas de uma ideia transfronteiriça ou de uma mera internacionalização de mercados já há muito conhecida. A nota que distingue a era e os agentes da globalização é dada pelo reconhecimento de uma comunicação, uma informação que “opera em tempo real. Globalização mais não é, nesta lógica das coisas, do que a expressão da expansão em rede e em tempo real de informação automatizada”. Também do mesmo autor «A globalização e o direito penal (ou o tributo da consonância ao elogio da incompletude)», *in: Direito Penal e Globalização, op. cit.*, p. 69 e ss.

<sup>224</sup> Cf. SILVA, João Calvão da, *Responsabilidade Civil do Produtor*, Coimbra, Livraria Almedina, 1990, p. 16 e s.

avanzados), a normalização dos bens produzidos, a possibilidade de criar bens cada vez mais complexos (*v. g.*, no âmbito dos produtos electrónicos) e, por fim, também por força das novas técnicas de produção, a necessária separação entre produtor e consumidor.

Na verdade, se, por um lado, o novo modelo de produção massificada permite controlar até certo ponto o erro humano, por outro lado, a inovação tecnológica aumenta a potencialidade do erro técnico, o qual pode assumir uma maior amplitude, seja através da produção em série, alastrando-se o erro a toda a série, seja por intermédio do extenso número de consumidores atingidos. Por sua vez, o desenvolvimento técnico acentua o desequilíbrio entre produtor e consumidor em relação à informação sobre os bens produzidos, diminuindo a aptidão e a capacidade deste último para detectar o defeito ou o perigo no produto<sup>225</sup>.

Tendo no nosso horizonte o cenário produtivo ora exposto em traços muito gerais, compreende-se que, como refere Calvão da Silva, “o legislador, tendo presente, por um lado, a complexidade, a periculosidade e a imperfectibilidade dos produtos, e, por outro, a impreparação dos consumidores para detectar os defeitos e os riscos que estes comportam, vá estabelecendo normas e directivas (padrões) de segurança e qualidade, para prevenir ou diminuir os acidentes provocados por tais produtos”<sup>226</sup>.

As consequências devastadoras de alguns desses acidentes (*v. g.*, no âmbito dos medicamentos, entre outros, o caso *Contergan*<sup>227</sup>) ganharam ressonância pública e exigiram não só a formalização jurídica de mecanismos de protecção do consumidor, encarado como a parte mais frágil da relação de consumo, como também a criação de formas de resolução de eventuais conflitos entre os agentes económicos. Os direitos do consumidor consolidaram-se, tendo sido criados institutos jurídicos para a sua protecção e concretização. Simultaneamente, como

---

<sup>225</sup> Sublinhando esta ideia, SILVA, João Calvão, *Responsabilidade Civil do Produtor*, *op. cit.*, p. 19.

<sup>226</sup> SILVA, João Calvão da, *Responsabilidade Civil do Produtor*, *op. cit.*, p. 19.

<sup>227</sup> Sobre outros casos de consequências danosas provocadas pelo uso ou consumo de medicamentos veja-se SOUSA, Susana Aires de, «Medicamentos e responsabilidade criminal...», *op. cit.*, p. 81 e ss.



reverso da mesma medalha, acentuou-se a responsabilidade do produtor no mundo jurídico.

Com efeito, a legislação em torno da protecção do consumidor, muito por influência do direito comunitário transposto pelos Estados-membros, aumentou consideravelmente nas últimas décadas, abarcando diversos aspectos como por exemplo, no âmbito do nosso ordenamento jurídico, um regime legal de defesa dos consumidores (Lei n.º 24/96, de 31 de Julho); mecanismos processuais que conferem celeridade ao exercício dos direitos dos consumidores (*v. g.* a Lei n.º 25/2004, de 8 de Julho, o Decreto-Lei n.º 425/86, de 27 de Dezembro, a Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto); a protecção do consumidor na celebração de determinado tipo de contratos como os contratos financeiros celebrados à distância (Decreto-Lei n.º 95/2006, de 29 de Maio) ou com recurso a cláusulas contratuais gerais (Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, Decreto-Lei n.º 220/95, de 31 de Agosto, Decreto-Lei n.º 249/99, de 7 de Julho); a clarificação das obrigações dos produtores e fabricantes em matéria de produtos perigosos (Decreto-Lei n.º 69/2005, de 17 de Março); o regime legal de segurança dos produtos (Decreto-Lei n.º 311/95, de 20 de Novembro e Decreto-Lei n.º 16/2000, de 29 de Fevereiro); a responsabilidade por produtos defeituosos (Decreto-Lei n.º 383/89, de 6 de Novembro e Decreto-Lei n.º 131/2001, de 24 de Abril). Esta regulamentação realiza-se essencialmente no âmbito do direito civil, sendo a violação destas normas sancionada em primeira linha por via dos institutos de reparação próprios deste ramo do direito e, nos casos mais graves, pelo direito administrativo sancionador.

Desta enumeração resulta imediatamente que a protecção do consumidor se tornou juridicamente complexa. O estudo da protecção civil do consumidor e da responsabilidade civil do produtor estão fora do núcleo central problemático desta investigação. Todavia, uma correcta delimitação do problema da responsabilidade criminal pelo produto, centro das nossas preocupações, não pode deixar de pressupor, a montante, uma brevíssima caracterização da responsabilidade do produtor a partir de outras perspectivas jurídicas, como a civil ou a administrativa. Só assim, se poderá ponderar, a jusante, elementos fundamentais de uma

responsabilização criminal, como a observância dos princípios da *ultima ratio* e da mínima intervenção a que está vinculado o legislador penal.

Por esta razão, importa considerar, ainda que de forma fragmentária, entre os diplomas legais indicados, aqueles que se referem à responsabilidade do produtor por bens defeituosos e perigosos. Com efeito, o problema principal da presente investigação relaciona-se com a determinação da responsabilidade criminal pelo produto nos casos em que do uso do produto resultam danos para bens jurídicos de relevância criminal como a vida ou a saúde. Assim, compreende-se que dos aspectos jurídicos enumerados, aqueles que podem ter maior relevância no estudo da questão criminal sejam os regimes legais relativos à responsabilidade por produtos defeituosos e perigosos.

Todavia, antes de se entrar especificamente no problema da responsabilidade civil e criminal no âmbito da produção e comercialização de bens, justifica-se uma aproximação a algumas realidades conceituais necessárias à sua compreensão.

## **1. Produto**

São várias as fontes de direito comunitário que estabelecem uma definição de produto pautada, porém, pelo contexto normativo em que se inserem os específicos diplomas. Neste âmbito, estabeleceu-se uma definição jurídica de produto, num primeiro momento, em matéria de protecção perante produtos defeituosos. Com efeito, a Directiva 85/374/CEE do Conselho, de 25 de Julho de 1985, referente à responsabilidade civil do produtor, previa, no seu artigo 2.º, a noção de produto, nos termos da qual, se entende “por produto qualquer bem móvel, excluindo as matérias-primas agrícolas e os produtos da caça, mesmo se estiver incorporado noutra bem móvel ou imóvel”<sup>228</sup>.

Esta noção seria transposta para o ordenamento jurídico português pelo Decreto-Lei n.º 383/89, de 6 de Novembro, que introduziu no direito interno a

---

<sup>228</sup> Sobre o contexto histórico envolvente desta Directiva, bem como o impacto que teve na maioria dos ordenamentos europeus, veja-se GOYENS, Monique, (ed.), *La Directive 85/374/CEE relative à la Responsabilité du Fait des Produits: Dix Ans Après*, Louvain-la-Neuve: Centre de Droit de la Consommation, 1996. Também PARRA LUCÁN, María Angeles, *Daños por Productos y Protección del Consumidor*, Barcelona: Jose Maria Boch Editor, 1990, p. 478 e ss.

responsabilidade objectiva por produtos defeituosos. Todavia, o conceito seria revisto pelo Decreto-Lei n.º 131/2001, de 24 de Abril, diploma que transpôs para o direito português a Directiva n.º 1999/34/CE, de 10 de Maio, e que teve como principal objectivo alargar o princípio da responsabilidade objectiva, incluindo naquela noção os produtos agrícolas primários<sup>229</sup>. Deste modo, nos termos do artigo 1.º desta Directiva considera-se, para efeitos de responsabilidade por produtos defeituosos, qualquer bem móvel, mesmo se incorporado noutro bem móvel ou imóvel. No texto normativo esclarece-se ainda que “a palavra produto designa igualmente a electricidade”.

A fim de proteger a saúde e a segurança dos consumidores, a legislação comunitária, através da Directiva 92/59/CEE do Conselho, prevê ainda que só possam ser colocados no mercado produtos seguros. Este diploma foi transposto para a ordem jurídica portuguesa pelo Decreto-Lei n.º 311/95, de 20 de Novembro, que no seu artigo 2.º, n.º 1, alínea *a*), consagra a definição de produto prevista no artigo 2.º da Directiva. Segundo aquele preceito, para efeitos daquele diploma, entende-se por produto “qualquer bem, novo, usado ou recuperado, destinado aos consumidores ou susceptível de por eles ser utilizado, fornecido a título oneroso ou gratuito, no âmbito de uma actividade profissional, com excepção de imóveis”. Na alínea *b*) esclarece-se que deve entender-se por produto seguro “qualquer produto que, em condições de uso normal ou razoavelmente previsível, incluindo de duração, não apresente quaisquer riscos ou apresente apenas riscos reduzidos, compatíveis com a sua utilização e considerados aceitáveis de acordo com um nível elevado de protecção da saúde e segurança das pessoas”<sup>230</sup>.

---

<sup>229</sup> Esta extensão do âmbito da aplicação da responsabilidade objectiva do produtor ocorre, em grande parte, por causa das dúvidas relacionadas com a doença das “vacas loucas” no contexto da saúde humana. Por esta via, previu-se a obrigação de incluir os produtos agrícolas primários, não transformados, no âmbito da responsabilidade objectiva do produtor, de modo a restabelecer a confiança dos consumidores na segurança da produção agrícola, conforme nos dá conta SILVA, João Calvão da, *Compra e Venda de Coisas Defeituosas (Conformidade e Segurança)*, Coimbra: Livraria Almedina, 2006, p. 180 e 189.

<sup>230</sup> O legislador acrescenta, na restante parte do preceito, alguns critérios para a aferição da segurança do produto: as características do produto, designadamente a sua composição; os efeitos sobre outros produtos, quando seja razoavelmente previsível a sua utilização conjunta; a apresentação, embalagem, rotulagem, eventuais instruções de utilização, montagem, conservação e eliminação, bem como qualquer outra indicação ou informação do produtor; as categorias de consumidores que se encontrem em condições de maior risco ao utilizar o produto, especialmente

Em finais de 2001, o Parlamento Europeu e o Conselho adoptaram uma nova directiva sobre a segurança geral dos produtos que, revogando a Directiva 92/59/CEE, alterou, entre outros aspectos, a noção de produto no sentido de abranger todos os produtos colocados no mercado, incluindo aqueles que são utilizados para a prestação de um serviço. Trata-se da Directiva 2001/95/CE, de 3 de Dezembro<sup>231</sup>. Esta ampliação do conceito de produto foi plasmada na ordem jurídica portuguesa através da alínea *a*) do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 69/2005, de 17 de Março, que transpôs aquela directiva<sup>232</sup>. Este diploma estabelece ainda uma clara definição das obrigações dos produtores e dos distribuidores em matéria de segurança dos produtos, incluindo a obrigação de retirada do mercado e de recolha de produtos perigosos colocados no mercado (artigos 6.º, n.º 1, alínea *b*) e 7.º, n.º 2, alínea *d*). A violação destas obrigações faz incorrer o produtor em responsabilidade contra-ordenacional, nos termos do artigo 27.º. De acordo com o disposto nesta norma, a contra-ordenação não exclui a possibilidade de aplicação de outras sanções, nas quais se incluem, segundo cremos, as sanções de natureza penal<sup>233</sup>.

As definições de produto acabadas de referir têm naturalmente o seu âmbito de aplicação limitado aos regimes legais a que se referem e onde estão previstas. Assim se compreende a sua não coincidência. Com efeito, a noção de produto para efeitos de segurança e saúde dos consumidores é mais ampla do que a noção de

---

as crianças. O Decreto-Lei n.º 69/2005, de 17 de Março, acrescentaria àquela categoria de consumidores, para além das crianças, os idosos.

<sup>231</sup> Interessante notar a referência ao princípio da precaução no Preâmbulo da Directiva 2001/95/CE. Ao expor-se os motivos que fundamentam alterações nesta matéria, refere-se a necessidade de reforçar ou clarificar algumas das disposições da directiva revogada “à luz da experiência e dos novos e relevantes desenvolvimentos no domínio da segurança dos produtos de consumo, assim como das alterações introduzidas no Tratado, em especial nos artigos 152.º, relativo à saúde pública, e 153.º, relativo à defesa dos consumidores, e à luz do princípio da precaução”.

<sup>232</sup> Segundo aquela alínea entende-se por *produto* “qualquer bem, novo ou usado, recuperado ou utilizado no âmbito de uma prestação de serviços, destinado aos consumidores ou susceptível de, em circunstâncias razoavelmente previsíveis, por eles ser utilizado, mesmo que lhes não seja destinado, fornecido ou disponibilizado, a título oneroso ou gratuito, no âmbito de uma actividade profissional, com excepção de bens imóveis”. A alínea seguinte refere-se à definição de produto seguro.

<sup>233</sup> A responsabilidade criminal em matéria de produção de bens no âmbito do ordenamento jurídico português será tratada de forma específica na terceira parte. A justificação desta opção sistemática liga-se a uma mais profunda análise crítica que pretende realizar-se do direito constituído, de modo a colmatar as lacunas existentes por intermédio de uma proposta de direito a constituir. Nela se contemplará também a obrigação de retirada de produtos perigosos para a saúde e a vida dos consumidores.

produto para efeitos de responsabilidade objectiva do produtor de bens defeituosos, designadamente por via da referência aos serviços no conceito de produto. Todavia, na medida em que a Directiva 2001/95 e o Decreto-Lei n.º 69/2005 abrangem apenas os bens destinados aos consumidores ou susceptíveis de por eles serem utilizados (artigo 2.º, alínea *a*) da Directiva e artigo 3.º, alínea *a*) daquele Decreto-Lei), pelo que têm um alcance mais restrito quando comparados com o regime da responsabilidade objectiva do produtor, voltada para a protecção de qualquer pessoa e não apenas do consumidor (artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 383/89)<sup>234</sup>.

Ainda assim, estas normas apresentam traços semelhantes. Desde logo, no núcleo das três directivas está a mesma exigência de garantia de segurança dos produtos como forma de protecção da vida, da saúde e do património das pessoas e, em particular, dos consumidores<sup>235</sup>.

Porém, do ponto de vista do regime legal há também algumas aproximações a assinalar. Ambos excluem as coisas imóveis do regime de responsabilidade previsto. Neste sentido, a responsabilidade do produtor por bens defeituosos ou perigosos confina-se às coisas móveis, nos termos em que são definidas pelo direito comum, ou seja, de acordo com o disposto nos artigos 204.º e 205.º do Código Civil<sup>236</sup>. No conceito de coisa móvel cabem tanto os bens de consumo como os bens de produção. Por outro lado, muito embora em primeira linha se pretenda abranger os bens industriais, cabem também no conceito de produto os bens artesanais ou manufacturados (*v. g.*, medicamentos manipulados). Tome-se, neste contexto, a definição de Calvão da Silva, pensada para o âmbito da responsabilidade por produtos defeituosos, mas que julgamos ser válida, se lhe adicionarmos a prestação de serviços, no âmbito da segurança dos produtos em geral: “numa visão geral, produtos são, portanto, as coisas móveis, sejam bens de consumo, bens de produção, bens industriais ou bens artesanais e artísticos, de que são exemplos os medicamentos, os cosméticos, os alimentos, o vestuário, os electrodomésticos, os brinquedos, as máquinas, os aparelhos eléctricos e electrónicos, os automóveis, os

---

<sup>234</sup> Cf., quanto a este último aspecto, SILVA, João Calvão da, *Compra e Venda de Coisas Defeituosas*, *op. cit.*, p. 190.

<sup>235</sup> Neste sentido, SILVA, João Calvão da, *Compra e Venda de Coisas Defeituosas*, *op. cit.*, p. 180.

<sup>236</sup> Neste sentido, SILVA, João Calvão da, *Responsabilidade Civil do Produtor*, *op. cit.*, p. 602.

aviões, os barcos, os cigarros, os insecticidas, os pesticidas, a gasolina e o gasóleo, as tendas de campismo e casas pré-fabricadas desmontáveis, etc., etc.”<sup>237</sup>

## 2. Responsabilidade pelo *tipo* e pelo *modo* de produção

Na concretização da noção de produto já se deixou antever uma outra distinção possível entre produto perigoso e produto defeituoso, denunciada, desde logo, pelo diferente enquadramento legal. Todavia, existe uma sobreposição parcial destas definições, na medida em que se há defeitos perfeitamente inócuos do ponto de vista da saúde e segurança (*v. g.*, porque tornam o produto inoperacional), outros há que conferem aos produtos uma natureza perigosa (*v. g.*, o defeito no sistema de travões de um veículo).

Não obstante, é possível, pelo menos no plano teórico, distinguir actividades produtivas que, atendendo ao tipo de produção, são por natureza perigosas. A este propósito fala-se em *responsabilidade pelo tipo de produção*, em contraposição a uma *responsabilidade pelo modo de produção*<sup>238</sup>.

Assim, a primeira refere-se “à espécie de actividade produtiva globalmente considerada”, concedendo particular relevo àqueles sectores de actividade que apresentam um elevado grau de perigosidade<sup>239</sup>. Essa perigosidade não se reflecte apenas no próprio processo produtivo, como pode assumir também uma dimensão externa mais alargada, capaz de alcançar domínios que se situam à margem da actividade. Trata-se, por excelência, de sectores produtivos dominados pela adopção de medidas cautelares e pela vigência do princípio da precaução. Como exemplo de actividades produtivas dotadas de elevado grau de perigosidade pode apontar-se, entre outras, a produção de energia nuclear ou de bens geneticamente

---

<sup>237</sup> Cf. *Responsabilidade Civil do Produtor*, *op. cit.*, p. 607-608. O autor não inclui os produtos agrícolas primários porque escreve antes da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 131/2001, de 24 de Abril.

<sup>238</sup> Sobre esta distinção veja-se BRICOLA, Franco, «Responsabilità penale per il tipo e il modo di produzione», *in: La Responsabilità dell'impresa per i Danni all'ambiente e ai Consumatori*, Milano: Giuffrè Editore, 1978, p. 75 e ss.; PIERGALINI, Carlo, *Danno da Prodotto e Responsabilità Penale...*, *op. cit.*, p. 40 e ss.

<sup>239</sup> BRICOLA, Franco, «Responsabilità penale per il tipo e il modo di produzione», *op. cit.*, p. 77. Também PIERGALINI, Carlo, *Danno da Prodotto e Responsabilità Penale...*, *op. cit.*, p. 40.

modificados<sup>240</sup>. A perigosidade de certo tipo de actividades, bem como a ocorrência de acidentes com consequências desastrosas, como os casos Chernobyl ou Seveso, levaria à adopção de instrumentos de prevenção de acidentes industriais com substâncias perigosas. Como exemplo pode apontar-se, logo em 1982, a adopção no espaço europeu da Directiva 82/501, de 24 de Junho, mais conhecida por Directiva Seveso por ser a resposta europeia a um grave acidente industrial com substâncias perigosas ocorrido, em 1976, nas fábricas da *Industria Chimica Meda Società*, com graves consequências na região de Seveso, perto de Milão<sup>241</sup>.

Como já se referiu, o direito comunitário foi progressivamente integrando o princípio da precaução num conjunto crescente de diplomas, como resposta às necessidades de protecção face aos processos produtivos dotados de elevada perigosidade, de modo a delimitar espaços de desenvolvimento daquelas actividades em situação de segurança. Como sublinha Piergalini, a responsabilidade pelo tipo de produção relaciona-se de forma imediata, do ponto de vista sistemático, com a ideia de risco permitido, pois em causa estão actividades admitidas ou permitidas pelo ordenamento jurídico, não obstante o seu grau de perigosidade. Compreende-se assim que a permissão dessas actividades esteja dependente da observância de deveres de cuidado e da adopção de medidas de precaução estabelecidas normativamente e que podem implicar, nos casos mais graves, a própria paralisação da actividade.

A *responsabilidade pelo modo de produção* refere-se à adopção de medidas que minimizem ou excluam o risco relacionado com o acto ou a função de produzir. Não se trata de actividades industriais perigosas, pelo tipo de produção em causa, mas antes do risco inerente a qualquer acto de produção. Assim, em causa estão

---

<sup>240</sup> PIERGALINI, Carlo, *Danno da Prodotto e Responsabilità Penale...*, *op. cit.*, p. 769 e ss. e nota 93, dá ainda como exemplo de responsabilidade pelo tipo de produção o uso do amianto. Este autor analisa em particular um caso julgado pela jurisprudência italiana, que conduziria à condenação criminal em primeira instância do empregador pela morte de um seu trabalhador exposto ao amianto durante largos anos, com fundamento na omissão de medidas preventivas. Sobre esta decisão e a sua alteração em recurso veja-se, daquele autor, «Attività produttive e imputazione per colpa: prove tecniche di “diritto penale del rischio”», *RTDPP 1997*, p. 1448 e ss. A evolução dos estudos sobre o carácter perigoso desta substância para a saúde humana levaria à sua proibição e limitação, em determinadas circunstâncias, no espaço da União Europeia, através da Directiva 1999/77/CE, transposta para a ordem jurídica portuguesa pelo Decreto-Lei n.º 101/2005, de 23 de Junho.

<sup>241</sup> Cf. ARAGÃO, Alexandra, «Dimensões europeias do princípio da precaução», *op. cit.*, p. 246.

quer os danos sofridos no exercício da actividade produtiva (por exemplo, danos na integridade física dos trabalhadores, provocados por acidentes de trabalho) quer os danos sofridos pela colectividade, que deve poder confiar na qualidade de produção dos bens comercializados (*v. g.*, a venda de bolos com salmonelas). As regras destinadas a acautelar estes riscos são criadas essencialmente ao abrigo do princípio da prevenção e fundamentam-se no recurso a regras da experiência e a nexos causais alicerçados em princípios científicos conhecidos. As normas de conduta têm em vista eliminar o risco aparentemente dominável e idóneo à produção de resultados danosos<sup>242</sup>.

Assim, uma das notas essenciais de distinção entre estes dois tipos de responsabilidade prende-se com a natureza dos riscos em causa. No primeiro caso, destacam-se riscos associados a consequências desconhecidas e imprevisíveis que importa precaver; no segundo caso, estão em causa riscos cujos efeitos são previsíveis e que têm de ser prevenidos através da observância de regras de cuidado. Neste sentido, os princípios da precaução e da prevenção podem, da nossa perspectiva, ser mobilizados como auxílio na distinção entre *responsabilidade pelo tipo e pelo modo de produção*.

Considera Carlo Piergalini que a responsabilidade penal do produtor pelos danos provocados pelo produto é transversal à responsabilidade pelo tipo ou pelo modo de produção. Em nosso modo de ver, essa responsabilidade penal tem o seu lugar primário no âmbito da responsabilidade pelo *modo de produção*, como forma de prevenir que do processo de produção e comercialização dos bens resultem danos para bens jurídicos essenciais do consumidor. Será este o cenário onde as condutas lesivas pressupõem a previsibilidade necessária à intervenção penal, como se verá mais especificamente na terceira parte deste trabalho. As dificuldades em legitimar uma responsabilidade penal pelo *tipo de produção* prendem-se com os argumentos que expusemos quando tratámos da conexão entre o princípio da precaução e o direito penal<sup>243</sup>. Como aí se referiu, a intervenção penal só pode admitir-se dentro de

---

<sup>242</sup> Cf., de modo desenvolvido, PIERGALINI, Carlo, *Danno da Prodotto e Responsabilità Penale...*, *op. cit.*, p. 45.

<sup>243</sup> *Supra*, § 3, 3.



determinados limites, impostos pela observância dos princípios estruturantes da infracção criminal.

Por último, ambas as responsabilidades, pelo tipo e pelo modo de produção, se referem à tutela da qualidade do produto. Todavia, a qualidade deve ser entendida, neste contexto, com um duplo sentido ou concretização: a *responsabilidade pelo tipo de produção* refere-se à qualidade, no sentido de natureza do produto, ou seja, à sua perigosidade ou, no reverso da medalha, à incerteza sobre a sua segurança; no âmbito da *responsabilidade pelo modo de produção* está em causa a qualidade funcional de determinado produto, de modo a cumprir as funções que lhe são reconhecidas de forma segura e sem causar danos aos consumidores.

### 3. Tipologia de defeitos

O dano susceptível de fundar a responsabilidade, civil ou criminal, do produtor pode ter origem num defeito do produto. Importa assim considerar quais os tipos de defeitos de produtos usualmente identificados na literatura<sup>244</sup>. A este propósito, tendo por critério a fase do processo produtivo onde o defeito tem lugar, é comum distinguir entre defeitos de concepção, de fabrico, de informação e de desenvolvimento.

a) O *defeito de concepção* ocorre no plano da idealização do produto, reportando-se quer a uma errada elaboração do projecto, *v. g.*, a escolha indevida de um certo material, quer a uma concretização defeituosa daquele plano, por exemplo por insuficiência de testes de experimentação. Trata-se de um defeito intrínseco ou estrutural, decorrente de uma incorrecta observação da ciência e da técnica, que

---

<sup>244</sup> Sobre a tipologia de defeitos do produto veja-se PIERGALLINI, Carlo, *Danno da Prodotto...*, *op. cit.*, p. 46 e ss.; DIEDERICHSEN, Uwe, «Wohin treibt die Produzentenhaftung?», *NJW* 1978, Heft 27, p. 1284; REYES LÓPEZ, María José, *Seguridad de Productos y Responsabilidad del Fabricante. Otro Supuesto de Responsabilidad Civil Especial: la del Fabricante por Productos Defectuosos (Análisis de la Ley 22/1994, de 6 de Julio). Cuestiones Materiales y Procesales. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial*, Valencia: Editorial Práctica de Derecho, 1998, p. 84. Entre nós veja-se SILVA, João Calvão da, *Responsabilidade pelo Produtor*, *op. cit.*, p. 655 e ss.; ainda do mesmo autor, *Compra e Venda de Coisas Defeituosas*, *op. cit.*, p. 201 e ss.; SILVEIRA, Diana Montenegro da, *Responsabilidade por Danos Causados por Medicamentos Defeituosos*, Centro de Direito Biomédico, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 149 e ss.

acompanha a vida do produto e que tende a abranger todas as séries produzidas. Neste sentido, é um defeito com especial potencialidade lesiva, que pela sua “ubiquidade” se mostra capaz de afectar um grande número de consumidores.

b) O *defeito de fabrico* tem uma menor extensão pois refere-se a uma anomalia no processo de fabrico, geralmente limitada a algum dos elementos de uma série ou de séries determinadas do produto. Trata-se de um defeito com origem numa falha mecânica do aparelho ou instrumento de produção ou em erro humano do seu operador no processo de realização do bem. Relaciona-se assim com uma falha na avaliação da qualidade do produto. Este defeito constitui um risco previsível, no sentido de ser inevitável, uma vez que nem o uso da melhor técnica consegue a sua eliminação total. Trata-se de um defeito mais facilmente detectável do que o defeito de concepção, na medida em que consiste num desvio ao projecto de fabrico, existindo, assim, um padrão de controlo em face da referência inicial<sup>245</sup>. Como exemplo deste tipo de defeito, com trágicas consequências, pode apontar-se o caso Althane, referente a um dialisador produzido pela empresa Baxter, em que um erro no processo de fabrico terá sido causa da morte de alguns pacientes no processo de diálise<sup>246</sup>.

---

<sup>245</sup> Cf. SILVEIRA, Diana Montenegro da, *Responsabilidade Civil por Danos Causados por Medicamentos Defeituosos*, *op. cit.*, p. 151.

<sup>246</sup> A Baxter acabaria por reconhecer uma forte probabilidade de a causa da morte de algumas dezenas de doentes renais em Espanha, Croácia e Estados Unidos ser um líquido usado nas provas de segurança dos filtros de diálise, durante o processo de fabrico. A 18 de Outubro de 2001, aquela empresa tomaria a decisão de retirar aqueles produtos do mercado e recolher os que já haviam sido distribuídos em hospitais. Divulgou ainda as séries de dialisadores defeituosos que tinham sido vendidas em mais de cinquenta países entre Janeiro de 1998 e 15 de Outubro de 2001. A empresa reconheceria que no processo de fabricação deste produto foram usadas substâncias tóxicas e que nos filtros de alguns dialisadores ficaram resquícios de uma substância química (perfluorohidrocarbono) usada para confirmar a inexistência de fugas naqueles filtros. Por alguma razão não apurada, esta substância não só não foi totalmente removida após a realização dos testes, como também não foi detectada pelos testes de qualidade e eficiência. As consequências desastrosas explicam-se porque à temperatura ambiente usual no processo de fabricação aquela substância se encontra no estado líquido; no entanto, ao atingir a temperatura corporal, converte-se em gás. Durante o tratamento de hemodiálise o gás circulou pela corrente sanguínea provocando embolias nos pacientes e causando-lhes, em último termo, a morte. Sobre este caso veja-se RAMOS GONZÁLES, Sónia, *Responsabilidade Civil por Medicamento: Defectos de Fabricación, de Diseño y en las Advertencias o Instrucciones*, Madrid: Civitas, 2004, p. 37; CRUZ SANDOVAL, Judith, *La Crisis y su Influencia en las Estrategias de Comunicación Organizacional*, Universidad Autónoma de Barcelona, 2004, p. 23 (disponível em <http://www.tesisenxarxa.net>); CANAUD, Bernard, «Performance liquid test as cause for sudden deaths of dialysis patients: perfluorohydrocarbon, a previously unrecognized

c) O *defeito de informação* consiste em comercializar um produto sem fornecer adequada informação sobre os perigos conexos, sobre as instruções ou modo de emprego, ou ainda sobre advertências no seu uso. A deficiência de informação pode ocorrer tanto por via de uma completa omissão como por falta de informação completa. Desta forma, o *deficit* de informação comporta um risco capaz de pôr em causa a segurança dos consumidores, uma vez que, ainda que desprovido de um defeito intrínseco (de projecção ou execução), o produto é posto em circulação sem as adequadas instruções, advertências, indicações dos perigos, contra-informações, informações sobre a sua qualidade, propriedades e componentes, efeitos secundários, etc. Trata-se, por isso, de vícios que, contrariamente aos defeitos de fabrico e concepção, são extrínsecos ao próprio produto<sup>247</sup>. Todavia, de modo semelhante aos defeitos de concepção, abrangem toda a série ou séries fabricadas, porque apesar de bem concebido e fabricado o produto se tornou “perigoso e defeituoso por omissão ou inadequação das instruções, advertências ou avisos e instruções acerca dos riscos que o seu uso comporta”<sup>248</sup>.

d) Os *defeitos (ou riscos) de desenvolvimento* referem-se aos riscos desconhecidos no momento da produção e /ou comercialização do produto devido à insuficiência da ciência e da técnica àquele tempo. À semelhança dos defeitos de concepção e de informação, afectam toda a série ou séries fabricadas. Os danos que resultam como consequência tendem a ser inevitáveis e imprevisíveis, uma vez que o conhecimento científico não permite estabelecer com segurança o grau de perigo destes bens. Trata-se de um âmbito de aplicação por excelência do princípio da precaução, atrás caracterizado, e referente a sectores como o da medicina e dos medicamentos, o dos bens alimentares geneticamente modificados ou o dos produtos químicos.

---

hazard for dialysis patients», *in: Nephrol Dial Transplant* 17 (2002), p. 545-548; SOUSA, Susana Aires de, «Medicamentos e responsabilidade criminal: problemas jurídico-criminais suscitados a partir de uma análise casuística», *Lex Medicinæ* 5 (2008), p. 84

<sup>247</sup> Cf. SILVA, João Calvão da, *Responsabilidade pelo Produtor*, *op. cit.*, p. 659.

<sup>248</sup> Cf. SILVA, João Calvão da, *Compra e Venda de Coisas Defeituosas*, *op. cit.*, p. 205.

e) Por fim, acrescenta-se uma última nota referente a uma outra distinção de diferente natureza, com relevância em termos de protecção civil (e também criminal) do consumidor. Os defeitos do produto, atendendo ao carácter do dano causado, podem ser agrupados, em dois tipos. Por um lado, *defeitos relacionados com a falta de segurança do produto*; por outro, a *inconformidade do bem com o fim a que se destina*. Estas classificações não se confundem, na medida em que há bens que, sendo idóneos ao seu fim, são susceptíveis de pôr em causa interesses pessoais do consumidor como a sua integridade física (*v. g.*, o detergente facilmente inflamável); por outro lado há outros bens que, apesar de impróprios para o seu fim, não põem em causa a segurança do consumidor (por exemplo, o automóvel que não anda)<sup>249</sup>. Esta distinção é clara e evidente no âmbito do direito civil, onde o regime da responsabilidade objectiva do produtor, previsto pelo Decreto-Lei n.º 383/89, bem como a responsabilidade prevista no Decreto-Lei n.º 69/2002, se restringem ao âmbito da falta de segurança do produto; por sua vez, o regime legal da responsabilidade contratual pela venda de coisa defeituosa, previsto no artigo 913.º e ss. do Código Civil, refere-se à falta de qualidade ou de conformidade jurídica ou material da coisa vendida<sup>250</sup>.

Também no âmbito do direito penal se pode distinguir uma dupla projecção da qualidade do produto em termos de bens perigosos e inseguros, por um lado, e bens impróprios para consumo, por outro, sendo aliás esta distinção historicamente reconhecida nos diplomas voltados para a protecção penal do consumidor. Na legislação actual essa dicotomia reflecte-se, ainda que de forma lacunosa, no artigo 282.º do Código Penal quanto à perigosidade dos bens e nos artigos 23.º e 24.º do Decreto-Lei n.º 28/84 quanto à sua impropriedade<sup>251</sup>.

---

<sup>249</sup> Sobre esta distinção, SILVA, João Calvão da, *Responsabilidade pelo Produtor*, *op. cit.*, p. 634 e s. Também o Acórdão da Relação do Porto de 17 de Junho de 2004, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>250</sup> Sobre a falta de conformidade jurídica e material da coisa vendida veja-se SILVA, João Calvão da, *Compra e Venda de Coisa Defeituosa*, *op. cit.*, p. 29 e ss. e p. 40 e ss. O autor esclarece que o clássico regime da venda de coisas defeituosas tem directamente em vista os vícios intrínsecos, estruturais e funcionais da coisa, o que inclui desde logo os defeitos de concepção e os defeitos de fabrico aptos a tornar a coisa imprópria para o fim que lhe é contratualmente reconhecido. Todavia, não cabem neste regime os vícios extrínsecos como os defeitos de informação, em que a responsabilidade subjectiva do vendedor decorre da violação da obrigação de informação e de segurança.

<sup>251</sup> Uma análise pormenorizada destas normas é efectuada *infra*, § 13, 2.

## § 5. Elementos de uma responsabilidade civil do produtor

### 1. O contexto histórico e a *strict liability*

De quanto se expôs, resulta já indiciado o diferente estágio de desenvolvimento entre o regime legal da responsabilidade civil e o da responsabilidade penal pelo produto, quer do ponto de vista da literatura, quer da jurisprudência. O tratamento sistemático do primeiro tipo de responsabilidade enunciado extravasa o âmbito do objecto de investigação proposto. Ainda assim, no contexto deste trabalho, justifica-se uma breve referência às principais características da responsabilidade civil. Trata-se de um estudo limitado que toma por objectivo essencial aclarar os distintos percursos e soluções seguidos pela responsabilidade civil e criminal em matéria de produção de bens perigosos para interesses dos consumidores.

A responsabilidade civil foi de facto o primeiro mecanismo jurídico a ser convocado para dar resposta ao fenómeno dos danos causados por produtos, na prossecução de uma dupla finalidade de reparação e de prevenção. Por via do labor doutrinal e jurisprudencial, este tipo de responsabilidade conheceu, durante o século XX, uma expansão do seu âmbito de actuação em vista da tutela de novos interesses reconhecidos e assumidos pela ordem jurídica como seus, de que constituem exemplo máximo os interesses dos consumidores. Por sua vez, esta expansão está necessariamente ligada a uma mudança, não fracturante, mas antes de contínua evolução, nos modelos de responsabilidade civil e, conseqüentemente, nos mecanismos de redistribuição dos custos e perdas resultantes de acontecimentos danosos<sup>252</sup>. Com efeito, os estudos doutrinários e as decisões jurisprudenciais, referidos primariamente ao sistema da *common law*, afastaram-se de modo decisivo da responsabilidade clássica dominante no século XIX e assente na ideia de que por

---

<sup>252</sup> Cf. PIERGALINI, Carlo, *Danno da Prodotto e Responsabilità Penale*, *op. cit.*, p. 110. Também SCHMID, Niklaus, «Von der zivilrechtlichen zur strafrechtlichen Produktehaftung», *Festschrift für Max Keller*, Zurich: Schulthess, 1989, p. 647 e ss.

princípio “*the loss from accident must lie where it falls*”<sup>253</sup>. Ou seja, o dano deve ser suportado por aquele que o sofre a não ser que possa ser imputado, de forma censurável, a outrem, que incorre então na obrigação de o reparar. Como sublinha Carlo Piergalini, este modelo de responsabilidade tem ínsito, para além de uma finalidade de reparação, uma *ratio* punitiva, numa relação “quase edipiana”<sup>254</sup> com a responsabilidade penal, assente no carácter culposo e censurável do acto praticado pelo agente. Neste quadro de compreensão, a culpa constitui fundamento essencial da responsabilidade civil, sendo a ausência da sua prova sinónimo, não de responsabilidade objectiva, mas de não-responsabilidade<sup>255</sup>.

Ora, a evolução da responsabilidade civil ao longo do século XX, impulsionada também pela mudança de paradigma nas funções reconhecidas ao novo Estado social e de previdência, corresponde a uma alteração desta perspectiva punitiva dos danos para uma finalidade de reparação no plano civil. A responsabilidade civil ganha progressivamente um fim redistributivo dos custos que os danos importam. Conjugam-se um conjunto de circunstâncias favoráveis à erosão do princípio da culpa e à abertura do conceito de causalidade, antes fechado sobre um modelo dedutivo-nomológico, a um modelo indutivo-probabilístico<sup>256</sup>. Neste contexto, os danos causados por produtos defeituosos constituíram um terreno fértil para a construção de uma responsabilidade civil objectiva, especialmente evidente na experiência casuística da *common law*<sup>257</sup>.

Assumem particular relevância neste contexto, pela sua importância quanto a uma progressiva afirmação da responsabilidade do produtor, as conclusões do juiz Roger Traynor formuladas no caso *Gladys Escola vs. Coca-Cola Bottling*<sup>258</sup>. Embora o

---

<sup>253</sup> HOLMES, Oliver, *The Common Law*, Boston, 1881, p. 88, *apud* PIERGALINI, Carlo, *Danno da Prodotto e Responsabilità Penale...*, *op. cit.*, p. 111. Sobre o pensamento de Oliver Wendell Holmes veja-se RABIN, Robert L., «Past as prelude: the legacy of five landmarks of twentieth-century injury law or the future of torts», *in: Exploring Tort Law* (ed. M. Stuart Madden), Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo: Cambridge University Press, 2005, p. 60 e ss.

<sup>254</sup> A expressão é de PIERGALINI, Carlo, *Danno da Prodotto e Responsabilità Penale...*, *op. cit.*, p. 112.

<sup>255</sup> PIERGALINI, Carlo, *Danno da Prodotto e Responsabilità Penale...*, *op. cit.*, p. 111.

<sup>256</sup> Sobre estes modelos causais ver § 8, 3.

<sup>257</sup> Neste sentido, PIERGALINI, Carlo, *Danno da Prodotto e Responsabilità Penale*, *op. cit.*, p. 114, com referência aos *leading precedents* em matéria de responsabilidade do produtor.

<sup>258</sup> Trata-se de um caso decidido pelo *California Supreme Court*, em 1944, cuja matéria de facto se resume, nos seus traços essenciais, do seguinte modo: uma garrafa de coca-cola explodiu nas mãos

caso tenha sido resolvido no quadro da doutrina da negligência, impôs-se, na história da responsabilidade objectiva do produtor, a *concurring opinion* daquele juiz, defendendo um regime de *strict liability* (responsabilidade objectiva) aplicável aos produtores de bens defeituosos que causem, em virtude desse defeito, um dano na saúde do consumidor. Da sua perspectiva, era tempo de se ultrapassar o limite subjectivo imposto pela negligência em casos de responsabilidade por produtos defeituosos<sup>259</sup>. A sua argumentação encaminha-se justamente no sentido de que os produtores são aqueles que se encontram em melhor posição para acautelar os riscos advindos dos defeitos dos seus produtos, reconhecendo indirectamente à regra da responsabilidade absoluta do produtor um efeito preventivo daqueles danos<sup>260</sup>. Assim, com base numa argumentação de forte pendor financeiro, entendeu-se que o produtor tenderia a prevenir a ocorrência daqueles danos, por via da “internalização” dos custos que deles derivam<sup>261</sup>.

---

de empregada de restaurante quando esta a colocava no frigorífico. A mulher viria a sofrer lesões físicas na mão. Não se provou que a garrafa tivesse sido mal usada. Outras garrafas explodiram sem explicação aparente. Em consequência, o tribunal concluiu pelo defeito da garrafa e pela actuação negligente do produtor no momento de fabrico do bem. Embora a questão tenha sido decidida com base na doutrina da negligência, um dos juizes do caso – o juiz Roger Traynor – defendeu a regra da *strict liability* do produtor para casos como este em que produtos defeituosos causam danos nos consumidores, a qual viria a ser adoptada vinte anos mais tarde. A sentença está parcialmente disponível em <http://academic.udayton.edu/caseslawecon/torts/escola%20v%20cola.pdf>

<sup>259</sup> Para uma exposição completa dos seus argumentos, RABIN, Robert L., *Exploring Tort Law*, *op. cit.*, p. 66 e ss.

<sup>260</sup> Nas suas palavras: “*It is to the public interest to discourage the marketing of products having defects that are a menace to the public. If such products nevertheless find their way into the market it is to the public interest to place the responsibility for whatever injury they may cause upon the manufacturer, who, even if he is not negligent in the manufacture of the product, is responsible for its reaching the market. However intermittently such injuries may occur and however haphazardly they may strike, the risk of their occurrence is a constant risk and a general one. Against such a risk there should be general and constant protection and the manufacturer is best situated to afford such protection*”.

<sup>261</sup> Uma responsabilidade objectiva do produtor é definitivamente afirmada e aplicada pelo tribunal no caso *Greenman vs. Yuba Power Products*, em 1963, novamente pelo juiz Roger J. Traynor. O produto em causa era uma máquina combinada para trabalhar a madeira. Devido a um defeito de concepção e de fabrico, solta-se uma peça de madeira que atinge a vítima na testa causando-lhe sérias lesões. Na decisão que condena o produtor, o tribunal afirma que, no caso dos produtos defeituosos, “the liability is not governed by the law of contract warranties, but by the law of *strict liability* in torts.” O tribunal formula ainda, como conclusão, a regra da *strict liability in torts*, no sentido de que um produtor é objectivamente responsável quando um artigo que colocou no mercado se apresenta defeituoso e causa danos a quem o usa. Esta decisão (parcialmente disponível em [http://en.wikisource.org/wiki/Greenman\\_v.\\_Yuba\\_Power\\_Products,\\_Inc.](http://en.wikisource.org/wiki/Greenman_v._Yuba_Power_Products,_Inc.)) constituiu um marco decisivo para o desenvolvimento e êxito de uma responsabilidade objectiva do produtor. Sobre a importância desta decisão, SILVA, João Calvão da, *Responsabilidade Civil do Produtor*, *op. cit.*, p. 440 e PIERGALINI, Carlo, *Danno da Prodotto e Responsabilità Penale*, *op. cit.*, p. 116.

Esta nova doutrina da *strict liability* expande-se nos tribunais americanos e ganha consagração formal, em 1965, no *Restatement of Torts*, que não tendo o carácter de lei, serve de guia de orientação aos juízes, funcionando como uma espécie de código oficioso<sup>262</sup>.

Formula-se assim, no quadro da produção, uma responsabilidade pela assunção de um risco. Sendo o risco de defeito, designadamente de defeito de fabrico, calculável, o produtor tende a tratá-lo como um custo que pode incluir no valor dos produtos, pelo que, nesse sentido, o produtor é visto como o *cheapest cost avoider*. A este propósito acrescenta-se, em jeito de nota marginal, que o princípio de que o produtor é aquele que está em melhor posição para satisfazer os danos causados por produtos defeituosos é acompanhado por uma ideia de redistribuição dos custos dos danos, na medida em que o produtor tende a incluir esses custos no valor dos preços, repartindo-os pelos consumidores, ou seja, pela colectividade. Abre-se assim a porta à discussão em torno da teoria económica do dano<sup>263</sup> e dos limites que, do ponto de vista económico, se têm vindo a apontar, nas últimas décadas, à responsabilidade civil objectiva<sup>264</sup>.

A responsabilidade do produtor encontra as razões da sua definitiva afirmação no plano jurídico nas dificuldades em adaptar as clássicas categorias do ilícito aquiliano – igualmente próximas ao ilícito penal – às situações de danos causados por produtos defeituosos, em particular, a actuação culposa, o nexo de causalidade e o concurso de responsabilidades<sup>265</sup>.

No âmbito desta investigação, dedicada em primeira linha aos problemas causais situados na responsabilidade penal pelo produto, importa fazer referência à erosão do nexo de causalidade que acompanhou a objectivação da responsabilidade civil do produtor. Com efeito, no âmbito da *tort law*, a concepção naturalística de causa mostra-se frequentemente superada por uma concepção causal mais centrada sobre o risco assumido do que sobre a descrição natural do evento, ou seja, referida

---

<sup>262</sup> Cf. SILVA, João Calvão da, *Responsabilidade Civil do Produtor*, *op. cit.*, p. 442-443 e PIERGALINI, Carlo, *Danno da Prodotto e Responsabilità Penale...*, *op. cit.*, p. 117.

<sup>263</sup> Sobre o desenvolvimento da teoria económica do dano e a sua contextualização histórica veja-se MADDEN, M. Stuart, *Exploring Tort Law* (ed. M. Stuart Madden), *op. cit.*, p. 39 e ss.

<sup>264</sup> Sobre esta problemática RABIN, Robert L., *Exploring Tort Law*, *op. cit.*, p. 68 e ss.

<sup>265</sup> Cf. PIERGALINI, Carlo, *Danno da Prodotto e Responsabilità Penale...*, *op. cit.*, p. 120.



a um juízo de probabilidade de imputação do facto danoso à acção do produtor, em cuja esfera de domínio se integra aquele risco. Assim, a imputação do dano ao defeito do produto realiza-se sem que se tenha a certeza concreta de *como* se dá o processo causal ou de *onde* provem a origem concreta do dano. Ganha força um modelo probabilístico causal (em detrimento de um modelo dedutivo-nomológico) e, em consequência, acentua-se a “volatilização do nexos causal”<sup>266</sup>.

Como exemplo desta “desintegração” do nexos causal aponta-se frequentemente na doutrina o caso *Sindell vs. Abbot*<sup>267</sup>, referente aos danos causados pelo medicamento DES<sup>268</sup>. Durante a gravidez, a mãe de Sindell teria tomado aquele fármaco, o qual teria provocado, na filha, um adenocarcinoma da vagina e do útero. Sindell, bem como outras vítimas daquele medicamento, não conseguindo identificar o concreto produtor do medicamento tomado pela sua mãe, dado o lapso temporal entre aquela acção e o desenvolvimento da sua doença, propôs uma acção de responsabilidade civil contra vários laboratórios produtores do fármaco àquele tempo, que no seu conjunto representavam cerca de 90% do mercado. Na decisão, o tribunal formula uma doutrina absolutamente inovadora, como forma de fundamentar a imputação daquele dano ao produto defeituoso. Apesar de não ter ficado provado um concreto nexos de causalidade entre a particular lesão da vítima e o defeito do medicamento tomado pela mãe e produzido por um determinado laboratório, mas tendo sido provado que aquele medicamento era idóneo a causar as lesões de que a vítima padecia e, pressuposta ainda a fungibilidade do bem

---

<sup>266</sup> A expressão é de PIERGALINI, Carlo, *Danno da Prodotto e Responsabilità Penale...*, *op. cit.*, p. 122.

<sup>267</sup> Trata-se de um caso decidido em 1980 pelo *California Supreme Court*, cuja decisão está disponível em <http://online.ceb.com/calcases/C3/26C3d588.htm>.

<sup>268</sup> Cf. SILVA, João Calvão da, *Responsabilidade Civil do Produtor*, *op. cit.*, p. 581; PIERGALINI, Carlo, *Danno da Prodotto e Responsabilità Penale...*, *op. cit.*, p. 123; RAMOS GONZÁLEZ, Sónia, *Responsabilidad Civil por Medicamento*, *op. cit.*, p. 34; GREEN, Michael D., «The future of proportional liability: the lessons of toxic substances causation», *in: Exploring Tort Law*, *op. cit.*, p. 354 e ss.; SILVEIRA, Diana Montenegro da, *Responsabilidade Civil por Danos Causados por Medicamentos Defeituosos*, *op. cit.*, p. 192 e ss. O DES ou dietilstilbestrol correspondia a um composto sintético da hormona feminina estrogénio e foi comercializado nos EUA e na Europa entre as décadas de 50 e 70 do século XX. Era receitado a grávidas, tendo por finalidade terapêutica evitar o risco de aborto espontâneo ou de parto prematuro. O medicamento acabaria por ter efeitos secundários muito graves, tanto na paciente como na sua descendência: na mãe o medicamento aumentava o risco de cancro da mama; nos seus filhos verificava-se o risco acrescido de cancro da próstata e esterilidade; nas suas filhas, entre outras doenças, verificaram-se casos de cancro vaginal e da mama; nos seus netos podiam ocorrer danos cerebrais. O medicamento seria retirado do mercado norte-americano em 1977.

produzido por aqueles laboratórios, o tribunal condenou cada um dos produtores a indemnizar os danos sofridos na proporção da quota de mercado que detinham. Trata-se de uma teoria que ficaria conhecida como *Market Share Liability*<sup>269</sup>.

Esta teoria teve por objectivo primário ultrapassar as dificuldades na prova do nexo de causalidade entre o defeito do produto e a realização de um determinado dano, firmando a imputação num mero juízo de probabilidade (e de percentagem) e, portanto, num risco criado em abstracto pelo produtor. Mais uma vez, o tribunal fundamenta esta decisão, referindo-se a sentenças anteriores entre as quais o caso *Escola*, na ideia de que o produtor é quem está em melhor posição para suportar os danos causados por um produto defeituoso e para prevenir a ocorrência desses defeitos, em particular no domínio dos medicamentos, onde o “consumidor é impotente para se proteger a si próprio de danos graves, por vezes permanentes ou fatais, causados por substâncias deletérias”<sup>270</sup>.

A teoria do *market share liability* não teve grande acolhimento nos tribunais americanos para além dos casos referentes ao fármaco DES. A sua adopção no âmbito europeu foi igualmente rejeitada<sup>271</sup>. Em particular no quadro do ordenamento jurídico português, como sublinha Calvão da Silva, esta doutrina não teria qualquer suporte nos princípios que compõem o sistema jurídico da responsabilidade civil<sup>272</sup>.

---

<sup>269</sup> A decisão é clara nas palavras que usa: “*we approach the issue of causation from a different perspective: we hold it to be reasonable in the present context to measure the likelihood that any of the defendants supplied the product which allegedly injured plaintiff by the percentage which the DES sold by each of them for the purpose of preventing miscarriage bears to the entire production of the drug sold by all for that purpose. Plaintiff asserts in her briefs that Eli Lilly and Company and five or six other companies produced 90 percent of the DES marketed (...). Each defendant will be held liable for the proportion of the judgment represented by its share of that market unless it demonstrates that it could not have made the product which caused plaintiff's injuries*”.

<sup>270</sup> Cf. *Sindell v. Abbott Laboratories* (1980), disponível em <http://online.ceb.com/calcases/C3/26C3d588.htm>

<sup>271</sup> Como nos dá conta SILVEIRA, Diana Montenegro, *Responsabilidade Civil por Danos...*, *op. cit.*, p. 224-225, e respectivas indicações bibliográficas, “aquando da elaboração do Livro Verde de 1999 relativo à responsabilidade por produtos defeituosos, um dos temas evocados pela Comissão Europeia foi, precisamente, o da determinação da identidade do produtor no caso em que vários produtores tenham intervindo no fabrico de um mesmo produto e perguntava-se, concretamente, se para este tipo de casos a responsabilidade por quota de mercado resultaria viável na União Europeia. Quase todas as contribuições recebidas rejeitaram o conceito de responsabilidade por quota de mercado, o que levou a Comissão a concluir que não seria de introduzir o conceito na União Europeia”.

<sup>272</sup> Cf. *Responsabilidade Civil do Produtor*, *op. cit.*, p. 582.

Todavia, esta teoria põe em relevo, para além da erosão da causalidade por via de uma concepção probabilística do resultado, uma outra questão visceralmente ligada à causalidade de danos causados por produtos defeituosos, a saber, o problema da indeterminação do produtor nas situações em que, sendo vários os agentes dedicados à produção do mesmo bem, falha a identificação do concreto produtor do produto defeituoso que causou danos ao consumidor. Neste contexto, cabe distinguir dois aspectos distintos: em primeiro lugar, os casos de comparticipação de vários agentes na produção de um bem, por exemplo, através do fabrico de peças componentes<sup>273</sup>; em segundo lugar, os casos em que o mesmo produto final é fabricado e colocado no mercado por diferentes produtores. Ou seja, os casos em que há uma “execução conjunta ou continuada” no processo produtivo do bem e as situações em que produtos semelhantes são paralelamente produzidos por diferentes produtores.

A dimensão do primeiro destes problemas é agravada pela complexidade do sistema produtivo em empresas de grandes proporções, frequentemente repartido por diversas unidades empresariais. Esta questão tem vindo a ser resolvida, nos diversos ordenamentos, por via da consagração legal ou judicial de uma noção ampla de produtor que inclui quer o produtor da parte componente quer o produtor do produto final<sup>274</sup>.

Já no que diz respeito ao segundo daqueles problemas, a ausência de uma solução legal expressa em alguns ordenamentos, como a ordem legal portuguesa, dificulta o consenso doutrinal em torno de uma solução. Trata-se de uma questão particularmente frequente no âmbito da produção de medicamentos, dado que o mesmo fármaco, com a mesma substância activa, pode ser produzido por diferentes

---

<sup>273</sup> Como caso ilustrativo deste problema aponta-se na doutrina a decisão *Goldberg vs. Kollman*, logo em 1963, em que o *Court of Appeals* de Nova Iorque condenou civilmente o produtor final de uma avioneta pelo acidente causado por um altímetro avariado, muito embora esta parte componente fosse produzida por outrem, cf. PIERGALINI, Carlo, *Danno da Prodotto e Responsabilità Penale...*, *op. cit.*, p. 125.

<sup>274</sup> Foi esta a solução consagrada no ordenamento jurídico português, por via do Decreto-Lei n.º 383/89, como se verá adiante. Em geral sobre esta problemática, PIERGALINI, Carlo, *Danno da Prodotto e Responsabilità Penale...*, *op. cit.*, p. 126.

laboratórios<sup>275</sup>. Estas situações têm vindo a ser referidas pela doutrina como casos de “causalidade alternativa”, na medida em que qualquer um dos produtos é susceptível de produzir aquele dano, sendo certo que um deles o terá provocado, não se podendo determinar, em concreto, o produto responsável. Refira-se em breve nota que, na ausência de uma solução legal expressa, a doutrina portuguesa tem procurado uma solução na interpretação das normas da responsabilidade civil no sentido da resposta solidária dos produtores de um bem em geral defeituoso<sup>276</sup>.

De quanto se expôs nesta secção, é tempo de sublinhar duas características principais da responsabilidade civil do produtor, na senda da *strict liability* americana: seguindo a ordem em que se impuseram na prática jurisprudencial, cabe referir em primeiro lugar a objectivação daquela responsabilidade, acompanhada do conseqüente abandono do juízo de censura como requisito da imputação subjectiva do dano ao produtor; em segundo lugar, refira-se a erosão do princípio da causalidade enquanto pressuposto para imputar objectivamente ao fabricante o dano sofrido pela vítima. Embora persista, o nexó causal adquire uma veste probabilística ou de natureza geral, bastando-se com a idoneidade em abstracto do defeito para a produção do dano. Estas características resultam da especial maleabilidade do direito civil para se adaptar aos problemas colocados pela responsabilidade pelo produto. A

---

<sup>275</sup> Referindo como exemplo paradigmático destes problemas a produção de medicamentos, SILVA, João Calvão da, *A Responsabilidade Civil do Produtor*, *op. cit.*, p. 582; também SILVEIRA, Diana Montenegro da, *O Regime da Responsabilidade Civil por Danos...*, *op. cit.*, p. 200 e ss.

<sup>276</sup> Desde logo, SILVA, João Calvão da, *Responsabilidade Civil do Produtor*, *op. cit.*, p. 586, entende que “se várias pessoas forem *prováveis* responsáveis pelos danos decorrentes de produto genérico, não se podendo saber quem, entre vários produtores, os causou real e especificamente – se um só (e qual), todos ou uma parte deles –, deve entender-se que é solidária a sua responsabilidade”. Nestes casos, cabe ao lesado a prova da idoneidade abstracta de um qualquer dos produtores para ter produzido o bem causador do dano, no sentido de fundamentar a sua pretensão de indemnização; sobre o produtor recai o ónus de provar que o seu produto não foi, em concreto, causa daquele dano. Da perspectiva do autor, é a certeza de que o dano sofrido foi causado pelo produto genérico que reforça a presunção em considerar responsável cada um dos produtores, cf. *ibidem*, p. 584 e s. Deste modo, em nosso modo de ver, o fundamento da obrigação de indemnizar recai não tanto sobre o concreto dano criado, mas antes sobre o risco idóneo a produzir esse dano. Também MONTEIRO, Jorge Sinde / PEREIRA, André, «Multiple tortfeasors under Portuguese Law», *in: Unification of Tort Law: Multiple Tortfeasors*, The Hague: Kluwer Law International, 2004, p. 172, tendo como cenário hipotético os danos causados pela exposição ao amianto fabricado por três produtores distintos, em que a vítima falha quanto à prova concreta do nexó de causalidade entre o dano sofrido e a actuação de um dos fabricantes, defendem a responsabilidade solidária dos produtores nos termos do artigo 497.º, n.º 2. Para uma análise das soluções seguidas, a este propósito, na Holanda, Alemanha e Espanha veja-se SILVEIRA, Diana Montenegro da, *O Regime da Responsabilidade Civil por Danos...*, *op. cit.*, p. 200 e ss.

sua flexibilidade permitiu, primeiramente no plano jurisprudencial e depois no plano doutrinal e normativo, encontrar específicas e criativas soluções aos problemas apresentados. Essas soluções foram objecto de discussão e algumas delas foram progressivamente interiorizadas por ordenamentos jurídicos, ainda que afastados do paradigma anglo-saxónico, como é o caso da ordem jurídica portuguesa. Justifica-se, assim, pela sua oportunidade, que se atenda de seguida às respostas que a lei portuguesa dá, no plano civil, às situações de danos derivados da comercialização de produtos defeituosos.

## **2. As insuficiências do regime comum de responsabilidade civil**

a) No âmbito do direito civil comum, o adquirente de uma coisa defeituosa tem à sua disposição um amplo espectro de formas de reacção jurídica à lesão dos seus interesses, seja a partir da responsabilidade contratual decorrente da preparação, realização e concretização do contrato de compra-venda, enquanto meio principal de comercialização dos bens produzidos, seja, fora do direito dos contratos, por via da responsabilidade aquiliana.

Com efeito, no âmbito contratual, o direito comum contempla frequentemente formas de garantia contra os defeitos da coisa vendida. A este propósito são exemplificativos, no ordenamento jurídico português, os artigos 913.º e ss. do Código Civil, reunidos sob a secção referente à “*Venda de coisas defeituosas*”<sup>277</sup>. Como é evidente, uma análise deste regime extravasa pela sua natureza e complexidade o fim desta investigação. A sua referência serve apenas para

---

<sup>277</sup> “Por coisa defeituosa, entende-se, em conformidade com o disposto pelo artigo 913.º do CC, aquela que sofre de vício que, funcionalmente, a desvalorize ou impeça a realização do fim a que é destinada ou que não tenha as qualidades, atributos ou propriedades asseguradas, expressa ou tacitamente, pelo vendedor ou necessárias à realização desse fim e que a desvalorizam”, cf. Acórdão do STJ de 4 de Maio de 2010, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). Sobre o significado de coisa defeituosa, para estes efeitos veja-se também SILVA, João Calvão da, *Compra e Venda de Coisas Defeituosas*, *op. cit.*, p. 40 e ss. O artigo 913.º dispõe o seguinte:

“1. Se a coisa vendida sofrer de vício que a desvalorize ou impeça a realização do fim a que é destinada, ou não tiver as qualidades asseguradas pelo vendedor ou necessárias para a realização daquele fim, observar-se-á, com as devidas adaptações, o prescrito na secção precedente, em tudo quanto não seja modificado pelas disposições dos artigos seguintes.

2. Quando do contrato não resulte o fim a que a coisa vendida se destina, atender-se-á à função normal das coisas da mesma categoria.”

evidenciar as dificuldades, sublinhadas na literatura, enfrentadas por um regime legal deste tipo, que faz assentar a tutela civil do consumidor sobre a relação contratual vendedor-adquirente.

Esta natureza contratual projecta-se directamente sobre a noção de “defeito” pressuposta no artigo 913.º, centrada essencialmente sobre a falta de conformidade ou de qualidade do bem adquirido com o fim contratual. O legislador equipara a falta de qualidades da coisa (asseguradas pelo vendedor ou necessárias à realização do fim a que se destina) ao vício que a desvalorize ou que impeça a prossecução do seu fim. Assume especial predominância, nesta norma legal, a natureza funcional do defeito, ou seja, a falta de aptidão do bem para cumprir o fim a que se destina, segundo o contrato, ou, sendo o contrato impreciso, de acordo com a função normal das coisas com uma categoria semelhante (n.º 2)<sup>278</sup>. Contemplam-se assim os vícios intrínsecos, estruturais e funcionais da coisa (por exemplo, os defeitos de concepção ou de fabrico), tendo em vista proteger o sinalagma entre as contraprestações contratuais.

De fora deste regime legal ficam os vícios extrínsecos da coisa como os defeitos de informação. Estes, na medida em que constituam uma violação da obrigação de informação a cargo do vendedor, emergente do princípio da boa-fé e da salvaguarda da segurança da pessoa, podem fundamentar uma responsabilidade contratual subjectiva do vendedor, que não se confunde porém com o regime da venda de coisa defeituosa, reservado aos vícios materiais e intrínsecos do bem<sup>279</sup>.

Assim, na sua essência, o regime de protecção do acquirente, previsto nos artigos 913.º e ss. do Código Civil, está construído, e consequentemente limitado, pela natureza contratual do negócio de transmissão da coisa, assim se compreendendo que ao acquirente seja reconhecido o direito de anulação do

---

<sup>278</sup> Mais desenvolvidamente sobre a concepção subjectiva de defeito, assente sobre o fim que contratualmente as partes tenham destinado à coisa vendida, e sobre a concepção objectiva, assente no uso normal reconhecido à coisa, ver SILVA, João Calvão da, *Compra e Venda de Coisas Defeituosas*, *op. cit.*, p. 42.

<sup>279</sup> Cf. SILVA, João Calvão da, *Compra e Venda de Coisas Defeituosas*, *op. cit.*, p. 48.

contrato por erro ou dolo (artigo 905.º), o direito de redução do preço (artigo 911.º), ou o direito de reparação ou substituição da coisa (artigo 914.º)<sup>280</sup>.

Com efeito, como sublinha Calvão da Silva, “o Código, na sua dogmática própria, *regula a relação entre vendedor e comprador*, sem contemplar a relação produtor-consumidor. Isto leva a que a questão da responsabilidade do produtor *qua tale* – importante sobretudo na hipótese típica dos chamados ‘danos dos produtos’, ou seja, dos danos causados por produtos ao consumidor final, distanciado do fabricante por uma cadeia distributiva – não seja directa e adequadamente abrangida pelas suas normas”<sup>281</sup>. De uma outra perspectiva – agora, a do consumidor – assim se justifica que as normas aqui previstas não se refiram a uma protecção directa do consumidor, mas tomem como ‘vítima’ o adquirente da coisa vendida. Estas normas “assentam no modelo do contrato (...) pelo que o adquirente ou consumidor final lesado apenas pode exercer os direitos edilícios contra o seu vendedor – vendedor que em regra terá mera função de distribuição – e só excepcional e episodicamente contra o próprio produtor ou fabricante das coisas defeituosas”<sup>282</sup>.

Por outro lado, este modelo de responsabilidade está originariamente marcado pela sua natureza contratual e, como tal, pressupõe um equilíbrio do valor-troca plasmado no acordo e assente na autonomia das partes. Assim, quer pela sua natureza quer pelos limites legais do regime, a *venda de coisas defeituosas* não pode considerar a desigualdade da relação comercial entre produtor ou distribuidor e consumidor, derivada, de forma imediata, da impreparação técnica do consumidor, por um lado, e de um maior poder económico do profissional da produção e comércio<sup>283</sup>.

Estas ponderações, ainda que breves, são já suficientes para denunciar as dificuldades em conseguir, por via do regime comum da responsabilidade civil contratual, uma adequada responsabilização (civil) do produtor de bens defeituosos

---

<sup>280</sup> Mais desenvolvidamente sobre os direitos que a lei concede ao comprador em caso de falta de conformidade jurídica do bem entregue com o fim contratado veja-se SILVA, João Calvão da, *Compra e Venda de Coisa Defeituosas*, *op. cit.*, p. 33 e ss.

<sup>281</sup> Cf. *Responsabilidade Civil do Produtor...*, *op. cit.*, p. 278.

<sup>282</sup> Cf. *Responsabilidade Civil do Produtor...*, *op. cit.*, p. 278.

<sup>283</sup> Cf. *Responsabilidade Civil do Produtor...*, *op. cit.*, p. 279.

ou perigosos e, de um outro ângulo, uma efectiva protecção dos interesses dos consumidores daqueles produtos<sup>284</sup>.

b) Ora, os obstáculos à protecção dos interesses dos consumidores em face da produção de produtos defeituosos ou perigosos tendem a persistir também por via da responsabilidade extracontratual. Com efeito, aquele que sofra danos causados por um produto defeituoso tem ao seu alcance a possibilidade de propor uma acção de indemnização contra o produtor no âmbito da responsabilidade geral por factos ilícitos a que se refere o artigo 483.º do Código Civil. No entanto, a obrigação de indemnizar que recai sobre o lesante está dependente da prova dos seguintes requisitos: a prática de um facto voluntário do agente; a ilicitude; a imputação do facto ao lesante; o dano; o nexo de causalidade entre o facto e o dano<sup>285</sup>. Assim, em princípio, os danos que cada um sofra na sua esfera jurídica só podem ser ressarcidos à custa de outrem quando, provindo de facto ilícito, lhe sejam imputáveis a título culposo<sup>286</sup>. Com efeito, sobre o produtor recai a obrigação de respeitar um dever geral de cuidado ao realizar a sua actividade de produção, de modo a que os produtos que fabrica sejam apropriados ao uso normal do mercado e não contenham defeitos (de concepção, fabrico e informação) susceptíveis de atentar, de acordo com uma utilização regular e normal, contra a saúde e segurança dos consumidores desses bens. Este dever geral de cuidado concretiza-se, por sua

---

<sup>284</sup> As dificuldades relativas à resolução, por via do regime civil comum, dos específicos problemas suscitados no domínio das relações de consumo conduziram à adopção, no espaço da União Europeia, de uma específica Directiva destinada a uniformizar nos países membros as garantias e direitos dos consumidores relativos à aquisição de bens de consumo. Trata-se da Directiva 1999/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio de 1999 (disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1999:171:0012:0016:PT:PDF>), transposta para o ordenamento jurídico português pelo Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril. Não obstante algumas das normas agora tipificadas pelo direito comunitário estarem já previstas na ordem jurídica interna, o legislador português optou por uma transposição daquela Directiva em diploma avulso e não por uma reformulação da lei já existente ou mesmo pela inclusão do específico regime da venda de bens de consumo no próprio Código Civil, contrariando a solução aconselhada por Paulo Mota Pinto, autor do anteprojecto de transposição daquele diploma. Cf. PINTO, Paulo Mota, «Anteprojecto de diploma de transposição da Directiva 1999/44 CE para o direito português. Exposição de motivos e articulado», *in: Estudos de Direito do Consumidor 3 (2001)*, Centro do Direito do Consumo, Coimbra, p. 165 e ss.

<sup>285</sup> Sobre estes pressupostos veja-se, de forma desenvolvida, VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, Coimbra: Livraria Almedina, 1996, p. 544; SILVA, João Calvão da, *Responsabilidade Civil do Produtor*, *op. cit.*, p. 359 e ss.

<sup>286</sup> Cf. VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, *op. cit.*, p. 654.



vez, no plano legal, designadamente através da Lei de Defesa do Consumidor e em normas legais que dispõem sobre a normalização, padrões de qualidade, segurança técnica, embalagem, promoção, publicidade, informação, transporte, etc., dos produtos<sup>287</sup>.

Acontece porém que, de acordo com regime de responsabilidade comum do produtor, assente no artigo 483.º do Código Civil, cabe ao lesado provar o facto ilícito culposo causador dos danos por si sofridos. A prova da culpa do produtor tem vindo a ser considerada pela doutrina como uma autêntica *probatio diabolica*<sup>288</sup>. Estas dificuldades decorrem, em primeira linha, da complexa estrutura organizativa do processo produtivo, na medida em que “quanto maior a mecanização ou a automação da produção e maior a divisão do trabalho na vertical e na horizontal, é dizer, maior a disseminação de múltiplas tarefas por vasto número de empregados e colaboradores, mais difícil se torna descobrir a verdadeira causa de um defeito do produto e estabelecer a existência de culpa na sua origem”<sup>289</sup>. Dá-se assim uma certa “orfandade” na culpa pelo defeito, o que tem vindo a exigir uma redefinição do critério da culpa no contexto empresarial. Esta foi uma tarefa a que se propuseram doutrina e jurisprudência, procurando adaptar as dificuldades probatórias a uma adequada tutela do consumidor<sup>290</sup>.

Uma das consequências deste percurso, no plano civil, foi a progressiva afirmação da tendência objectivista de responsabilização do produtor, prescindindo-se da clássica regra da culpa. Assim, as insuficiências do direito comum relativamente à responsabilização do produtor, que sucintamente se enunciaram, tiveram como consequência a afirmação de um *regime especial* de responsabilidade objectiva do produtor pelos danos causados por defeitos nos seus produtos.

---

<sup>287</sup> Cf. *Responsabilidade Civil do Produtor...*, *op. cit.*, p. 383.

<sup>288</sup> Cf. *Responsabilidade Civil do Produtor...*, *op. cit.*, p. 385.

<sup>289</sup> Cf. *Responsabilidade Civil do Produtor...*, *op. cit.*, p. 385.

<sup>290</sup> Sobre este percurso de erosão do princípio da culpa no âmbito da responsabilidade civil do produtor veja-se *Responsabilidade Civil do Produtor...*, *op. cit.*, p. 387 e ss.

### 3. Linhas principais da responsabilidade objectiva do produtor

Como já se referiu, o Decreto-Lei n.º 383/89 constitui o diploma nuclear em matéria de responsabilidade civil do produtor. Teve o mérito imediato de consagrar um regime especial, distinto do regime comum previsto no Código Civil, assente no princípio fundamental da responsabilidade objectiva do produtor, obrigado a ressarcir os danos causados por defeitos dos produtos que põe em circulação. Assim, o produtor vê-se obrigado a responder, por exemplo, pelos danos causados pela garrafa de cerveja que rebenta<sup>291</sup>; ou pelo *airbag* que explode<sup>292</sup>; ou pelo veículo que verte óleo<sup>293</sup>; ou pelo refrigerante impróprio para consumo<sup>294</sup>; ou ainda pela explosão de uma caldeira<sup>295</sup>. Concretiza-se assim no plano legal “aquela que é a solução preconizada pela doutrina como a mais adequada à protecção do consumidor na produção técnica moderna, em que perpassa o propósito de alcançar uma justa repartição de riscos e um correspondente equilíbrio de interesses entre o lesado e o produtor”<sup>296</sup>.

Por via dos quinze preceitos normativos que constituem aquele diploma, confere-se coerência, sistematicidade e clareza ao regime legal da responsabilidade objectiva do produtor afirmada logo no artigo 1.º. Desta forma, em Portugal, à semelhança de outros ordenamentos jurídicos europeus, a Directiva 85/374/CEE é transposta para o direito interno, sendo o seu conteúdo seguido de muito perto pelo

---

<sup>291</sup> Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 20-10-2009, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>292</sup> Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 27-02-2007, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>293</sup> Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 9-01-2007, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>294</sup> Cf. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 2-04-2002, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>295</sup> Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 2-10-2001, cujo sumário se encontra disponível em [www.trc.pt](http://www.trc.pt)

<sup>296</sup> Cf. Prólogo do Decreto-Lei n.º 383/89. Não obstante ser actualmente inquestionável a consagração do instituto da responsabilidade objectiva nos tribunais, é certo que a sua incorporação na prática judicial levou algum tempo. Como nos dá conta MONTEIRO, António Pinto, «Responsabilité du fait des produits au Portugal», in: GOYENS, Monique (ed.), *La Directive 85/374 CEE...*, *op. cit.*, p. 191, após cinco anos de vigência daquele Decreto-Lei em Portugal, o número de decisões jurisprudenciais que o aplicavam era extremamente reduzido. O autor faz referência a um caso que corria à altura (1995), em primeira instância, contra a distribuidora da Coca-Cola em Portugal, bem como a uma decisão do Tribunal da Relação de Lisboa, que entendeu não poder qualificar-se como produtor, para efeitos do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 383/89, o representante da Peugeot em Portugal.

Decreto-Lei n.º 383/89<sup>297</sup>. O direito português aproxima-se assim da *strict product liability* norte-americana, nascida e desenvolvida nos Estados Unidos da América ao longo do século XX, através de uma intensa produção doutrinal e jurisprudencial sobre aquele tema<sup>298</sup>. Deste modo, também no ordenamento jurídico português a responsabilidade objectiva do produtor tem conhecido uma crescente aplicação pelos tribunais<sup>299</sup>.

A característica principal deste regime prende-se com a imputação de uma responsabilidade independente de culpa do lesante e assente, em grande medida, sobre a ideia de causalidade. A responsabilidade civil sem culpa constitui uma excepção na medida em que corresponde à reparação de danos desligados de uma qualquer vontade de actuar em desacordo com a ordem jurídica, pelo que a obrigação de indemnizar assenta fundamentalmente numa ideia fatalista de dano<sup>300</sup>. Neste sentido, a admissibilidade de uma responsabilidade pelo risco há-de sustentar-se em razões especiais que permitam desconsiderar o ideal de justiça ínsito a uma responsabilidade baseada na culpa. Entre esses motivos contam-se as “necessidades sociais de segurança”<sup>301</sup> inerentes a alguns sectores importantes da vida económica e social. Torna-se assim necessário “temperar o pensamento clássico da *culpa* com certos ingredientes sociais de carácter *objectivo*”<sup>302</sup>. Um dos domínios onde tal se revela necessário é justamente o contexto empresarial, onde a revolução industrial e tecnológica, por um lado, e a crescente complexidade da organização empresarial, por outro, implicaram a progressiva afirmação de uma responsabilidade pelo risco, primeiro no plano dos acidentes de trabalho e da protecção do trabalhador, mas

---

<sup>297</sup> A ideia de que o Decreto-Lei n.º 383/89 segue muito de perto as disposições da Directiva é sublinhada por MONTEIRO, António Pinto, «Responsabilité du fait des produits au Portugal», in: GOYENS, Monique (ed), *La Directive 85/374 CEE...*, *op. cit.*, p. 186.

<sup>298</sup> Maiores desenvolvimentos em SILVA, João Calvão da, *Responsabilidade Civil do Produtor*, *op. cit.*, p. 483 e ss. e 292 e ss.

<sup>299</sup> Uma breve pesquisa jurisprudencial permite comprovar isso mesmo. A título meramente exemplificativo pode apontar-se, para além dos acórdãos citados em notas anteriores, os Acórdãos do STJ de 2 de Março de 2002, de 6 de Maio de 2003, de 19 de Fevereiro de 2004, de 13 de Janeiro de 2005, de 27 de Maio de 2008, de 25 de Março de 2010; o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 17 de Junho de 2004; o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 27 de Abril de 2004; o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 1 de Março de 2007; o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 13 de Setembro de 2007 (todos disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

<sup>300</sup> VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, *op. cit.*, p. 654.

<sup>301</sup> A expressão é de VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, *op. cit.*, p. 655.

<sup>302</sup> Cf. VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, *op. cit.*, p. 655.

depressa alargado a outros contextos, designadamente, com a afirmação dos direitos do consumidores, à protecção do consumidor (e do comprador em geral).

Assim, o produtor é chamado a responder desde que o lesado prove o dano, o defeito e o nexo causal entre eles, prescindindo-se da culpa enquanto requisito necessário à afirmação da responsabilidade civil. A consagração desta responsabilidade objectiva toma como razão de ser a insuficiência da culpa enquanto critério de imputação dos danos massificados ocorridos no processo produtivo. Ao prescindir da culpa, o regime da responsabilidade civil do produtor ganha em simplicidade e objectividade, o que, por sua vez, se mostra adequado ao contexto complexo do processo de produção, estruturado em diferentes fases e repartido por distintos titulares e intervenientes. Esta maior complexidade do sistema produtivo retira ao consumidor ou comprador qualquer domínio sobre o produto, desnivelando a favor do produtor a relação de compra-venda. Por conseguinte, “em termos gerais a responsabilidade objectiva, não baseada na culpa, é aqui ditada pelas necessidades de segurança pessoal e por exigências de justiça e solidariedade social agravadas pela coeva revolução tecnológica”<sup>303</sup>. Sendo os danos ocorridos em razão da produção não só inevitáveis como também, pela complexidade do processo produtivo, anónimos, a culpa tende a perder eficácia enquanto critério de imputação. Ou seja, a prova de uma culpa individual relativa, por exemplo, a um defeito de fabrico, é inadequada às necessidades sociais de responsabilização decorrentes dos inúmeros acidentes conexos ao consumo. Adicionalmente, em termos específicos, esta imposição da responsabilidade compreende-se também por via da assunção, pelo produtor, do risco pelo lucro e assenta no “*ubi commoda ibi incommoda*”<sup>304</sup>.

Por fim, a consagração legal deste regime favorece externalidades positivas como um certo efeito de contenção do produtor no fabrico de produtos inseguros ou de qualidade defeituosa, pautado desde logo por uma análise custos/benefícios, e

---

<sup>303</sup> Cf. SILVA, João Calvão da, *Compra e Venda de Coisas Defeituosas...*, *op. cit.*, p. 182.

<sup>304</sup> Mais desenvolvidamente, SILVA, João Calvão da, *Compra e Venda de Coisas Defeituosas...*, *op. cit.*, p. 182.

incentivando também um certo efeito de confiança dos consumidores na segurança dos produtos<sup>305</sup>.

Todavia, o regime de responsabilidade objectiva previsto no Decreto-Lei n.º 383/89 conhece limites. Desde logo, fazendo uso de uma faculdade estabelecida na Directiva que o diploma transpõe, são excluídos do seu âmbito de aplicação os defeitos de desenvolvimento, nos termos da alínea e) do artigo 5.º<sup>306</sup>. Com efeito, de acordo com aquela norma o produtor não é responsável pelos defeitos que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos não permita detectar, no momento em que o produto é colocado em circulação<sup>307</sup>. Concretiza-se por esta via uma fortíssima limitação à responsabilidade pelo risco do produtor, que tem merecido a crítica da doutrina, designadamente por fazer entrar pela janela aquilo que quis por fora de portas, isto é, a admissão da prova da inexistência de culpa por parte do produtor como meio de exclusão da sua responsabilidade<sup>308</sup>.

---

<sup>305</sup> De modo desenvolvido quanto à justificação da natureza objectiva da responsabilidade do produtor de bens defeituosos, SILVA, João Calvão da, *A Responsabilidade Civil do Produtor...*, *op. cit.*, p. 496 e ss.

<sup>306</sup> Em face das dificuldades suscitadas pelos defeitos de desenvolvimento, a Directiva 85/374/CEE seguiu uma solução de compromisso ao permitir, no seu artigo 15.º, n.º1, al. b), que os Estados afastassem a possibilidade de o produtor se exonerar de responsabilidade mediante a prova de que o estado dos conhecimentos técnicos e científicos não permitia detectar o defeito no momento em que o produto foi colocado no mercado. No entanto, a maioria dos países acabaria por adoptar aquela cláusula de exclusão da responsabilidade do produtor. Sobre as diferentes soluções seguidas por diversos ordenamentos jurídicos veja-se SILVEIRA, Diana Montenegro, *Responsabilidade Civil por Danos Causados por Medicamentos*, *op. cit.*, p. 239 e ss.

<sup>307</sup> A interpretação daquilo que deve entender-se por “estado dos conhecimentos científicos e técnicos” enfrenta algumas dificuldades. A doutrina tem-se pronunciado no sentido de esta limitação imposta à responsabilidade do produtor dever interpretar-se em sentido objectivo, isto é, ser referida à impossibilidade geral da ciência e da técnica em detectar a existência do defeito e não à possibilidade daquele concreto produtor aceder aos conhecimentos mais avançados naquela matéria. Trata-se assim de uma “impossibilidade absoluta objectiva” de descobrir a existência do defeito. Neste sentido, SILVA, João Calvão da, *Responsabilidade Civil do Produtor*, *op. cit.*, p. 510 e ss. Veja-se ainda SILVEIRA, Diana Montenegro, *Responsabilidade Civil por Danos Causados por Medicamentos*, *op. cit.*, p. 226 e ss.

<sup>308</sup> Na medida em que se defenda que o defeito seja cognoscível de acordo com o estado da arte contemporâneo à comercialização do produto, o passo seguinte será o da afirmação de uma responsabilidade restringida aos casos em que o defeito podia ter sido conhecido e o produtor *negligentemente* não o fez. Desenvolvidamente e recusando que a questão deva ser colocada no domínio da culpa, dado que em causa está não a impossibilidade (de conhecimento) subjectiva do produtor mas uma impossibilidade absoluta e geral da ciência e da técnica para descobrir a existência do defeito, SILVA, João Calvão da, *A Responsabilidade Civil do Produtor...*, *op. cit.*, p. 503 e ss. e p. 513. Sobre os argumentos contrários e a favor desta cláusula de exclusão da responsabilidade do produtor veja-se ainda SILVEIRA, Diana Montenegro, *Responsabilidade Civil por Danos Causados por Medicamentos*, *op. cit.*, p. 247 e ss.

Como já se sublinhou anteriormente, para efeitos do Decreto-Lei n.º 383/89 tem-se por defeituoso aquele produto (“qualquer coisa móvel ainda que incorporada noutra coisa móvel ou imóvel”<sup>309</sup>) que se mostre *inseguro*, tendo em consideração, designadamente, a sua apresentação, a utilização que dele razoavelmente possa ser feita e o momento da sua entrada em circulação. Por via da definição legal de defeito, o produto defeituoso aproxima-se do produto perigoso. Esta ideia é confirmada pelo tipo de danos ressarcíveis ao abrigo deste diploma, nos termos do artigo 8.º: aqueles “resultantes de morte ou lesão pessoal e os danos em coisa diversa do produto defeituoso, desde que seja normalmente destinada ao uso ou consumo privado e o lesado lhe tenha dado principalmente esse destino”. Assim, este Decreto-Lei, à semelhança da Directiva que transpõe, distingue entre danos na vida e na saúde, por um lado, e danos em coisas, por outro. Na versão originária do diploma legislativo português estabelecia-se um limite ao ressarcimento global dos danos pessoais, entretanto revogado pelo Decreto-Lei n.º 131/2001 de 24 de Abril<sup>310</sup>. Por sua vez, a indemnização dos danos causados em coisas só é devida quando esses danos excedam € 500 (artigo 9.º).

Deve ainda acrescentar-se uma nota relativa à noção de produtor para efeitos da responsabilidade objectiva por produtos defeituosos a que se refere o Decreto-Lei n.º 383/89. Este diploma consagra, no artigo 2.º, um conceito amplo de produtor que compreende não só o produtor real, em sentido verdadeiro e próprio, isto é aquele que fabrica o produto ou que participa no processo da sua criação, mas também o *produtor aparente*, ou seja, aquele que cria impressão de ser produtor porque se apresenta como tal pela aposição no produto do seu nome ou de outro sinal distintivo (*v. g.*, os grandes distribuidores ou grossistas que criem junto do consumidor a aparência de serem produtores)<sup>311</sup>. Para além do produtor real e do produtor aparente, a noção legal de produtor (artigo 2.º, n.º 2) compreende ainda aquele que, no exercício da sua actividade comercial na União Europeia, importe produtos do seu exterior e, por último, aquele que forneça produtos cujo produtor

---

<sup>309</sup> Cf. artigo 3.º.

<sup>310</sup> Na versão originária do Decreto-Lei esse montante era de 10 000 milhões de escudos, nos termos do artigo 9.º, n.º 1.

<sup>311</sup> Sobre o conceito de produtor aparente, SILVA, Calvão da, *Responsabilidade Civil do Produtor*, *op. cit.*, p. 550 e ss.

(comunitário ou importador) não esteja identificado, caso não comunique à vítima a identidade daquele produtor ou importador ou ainda de algum fornecedor precedente. Trata-se, neste último caso, de uma forma de pressionar o fornecedor ou vendedor do bem a informar o consumidor sobre a identidade do produtor, na medida em que esta informação o isenta de responsabilidade. Deste modo, quer o importador comunitário quer o fornecedor de produto anónimo são considerados como produtores ao abrigo do Decreto-Lei n.º 383/89<sup>312</sup>. No primeiro caso trata-se de uma presunção absoluta (embora se entenda que o importador mantém o direito de regresso sobre o produtor real); na segunda hipótese, a presunção é relativa e pode ser elidida se o fornecedor indicar a identidade do produtor.

Assim, no caso de um defeito na matéria-prima que é incorporada numa parte componente do produto final, são responsáveis quer o produtor da matéria-prima, quer aquele que a utiliza para fabricar a parte componente, quer o produtor do bem acabado. A razão de ser desta extensão prende-se com a natureza complexa e intrincada do processo produtivo, em que um extenso número de produtores se encontra envolvido nas diversas fases de produção. Na verdade, o bem final (o avião, o automóvel ou o electrodoméstico) inclui na sua própria produção um conjunto diverso de processos produtivos, designadamente das partes componentes<sup>313</sup>. Compreende-se assim que também os fabricantes dessas partes componentes sejam chamados à responsabilidade<sup>314</sup>. E mesmo aquele cuja tarefa produtiva é limitada a reunir as peças, entre as quais a que se apresenta com defeito (usualmente designado como *assembler*), é considerado produtor para este efeito, ainda que não possa realizar qualquer tipo de controlo do produto<sup>315</sup>. Com efeito, o carácter defeituoso da parte componente transmite-se, através da sua incorporação,

---

<sup>312</sup> Cf. SILVA, João Calvão da, *Responsabilidade Civil do Produtor*, *op. cit.*, p. 554 e ss. Sobre a noção de produtor, no contexto da responsabilidade objectiva, veja-se também MONTEIRO, António Pinto, «Responsabilité du fait des produits au Portugal», *op. cit.*, p. 189.

<sup>313</sup> Por parte componente entende-se, segundo SILVA, João Calvão da, *Responsabilidade Civil do Produtor*, *op. cit.*, p. 547, aquela que se destina à incorporação no produto final e não à imediata e directa utilização pelo consumidor. O critério assenta menos na *função* da coisa do que na sua integração ou não numa unidade compósita. Por exemplo, a bateria que vem integrada num automóvel é parte componente; já a bateria que se compra como coisa individualizada constitui produto final.

<sup>314</sup> SILVA, João Calvão da, *Responsabilidade Civil do Produtor*, *op. cit.*, p. 547.

<sup>315</sup> Cf. SILVA, João Calvão da, *Responsabilidade Civil do Produtor*, *op. cit.*, p. 547.

também ao produto final ou acabado, o que impõe a sua responsabilidade perante o consumidor. Já não serão responsáveis os fabricantes das restantes partes componentes, bem como das matérias-primas sem defeito. Ainda a este propósito, acrescenta-se que o Decreto-Lei n.º 383/89 prevê uma responsabilidade solidária no caso de haver vários responsáveis pelos danos (artigo 6.º).

Fora da noção de produtor ficam, assim, os comerciantes e distribuidores de bens produzidos por outrem, somente responsáveis em obediência aos requisitos clássicos da responsabilidade civil, designadamente a culpa<sup>316</sup>.

#### **4. A responsabilidade objectiva do produtor na Lei de Defesa do Consumidor**

A Lei n.º 24/96, de 31 de Julho materializa um regime legal de defesa dos consumidores<sup>317</sup>, em cumprimento do imperativo constitucional de protecção daqueles interesses contemplado no artigo 60.º da CRP<sup>318</sup>. Este diploma concede estatuto e força legal aos direitos dos consumidores, previstos no artigo 3.º e concretizados nos artigos seguintes. Reconhecem-se assim os direitos à qualidade dos bens e serviços; à protecção da saúde e segurança; à formação e educação para o consumo; à informação para o consumo; à protecção dos interesses económicos; à prevenção e reparação dos danos patrimoniais ou não patrimoniais; à protecção jurídica e a uma justiça acessível e pronta; à participação, por via representativa, na definição legal ou administrativa dos seus direitos e interesses.

O legislador começa por definir, logo no artigo 2.º, a noção de consumidor, para os efeitos previstos naquele diploma, como “aquele a quem sejam fornecidos

---

<sup>316</sup> Atendendo ao longo alcance da noção de produtor, discute-se se o regime estabelecido pelo Decreto-Lei n.º 383/89 estabelece, ao invés de uma responsabilidade objectiva do produtor, uma responsabilidade objectiva por produtos defeituosos, desconsiderando-se o lado subjectivo e acentuando-se, do mesmo passo, o lado objectivo do defeito do produto como causa da indemnização civil. Sobre esta questão, pronunciando-se a favor de uma *responsabilidade do produtor*, SILVA, João Calvão da, *Responsabilidade Civil do Produtor*, *op. cit.*, p. 570 e ss.

<sup>317</sup> Este regime foi já objecto de várias modificações legais entre as quais cabe destacar, pela sua importância, o Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril. Acrescenta-se ainda que, logo em 1981, o legislador deu cumprimento ao artigo 60.º da CRP através da Lei n.º 29/81, de 22 de Agosto, primeira lei-quadro de defesa do consumidor, mais tarde revogada e substituída pela Lei n.º 24/96.

<sup>318</sup> Sobre o reconhecimento constitucional dos direitos dos consumidores no ordenamento jurídico português veja-se *infra*, § 13, 2.



bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios”<sup>319</sup>. Trata-se de um conceito estrito de consumidor, admitido em geral pela doutrina e pressuposto pelas fontes de direito comunitário, que faz coincidir o consumidor com a pessoa que adquire um bem ou um serviço para uso privado, ou seja, pessoal, familiar ou doméstico, de modo a satisfazer as suas necessidades pessoais ou familiares, mas já não para fins ou necessidades profissionais<sup>320</sup>. Entende-se que, para estes efeitos, só a pessoa singular pode ser considerada “consumidor”<sup>321</sup>.

Simultaneamente, no mesmo artigo, o legislador pressupõe, como contraparte do consumidor a quem são fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos direitos, um agente económico que exerça a sua actividade de modo profissional. Assim, apenas os contratos de consumo celebrados entre profissionais e consumidores finais integram o âmbito de aplicação do regime legal de defesa do consumidor. Deste modo, à primeira vista e em obediência ao princípio da relatividade do contrato, o primeiro responsável perante o consumidor em face da falta de conformidade do bem transmitido ou do serviço prestado é o vendedor ou o prestador de serviços. Em causa está a tutela do direito à qualidade dos bens e serviços, segundo o qual estes “devem ser aptos a satisfazer os fins a que se destinam e produzir os efeitos que se lhes atribuem, segundo as normas legalmente estabelecidas, ou, na falta delas, de modo adequado às legítimas expectativas do consumidor” (artigo 4.º).

Evidencia-se assim uma aproximação ao regime da venda de coisa defeituosa previsto no artigo 913.º do Código Civil, por via da tutela da conformidade do bem ao fim contratual, ou seja, pelo uso de um critério essencialmente funcional de

---

<sup>319</sup> Sobre a noção de consumidor, em particular sobre o carácter de não profissionalidade inerente ao conceito na Lei de Defesa do Consumidor, veja-se o Acórdão do STJ de 13 de Janeiro de 2005 (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

<sup>320</sup> Cf. SILVA, João Calvão da, *Compra e Venda de Coisas Defeituosas*, *op. cit.*, p. 118.

<sup>321</sup> Cf. SILVA, João Calvão da, *Compra e Venda de Coisas Defeituosas*, *op. cit.*, p. 118. Também, do mesmo autor, *Venda de Bens de Consumo*, Coimbra: Livraria Almedina, 2010, p. 70.

defeito do produto assente na falta de aptidão do bem para satisfazer os fins ou para produzir os efeitos a que se destina<sup>322</sup>.

A Lei de Defesa do Consumidor tutela ainda o direito do consumidor à protecção da saúde e da segurança física, colocados em risco através de bens perigosos. O legislador proíbe o “fornecimento de bens ou a prestação de serviços que impliquem riscos incompatíveis com a sua utilização, não aceitáveis de acordo com um nível elevado de protecção da saúde e da segurança física” (artigo 5.º, n.º 1). Para além disso, o vendedor de bens ou fornecedor de serviços responde perante o consumidor pelos danos patrimoniais e não patrimoniais resultantes do fornecimento de bens ou prestações de serviços defeituosos (artigo 12.º, n.º 1). A doutrina tem entendido que se trata de uma responsabilidade subjectiva, uma vez que o artigo é omissivo quanto a este aspecto e a regra é a da responsabilidade com culpa (nos termos do artigo 798.º e ss. e 483.º, n.º 1 do Código Civil)<sup>323</sup>. De modo diferente, o n.º 2 do mesmo artigo 12.º prevê, quanto ao produtor, uma responsabilidade objectiva pelos danos causados por defeitos de produtos nos termos da lei, ou seja, de acordo com o disposto no Decreto-Lei n.º 383/89 referente à responsabilidade civil do produtor.

---

<sup>322</sup> De modo desenvolvido, SILVA, João Calvão da, *Compra e Venda de Coisas Defeituosas*, *op. cit.*, p. 123. Pese embora a semelhança, um juízo comparativo denuncia de modo claro um regime mais favorável ao consumidor-adquirente. Como exemplo pode apontar-se o prazo de garantia de bom funcionamento do bem. Com efeito, nos termos do regime comum, no silêncio das partes, a garantia expira ao fim de seis meses após a entrega da coisa. Ora, sendo o acquirente um consumidor, de acordo com a noção prevista no artigo 2.º da Lei de Defesa do Consumidor e no artigo 1.º-B, alínea *a*), do Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril, o período de garantia é de dois anos para bens móveis e de cinco anos para bens imóveis (cf. artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 67/2003, na versão modificada pelo Decreto-Lei n.º 84/2008, de 21 de Maio). Um outro exemplo era dado pelo n.º 1 do artigo 12.º da Lei de Defesa do Consumidor, na sua versão originária, na medida em que o consumidor a quem fosse fornecida a coisa com defeito, salvo se dele tivesse sido previamente informado e esclarecido antes da celebração do contrato, podia exigir, *independentemente de culpa* do fornecedor do bem, a reparação da coisa, a sua substituição, a redução do preço ou a resolução do contrato. Este artigo foi modificado pelo mesmo Decreto-Lei n.º 67/2003, mas o seu conteúdo foi integrado no artigo 4.º deste diploma. Este regime, quando comparado com o estabelecido no Código Civil, mostra-se claramente mais favorável ao consumidor-adquirente, uma vez que, nos termos do artigo 914.º, a obrigação de substituição ou reparação da coisa deixam de existir se o vendedor *desconhecia sem culpa* o vício ou a falta de qualidade de que a coisa padece.

<sup>323</sup> A obrigação de indemnização por parte do fornecedor pressupõe assim a culpa. Tal não se confunde com o direito ao cumprimento (reparação ou substituição da coisa defeituosa) e aos direitos de redução adequada do preço ou resolução do contrato, independentes da culpa do vendedor ou fornecedor.

Deste modo, a Lei de Defesa do Consumidor protege de forma muito concreta os interesses do consumidor numa dupla vertente: por via do direito à qualidade dos bens e por intermédio da tutela do direito à saúde e segurança dos consumidores. Na concretização da tutela desses interesses, são chamados a responder, embora obedecendo a diferentes requisitos, quer o vendedor ou fornecedor do bem ou serviço, quer o produtor do bem defeituoso. No mesmo diploma legal, o legislador congrega assim elementos próximos do regime comum referente à venda de coisas defeituosas e do regime da responsabilidade objectiva do produtor.

## **5. A responsabilidade directa do produtor no âmbito do Decreto-Lei n.º 67/2003**

No âmbito específico da protecção civil do consumidor, não pode deixar de se referir o regime especial previsto pelo Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril (posteriormente modificado pelo Decreto-Lei n.º 84/2008, de 21 de Maio), relativo à venda de bens de consumo. Este diploma transpõe e segue de perto a Directiva 1999/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio<sup>324</sup>, e teve por

---

<sup>324</sup> Na verdade, este diploma transcreve quase literalmente a Directiva a que se refere. A escolha do legislador passou por incluir as soluções da Directiva numa lei especial, pese embora algumas das soluções previstas naquele diploma de direito comunitário fossem já conhecidas do ordenamento jurídico português, como é o caso do direito à reposição da conformidade pela reparação ou substituição da coisa, ou o direito à redução do preço e à resolução do contrato, que constavam já do artigo 12.º da Lei de Defesa do Consumidor, alterado por este novo Decreto-Lei. O legislador optou pela técnica da (quase) repetição das normas da Directiva numa lei avulsa, suprimindo as soluções materiais já previstas no ordenamento e cumpridoras das imposições comunitárias. Num sentido crítico a esta técnica legislativa, SILVA, João Calvão da, *Venda de Bens de Consumo*, Coimbra: Livraria Almedina, 2010, p. 32 e ss. O autor considera que teria sido preferível à solução seguida, a opção por uma transposição mínima daquela Directiva, adaptando a Lei de Defesa do Consumidor, diploma onde a maioria das disposições previstas na Directiva estavam já contempladas, evitando-se repetições inúteis. Porém, a solução mais adequada seria, da sua perspectiva, a que vinha sendo aconselhada pelo autor do anteprojecto de Transposição da Directiva, Paulo Mota Pinto, no sentido de alargar “ao próprio Código Civil, com a extensão ao direito comum da compra e venda de exigências da Directiva e da Lei de Defesa do Consumidor, deixando para esta tão-somente algumas (poucas) regras específicas da compra de bens de consumo”. Esta “solução grande” (“*große Lösung*”) foi a opção do legislador alemão e tinha já alguma ressonância genérica na doutrina, cf. PINTO, Paulo Mota, «Anteprojecto de diploma de transposição da Directiva 1999/44/CE...», *op. cit.*, p. 165 e ss. e, deste mesmo autor, «O anteprojecto de Código do Consumidor e a venda de bens de consumo», *in: Estudos de Direito do Consumidor 7 (2005)*, Centro de Direito do Consumo, Coimbra, p. 265. Não obstante a proximidade entre o Decreto-Lei n.º 67/2003 e a Directiva, existia uma

objectivo aprovar um regime jurídico relativo à conformidade da venda de bens de consumo e das respectivas garantias, de forma a conferir uma maior protecção aos interesses dos consumidores.

Este diploma toma assim por âmbito de aplicação os contratos de compra e venda, celebrados entre profissionais e consumidores, que têm por objecto bens de consumo móveis e imóveis. Sob a sua alçada normativa caem também “os bens de consumo fornecidos no âmbito de um contrato de empreitada ou de outra prestação de serviços, bem como a locação de bens de consumo” (artigo 1.º-A, n.º 2).

A noção de *consumidor* pressuposta por este diploma, no artigo 1.º-B, alínea *a*), repete a definição contida no n.º 1 do artigo 2.º da Lei de Defesa do Consumidor, que anteriormente se referiu. No mesmo artigo, dedicado a um elenco de definições, o legislador autonomiza também as noções de *vendedor*, como sendo “qualquer pessoa singular ou colectiva que, ao abrigo de um contrato, vende bens de consumo no âmbito da sua actividade profissional” (alínea *c*)), e de *produtor* como “o fabricante de um bem de consumo, o importador do bem de consumo no território da Comunidade Europeia ou qualquer outra pessoa que se apresente como produtor através da indicação do seu nome, marca ou outro sinal identificador do produto” (alínea *d*)). A noção de produtor aproxima-se, assim, da estabelecida no Decreto-Lei n.º 383/89<sup>325</sup>, e compreende o *produtor real*, ou seja, “o fabricante de um bem de consumo acabado ou de uma parte componente ou da matéria-prima”, o *produtor aparente*, a saber, “qualquer pessoa que se apresente como produtor através da indicação do seu nome, marca ou outro sinal identificador no produto” e o *produtor*

---

desconformidade quanto aos prazos de caducidade da acção, reduzido aos seis meses na transposição para o ordenamento jurídico português, o que levou os tribunais a realizarem uma interpretação correctiva deste prazo e a aplicarem directamente o prazo não inferior a dois anos, previsto na Directiva, cf. Acórdão do STJ de 12 de Janeiro de 2010 (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)). A questão foi entretanto resolvida pelo Decreto-Lei n.º 84/2008, no sentido do alargamento dos prazos previstos na Directiva. Sobre, em geral, o regime legal anterior à Directiva veja-se ainda MONTEIRO, António Pinto, «Garantias na venda de bens de consumo. A transposição da Directiva 1999/44/CE para o direito português», *Estudos de Direito do Consumidor 5 (2003)*, Centro de Direito do Consumo, Coimbra, p. 123 e ss.

<sup>325</sup> Neste sentido, SILVA, João Calvão da, *Venda de Bens de Consumo*, *op. cit.*, p. 72 e s.

*presumido*, isto é, “o importador do bem de consumo no território da Comunidade”<sup>326</sup>.

Deve acrescentar-se um outro agente que será importante na descrição do regime de responsabilidade previsto neste diploma. Trata-se do *representante do produtor*, definido nos termos da lei (alínea *e*) do artigo 1.º-B) como “qualquer pessoa singular ou colectiva que actue na qualidade de distribuidor comercial do produtor e/ou centro autorizado de serviço pós-venda, à excepção dos vendedores independentes que actuem apenas na qualidade de retalhistas”. O representante do produtor surge, através do contrato de distribuição, como um intermediário especializado, ligado ao produtor e integrado no processo de produção, sem, no entanto, perder a autonomia da sua personalidade jurídica<sup>327</sup>.

O Decreto-Lei n.º 67/2003 toma como núcleo fundamental a obrigação do vendedor de entregar a coisa conforme ao contrato de compra e venda, em cumprimento do princípio da pontualidade ou conformidade do cumprimento<sup>328</sup>. O legislador aponta, sem carácter taxativo e como forma de auxiliar a concretização da coisa contratualmente devida, situações em que se presume a desconformidade do contrato (artigo 2.º, n.º 2), como, por exemplo, o caso em que os bens de consumo não são conformes à descrição que deles faz o vendedor ou não possuem as qualidades que o vendedor tenha apresentado como amostra ou modelo; a falta de conformidade do bem em face do fim contratual; a não adequação dos bens às utilizações habituais que deles são feitas; ou ainda a falta de qualidades publicitadas pelo vendedor, pelo produtor ou pelo seu representante. Nestes casos, ao consumidor é reconhecido o direito de exigir que a conformidade do bem seja repostada sem quaisquer encargos, por meio de reparação ou de substituição, num prazo de trinta dias para bens móveis ou, tratando-se de coisas imóveis, num prazo razoável de acordo com a natureza do defeito. O adquirente dispõe ainda do direito à redução adequada do preço ou à resolução do contrato (artigo 4.º).

---

<sup>326</sup> Compreende-se que, diferentemente do Decreto-Lei n.º 383/89, não se incluía na noção de produtor o “fornecedor de produto anónimo” uma vez que este será, em regra, o vendedor e, nessa qualidade, será responsável, em primeira linha, por via do regime estabelecido no Decreto-Lei n.º 67/2003.

<sup>327</sup> SILVA, João Calvão da, *Venda de Bens de Consumo*, *op. cit.*, p. 75.

<sup>328</sup> SILVA, João Calvão da, *Venda de Bens de Consumo*, *op. cit.*, p. 81 e ss.

No contexto deste trabalho e da específica responsabilidade civil do produtor, importa atender ao disposto no artigo 6.º referente à responsabilidade directa daquele agente económico. Nele se prevê a possibilidade de o consumidor que tenha adquirido uma coisa defeituosa optar por exigir *directamente* ao produtor a sua reparação ou substituição<sup>329</sup>. Esta solução encontra a sua justificação numa protecção mais eficiente e prática do consumidor nas “actuais condições de produção e comercialização dos bens, em que o fabricante é, indubitavelmente, quem pode exercer um melhor (ou o único) *controlo sobre a qualidade* (...) e ainda, quem muitas vezes melhor posicionado está para trabalhos de reparação ou para fornecer peças sobresselentes”<sup>330</sup>. A previsão desta acção directa contra o produtor foi uma opção do legislador português, uma vez que a Directiva 1999/44/CE não contempla qualquer disposição desta natureza, fazendo apenas uma sugestão nos números 23 e 24 do prólogo inicial<sup>331</sup>.

A responsabilização *directa* do produtor só será possível se o defeito ou a falta de conformidade já existia no momento em que o produto é comercializado, sendo, como tal, imputável ao produtor-vendedor inicial. O produtor é então considerado responsável pelos vícios ou falta de qualidade da coisa. Assim, por via da previsão desta acção directa, o legislador alarga as possibilidades de reacção do consumidor para além da relatividade do contrato de compra e venda. O consumidor pode deste modo ver os seus interesses reintegrados ainda que o vendedor já não exista, *v. g.*, porque faliu<sup>332</sup>. Compreende-se, por isso, que esta reacção esteja limitada ao direito de reparação e de substituição e já não à redução do preço – pago ao vendedor final

---

<sup>329</sup> Com os limites previstos na parte final do n.º 1 do artigo 6.º e nas diversas alíneas do n.º 2 do mesmo artigo.

<sup>330</sup> Cf. PINTO, Paulo Mota, «Anteprojecto de diploma de transposição da Directiva 1999/44/CE...», *op. cit.*, p. 236, desenvolvendo os argumentos a favor da previsão da responsabilidade directa do produtor no âmbito da venda de bens de consumo.

<sup>331</sup> Cf. PINTO, Paulo Mota, «Anteprojecto de diploma de transposição da Directiva 1999/44/CE...», *op. cit.*, p. 235 e ss.; do mesmo autor, *Cumprimento Defeituoso do Contrato de Compra e Venda. Anteprojecto de Transposição da Directiva 1999/44/CE para o Direito Português*, Lisboa: Instituto do Consumidor, 2002, p. 58 e ss. Também MONTEIRO, António Pinto, «Garantias na venda de bens de consumo...», *op. cit.*, p. 136.

<sup>332</sup> PINTO, Paulo Mota, «Anteprojecto de diploma de transposição da Directiva 1999/44CE...», *op. cit.*, p. 240. Também, do mesmo autor, *Cumprimento Defeituoso...*, *op. cit.*, 36 e ss.

– ou à resolução do contrato – celebrado com o vendedor final<sup>333</sup>. Porém, a actuação contra o produtor não exclui, como indica a parte inicial do n.º 1 do artigo 6.º, a acção contratual do adquirente lesado contra quem lhe vendeu o produto defeituoso<sup>334</sup>.

Deste modo, para além de responder objectivamente pelos defeitos de segurança do produto, nos termos do Decreto-Lei n.º 383/89, o produtor é ainda responsável, nas condições estabelecidas pelo artigo 6.º do regime de venda de bens de consumo, pela falta de qualidade ou conformidade da coisa defeituosa adquirida pelo consumidor, podendo ser obrigado à sua reparação ou substituição<sup>335</sup>. Todavia, do ponto de vista do âmbito subjectivo de aplicação do Decreto-Lei n.º 67/2003, a acção directa alarga-se também ao representante do produtor na zona do domicílio do consumidor. Este responde solidariamente com o produtor, perante o consumidor, pela reparação ou substituição do bem (artigo 6.º, n.º 3).

Por fim, neste breve percurso pelas disposições do Decreto-Lei n.º 67/2003, é de assinalar a introdução, por via do Decreto-Lei n.º 84/2008, de um regime administrativo sancionatório e dissuasor, cuja fiscalização e aplicação são da competência da Autoridade de Segurança Alimentar e Económica. O legislador inclui dois tipos de contra-ordenações, ambos previstos no artigo 12.º-A, n.º 1, alíneas *a)* e *b)*. Nos termos da primeira destas alíneas, a violação dos direitos de reparação ou substituição a que se refere o n.º 2 do artigo 4.º, e a sua realização fora do prazo que aí se estabelece, constituem ilícitos administrativos. Agente desta infracção é aquele sobre quem recaia o dever de reparar ou substituir a coisa defeituosa, isto é, o vendedor final, mas também o produtor ou o seu representante, nos termos anteriormente se expostos.

---

<sup>333</sup> A favor de uma consagração mais ampla do espectro da acção directa, à semelhança do que acontece no ordenamento jurídico francês, SILVA, João Calvão, *Venda de Bens de Consumo*, *op. cit.*, p. 131.

<sup>334</sup> Mais desenvolvidamente, SILVA, João Calvão da, *Venda de Bens de Consumo*, *op. cit.*, p. 128. Também PINTO, Paulo Mota, «Anteprojecto de diploma de transposição da Directiva 1999/44/CE...», *op. cit.*, p. 240.

<sup>335</sup> A este propósito, alguns autores referem-se à hipótese de unificar a responsabilidade do produtor pela qualidade e pela segurança, cf. SILVA, João Calvão da, *Venda de Coisas Defeituosas*, *op. cit.*, p. 132 e PINTO, Paulo Mota, «Anteprojecto de diploma de transposição da Directiva 1999/44/CE...», *op. cit.*, p. 240.

Na alínea *b)* do mesmo artigo, o legislador puniu ainda, a título contra-ordenacional, a violação dos elementos e informações constitutivos da garantia legal e imperativa, e da garantia voluntária ou convencional, nos termos do n.º 3 do artigo 9.º. O legislador procura assim acautelar a transparência e o direito de informação do consumidor, exigindo que a garantia seja redigida de forma clara e concisa em língua portuguesa e incluindo as menções exigidas nas diversas alíneas daquela norma. Agentes da contra-ordenação podem ser quer o vendedor quer o produtor, na medida em que a garantia corresponde “ao compromisso ou declaração assumido por um vendedor ou por um produtor perante o consumidor”, de acordo com a definição de garantia comercial dada nas alíneas *f) e g)* do artigo 1.º-B.

## **6. A obrigação geral de segurança dos produtos e o Decreto-Lei n.º 69/2005**

Em matéria de protecção da saúde e da segurança dos consumidores no âmbito da produção e comercialização de bens e serviços, importa destacar o Decreto-Lei n.º 69/2005, de 17 de Março, que transpõe para a ordem jurídica portuguesa a Directiva 2001/95/CE. Para além de apresentar, no seu artigo 3.º, um conjunto de definições importantes nesta matéria, aquele Decreto-Lei prevê ainda um conjunto de deveres dos produtores e distribuidores, um sistema de troca de informações e de alerta no espaço comunitário e um conjunto de normas sancionatórias de natureza administrativa em matéria de segurança geral dos produtos<sup>336</sup>.

Nos termos daquele diploma, o produtor só pode colocar no mercado produtos seguros (artigo 4.º), ou seja, produtos que estejam em conformidade com as normas legais ou regulamentares que fixem os requisitos em matéria de protecção

---

<sup>336</sup> A formalização de regras de conduta em matéria de segurança geral dos produtos tem em vista, tal como em outros sectores da actividade industrial, *v. g.*, segurança no trabalho, reduzir as margens de indeterminação do que deve ter-se por uma actuação segura. Por via da concretização destas regras de actuação, procura-se disciplinar em alguma medida os limites do risco permitido e, no reverso da medalha, auxiliar a pré-determinação de uma conduta ilícita do produtor ou distribuidor de bens.



de saúde e segurança<sup>337</sup>. Porém, ainda que tal conformidade seja respeitada, a lei prevê uma cláusula de salvaguarda que permite restringir a comercialização do produto ou ordenar a sua retirada do mercado se houver perigo para a saúde ou segurança dos consumidores.

O regime legal aplica-se a todos os produtos e serviços cujos requisitos de segurança não estejam abrangidos por legislação especial. Segue-se, neste diploma, uma noção ampla de produto, abrangendo o bem novo, usado, recuperado ou utilizado no âmbito de uma prestação de serviços, disponibilizado a título oneroso ou gratuito no âmbito de uma actividade profissional. A alínea *b)* do artigo 3.º concretiza uma noção bastante exigente de produto seguro, considerando como tal qualquer bem que, “em condições de utilização normais ou razoavelmente previsíveis (...), não apresente quaisquer riscos ou apresente apenas riscos reduzidos compatíveis com a sua utilização e considerados conciliáveis com um elevado nível de protecção da saúde e segurança dos consumidores”, enunciando-se em seguida, alguns critérios para aferir aquela segurança.

Os principais destinatários desta obrigação legal são, em primeira linha, os produtores (artigos 5.º e 6.º), mas também os distribuidores (artigo 7.º), noções concretizadas pelo legislador nas alíneas *e)* e *f)* do artigo 3.º. A noção legal de produtor é bastante ampla: compreende o fabricante de um produto (*produtor real*); aquele que se apresente como fabricante (*produtor aparente*); o representante do fabricante quando este não se encontre estabelecido na União Europeia ou, na sua falta, o importador do produto na União Europeia (*produtor presumido*). Porém, o conceito é substancialmente alargado em comparação com outras definições legislativas anteriormente referidas, uma vez que a noção de produtor compreende ainda quaisquer outros profissionais da cadeia de comercialização, na medida em

---

<sup>337</sup> Na falta de normas legais ou regulamentares que fixem os requisitos em matéria de protecção de saúde e segurança, a conformidade de um produto com a obrigação geral de segurança é avaliada, nos termos do n.º 3 do artigo 4.º, tendo em conta a existência dos seguintes critérios: normas portuguesas que transponham normas europeias comunitárias; normas em vigor no Estado-Membro em que o produto é fornecido ou disponibilizado; recomendações da Comissão Europeia que contenham orientações em matéria de avaliação de segurança dos produtos; códigos de boa conduta em matéria de segurança dos produtos em vigor para o sector do bem em causa; estado actual dos conhecimentos e da técnica; nível de segurança razoavelmente esperado pelos consumidores.

que as respectivas actividades possam afectar as características de segurança do produto colocado no mercado.

Além da obrigação geral de segurança pelos seus produtos, recaem sobre o produtor determinados deveres especiais, como o dever de comunicação às entidades responsáveis dos riscos do seu produto incompatíveis com a obrigação geral de segurança e o dever de cooperação com essas mesmas entidades (artigo 8.º).

No Capítulo V do Decreto-Lei n.º 69/2005 prevê-se um conjunto de contra-ordenações pelo incumprimento de deveres previstos naquele diploma, entre eles a violação do dever de informação dos consumidores (*al. a*)), o fornecimento de produtos que não cumpram a obrigação geral de segurança (*al. e*)), a não comunicação às autoridades competentes de riscos incompatíveis com aquela obrigação (*al. f*)), ou ainda o não cumprimento da ordem de retirada do bem do mercado (*al. h*))<sup>338</sup>. As coimas aplicadas podem ser acompanhadas das sanções acessórias previstas no artigo 27.º.

### **Referência conclusiva**

A responsabilidade pelo produto no âmbito civil constituiu, nas últimas décadas, um factor de renovação e recriação das respostas e mecanismos jurídicos adequados aos problemas colocados pela complexidade suscitada pela modernização do processo produtivo. O direito civil evoluiu, muito por força do direito comunitário, da sua primária condição punitiva para uma finalidade essencialmente compensatória dos danos sofridos pela vítima enquanto consumidor de produtos defeituosos ou perigosos. Essa finalidade de reparação potenciou a flexibilização das regras que determinam a responsabilidade do produtor, situadas além das formas clássicas de responsabilidade contratual e aquiliana. Tal percurso foi secundado, no plano particular dos requisitos necessários à afirmação de uma responsabilidade, pela tendência flexibilizadora dos pressupostos exigidos: é de referir, em particular, a

---

<sup>338</sup> Nos termos dos n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 26.º, moldura da coima é sempre a mesma (de € 2490 a € 3490) para as pessoas singulares, independentemente do dever violado pela conduta do agente. Não é assim para as pessoas colectivas, variando a moldura da coima consoante o dever infringido, sem que se perceba a razão de ser de um tal regime.

erosão do princípio da culpa e a abertura do conceito de causalidade a um modelo indutivo-probabilístico. Ainda no plano da causalidade, verifica-se uma tendência para retirar do domínio do consumidor um exclusivo ónus probatório do nexo causal entre produtor, defeito do produto e dano sofrido.

Esta linha evolutiva, iniciada pelos sistemas de *common law*, culminaria na instituição, em alguns ordenamentos jurídicos, de uma responsabilidade pelo risco. Perante as limitações do regime comum de responsabilidade civil, também o legislador português, muito por influência do direito comunitário, se aproximou, por via do Decreto-Lei n.º 383/89, da *strict products liability*. Para além desta responsabilidade objectiva do produtor, o direito civil reconhece uma tutela alargada dos direitos e interesses do consumidor em outros diplomas legais, de que constituem exemplo máximo a Lei de Defesa do Consumidor, o Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril, referente à venda de bens de consumo, bem como o Decreto-Lei n.º 69/2005, de 17 de Março, relativo à obrigação geral de segurança.

A tendência flexibilizadora dos requisitos necessários à responsabilidade civil permitiu agilizar a reparação dos danos sofridos pelos consumidores. Porém, na medida em que esses danos se concretizem numa ofensividade para bens jurídico-penais, importa analisar da necessidade e fundamento de uma responsabilidade criminal pelo produto, não obstante as dificuldades que a envolvem, já indiciadas quer por uma evolução jurídico-civil em sentido contrário a um pendor punitivo, quer pela tentação em flexibilizar elementos tidos como estruturantes a um direito penal do resultado e de que constitui exemplo o conceito de nexo causal.



## CAPÍTULO III

### RESPONSABILIDADE CRIMINAL PELO PRODUTO

#### § 6. Noção e contextualização histórica

##### 1. Noção

Constituindo a responsabilidade criminal pelo produto o tema nuclear desta investigação impõe-se concretizar o seu significado e as suas circunstâncias.

As consequências danosas provocadas pelo fabrico e comercialização de produtos defeituosos ou perigosos, idóneos a afectar um número elevado de pessoas (pense-se, por exemplo, numa intoxicação causada por um bem alimentar impróprio para consumo), confrontaram também o direito penal. Nas últimas décadas do século XX, desponta com alguma vivacidade no âmbito civil e criminal, muito por força do movimento de protecção do consumidor, o debate em torno dos danos causados pelo consumo de bens defeituosos ou perigosos. De modo semelhante à evolução verificada na responsabilidade civil, a génese da responsabilidade pelo produto *qua tale* situou-se primariamente – como se sublinhou no capítulo introdutório – na jurisprudência, então confrontada com a realidade de alguns acontecimentos<sup>339</sup>. Porém, não tardaria a alargar-se progressivamente a tema doutrinal, sobretudo em países em que, pela sua dimensão trágica, os casos de

---

<sup>339</sup> Nos trabalhos dedicados ao tema da responsabilidade criminal pelo produto, observa-se com frequência que o problema foi em primeiro lugar abordado pela *praxis* e só depois pela doutrina, sendo antes de tudo uma “criação jurisprudencial”, cf. PAREDES CASTAÑON, José Manuel / RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *El Caso de la Colza...*, *op. cit.*, p. 27; também TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio, «La responsabilidad penal por el producto. Un estudio general», *Revista Peruana de Ciencias Penales* 17 (2005), *op. cit.*, p. 465.

responsabilidade pelo produto ganharam uma ampla visibilidade na opinião pública, como a Alemanha, a Espanha ou a Itália<sup>340</sup>.

Deste modo, a responsabilidade pelo produto desenvolveu-se de uma forma muito semelhante em diversos países europeus, denunciando “notáveis paralelismos”, tendo em conta não só a ausência de um tratamento específico da

---

<sup>340</sup> Para além dos inúmeros artigos doutrinários, merecem destaque, na Alemanha, um dos países onde a questão foi mais aprofundadamente estudada, as várias monografias e inúmeros artigos dedicadas ao tema da responsabilidade pelo produto. Cabe sublinhar, pela sua importância, na medida em que se trata das primeiras tentativas de conferir um tratamento sistemático e aprofundado ao tema no âmbito penal, os trabalhos de KUHLEN, Lothar, *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*, Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, 1989, e de HILGENDORF, Eric, *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der “Risikogesellschaft”*, Berlin: Dunker & Humblot, 1993. Porém, esta temática estava longe de ser esgotada e, em consequência, sucederam-se, na Alemanha, diversas monografias dedicadas à análise de aspectos problemáticos da responsabilidade criminal pelos danos causados por produtos. A título de exemplo, pode apontar-se as seguintes: HASSEMER, Winfried, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, 1994; BOCK, Barbara, *Produktkriminalität und Unterlassen*, Aachen: Shaker Verlag, 1997; EICHINGER, Harald, *Die strafrechtliche Produkthaftung im deutschen in Vergleich zum angloamerikanischen Recht*, Frankfurt am Main/Berlin/Bern/New York/Paris: Peter Lang, 1997; SCHWARTZ, Martina, *Strafrechtliche Produkthaftung. Grundlagen, Grenzen und Alternativen*, Frankfurt am Main/Berlin/Bern/New York/Paris/Wien: Peter Lang, 1998; HÖHFELD, Hendrick, *Strafrechtliche Produktverantwortung und Zivilrecht*, Berlin: Springer, 1999; AAVV., *Produkthaftung: Straf-, haftungs- und versicherungsrechtliche Fragen*, Bonn: Dt. Anwaltverlag, 2001; SCHMUCKER, Andrea, *Die “Dogmatik” einer strafrechtlichen Produktverantwortung*, Frankfurt am Main: Peter Lang, 2001; COLUSSI, Marc, *Produzentenkriminalität und strafrechtliche Verantwortung*, Frankfurt am Main: Peter Lang, 2003; HOLTERMANN, Christian, *Neue Lösungsansätze zur strafrechtlichen Produkthaftung*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2007; MAYER, Michael, *Strafrechtliche Produktverantwortung bei Arzneimittelschäden*, Berlin: Springer, 2008. Também em Espanha se publicaram, na sequência do caso de Colza, diversos artigos e estudos dedicados à problemática da responsabilidade criminal pelo produto, muito embora a doutrina espanhola tradicionalmente enquadre esta temática no âmbito da protecção penal do consumidor. Entre as diversas monografias dedicadas a este tema, destacam-se, entre outras, as seguintes: PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel / RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *El Caso de la Colza: Responsabilidad Penal por Productos Adulterados o Defectuosos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1995; HASSEMER, Winfried / MUÑOZ CONDE, Francisco, *La Responsabilidad por el Producto en Derecho Penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1995; MIR PUIG, S. / LUZÓN PEÑA, D. M. (org.), *Responsabilidad Penal de las Empresas y sus Órganos y Responsabilidad por el Producto*, Barcelona: J. M. Bosch, 1996; ÍÑIGO CORROZA, Maria Elena, *La Responsabilidad Penal del Fabricante por Productos Defectuosos*, Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2001; BOIX REIG, Javier / BERNARDI, Alessandro (co-directores), *Responsabilidad Penal por Defectos en Productos Destinados a los Consumidores*, Madrid: Iustel, 2005. Por fim, ainda neste contexto, merece destaque, em Itália, pela sua importância e profundidade no estudo da responsabilidade criminal pelo produto, a obra de PIERGALINI, Carlo, *Danno da Prodotto e Responsabilità Penale. Profilli Domatici e Politico-criminali*, Milano: Giuffrè Editores, 2004. Outras referências bibliográficas sobre esta matéria no âmbito da doutrina italiana podem encontrar-se em CASTRONUOVO, Donato, «Responsabilità da prodotto e struttura del fatto colposo», *RIDPP XLVIII (2005)*, p. 305, nota 6.

questão no plano legal como também o posterior reflexo na literatura penal dos problemas enfrentados pela prática jurisprudencial<sup>341</sup>.

O contexto histórico que envolve esta problemática é em tudo semelhante àquele que serviu de fundo ao alargamento da responsabilidade civil e acompanhou a progressiva consagração dos direitos do consumidor.

A responsabilidade criminal pelo produto toma por cenário as situações de risco para um elevado número de pessoas (e, conseqüentemente, para bens jurídico-penais) decorrentes da distribuição e comercialização de produtos em sociedades altamente industrializadas e tecnologicamente evoluídas. Neste sentido, trata-se de uma responsabilização pela lesão ou colocação em perigo de bens jurídicos por via da comercialização e disponibilização ao público-consumidor de bens defeituosos ou perigosos, situando-se por excelência no domínio económico<sup>342</sup>.

Estas são as notas comuns às várias definições que têm vindo a ser propostas pela doutrina. Vogel, logo em 1990, usa a expressão *strafrechtliche Produkthaftung*, claramente influenciada pela homóloga figura do direito civil, para designar “os danos (ou perigos) à integridade física, vida ou em alguns casos ao património, causados por via da produção e comercialização de diversos produtos perigosos – excluindo-se, no entanto, a prestação de serviços”<sup>343</sup>.

Acrescente-se que se consideram tendencialmente excluídos do âmbito problemático da responsabilidade criminal pelo produto os riscos derivados da actividade empresarial, *v. g.*, acidentes no processo de produção que originam danos

---

<sup>341</sup> Cf. KUHLEN, Lothar, «Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal por el producto», *op. cit.*, p. 231.

<sup>342</sup> Por esta razão alguns autores não hesitam em enquadrar a figura da responsabilidade pelo produto no âmbito do direito penal económico. Sobre esta questão, com referências bibliográficas, SCHULZ, Lorenz, «Kausalität und strafrechtliche Produkthaftung...», *op. cit.*, p. 44, nota 16.

<sup>343</sup> Cf. «Verbraucherschutz durch strafrechtliche Produkthaftung – Kriminologische und funktionale Aspekte», *GA 1990*, p. 246; também, do mesmo autor, «Stand und Entwicklung der strafrechtlichen Produkthaftung», *in: Festschrift für Werner Lorenz zum 80. Geburtstag*, München: Sellier. European Law Publishers, 2001, p. 65 e ss., e «La responsabilidad penal por el producto en Alemania: situación actual y perspectivas de futuro», *RP 8 (2001)*, p. 95 e ss. A exclusão da prestação de serviços do âmbito da responsabilidade criminal pelo produto não tem, no entanto, merecido a concordância de parte da doutrina alemã, tendo alguns autores seguido um entendimento diferente daquele que é proposto por Vogel. Sobre esta questão, por todos, EICHINGER, Harald, *Die strafrechtliche Produkthaftung...*, *op. cit.*, p. 2 e ss. e COLUSSI, Marc, *Produzentenkriminalität und strafrechtliche Verantwortung*, *op. cit.*, p. 18 e ss.

para a segurança dos trabalhadores ou para o ambiente<sup>344</sup>. Sublinhe-se, no entanto, que a relação entre estes riscos “é evidente e, em determinadas ocasiões, difícil de determinar porque o perigo para os trabalhadores pode surgir da utilização de um produto fabricado por outra empresa”<sup>345</sup>, e como tal mais próximo de uma eventual responsabilidade pelo produto do que de uma responsabilidade pela segurança nas condições de trabalho.

Do mesmo modo, também devem considerar-se à margem daquela responsabilidade os danos causados aos interesses de natureza económica dos consumidores, protegidos através de infracções como a fraude sobre mercadorias, a concorrência desleal ou a publicidade enganosa<sup>346</sup>. É esta a posição de Corcoy Bidasolo, que limita a responsabilidade pelo produto à lesão de bens pessoais, como a saúde (individual ou pública), dela excluindo a responsabilidade penal de natureza patrimonial ou socioeconómica decorrente da colocação no mercado de um produto<sup>347</sup>.

Apertando os contornos da definição, podemos dizer que o termo responsabilidade criminal pelo produto<sup>348</sup> é empregue em boa parte da literatura

---

<sup>344</sup> Assim KUHLEN, Lothar, *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*, *op. cit.*, p. 23. Também CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, «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 Organos y Responsabilidad por el Producto*, (coord. Mir Puig / Luzón Peña), Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1996, p. 247. Também COLUSSI, Marc, *Produzentenkriminalität und strafrechtliche Verantwortung*, *op. cit.*, p. 18.

<sup>345</sup> Cf. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, «Delitos contra la salud de los consumidores y responsabilidad por el producto», *in: Cuestiones Actuales de Derecho Penal Empresarial*, Madrid: Colex, 2010, p. 181. A autora dá conta de um caso julgado pelo Tribunal Supremo Espanhol em 2005, conhecido por Ardistyl, o nome de uma das empresas onde morreram trabalhadores e outros sofreram lesões na sua saúde devido à utilização de um produto na impressão e estampagem de têxteis. Neste caso, dada a circunstância de as pessoas afectadas serem trabalhadores da empresa, os factos foram enquadrados pelo tribunal nos delitos contra a segurança dos trabalhadores, para além dos crimes de homicídio e ofensas à integridade física negligentes.

<sup>346</sup> Cf. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, «Responsabilidad penal derivada del producto...», *op. cit.*, p. 247. Os crimes contra os interesses económicos dos consumidores têm uma particular relevância no ordenamento jurídico espanhol, estando incluídos numa secção autónoma referente aos delitos relativos ao mercado e aos consumidores (artigos 279 e ss. do Código Penal). Sobre estes delitos veja-se, por todos, a dissertação de PUENTE ABA, María Luz, *Delitos Económicos contra los Consumidores y Delito Publicitario*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

<sup>347</sup> Cf. «Delitos contra la salud de los consumidores...», *op. cit.*, p. 181.

<sup>348</sup> Segundo HILGENDORF, Eric, *Strafrechtliche Produzentenhaftung...*, *op. cit.*, p. 89, nota 1, a expressão “*strafrechtliche Produzentenhaftung*” (responsabilidade criminal do produtor) aparece pela primeira vez em MAURACH / SCHRÖDER, *Strafrecht. Besonder Teil*, 6. Auflage, 1981, p. 57. Neste contexto, os termos “responsabilidade criminal do produtor” e “responsabilidade criminal pelo produto”



penal europeia, na sequência de um conjunto de decisões jurisprudenciais, para enunciar a responsabilidade de produtores e distribuidores de bens de consumo defeituosos ou perigosos por lesões ou pela colocação em perigo de bens jurídicos essenciais dos consumidores, tidos como valiosos pelo direito penal ao plasmar, quer no Código Penal quer em legislação acessória, delitos que protegem aqueles interesses.

Na nossa exposição tender-se-á a seguir a clara e sintética definição proposta por Toledo y Ubieto, segundo a qual a responsabilidade criminal pelo produto compreende “a responsabilidade penal que caiba exigir em relação a processos de fabricação, importação, distribuição, comercialização e expedição, pela lesão ou perigo (efectivo ou potencial) para a vida ou saúde (individual ou colectiva), criado pelos sujeitos que neles intervêm quando operam no mercado com produtos defeituosos ou perigosos”<sup>349</sup>.

Todavia, das definições e delimitações apresentadas resulta de forma imediata algumas reflexões quanto à concretização e natureza dos bens jurídicos a proteger. Em primeiro lugar, como deixa antever a definição de Vogel, dúvidas se levantam, na doutrina, quanto à inclusão dos interesses patrimoniais (individuais) dos consumidores. A este propósito, Teresa Rodríguez Montañés considera que, para além da vida e da integridade física, se deve incluir “tangencialmente o património” nos bens jurídicos dos consumidores a que se refere a responsabilidade criminal pelo produto<sup>350</sup>. Uma das explicações possíveis acerca desta incerteza reside, em nosso modo de ver, na natureza pessoal dos bens jurídicos ofendidos nos casos levados aos tribunais e que estiveram na origem das reflexões doutrinárias em torno

---

tendem a ser tomados como sinónimos, acentuando-se no primeiro o sujeito e no segundo, por sua vez, o objecto da acção. Por outro lado, a busca de precisão semântica, decorrente da circunstância do termo *Haftung* ser estranho à terminologia penal (onde se utiliza com maior frequência *Verantwortlichkeit* para expressar responsabilidade) e mais próximo da terminologia própria do direito civil, determinou o surgimento na doutrina alemã de outras expressões sinónimas para designar o fenómeno da responsabilidade criminal pelo produto, tais como *strafrechtliche Produktverantwortung* ou ainda, por influência da literatura norte-americana, o termo *Produktkriminalität*. Sobre esta discussão terminológica veja-se, de modo desenvolvido, COLUSSI, Marc, *Produzentenkriminalität und strafrechtliche Verantwortung*, *op. cit.*, p. 14 e ss. Sublinhando que *Produkthaftung* é originariamente uma categoria do direito civil, VOGEL, Joachim, «Stand und Entwicklung der strafrechtlichen Produkthaftung», *op. cit.*, p. 66.

<sup>349</sup> Cf. «La responsabilidad penal por el producto...», *op. cit.*, p. 467.

<sup>350</sup> Cf. PAREDES CASTAÑON, José Manuel / RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *El Caso de la Colza...*, *op. cit.*, p. 22.

da figura da responsabilidade criminal pelo produto. De qualquer forma, é inegável que a comercialização de bens defeituosos e perigosos pode lesar interesses materiais daqueles que os adquirem e, como tal, é susceptível de afectar interesses de natureza patrimonial protegidos pela ordem jurídico-penal, embora o conceito de responsabilidade criminal pelo produto não se refira primariamente à tutela desses bens.

Em segundo lugar, como indica a definição proposta por Toledo y Ubieto, também se discute, no âmbito desta figura, a inclusão da tutela de interesses supra-individuais, de titularidade difusa, como a saúde pública ou a qualidade dos bens de consumo. Se se englobar os delitos associados à tutela destes interesses – o que há-de depender das opções legislativas do concreto ordenamento jurídico-penal em análise – seguir-se-á um conceito de responsabilidade criminal pelo produto em sentido amplo, voltado também para a protecção de interesses colectivos através da construção de tipos legais de perigo<sup>351</sup>. Ainda assim, conforme teremos oportunidade de referir mais desenvolvidamente<sup>352</sup>, esta segunda perspectiva mereceu a crítica dirigida à técnica legislativa usada por pôr em causa princípios fundamentais do direito penal como os princípios da mínima intervenção e da ofensividade dos bens jurídicos; porém, também a protecção de interesses individuais dos consumidores, como a vida e a integridade física, não se furtou a críticas devido à flexibilidade introduzida pela jurisprudência na interpretação de categorias clássicas do direito penal como a causalidade e a imputação objectiva<sup>353</sup>.

A consideração dos objectos de tutela permite avançar na caracterização da figura da responsabilidade criminal do produto e delimitá-la do instituto autónomo criado pelo direito civil. Conforme se referiu, os primeiros casos de responsabilidade pelo produto foram resolvidos pela jurisprudência sobretudo no âmbito dos delitos contra a vida e contra a integridade física. Por exemplo, quer no caso *Lederspray* quer

---

<sup>351</sup> Sobre a distinção entre uma responsabilidade criminal em sentido amplo e em sentido restrito, em referência ao Código Penal espanhol e procurando apontar critérios para essa restrição, TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio, «La responsabilidad penal por el producto...», *op. cit.*, p. 468 e ss. e p. 473.

<sup>352</sup> Cf *infra*, § 7, 1.

<sup>353</sup> De modo desenvolvido, TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio, «La responsabilidad penal por el producto...», *op. cit.*, p. 474 e ss. Veja-se ainda CASTRONUOVO, Donato, «Responsabilità da prodotto e struttura del fatto colposo», *RIDPP XLVIII (2005)*, p. 306.

no caso *Contergan* se sustentou a responsabilidade dos dirigentes da empresa produtora na parática daqueles delitos de lesão. Destarte, este tipo de responsabilidade criminal reputa-se historicamente à imputação de delitos que protegem a integridade física ou a vida do consumidor com recurso às estruturas dogmáticas próprias do direito penal<sup>354</sup>. Assim, de modo diferente ao enquadramento jurídico conferido pelo direito civil, no âmbito jurídico-penal ao problema não foi originalmente perspectivado, seja pela doutrina seja pela jurisprudência, como um específico instituto autónomo de responsabilidade, dotado de novas estruturas de imputação ou da previsão de novos tipos penais. A designação assume assim uma natureza essencialmente fenomenológica e casuística voltada para as particulares características de determinados casos judiciais. Os tribunais criminais procuraram resolver os casos de lesões e de mortes decorrentes do consumo de bens defeituosos ou perigosos com recurso aos critérios de imputação jurídico-penal tradicionais e no quadro jurídico das ofensas corporais e da ofensa à vida<sup>355</sup>. Assim, uma certa autonomia conceitual e técnica advém essencialmente da reunião sob o termo responsabilidade criminal pelo produto de um conjunto de casos semelhantes, centrados sobre problemas idênticos e que confrontam as estruturas dogmáticas tradicionais com dificuldades e questões semelhantes.

Deste modo, a casuística referente à responsabilidade criminal pelo produto apresenta um conjunto de particularidades que podem exigir um esforço de adaptação dessas estruturas dogmáticas de imputação. Em causa está a adequação dos quadros clássicos do direito penal para resolver as novas constelações problemáticas aí colocadas. Na verdade, na maioria das situações que descrevemos no capítulo introdutório, as categorias dogmáticas de imputação dos resultados lesivos erigiram fortes limites aos resultados condenatórios almejados por alguns factores de ponderação como a gravidade dos factos, o alarme social causado ou

---

<sup>354</sup> Neste sentido, DIAS, Augusto Silva, «Entre “comes e bebes”: debate de algumas questões polémicas no âmbito da protecção jurídico-penal do consumidor (a propósito do Acórdão da relação de Coimbra de 10 de Julho de 1996)», *in: Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 521, nota 109.

<sup>355</sup> Cf. PAREDES CASTAÑON, José Manuel / RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *El Caso de la Colza...*, *op. cit.*, p. 22-23.

mesmo a necessidade de pena. Como sublinha Teresa Rodríguez Montañés, estas circunstâncias determinaram uma certa tendência jurisprudencial para “flexibilizar” e reinterpretar as categorias dogmáticas<sup>356</sup> – entre as quais, acrescente-se, assumiu particular evidência o conceito de causalidade jurídico-penal.

Neste sentido, as decisões de casos como o da talidomida ou o do *Lederspray* foram verdadeiramente fracturantes e impuseram uma discussão doutrinal em torno da reconformação e da necessidade de conferir novo conteúdo e significado àquelas estruturas de imputação. Em consequência, um amplo sector doutrinal assume uma perspectiva crítica destas transformações e vê nelas “um alto risco de abandono de princípios limitadores do ‘ius puniendi’, como o da responsabilidade individual, da intervenção mínima e de ‘ultima ratio’ ”<sup>357</sup>.

É justamente neste contexto que, no apogeu da discussão doutrinal em torno da responsabilidade criminal pelo produto, ocorrido na última década do século XX, se associa esta problemática ao então emergente direito penal do risco, desde logo por partilharem a referida nota de flexibilização das estruturas dogmáticas de imputação. Com efeito, em estudos sobre a responsabilização criminal por danos decorrentes do uso de produtos defeituosos ou perigosos é recorrente esta associação entre responsabilidade pelo produto e os problemas próprios da “segunda modernidade”<sup>358</sup>.

De facto, embora a designação “responsabilidade criminal pelo produto” seja um termo relativamente recente, os problemas que aí se discutem não são novos. Se a discussão em torno de um direito penal do risco suscitou um renascimento destas questões, alguns aspectos problemáticos tinham já sido identificados e discutidos no âmbito da protecção penal do consumidor, que se impôs de forma decisiva a partir da década de 70 do século XX, e outros ainda na anterior protecção penal do adquirente, desde há muito conhecida dos ordenamentos jurídicos.

---

<sup>356</sup> Cf. PAREDES CASTAÑON, José Manuel / RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *El Caso de la Colza...*, *op. cit.*, p. 23.

<sup>357</sup> Cf. PAREDES CASTAÑON, José Manuel / RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *El Caso de la Colza...*, *op. cit.*, p. 23.

<sup>358</sup> Sobre este conceito de “segunda modernidade”, *supra* § 2.

Torna-se assim possível identificar três grandes etapas históricas decisivas no enquadramento jurídico-penal dos danos causados por produtos defeituosos, que de seguida se referem.

## 2. Contextualização histórica

### 2.1 A tolerância social

O problema da responsabilidade dos danos causados pela empresa, entendida como uma organização destinada à produção de bens, integrava o conjunto de situações casuísticas que, no final do século XIX, serviram de remota origem ao tema da adequação social e do princípio do risco permitido (*erlaubtes Risiko*), por vezes tomados como sinónimos em algumas construções teóricas<sup>359</sup>.

Um dos exemplos primários da necessidade de enquadrar juridicamente os resultados lesivos decorrentes da actividade empresarial encontra-se na obra de Ludwig v. Bar. Entende este autor que os perigos decorrentes da actividade de produção são conhecidos mas necessários, prevendo-se com grande probabilidade que no decurso do tempo haja algumas pessoas – e não só aquelas que tomem parte na actividade produtiva – que sofrerão consequências fatais<sup>360</sup>. O autor acrescenta que um tal risco não pode ser prevenido por medidas de cautelas tão rigorosas que ponham em causa a própria continuidade da iniciativa empresarial. Com efeito, o discurso de v. Bar denota uma certa tolerância que tende a aumentar com a importância que se reconheça socialmente à actividade em causa. O juízo de imputação do resultado danoso à conduta, concretizado de acordo com o critério da

---

<sup>359</sup> Sobre este paralelismo entre adequação social e risco permitido e as dificuldades em definir esta última categoria, reflectida em diversos planos da infracção criminal, MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La Imputación Objetiva del Resultado*, Madrid: Edersa, 1992, p. 125 e ss. Veja-se ainda, no sentido de se tratar de figuras autónomas mas reconhecendo-lhes uma origem e trajecto próximos, FARIA, Paula Ribeiro de, *A Adequação Social da Conduta no Direito Penal*, Porto: Publicações Universidade Católica, 2005, p. 946 e ss., e p. 985 e ss.

<sup>360</sup> Cf. *Die Lehre von Kausalzusammenhänge*, Leipzig: Verlag von Bernhard Tauchnitz, Leipzig, 1871, p. 14. Também HILGENDORF, Eric, *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der "Risikogesellschaft"*, Berlin: Duncker & Humblot, 1993, p. 89. Veja-se ainda HOYER, Andreas, «Risco permitido e desenvolvimento tecnológico», *RPCC 20* (2010), p. 352.

causalidade adequada seguido por este autor<sup>361</sup>, é válido somente para “condutas não conformes às regras da vida”<sup>362</sup>, ou, por outras palavras, socialmente desadequadas.

Como sublinha Paula Ribeiro de Faria, o princípio defendido por v. Bar está muito próximo da doutrina da adequação social de Welzel, entendida, num primeiro momento, como critério de valoração social da acção capaz de excluir a tipicidade da conduta, e, em particular, próximo da valoração inerente à “diminuição da importância do desvalor do resultado face à valiosidade social da conduta”<sup>363</sup>. Assim, o desvalor causal e objectivo do resultado é reinterpretado do ponto de vista social de modo a ajuizar-se da adequação da conduta, não podendo os comportamentos socialmente tolerados constituir um ilícito penal. “O fundamental do pensamento de v. Bar reduz-se, deste modo, ao seguinte: só há que apurar a causalidade adequada sempre que a conduta que determinou a produção do resultado se revelar desadequada às regras da vida em sociedade, ao que é normal e desejável em termos de convivência social”<sup>364</sup>.

De uma outra perspectiva, em causa está um difícil equilíbrio entre interesses em conflito: a perigosidade da actividade e a utilidade social que lhe é reconhecida. Este conflito estendeu-se pela doutrina penal e viria a ser especialmente discutido no âmbito da constelação de situações que integram a categoria de risco permitido, em virtude da utilidade social preponderante de que são especialmente dotadas algumas condutas perigosas<sup>365</sup>. Como exemplos clássicos pode apontar-se o tráfego automóvel, aéreo, ferroviário, o fabrico de produtos químicos, a produção de medicamentos, a produção de energia nuclear, etc. Trata-se de um elenco de

---

<sup>361</sup> Veja-se, de modo desenvolvido, *infra*, § 10, 5.1, b).

<sup>362</sup> Cf. FARIA, Paula Ribeiro de, *A Adequação Social da Conduta ...*, *op. cit.*, p. 50.

<sup>363</sup> Cf. *A Adequação Social da Conduta no Direito Penal*, *op. cit.*, p. 51. Também MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La Imputación Objetiva del Resultado*, *op. cit.*, p. 147.

<sup>364</sup> Cf. *A Adequação Social da Conduta no Direito Penal*, *op. cit.*, p. 51.

<sup>365</sup> Este princípio foi aplicado logo no final do século XIX pelo *Reichgericht* num caso de ofensas à integridade física negligente, ao considerar que “certas tarefas económicas ou técnicas, como por exemplo a construção do topo da torre de uma igreja ou a colocação de um pára-raios, não poderiam ser realizadas se estivessem dependentes da adopção de medidas que assegurassem de modo absoluto e sob qualquer circunstância a vida ou a segurança dos trabalhadores que as efectuam”, *apud* HOYER, Andreas, «Risco permitido e desenvolvimento tecnológico», *op. cit.*, p. 352. A referência do risco permitido a uma ideia de custo-benefício é também discutida por JAKOBS, Günther, *Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 244.

atividades que se vai alterando não só consoante o estado da ciência e a evolução tecnológica da época, como também de acordo com a consciência e a medida de tolerância que a sociedade atribui aos riscos que elas acarretam.

O risco permitido denota, como sublinha Jakobs, uma “legitimação histórica”<sup>366</sup>, na medida em que determinadas formas de actividade permitida foram consagradas pela história, por vezes forçando o limite e tornando-se socialmente adequadas. Ora, um dos domínios onde a história testemunhou uma constante revisão do limite do risco permitido é justamente a actividade produtiva, procurando alargar-se a liberdade da acção à custa da segurança de bens titulados por vítimas tidas *ex ante* como anónimas.

## 2.2 O desequilíbrio na relação produtor-consumidor

O elevado desenvolvimento técnico aplicado ao processo de produção em sociedades industrializadas permite explicar, em parte, a existência de uma certa inversão do estado das coisas em favor de uma diminuição do risco permitido no âmbito produtivo. Neste sentido, são explícitas as palavras de Kuhlen: “a crescente distância pessoal e social, assim como o desnível técnico-científico entre fabricante e consumidor, são circunstâncias que limitam drasticamente as possibilidades de controlo por parte deste último”<sup>367</sup>. Reconhece-se, assim, um desequilíbrio entre consumidor e produtor que é necessário compensar através da observância de regras de conduta que diminuam ou mantenham controlados os perigos decorrentes da produção e comercialização de bens<sup>368</sup>. Impõe-se, desta forma, uma “corrente jurídico-política que converteu a protecção do consumidor numa preocupação

---

<sup>366</sup> JAKOBS, Günther, *Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 244. Em nota de pé de página (nota 63), este autor esclarece que não é a historicidade que legitima a permissão do risco mas sim o consenso que sobre ela foi gerado e resolvido no passado.

<sup>367</sup> Cf. KUHLEN, Lothar, *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*, *op. cit.*, p. 1.

<sup>368</sup> De uma outra perspectiva, este desequilíbrio foi também acentuado pelos meios de comunicação social nos países em que a dimensão trágica dos danos causados por produtos assumiu grandes proporções, como nos dão conta, por referência à Alemanha, DEUTSCHER, Jörg / KÖRNER, Peter, «Die strafrechtliche Produktverantwortung...», *op. cit.*, p. 292.

estatal dirigida a ‘nivelar’ as desigualdades na chamada ‘relação de consumo’ ”<sup>369</sup>. Na prossecução desta tarefa, concede-se particular relevância à criação de regras de natureza civil na defesa do consumidor enquanto parte contratual mais fraca, desenvolvendo-se institutos próprios destinados à sua protecção, como o regime da venda de coisas defeituosas ou a previsão da responsabilidade objectiva do produtor.

Deve acrescentar-se que o direito comunitário cumpriu um importante papel nesta transição, por via da progressiva atenção que concedeu à tutela dos consumidores. “Superando a aproximação inicial predominantemente ‘mercantilística’ e ‘civilística’, o direito comunitário aparece projectado numa aceção de tutela dos consumidores mais sensível a um equilíbrio entre os *interesses económicos* envolvidos (genericamente reconduzíveis à liberdade de empresa) e a *prevenção dos danos na saúde*”<sup>370</sup>. Como testemunho desta mudança tome-se a intensa produção normativa de origem comunitária em matéria de segurança de produtos (alimentares ou não) que conduziria, nos últimos anos, à extensão do princípio da precaução, originariamente pertencente ao domínio ambiental, à saúde e à segurança dos consumidores, por via da produção e da comercialização de bens<sup>371</sup>.

As modificações sociais deixaram a descoberto um consumidor desprotegido, o que implicaria que o grau de exigência do risco permitido fosse aumentado através da positivação de deveres de segurança a observar pelos produtores. Nestes domínios conformados por regras positivas torna-se mais fácil delimitar o permitido do proibido e identificar o momento em que a conduta arriscada ultrapassa o risco socialmente tolerado, preenchendo o primeiro degrau da substância de um ilícito correspondente à sua tipicidade. Com efeito, como requisito primeiro do ilícito e da imputação do evento lesivo há-de exigir-se que a conduta arriscada transponha o risco permitido. Num exemplo por nós adaptado e exposto

---

<sup>369</sup> Cf. SARRABAYROUSE, Eugénio C., «Algunas soluciones a los problemas que plantea la responsabilidad por el producto en el derecho penal argentino», *RBCC 18 (2010)*, p. 55.

<sup>370</sup> Cf. CASTRONUOVO, Donato, «Responsabilità da prodotto e struttura del fatto colposo», *RIDPP XLVIII (2005)*, p. 301.

<sup>371</sup> Cf. CASTRONUOVO, Donato, «Responsabilità da prodotto e struttura del fatto colposo», *RIDPP XLVIII (2005)*, p. 302; também, do mesmo autor, «La normativa europea in materia di tutela della salute dei consumatori e dei lavoratori», *La Riforma dei Reati contro la Salute Pubblica* (org. Massimo Donini e Donato Castronuovo), Padova: CEDAM, 2007, p. 7.



por Jakobs<sup>372</sup>, todo o fabricante de veículos automóveis contribui causalmente, por via do seu fabrico, para os acidentes em que intervenham os veículos que produziu, sem que, porém, a sua produção corresponda a qualquer conduta típica. Essa tipicidade há-se dar-se quando se ultrapassa o risco permitido, *v. g.*, se os veículos fabricados são comercializados com travões que não preenchem os requisitos de segurança exigidos.

### 2.3 A massificação do risco na “segunda modernidade”

A responsabilidade pelo produto tem sido qualificada por alguns autores como um “tema moderno”<sup>373</sup>, ou mesmo como um dos temas “mais característicos do chamado ‘direito penal do risco’ ”<sup>374</sup>. Este problema é frequentemente enquadrado e tratado pela doutrina penal entre as questões suscitadas ao direito penal pelo acelerado desenvolvimento tecnológico e científico da sociedade contemporânea. Muito embora o problema dos danos causados pela actividade empresarial não seja um tema novo, conforme já se referiu, ele toma renovado interesse e coloca novas questões no âmbito de uma sociedade tecnologicamente desenvolvida que procura maximizar simultaneamente a segurança dos seus membros e a utilidade proporcionada pelas novas tecnologias<sup>375</sup>.

De modo particular no contexto da produção e do consumo, os danos provocados por bens defeituosos ganham uma nova dimensão, extravasando o plano do consumidor individual e alcançando um número indeterminado de

---

<sup>372</sup> JAKOBS, Günther, *Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 245.

<sup>373</sup> HASSEMER, Winfried / MUÑOZ CONDE, *La Responsabilidad por el Producto...*, *op. cit.*, p. 50 e ss. e p. 121 e ss; também PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel / RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *El Caso de la Colza...*, *op. cit.*, p. 21.

<sup>374</sup> Cf. HILGENDORF, Eric, *Strafrechtliche Produzentenhaftung...*, *op. cit.*, p. 13 e p. 89 e ss; também CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Delitos de Peligro y Protección de Bienes Jurídico-penales Supraindividuales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 190 e ss. e p. 228 e ss.; ANARTE BORRALLA, Enrique, *Causalidad e Imputación Objetiva*, Huelva: Universidad de Huelva, 2002, p. 438; TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octávio de, «La responsabilidad penal por el producto», *op. cit.*, p. 460. Acrescente-se, a título de concretização, que neste contexto o traço característico fundamental do “direito penal do risco” consiste na utilização do arsenal punitivo próprio do direito criminal para prevenir os novos riscos de origem humana próprios da sociedade do risco.

<sup>375</sup> Trata-se da “cultura de segurança”, típica da sociedade do risco e da sociedade do bem-estar, a que se refere RODRIGUES, Anabela Miranda, «Política criminal-novos desafios, velhos rumos», *in: Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 210.

consumidores. Neste cenário, atendendo-se às possíveis situações de danos massivos que afectam um elevado número de pessoas, afasta-se um modelo de responsabilidade que tome por referência o dano individual e a vítima concreta. De facto, a generalização do consumo e da distribuição dos bens determinou uma generalização dos danos provocados por defeitos<sup>376</sup>. Em consequência, o dano individual transmutou-se para um dano anónimo.

A grande novidade trazida pelo modelo social da segunda metade do século XX no domínio da produção e do consumo reside, assim, na multiplicação do dano individual pelo elevado número de consumidores de produtos com defeito ou perigosos para a vida ou saúde humanas. Trata-se, nesta perspectiva, de um conjunto ou de uma soma, por vezes indeterminável nos seus limites, de danos individuais experienciados por cada um dos inúmeros (e anónimos) consumidores daquele bem.

Paralelamente à multiplicação do dano individual resultante da produção massiva de bens, surge uma outra conexão entre a responsabilidade pelo produto e a sociedade contemporânea tecnologicamente desenvolvida que se concretiza no aparecimento de uma nova categoria de riscos, apontada como uma espécie de externalidade negativa da modernização ocidental. Com efeito, alguns autores têm sublinhado que, no novo modelo social trazido pela segunda metade do século XX, o sistema de produção e consumo, motivado pelo forte desenvolvimento tecnológico, é acompanhado de alguns efeitos negativos para a colectividade. Como sublinha Elena Iñigo Corroza, “na modernização ocidental co-existem um elemento positivo, a acumulação e exploração crescente, que resulta directamente na ‘qualidade de vida’ dos cidadãos, e um elemento negativo, correspondente ao dano colectivo imposto ao grupo. A procura social de novos produtos de uso e consumo implica um relevante incremento dos processos de investigação e, portanto, de conhecimento, ainda que ambas as coisas não impliquem mais segurança”<sup>377</sup>. Na verdade, o desenvolvimento de novos processos de investigação de consequências desconhecidas mas potencialmente perigosas está na base da adopção, pelo direito

---

<sup>376</sup> Neste sentido, SARRABAYROUSE, Eugénio C., «Algunas soluciones a los problemas que plantea la responsabilidad por ele producto...», *op. cit.*, p. 55.

<sup>377</sup> Cf. IÑIGO CORROZA, Maria Elena, *Responsabilidad Penal del Fabricante...*, *op. cit.*, p. 30.

administrativo, de medidas cautelares ao abrigo do princípio da precaução, como forma de garantir a segurança no consumo exigida pela própria sociedade. A complexidade da sociedade industrial, que aumenta a distância entre produtor e consumidor, aliada às novas potencialidades tecnológicas, que procuram satisfazer e criar novas necessidades de consumo, culmina na exigência de medidas de segurança que elevem a confiança dos consumidores na qualidade dos produtos e permitam, em situações de catástrofe, criar os espaços de imputação socialmente exigidos. Por esta via reduz-se o perigo casual e alarga-se o risco imputável ao fabricante, ao distribuidor ou, em último termo, ao próprio consumidor. “Para o cidadão desta sociedade moderna não é suficiente o infortúnio ou a desgraça, antes exigindo uma explicação racional”<sup>378</sup>. Ou, retomando as expressões e linguagem que abordámos no primeiro capítulo<sup>379</sup>, o domínio da protecção do consumidor constituiu um exemplo do aumento da relevância do risco por via da diminuição do espaço deixado aos perigos e infortúnios casuais.

#### 2.4 A responsabilidade pelo produto e a moderna evolução do direito penal

A legitimidade da intervenção penal no quadro deste novo modelo social onde se incluem as modernas formas de produção e de consumo foi objecto de uma intensa discussão doutrinal. O “direito penal moderno”<sup>380</sup>, onde a doutrina inclui como subtema a responsabilidade criminal pelo produto, esteve na base do actual debate, travado inicialmente na doutrina alemã e posteriormente alargado à restante doutrina europeia, em torno da flexibilização das categorias clássicas da responsabilidade penal, tendo em conta os riscos próprios de uma sociedade tecnologicamente desenvolvida, de forma a permitir a punição daqueles que causem danos ou coloquem em perigo bens jurídico-penais. As diferentes posições doutrinárias podem agrupar-se, de modo algo simplista, em dois grandes grupos,

---

<sup>378</sup> Cf. IÑIGO CORROZA, Maria Elena, *Responsabilidad Penal del Fabricante...*, *op. cit.*, p. 31.

<sup>379</sup> *Supra*, § 2.

<sup>380</sup> A expressão é de HASSEMER, Winfried, «Rasgos y crisis del derecho penal moderno», *ADPCP* 1992, p. 235-249.

consoante aplaudam ou critiquem a intervenção penal neste domínio<sup>381</sup>. Deve, no entanto, sublinhar-se que mesmo aqueles que se mostram críticos não excluem a responsabilidade pelo produto do sistema penal, recusando a sua resolução de forma exclusiva por outros ramos do ordenamento jurídico<sup>382</sup>.

#### 2.4.1 Perspectiva favorável à responsabilidade criminal

Entre os autores que consideram oportuna e necessária uma intervenção do direito penal no contexto dos novos riscos, muito particularmente dos riscos que têm a sua origem na produção em massa de bens de consumo, destacam-se nomes como Lothar Kuhlen, Joachim Vogel ou Eric Hilgendorf. Em comum, estes autores sustentam a necessidade de intervenção do direito penal no argumento de que a produção e a comercialização de bens de consumo, não obstante a sua utilidade social, constituem uma fonte de perigos para bens jurídicos fundamentais dos consumidores, de que são exemplo máximo a vida e a integridade física<sup>383</sup>. “De acordo com esta premissa, esta linha doutrinária reconhece que, perante as particularidades que colocam os pressupostos da responsabilidade penal por produtos, é necessário individualizar e concretizar deveres de conduta de cada um dos intervenientes no processo produtivo e desenvolver estruturas de imputação para encontrar a solução adequada a estes casos”<sup>384</sup>.

---

<sup>381</sup> Cf. KUHLEN, Lothar, «Questiones fundamentales de la responsabilidad penal por el producto», *in*. *Responsabilidad Penal de las Empresas...*, *op. cit.*, p. 231. Uma síntese dos principais argumentos invocados a favor de cada uma destas posições doutrinárias pode encontrar-se em IÑIGO CORROZA, Maria Elena, *Responsabilidad Penal del Fabricante...*, *op. cit.*, p. 38.

<sup>382</sup> São claras a este propósito as palavras de Hassemer, uma das vozes mais críticas, ao elencar os pontos que lhe parecem fora de discussão no contexto das dificuldades que o conceito de causalidade enfrenta no âmbito da responsabilidade por produtos defeituosos ou perigosos: “as questões que se discutem na responsabilidade jurídico-penal pelo produto requerem uma resposta específica (seja qual for) já que ninguém defende que devam ser excluídas do direito penal (convertendo-as, por exemplo, numa questão jurídico-civil) ou que aqui sejam aplicáveis, sem mais, os princípios tradicionais da dogmática jurídico-penal da causalidade”, cf. HASSEMER, Winfried / MUÑOZ CONDE, Francisco, *La Responsabilidad por el Producto...*, *op. cit.*, p. 126.

<sup>383</sup> Cf. PAREDES CASTAÑON, José Manuel / RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *El Caso de la Colza...*, *op. cit.*, p. 33 e s.

<sup>384</sup> Cf. PAREDES CASTAÑON, José Manuel / RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *El Caso de la Colza...*, *op. cit.*, p. 34.

a) Como forma de sustentar a necessidade da intervenção penal, Kuhlen acentua o elevado potencial de perigo que a fabricação e a distribuição de produtos acarretam em sociedades tecnologicamente avançadas e dotadas de um elevado nível de industrialização. Assumindo uma perspectiva que qualifica como objectiva, este autor sublinha que em causa estão, neste contexto, *perigos reais* cuja necessária redução exige a intervenção do direito penal<sup>385</sup>. Refere ainda o desmedido aumento da distância entre produtor e consumidor como factor que dificulta qualquer possibilidade de controlo da qualidade dos bens produzidos por parte do consumidor, vincando-se o desequilíbrio da relação em seu prejuízo<sup>386</sup>.

Por conseguinte, considera que a perigosidade inerente à distribuição de produtos para bens jurídicos fundamentais dos consumidores, como a saúde ou a vida, reclama a criação de normas de conduta por forma a reduzir aqueles riscos a uma margem socialmente tolerável. Neste contexto, a consagração legal de uma responsabilização pelo produto auxilia a resolução de problemas na medida em que contribui para a diminuição de condutas arriscadas e, por essa via, para a protecção daqueles bens jurídicos fundamentais.

Na sua função de prevenção geral (positiva e negativa), o direito penal é assim chamado a concretizar os correspondentes tipos penais necessários adequando-os ao contexto da fabricação e da distribuição de produtos. Em particular, essa concretização há-de dar-se por via da identificação dos deveres de cuidado a observar no âmbito da produção e por intermédio do desenvolvimento de regras de imputação que permitam responsabilizar todo aquele que, pela posição que ocupa dentro do sistema de fabricação e distribuição de bens, deve garantir e assegurar o cumprimento das regras de conduta que têm por fim reduzir os riscos provenientes do produto.

Da perspectiva de Kuhlen, importa concretizar os critérios da imputação penal, sendo de aplaudir o esforço da jurisprudência, designadamente por via das decisões dos casos *Contergan* e *Lederspray*, na concretização dos pressupostos necessários à responsabilização penal pela produção e comercialização de bens.

---

<sup>385</sup> Cf. KUHLEN, Lothar, «Questiones fundamentales de la responsabilidad penal por el producto», *op. cit.*, p. 235.

<sup>386</sup> Cf. KUHLEN, Lothar, *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*, *op. cit.*, p. 1 e s.

Destaca em particular a decisão do BGH no caso *Lederspray*, que procurou fundamentar a responsabilidade individual dos gerentes por referência à organização empresarial, centrando a sua atenção nas pessoas que dentro daquela entidade foram responsáveis pela decisão que conduziu à lesão ou colocação em perigo de bens jurídicos<sup>387</sup>. Neste sentido, a posição que cada um ocupa na organização fundamenta e limita o âmbito de responsabilidade pessoal a considerar pela ordem jurídico-penal. Atendendo ao papel e à função que desempenham na empresa, a responsabilidade pode ir além dos meros órgãos de execução e alcançar os órgãos de direcção, reflectindo-se assim no plano penal, de forma adequada, a realidade social<sup>388</sup>. Uma concreta e efectiva delimitação dos deveres de cuidado que impendem sobre o indivíduo constitui assim uma via fundamental para a concretização de uma responsabilidade criminal pelo produto.

b) Também Vogel reconhece a necessidade de o direito penal se adequar à realidade problemática que lhe é dirigida, atendendo, no quadro de uma política estadual socialmente comprometida, à situação de fragilidade do consumidor perante a produção e a comercialização de produtos perigosos à sua vida ou à sua saúde<sup>389</sup>. Reconhecendo que essa adequação pode ter como resultado uma ampliação do direito punitivo, contrapõe que a dogmática criminal não pode permanecer petrificada no tempo e deve desenvolver-se em resposta aos problemas com que é confrontada.

Neste sentido, apresenta um conjunto de argumentos favoráveis à intervenção penal no âmbito da responsabilidade pelo produto. Em resposta a algumas reservas críticas assentes na regra da mínima intervenção do direito penal, este autor considera que a lei penal não pode interpretar-se exclusivamente sobre o princípio da *ultima ratio*, cabendo ao legislador, no exercício da acção penal, pôr em prática tal princípio. Acrescenta ainda que a norma penal, além da função de

---

<sup>387</sup> Cf. KULHEN, Lothar, «Questiones fundamentales de la responsabilidad penal por el producto», *op. cit.*, p. 238. A referência à organização serve, neste contexto, de critério de imputação individual da responsabilidade penal. Não está em causa a responsabilidade criminal do ente colectivo, desde logo recusada pelo ordenamento jurídico alemão.

<sup>388</sup> Cf. KUHLEN, Lothar, «Questiones fundamentales de la responsabilidad penal por el producto», *op. cit.*, p. 238.

<sup>389</sup> Cf. «Verbraucherschutz durch strafrechtliche Produkthaftung...», *op. cit.*, p. 241.

garantia que cumpre para o agente, serve também a protecção dos interesses da vítima. Por fim, considera ser esta uma matéria onde se impõe, de forma semelhante a outros contextos como os perigos do tráfego rodoviário, a necessidade e carência de pena, desde logo porque em causa está, na maioria das situações, a tutela de bens jurídicos individuais como a vida e a integridade física, por via de delitos de resultado lesivo que pertencem ao direito penal clássico<sup>390</sup>.

c) Por sua vez, Hilgendorf segue uma linha de argumentação bastante específica ao rejeitar que a responsabilidade criminal pelo produto possa ser qualificada como um exemplo de direito penal do risco. Sublinhando que a jurisprudência, sobretudo no caso *Lederspray*, procurou resolver as questões que lhe eram dirigidas no quadro das categorias clássicas do direito penal, o autor rejeita uma qualquer “flexibilização”, no âmbito daquela decisão, das estruturas dogmáticas jurídico-penais<sup>391</sup>. Da sua perspectiva, não se encontra na responsabilidade criminal pelo produto, designadamente no plano da jurisprudência, qualquer indício de se estar perante um *Risikostrafrecht*<sup>392</sup>.

Um dos principais argumentos em que este autor sustenta a sua posição é de natureza histórica. Num estudo aprofundado sobre o tema, Hilgendorf procura demonstrar, quer através da análise doutrinal, quer por via de diversas decisões jurisprudenciais pronunciadas ao longo do tempo, que o problema da comercialização e produção de bens perigosos para a vida ou saúde é desde há muito conhecido, sem que lhe fosse no entanto atribuído a qualificação de responsabilidade criminal pelo produto<sup>393</sup>.

---

<sup>390</sup> Cf. VOGEL, Joachim, «La responsabilidad penal por el producto...», *op. cit.*, p. 102 e s. Também, do mesmo autor, «Stand und Entwicklung der strafrechtlichen Produkthaftung», *op. cit.*, p. 77 e ss.

<sup>391</sup> Cf. *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der “Risikogesellschaft”*, *op. cit.*, p. 113, p. 162, p. 171; também, do mesmo autor, «Gibt es ein „Strafrecht der Risikogesellschaft“?», *op. cit.*, p. 16.

<sup>392</sup> Cf. «Gibt es ein „Strafrecht der Risikogesellschaft“?», *op. cit.*, p. 16.

<sup>393</sup> Cf. *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der “Risikogesellschaft”*, *op. cit.*, p. 89 e ss. O autor aponta o caso dos pêlos de cabra importados, usados no fabrico de pincéis da barba, decidido pelo *Reichsgericht* em 1929, como primeiro exemplo casuístico que preenche algumas das principais características da responsabilidade criminal pelo produto. Quatro trabalhadores acabariam por falecer em virtude de uma infecção causada por aquele produto, usado como matéria-prima no fabrico dos pincéis sem ter sido submetida ao processo de desinfecção previsto nos regulamentos. Todavia, em causa estava um bacilo resistente àquele tratamento. Este é um caso de escola amplamente referido nos tratados e estudos de direito penal mas frequentemente analisado a partir

## 2.4.2 Perspectiva crítica à responsabilidade criminal

Um entendimento crítico à intervenção penal é defendido por um grupo de autores que, enquadrando a responsabilidade criminal pelo produto como expoente da tutela de “novos riscos”, entende ser o direito penal um instrumento não adequado às especificidades próprias destas situações.

Esta posição insere-se numa crítica mais ampla, alargada à evolução deste ramo do direito sancionatório, fortemente influenciada por alguns estudos sociológicos<sup>394</sup>. De acordo com este diagnóstico crítico, o direito penal do risco, onde incluem a responsabilidade criminal pelo produto<sup>395</sup>, afasta-se da tutela de bens jurídico-penais e aproxima-se de uma resposta enérgica por parte da entidade estatal a problemas especialmente alarmantes para a opinião pública<sup>396</sup>. Por esta via, o Estado apazigua a sensação de insegurança dominante na comunidade e cria a aparência de controlo e contenção dos novos riscos por parte dos entes públicos. O direito penal assume então, desta perspectiva, uma natureza simbólica destinada a acalmar a opinião pública e a gerir conflitos sociais, ferindo-se assim os alicerces que legitimam uma responsabilidade penal<sup>397</sup>. A pretensão de regular processos

---

de outras perspectivas, designadamente a propósito da distinção entre acção e omissão, da imputação objectiva, ou ainda do risco permitido, cf., por exemplo, ROXIN, Claus, «Reflexões sobre a problemática da imputação em direito penal», *in: Problemas Fundamentais de Direito Penal*, Lisboa: Veja, 3.<sup>a</sup> ed., 2004, p. 153; DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal (2007)*, *op. cit.*, p. 337; COSTA, José de Faria, *Noções Fundamentais de Direito Penal*, *op. cit.*, p. 235, PALMA, Maria Fernanda, «A teoria do crime como teoria da decisão penal (reflexão sobre o método e o ensino do direito penal)», *RPCC 9 (1999)*, p. 548. Uma referência a este caso no âmbito da responsabilidade criminal pelo produto, mas agora sob a perspectiva do nexu causal entre a conduta omissiva da desinfeção por parte do empresário e a morte e lesões na integridade física dos trabalhadores, pode encontrar-se em SCHMIDT-SALZER, *Produkthaftung*, Bd. 1, *op. cit.*, p. 280.

<sup>394</sup> Para um elenco das características desta evolução da perspectiva destes autores veja-se HASSEMER, Winfried, *Persona, Mundo y Responsabilidad*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 30 e ss.; p. 46 e ss.; HASSEMER, Winfried / MUÑOZ CONDE, Francisco, *La Responsabilidad por el Producto...*, *op. cit.*, p. 22 e ss. e p. 54 e s.

<sup>395</sup> Cf. HASSEMER, Winfried / MUÑOZ CONDE, Francisco, *La Responsabilidad por el Producto...*, *op. cit.*, p. 53 e ss. e p. 121 e ss.; também HASSEMER, Winfried, *Persona, Mundo y Responsabilidad*, *op. cit.*, p. 73.

<sup>396</sup> De forma crítica, KUHLEN, Lothar, «Questiones fundamentales de la responsabilidad penal por el producto», *op. cit.*, p. 234.

<sup>397</sup> Por direito penal simbólico entende-se, neste contexto, um “direito penal que está menos orientado à protecção de bens jurídicos do que a efeitos políticos mais amplos como a satisfação de uma ‘necessidade de acção’, e que se converte gradualmente num instrumento político protector de bens jurídicos universais e através de crimes de perigo abstracto para fazer face à ideia de insegurança global”, cf. HASSEMER, Winfried, «Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz»,



sistémicos e macro-sociais através do direito penal, de que constitui exemplo a responsabilidade criminal pelo produto, conduziria a uma expansão da responsabilidade criminal que retiraria a este ramo do direito as suas características liberais e o determinaria ao abandono da sua função básica de protecção das esferas pessoais de liberdade<sup>398</sup>. Deste modo, o direito penal fica refém da “exacerbação da ideia de prevenção”<sup>399</sup>, que se converte em paradigma penal dominante e dominado pela eficácia de uma política criminal a curto prazo, em detrimento de princípios clássicos como a certeza e a segurança das normas incriminatórias. Assim, a resposta aos problemas da moderna sociedade não pode encontrar-se nas categorias do direito penal: “não se trata de compensar a injustiça, mas de prevenir o dano; não se trata de castigar, mas de controlar; não se trata de retribuir, mas de assegurar; não se trata do passado, mas do futuro”<sup>400</sup>.

Assumem particular destaque na assunção desta posição os autores que integram a Escola de Frankfurt, como Hassemer, Naucke, Prittwitz, Herzog ou Albrecht. Todavia, esta concepção tem vindo a alargar-se fora do ordenamento jurídico-penal alemão. É o caso, em Espanha, atendendo especificamente à

---

NSI 1989, p. 553 e ss. (traduzido em espanhol por Elena Larrauri, «Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos», in: *Pena y Estado*, Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995, p. 23-36.); do mesmo autor, «Das Symbolische am symbolischen Strafrecht», in: *Festschrift für Klaus Roxin zum 70. Geburtstag*, Berlin, New York: De Gruyter, 2001, p. 1001 e ss., e ainda «Sicherheit durch Strafrecht», *HRRS* 7 (2006), n. 4, p. 130 e ss.

<sup>398</sup> Cf. HASSEMER, Winfried, *Persona, Mundo y Responsabilidad*, *op. cit.*, p. 30-38. Também PRITTWITZ, Cornelius, «O direito penal entre o Direito Penal do Risco e o Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal», *RBCC* 47 (2004), p. 37 e ss.

<sup>399</sup> Cf. HASSEMER, Winfried, *Persona Mundo y Responsabilidad*, *op. cit.*, p. 49.

<sup>400</sup> Cf. HASSEMER, Winfried / MUÑOZ CONDE, Francisco, *La Responsabilidad por el Producto...*, *op. cit.*, p. 46. Uma síntese das críticas que podem ser dirigidas ao modelo da escola de Frankfurt pode encontrar-se em FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, «Sobre la ‘Administrativización’ del derecho penal en la ‘sociedad del riesgo’...», *op. cit.*, p. 149 e ss. Concordamos com este autor quando (p. 153) aponta como defeito essencial deste modelo a recusa em bloco de determinados processos de criminalização quando em causa devem estar apenas algumas das suas concretizações. Ou seja, o que está em causa não é, por exemplo, a ilegitimidade dos crimes de perigo abstracto ou dos bens jurídicos colectivos mas antes se se devem criar novos delitos de perigo abstracto ou se se devem proteger bens jurídicos colectivos que sejam ilegítimos.

problemática da responsabilidade criminal pelo produto, de Muñoz Conde<sup>401</sup>, ou, em Itália, de Federico Stella<sup>402</sup>.

Em um estudo dedicado à responsabilidade criminal pelo produto, Hassemer aponta-a criticamente como exemplo de ampliação de conceitos jurídico-penais e de desvinculação dos princípios clássicos da ciência penal. O autor de Frankfurt destaca a desformalização dos pressupostos de imputação como meio de prevenção dos defeitos nos produtos, o que implica um retrocesso nos conceitos e garantias processuais do direito penal<sup>403</sup>.

Hassemer analisa com profundidade o significado destas modificações por si assinaladas e concede particular relevo ao problema da causalidade e da imputação objectiva, da responsabilidade por omissão e da comparticipação ou pluralidade de agentes. Mostra-se particularmente crítico quanto aos critérios de causalidade seguidos pela jurisprudência nos casos de responsabilidade pelo produto, muito particularmente quanto a uma concepção generalizadora de causalidade como aquela que foi seguida no caso *Lederspray*, na medida em que ela conduz a uma mera hipótese causal sem força suficiente para sustentar uma condenação penal. Trata-se de uma “verificação cega” da causalidade, destinada na sua origem a aceitar erros judiciais *contra reum* e, como tal, em violação do princípio *in dubio pro reo*<sup>404</sup>. Por conseguinte, deforma-se o conceito de causalidade, ao mesmo tempo que se eleva a subjectivização da prova a níveis insustentáveis, ao estipular-se como critério probatório suficiente a convicção do juiz.

A jurisprudência alemã sobre responsabilidade pelo produto diminui também, segundo estes autores, as exigências relativas à responsabilidade por omissão e aos pressupostos necessários à afirmação de um dever de garantia. Por exemplo, a decisão *Lederspray* fundamenta a condenação penal na violação do dever

---

<sup>401</sup> Cf. HASSEMER, Winfried / MUÑOZ CONDE, Francisco, *La Responsabilidad por el Producto...*, *op. cit.*, p. 49 e ss.

<sup>402</sup> Cf. «Causation in product liability and exposure to toxic substances: an european view», *in: Exploring Tort Law* (ed. M. Stuart Madden), Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo: Cambridge University Press, 2005, p. 404 e ss.

<sup>403</sup> Cf. HASSEMER, Winfried / MUÑOZ CONDE, Francisco *La Responsabilidad por el Producto...*, *op. cit.*, p. 122.

<sup>404</sup> Cf. HASSEMER, Winfried / MUÑOZ CONDE, Francisco, *La Responsabilidad por el Producto...*, *op. cit.*, p. 146 e ss. Também STELLA, Federico, «Causation in product liability...», *op. cit.*, p. 407.

de retirada do mercado do produto. Para tal reformula e desformaliza os pressupostos da omissão e da negligência: “por um lado, aligeira a perigosidade da conduta prévia que serve de base à posição de garante; e, por outro lado, não exige que essa perigosidade seja cognoscível *ex ante*”<sup>405</sup>. Uma decisão deste tipo privilegia o conhecimento *ex post* da perigosidade em violação dos pressupostos subjectivos da negligência, caros à segurança e certeza da incriminação e da conseqüente punição.

Por fim, também no âmbito da imputação a uma pluralidade de pessoas, a jurisprudência sobre responsabilidade criminal pelo produto pôs em causa, na visão destes autores, as garantias clássicas do direito penal. Através destas decisões judiciais, acolhidas por alguma doutrina, abandona-se uma imputação centrada sobre aquele que causa o dano em favor de um juízo de imputação orientado pelas regras de competência (extra-penais) estabelecidas no direito societário: segue-se, por conseguinte, uma responsabilidade geral e abstracta, determinada em razão das competências de direcção atribuídas aos agentes, em detrimento de uma concretização especificamente penal no plano do ilícito e da culpa jurídico-penais<sup>406</sup>. Deste modo, altera-se o paradigma metodológico que toma a lesão enquanto critério referencial da imputação, dando preferência à distribuição de competências societárias, a qual é insuficiente na legitimação da punição se tomada por critério exclusivo e primário.

Por estas razões, Hassemer considera que as dificuldades dogmáticas em conjugar a responsabilidade pelo produto com o direito penal conduzem a um abuso que ultrapassa os limites do que é sustentável no plano dos princípios, categorias e garantias próprios do sistema penal. Tal representa, por via da insegurança jurídica, um claro prejuízo para os destinatários daquelas normas, agravado no contexto empresarial pelo custo da incerteza quanto às conseqüências das decisões<sup>407</sup>. Em suma, constitui um sacrifício demasiado elevado para o direito penal devido à perda das suas matrizes clássicas: a imprecisão que decorre da

---

<sup>405</sup> HASSEMER, Winfried / MUÑOZ CONDE, Francisco, *La Responsabilidad por el Producto...*, *op. cit.*, p. 170.

<sup>406</sup> HASSEMER, Winfried / MUÑOZ CONDE, Francisco, *La Responsabilidad por el Producto...*, *op. cit.*, p. 185.

<sup>407</sup> HASSEMER, Winfried / MUÑOZ CONDE, Francisco, *La Responsabilidad por el Producto...*, *op. cit.*, p. 188.

ampliação e flexibilização das suas categorias dogmáticas dificilmente se compatibiliza com a missão constitucional que lhe é confiada no sentido de transmitir os comandos jurídico-penais da forma precisa e clara aos cidadãos<sup>408</sup>.

No entanto, o autor germânico não recusa de forma absoluta uma responsabilidade criminal pelo produto, reconhecendo a sua necessidade em determinadas situações, assinalando como exemplo o caso do óleo de colza<sup>409</sup>. A seu ver, aquela responsabilidade estaria, no entanto, sujeita aos limites estabelecidos pelos princípios básicos de direito penal, como a subsidiariedade, a imputação individual, a transparência e clareza na determinação dos pressupostos de punição, o princípio da culpa, a obediência ao princípio *in dubio pro reo* e a observância dos fins das penas, de modo a impedir que um qualquer impulso preventivo se sobreponha à natureza repressiva própria do direito penal<sup>410</sup>.

Assim, embora o direito penal possa ter algo a dizer no âmbito da responsabilidade pelo produto, não deve ser o primeiro a pronunciar-se e muito menos aquele que mais tem para dizer. Esse papel há-de caber a outros sectores da política estadual, designadamente àquilo que Hassemer designa como “direito de intervenção”<sup>411</sup>.

### 2.4.3 Algumas considerações

Da análise efectuada, conclui-se que o problema da responsabilidade criminal por produtos perigosos para a vida e para a saúde dos consumidores não se

---

<sup>408</sup> HASSEMER, Winfried / MUÑOZ CONDE, Francisco, *La Responsabilidad por el Producto...*, *op. cit.*, p. 189 e s.

<sup>409</sup> HASSEMER, Winfried / MUÑOZ CONDE, Francisco, *La Responsabilidad por el Producto...*, *op. cit.*, p. 193.

<sup>410</sup> HASSEMER, Winfried / MUÑOZ CONDE, Francisco, *La Responsabilidad por el Producto...*, *op. cit.*, p. 192 e 195.

<sup>411</sup> Cf. *Persona, Mundo y Responsabilidad*, *op. cit.*, p. 72: trata-se de um “direito situado entre o direito penal e o direito sancionatório administrativo, entre o direito civil e o direito público, com um nível de garantias e formalidades processuais inferior ao direito penal, mas dotado de uma menor intensidade nas sanções impostas aos indivíduos. Este tipo de direito «moderno» não só seria muito menos criticável do ponto de vista normativo, como também mais adequado para responder aos problemas específicos das sociedades modernas”. Veja-se ainda HASSEMER, Winfried / MUÑOZ CONDE, Francisco, *La Responsabilidad por el Producto...*, *op. cit.*, p. 198. Uma crítica a este direito de intervenção, “constitucionalmente problemático”, é feita por VOGEL, Joachim, «La responsabilidad penal por el producto...», *op. cit.*, p. 103.

confunde ou sequer se esgota no tema da sociedade do risco. Na visão de alguma literatura, de que constituem exemplo paradigmático os escritos de Hilgendorf, trata-se de uma questão prévia, historicamente anterior a qualquer proposta ou análise sociológica do risco. Todavia, cruza-se com ela, constituindo um domínio onde o conceito de “novo risco” se projecta. Com efeito, as inovações tecnológicas da segunda modernidade aumentaram as potencialidades da produção e acentuaram o impacto do processo de produção e da comercialização de bens em massa. Se a origem da produção em série se encontra na primeira industrialização, a segunda modernidade trouxe a sua intensificação e, conseqüentemente, um aumento exponencial do círculo potencial de pessoas afectadas. Do mesmo passo, o processo de globalização encurtou o tempo de circulação e comercialização dos bens, aproximando espaços geograficamente afastados.

Numa outra ordem de considerações, aquela intersecção entre sociedade do risco e produção de bens é denunciada ainda pela circunstância de as modificações tecnológicas que caracterizam a sociedade do risco se mostrarem aptas a criar “novos riscos” no domínio da produção: pense-se, desde logo, nos bens alimentares (*v. g.*, os bens geneticamente modificados) ou ainda no fabrico de produtos tecnologicamente evoluídos cujas conseqüências para a saúde estejam por determinar em toda a sua extensão.

Todavia, a capacidade de resposta do direito penal está limitada pela sua natureza punitiva e, conseqüentemente, pelos princípios e garantias que estruturam o sistema penal. Se por um lado, não nos parece que o direito penal se possa furtar às exigências que lhe são colocadas pelas modificações sociais e económicas, por outro lado as normas penais não dispõem nem devem dispor, por via dos seus limites e natureza, da flexibilidade que permitiu ao direito civil adequar as suas regras à necessidade de compensação das vítimas de danos causados por produtos defeituosos e perigosos. Deste modo, compreende-se imediatamente que a resposta do direito penal neste domínio se assumia como limitada e fragmentária. Uma vez que a pena representa a restrição máxima a direitos fundamentais como a liberdade ou o património, os princípios penais estão necessariamente agrilhoados às garantias e requisitos impostos pelo texto constitucional. Assim, o espaço de criatividade

deixado às normas penais está necessariamente limitado pelos concretos contornos decorrentes dos princípios estruturantes do sistema penal e das normas constitucionais. Na síntese de Piergalini, quando comparado com “a vivacidade e a criatividade do ilícito civil, o direito penal aparece substancialmente ‘desarmado’: aproxima-se de uma certa crise existencial decorrente da incapacidade genética de ‘considerar’ uma fenomenologia de dano tão complexa”<sup>412</sup>.

Temos para nós que a responsabilidade criminal pelo produto, entendida como responsabilidade pela colocação no mercado de produtos perigosos para bens juridicamente valiosos, levanta distintos problemas jurídico-penais, desde logo dependendo da referência temporal que se considere. Neste sentido, é possível distinguir, por exemplo, um primeiro momento relativo à colocação do produto no mercado, tornando-o acessível à comunidade de potenciais consumidores, bem como um ulterior momento referente ao uso do bem por um concreto consumidor, concretizado numa ofensa a bens jurídicos individuais como a vida ou a integridade física<sup>413</sup>. As questões – e o respectivo enquadramento jurídico-penal – diferem consoante o momento a que se atenda. Assim, na sua base está uma interrogação fundamental: deve a intervenção penal ser reservada ao momento de lesão de bens jurídicos individuais ou, de modo diverso, e concedendo primazia ao primeiro dos momentos enunciados, deve essa ingerência ser admitida no quadro da tutela de bens jurídicos colectivos como é o caso da saúde pública? Ambas as soluções merecem consagração legal em ordenamentos jurídicos.

Deste modo, justifica-se alguma atenção aos principais problemas suscitados pelos casos de responsabilidade criminal pelo produto à dogmática penal e, do mesmo passo, as respostas que têm vindo a ser ensaiadas no plano legislativo em ordenamentos jurídicos próximos.

---

<sup>412</sup> Cf. PIERGALINI, Carlo, *Danno da Prodotto e Responsabilità Penale...*, *op. cit.*, p. 136.

<sup>413</sup> Esta distinção é feita por CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, «Responsabilidad penal derivada del producto...», *op. cit.*, p. 248.

## § 7. Transversalidade sistemática

O tema da responsabilidade criminal pelo produto coloca uma série de complexas e delicadas questões à teoria geral da infracção criminal. Trata-se, por isso, de um tema transversal àquela doutrina, conforme tem vindo a ser sublinhado na literatura dedicada a esta temática<sup>414</sup>. É tempo de elencar, ainda que de forma perfunctória, as principais categorias dogmáticas que constituem objecto de discussão neste âmbito problemático.

### 1. Os bens jurídico-penais

#### 1.1 A tutela de bens individuais: a saúde e a vida

O exercício do *ius puniendi* encontra a sua legitimidade na função, reconhecida ao direito criminal, de protecção subsidiária de bens jurídicos. Em torno desta categoria dogmática gira não só a sistemática dos factos puníveis como também o conceito material de crime e a fundamentação do ilícito penal. A determinação do interesse tutelado através da criminalização de determinadas condutas constitui assim, segundo a doutrina dominante, um *prius*, um critério legitimador da intervenção punitiva que se projecta na restrição de direitos fundamentais. Daí que se reconheça ao conceito de bem jurídico-penal, enquanto padrão da incriminação, uma função crítica, mas se lhe assinale igualmente uma função dogmática, enquanto substrato material necessário à espessura da ofensa, de forma a graduá-la como sendo de lesão ou de perigo, e se lhe atribua ainda uma função interpretativa e sistemática, cumprida na ordenação das normas incriminadoras contidas na Parte Especial de uma codificação penal<sup>415</sup>. Do cumprimento destas funções decorre a

---

<sup>414</sup> Cf., por exemplo, DEUTSCHER, Jörg / KÖRNER, Peter, «Die strafrechtliche Produktverantwortung...», *op. cit.*, p. 292 e ss.

<sup>415</sup> Sobre as funções desempenhadas pela categoria de bem jurídico *vide* FIANDACA, Giovanni, «Il “bene giuridico” come problema teorico e come criterio di politica criminale», *RIDPP*, ano XXV (1982), p. 43 e ss.

mais-valia deste conceito na construção de um direito penal legitimado, reconhecido como valioso e fundamental à realização humana em sociedade<sup>416</sup>.

Ora, da perspectiva do bem jurídico, a responsabilidade pelo produto, entendida como produção e colocação no mercado de produtos nocivos para a saúde e segurança dos cidadãos, realiza-se em dois momentos já anteriormente enunciados: num primeiro momento com a colocação do produto à disposição do consumidor e, num segundo momento, com o uso efectivo do produto e as consequentes lesões na saúde individual e na vida de um concreto consumidor. Esta distinção foi claramente assumida por alguns ordenamentos jurídicos, fazendo corresponder àqueles momentos a tutela de interesses jurídicos de natureza distinta: a saúde e a segurança públicas, por um lado, e a vida ou a integridade física, por outro. Não se trata, todavia, de um modelo único. Outros ordenamentos jurídicos fazem coincidir aqueles dois momentos com a tutela do mesmo bem jurídico de natureza individual – a saúde – mas em momentos distintos: de perigo e de lesão.

Assim, entre os bens jurídico-penais lesados ou colocados em perigo pela produção e comercialização de produtos defeituosos e perigosos estão, desde logo, a vida e a saúde das pessoas. Trata-se de interesses de natureza pessoal e dotados de uma referência individual, de incontestável dignidade penal. Como se referiu, do ponto de vista da técnica legislativa, a tutela desses bens pode realizar-se através da construção de crimes de lesão, como os delitos comuns de homicídio ou de ofensas à integridade física, ou por via de incriminações de perigo. Toma-se como referente da incriminação a saúde ou a vida de cada indivíduo, condicionando o desvalor da acção à verificação de um resultado de lesão ou perigo para aquele bem jurídico. Esta opção pela tutela de um interesse individual (integridade física ou vida) determina, enquanto padrão normativo, um estreitar dos limites da incriminação, uma vez que a relevância da conduta depende de um novo evento (consequência), que se materializa no abalo causado à saúde de algum dos membros da comunidade. Contudo, a imputação do resultado à conduta realizada no âmbito da responsabilidade criminal pelo produto enfrenta diversas dificuldades, desde logo denunciadas pela falta de conhecimentos empíricos e científicos que possam servir

---

<sup>416</sup> Maiores desenvolvimentos em SOUSA, Susana Aires de, *Os Crimes Fiscais...*, *op. cit.*, p. 171 e ss.



como parâmetro de imputação. Trata-se do problema da determinação do nexo de causalidade, que analisaremos num momento posterior<sup>417</sup>.

Regressando à análise do problema da responsabilidade pelo produto, agora do prisma dos bens jurídicos sacrificados, cabe sublinhar que as situações de produção e comercialização de produtos perigosos, no contexto da sociedade de consumo contemporânea, denunciam uma particular especificidade coincidente com o elevado número de potenciais afectados, circunstância que se projecta na forma de protecção dos interesses em causa. As graves consequências inerentes a estas situações, demonstradas pela realidade de casos como o da talidomida ou o do óleo de colza, acentuaram a necessidade, sublinhada por alguns autores, de antecipar o momento normativo de tutela daqueles bens por via dos delitos de perigo.

Segue-se, pois, a análise dos interesses afectados, com especial referência a ordens jurídicas que ilustram aqueles modelos.

## 1.2 Os crimes de perigo: a experiência alemã

A figura dos crimes de perigo constitui uma das categorias clássicas da teoria do delito que tende a ser revisitada pela doutrina no âmbito do chamado direito penal de segurança ou direito penal do risco. Não obstante as críticas que podem ser dirigidas a esta tendência de expansão deste tipo de delitos, não lhe pode ser negada a virtude de evidenciar um dos traços característicos da sociedade contemporânea, a saber, a busca pela segurança ou pela reafirmação das expectativas de segurança sentidas pela comunidade. Esta característica reflecte-se no plano legal desde logo através da proliferação dos delitos de perigo, visível em domínios como os crimes económicos ou os delitos contra o ambiente.

No entanto, deve sublinhar-se que a preocupação com a segurança da colectividade constituía já uma preocupação dos códigos clássicos de direito penal. Tal é particularmente evidente por via da figura dos *crimes de perigo comum* (à cabeça dos quais se aponta como exemplo, em diversas legislações penais, o crime de incêndio) cuja característica principal reside na ameaça de um dano difuso para um

---

<sup>417</sup> *Infra*, § 7, 5.

número indiferenciado e indeterminável de objectos de acção representativos de diversos bens jurídicos<sup>418</sup>. Ou seja, a ameaça simultânea para diversos interesses jurídicos constitui a nota principal daqueles crimes, distinguindo-se, assim, dos tipos legais centrados sobre a ameaça a um singular bem jurídico (ou ao objecto que o representa). Nas palavras de Faria Costa, trata-se da distinção “entre o perigo que ameaça singularmente a vida de A, B ou C e o perigo que ameaça simultaneamente a vida de A, B e C”<sup>419</sup>.

Nesta categoria de delitos protege-se, regra geral, a integridade física ou a vida humana, em face de perigos que se tornaram difíceis de controlar em virtude da acção realizada pelo agente. Para além do delito de incêndio, pode apontar-se como exemplo de condutas incriminadas os actos de envenenamento de água, a contaminação radioactiva, explosões, inundações, etc.

Esta classificação em nada se confunde com a “clássica” distinção entre delitos de perigo concreto e delitos de perigo abstracto<sup>420</sup>. Estes últimos apresentam como nota distintiva dos primeiros a circunstância de nenhum objecto de protecção ser efectivamente atacado na sua existência ou segurança, não se exigindo, também da perspectiva típica, a realização de um qualquer resultado de perigo ou lesão para o bem jurídico<sup>421</sup>. Sem maiores desenvolvimentos, apenas se acrescenta que, em princípio, nada impede que os delitos de perigo comum possam assumir, na sua construção típica, a forma correspondente ao perigo concreto ou, em alternativa, ao perigo abstracto ou mesmo a veste de um crime de perigo abstracto-concreto.

---

<sup>418</sup> Cf. COSTA, José de Faria, «Artigo 272.º», *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 866; FARIA, Paula Ribeiro de, «Artigo 275.º», «Artigo 277.º», *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 889 e p. 912, respectivamente; RODRIGUES, Anabela Miranda, «Artigo 280.º», *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 980; CUNHA, J. M. Damião da, «Artigo 283.º», *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 1007.

<sup>419</sup> Cf. *O Perigo em Direito Penal...*, *op. cit.*, p. 534.

<sup>420</sup> A designação de delito de perigo abstracto tem vindo a ser questionada pela doutrina penal devido à sua imprecisão terminológica. Com efeito, nestes delitos, ao contrário dos crimes de perigo concreto, o tipo legal não exige que se verifique um qualquer resultado de perigo. A designação de “perigo abstracto” é assim incorrecta, sendo preferível da perspectiva de alguns autores a qualificação de delitos de perigosidade. Cf., desenvolvidamente, HIRSCH, Hans Joachim, «Sistemática y limites de los delitos de peligro», *RDP 2008, Delitos de Peligro II*, p. 13 e ss.

<sup>421</sup> Cf. SCHÖNKE/SCHRÖDER /HEINE, *Strafgesetzbuch*, 28. Auflage, 2010, Vor. §§ 306, nota marginal 3.

Ora, devido ao potencial de perigo (maciço) que a fabricação e comercialização de produtos defeituosos ou perigosos encerram, discute-se, em alguns ordenamentos jurídicos, a referência de algumas dessas situações à categoria de crimes de perigo comum.

Esta questão foi objecto de especial consideração pela doutrina alemã. Em particular, está em causa a referência de alguns dos casos típicos de responsabilidade pelo produto ao disposto no § 314, referente ao crime de *Envenenamento perigoso da comunidade (Gemeingefährliche Vergiftung)*<sup>422</sup>. A norma pune, com pena de prisão de um a dez anos, aquele que envenene ou misture substâncias perigosas para a saúde na água contida em fontes, poços, instalações ou depósitos de água potável ou em substâncias destinadas ao comércio ou consumo público. A mesma pena cabe àquele que venda, ofereça para venda ou, por qualquer outra forma, coloque em circulação para comércio ou consumo público bens envenenados ou misturados com substâncias perigosas para a saúde. Como se torna evidente, a relevância desta norma para os casos de responsabilidade criminal pelo produto manifesta-se sobejamente por via desta segunda modalidade.

O § 314 insere-se na 28.<sup>a</sup> secção (*Abschnitt*) da StGB, referente aos crimes de perigo comum (*Gemeingefährliche Straftaten*). A doutrina tem sublinhado as dificuldades em interpretar o que deva entender-se por *Gemeingefähr*, enquanto

---

<sup>422</sup> Esta norma tem o seguinte conteúdo:

§ 314 *Gemeingefährliche Vergiftung*

(1) *Mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer*

1. *Wasser in gefassten Quellen, in Brunnen, Leitungen oder Trinkwasserspeichern oder*

2. *Gegenstände, die zum öffentlichen Verkauf oder Verbrauch bestimmt sind, vergiftet oder ihnen gesundheitschädliche Stoffe beimischt oder vergiftete oder mit gesundheitschädlichen Stoffen vermischte Gegenstände im Sinne der Nummer 2 verkauft, feilbält oder sonst in den Verkehr bringt.*

(2) *§ 308 Abs. 2 bis 4 gilt entsprechend.*

Numa tradução portuguesa, que nos parece particularmente relevante neste contexto, esta norma teria fundamentalmente o seguinte conteúdo:

“§ 314 Envenenamento perigoso para a comunidade

(1) É punido com pena de prisão de um a dez anos quem envenene ou misture substâncias nocivas à saúde

1. na água contida em fontes, poços, linhas de distribuição ou depósitos de água potável, ou

2. em bens destinados ao comércio e consumo público,

Ou, com a intenção do inciso 2, venda, coloque à venda ou ponha em circulação bens envenenados ou misturados com substâncias nocivas à saúde;

(2) Vale o disposto nos incisos 2 a 4 do § 308.” (trad. nossa)

elemento sistemático comum às normas inseridas naquela secção<sup>423</sup>. Tanto mais que, após a 6.<sup>a</sup> Reforma do Código Penal Alemão, desconsiderando a epígrafe do § 314, apenas uma das incriminações inseridas naquele grupo – correspondendo ao § 323 c – inclui entre os seus elementos típicos o *Gemeingefähr*<sup>424</sup>. Todavia, tem-se reconhecido como nota comum às incriminações que integram aquela secção a insegurança para um elevado número de pessoas ou bens enquanto sustentáculos de bens jurídico-penais, decorrente da amplitude dos efeitos das condutas aí previstas. Ora, a inclusão do § 314 nos crimes de perigo comum, na vertente que se relaciona com a responsabilidade por produtos, dá-se pela protecção penal concedida à vida e à saúde das pessoas, perante riscos decorrentes da criação de uma situação perigosa, não controlável quanto ao alcance dos seus efeitos, na sequência do fabrico e comercialização de produtos contendo substâncias nocivas<sup>425</sup>.

Esta norma tem uma história antiga no ordenamento jurídico alemão<sup>426</sup>, sendo a actual redacção resultado de um conjunto de alterações, entre as quais cabe destacar, pela sua importância, a realizada em 1998 pela já referida 6.<sup>a</sup> Reforma do Código Penal Alemão<sup>427</sup>. Esta reforma reuniu, no novo § 314, o § 319 onde se tipificava, entre os crimes de perigo comum, o *Envenenamento perigoso para a*

---

<sup>423</sup> Cf. MAURACH / SCHRÖDER / MAIWALD, *Strafrecht Besonderer Teil 2*, 9. Auflage, 2005, § 50, nota marginal 18; RADTKE, *Münchener Kommentar StGB*, Bd. 4, 1. Auflage 2006, Vor. § 306, nota marginal 2; KINDHÄUSER / NEUMANN / PAEFFGEN / HERZOG, *NomosKommentar*, Bd. 2, 3. Auflage, 2010, Vor. § 306, nota marginal 2; SCHÖNKE/SCHRÖDER/HEINE, *Strafgesetzbuch, op. cit.*, Vor. § 306, nota marginal 19; LACKNER / KÜHL, *StGB*, 27. Auflage, 2011, Vor §§ 306, nota marginal 1.

<sup>424</sup> HOLTERMANN, Christian, *Neue Lösungsansätze zur strafrechtlichen Produkthaftung, op. cit.*, p. 81. Também SCHÖNKE/SCHRÖDER/ HEINE, *Strafgesetzbuch, op. cit.*, Vor. § 306, nota marginal 1 a, e MAURACH / SCHRÖDER / MAIWALD, *Strafrecht Besonderer Teil 2, op. cit.*, nota marginal 13.

<sup>425</sup> Por todos, HOLTERMANN, Christian, *Neue Lösungsansätze zur strafrechtlichen Produkthaftung, op. cit.*, p. 87.

<sup>426</sup> São várias as referências doutrinárias segundo as quais a génese do § 314 remonta já a 1794. Sobre a história desta norma veja-se HOLTERMANN, Christian, *Neue Lösungsansätze zur strafrechtlichen Produkthaftung, op. cit.*, p. 70; também HILGENDORF, Eric, *Strafrechtliche Produzentenhaftung...*, *op. cit.*, p. 164. Com efeito o *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten* continha já no seu título 20, §§ 870 a 872, o envenenamento de bens essenciais e outros bens de consumo:

§ 870. *Sind durch Vergiftung der Brunnen, Gewässer, Speisen, Getränke, Kleidungsstücke, oder anderer zum Gebrauch für Mehrere bestimmten Sachen, Menschen ums Leben gekommen: so soll der Vergifteter zum Richtplatze geschleift, und von unten herauf gerädert werden.*

§ 871. *Ist durch dergleichen Vergiftung zwar niemand getötet; wohl aber mehreren Menschen ein bleibender Nachtheil an ihrer Gesundheit zugefügt worden: so wird der Vergifteter mit dem Schwerdte gerichtet, und der Körper aufs Rad gelegt.*

§ 872. *Hat durch eine dergleichen Vergiftung noch kein Mensch an seiner Gesundheit Schaden genommen: so hat der Thäter Staupenschlag und lebenswierige Festungsstrafe verwirkt.*

<sup>427</sup> SCHÖNKE/SCHRÖDER/HEINE, *Strafgesetzbuch, op. cit.*, § 314, nota marginal 1.

comunidade (*Gemeingefährliche Vergiftung*<sup>428</sup>) e o § 320, relativo ao *Perigo comum negligente* (*Fabrlässige Gemeingefährdung*<sup>429</sup>). Esta alteração legislativa traduziu-se numa clarificação do preceito e numa “formulação moderna do objecto de protecção”<sup>430</sup>. Em particular, eliminaram-se alguns elementos típicos previstos na redacção anterior, como o requisito do específico conhecimento do carácter lesivo das substâncias por parte do agente ou a ocultação do carácter perigoso da substância ou do objecto envenenado<sup>431</sup>. Também se aligeirou a exigência da natureza lesiva da substância para a saúde, agora substituída por um requisito mais abrangente, a saber, o carácter nocivo para aquele bem jurídico<sup>432</sup>. Contudo, a incriminação conheceria também restrições ao nível da negligência, cuja relevância está limitada aos casos de morte, por remissão para o n. 3 do § 308.

A doutrina tem identificado o bem jurídico protegido pela incriminação com a vida e a saúde das pessoas em face de perigos cujas consequências se desvendam incontroláveis atendendo ao modo pelo qual foram criados. Ora, a inclusão da responsabilidade pelo produto dá-se justamente por via da criação daquele tipo de perigos através do fabrico ou da colocação no mercado de produtos. Outros interesses, designadamente de natureza económica ou patrimonial, apenas serão

---

<sup>428</sup> A redacção do § 319, proveniente já do antecedente § 324, era a seguinte:

*“Wer Brünnen- oder Wasserbehälter, welche zum Gebrauch anderer dienen, oder Gegenstände, welche zum öffentlichen Verkauf oder Verbrauch bestimmt sind, vergiftet oder denselben Stoffe beimischt, von denen ihm bekannt ist, daß sie die menschliche Gesundheit zu zerstören sind, desgleichen wer solche vergifteten oder mit gefährlichen Stoffen vermischten Sachen mit Verschweigung dieser Eigenschaft verkauft, feilhält oder sonst in Verkehr bringt, wird mit Freiheitsstrafe vom einem Jahr bis zu zehn Jahren und, wenn durch die Handlung der Tod eines Menschen verursacht worden mit lebenslanger Freiheitsstrafe oder mit Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren bestrafen”.*

<sup>429</sup> O § 320 dispunha o seguinte:

*“Ist eine der in den §§ 318 und 319 bezeichneten Handlungen aus Fabrlässigkeit begangen worden, so ist, wenn durch die Handlung ein Schaden verursacht worden ist, auf Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder auf Geldstrafe und, wenn der Tod eines Menschen verursacht worden ist, auf Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder auf Geldstrafe zu erkennen”.*

<sup>430</sup> Cf. SCHÖNKE/SCHRÖDER/HEINE, *Strafgesetzbuch*, *op. cit.*, § 314, nota marginal 1.

<sup>431</sup> Sobre estas alterações e o seu significado veja-se HOLTERMANN, Christian, *Neue Lösungsansätze zur strafrechtlichen Produkthaftung*, *op. cit.*, p. 72 e s.

<sup>432</sup> O legislador substituiu “*gesundheitszerstörend*” por “*gesundheitschädlich*”, cf. SCHÖNKE/SCHRÖDER/HEINE, *Strafgesetzbuch*, *op. cit.*, § 314, nota marginal 1. Também SEHER, Gerhard, «Herstellung oder Vertrieb gesundheitsgefährdender Produkte: Ein Fall des § 314 StGB? Versuch der Aufhellung einer neu gefaßten „Dunkelnorm“», *NJW 2004*, Heft 3, p. 113 e p. 115.

mediatamente protegidos na medida em que se trate de uma conduta em abstracto perigosa para aqueles bens individuais<sup>433</sup>.

Uma vez que o tipo penal não exige a verificação de um resultado de perigo ou de dano dos bens jurídicos protegidos, tem-se entendido que o legislador optou, em sentido divergente à proposta de crime de perigo concreto contida no projecto de revisão, por construir a incriminação sob a forma de um crime de perigo abstracto<sup>434</sup>. A exigência de que as substâncias misturadas sejam nocivas à saúde tem suscitado a questão de saber se por essa via se incluem na conduta típica elementos de aptidão para a lesão de bens jurídicos, o que concederia a este crime uma característica especial em face da tradicional figura do crime de perigo abstracto e o aproximaria dos delitos de aptidão<sup>435</sup>. Porém, esta qualificação depara-se com um forte obstáculo na própria letra da lei, uma vez que a idoneidade ofensiva da conduta não é expressamente referida<sup>436</sup>. Por outro lado, a norma não se refere à perigosidade da conduta típica no seu todo, mas tão-somente à natureza nociva das substâncias misturadas pelo agente nos bens por si fabricados ou comercializados. Assim, o carácter perigoso daquela substância não tem de implicar necessariamente uma perigosidade do bem para saúde humana. Pese embora a força destes argumentos e não obstante a ausência do elemento “aptidão” no texto legal, Holtermann considera que o § 314 deve ainda ser tomado como um delito de aptidão (*Eignungdelikt*), uma vez que idoneidade para lesar a saúde seria uma decorrência da exigência típica de as substâncias em causa serem prejudiciais à saúde (*gesundheitsschädlichen Stoffen*)<sup>437</sup>.

A conduta típica consiste em envenenar ou misturar substâncias nocivas à saúde e pode tomar por objecto, nos termos do n.º 1, a água enquanto bem

---

<sup>433</sup> Cf. TRÖNDLE / FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 54. Auflage, Verlag C. H. Beck: München, 2007, § 314, nota marginal 1.

<sup>434</sup> Cf. SCHÖNKE / SCHRÖEDER / HEINE, *Strafgesetzbuch*, *op. cit.*, § 314, nota marginal 2; TRÖNDLE / FISCHER, *Strafgesetzbuch*, *op. cit.*, § 314, nota marginal 1; também HOLTERMANN, Christian, *Neue Lösungsansätze zur strafrechtlichen Produkthaftung*, *op. cit.*, p. 73.

<sup>435</sup> Cf. SEHER, Gerhard, «Herstellung oder Vertrieb gesundheitsgefährdender Produkte...», *op. cit.*, p. 116; também HOLTERMANN, Christian, *Neue Lösungsansätze zur strafrechtlichen Produkthaftung*, *op. cit.*, p. 74 e ss. e p. 121 e ss.

<sup>436</sup> De modo diferente ao que acontecia na anterior redacção prevista no § 319.

<sup>437</sup> HOLTERMANN, Christian, *Neue Lösungsansätze zur strafrechtlichen Produkthaftung*, *op. cit.*, p. 121. Uma compreensão semelhante fora já proposta anteriormente por SEHER, Gerhard, «Herstellung oder Vertrieb gesundheitsgefährdender Produkte...», *op. cit.*, p. 116.

fundamental à subsistência humana, ou, de acordo com o n.º 2, produtos que se destinam ao comércio e consumo público, nos quais se incluem bens alimentares, mas também outro tipo de produtos como cosméticos, brinquedos, vestuário, móveis, material de construção, etc.<sup>438</sup> Fora do alcance desta norma está o fabrico e comercialização de substâncias venenosas ou de substâncias por natureza perigosas para a saúde, bem como o fabrico de medicamentos<sup>439</sup>.

A larga moldura penal justifica-se pelo amplo espectro de diferentes situações com diversos graus de perigosidade para um número elevado de pessoas, o que permite adequar a pena à gravidade do caso<sup>440</sup>.

Da perspectiva desta investigação importa atender, agora de modo mais específico, à relevância desta norma nas situações de produção de bens. O seu significado para a responsabilidade criminal por produtos é destacado, desde logo, por Heine, no comentário que lhe dirige<sup>441</sup>. Este autor sublinha, no entanto, a necessidade de, a este propósito, se precisar o texto legal numa interpretação em conformidade com a legislação especial em vigor. Com efeito, a uma primeira leitura, seria de considerar que o § 314, bem como os seus antecedentes § 319 e § 320, pudessem constituir uma resposta adequada aos problemas suscitados pelos casos de responsabilidade criminal pelo produto, uma vez que estariam afastados destes preceitos os específicos problemas referentes à verificação de uma relação de causalidade estrita entre a acção e um resultado exigido pelos delitos de homicídio ou de lesões à integridade física. Prosseguindo esta linha de pensamento, alguns autores chegaram a qualificar aquelas normas como uma “mina” para o domínio dos bens alimentares<sup>442</sup> ou como especialmente aptas a captar os ataques à segurança do consumo por via do fabrico e distribuição de bens de consumo nocivos à saúde<sup>443</sup>. Todavia, não obstante a sua larga vigência, estas normas incriminadoras foram

---

<sup>438</sup> Cf. TRÖNDLE / FISCHER, *Strafgesetzbuch, op. cit.*, § 314, nota marginal 5.

<sup>439</sup> Mais desenvolvidamente, cf. TRÖNDLE / FISCHER, *Strafgesetzbuch, op. cit.*, § 314, nota marginal 9.

<sup>440</sup> Cf. SCHÖNKE / SCHRÖEDER / HEINE, *Strafgesetzbuch, op. cit.*, § 314, nota marginal 2.

<sup>441</sup> Cf. SCHÖNKE / SCHRÖEDER / HEINE, *Strafgesetzbuch, op. cit.*, § 314.

<sup>442</sup> Cf. HORN, Eckhard «Strafrechtliche Haftung für die Produktion von und den Handel mit vergifteten Gegenständen Zur Auslegung des § STGB § 319 StGB» *NJW 1986*, p. 153.

<sup>443</sup> GRETENKORDT, Martin, *Herstellen und Inverkehrbringen stofflich gesundheitsgefährlicher Verbrauchs- und Gebrauchs-Güter*, 1993, p. 197, *apud* HEINE, Günther, «Lebensmittelstrafrecht – Grundzüge und Grundprobleme», *in: Wirtschaftskriminalität und Wirtschaftsstrafrecht in einem Europa auf dem Weg zu Demokratie und Privatisierung*, Leipzig: Leipziger Universitätsverlag, 1998, p. 148.

praticamente votadas ao esquecimento pela jurisprudência<sup>444</sup>, o que levaria alguns autores, como Geerds, a qualificar severamente os §§ 319 e 320 como uma espécie de “conserva jurídico-histórica sem qualquer ligação com a prática”<sup>445</sup>.

Entre os motivos justificativos de um tal esquecimento contam-se razões de política criminal coincidentes com as penas demasiado elevadas previstas para aquelas condutas, bem como razões de ordem dogmática, como por exemplo a dificuldade em dar como realizados alguns elementos do tipo. A este propósito, Kuhlen pronuncia-se expressamente no sentido de rejeitar que os casos de responsabilidade pelo produto pudessem ser resolvidos pela aplicação dos crimes de perigo comum e muito concretamente por via dos § 319 e § 320 (actual § 314) então vigentes, referentes aos crimes de perigo comum de envenenamento doloso e envenenamento negligente, respectivamente<sup>446</sup>. Da perspectiva deste autor, o tipo de ilícito do § 319, qualificado como um delito de perigo abstracto, centrado sobre a aptidão para lesar a saúde, integrava elementos de difícil verificação nos casos de responsabilidade pelo produto, designadamente a elevada e irrefutável probabilidade de destruição do bem jurídico, que não só teria de ser conhecida como também querida pelo agente. Segundo Kuhlen, este grau de exigência do ilícito constitui justamente um dos principais motivos para a não aplicabilidade do § 319, denunciada pela própria prática jurisprudencial, aos casos de responsabilidade pelo produto<sup>447</sup>.

Uma opinião diversa é sustentada, no entanto, por Hilgendorf, que analisa criticamente a posição de Kuhlen. Tomando como exemplo o caso *Lederspray*, o autor procura demonstrar a aplicabilidade do § 319 enquanto fundamento normativo para a condenação dos dirigentes das empresas produtora e distribuidora daquele *spray*. Com efeito, da sua perspectiva estavam preenchidos tanto os

---

<sup>444</sup> Cf. HORN, Eckhard, «Strafrechtliche Haftung für die Produktion...», *op. cit.*, p. 154.

<sup>445</sup> Cf. GEERDS, Friedrich, «Herstellen und Absatz gesundheitsgefährdender Ver- und Gebrauchsgüter. Zu strafrechtlichen und kriminologischen Problemen eines bedeutsamen, jedoch mißglückten Typs eines Sozialdelikts (§§ 319, 320 StGB)», *in: Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989*, (hrsg. Jescheck, Vogler), Berlin, New York: De Gruyter, 1989, p. 256. Também SCHWARTZ, Martina, *Strafrechtliche Produkthaftung...*, *op. cit.*, p. 29 e s.

<sup>446</sup> KUHLEN, Lothar, *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*, *op. cit.*, p. 152 e ss. e, em particular, p. 166.

<sup>447</sup> KUHLEN, Lothar, *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*, *op. cit.*, p. 166.



elementos objectivos como os elementos subjectivos do tipo de ilícito. Em causa estava o uso de substâncias danosas para a saúde no fabrico daquele *spray* destinado à venda e ao consumo público; os agentes sabiam que o bem se destinava ao comércio e consumo público e estavam cientes do seu carácter nocivo, com ele se conformando, pelo menos a partir da reunião ocorrida a 12 de Maio<sup>448</sup>.

Todavia, como já se referiu, o § 319 viria a ser reformulado pela 6.ª Reforma do Código Penal Alemão, convertendo-se no actual § 314, redigido em termos menos exigentes quanto ao seu desenho típico. Em consequência, renovou-se a discussão doutrinal quanto à sua aplicabilidade e adequação aos casos de responsabilidade pelo produto. Explorou-se particularmente a possibilidade de aquela norma dar uma resposta adequada a alguns dos problemas de imputação, designadamente no que diz respeito à indagação do nexo causal, que desde sempre constituíram um dos nódulos problemáticos da jurisprudência sobre responsabilidade criminal pelo produto. Destaca-se neste contexto o estudo de Christian Holtermann dedicado a uma análise pormenorizada do § 314, em que o autor defende que as modificações introduzidas pela revisão do texto penal constituem uma relevante solução para os casos de responsabilidade pelo produto<sup>449</sup>.

De qualquer forma, as potencialidades deste parágrafo não parecem ter silenciado as vozes que deste há muito se faziam ouvir na doutrina alemã a favor da inclusão de um tipo legal específico relativo à responsabilidade criminal pelo fabrico e comercialização de bens perigosos à saúde, como se desenvolverá adiante<sup>450</sup>.

### 1.3 A tutela da saúde pública: a experiência espanhola

Os casos de responsabilidade pelo produto são com frequência referidos, quer na experiência legislativa quer na prática judicial, à tutela da saúde pública uma

---

<sup>448</sup> HILGENDORF, Eric, *Strafrechtliche Produzentenhaftung...*, *op. cit.*, p. 168.

<sup>449</sup> Cf. HOLTERMANN, Christian, *Neue Lösungsansätze zur strafrechtlichen Produkthaftung*, *op. cit.*, p. 121 e ss. Refira-se que a hipótese desta modificação legal no ordenamento jurídico alemão poder ser aproveitada para resolver algumas das dificuldades colocadas pelos casos de responsabilidade criminal pelo produto havia sido colocada já em 1998 por DIAS, Augusto Silva, «Entre “comes e bebes”...», *op. cit.*, p. 519, nota 108.

<sup>450</sup> *Infra*, § 7, 3, parte final.

vez que a produção e comercialização de bens perigosos ou defeituosos, num contexto de relações massificadas de consumo, pode pôr em causa aquele interesse. Este vínculo é realizado em alguns ordenamentos jurídicos por via da consagração de condutas daquele tipo no âmbito de crimes contra a saúde pública<sup>451</sup>. Foi precisamente esta a opção legislativa seguida no Código Penal espanhol, nos artigos 359 a 378.

Contrariamente ao modelo alemão, onde a específica protecção do consumidor se situa primacialmente fora do Código, a lei espanhola regula a protecção do consumidor de forma preferencial na lei penal fundamental, no âmbito dos delitos contra a saúde pública e em particular por via do disposto nos artigos 359 a 367 <sup>452</sup>. Saliente-se, no entanto, que também em Espanha a criminalização da adulteração nociva de bens alimentares e de bebidas destinados ao consumo público, bem como do fabrico e comercialização de bens cujo uso se mostre nocivo, tem uma forte tradição histórica pois remonta ao artigo 356 do Código Penal de 1870 <sup>453</sup>, apontado por alguns autores como “referência para o desenvolvimento posterior dos comportamentos proibidos pela legislação penal”<sup>454</sup>.

Como nota prévia e comum a estas incriminações impõe-se uma referência ao bem jurídico protegido, uma vez que se trata de uma questão controversa que divide a doutrina e a jurisprudência<sup>455</sup>. Entendem alguns autores que estes delitos

---

<sup>451</sup> Cf. HASSEMER, Winfried / MUÑOZ CONDE, Francisco, *La Responsabilidad por el Producto en Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 56.

<sup>452</sup> Os interesses económicos dos consumidores são, no entanto, protegidos nos artigos 278 e ss., inseridos no Título XIII do segundo livro do Código Penal espanhol referente aos crimes contra o património e contra a ordem sócio-económica.

<sup>453</sup> Dispunha o artigo 356 do Código Penal espanhol de 1870: “*El que con cualquier mezcla nociva a la salud alterarse las bebidas o comestibles destinados al consumo público, o vendiere géneros corrompidos, o fabricare o vendiere objetos cuyo uso sea necesariamente nocivo a la salud, será castigado con las penas de arresto mayor en su grado máximo a prisión correccional en su grado mínimo y multa de 125 a 1250 pesetas.*”, Cf. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio, *El Derecho Penal ante los Fraudes Alimentarios. Responsabilidad por el Producto en la Moderna Sociedad del Riesgo*, Cizur Menor: Civitas / Thomson Reuters, 2010, p. 64.

<sup>454</sup> Cf. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio, *El Derecho Penal ante los Fraudes Alimentarios...*, *op. cit.*, p. 64. Não obstante, a protecção penal da saúde pública no direito espanhol é anterior àquele diploma, cf. CUADRADO RUIZ, M.<sup>a</sup> Ángeles, *La Responsabilidad por Omisión de los Deberes del Empresario. Análisis Crítico del art. 363 del Código Penal*, Barcelona: Bosch, 1998. p. 59. Também FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *in: Comentarios al Código Penal* (org. Gonzalo Rodríguez Mourullo / Agustín Jorge Barreiro), Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 985, refere que os delitos contra a saúde pública integram a ordem penal espanhola pelo menos desde o Código Penal de 1822.

<sup>455</sup> Cf. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu / MIR PUIG, Santiago, *Comentarios al Código Penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 782.

supõem uma mera antecipação da tutela dos bens jurídicos individuais vida e integridade física. Deste modo, a especificidade destes delitos não está no seu objecto de protecção – a saúde individual –, mas antes na “especial forma de ataque” àquele bem, capaz de afectar um número indeterminado de pessoas<sup>456</sup>.

Por sua vez, outras vozes doutrinárias e grande parte da jurisprudência concedem autonomia conceptual e material à saúde pública, atribuindo-lhe a qualidade de bem jurídico colectivo, autónomo, independente e diferenciado da saúde individual, de tal maneira que se considera como prioritariamente relevante a ofensa à colectividade – ofensa esta que absorve e consome o bem individual na relação que este mantém com o interesse colectivo, a saúde pública<sup>457</sup>. Todavia, ainda entre os autores que reconhecem como objecto de tutela destes delitos um interesse colectivo, destacam-se aqueles que, reconhecendo autonomia à saúde pública, procuram precisá-lo identificando como bem jurídico protegido a confiança e segurança no consumo. Este bem jurídico corresponderia assim à “protecção da confiança dos consumidores na inocuidade dos produtos que se encontram no mercado”<sup>458</sup>.

Certo é, porém, que os tipos legais contra a saúde pública acima referidos protegem o consumidor num estágio prévio à realização de um qualquer dano em bens jurídicos individuais. Aquele conjunto normativo compreende três tipos

---

<sup>456</sup> Neste sentido, PUENTE ABA, Luz María, *Delitos Económicos contra los Consumidores...*, *op. cit.*, p. 87 e s.

<sup>457</sup> Neste sentido, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio, *El Derecho Penal ante los Fraudes Alimentarios...*, *op. cit.*, p. 27 e s. O autor cita também diversa jurisprudência referente à saúde pública, distinta da saúde individual, como bem jurídico protegido pelos artigos 363 a 365 do Código Penal, cf. *ibidem*, p. 166, p. 182 e p. 192. Veja-se ainda, no sentido da tutela do bem jurídico colectivo através destas normas, VIVES ANTÓN, Tomás / ORTS BERENGUER, Enrique / CARBONELL MATEU, Juan Carlos / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis / MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 564. Uma posição algo intermédia é seguida por VICENTE RAMESAL, Javier / GARCÍA MOSQUERA, Marta, «Algunos aspectos esenciales del fraude alimentario (a propósito de unos supuestos de comercialización de vieiras contaminadas)», *in: Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho. Libro Homenaje a Santiago Mir Puig*, Las Rozas (Madrid): La Ley, 2010, p. 807. Estes autores seguem uma teoria monista-personalista dos bens colectivos segundo a qual a fundamentação para uma tutela penal da saúde pública há-de encontrar-se na “protecção dos interesses do indivíduo, assegurando as possibilidades de sobrevivência do homem”. Assim, embora reconheçam a saúde pública como bem jurídico supra-individual, concebem-na como forma de tutela de interesses individuais. Por via destes delitos, não é a saúde de determinada pessoa que se protege, mas antes a sociedade no seu conjunto.

<sup>458</sup> Neste sentido, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, «Delitos contra la salud de los consumidores...», *op. cit.*, p. 182 e s. e, da mesma autora, *Delitos de Peligro...*, *op. cit.*, p. 228 e ss.

distintos de incriminações, atendendo à natureza do objecto da conduta: crimes relativos à produção e comercialização de substâncias perigosas (artigos 359 e 360), delitos referentes a medicamentos (artigos 361 e 362)<sup>459</sup> e fraudes com bens alimentares (artigos 363 a 365). O extenso leque de condutas abrangidas por estas normas, dotadas de maior ou menor ofensividade, constitui um forte indício no sentido de se tomar como objecto de protecção a saúde pública num sentido amplo<sup>460</sup>. Esta mesma ideia é confirmada por uma análise, ainda que breve, dos tipos legais referidos.

Assim, as incriminações incluídas no primeiro grupo distinguem-se essencialmente pela ausência de autorização exigida legalmente. No artigo 359 tipificam-se as condutas de elaboração, transporte, comercialização e administração de substâncias nocivas à saúde ou produtos químicos, sem autorização para tal. Já o artigo 360, referindo-se àquelas mesmas substâncias e pressupondo a autorização para aqueles actos, incrimina a não observância das formalidades previstas em leis e regulamentos. Os tipos legais pressupõem como agente os produtores ou fabricantes (no caso do artigo 359), os distribuidores e os comerciantes daqueles bens (nos termos do artigo 360). A pena pode ser de multa, prisão e proibição do exercício de profissão ou indústria, no caso do artigo 359, ou somente as duas últimas, no caso do artigo 360.

São diversas as críticas dirigidas a estas normas, desde logo pelo seu carácter aberto e impreciso, denunciado pela difícil determinação do objecto de acção, uma vez que a descrição das substâncias nocivas e dos produtos químicos há-de ir buscar-se em diplomas especiais<sup>461</sup>. Porém, a crítica principal centra-se na circunstância de a falta de autorização, no caso do artigo 359, ou da observância das formalidades, no caso do artigo 360, constituírem os elementos essenciais daqueles

---

<sup>459</sup> Uma análise da responsabilidade penal por medicamentos no âmbito da legislação espanhola é realizada por MENDOZA CALDERÓN, Silvia, *La Responsabilidad Penal por Medicamentos Defectuosos*, *op. cit.*, p. 247 e ss.

<sup>460</sup> A diversidade de condutas incriminadas neste capítulo está na base de diversas críticas de ordem sistemática que lhe são dirigidas, cf. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, «Delitos contra la seguridad colectiva», *in: Comentarios al Código Penal*, *op. cit.*, p. 987.

<sup>461</sup> Cf. GANZENMÜLLER ROIG, C. / FRIGOLA VALLINA, J. / ESCUDERO MORATALLA, J. F., *Delitos contra la Salud Pública (I). Substancias Nocivas, Productos Químicos, Medicamentos y Alimentos*, Barcelona: Editorial Bosch, 2000, p. 47. Também SERRANO GOMEZ, Alfonso / SERRANO MAILLO, Alfonso, *Derecho Penal. Parte Especial*, Madrid: Dykinson, 1996, p. 677 e ss.

tipos de ilícito. Ou seja, a relevância daquelas condutas não advém da sua perigosidade mas antes da inobservância dos deveres administrativos pressupostos na lei. Verifica-se assim, uma certa aproximação entre a ilicitude penal e a infracção de uma norma administrativa que regula a concessão de autorização para o fabrico, venda e comercialização daquelas substâncias<sup>462</sup>. Nas palavras de Muñoz Conde, “a infracção das normas legais ou regulamentares que disciplinam a distribuição e venda de produtos destinados ao consumo humano que podem incidir na saúde das pessoas, bem como, nos casos em que seja exigida, a falta de autorização administrativa, é, certamente, um indício de que a conduta pode ser merecedora de sanção penal, mas para revestir a natureza de um delito, e portanto ser credora de uma sanção penal, deve cumprir um requisito adicional, a saber, deve ser nociva, no sentido de prejudicial para a saúde pública e, com isso, ainda que indirectamente, para a vida e saúde dos diversos membros individuais que integram o grupo social. Caso não seja feita esta restrição, não haverá forma de diferenciar o simples ilícito administrativo da infracção penal propriamente dita, pervertendo-se, desde logo, uma das características básicas do direito penal no moderno Estado de Direito: o seu carácter de *ultima ratio*, o princípio da mínima intervenção e da ideia de proporcionalidade entre a gravidade do facto e a sanção do mesmo”<sup>463</sup>.

Esta mesma crítica é extensível à anterior redacção do crime de expedição de medicamentos em incumprimento das formalidades legais ou regulamentares (artigo 343 bis). Esta norma, qualificada pela doutrina como um crime de perigo abstracto, foi, porém, revogada e substituída por um novo tipo incriminador centrado sobre a colocação em perigo concreto da vida ou da saúde.

Com efeito, os delitos farmacológicos estão agora previstos nos artigos 360 e 361 <sup>464</sup>. O legislador estabeleceu como requisito comum a todas as modalidades de

---

<sup>462</sup> Sobre os perigos desta aproximação e referindo-se concretamente aos delitos agora em análise veja-se MUÑOZ CONDE, Francisco, HASSEMER, Winfried, *La Responsabilidad por el Producto...*, *op. cit.*, p. 65 e ss.

<sup>463</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, HASSEMER, Winfried, *La Responsabilidad por el Producto...*, *op. cit.*, p. 65 e ss.

<sup>464</sup> Entre estas duas normas o legislador introduziu, através da LO 7/2006, uma norma incriminadora de condutas contra a verdade desportiva por via do uso de substâncias farmacológicas proibidas ou destinadas a aumentar o rendimento desportivo dos atletas. A inclusão destas condutas referentes à alteração da verdade desportiva nos delitos contra a saúde pública

conduta previstas naqueles artigos a criação de um perigo para a vida ou para a saúde das pessoas, configurando aqueles delitos como crimes de resultado-perigo. Algumas das condutas previstas relacionam-se directamente com a comercialização de produtos perigosos, como por exemplo a distribuição de medicamentos deteriorados ou caducados (artigo 361, primeira modalidade), o fabrico e comercialização de medicamentos adulterados (artigo 362, n.ºs 1 e 3), a imitação ou simulação de medicamentos ou de substâncias benéficas à saúde dando-lhes a aparência de verdadeiras (artigo 362, n.º 2). A estas condutas corresponde pena de prisão, multa e proibição do exercício de profissão ou ofício (*v. g.*, a profissão de farmacêutico). A configuração destes delitos como crimes de perigo concreto tem merecido a crítica da doutrina em virtude da especial natureza do objecto a que se dirige a conduta. Com efeito, como sublinha Corcoy Bidasolo, os perigos que podem derivar da adulteração ou alteração de medicamentos afectam normalmente aqueles que padecem já de uma doença. Logo a “dificuldade de imputação do resultado perigo roça a impossibilidade uma vez que quase sempre existirá a dúvida de saber se o perigo para a vida ou saúde, que neste caso se deveria entender como aumento do perigo, é imputável ao medicamento ou à enfermidade e, em caso de dúvida, a solução será sempre a absolvição por aplicação do princípio *in dubio pro reo*”<sup>465</sup>.

O terceiro grupo de incriminações refere-se aos delitos alimentares, por via dos quais se pretende proteger a saúde de intoxicações produzidas pela ingestão de alimentos e bebidas. A exposição de motivos relativa às alterações destes delitos faz expressa referência a “recentes tragédias presentes na mente de todos” que justificam a necessidade de melhorar as incriminações relativas aos bens alimentares, contidas anteriormente praticamente numa única norma – o revogado artigo 346 –

---

aparenta ser um pouco forçada, razão pela qual não se atenderá, neste contexto, à norma em questão.

<sup>465</sup> Cf. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Delitos de Peligro...*, *op. cit.*, p. 229. Porém, em comentário a esta norma, a autora defende uma interpretação do perigo no sentido de incluir as situações em que a ingestão do produto é em si mesma inofensiva, mas se torna perigosa pela ausência do efeito de tratamento esperado, cf. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu / MIR PUIG, Santiago, *Comentarios al Código Penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 788.

cujo “conteúdo se modifica profundamente com o propósito de aumentar a protecção penal ampliando o âmbito das condutas reprimidas”<sup>466</sup>.

Em particular, o artigo 363 tem sido apontado pela doutrina como o núcleo de uma responsabilidade penal pelo produto defeituoso ou perigoso. Corcoy Bidasolo sublinha que, embora a responsabilidade criminal pelo produto não esteja directamente prevista no código penal espanhol num tipo legal específico, entende-se que o artigo 363 e, em particular, o seu número 2, contém o tipo incriminador que cobre de forma mais ampla as situações de responsabilidade criminal pelo produto<sup>467</sup>. Díaz-Maroto y Villarejo acrescenta que, neste contexto, além do n.º 2, também o n.º 4 assume particular relevância.

Justificam-se, assim, no contexto da presente investigação, algumas reflexões adicionais em torno daquela norma. O artigo 363 refere-se à manipulação de alimentos e inicia o conjunto de incriminações relativas aos delitos alimentares. Nele se prevê a punição, que na sua forma mais grave pode atingir os quatro anos de prisão, dos produtores, distribuidores e comerciantes que ponham em perigo a saúde dos consumidores através da realização de algum dos comportamentos aí previstos. Contempla cinco modalidades de conduta possível: oferecer no mercado bens alimentares com omissão ou alteração dos requisitos previstos em leis ou regulamentos sobre a validade ou composição; fabricar ou vender bebidas ou bens comestíveis destinados ao público e nocivos para a saúde; comercializar géneros corrompidos; elaborar ou comercializar produtos cujo uso não esteja autorizado e seja prejudicial à saúde; e, por último, ocultar ou subtrair bens destinados a ser inutilizados ou desinfectados, para usar no comércio<sup>468</sup>.

---

<sup>466</sup> Cf. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio, *El Derecho Penal ante los Fraudes Alimentarios...*, *op. cit.*, p. 65. O autor esclarece que a exposição de motivos se refere ao envenenamento maciço de pessoas causado pela adulteração do óleo de colza.

<sup>467</sup> Cf. *Delitos de Peligro...*, *op. cit.*, p. 197, nota 416. A autora acrescenta que a forma seguida pelo legislador na construção dos crimes contra a saúde dos consumidores dificulta a identificação, entre os tipos legais previstos, de um tipo penal específico dirigido à responsabilidade pelo produto, isto porque as incriminações se estruturam em torno de um objecto de acção perfeitamente determinado, a saber, os produtos químicos, os medicamentos e os alimentos, ficando de fora a responsabilidade por produtos defeituosos, ou, em último termo, incluindo-a de forma forçada no âmbito do n.º 2 do artigo 363.

<sup>468</sup> Para uma análise detalhada de cada uma destas modalidades de conduta veja-se DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio, *El Derecho Penal ante los Fraudes Alimentarios...*, *op. cit.*, p. 71 e ss.;

Deste modo, o *perigo para a saúde dos consumidores* constitui um elemento típico comum a todas estas modalidades de conduta. Todavia, a sua interpretação reveste especial complexidade, dado que o tipo incriminador exige, de um lado, um resultado perigo, e refere, de outro lado, esse resultado à pluralidade dos consumidores e não à saúde individual. Por esta razão, a qualificação deste delito como sendo de perigo abstracto ou de perigo concreto tem dividido a doutrina<sup>469</sup>. A opção acaba por ser decisivamente influenciada pela compreensão adoptada no plano do bem jurídico tutelado pela norma. Assim, os autores que, acentuando o elemento da pluralidade dos afectados, tomam a saúde pública como o interesse colectivo tutelado, seja como interesse autónomo seja como bem instrumentalizado à tutela das diversas saúdes individuais, tendem a considerar este delito como sendo de perigo concreto ou mesmo de lesão; se, por outro lado, se considerar como bem jurídico carente de tutela a saúde individual de cada consumidor, assume primazia a perigosidade da conduta, já que não se exige que da conduta resulte um perigo ou lesão para aquele bem jurídico individual<sup>470</sup>. Cabe ainda autonomizar uma terceira via que, prescindindo da comprovação de um perigo concreto ou crime de lesão para a saúde de *um* consumidor, considera “suficiente a *aptidão* lesiva da substância para o bem jurídico individual mediatemente protegido, que em todo o caso deverá provar-se mediante as adequadas informações periciais”<sup>471</sup>.

Tem-se entendido que o artigo 363 constitui o mais representativo dos delitos de perigo para os consumidores de bens alimentares. Porém, muito embora esta norma seja unanimemente reconhecido pela doutrina espanhola como o núcleo

---

GANZENMÜLLER ROIG, C. / FRIGOLA VALLINA, J./ ESCUDERO MORATALLA, J. F., *Delitos contra la Salud Publica*, *op. cit.*, p. 108 e ss.

<sup>469</sup> Cf. VICENTE RAMESAL, Javier / GARCÍA MOSQUERA, Marta, «Algunos aspectos esenciales del fraude alimentario...», *op. cit.*, p. 812 e ss.

<sup>470</sup> Sobre esta questão, com referências bibliográficas que suportam uma e outra posição doutrinal, IÑIGO CORROZA, Maria Elena, *La Responsabilidad Penal del Fabricante...*, *op. cit.*, p. 298, nota 774. A autora acaba, no entanto, por tomar uma posição no sentido de a norma prever um crime de perigo concreto em que se exige para a sua consumação um contacto iminente entre o alimento e o consumidor. Da sua perspectiva, não basta que o produto seja defeituoso e constitua um perigo, em geral, para a saúde dos potenciais consumidores, mas é necessário que seja criado um perigo real para um consumidor indeterminado, no sentido de poder ser qualquer um dos inúmeros consumidores. Torna-se, assim, indispensável, da sua perspectiva, uma prova causal entre a perigosidade do produto e o risco para a saúde de um qualquer consumidor.

<sup>471</sup> Cf. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio, *El Derecho Penal ante los Fraudes Alimentarios...*, *op. cit.*, p. 71.



principal da criminalização da fraude com alimentos, nela se incluem também a manipulação de produtos de outra natureza por via do n.º 4 daquele preceito que, como já se referiu, consiste em elaborar produtos prejudiciais à saúde, cujo uso não esteja autorizado, e comerciar com eles. A norma tem causado diversos problemas na interpretação do seu alcance designadamente quanto ao âmbito da autorização nela referida<sup>472</sup>. De qualquer forma, apenas se pretende sublinhar que, em relação ao objecto da conduta, se tem entendido ser este um tipo incriminador residual que extravasa as substâncias alimentares e se refere a qualquer outro bem de consumo, “constituindo assim um tipo básico de responsabilidade pelo produto defeituoso ou perigoso, já que o elemento típico produto é suficientemente amplo para através dele se incluir todo o objecto de consumo (electrodomésticos, produtos químicos, brinquedos, automóveis, tapeçarias, máquinas, detergentes, etc.)”<sup>473</sup>. Por este motivo, há quem prefira ver neste artigo um “delito relativo a produtos de consumo generalizado” em vez de um mais restritivo crime de natureza alimentar<sup>474</sup>.

Também o artigo 364 se relaciona com a qualidade dos bens alimentares ao estabelecer a incriminação não só da adulteração de bens destinados ao consumo humano, mas também de condutas relacionadas com a criação de animais tendo em vista a produção de carne para consumo humano. Trata-se de uma norma que tem igualmente merecido a crítica da doutrina. Desde logo, porque revela uma sobreposição com o disposto no artigo anterior, aumentando a complexidade na conjugação e na interpretação dos diversos tipos legais que servem a protecção da saúde do consumidor<sup>475</sup>. Em segundo lugar, porque antecipa a intervenção penal ao

---

<sup>472</sup> Cf. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, «Delitos contra la salud de los consumidores...», *op. cit.*, p. 213.

<sup>473</sup> Cf. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *in: Comentarios al Código Penal*, *op. cit.*, p. 1001; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio, *El Derecho Penal ante los Fraudes Alimentarios...*, *op. cit.*, p. 83. Também CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Delitos de Peligro...*, *op. cit.*, p. 229 e s., considera que o artigo 363 constitui, entre os delitos contra a saúde pública, o núcleo normativo da responsabilidade criminal pelo produto. Veja-se ainda, da mesma autora, «Delitos contra la salud de los consumidores...», *op. cit.*, 211 e s.

<sup>474</sup> Cf. CUADRADO RUIZ, M.ª Ángeles, *La Responsabilidad por Omisión de los Deberes del Empresario. Análisis Crítico del art. 363 del Código Penal*, Barcelona: Bosch, 1998, p. 56.

<sup>475</sup> Neste sentido, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Delitos de Peligro...*, *op. cit.*, p. 199, aponta os delitos contra o meio ambiente e contra a saúde dos consumidores como exemplo de uma técnica legislativa que, procurando prever todos os casos possíveis, unicamente consegue criar confusão por não existir uma lógica que diferencie uns e outros delitos de acordo com a ilicitude material de cada um.

momento da adulteração dos bens alimentares, o que corresponde, segundo alguns autores, à consagração de um crime de perigo hipotético<sup>476</sup>; não obstante esta antecipação da punição, a pena é equiparada à sanção que cabe às condutas previstas no artigo 363; acrescenta-se ainda que este preceito é resultado da projecção no plano legal de casos reais e específicos sem que o legislador se tenha pautado pelo necessário grau de abstracção, sistematicidade e clareza necessários no plano legal<sup>477</sup>; por fim, refira-se que a interpretação desta norma é ainda dificultada pelo reenvio extra-penal, por ela pressuposto, para os diplomas, nacionais e europeus, que regulam as substâncias e aditivos alimentares.

A maioria destas críticas são extensíveis à segunda parte do artigo 364, que se distingue por ter como objecto da acção animais cujas carnes se destinam ao consumo humano e que incorporaram substâncias perigosas para a saúde das pessoas. Incriminam-se três modalidades de conduta: a administração daquelas substâncias, o abate de animais e a sua comercialização. Díaz-Maroto y Villarejo entende que a aparição deste segundo número, sem precedentes na legislação espanhola, se deve ao alarme social causado por certos casos relacionados com o uso de hormonas anabolizantes em animais cuja carne se destinava ao consumo humano. Todavia, considera que o artigo pressupõe uma antecipação injustificada da intervenção penal, correndo o risco de converter o direito penal em mero instrumento sancionador de infracções administrativas<sup>478</sup>.

Por fim, refira-se que o artigo 365, última infracção deste grupo, incrimina o comportamento daquele que envenenar ou adulterar bens alimentares e águas potáveis com substâncias infecciosas ou que possam ser gravemente nocivas para a saúde. Trata-se de um tipo incriminador coincidente, pelo menos quanto à adulteração de bens alimentares, com os artigos que o antecedem. De qualquer

---

<sup>476</sup> Neste sentido, IÑIGO CORROZA, Maria Elena, *A Responsabilidad Penal del Fabricante...*, *op. cit.*, p. 300. Também DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio, *El Derecho Penal ante los Fraudes Alimentarios...*, *op. cit.*, p. 89.

<sup>477</sup> Na expressão de CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Delitos de Peligro...*, *op. cit.*, p. 202, trata-se de delitos com “nome e apelido”, próprios de um direito penal simbólico pensado para situações específicas e que desconsidera não só o que deve a lei realmente proteger nessas situações, como também se tal interesse já se encontra protegido por outras incriminações. A autora acrescenta, em particular, que o artigo 364 se refere ao caso do clembuterol.

<sup>478</sup> Cf. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio, *El Derecho Penal ante los Fraudes Alimentarios...*, *op. cit.*, p. 99, referindo-se concretamente ao número 2 do artigo 364.

forma, a acção típica pode ter ainda como objecto as águas potáveis, conceito que tem sido apontado como sendo de difícil concretização<sup>479</sup>. Não deixa de ser evidente que a gravidade da conduta advém de se tratar de águas em princípio destinadas ao consumo, sendo que a criminalização da adulteração das águas utilizadas para beber remonta já ao Código Penal espanhol de 1828<sup>480</sup>.

A conduta típica consiste em adulterar ou envenenar. Por adulterar entende-se a acção de retirar a alguma coisa a sua pureza ou autenticidade, misturando ou adicionando-lhe algo, que, na hipótese do tipo incriminador, corresponde a “substâncias infecciosas”<sup>481</sup>. O acto de envenenar pressupõe algo mais do que alterar a qualidade pois “implica a adição de substâncias tóxicas ou gravemente nocivas de modo que a sua ingestão ou contacto, por penetração cutânea, possa provocar estados de enfermidade agudos ou crónicos e inclusivamente a morte”<sup>482</sup>. O legislador não exige, em qualquer das modalidades previstas, um resultado concreto de perigo, tendo optado por incriminar condutas em si perigosas ou aptas a lesar a saúde dos consumidores. Assim, basta a comprovação do envenenamento ou da adulteração para que se consuma a infracção. Por esta razão, este delito tem sido apontado como exemplo de um crime de aptidão<sup>483</sup>.

#### 1.4 A tutela da saúde pública: a experiência italiana

Também em Itália o direito penal apresenta uma solução de especial interesse, que importa considerar, para o cumprimento da função de prevenção e repressão dos perigos e danos derivados da produção e comercialização de bens perigosos e defeituosos. Muito embora não exista uma disposição normativa de

---

<sup>479</sup> DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio, *El Derecho Penal ante los Fraudes Alimentarios...*, *op. cit.*, p. 123.

<sup>480</sup> Cf. GANZENMÜLLER ROIG, C. / FRIGOLA VALLINA, J. / ESCUDERO MORATALLA, J. F., *Delitos contra la Salud Pública*, *op. cit.*, p. 155.

<sup>481</sup> Mais desenvolvidamente GANZENMÜLLER ROIG, C. / FRIGOLA VALLINA, J. / ESCUDERO MORATALLA, J. F., *Delitos contra la Salud Pública*, *op. cit.*, p. 155.

<sup>482</sup> DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio, *El Derecho Penal ante los Fraudes Alimentarios...*, *op. cit.*, p. 125.

<sup>483</sup> MENDOZA BUERGO, Blanca, *Limites Dogmáticos y Político-criminales de los Delitos de Peligro Abstracto*, Granada: Editorial Comares, 2001, p. 46. Também DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio, *El Derecho Penal ante los Fraudes Alimentarios...*, *op. cit.*, p. 125.

natureza penal referida expressamente à responsabilidade criminal por produtos<sup>484</sup>, a relevância destes casos está prevista em legislação avulsa e de forma mais significativa no próprio Código Penal<sup>485</sup>.

As normas incriminadoras mais importantes neste contexto recebem comumente a designação doutrinal de delitos contra a saúde pública, correspondendo essencialmente aos artigos 439 a 445 do *Codice Penale* italiano, inseridos no título dos crimes contra a segurança pública (*incolumità pubblica*) e no capítulo dos crimes de perigo comum por fraude (*Dei delitti di comune pericolo mediante frode*)<sup>486</sup>. Têm como característica comum a criação de um perigo difuso para a saúde

---

<sup>484</sup> PIGHI, Giuseppe, «Sicurezza generale dei prodotti di consumo e dei prodotti farmaceutici», *La Riforma dei Reati contro la Salute Pubblica* (org. Massimo Donini e Donato Castronuovo), Padova: CEDAM, 2007, p. 43. As lacunas existentes no ordenamento jurídico italiano nesta matéria determinaram alguns autores, entre os quais se destacam Donini e Castronuovo, a propor uma reforma legislativa dos crimes contra a saúde pública, em particular no âmbito da segurança dos produtos, apresentando uma norma incriminadora que toma como bens jurídicos protegidos interesses individuais, como a vida e a saúde dos consumidores, mas também o interesse colectivo na segurança dos produtos. Segundo esta incriminação, seria punido, “salvo outra disposição legal, o produtor ou distribuidor que, com dolo ou culpa grave, coloque no mercado produtos, destinados aos consumidores, em divergência com o procedimento ou requisitos de segurança prescritos por lei ou regulamento nacional ou comunitário, ou de qualquer modo não seguros, determinando assim uma situação de perigo grave e concreto para a vida, a integridade ou saúde de várias pessoas, avaliada ao tempo da introdução no mercado”, DONINI, Massimo, «Modelli di illecito penale minore. Un contributo alla riforma dei reati di pericolo contro la salute pubblica», *in: La Riforma dei Reati contro la Salute Pubblica*, (org. Massimo Donini e Donato Castronuovo), Padova: Cedam, 2007, p. 306.

<sup>485</sup> Com efeito, sobretudo em matéria alimentar, eram abundantes na legislação italiana as normas incriminadoras previstas em legislação complementar, muito por força da dinâmica exercida pelo direito europeu. A multiplicidade de incriminações, algumas das quais de relevância criminal questionável, motivou uma reforma em matéria de direito penal alimentar realizada pelo decreto legislativo n.º 507/1999, que teve por objectivo principal transformar a grande maioria destas incriminações em ilícitos administrativos e reservar ao código penal o papel principal em matéria de delitos alimentares. Sobre esta reforma veja-se MALAGUTI, Cristian, «Sulla convergenza di norme nel diritto punitivo alimentare», *RTDPE XVII (2004)*, n. 3-4, p. 1105 e ss. e PIERGALINI, Carlo, «Depenalizzazione e riforma del sistema sanzionatorio nella materia degli alimenti», *RIDPP XLIII (2000)*, Fasc. 4, p. 1450 e ss.; também PACILEO, Vincenzo, *Il Diritto degli Alimenti. Profili Civili, Penali ed Amministrativi*, Padova: CEDAM, 2003 p. 473 e ss.; CASTRONUOVO, Donato, «Sicurezza alimentare», *La Riforma dei Reati contro la Salute Pubblica*, *op. cit.*, p. 22 e ss.; e PONGILUPPI, Caterina, «Principio di precauzione e reati alimentari. Riflessioni sul rapporto ‘a distanza’ tra disvalore d’azione e disvalore d’evento», *RTDPE XXIII (2010)*, p. 225, nota 1. Para uma caracterização do regime sancionador anterior àquela reforma veja-se BERNARDI, Alessandro, «La regulación penal italiana en materia de alimentos tras la despenalización de 1999», *in: Responsabilidad Penal por Defectos en Productos Destinados a los Consumidores*, *op. cit.*, p. 322. Acrescente-se ainda que muitas das sanções administrativas em matéria de protecção do consumidor, designadamente no âmbito da responsabilidade do produtor, estão previstas no *Codice del consumo* (D.Lgs. 206/2005).

<sup>486</sup> Cf. PACILEO, Vincenzo, *Il Diritto degli Alimenti...*, *op. cit.*, p. 134 e ss. Também CRESPI / STELLA / ZUCCALÀ, *Commentario Breve al Codice Penale*, Padova: CEDAM, 1999, p. 440, e MARINUCCI, Giorgio / DOLCINI, Emilio, *Codice Penale Commentato*, Vol. II, Milano: Ipsoa, 1999, p. 3275 e ss.

de um número indeterminado de pessoas ainda que o dano se realize somente em uma pessoa<sup>487</sup>.

No primeiro daqueles preceitos incrimina-se a conduta de envenenamento de águas ou de substâncias destinadas à alimentação, antes de distribuídas para consumo. As dificuldades interpretativas põem-se quanto aos limites do elemento típico “destinadas à alimentação”, aplicável tanto às águas como às outras substâncias que constituem o objecto material do crime. Porém, a doutrina dominante tem entendido que se trata de águas que servem exclusivamente para beber ou cozinhar, ou seja, o critério determinante é o fim a que se destinam, não se exigindo que se trate de águas potáveis. O mesmo vale para as substâncias de natureza alimentar igualmente incluídas na norma<sup>488</sup>. A exigência típica de o envenenamento ocorrer em momento anterior à sua distribuição para o consumo sublinha que o legislador procurou incluir no âmbito da norma condutas idóneas a atingir um número indeterminado de pessoas, enquanto consumidores daquela água ou daquelas substâncias<sup>489</sup>. A antecipação da conduta em face de um resultado lesivo leva ao entendimento dominante de que no artigo 439 se prevê um crime de perigo abstracto ou presumido<sup>490</sup>.

No âmbito da responsabilidade pelo produto destacam-se as incriminações previstas nas normas seguintes. O artigo 440 prevê como punível, com pena de prisão de três a dez anos, a conduta daquele que corrompa ou adultere água ou substâncias destinadas à alimentação, antes de distribuídas para consumo, e que se mostrem perigosas para a saúde pública. A mesma pena é aplicável àquele que falsifique, de modo perigoso para a saúde pública, substâncias alimentares destinadas ao comércio. Todavia, a sanção será agravada se as substâncias adulteradas ou falsificadas forem de natureza medicinal. Para além das substâncias medicinais, esta norma, à semelhança do artigo que a precede, tem por objecto de

---

<sup>487</sup> Cf. PACILEO, Vincenzo, *Il Diritto degli Alimenti...*, *op. cit.*, p. 134.

<sup>488</sup> Cf. NAPPI, Aniello, «I delitti contro la salute pubblica», *in: Giurisprudenza Sistematica di Diritto Penale. Codice Penale. Parte Speciale*, Vol. IV, Utet, 1996, p. 653. Veja-se ainda, sobre esta questão, CRESPI / STELLA / ZUCCALÀ, *Commentario Breve al Codice Penale*, *op. cit.*, p. 439.

<sup>489</sup> Cf. NAPPI, Aniello, «I delitti contro la salute pubblica», *op. cit.*, p. 653.

<sup>490</sup> Cf. PACILEO, Vincenzo, *Il Diritto degli Alimenti...*, *op. cit.*, p. 138. Também, sobre as distintas posições doutrinárias e jurisprudenciais, MARINUCCI, Giorgio / DOLCINI, Emilio, *Codice Penale Commentato*, Vol. II, *op. cit.*, p. 3276 e s.

acção a água e as substâncias alimentares e como sujeito passivo um número indeterminado de consumidores. Todavia, diferencia-se do artigo 439 pelas condutas que prevê – corrupção, adulteração e falsificação – e pela adição de um novo elemento: o perigo para a saúde pública<sup>491</sup>.

Com efeito, ao contrário do que sucede nas situações de envenenamento, das quais decorre necessariamente um perigo, o legislador admitiu a possibilidade de existirem actos de corrupção, adulteração ou falsificação não perigosos para a saúde pública, não devendo, como tal, ser punidos no âmbito dos crimes contra a segurança pública (mas sim eventualmente no âmbito dos crimes contra a economia, comércio ou indústria previstos nos artigos 499 a 518)<sup>492</sup>. A inclusão desta exigência típica tem levantado algumas dificuldades quanto à sua natureza jurídica, designadamente quanto à questão de saber se se trata de um elemento constitutivo do ilícito criminal ou antes de uma condição objectiva de punibilidade e, conseqüentemente, se a punição a título doloso implica a representação daquele elemento<sup>493</sup>.

A doutrina dominante entende que em causa está o bem jurídico “saúde pública”, exigindo-se, através daquela cláusula, um resultado-perigo para aquele

---

<sup>491</sup> O critério de aferição do que pode considerar-se perigoso para a saúde pública gerou alguma divergência jurisprudencial. O supremo tribunal italiano entendeu que a nocividade do produto para a saúde pública deve tomar como parâmetro, pressupostas as diferentes condições de saúde da população, o homem médio. Neste sentido, “o conceito de saúde pública, exposto nesta série de artigos, deve ser entendido como o estado médio de saúde dos cidadãos atendendo à situação física média e não a patologias pessoais particulares”. Todavia, numa decisão discordante de um outro tribunal italiano, considerou-se que “o perigo para a saúde pública deve ter-se como subsistente não só quando uma substância resulta perigosa para o indivíduo médio, mas também e sobretudo quando, embora inócua para a maioria dos cidadãos, é considerada potencialmente lesiva em relação a sujeitos pertencentes a categorias particulares, como crianças, portadores de doenças particulares, os idosos, os clientes habituais de determinada farmácia”. Estas decisões são citadas e retiradas de PACILEO, Vincenzo, *Il Diritto degli Alimenti...*, *op. cit.*, p. 152. O autor analisa também as críticas que foram dirigidas ao conceito de saúde pública enquanto saúde “média”, desde logo pelo facto de ela contrariar a tendência da legislação italiana e europeia no sentido de também proteger “grupos particulares de consumidores”. Cf. *ibidem*, p. 153.

<sup>492</sup> Cf. NAPPI, Aniello, «I delitti contro la salute pubblica», *op. cit.*, p. 656. Também MARINUCCI, Giorgio / DOLCINI, Emilio, *Codice Penale Commentato*, Vol. II, *op. cit.*, p. 3289.

<sup>493</sup> Cf., com referências bibliográficas, BERNARDI, Alessandro, «La responsabilidad por el producto en el sistema italiano: notas sancionadoras», *in: Protección Penal del Consumidor en la Unión Europea* (cord. Nicolás García Rivas), Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2005, p. 65, nota 72. Também NAPPI, Aniello, «I delitti contro la salute pubblica», *op. cit.*, p. 657 e MARINUCCI, Giorgio / DOLCINI, Emilio, *Codice Penale Commentato*, Vol. II, *op. cit.*, p. 3298, com referências bibliográficas adicionais.

bem<sup>494</sup>. Com efeito, o facto só é punível na medida em que da conduta de adulteração ou modificação exercida sobre a água ou bens alimentares resulte um perigo para a saúde pública, uma vez que só então a gravidade do acto coloca em causa a segurança pública, concedendo ao delito a natureza de perigo comum. Trata-se, assim, na opinião doutrinária dominante, de um delito categorizado como crime de perigo concreto<sup>495</sup>.

Porém, a referência da conduta típica a este resultado tem motivado algumas críticas, sustentadas na ligação da punição da conduta à difusão do perigo. Surgem assim lacunas de punição perante a inexistência de uma norma penal específica, por exemplo, para as situações de danos resultantes de produtos dirigidos a um círculo particular de pessoas<sup>496</sup>. Com efeito, o uso daquela cláusula restringe a punição às situações de corrupção, adulteração ou falsificação (e também comercialização, *n. g.*, no caso do artigo 442) de substâncias que, tendo em conta a sua dimensão, constituam uma fonte de perigo para um círculo ilimitado de indivíduos, pondo em causa a saúde pública. Muito embora uma tal restrição se possa compreender em obediência ao princípio da proporcionalidade, dada a gravidade das penas previstas para estes crimes, ela torna-se difícil de sustentar na medida em que exclui do âmbito de aplicação da norma todas as situações com uma perigosidade menor ou circunscrita a um número limitado de pessoas<sup>497</sup>, o que tem particular significado em casos de responsabilidade por produtos destinados a um círculo delimitado de consumidores<sup>498</sup>. Por outro lado, também a própria possibilidade de determinar o

---

<sup>494</sup> Cf. MARINUCCI, Giorgio / DOLCINI, Emilio, *Codice Penale Commentato*, Vol. II, *op. cit.*, p. 3288 e s.

<sup>495</sup> Cf. PIGHI, Giuseppe, «Danos por productos y posibles distorsiones de los delitos de peligro», *in: Responsabilidad Penal por Defectos en Productos Destinados a los Consumidores*, *op. cit.*, p. 291.

<sup>496</sup> Sobre a ligação dos crimes de perigo comum e a responsabilidade criminal pelo produto no âmbito do código penal italiano veja-se, entre outros, PIERGALINI, Carlo, *Danno da Prodotto e Responsabilità Penale...*, *op. cit.*, p. 509 e ss.; do mesmo autor, «Depenalizzazione e riforma del sistema sanzionatorio nella materia degli alimenti», *op. cit.*, p. 1450 e ss.; PIGHI, Giuseppe, «Danos por productos y posibles distorsiones de los delitos de peligro», *op. cit.*, p. 283 e ss.

<sup>497</sup> O requisito da indeterminação das pessoas afectadas tem gerado alguma discussão doutrinal, designadamente pelas dificuldades que coloca quando interpretado de forma quantitativa, acentuando-se o número de pessoas potencialmente afectadas pela acção. Alguma doutrina e jurisprudência propõem um critério qualitativo (e não quantitativo) assente na natureza difusa do dano e na indeterminação *a priori* das pessoas (poucas ou muitas) que possam ser afectadas, cf. PACILEO, Vincenzo, *Il Diritto degli Alimenti...*, *op. cit.*, p. 149 e s.

<sup>498</sup> Cf. BERNARDI, Alessandro, «La responsabilidad por el producto...», *op. cit.*, p. 65.

resultado perigo é questionada não só pela natureza difusa do bem tutelado<sup>499</sup> como também pelo sentido com que é tomado pela norma incriminadora: como consequência imediatamente perceptível, instantânea e individualizável da conduta. Ora, a constelação de danos causados por produtos extravasa as situações em que os resultados perigosos são imediatos, sendo frequente a ocorrência de eventos que se prolongam no tempo, de consequências incertas no plano epidemiológico e, como tal, com uma marca de disseminação quer nos seus efeitos quer quanto aos sujeitos responsáveis, uma vez que com grande frequência se trata de entes empresariais dotados de uma organização complexa<sup>500</sup>.

Também o artigo 441 é relevante em matéria de responsabilidade por produtos, incriminando a adulteração ou falsificação de bens destinados ao comércio, não previstos no artigo anterior, desde que perigosos para a saúde pública. No juízo comparativo com a norma precedente ressalta como nota distintiva o diferente objecto da acção: em causa estão substâncias que, não sendo directamente destinadas à alimentação ou a fins medicinais, possam pôr em causa a saúde pública através da sua comercialização, em caso de adulteração ou falsificação<sup>501</sup>. A norma abrange assim uma diversidade de bens (como recipientes, brinquedos, electrodomésticos, etc.) desde que possuam aquela idoneidade lesiva quando modificados ou adulterados.

Os artigos seguintes (442 a 444) têm em comum a incriminação da comercialização de bens. Deste modo, o artigo 442 complementa os artigos 439, 440 e 441 na protecção do bem jurídico saúde pública, punindo a conduta daquele que detém para comércio, põe em comércio ou distribui para consumo água ou substâncias envenenadas, corrompidas, adulteradas ou falsificadas de modo perigoso para a saúde pública<sup>502</sup>.

Por sua vez, o artigo 443 pune aquele que detém para comércio, põe no comércio ou administra substâncias medicinais deterioradas ou imperfeitas. A

---

<sup>499</sup> Veja-se, a este propósito, CRESPI / STELLA / ZUCCALÀ, *Commentario Breve al Codice Penale*, *op. cit.*, p. 1182-1183.

<sup>500</sup> PIGHI, Giuseppe, «Sicurezza generale dei prodotti di consumo...», *op. cit.*, p. 44.

<sup>501</sup> CRESPI / STELLA / ZUCCALÀ, *Commentario Breve al Codice Penale*, *op. cit.*, p. 441, designam este artigo de “*norma di chiusura*” no sistema de tutela do bem jurídico saúde pública.

<sup>502</sup> Cf. BELLANTONI, Domenico, *Trattato di Diritto Penale Degli Alimenti*, Padova: CEDAM, 1993, p. 6, que sublinha o carácter complementar da norma.



doutrina tem entendido que as substâncias deterioradas são aquelas que sofrem uma alteração na sua qualidade pelo decurso do tempo; por sua vez, consideram-se imperfeitos aqueles medicamentos que não foram fabricados ou preparados segundo a técnica farmacêutica adequada<sup>503</sup>. Ao contrário das normas anteriores, o tipo legal não faz qualquer referência expressa ao perigo para a saúde pública. A jurisprudência tem entendido que o preenchimento típico não exige que a perigosidade seja demonstrada em concreto, “sendo o perigo para a saúde pública presumido de forma absoluta pela lei”<sup>504</sup>.

Refira-se ainda brevemente que no âmbito das incriminações que têm por objecto de acção os medicamentos, o legislador criminalizou também, no artigo 445, a conduta daquele que comercializando, ainda que abusivamente, substâncias medicinais, as administrar em espécie, qualidade ou quantidade não correspondente ao que conste da prescrição médica ou do que haja sido declarado ou estabelecido. Trata-se de uma incriminação fundamentalmente dirigida aos farmacêuticos. Tem-se entendido que se trata de um crime de perigo abstracto. Neste sentido, a conduta só será típica se influir sobre a eficácia terapêutica do medicamento, na medida em que é esta alteração que justifica o juízo de perigosidade inerente a estes crimes, sublinhado pelo enquadramento sistemático da norma e pelo significado social da conduta que se quer perseguir<sup>505</sup>. A não ser assim, a conduta só poderá ser reprovável penalmente por via dos delitos relativos à fraude no comércio.

Por fim, o artigo 444 conta-se entre os artigos com particular interesse para a problemática da responsabilidade pelo produto. Esta norma retorna à tutela dos bens alimentares e pune a conduta daquele que detém para comércio, põe em comércio ou distribui para o consumo, substâncias destinadas à alimentação que sejam perigosas para a saúde pública ainda que não tenham sido adulteradas ou falsificadas.

O legislador italiano entendeu, desta forma, que tanto podem existir bens alimentares adulterados ou falsificados que não são perigosos para a saúde pública,

---

<sup>503</sup> Mais desenvolvidamente, NAPPI, Aniello, «I delitti contro la salute pubblica», *op. cit.*, p. 661 e s. Também MARINUCCI, Giorgio / DOLCINI, Emilio, *Codice Penale Commentato*, Vol. II, *op. cit.*, p. 3319.

<sup>504</sup> NAPPI, Aniello, «I delitti contro la salute pubblica», *op. cit.*, p. 663. Também MARINUCCI, Giorgio / DOLCINI, Emilio, *Codice Penale Commentato*, Vol. II, *op. cit.*, p. 3316.

<sup>505</sup> NAPPI, Aniello, «I delitti contro la salute pubblica», *op. cit.*, p. 670.

como substâncias alimentares genuínas, no sentido de não serem modificadas após a sua produção, que se mostrem perigosas para a saúde pública<sup>506</sup>. São estas últimas que se tomam por objecto de acção nesta norma incriminadora. Como esclarece Nappi, as causas para a perigosidade de um bem alimentar genuíno podem ser várias: tome-se como exemplos os processos de transformação natural (*v. g.*, decomposição), ou induzidos pelo homem mediante sistemas de cultivo (*v. g.*, irrigação com água imprópria), ou de alimentação dos animais (*v. g.*, administração de hormonas de crescimento)<sup>507</sup>.

Trata-se de uma norma que imediatamente se liga com a responsabilidade pela comercialização do produto, uma vez que em causa está a perigosidade de um bem essencial à vida humana, procurando o legislador proteger a saúde pública por via da garantia da qualidade dos bens alimentares. Essa perigosidade concretiza-se na exigência de que as substâncias alimentares sejam nocivas, isto é, idóneas a pôr em causa a saúde pública<sup>508</sup>. A doutrina, em comentário crítico a alguma jurisprudência, entende que, ainda que possam subsistir exigências de tutela da saúde pública, devem ter-se por excluídas do âmbito da norma incriminadora as situações de dúvida sobre a perigosidade de uma substância<sup>509</sup>.

Um outro problema mais complexo relaciona-se com a definição e limites do que seja um produto alimentar nocivo à saúde pública. De novo, pressuposta a extensão deste bem jurídico, em torno do qual se constrói o ilícito penal, dificilmente se podem considerar abarcados pela norma aqueles casos em que o produto é nocivo para um indivíduo ou para um grupo muito limitado de pessoas<sup>510</sup>.

---

<sup>506</sup> MARINUCCI, Giorgio / DOLCINI, Emilio, *Codice Penale Commentato*, Vol. II, *op. cit.*, p. 331. Veja-se ainda PACILEO, Vincenzo, *Il Diritto degli Alimenti...*, *op. cit.*, p. 189 e s., que, sublinhando as dificuldades probatórias relacionadas com este artigo designadamente em matéria de alterações microbiológicas dos alimentos, dá como exemplo um caso julgado em Itália de intoxicação alimentar causada por salmonelas.

<sup>507</sup> Cf. NAPPI, Aniello, «I delitti contro la salute pubblica», *op. cit.*, p. 665. Também BELLANTONI, Domenico, *Trattato di Diritto Penale Degli Alimenti*, *op. cit.*, p. 8.

<sup>508</sup> BELLANTONI, Domenico, *Trattato di Diritto Penale Degli Alimenti...*, *op. cit.*, p. 9. No sentido de a lesão do bem jurídico saúde pública se manifestar através do perigo concreto derivado da substância destinada à alimentação humana veja-se CRESPI / STELLA / ZUCCALÀ, *Commentario Breve al Codice Penale*, *op. cit.*, p. 1192.

<sup>509</sup> Cf. NAPPI, Aniello, «I delitti contro la salute pubblica», *op. cit.*, p. 666.

<sup>510</sup> Sobre esta questão, com referências jurisprudenciais, NAPPI, Aniello, «I delitti contro la salute pubblica», *op. cit.*, p. 666.

Os delitos acabados de descrever estão previstos na forma dolosa. No entanto, o artigo 452 prevê penas específicas para as actuações negligentes que preencham estes ilícitos.

#### 1.5 Excurso: responsabilidade pelo produto como tutela da saúde pública?

No contexto da responsabilidade criminal pelo produto é frequente a referência das acções de produção e comercialização de bens perigosos a interesses jurídicos de natureza difusa, como é o caso da saúde pública. Vimos ser este, por exemplo, o enquadramento jurídico realizado pela lei espanhola e pela lei italiana. Discute-se a este propósito a autonomia e dignidade penal deste interesse, socialmente reconhecido como valioso. Contudo, as dificuldades em admitir a saúde pública como bem jurídico-penal não são despiciendas. À discussão, de carácter mais amplo, inerente à legitimidade de bens jurídico-penais de natureza difusa ou colectiva<sup>511</sup>, soma-se a obscuridade e indeterminação da definição deste específico interesse. A estas duas questões adiciona-se ainda uma outra que diz respeito especificamente ao problema objecto da nossa investigação: ainda que se reconheça à saúde pública, em alguma das suas dimensões, a qualidade de bem jurídico-penal, será esse o bem jurídico directamente lesado nos casos de produção e comercialização de bens perigosos ou defeituosos? A saúde pública, enquanto bem jurídico-penal, cumpre de forma adequada, nesse contexto, as funções exigidas àquela categoria jurídico-penal?

a) No que se refere ao primeiro daqueles problemas, tivemos oportunidade de defender<sup>512</sup> que concordamos com aqueles autores que, ao lado dos bens jurídicos individuais ou dotados de referente individual *e ao mesmo nível de exigência tutelar autónoma*, reconhecem a existência de autênticos bens jurídicos sociais, transindividuais, transpessoais, colectivos, cujo reconhecimento é imposto pela própria

---

<sup>511</sup> Para uma exposição sucinta das principais posições doutrinárias e respectivas referências bibliográficas veja-se SOUSA, Susana Aires de, *Os Crimes Fiscais...*, *op. cit.*, p. 201 e demais referências bibliográficas aí indicadas.

<sup>512</sup> Cf. SOUSA, Susana Aires de, *Os Crimes Fiscais...*, *op. cit.*, p. 291 e s.

mutação da realidade social. Exige-se, assim, uma reflexão aprofundada por parte da doutrina em torno da categoria “bens jurídicos colectivos”<sup>513</sup>. Não sendo este o espaço adequado ao desenvolvimento desta questão, apenas se acrescentam algumas notas que caracterizam esta categoria.

Desde logo, o critério proposto para determinar os contornos de um bem jurídico colectivo ou supra-individual é importado da economia e traduz-se no princípio da não exclusão, segundo o qual são bens colectivos aqueles cuja utilidade aproveita a todos sem que ninguém possa dela ser excluído (inexcluíbilidade). A esta nota de inexcluíbilidade há-de juntar-se, na sua concretização material, o reconhecimento desse bem como valioso à comunidade. Esse seu carácter valioso pode advir-lhe imediatamente da sua própria essência necessária à sobrevivência humana – é o caso do ambiente – ou, como preferem outros autores, tratar-se de um valor deduzido a partir de bens jurídicos fundamentais a que servem de suporte – seria o caso, *v. g.*, da tutela penal da soberania do Estado<sup>514</sup>. Nas palavras de Figueiredo Dias, se o bem jurídico colectivo se realiza numa *relação difusa* com os usuários, tal não significa um carácter difuso do bem jurídico universal como tal<sup>515</sup>. O bem jurídico colectivo há-de ser dotado de uma tal concretização que lhe permita cumprir as funções reconhecidas àquela categoria, designadamente a de padrão crítico da incriminação.

Por fim, deve ainda acrescentar-se que o reconhecimento de um bem jurídico colectivo, dotado de conteúdo próprio e autónomo, não justifica por si só uma tutela penal. Esta só estará legitimada se cumprida na observância dos princípios basilares do direito penal tais como o da *ultima ratio* e da mínima intervenção penal, que assumem particular relevância no contexto que ora nos preocupa.

b) Mas, será a saúde pública um bem jurídico-penal no sentido acabado de descrever? A doutrina penal tem colocado em evidência as dificuldades em

---

<sup>513</sup> Neste contexto e meramente a título exemplificativo refira-se o importante contributo da monografia de HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, *op. cit.*, para o estudo dos bens jurídicos colectivos.

<sup>514</sup> Cf. COSTA, António Manuel de Almeida, «Sobre o crime de Corrupção...», *op. cit.*, p. 81 e ss.; «Artigo 217.º», *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 748 e ss.; «A propósito do novo Código do Trabalho...», *op. cit.*, p. 1059.

<sup>515</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal (2007)*, *op. cit.*, p. 150.

determinar os contornos da noção de saúde pública, em particular, devido ao “uso múltiplo”<sup>516</sup> do termo, quer pelo legislador, quer pela doutrina. Deparamo-nos assim com uma diversidade de definições que, em traços muito largos e simples, podem reconduzir-se a duas tendências principais: por um lado, aqueles autores que referem aquele conceito à saúde individual; por outro lado, os autores que lhe conferem uma total autonomia enquanto bem jurídico-penal<sup>517</sup>.

Da perspectiva enunciada em primeiro lugar, tendem a esbater-se as diferenças entre saúde individual e saúde colectiva ou pública. A distinção não estaria tanto ao nível do substrato material ou do objecto de protecção, mas antes no sujeito-titular do bem. Ou seja, em ambas se trata de proteger a saúde individual; porém, a saúde pública refere-se a um número elevado e indeterminável de pessoas que constituem a colectividade. Neste sentido, a saúde pública tem vindo a ser definida como a soma das saúdes individuais, numa relação de pluralidade-singularidade<sup>518</sup>.

A segunda daquelas posições procura conceber o objecto tutelado como algo distinto e autónomo da saúde individual. Neste sentido, saúde pública é definida como o “conjunto de condições que, de acordo com o desenvolvimento tecnológico e científico de cada época, garantem um nível de bem-estar, físico e psíquico, à generalidade das pessoas”<sup>519</sup>. Este conjunto de condições realiza-se através da regulamentação de sectores fundamentais da colectividade como o dos bens alimentares ou o dos medicamentos, mas também de bens de consumo em geral como vestuário, brinquedos, cosméticos, etc. Aquele conceito, enquanto preservação das condições necessárias à saúde da colectividade, engloba as regras de higiene e segurança que estão na base de um entendimento mais restrito de saúde pública como conjunto de regras sanitárias ou de higiene social<sup>520</sup>.

---

<sup>516</sup> A expressão é de DIAS, Augusto Silva, «Entre “comes e bebes”...», *op. cit.*, p. 486.

<sup>517</sup> Cf. PUENTE ABA, Luz María, *Delitos Económicos contra los Consumidores*, *op. cit.*, p. 87.

<sup>518</sup> Cf. PUENTE ABA, Luz María, *Delitos Económicos contra los Consumidores*, *op. cit.*, p. 87. Também DIAS, Augusto Silva, «Entre “comes e bebes”...», *op. cit.*, p. 486.

<sup>519</sup> Cf. HASSEMER, Winfried / MUÑOZ CONDE, Francisco, *La Responsabilidad por el Producto...*, *op. cit.*, p. 65. Também PUENTE ABA, Luz María, *Delitos Económicos contra los Consumidores*, *op. cit.*, p. 87.

<sup>520</sup> Este último sentido é sublinhado e autonomizado por DIAS, Augusto Silva, «Entre “comes e bebes”...», *op. cit.*, p. 486. O autor concretiza o “uso múltiplo” do conceito pelo legislador em três significações fundamentais: saúde pública entendida como soma das saúdes individuais; como

Uma das razões em que se funda a dificuldade em definir saúde pública prende-se, em certa medida, com a extensão e complexidade que este conceito foi adquirindo no final do século XX. Com efeito, a noção de saúde pública tem vindo a ganhar uma acentuada dimensão sistémica, derivada da organização de um sistema público de protecção das condições de saúde da comunidade. Vinca-se cada vez mais, nos elementos constitutivos daquele conceito, uma actuação organizada tendo por fim avaliar e melhorar as condições de saúde física e psíquica da comunidade. Neste sentido, a saúde pública surge dotada de uma componente organizatória e de uma compreensão global associada a uma racionalidade própria, cumprida através de uma política estadual ou europeia, que lhe confere autonomia em face da soma das saúdes individuais de cada membro da colectividade. Por outras palavras, o resultado destas parcelas individuais não inclui todo o significado e conteúdo do conceito de saúde pública, desde logo porque lhe escapa a ideia de um todo organizado segundo um conjunto de princípios orientados à prossecução de determinados fins de natureza preventiva e, cada vez mais, de carácter prospectivo<sup>521</sup>, num duplo sentido: antecipando o que se prevê acontecer num futuro mais ou menos próximo e promovendo estratégias de saúde.

É justamente esta nota sistémica que permite compreender também que a noção de saúde pública se vá alterando, reflectindo as preocupações sociais do seu tempo. Trata-se, neste nosso tempo, da “saúde pública da informação e do conhecimento, da efectividade, da comunicação, da capacidade de negociar e federar interesses, da promoção de uma visão partilhada do tipo de futuro que interessa à maior parte”<sup>522</sup>. Neste sentido, os fins de uma política de saúde pública coincidem não só com o controlo e diminuição do risco de doença, como também com a promoção do nível de saúde das populações. Deste modo, o conceito de saúde pública assume hoje um carácter complexo que excede largamente uma definição simplista centrada sobre a estratégia de prevenir a propagação de doenças através de um sistema de vacinação. O conceito extravasa igualmente, num outro sentido, a

---

complexo de condições de vida da comunidade que asseguram e protegem a saúde da pluralidade dos seus membros; e, por fim, como conjunto de regras sanitárias ou de higiene social.

<sup>521</sup> Sobre a noção de saúde pública prospectiva, SAKELLARIDES, Constantino, «Saúde pública prospectiva», *RPSP 21 (2003)*, p. 3 e ss.

<sup>522</sup> Cf. SAKELLARIDES, Constantino, «Saúde pública prospectiva», *op. cit.*, p. 3.

prosecução de uma política sanitária tal como, num exemplo remoto, se propunha no programa da disciplina de *Higiene individual e social* (tida como sinónimo de saúde pública) incluída no plano de estudos do curso de Medicina depois da Reforma da Universidade de Coimbra de 1772<sup>523</sup>. A grande diferença em relação à “pré-história e à proto-história da nossa Saúde Pública” está não só no vasto saber científico como “na vasta rede de produção, validação, comunicação e disseminação do conhecimento (que tem por detrás a *cité savante*) a par da legitimidade democrática do poder político, nas nossas sociedades abertas, da racionalidade técnico-burocrática do aparelho sanitário e da importância de organizações internacionais, como a OMS, que criámos, sob a égide das Nações Unidas, no pós-guerra”<sup>524</sup>.

O sistema de saúde pública rompe assim com as fronteiras do próprio Estado – o que é particularmente evidente no âmbito da União Europeia – e assume contornos de política pública que se situam, actualmente, “para lá da prevenção”, tomando como sede o princípio da precaução<sup>525</sup>.

Deste modo, no século XXI aquele conceito constrói-se em torno de um conjunto de princípios que se concretiza num enquadramento legalmente definido e na criação de mecanismos governativos específicos<sup>526</sup>. Como exemplo pode apontar-se, no quadro legal português, a Lei n.º 81/2009, de 21 de Agosto, que institui um sistema de vigilância em saúde pública. Quer o carácter complexo, englobando diversos actores e saberes (médico, político, social, económico, etc.) num mesmo sistema, quer a natureza antecipatória e de cautela do actual conceito de saúde pública dificultam, em nosso modo de ver, que a saúde pública, enquanto actuação organizada, possa ser concebida nessa sua globalidade como um bem jurídico-penal, carente de protecção imediata e directa. Trata-se de um interesse juridicamente valioso dotado de uma dimensão e complexidade que tendem a extravasar os limites materiais necessários à categoria de bem jurídico-penal para que

---

<sup>523</sup> GRAÇA, Luís, «A Saúde Pública e as respostas sociais (e inteligentes) à crise», *RPSP* 27 (2009), p. 6.

<sup>524</sup> GRAÇA, Luís, «A Saúde Pública...», *op. cit.*, p. 6.

<sup>525</sup> FARIA, António Lobato, «A saúde pública para lá da prevenção: o princípio da precaução», *RPSP* 19 (2001), p. 3 e s.

<sup>526</sup> Cf. KICKBUSCH, Ilona, «In search of the public health paradigm for the 21<sup>st</sup> century: the political dimensions of public health», *RPSP*, Número especial 25 anos (2009), p. 17.

possa prosseguir com a destreza necessária a função crítica de delimitação da incriminação.

Esta breve caracterização da saúde pública constitui um valioso auxílio na resposta à questão anteriormente formulada. Dela se conclui que conceito de saúde pública se identifica, em primeira linha, com um sistema de saúde dotado de uma natureza pública, administrativa e de ordenação da população, prosseguindo a qualidade do bem-estar comunitário. Logo, a infracção às normas e deveres pressupostos por um tal sistema, afirmada a sua necessidade, deve revestir, em primeira linha, a natureza de ilícito de mera ordenação social, ao qual cumpre assegurar uma sociedade organizada por via dos cumprimentos de deveres jurídico-administrativos que impendem sobre o cidadão “administrado”.

A intervenção do direito penal apenas se justificará na medida em que a conduta em causa perca o seu carácter axiologicamente neutro, próprio da infracção administrativa cuja censura decorre da mera proibição da conduta por razões de organização social, e ganhe uma materialidade eticamente censurável. Ora, em nosso modo de ver, tal só acontecerá perante condutas potencialmente perigosas para a saúde e para a segurança da colectividade. Neste sentido a protecção da saúde pública constitui tutela, ainda que antecipada, da segurança, vida e saúde individual daqueles que integram a comunidade.

Deste modo, a saúde pública ganha qualidade de bem jurídico-penal enquanto meio de antecipação da tutela daqueles bens jurídicos (fins) individuais. Porém, uma vez adquirida a sua legitimação material, a saúde pública ganha autonomia, ou seja, torna-se um bem jurídico colectivo, autónomo e diferenciado daqueles interesses individuais. O perigo para estes últimos torna-se, ele próprio, objecto de protecção da incriminação. Nas palavras de Almeida Costa, o perigo converte-se, agora, no elemento fundamentador e constitutivo do próprio bem jurídico<sup>527</sup>. Esta compreensão da saúde pública como bem jurídico *meio* permite responder à crítica que se adivinha à sua admissão como objecto de tutela penal, assente na sua natureza demasiado extensa, vaga, e, simultaneamente, “formalizante”, idónea a esvaziar o objecto de protecção de um referente material.

---

<sup>527</sup> Cf. «Artigo 217.º», *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II, 1999, p. 750.



Rejeita-se que esta crítica proceda, na medida em que aquela protecção é reconhecida não à saúde pública no seu todo, mas a uma sua dimensão muito concreta: enquanto protecção antecipada de bens jurídicos individuais fundamentais.

Surge assim uma segunda interrogação: em que se diferencia, nesta dimensão, o bem jurídico colectivo saúde pública, do conjunto de bens jurídicos individuais, integridade física e vida? Da nossa perspectiva, existe, desde logo, uma nota distintiva entre os bens jurídicos individuais e aquele bem colectivo: ao dano individual acrescenta-se um dano comunitário, sentido pela própria colectividade, que se vê ameaçada, evidenciando-se a dimensão social do bem jurídico-protegido<sup>528</sup>. Não é apenas um conjunto de saúdes individuais que é afectado, mas antes um pedaço da comunidade, por via da ameaça aos seus membros, que é colocado em perigo. Nesta circunstância reside o *plus* adicional que distingue este bem colectivo da soma dos interesses de titularidade individual. À saúde, na sua dimensão individual, junta-se a saúde na sua dimensão colectiva, entendida como algo mais do que a mera soma das saúdes individuais<sup>529</sup>, a saber, enquanto “conjunto das condições positivas e negativas que garantem a saúde dos membros da comunidade”<sup>530</sup>.

Assim, eleger como bem jurídico a tutelar a saúde pública ou a saúde individual pode levar a resultados distintos ao nível da incriminação. E será assim ainda que a tutela dos bens individuais se faça com recurso a delitos de perigo. As duas perspectivas agora enunciadas, podem, no entanto, aproximar-se, sobretudo quando se opte por criminalizar a adequação da conduta à lesão daqueles bens individuais, por via do recurso a crimes de aptidão. Ou seja, quando se incrimine uma conduta concretamente perigosa para a saúde de um número indeterminado de

---

<sup>528</sup> Sublinhando esta dimensão social do bem jurídico colectivo DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio, *El Derecho Penal ante los Fraudes Alimentarios...*, *op. cit.*, p. 28.

<sup>529</sup> Embora referindo-se ao contexto específico dos crimes de perigo comum, na versão originária do Código penal português, julgamos que podem ser transpostas para este contexto as palavras de DIAS, Augusto Silva, «Entre “comes e bebes”...», *op. cit.*, p. 487, sem as desvirtuar: “se entendêssemos a saúde pública no âmbito dos crimes de perigo comum como soma das saúdes individuais, estaríamos a aproximar excessivamente o bem jurídico colectivo dos bens jurídicos individuais, relacionando-os como plural e singular, o que se por um lado retiraria ao bem colectivo o carácter de antecâmara de protecção, por outro lado, desvirtuaria os bens individuais, que, por serem objecto de um perigo comum, não podem «per definitionem» ser individualizados”.

<sup>530</sup> DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio, *El Derecho Penal ante los Fraudes Alimentarios...*, *op. cit.*, p. 28.

peessoas. Todavia, trata-se de uma aproximação meramente tendencial, uma vez que ainda assim persistem diferenças entre a incriminação de condutas concretamente perigosas para bens jurídicos individuais e a incriminação de condutas que ponham em causa a saúde pública entendida como bem jurídico colectivo. Na verdade, da conduta concretamente perigosa não tem de decorrer necessariamente a lesão da saúde colectiva (uma garrafa de *whisky* envenenado que se destina a ser servido num bar é adequado a lesar a saúde daqueles que a consomem, mas não põe em causa a saúde da colectividade). Por sua vez, a lesão da saúde pública não implica necessariamente a sua adequação a lesar a saúde individual (*v. g.* o caso do lote das pílulas de farinha, comercializado no mercado sem a substância activa<sup>531</sup>). Como refere Silva Dias, “não há, pois, uma coincidência material-significativa entre a adequação para lesar as condições que formam a barreira de protecção da saúde dos cidadão e a adequação para criar perigo para os bens individuais de um universo mais ou menos amplo de pessoas, o que tem como consequência que a acção lesiva sob um ponto de vista não se apresenta necessariamente perigosa sob outro”<sup>532</sup>.

A opção legislativa pela tutela penal da saúde pública, entendida no sentido exposto, apresenta um alcance maior do que uma referência da norma incriminadora aos bens jurídicos individuais incapazes de abranger o específico dano social que aquele conceito impõe. Todavia, uma tal concepção restrita da relevância criminal da saúde pública apresenta-se como um forte contributo para conciliar a necessidade, sentida pela colectividade, de proteger as condições necessárias ao seu bem-estar físico e psíquico, de um lado, e a observância de princípios basilares do direito penal como o da *ultima ratio* e o princípio da proporcionalidade entre a gravidade do facto e a sanção que lhe corresponde, de outro. Compete ao legislador, na eleição e construção das normas incriminatórias, pautar-se pela observância daqueles princípios, superando, por esta via, as críticas que têm vindo a ser dirigidas aos delitos contra a saúde pública previstos em alguns ordenamentos jurídicos, de que constitui exemplo o código penal espanhol. Com efeito, no âmbito deste diploma tem-se, desde logo, correctamente sublinhado que um entendimento demasiado

---

<sup>531</sup> Veja-se, sobre este caso, a nota 1646.

<sup>532</sup> Cf. DIAS, Augusto Silva, «Entre “comes e bebes”...», *op. cit.*, p. 488.

amplo do bem jurídico saúde pública diluiu ao nível daquelas normas a distinção entre crime e infracção administrativa, em clara violação daqueles princípios basilares, elevando à categoria de delito a mera infracção de deveres<sup>533</sup>.

c) É tempo de um derradeiro passo deste percurso analítico: a saúde pública é o bem jurídico-penal que directa e imediatamente legitima uma responsabilização criminal pelo produto?

O fabrico e comercialização de produtos perigosos ou defeituosos lesam interesses socialmente reconhecidos como valiosos. Entre eles está a saúde pública, pressuposto o alcance lesivo que aquelas condutas podem ter numa sociedade de consumo. Porém, são igualmente afectados outros interesses como a saúde individual do consumidor, os seus interesses patrimoniais, a confiança nas relações de comércio, a segurança no consumo, etc. O reconhecimento social de todos estes interesses como valiosos não justifica que todos eles se tomem como bens jurídico-penais, com as funções que são reconhecidas a esta categoria jurídico-penal, designadamente a de padrão crítico e de conformação das normas constituídas ou a constituir. Pode a saúde pública desempenhar estas funções? Julgamos que não, sustentando tal entendimento em diversos argumentos que pressupõem, por um lado, o retrato fenomenológico e casuístico da responsabilidade pelo produto e, por outro, o conceito de saúde pública anteriormente desenvolvido.

Em primeiro lugar, o conceito de saúde pública, entendido na sua dimensão comunitária tal como anteriormente se expôs, mostra-se demasiado estreito para abranger todas as situações carentes de tutela penal. Com efeito, no contexto da produção e comercialização de bens perigosos ou defeituosos há situações de carência e necessidade de pena que não põem em causa aquele interesse, como será o caso de um erro de fabrico que afecte somente alguns produtos ou mesmo todos os produtos de um único lote. A sua comercialização põe em perigo a saúde individual de alguns consumidores mas não se mostra apta a afectar a saúde pública, visto tratar-se de um interesse demasiado longínquo do alcance desta acção. Por

---

<sup>533</sup> HASSEMER, Winfried / MUÑOZ CONDE, Francisco, *La Responsabilidad por el Producto...*, *op. cit.*, p. 66.

consequente, referir a conduta de produção e comercialização de bens perigosos ao bem jurídico-penal saúde pública vincula a incriminação a uma difusão do perigo, deixando de fora da protecção penal as situações que pela sua menor dimensão constituem um perigo apenas para um círculo limitado de pessoas<sup>534</sup>.

Em segundo lugar, não temos dúvidas que, no contexto actual de relações massificadas de consumo, o perigo decorrente de um defeito (por exemplo, no caso de um defeito de concepção) ou da adulteração de um produto (*v. g.*, alimentar) pode ser ampliado de forma exponencial, criando-se uma situação generalizada de perigo, também designada no nosso Código Penal por perigo comum. Porém, o interesse colectivo que é colocado directamente em causa não é a saúde pública, mas antes a segurança no consumo em nome da protecção da saúde de cada consumidor. Com efeito, os consumidores devem poder confiar que os bens por si adquiridos, no seu uso normal e adequado aos fins que esse bem serve, não constituem qualquer perigo para a sua saúde.

Deste modo, entre os interesses prejudicados por aquelas condutas deve distinguir-se entre aqueles que são directamente lesados e os que só de forma mediata ou indirecta são afectados. Entre os primeiros está a saúde individual (e a vida) do consumidor, mas também a fundada confiança na qualidade dos bens de consumo. Ou seja, os interesses directamente lesados pelos produtos perigosos e defeituosos são, respectivamente, a saúde individual e a confiança na qualidade dos bens de consumo. Neste sentido, a saúde pública não deve ser tomada como padrão crítico de uma eventual incriminação ou incriminações da conduta de produção e comercialização de bens perigosos ou defeituosos. Antes, a protecção penal daqueles interesses – a saúde individual e a qualidade de determinados bens como os alimentos e medicamentos – serve de forma mediata mas suficiente a tutela da saúde pública. Isto é, não se mostram, neste contexto, lacunas de protecção que imponham uma tutela autónoma do bem jurídico “*saúde pública*”.

Por último, uma compreensão deste tipo sobre os bens jurídicos a proteger no âmbito da responsabilidade criminal pelo produto cumpre as exigências do

---

<sup>534</sup> Uma crítica semelhante se dirige aos artigos 440, 441, 442 e 444 do Código penal italiano, dependentes na sua configuração típica de um resultado perigo para a saúde pública, cf. BERNARDI, Alessandro, «La responsabilidad por el producto...», *op. cit.*, p. 67.

princípio da mínima intervenção penal e evita sobreposições desnecessárias já experienciadas e denunciadas em outros ordenamentos jurídicos. Por outro lado, preserva-se a clareza da incriminação e contribui-se por via da concretização do bem jurídico para uma nítida distinção entre a incriminação e o ilícito de mera ordenação social, constituindo este último o meio primário de tutela da saúde pública.

Voltaremos a esta questão na última parte deste trabalho, a propósito do estudo crítico das soluções legais no ordenamento jurídico português em matéria de danos causados pela produção e comercialização de bens defeituosos e perigosos para a saúde dos consumidores<sup>535</sup>. Desde já se antecipa que uma proposta de responsabilização jurídico-penal destas condutas há-de pressupor como padrão crítico e orientador da incriminação aqueles bens jurídicos.

## **2. A autoria e a pluralidade de agentes na estrutura empresarial**

Entre os problemas de dogmática penal evidenciados pelos casos de responsabilidade pelo produto contam-se também as questões associadas à estrutura organizacional que integra, por regra, as actuações criminosas.

Com efeito, no último século, a moderna produção de bens no âmbito empresarial suscitou a emergência de empresas com uma dimensão considerável, dotadas de uma estrutura organizacional complexa e hierárquica. Deste modo, a matéria da responsabilidade criminal pelo produto cruza-se com as dificuldades dogmáticas para estabelecer a autoria e a participação nos crimes cometidos através de uma organização<sup>536</sup>. Assim, torna-se cada vez mais problemática a determinação da autoria dos eventos criminosos e, em particular, a responsabilidade dos órgãos de direcção da empresa, tendo sido justamente esta dificuldade uma das razões justificativas para que se defendesse, em alguns dos ordenamentos jurídicos

---

<sup>535</sup> *Infra* § 14, 2 e § 16, 2.

<sup>536</sup> Sobre esta problemática veja-se, entre nós, RODRIGUES, Anabela Miranda, «Artigo 279.º», *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 954 e ss.; DIAS, Augusto Silva, *Ramos Emergentes do Direito Penal...*, *op. cit.*, p. 211 e ss.; SOUSA, Susana Aires de, «A responsabilidade criminal do dirigente...», *op. cit.*, p. 1005 e ss.

referenciais nesta matéria, a conveniência em contemplar-se no plano legislativo a responsabilidade criminal da própria empresa<sup>537</sup>.

A este propósito, cabe referir uma certa tendência da literatura europeia e internacional no sentido de uma responsabilização em primeira linha daqueles que desempenham funções de liderança numa estrutura organizada<sup>538</sup>, numa análise já designada de “*top-down*” em contraposição a uma abordagem “*bottom-up*”<sup>539</sup>. Trata-se, na visão de alguns autores, de uma autêntica “mudança de paradigma”<sup>540</sup> no âmbito da autoria e participação, associada a uma inversão do ponto de partida na qualificação do contributo de cada um dos participantes: a referência primária deixa de ser o executante do facto, passando a ser aquele que, dentro da estrutura organizada, exerce funções de direcção e decisão<sup>541</sup>. A título de exemplo são frequentemente apontadas duas normas: o artigo 12.º do *Corpus Iuris 2000*, na versão de Florença, que tipifica a punição do director da empresa ou da pessoa que exerça poderes de decisão no âmbito empresarial pelos factos criminosos cometidos por pessoas sob a sua autoridade<sup>542</sup>; e o artigo 28.º do Estatuto do Tribunal Penal

---

<sup>537</sup> Neste sentido, VOGEL, Joachim, «La responsabilidad penal por el producto...», *op. cit.*, p. 104. O autor considera que, nos casos em que a responsabilidade criminal se diluiu por estarem disseminados entre várias pessoas os conhecimentos e o poder de decisão, não seria “desacertado” sancionar a pessoa jurídica como sujeito da irresponsabilidade organizada. Em nota de pé de página (n.º 74), o autor acrescenta, incluindo referências doutrinárias e jurisprudenciais, que “a tese de que as pessoas jurídicas não podem ser sancionadas por carecerem de capacidade de acção e de culpa não corresponde à situação actual”. Referindo-se também às dúvidas que a responsabilidade criminal pelo produto lança à vigência do princípio *societas delinquere non potest*, TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octávio, «La responsabilidad penal por el producto...», *op. cit.*, p. 481.

<sup>538</sup> Cf., com ulteriores referências, SCHÜNEMANN, Bernd, «Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación», *ADPCP*, Vol. LV (2002), p. 11 e ss.

<sup>539</sup> Cf. SCHMIDT-SALZER, «Massenproduktion, lean production und Arbeitsteilung - organisationssoziologisch und -rechtlich betrachtet», *BB 1992*, p. 1869; VOGEL, Joachim, «La responsabilidad penal por el producto...», *op. cit.*, p. 99, e ainda deste autor, «How to determine individual criminal responsibility in systemic contexts: twelve models», *in: Cahiers de Defense Social*, 2002, p. 151 e ss.

<sup>540</sup> Cf. TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio, «Algunas cuestiones sobre autoría, participación, tentativa, peligro e imprudencia, a propósito de “la responsabilidad penal por el producto”», *in: Estudios Penales en Recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 831.

<sup>541</sup> Cf. VOGEL, Joachim, «La responsabilidad penal por el producto...», *op. cit.*, p. 99.

<sup>542</sup> Este projecto encontra-se disponível em <http://www2.law.uu.nl/wiarda/corpus/art-frans.pdf>. Transcreve-se, de seguida, o referido artigo na versão francesa: «1. Au cas où l'une des infractions définies ci-dessus (articles 1 à 8) a été commise pour le compte de l'entreprise par une personne soumise à leur autorité, sont également responsables pénalement les chefs d'entreprise et toute autre personne ayant le pouvoir de décision ou de contrôle au sein d'une entreprise qui, en connaissance de cause, ont laissé commettre l'infraction. 2. Il en va de même pour tout officier

Internacional, referente à responsabilidade criminal dos chefes militares e outros superiores hierárquicos por factos criminosos realizados sob o seu comando ou autoridade<sup>543</sup>.

Não obstante, estas soluções têm merecido a crítica de alguns autores, entre os quais se destaca Schünemann. Este autor entende que a complexidade da estrutura empresarial, baseada no princípio da divisão do trabalho, conduz a uma descentralização das decisões (e das acções) e, conseqüentemente, transforma o poder inicial de domínio dos órgãos directivos num poder intermediário, traduzido numa mera função de coordenação. “Por isso, tendo em vista as estruturas sociológicas e psicológicas do sistema não é adequado imputar sem mais às pessoas físicas que estão na cúpula do sistema as obras deste como uma acção própria”<sup>544</sup>. Todavia, este mesmo autor reconhece, acompanhando a maioria da doutrina, que

---

public qui, en connaissance de cause, laisse commettre une infraction définie aux articles 1 à 8 par une personne travaillant sous sa responsabilité. 3. Si l'une des infractions aux articles 1 à 8 est commise par une personne soumise à leur autorité, sont également responsables pénalement les chefs d'entreprise et toute autre personne ayant le pouvoir de décision ou de contrôle au sein d'une entreprise s'ils n'ont pas exercé le contrôle nécessaire et si ce manque de contrôle a facilité l'accomplissement de l'infraction».

<sup>543</sup> O Estatuto do Tribunal Penal Internacional, ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º 2/2002, de 18 de Janeiro, e publicado no Diário da República de 18 de Janeiro de 2002, refere-se, no artigo 28.º, à responsabilidade dos chefes militares e outros superiores hierárquicos e dispõe o seguinte: «Para além de outras fontes de responsabilidade criminal previstas no presente Estatuto, por crimes da competência do Tribunal: a) O chefe militar, ou a pessoa que actue efectivamente como chefe militar, será criminalmente responsável por crimes da competência do Tribunal que tenham sido cometidos por forças sob o seu comando e controlo efectivos ou sob a sua autoridade e controlo efectivos, conforme o caso, pelo facto de não exercer um controlo apropriado sobre essas forças, quando: i) Esse chefe militar ou essa pessoa tinha conhecimento ou, em virtude das circunstâncias do momento, deveria ter tido conhecimento de que essas forças estavam a cometer ou se preparavam para cometer esses crimes; e ii) Esse chefe militar ou essa pessoa não tenha adoptado todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal; b) Nas relações entre superiores hierárquicos e subordinados, não referidos na alínea a), o superior hierárquico será criminalmente responsável pelos crimes da competência do Tribunal que tiverem sido cometidos por subordinados sob a sua autoridade e controlo efectivos, pelo facto de não ter exercido um controlo apropriado sobre esses subordinados, quando: i) O superior hierárquico teve conhecimento ou não teve em consideração a informação que indicava claramente que os subordinados estavam a cometer ou se preparavam para cometer esses crimes; ii) Esses crimes estavam relacionados com actividades sob a sua responsabilidade e controlo efectivos; e iii) O superior hierárquico não adoptou todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal». A extensão desta norma tem suscitado algumas críticas por parte de alguns autores como SCHÜNEMANN, Bernd, «Responsabilidad penal...» *op. cit.*, p. 12, nota 14.

<sup>544</sup> Cf. «Responsabilidad penal...», *op. cit.*, p. 16.

em algumas situações a não punição do dirigente empresarial como autor representa um *deficit* de punição ao atender-se à importância decisiva que manteve sobre a execução do facto<sup>545</sup>. Tal é particularmente evidente nos casos em que o dirigente possui um controlo tão intenso sobre o facto que o transforma em verdadeiro senhor do acontecimento criminoso.

Situações deste tipo determinaram a doutrina e a jurisprudência penais a indagar da possibilidade de adequação das categorias clássicas em matéria de autoria e participação a esta nova realidade problemática. Uma das primeiras respostas veio da jurisprudência alemã ao admitir, no “caso Krenz” referente à responsabilidade criminal de dirigentes do governo da República Democrática Alemã, a autoria mediata, através do domínio da organização, pelos homicídios daqueles que procuravam abandonar o país em direcção à Alemanha ocidental. Nessa mesma decisão, o tribunal aproveita para salientar que a figura da autoria mediata, através do domínio da organização, serve igualmente para resolver o “problema da responsabilidade no âmbito da empresa económica”<sup>546</sup>.

A fundamentação da autoria criminosa no domínio da organização tem por referência doutrinária a figura dos *aparelhos organizados de poder*<sup>547</sup> trabalhada pelo autor alemão Claus Roxin. Estes aparelhos ou organizações têm características bem definidas: trata-se de entidades estruturadas hierarquicamente e dotadas de forte disciplina interna, em que as ordens dadas se assumem de um modo quase “automático” para os que a elas pertencem, adquirindo estes a natureza de meros

---

<sup>545</sup> Cf. «Responsabilidad penal...», *op. cit.*, p. 19.

<sup>546</sup> Cf. *BGHSt 40 (1995)*, p. 237. Trata-se de uma decisão do BGH de 26 de Julho de 1994. O mesmo tribunal reiteraria a figura do domínio da organização pouco tempo depois, referindo-se, na decisão do BGH *NJW (1996)*, p. 2042, à ordem de um comandante de um regimento de tropas fronteiriças para disparar e matar. Uma breve pesquisa entre as decisões daquele tribunal serve para confirmar que a figura do “domínio da organização” tem vindo a ser usada em outras decisões, *v. g.*, 5 StR 145/03, de 26-08-2003; 2 StR 384/07, de 2-11-2007; e 5 StR 634/07, de 7-5-2008, todas disponíveis em <http://www.bundesgerichtshof.de/>.

<sup>547</sup> Sobre a figura, as críticas que lhe têm sido apostas e a correspondente resposta veja-se ROXIN, Claus, *Strafrecht II*, München: Verlag C. H. Beck, 2003, p. 49. Do mesmo autor, «Autoria mediata através de domínio da Organização», *Lusíada*, n.º 3 (2005), p. 41 e ss., e, mais recentemente, «El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata», *Revista Penal 18 (2006)*, p. 243-244, bem como «Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit», *in: Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, Heidelberg: CF Müller Verlag, 2006, p. 387 e ss. Também OTTO, Harro, «Täterschaft kraft organisatorischen Machtapparates», *Jura, Heft 11 (2001)*, p. 754 e ss.



“instrumentos” que reagem de forma mecânica às ordens ou instruções dos seus chefes, demonstrando elevada disponibilidade para a realização do facto<sup>548</sup>. “Dada a grande disponibilidade e meios de tais organizações – que assim se apresentam como ‘unidades funcionais’ com vida própria, independente dos concretos indivíduos que a compõem –, o executor do crime surge como elemento *fungível* que, mesmo quando actue com culpa dolosa, em nada afecta o verdadeiro domínio do facto do homem-de-trás”<sup>549</sup>. Por outro lado, seriam organizações que actuariam globalmente fora do marco da ordem jurídica. São estas características – a hierarquização rígida da estrutura organizativa, a actuação da organização *fora do quadro da ordem jurídica*, a *fungibilidade e disponibilidade* do executor para a prática criminosa – que permitem atribuir ao homem de trás o domínio da organização e, consequentemente, determinar um fundamento para a sua autoria mediata<sup>550</sup>.

Ora, a necessidade político-criminal de prevenção criminosa no domínio empresarial conduziu à discussão sobre a possibilidade de importar aquela figura como fundamento da autoria mediata do dirigente, prescindindo-se de uma das suas principais características: a actuação fora do quadro da ordem jurídica. Porém, a integração da empresa entre os *organisatorische Machtapparate* é alvo de fortes reservas por parte da doutrina – desde logo rejeitada pelo próprio autor da figura<sup>551</sup> –

---

<sup>548</sup> Sobre esta última característica, acrescentada posteriormente por Roxin em virtude da discussão doutrinária suscitada pela figura dos *aparelhos organizados de poder*, veja-se, da sua autoria, «El dominio de organización...», *op. cit.*, p. 246-247.

<sup>549</sup> Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal (2007)*, *op. cit.*, p. 788.

<sup>550</sup> A figura do “aparelho organizado de poder” proposta por Roxin há quase cinco décadas (1963) tem merecido especial atenção da doutrina, sendo diversas as críticas que lhe são referidas. Sobre essas críticas *vide*, na doutrina portuguesa, VALDÁGUA, Maria da Conceição, «Autoria mediata em virtude do domínio da organização ou autoria mediata em virtude da subordinação voluntária do executor à decisão do agente mediato», *in: Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 658 e ss.; também OLIVEIRA, Ana Paz Ferreira Perestrelo de, «A imputação da responsabilidade individual na criminalidade de empresa: a aplicabilidade da figura da autoria mediata por domínio da organização», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa* 46 (2005), p. 751 e ss.

<sup>551</sup> No contexto da criminalidade empresarial, Roxin exclui a possibilidade de se afirmar uma autoria mediata por via do domínio da organização. Todavia, sublinha que “não pode desconhecer-se a existência de uma necessidade político-criminal de punir como autores os dirigentes que proponham, promovam ou, inclusivamente, apenas permitam acções criminais no âmbito empresarial”. Considera ainda, neste cenário, a possibilidade de se afirmar a autoria daquele que comanda a estrutura hierárquica empresarial por outras formas mais apropriadas, designadamente fundamentando a autoria numa posição de garante para a salvaguarda da legalidade nos quadros da categoria, por si proposta, dos delitos de dever, cf. «El dominio de organización...», *op. cit.*, p. 248, «Autoria mediata através de domínio da organização», *op. cit.*, p. 50 e ss., e, ainda, *Strafrecht II*, *op. cit.*,

optando-se por referir a autoria daqueles que actuam no exercício de poderes de direcção a outras modalidades de participação, como por exemplo, a co-autoria e a indução.

Neste cenário, torna-se oportuno referir, de forma sintética, os principais argumentos apontados contra a aplicação desta figura no âmbito empresarial. Desde logo, entende-se que a empresa se constitui em torno da prossecução de uma actividade lícita e, como tal, actua no quadro da ordem jurídica, o que por sua vez anula a característica da fungibilidade, já que o direito espera que aquele que recebe uma ordem para cometer um crime se recuse a cumpri-la. Logo, o dirigente da empresa não pode ter como regra geral que os seus empregados estejam dispostos a cometer crimes. Ou seja, perde-se o automatismo no cumprimento das ordens enquanto característica típica dos *aparelhos organizados de poder*. Em segundo lugar, em diversas situações falta o elemento da fungibilidade do agente, designadamente na execução de crimes que exigem particulares conhecimentos por parte do executante. Por exemplo, nem todos os trabalhadores são capazes de executar um crime fiscal ou contra a fazenda pública, porque nem todos dominam os conhecimentos especiais necessários para executar um crime desta espécie. Ora, num mundo laboral onde cada vez mais se acentua uma forte necessidade de especialização dos trabalhadores, torna-se difícil a sua substituição automática, anulando-se a fungibilidade enquanto característica originária da figura do aparelho organizado de poder. Tem-se igualmente como discutível a questão de saber se a empresa reveste a estrutura hierárquica rígida que caracteriza *os aparelhos organizados de poder*, designadamente as modernas empresas assentes numa certa descentralização das

---

2003, § 25, p. 57 e s. Em Portugal, há vozes críticas à importação desta figura para o domínio da criminalidade de empresa, cf. SERRA, Teresa, «A autoria mediata através do domínio de um aparelho organizado de poder», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 5 (1995), p. 303; também ALBERGARIA, Pedro Soares de, «A posição de garante dos dirigentes da empresa», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 9 (1999), p. 617; VALDÁGUA, Maria da Conceição, «Figura central, aliciamento e autoria mediata», *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 923 e ss. Sobre a forma como o alargamento da figura à criminalidade empresarial tem sido recebida em geral pela doutrina penal, ESPINOSA CEBALLOS, Elena B. Marín de, *Criminalidad de Empresa*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 68 e ss., também FARALDO CABANA, Patricia, *Responsabilidad Penal del Dirigente en Estructuras Jerárquicas: la Autoría Mediata con Aparatos Organizados de Poder*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 305 e ss., GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, «Responsabilidad penal de los directivos de empresa en virtud de su dominio de la organización? Algunas consideraciones críticas», *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 68 (2007), p. 141-181.

decisões e numa organização por áreas, sectores e/ou departamentos. Por último, na maioria das situações há a possibilidade de afirmar a autoria mediata do homem-de-trás por outras vias, designadamente por o instrumento actuar em erro ou sem culpa ou, nos casos de delitos especiais ou específicos, por se tratar de um *instrumento doloso não qualificado*<sup>552</sup>.

Outra das soluções propostas pela doutrina, em face das dificuldades que a solução da autoria mediata por domínio de um aparelho organizado de poder enfrenta, seria a punição do dirigente a título de co-autoria<sup>553</sup>. A este entendimento doutrinário foram igualmente apontadas diversas objecções que, seguindo a proposta de Augusto Silva Dias<sup>554</sup>, podem dividir-se em quatro grupos: *i*) reservas quanto à possibilidade de concertação criminosa entre dirigentes e subalternos, pressuposta a diferenciação interna e a especialização funcional inerente à estrutura empresarial; *ii*) dificuldades em afirmar uma decisão e execução conjuntas, enquanto requisitos essenciais à co-autoria; *iii*) a estrutura vincadamente horizontal da co-autoria; *iv*) por último, as concepções que assentam a tese da co-autoria no aumento do risco para a prática do facto, prescindindo de uma decisão conjunta, tendem a aproximar a autoria da participação, resultando, ao mesmo tempo, numa espécie de co-autoria negligente<sup>555</sup>.

---

<sup>552</sup> Sobre estes argumentos e de modo desenvolvido, FARALDO CABANA, Patricia, *Responsabilidad Penal del Dirigente...*, *op. cit.*, p. 88 e ss. e p. 128 e ss. Veja-se ainda AMBOS, Kai, «Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones», *RDPC*, n.º 3 (1999), p. 135 e ss., e, do mesmo autor, «Dominio por organización. Estado de la discusión», *RP* 6 (2000), p. 70 e ss.; também MUÑOZ CONDE, Francisco, «Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones ‘no desvinculadas del Derecho?’» *RP*, n.º 6 (2000), p. 104 e ss.

<sup>553</sup> Cf. JESCHECK / WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlin: Duncker & Humblot, 1996, p. 670, JAKOBS, Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin: Walter de Gruyter, 1983, p. 536, também *Derecho Penal. Parte General* (trad. Joaquin Cuello Conteras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo), Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 782, ESPINOSA CEBALLOS, Elena, *Criminalidad de Empresa*, *op. cit.*, p. 94-96, p. 127 e ss. e p. 137. Referindo-se expressamente à problemática da criminalidade da empresa, alguns autores propugnam a solução da co-autoria mas fora dos quadros dos *aparellhos organizados de poder*. É o caso de Muñoz Conde, Tiedemann e Schünemann. Para uma exposição das teorias destes autores, DIAS, Augusto Silva, *Ramos Emergentes do Direito Penal...*, *op. cit.*, p. 216 e ss.

<sup>554</sup> Cf., de modo desenvolvido, *Ramos Emergentes do Direito Penal...*, *op. cit.*, p. 218 e ss.

<sup>555</sup> Augusto Silva Dias, apoiando-se na proposta metodológica de Schünemann acerca das figuras que integram o conceito de autoria, ensaia uma resposta aos problemas de comparticipação no âmbito da empresa baseada na tese da co-autoria. Contudo, da sua perspectiva, “co-autor não pode ser qualquer dirigente, mas só aquele que opera no mesmo segmento da organização em que a conduta é realizada e que, portanto, pode influenciar a execução e actualizar nela o seu contributo. Obtém-se desta forma uma espécie de «domínio-da-organização-para-a-execução-do-facto»”,

Pese embora a força destes argumentos contrários a responsabilizar o dirigente nos quadros da autoria mediata ou da co-autoria, reconhece-se a necessidade de punição do dirigente empresarial a título de autoria nos casos em que a contribuição para o facto criminoso assume importância decisiva. Isto é particularmente evidente quando o dirigente possua um controlo tão intenso sobre o facto que se transforma em verdadeiro senhor do acontecimento criminoso. Pode justamente dar-se como exemplo o caso do superior hierárquico que consegue criar no seu empregado a decisão de cometer o crime mediante a possibilidade de auferir vantagens económicas ou profissionais. Não punir este agente como autor corresponderia, por um lado, a contrariar a materialidade do princípio do domínio do facto enquanto critério e princípio delimitador da autoria criminosa; por outro lado, corresponderia a um benefício punitivo injusto e injustificado decorrente da sua qualificação como mero participante e não como autor.

Neste contexto, tivemos oportunidade de defender a relevância da figura da *instigação-autoria* proposta por Figueiredo Dias no contexto da comparticipação em estruturas empresariais<sup>556</sup>. O *deficit* de punição que normalmente se aponta ao nível dos quadros dirigentes pode ser, em certa medida e de forma limitada, resolvido por via daquela figura neste tipo de situações que, em nosso modo de ver, correspondem a casos exemplificativos desta modalidade de autoria. Pensamos, desde logo e em particular, em empresas de pequena e média dimensão, cuja direcção toma decisões concretas que comunica directamente ao respectivo departamento, responsável pela execução criminosa. Nestes casos, o dirigente deve ser punido como autor sempre que disponha do domínio do facto através do domínio da decisão do homem-da-frente, nos moldes já caracterizados

---

limitando o papel de co-autor ao *middle management*. Este autor reconhece, no entanto, que a teoria por si proposta encontra alguns limites: “por um lado, ela não se adequa a pequenas empresas, cuja direcção, mesmo que seja colegial, toma decisões concretas e pormenorizadas e transmite-as directamente aos sectores produtivo ou de distribuição dos produtos”; por outro lado, “a solução avançada não se ajusta também a situações, atípicas nos crimes cometidos em e através de organizações empresariais complexas, em que o dirigente induz em erro, ameaça ou coage o funcionário a fabricar ou distribuir um produto nocivo para a saúde dos consumidores”, cf. *Ramos Emergentes do Direito Penal...*, *op. cit.*, p. 223 e ss.

<sup>556</sup> Veja-se o nosso estudo «A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoria e comparticipação no contexto empresarial», *in: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, BFD, Studia Iuridica 98 (2009)*, Vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, p. 1005-1037.

anteriormente. A escolha criminosa não teria existido sem a sua actuação, podendo, por outro lado, pôr-lhe um fim se assim o entender. Por sua vez, deve também sublinhar-se que a ausência desse domínio transforma o dirigente empresarial num mero indutor.

Deste modo, julgamos que a figura da *instigação-autoria* pode desempenhar um papel relevante e adequado no âmbito da criminalidade empresarial, designadamente naqueles casos em que o dirigente determina o seu subordinado a uma prática criminosa, ou seja, na resolução de problemas de participação na dimensão vertical das relações hierárquicas próprias da estrutura empresarial<sup>557</sup>. Todavia, a utilidade da instigação-autoria está limitada a este contexto e, como tal, distante de um fundamento geral de punição do dirigente empresarial por factos de relevância criminal ocorridos na empresa. Serão as particularidades do caso que determinarão ou não a existência de um domínio do facto por parte do “homem sentado à secretária”. E essa deve ser a questão principal a ter presente, sob pena de os quadros teóricos e sistemáticos vigentes em matéria de autoria se imporem à realidade dos factos ao invés de serem dela reflexo.

Assim, nada impede que também no âmbito da criminalidade de empresa possam surgir outras formas de domínio do facto criminoso por parte daquele que ocupa uma posição hierárquica superior: se aquele que recebe a ordem actua em erro, *v. g.*, porque recebeu informações falsas, ou actua coagido, a situação deve resolver-se no quadro clássico da autoria mediata; se actua determinado pelo seu superior mas responsabilmente, trata-se de um caso de instigação-autoria; se a decisão e a execução criminosa são conjuntas, devem ser referidas ao contexto de

---

<sup>557</sup> É comum distinguir-se, no contexto empresarial, dois planos de atribuição de responsabilidade: um nível vertical – a que se refere fundamentalmente este nosso estudo –, “atinente à relação dos dirigentes com os outros escalões da empresa na perspectiva da realização do facto criminoso” e um nível horizontal, “relativo à divisão do trabalho e à interacção dos membros dos órgãos directivos”, cf. DIAS, Augusto Silva, *Ramos Emergentes do Direito Penal...*, *op. cit.*, p. 211. É justamente no plano horizontal que se coloca uma das questões que tem merecido a atenção da doutrina penal e que se refere à relevância criminal das decisões colegiais dos órgãos directivos. Em causa está, por um lado, a imputação de uma responsabilidade criminal individual àqueles que participam na tomada de uma decisão colectiva, na medida em que os órgãos de direcção da empresa podem ser órgãos colegiais. Veja-se, sobre este assunto, a importante monografia de WEIBER, Bettina, *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme bei der strafrechtlichen Würdigung pflichtwidriger Kollegialentscheidungen*, Berlin: Dunker & Humblot, 1996.

co-autoria criminosa, ou ainda, perante actuações criminosas autónomas, em situações de autoria paralela<sup>558</sup>.

Não pode também esquecer-se que as soluções expostas pressupõem um conceito restritivo de autoria assente no princípio do domínio do facto, reconhecido como critério normativo de aplicação limitada aos delitos dolosos de acção. Este pressuposto permite compreender imediatamente duas limitações, de natureza diferente, referidas a propósito dos problemas de autoria e comparticipação no âmbito empresarial e de que cumpre dar conta, ainda que de forma sintética. A primeira refere-se à normativização do conceito de autoria, cada vez mais afastado da execução do facto criminoso. Trata-se de uma crítica extensível em geral ao princípio do domínio do facto que como tal extravasa a sua aplicação ao âmbito empresarial e, conseqüentemente, ao domínio da responsabilidade criminal pelo produto. Todavia, acrescenta-se que a doutrina – hoje maioritária – defensora daquele critério reconhece as suas limitações e sublinha que se trata somente de um princípio normativo ligado à realização do ilícito típico nos chamados delitos de domínio, ou seja, nos crimes dolosos de acção. Neste sentido, trata-se de um critério que, na visão de Claus Roxin, não pode ser tomado como princípio universal da caracterização de autoria, excluindo-se a sua aplicação no contexto dos crimes negligentes, de omissão, de dever e de mão própria<sup>559</sup>. Em causa está, nas palavras daquele autor alemão, um conceito aberto que serve de parâmetro regulativo e descritivo capaz de se ajustar às particularidades dos casos concretos da vida a que se aplica e que só nessa aplicação alcança a medida máxima de concretização<sup>560</sup>.

A segunda limitação ganha maior relevo quando referida à problemática da autoria empresarial, e prende-se com a insuficiência do “domínio do facto” na

---

<sup>558</sup> Apenas se pretendeu sublinhar o auxílio e contributo que a figura da *instigação-autoria* poderá concretizar na resolução do específico problema da responsabilidade daquele que determina o seu inferior hierárquico à prática criminosa. Como é evidente, os problemas de comparticipação vão muito para além desta específica questão. Sobre eles, de modo mais desenvolvido, por todos, DIAS, Augusto Silva, *Ramos Emergentes do Direito Penal...*, *op. cit.*, p. 186 e ss. e respectivas referências bibliográficas.

<sup>559</sup> Cf. ROXIN, Claus, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, (trad. Joaquín Cuello Contreras / Jose Luis Serrano González de Murillo), 7.ª edição, Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 367 e ss. e p. 703 e ss. Entre nós, uma análise aos limites do critério do domínio do facto pode ver-se em DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal (2007)*, *op. cit.*, p. 770.

<sup>560</sup> ROXIN, Claus, *Autoría y Dominio del Hecho...*, *op. cit.*, p. 145 e ss.

fundamentação e resolução da autoria e comparticipação no âmbito empresarial, onde ganha especial relevância a actuação negligente. Em particular, tem-se discutido a aplicação da figura do *comportamento negligente conjunto* às situações em que o resultado jurídico-penalmente desvalioso surge na sequência de uma decisão tomada por um órgão colegial<sup>561</sup>.

A realidade empresarial tem igualmente confrontado os conceitos de acção e omissão. Como sublinha Vogel, o debate doutrinal ocupou-se recentemente da análise do comportamento do autor a partir da sua relação com a empresa ou, em termos mais genéricos, com um sistema organizado. Um percurso analítico deste tipo “pode conduzir a que ‘omissões naturais’ – nada fazer em face de ulteriores resultados – sejam valoradas como acções e que a inversa, ‘acções naturais’ – comportamentos activos conscientes tendo por fim impedir a retirada do produto – sejam valorados como omissões”<sup>562</sup>. Neste sentido revisita-se a própria teoria da acção, confrontando-a com novos problemas, carentes de um maior aprofundamento e reflexão.

### 3. A posição de garantia do produtor

A responsabilidade criminal por omissão foi outra das questões dogmáticas enfrentadas pelos tribunais em algumas das decisões referidas em matéria de responsabilidade criminal pelo produto. Na medida em que o risco causado pelo produto seja cognoscível impõe-se, como refere Hassemer, a consideração de dois institutos jurídico-penais: a negligência, pois importa determinar se o agente, ainda que actuando sem a consciência do perigo, dele poderia ter conhecido, e a omissão, caso o agente persista na comercialização do produto omitindo a sua retirada do mercado e a neutralização dos seus efeitos<sup>563</sup>. Compreende-se assim que, neste tipo de situações, a responsabilidade por omissão – aquela que ora se atende – e a

---

<sup>561</sup> Sobre esta problemática veja-se, entre nós, com adicionais referências bibliográficas, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal (2007)*, *op. cit.*, p. 895; FIDALGO, Sónia, *Responsabilidade Penal por Negligência no Exercício da Medicina em Equipa*, Centro de Direito Biomédico, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 174. Com referência especial à decisão do caso *Lederspray*, DIAS, Augusto Silva, *Ramos Emergentes do Direito Penal Relacionados com a Protecção do Futuro*, *op. cit.*, p. 187 e ss.

<sup>562</sup> VOGEL, Joachim, «La responsabilidad penal por el producto...», *op. cit.*, p. 99.

<sup>563</sup> HASSEMER, Winfried, *La Responsabilidad por el Producto...*, *op. cit.*, p. 159.

necessária fundamentação de um dever de garante sejam referidos, com frequência, à conduta precedente à comercialização de produtos perigosos. Em causa está a determinação da eventual responsabilidade penal do produtor que, tendo introduzido o produto de forma correcta no mercado, cumprindo todos os requisitos legalmente estabelecidos, toma posteriormente conhecimento de que aquele bem está (ou pode estar) a lesar a saúde dos consumidores, optando por não retirar o produto do mercado<sup>564</sup>.

Ora, pressuposta a inexistência de uma previsão normativa que expressamente tipifique a conduta de não retirada do produto do mercado nos quadros da omissão própria<sup>565</sup>, resta saber se se verificam os requisitos exigidos pela omissão impura, designadamente se a actuação precedente origina um específico dever de evitar o resultado típico, cujo incumprimento tem um significado equivalente à realização daquele resultado por via de uma conduta activa.

Assim, às dificuldades dogmáticas próprias da responsabilidade pelo produto, juntam-se as complexas questões da omissão<sup>566</sup>, em particular o problema de determinar se o acto de produção e comercialização de um bem causador de danos na saúde do consumidor pode ser tido como acto precedente capaz de fundamentar um dever de garante do produtor nos quadros da omissão impura. Acrescente-se ainda que, como facilmente se depreende, a referência àquela actuação prévia

---

<sup>564</sup> Questão diferente, embora próxima daquela que aqui se expõe, mas que extravasa a problemática da responsabilidade pelo produto, é a da determinação da responsabilidade criminal por omissão dos dirigentes da empresa relativamente a factos ilícitos realizados por outrem que integra a organização empresarial, designadamente quanto a condutas dos seus empregados ou daqueles que actuam sob as suas ordens. Sobre esta questão veja-se, com mais referências bibliográficas, SOUSA, Susana Aires de, «A responsabilidade criminal do dirigente...», *op. cit.*, p. 1030.

<sup>565</sup> O tipo legal de omissão de auxílio, conhecido com ligeiras variações pelos ordenamentos jurídicos próximos do português, sendo uma norma genérica, aplicável desde logo a terceiros que em nada contribuíram para a situação de perigo, só a custo pode contemplar o circunstancialismo próprio das actividades empresariais e, em particular, da comercialização e distribuição de produtos.

<sup>566</sup> Como refere GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Ensayos Penales...*, *op. cit.*, p. 297, a moderna dogmática da omissão caracteriza-se, por um lado, pela inexistência de acordo sobre o conteúdo e extensão de cada uma das fontes das posições de garante e, por outro lado, pela difusão e sobreposição de diversos critérios, o que dificulta a sua divisão e delimitação. Sobre esta problemática, em particular no âmbito da responsabilidade pelo produto, veja-se OTTO, Harro, «Die Strafrechtliche Haftung für die Auslieferung gefährlicher Produkte», *in: Festschrift für Hans Joachim Hirsch*, Berlin, New York: Walter de Gruyter, 1999, p. 291 e ss., em particular p. 296 e ss. e, ainda do mesmo autor, «Die strafrechtliche Verantwortung für die Verletzung von Sicherungspflichten in Unternehmen», *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2006, p. 296 e ss.



aproxima estes casos da controversa figura da ingerência, entendida como “aquela conduta (acção ou omissão) precedente do próprio omitente que criara ou aumentara um risco de lesão de bens jurídicos de outrem, considerando-se que, do ponto de vista da ‘justiça material’, quem ocasiona esse perigo tem o dever de o remover”<sup>567</sup>.

A jurisprudência sobre responsabilidade criminal pelo produto viu-se confrontada com o problema acabado de enunciar. Entre essa casuística mereceu grande destaque na doutrina o caso *Lederspray*<sup>568</sup>, até pelo impacto que causou na dogmática da omissão impura e, em particular, na determinação da posição de garantia que recai sobre o produtor de bens<sup>569</sup>. A este propósito, Gimbernat Ordeig refere que este caso apresenta, da perspectiva da comissão por omissão, características especiais que não se verificaram em outras situações igualmente paradigmáticas de responsabilidade criminal pelo produto, como o caso da talidomida na Alemanha, ou o caso do óleo de colza em Espanha. “Pois se o produto – como acontece nestas duas últimas situações – se *introduz* no mercado de forma negligente ou eventualmente dolosa – *comercialização* de ansiolíticos sem a advertência dos riscos para mulheres grávidas, *venda* de óleo inapto para consumo humano – tais comportamentos *activos* são já típicos e, deste modo, do que se trata, em princípio, é de um delito de acção; e caso se pretenda identificar uma posição de garante decorrente de uma actuação prévia contrária ao dever capaz de sustentar uma omissão imprópria pela não retirada do correspondente produto do mercado, os problemas que se colocariam – uma vez que a acção precedente é dolosa ou

---

<sup>567</sup> LEITE, André Lamas, *As «Posições de Garantia» na Omissão Impura. Em Especial a Questão da Determinabilidade Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 162. Também, entre nós, sobre esta figura, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal (2007)*, *op. cit.*, p. 945 e s.

<sup>568</sup> Importância destacada por HASSEMER, Winfried, *La Responsabilidad por el Producto...*, *op. cit.*, p. 156, para quem a modificação judicial realizada por esta decisão em matéria de omissão pode ser de grande importância “quanto à punição de condutas passivas em situações perigosas pouco claras”. Veja-se ainda GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Ensayos Penales*, *op. cit.*, p. 304 e também JUANATEY DORADO, Carmen, «Responsabilidad penal omisiva del fabricante o productor por los daños a la salud derivados de productos introducidos correctamente en el mercado», *ADPCP*, vol. LVII (2004), p. 54.

<sup>569</sup> Cabe também referir como exemplo casuístico paradigmático dos problemas da omissão o caso Degussa, referido de forma sucinta na Introdução desta dissertação (§ 1, 2.5).

negligente – não diferem daqueles que se discute no âmbito da teoria da ingerência”<sup>570</sup>.

A particularidade assinalada à decisão *Lederspray* decorre de uma ampliação da posição de garantia, tida como desmesurada por alguma doutrina, em face dos limites impostos pela ingerência enquanto fundamento de uma responsabilidade criminal por omissão. Com efeito, o comportamento activo de comercialização do produto foi durante muito tempo juridicamente adequado no sentido de a actuação precedente ser conforme ao direito. Logo, mostra-se problemático encontrar uma eventual fundamentação de um dever de garante por parte dos dirigentes da empresa no âmbito da ingerência sem que se violem os requisitos que lhe são tradicionalmente apostos pela doutrina, designadamente a realização de conduta prévia perigosa por violação de um dever que recaia sobre o garante. Dificuldade que naturalmente aumenta se se tiver em conta que a figura da ingerência enquanto fonte de um dever de garante é ela própria marcada pela controvérsia, quer na sua origem, quer na delimitação dos seus contornos e conteúdo<sup>571</sup>.

Procurando ultrapassar algumas destas dificuldades, o tribunal de primeira instância procurou concretizar o fundamento da omissão imprópria no dever de segurança no tráfico que impende sobre o produtor, ou seja, no dever jurídico-privado de vigiar o produto comercializado, apoiando-se directamente nos princípios desenvolvidos pela jurisprudência civil do supremo tribunal alemão<sup>572</sup>. Prossegue-se assim uma argumentação pautada pela ideia de que deveres determinantes para a responsabilidade civil pelo produto podem constituir também fundamento de responsabilidade criminal.

Por sua vez, o BGH, sem rejeitar a fundamentação da primeira instância, reconstrói a fundamentação da responsabilidade por omissão no âmbito da comercialização de produtos perigosos. Todavia, esta decisão correspondeu a um alargamento do conceito de ingerência tal como vinha sendo entendido pela doutrina e pela jurisprudência dominantes, segundo as quais se exigia, como forma

---

<sup>570</sup> Cf. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Ensayos Penales*, *op. cit.*, p. 304.

<sup>571</sup> Sobre esta questão veja-se desenvolvidamente, LEITE, André Lamas, *As «Posições de Garantia...»*, *op. cit.*, p. 161.

<sup>572</sup> Cf. HILGENDORF, Eric, *Strafrechtliche Produzenthaftung...»*, *op. cit.*, p. 135. Também HÖHFELD, Hendrik, *Strafrechtliche Produktverantwortung und Zivilrecht*, *op. cit.*, p. 123

de evitar um *regressum ad infinitum*, que a acção prévia fosse objectivamente contrária a um dever<sup>573</sup>. O BGH fundamenta a contrariedade ao dever objectivo na proibição que decorre do ordenamento jurídico de se criar um perigo, através de uma actividade, para a saúde de terceiros. Assim, este tribunal considera, de forma algo forçada e artificial no entender de alguma doutrina, a acção prévia de comercialização do bem como fundamento de uma posição de garante tendo por base a sua perigosidade – verificada *ex post* – para terceiros. É este carácter perigoso que torna a conduta objectivamente proibida pelo ordenamento jurídico e obriga a uma intervenção salvadora. Este recurso a uma contrariedade ao dever objectivo, mas determinada *ex post*, como forma de fundamentar a responsabilidade por omissão ainda na figura da ingerência mereceu fortes críticas por parte da doutrina – quer da perspectiva de autores favoráveis a uma responsabilidade por omissão dos dirigentes empresariais, ainda que com base em fundamentação diversa, quer da parte daqueles autores que recusam liminarmente essa responsabilidade.

a) Entre os primeiros, é de referir Kuhlen<sup>574</sup>. O autor sublinha que, na sua decisão, o BGH prescindiu do primeiro requisito que se aponta à figura da ingerência, a saber, que a actuação precedente seja contrária a um dever. O tribunal fez antes depender a responsabilidade a título de ingerência da perigosidade dos produtos comercializados, verificada num momento posterior àquela conduta. Ora, como pressuposto, uma actuação contrária a um dever exige a criação *ex ante* de um risco proibido. Um comportamento só pode ser objectivamente contrário a um dever se cria um risco, juridicamente desaprovado, cognoscível no momento da actuação. Assim, considerando o caso concreto, o autor acrescenta que a introdução dos *sprays* no mercado só poderia considerar-se contrária a um dever se pudesse conhecer-se nesse momento a perigosidade do produto. Não sendo este o caso, deve concluir-se que a introdução do bem no mercado não foi contrária a qualquer dever objectivo. “Se, não obstante, o BGH afirma a posição de garante com base na

---

<sup>573</sup> Cf. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Ensayos Penales, op. cit.*, p. 311, nota 139, com referências bibliográficas.

<sup>574</sup> KUHLEN, Lothar, «Strafhaftung beim unterlassenem Rückruf gesundheitsgefährdender Produkte», *NSZ 1990*, p. 568.

figura da ingerência (...), abandona a exigência de que a realização do resultado decorra de uma actuação prévia contrária ao dever. Que o tribunal não diga claramente que com isto está mudar a jurisprudência é algo que deve apontar-se criticamente, bem como a tentativa dogmáticamente inadequada de encobrir essa alteração recorrendo à determinação *ex post* de um dever objectivo”<sup>575</sup>. Feito este reparo crítico<sup>576</sup>, Kuhlen prossegue a sua análise sobre a posição de garantia do produtor e do dirigente empresarial quanto aos perigos decorrentes de produtos comercializados, manifestando a sua concordância, em termos substanciais, com a decisão do BGH e defendendo justamente uma alteração no sentido de se alargar, para estes casos, a figura da ingerência, deixando cair o pressuposto de uma actuação prévia contrária ao dever<sup>577</sup>. Com efeito, Kuhlen considera que, nestes casos, a infracção do dever não serve para delimitar os comportamentos que fazem impender sobre o agente uma posição de garantia capaz de sustentar a retirada do bem do mercado. Inclina-se antes para a posição que vinha sendo defendida por alguma doutrina, no sentido de referir a ingerência a casos em que comportamento revela um risco especial em comparação com os comportamentos quotidianos, sublinhando que, nestas situações, o fabricante detém um conhecimento especializado sobre o produto e a sua perigosidade, bem como uma maior possibilidade de actuação no sentido de providenciar a protecção dos bens jurídicos ameaçados<sup>578</sup>. Neste sentido, da perspectiva do autor, a “produção e introdução no comércio de bens impõe, na sociedade actual, uma actividade tão arriscada que desencadeia uma posição de garante do produtor e do distribuidor, independentemente de, ao tempo da introdução no mercado, ser ou não cognoscível

---

<sup>575</sup> Cf. KUHLEN, Lothar, «Strafhaftung beim unterlassenem Rückruf...», *op. cit.*, p. 568. Do mesmo autor, reforçando esta crítica, «Die Pflicht zum Rückruf in der strafrechtlichen Produkthaftung», in: *Festschrift für Albin Eser*, München: C. H. Beck, 2005, p. 361. Veja-se ainda, sobre esta questão, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Ensayos Penales*, *op. cit.*, p. 313.

<sup>576</sup> Uma síntese da crítica feita por Kuhlen à decisão do BGH referente à fundamentação de um dever de garante pode ver-se em HILGENDORF, Eric, *Strafrechtliche Produzentenhaftung...*, *op. cit.*, p. 137 e ss. Uma crítica semelhante é feita por SAMSON, Erich, «Probleme strafrechtlicher Produkthaftung», *op. cit.*, p. 184, porém, concluindo pela necessidade de o legislador prever uma regra específica, pressupostas as insuficiências e dificuldades da parte geral da dogmática do direito penal para resolver estes casos.

<sup>577</sup> Cf. KUHLEN, Lothar, «Strafhaftung beim unterlassenem Rückruf...», *op. cit.*, p. 568.

<sup>578</sup> Cf. KUHLEN, Lothar, «Strafhaftung beim unterlassenem Rückruf...», *op. cit.*, p. 568.

a anormal perigosidade de determinados produtos”<sup>579</sup>. Ao recorrer à ideia de risco especial, o autor aproxima-se, segundo cremos, da construção doutrinal de Jakobs sobre a omissão.

b) Na doutrina de Jakobs a omissão surge integrada no domínio mais vasto da imputação objectiva, equiparando-se acção e omissão, no seu significado, e preterindo esta distinção em favor de uma nova classificação, por si proposta, de deveres positivos e negativos<sup>580</sup>. Partindo do sinalagma liberdade de comportamento / responsabilidade pelas consequências, Jakobs considera que o titular de uma organização é responsável por torná-la inócua para terceiros mantendo-a dentro das margens do risco permitido<sup>581</sup>. A imputação objectiva do comportamento, que consiste, na visão de Jakobs, na qualificação da conduta como típica<sup>582</sup>, há-de depender ou da violação de deveres negativos, em que o próprio significado social do *non facere* é equiparável ao *facere*, ou da infracção de deveres positivos que se ligam ao agente por intermédio de uma posição especial por si ocupada (*v. g.*, o *status especial* de mãe, filho ou cidadão<sup>583</sup>) e adequada a conferir-lhe um dever que torna típico um seu *non facere*, sendo como tal designados pelo autor por crimes de infracção de dever<sup>584</sup>. Entre as modalidades de deveres negativos, Jakobs inclui os deveres de controlo ou segurança, os deveres de assunção e os deveres de salvamento. No âmbito destes últimos teriam lugar as tradicionais situações de ingerência referidas a um actuar precedente que, segundo o autor, pode ser activo ou omissivo. Para que se imponha sobre o agente um dever de salvar, é decisiva não tanto a determinação da ilicitude da conduta prévia – posição que o autor considera demasiado restrita – mas antes a verificação dos limites do risco permitido, entendido no sentido de que quem origina um risco especial tem de assegurar

---

<sup>579</sup> Cf. KUHLEN, Lothar, «Strafhaftung beim unterlassenem Rückruf...», *op. cit.*, p. 569.

<sup>580</sup> Da perspectiva do autor, o direito penal moderno não toma como referência movimentos corporais de indivíduos ou a ausência desses, mas o significado do comportamento das pessoas, o que torna a diferença entre movimento e não-movimento somente técnica. Cf. JAKOBS, Günther, *Ação e Omissão no Direito Penal*, Tamboré: Editora Manole, 2003, p. 32.

<sup>581</sup> Cf. LEITE, André Lamas, *As «Posições de Garantia...»*, *op. cit.*, p. 182.

<sup>582</sup> Ver, de forma mais desenvolvida, *infra*, § 10, 7.2.3.

<sup>583</sup> JAKOBS, Günther, *Ação e Omissão no Direito Penal*, *op. cit.*, p. 35.

<sup>584</sup> JAKOBS, Günther, *Ação e Omissão no Direito Penal*, *op. cit.*, p. 7.

também os deveres de salvamento respectivos. Ainda que a conduta prévia seja lícita, deve afirmar-se um dever de salvamento sempre que, em virtude da conduta do agente (lícita) se haja produzido um aumento dos riscos normais, ou seja, um risco especial<sup>585</sup>. Assim, em vez do comportamento precedente antijurídico, a que tradicionalmente se alude no quadro da ingerência, Jakobs prefere a ideia de “risco especial”: “quem dá causa a um risco especial tem de arcar também com deveres de salvamento”. Numa referência à “moderna responsabilidade penal pelo produto”, o autor cita a decisão do BGH sobre o caso *Lederspray* e considera que a comercialização permitida mas arriscada de um novo produto no mercado obriga à sua posterior retirada se se comprovar o seu carácter nocivo<sup>586</sup>.

c) O argumento baseado no comportamento de risco especial ou intensificado assumido pelo produtor é retomado por Carmen Juanatey Dorado na fundamentação que constrói para suportar a sua posição no sentido amplamente favorável à responsabilidade por omissão do produtor ou fabricante pelos danos na saúde derivados de bens correctamente introduzidos no mercado<sup>587</sup>. Da sua perspectiva, o produtor ocupa no mercado uma posição privilegiada para pôr fim às consequências danosas, na medida em que é aquele que tem mais possibilidade de actuar com eficácia nesse sentido; depois, porque é aquele que melhor conhece o produto e que pode assim analisar e prevenir o risco de forma mais eficaz, reunindo a informação necessária e completa sobre a situação. E, “por outro lado, nestes casos, o actuar precedente perigoso ultrapassa o âmbito dos perigos que normalmente são acautelados pelos consumidores”<sup>588</sup>. Depreende-se pois que, da perspectiva da autora, o domínio ainda mantido pelo produtor sobre a coisa, mesmo depois da sua introdução no mercado, constitui um argumento a favor da existência de um dever de garante. O domínio sobre a coisa deve interpretar-se num sentido abrangente. É assim porque os deveres de vigilância, retirada e advertência do produto acompanham a sua comercialização, como decorre desde logo do direito à

---

<sup>585</sup> Cf. LEITE, André Lamas, *As «Posições de Garantia»...*, *op. cit.*, p. 185.

<sup>586</sup> JAKOBS, Günther, *Ação e Omissão no Direito Penal*, *op. cit.*, p. 16.

<sup>587</sup> Cf. «Responsabilidad penal omisiva del fabricante...», *op. cit.*, p. 73.

<sup>588</sup> Cf. JUANATEY DORADO, Cármen, «Responsabilidad penal omisiva del fabricante...», *op. cit.*, p. 73.

informação dos consumidores. Deste modo, o domínio sobre o bem não cessa, mas ante se altera na medida em que, diferentemente de um qualquer terceiro, o produtor mantém a faculdade de influir sobre o produto e de, em última instância, ordenar a sua retirada do mercado. É justamente este domínio sobre o bem que gera a confiança, por parte daqueles que o adquirem, nas características do produto e na informação sobre eventuais alterações dessas mesmas características<sup>589</sup>.

d) Este último argumento, assente no domínio exercido pelo produtor sobre o bem, é avançado pela autora em diálogo com os escritos de Schünemann sobre a omissão, inseridos nas chamadas “teorias do domínio”<sup>590</sup>. Este autor, partindo da concepção de delito omissivo por si proposta<sup>591</sup>, assente na equiparação da omissão à acção, considera que será de aplicar um critério de imputação análogo ao utilizado para os delitos activos, segundo o qual “haverá imputação do resultado ao *non facere* do agente sempre que este tenha um domínio sobre a causa do resultado”<sup>592</sup>. Assim, em geral, o fundamento da equiparação da omissão à acção assenta no domínio que o garante exerce sobre a causa do resultado. Este autor aplica esta construção à realidade empresarial de modo a determinar em que termos se pode afirmar uma posição de garantia do dirigente e dos superiores hierárquicos da empresa. Neste sentido, a equiparação da omissão à acção, fundamentada no domínio do director da empresa, ou em geral, do superior da empresa, resulta tanto do seu domínio fáctico sobre os elementos (coisas e procedimentos) perigosos do estabelecimento, como também do poder de mando, legalmente fundado, que detém sobre os trabalhadores<sup>593</sup>. Como imediatamente se depreende, a afirmação do domínio do dirigente estaria dependente da aferição daqueles elementos no caso concreto. Ou seja, o exercício daquele domínio pelo dirigente da estrutura empresarial constitui

---

<sup>589</sup> Cf. JUANATEY DORADO, Cármen, «Responsabilidad penal omisiva del fabricante...», *op. cit.*, p. 72.

<sup>590</sup> Entre nós, LEITE, André Lamas, *As «Posições de Garantia...»*, *op. cit.*, p. 172 e ss.

<sup>591</sup> SCHÜNEMANN, Bernd, *Grund und Grenzen der unrecchten Unterlassungsdelikte*, Göttingen: Verlag Otto Schwartz, 1971, p. 229 e ss.

<sup>592</sup> Cf. LEITE, André Lamas, *As «Posições de Garantia...»*, *op. cit.*, p. 172 e ss.

<sup>593</sup> Cf. *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Carl Heymanns Verlag, 1979, p. 89-90 e p. 95 e ss.; e, do mesmo autor, *Delincuencia Empresarial...*, *op. cit.*, p. 31. Também SOUSA, Susana Aires de, «A responsabilidade criminal do dirigente...», *op. cit.*, p. 1032 e ss.

condição *sine qua non* para que se possa afirmar a sua responsabilidade criminal por omissão. Todavia, se a aplicabilidade destes critérios se faz sem grandes dificuldades em pequenas estruturas empresariais, dificilmente tal poderá valer para estruturas complexas, dotadas de uma forte hierarquia e divisão, onde as tarefas se encontram funcionalizadas e divididas por sectores ou departamentos específicos e especializados. Num escrito posterior, Schünemann defendeu que, nestes casos, a posição de garante tem de estar limitada à função que compete ao sujeito dentro da estrutura empresarial<sup>594</sup>. Tal significa que a posição de garante dentro da empresa é atribuível aos seus concretos órgãos particulares em função da esfera empresarial que dominem (*Ressortprinzip*). Referindo-se em particular à decisão do BGH no caso *Lederspray*, o autor reconhece a solução como correcta (revendo a posição contrária que assumira anteriormente<sup>595</sup>) mas critica o tribunal por ter evitado pronunciar-se, em geral, sobre a posição de garante do dirigente empresarial ou dos superiores hierárquicos, designadamente quanto à responsabilidade pelos delitos cometidos pelos seus funcionários<sup>596</sup>. Quanto aos concretos problemas colocados pela omissão de retirada do produto, referindo-se em particular ao caso *Lederspray*, Schünemann exprime sérias reservas quanto à argumentação do BGH. Em particular, critica o uso abusivo da figura da ingerência para fundamentar a responsabilidade jurídico-penal por omissão, desde logo pela ausência de um comportamento prévio contrário a um dever objectivo<sup>597</sup>: a decisão do BGH, ao permitir que a contrariedade àquele dever decorra de um resultado perigoso para bens jurídicos, nada mais exige do que

---

<sup>594</sup> Cf. *Delincuencia Empresarial... (adición 2002)*, *op. cit.*, p. 69 e ss.

<sup>595</sup> Num primeiro momento Schünemann entendeu que no caso *Lederspray* (ou em qualquer outro caso análogo de produção e comercialização de produtos nocivos à saúde humana) não seria possível identificar uma posição de garante dos dirigentes empresariais, podendo afirmar-se apenas a sua responsabilidade por via da omissão de auxílio, caso estivessem preenchidos os respectivos pressupostos. Uma análise desta posição pode ver-se em GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Ensayos Penales*, *op. cit.*, p. 317; também em HILGENDORF, Eric, *Strafrechtliche Produzenthaftung...*, *op. cit.*, p. 142 e ss. Sobre esta mudança de posição veja-se, do autor, *Delincuencia Empresarial... (adición 2002)*, *op. cit.*, p. 74 e s., e «Unzulänglichkeiten des Fahrlässigkeitsdeliktes in der modernen Industriegesellschaft», *Gedächtnisschrift für Dieter Meurer*, Berlin: De Gruyter Recht, 2002, p. 62 e s.

<sup>596</sup> Schünemann considera surpreendente que o BGH tenha afirmado um dever de garante na retirada dos produtos perigosos e declarado que todos os directores estavam obrigados ao seu cumprimento, mas não se tenha manifestado sobre a posição de garante do dirigente ou dos quadros superiores da empresa, ou sequer se tenha pronunciado sobre o dever de garante de evitar a prática de delitos por parte dos seus subordinados, cf. *Delincuencia Empresarial... (adición 2002)*, *op. cit.*, p. 67.

<sup>597</sup> *Delincuencia Empresarial... (adición 2002)*, *op. cit.*, p. 71.



uma causalidade da lesão, que em nada altera a conduta precedente realizada com o cuidado objectivamente tido como necessário<sup>598</sup>. Em segundo lugar, refere-se também criticamente ao alcance excessivo que é dado à posição de garante no sentido de obrigar a retirada do produto do mercado: a seu ver, a posição de garante em sentido jurídico-penal, distinto das regras civis, apenas determina a advertência dos consumidores, a eles cabendo, em última instância, decidir se ainda assim persistem no seu uso<sup>599</sup>. Em terceiro lugar, o autor considera que, ao partir da figura da ingerência, o BGH desconsidera a sujeição dos deveres de garantia aos limites que decorrem da estrutura empresarial e do âmbito de domínio do dirigente ou superior hierárquico, separando-se a posição de garantia dos respectivos âmbitos de poder assumidos<sup>600</sup>. Da perspectiva de Schünemann, a existência de um dever de advertência é decisiva para a afirmação de um dever de garante capaz de suportar a responsabilidade criminal no âmbito da produção e comercialização de produtos. Tal dever de advertência só ganha sentido e existência se se aceitar um prévio dever permanente de controlo ou vigilância do produto: só com a sua afirmação é que o produtor assume perante o consumidor uma posição de garantia a realizar na obrigatoriedade de advertir e de informar o consumidor sobre a perigosidade do bem colocado no mercado. O dever de advertência fundamenta-se assim na confiança gerada no consumidor pelo dever de controlo e vigilância assumido pelo produtor. Neste caso, o produtor tem o domínio do desamparo parcial da vítima, admitido por Schünemann como uma das formas de posição de garantia por assunção<sup>601</sup>. Cabe pois determinar quais os pressupostos que permitem ao consumidor presumir que o produtor continuará a observar aquele produto após a sua comercialização e a informar o público sobre os perigos posteriormente

---

<sup>598</sup> Schünemann considera mesmo “desconcertante que o BGH declare ao mesmo tempo que a conduta prévia contrária ao dever de garante não tenha de ser ‘culposa’ e que, para tal, remeta ao comentário Schönke /Schröder / Stree, referente à culpa no sentido apenas terminologicamente exacto da censura individual – de modo que o BGH desconsiderou a divisão sistemática entre negligência, na violação de um dever objectivo pertencente ao tipo, e censura individual, pertencente à culpa e, assim, fundamentou a dedução de um amplo dever de retirada do produto num lapso dogmático”, cf. *Delincuencia Empresarial... (adición 2002)*, *op. cit.*, p. 71.

<sup>599</sup> *Delincuencia Empresarial... (adición 2002)*, *op. cit.*, p. 72.

<sup>600</sup> Desenvolvidamente, SCHÜNEMANN, Bernd, *Delincuencia Empresarial... (adición 2002)*, *op. cit.*, p. 72 e ss.

<sup>601</sup> *Delincuencia Empresarial... (adición 2002)*, *op. cit.*, p. 75.

conhecidos. Um dos indícios decisivos, segundo o autor, será a comercialização de um produto de marca. Assim, o autor conclui que, no caso *Lederspray*, uma vez que se tratava de um produto de marca capaz de gerar aquela confiança no consumidor, a decisão do BGH acabou por ser materialmente correcta<sup>602</sup>.

e) Deve ainda referir-se, entre os autores que admitem uma posição de garantia daqueles que produzem e comercializam produtos perigosos para bens jurídico-penais, a posição de Hilgendorf, voltada especificamente para os casos de responsabilidade criminal pelo produto. Aproximando-se dos argumentos proferidos pelo tribunal de primeira instância de Mainz no caso *Lederspray*<sup>603</sup>, este autor entende que os produtores de bens perigosos são responsáveis por uma fonte de perigos, assumindo, como tal, um dever de garante que persiste independentemente de, no momento da produção e da comercialização, esses perigos serem ou não objectivamente cognoscíveis. Esse dever de garante pelas fontes de perigo exploradas e situadas na esfera de responsabilidade do agente tem o seu fundamento no dever de controlo e segurança no tráfico que recai sobre aquele que detém uma indústria perigosa. Um dever desta natureza é já reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência em outros âmbitos, *v. g.*, nos delitos rodoviários<sup>604</sup>, sem que desta construção decorra uma qualquer flexibilização dogmática sobre os deveres de garante<sup>605</sup>.

f) Defendendo uma posição radicalmente distinta, Winfried Hassemer foi uma das vozes mais críticas em relação à decisão do BHG no caso *Lederspray* em matéria de omissão. Também este autor se refere criticamente ao abandono do

---

<sup>602</sup> *Delincuencia Empresarial... (adición 2002)*, *op. cit.*, p. 76. Nas palavras do autor: “como no caso do spray de pele se tratava de um produto de marca, a sala I da secção penal do BGH decidiu correctamente. Com isto, estabelece-se simultaneamente a decisiva distinção de que os deveres de observação do produto e de advertência posterior só se podem fundamentar, precisamente, quando o produtor se comprometeu explicitamente ou implicitamente a tal precaução e os consumidores contam com ela, ou seja, sempre e só quando se trata de artigos de marca”. Também, do mesmo autor, «Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación», *ADPCP*, Tomo LV (2002), p. 33.

<sup>603</sup> Cf. HILGENDORF, Eric, *Strafrechtliche Produzenthaftung...», op. cit.* p. 141.

<sup>604</sup> Cf. HILGENDORF, Eric, *Strafrechtliche Produzenthaftung...», op. cit.* p. 141.

<sup>605</sup> Cf. HILGENDORF, Eric, *Strafrechtliche Produzenthaftung...», op. cit.* p. 144-145.

requisito, tradicionalmente atribuído à figura da ingerência, de uma actuação prévia contrária a um dever, sublinhado pela crítica de Kuhlen, mas acrescenta que a argumentação do tribunal considera suficiente, como fundamento da aplicação de uma pena, um difuso aumento dos perigos próprios da vida quotidiana. Daqui resultam consequências prejudiciais à aplicação justa da lei penal: uma excessiva ampliação do conceito de punição decorrente de uma desformalização da posição de garante; uma maior insegurança na aplicação da lei penal<sup>606</sup>; e, em última instância, a violação das exigências de certeza que decorrem do princípio da legalidade criminal<sup>607</sup>. Nas palavras do autor, “a preocupação com os novos perigos compromete o direito penal, limitando as garantias de certeza na determinação da conduta e de segurança das expectativas. Tal é certamente compreensível enquanto esforço de adaptação ao espírito da época, mas constitui um anacronismo do ponto de vista de uma administração da justiça penal orientada tradicionalmente pelas garantias de um Estado de Direito”<sup>608</sup>. Da sua perspectiva, a cláusula geral em que o BGH faz assentar uma posição de garante do produtor – uma conduta prévia que aumenta o risco para bens jurídicos – além de pôr em causa a certeza jurídica necessária às normas penais, suscita também reservas do ponto de vista da cognoscibilidade do perigo. Tal é, desde logo, denunciado pela indeterminação do momento a partir do qual recai sobre o agente o dever de retirar o produto do mercado, pois, seguindo-se de perto a argumentação do tribunal, o agente incorreria numa omissão imprópria logo que chegasse ao seu conhecimento o segundo caso de lesão de bens jurídicos. O mesmo é dizer que aqueles que exercem determinadas “profissões perigosas” devem contar permanentemente com uma responsabilidade criminal – ideia inaceitável, segundo Hassemer, por um Estado que se pretenda de direito<sup>609</sup>.

De quanto se expôs fica claro que o caso *Lederspray* evidenciou as dificuldades que o aparelho dogmático da omissão enfrenta no tratamento jurídico-

---

<sup>606</sup> HASSEMER, Winfried, *La Responsabilidad Penal por el Producto...*, *op. cit.*, p. 162.

<sup>607</sup> HASSEMER, Winfried, *La Responsabilidad Penal por el Producto...*, *op. cit.*, p. 164.

<sup>608</sup> HASSEMER, Winfried, *La Responsabilidad Penal por el Producto...*, *op. cit.*, p. 162-163.

<sup>609</sup> HASSEMER, Winfried, *La Responsabilidad Penal por el Producto...*, *op. cit.*, p. 168.

penal da responsabilidade criminal pelo produto. Isto mesmo é denunciado pela diversidade de soluções apresentadas, que passam desde a construção de uma solução *ad hoc* para estes casos, como pressupõem Kuhlen ou mesmo Schünemann, passando pela reforma e adaptação da figura da ingerência às especificidades da produção e comercialização, designadamente através do dever decorrente da normal segurança do tráfico, segundo Hilgendorf, ou de específicos deveres de salvamento decorrentes da criação de um risco especial, como propõe Jakobs, até à recusa da aplicação do aparelho dogmático da omissão imprópria aos casos de responsabilidade pelo produto, como defende Hassemer, sob pena de se ressuscitar uma responsabilidade pelo resultado.

Uma última solução, defendida por Samson (e pelo “primeiro” Schünemann) passaria por uma intervenção legislativa no sentido de tipificar, através de uma incriminação específica, a não retirada do mercado do produto perigoso, à margem da figura da ingerência ou dos deveres de tráfico e comércio<sup>610</sup>. Sublinhando igualmente esta necessidade de uma intervenção legislativa, alguns autores alemães apresentam concretizações normativas de *iure condendo*. É o caso de Kühne e Freund<sup>611</sup>. O primeiro destes autores propõe, de forma radical, a construção de uma responsabilidade pelo risco no âmbito do sector produtivo<sup>612</sup>. Deste modo, propõe a responsabilidade criminal do produtor de bens ou materiais perigosos “sem que seja necessário averiguar da causalidade” pelos danos que decorram desses bens. Deste modo, a primeira suspeita de danos conduziria a pôr fim à comercialização, à retirada dos produtos ou à advertência dos consumidores sob pena de responsabilidade criminal<sup>613</sup>. Por sua vez, Freund chega a propor, no âmbito de uma proposta de revisão à lei penal, a introdução de um novo parágrafo 231 no Código Penal alemão, expressamente dirigido aos casos de responsabilidade criminal pelo

---

<sup>610</sup> Cf. SAMSON, Erich, «Probleme strafrechtlicher Produkthaftung», *op. cit.*, p. 184. Também GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Ensayos Penales, op. cit.*, p. 324.

<sup>611</sup> Uma breve síntese do pensamento destes autores pode encontrar-se em GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Ensayos Penales, op. cit.*, p. 324 e s.

<sup>612</sup> KÜHNE, Hans-Heiner, «Strafrechtliche Produkthaftung in Deutschland», *NJW* 1997, Heft 30, p. 1954.

<sup>613</sup> Cf. KÜHNE, Hans-Heiner, «Strafrechtliche Produkthaftung in Deutschland», *op. cit.*, p. 1954; também GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Ensayos Penales, op. cit.*, p. 324.

produto e voltado para a protecção da vida e da integridade física<sup>614</sup>. Ao tipo legal corresponderia o seguinte conteúdo: “o responsável pela introdução no mercado, pela comercialização ou pelo depósito para comercialização de um bem susceptível de lesar ilicitamente a vida ou a saúde de outros ou sobre ele recaindo tal suspeita, será punido com pena de prisão até cinco anos ou com multa”<sup>615</sup>. A proposta contempla ainda um número 2 que tipifica e sanciona a actuação negligente com pena de prisão até três anos ou pena de multa.

A ideia de que a solução em matéria de responsabilidade pelo produto tem de passar por uma intervenção legislativa reformadora no sentido da previsão de um novo delito, não de resultado ou sequer de perigo comum, mas sim de um “ilícito de risco” estruturado como delito de omissão, foi também proposta em Itália por Piergalini<sup>616</sup>.

#### 4. A determinação do dever de cuidado penalmente relevante

Entre os inúmeros problemas, processuais e substantivos, desvelados pela produção e comercialização de produtos defeituosos e perigosos, coloca-se a

---

<sup>614</sup> Cf. FREUND, Georg, «Der Entwurf eines 6. Gesetzes zur Reform des Strafrechts», *ZStW* 109 (1997), Heft 3, p. 479; também, do mesmo autor, «Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit in pharmazeutischen Unternehmen», *Die Haftung der Unternehmensleitung. Risiken und ihre Vermeidung* (Hrsg. Meurer Dieter), Frankfurt am Main: PMI, 1999, p. 87. Sobre esta proposta de incriminação veja-se ainda GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Ensayos Penales*, *op. cit.*, p. 325.

<sup>615</sup> Transcreve-se a proposta de incriminação, cf. FREUND, Georg, «Der Entwurf eines 6. Gesetzes zur Reform des Strafrechts», *op. cit.*, p. 479:

§ 231 (Lebens- und Gesundheitsgefährdung durch Produkte)

(1) Wer zu verantworten hat, daß ein Gegenstand in Verkehr gelangt oder bleibt oder zum Inverkehrbringen bereitgehalten wird, obwohl dieser geeignet oder dringend verdächtig ist, andere widerrechtlich an Leib oder Leben zu schädigen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Wer in den Fällen des Absatzes 1 fahrlässig handelt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

<sup>616</sup> Cf. PIERGALINI, Carlo, *Danno da Prodotto e Responsabilità Penale...*, *op. cit.*, p. 467 e ss. e em particular p. 534. A proposta deste autor em matéria de responsabilidade criminal do produto mostra-se radical ao considerar que o tradicional direito penal do evento deve, neste âmbito, ser abandonado, sendo sucedido por um novo paradigma assente no ilícito de risco. Trata-se, da perspectiva do autor, de criar um específico delito de risco fundado sobre a violação do dever de tomar medidas de precaução (por exemplo, a retirada do produto) perante fortes indícios de perigo decorrente da produção ou comercialização do bem. Veja-se ainda CASTRONUOVO, Donato, «Responsabilidad por el producto y estructura del hecho imprudente», *in: Responsabilidad Penal por Defectos...*, *op. cit.*, p. 200, nota 8.

determinação dos deveres do produtor como pressuposto necessário à afirmação ou à recusa de uma eventual responsabilidade criminal pelos danos causados pelo consumo de um determinado bem. Para Kuhlen, a concretização dos deveres do produtor constitui mesmo o limite mais importante à responsabilidade criminal pelo produto<sup>617</sup>.

A responsabilidade pelo produto constitui um espaço privilegiado para o cruzamento entre o dever de cuidado penal e o dever de cuidado pressuposto por normas de outra natureza, designadamente administrativa ou civil. Com efeito, a segurança no consumo constitui, nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, nacionais e supra-nacionais, um campo fértil de normas e de regras destinadas à prevenção de danos na saúde. Assim, a diversidade das normas legais e procedimentais necessárias à concretização do dever de cuidado na actuação do produtor de bens relaciona-se também, de uma outra perspectiva, com o princípio da legalidade criminal e com a exigência que dele decorre, no domínio da tipicidade penal, de precisão e certeza das normas penais.

A concretização dos deveres que recaem sobre o produtor ou sobre os seus trabalhadores desempenha um papel essencial na limitação da sua responsabilidade pelas decisões tomadas, incluindo em contexto de incerteza. Ainda que ocorra a afirmação *ex post* de um nexo causal entre a comercialização de um bem defeituoso e a lesão da saúde ou da vida dos consumidores, tal não é suficiente para uma responsabilização criminal. Com efeito, aquilo que segundo o direito penal se considere como permitido ou obrigatório há-de concretizar-se em conformidade com os deveres do produtor, fixados de uma perspectiva *ex ante* em face daquelas consequências danosas<sup>618</sup>.

Esta questão ganha maior complexidade se se atender ao contexto de rápida evolução tecnológica e à incerteza científica sobre a perigosidade de alguns produtos, de forma a ajuizar se a informação disponível sobre a perigosidade obriga o produtor a tomar medidas de diminuição de risco, que podem ou não estar fixadas

---

<sup>617</sup> Cf. «Necesidad y limites de la responsabilidad penal por el producto», *op. cit.*, p. 75. Numa perspectiva mais abrangente sobre o dever de cuidado e vigilância do produtor veja-se SACK, Rolf, «Produzenthafung und Produktbeobachtungspflicht», *BB 1985*, p. 813 e ss.

<sup>618</sup> Cf. KUHLEN, Lothar, «Necesidad y limites de la responsabilidad penal por el producto...», *op. cit.*, p. 75.

pela ordem administrativa. A este propósito, na decisão do caso *Contergan*, o tribunal considerou que a mera suspeita de perigosidade obrigava o produtor do medicamento a adoptar medidas de diminuição do risco, como por exemplo a retirada do produto do mercado<sup>619</sup>. Trata-se, no entanto, de uma posição discutível, designadamente quanto à dificuldade em fundamentar aquele dever e em determinar a sua fonte normativa.

Com efeito, os deveres de cuidado que imprimem o carácter proibido a uma conduta – neste caso de omissão – nem sempre assumem a forma de deveres positivados na lei penal, o que, em contextos de desenvolvimento tecnológico ou de fronteira do conhecimento, dificulta a delimitação do risco ainda permitido<sup>620</sup>. Com frequência, o legislador prevê nos tipos legais elementos normativos voltados para a concretização do risco proibido, que remetem para autónomos sistemas de regulação, *v. g.*, a infracção de regras técnicas ou regulamentares reconhecidas em geral em determinado sector de actividade (artigo 277.º do Código Penal). A concretização do alcance destas cláusulas cabe em grande medida ao julgador no juízo de apreciação das especificidades do caso concreto. Como refere Andreas Hoyer, a materialização daquelas regras pode espelhar-se do seguinte modo: “o reconhecimento geral de uma regra técnica como parâmetro a observar na produção de um concreto produto quer significar que a sua correcção e oportunidade resultam evidentes a quase todos aqueles que se dediquem à sua produção. Logo, se no âmbito de um processo de produção se infringem as regras técnicas em geral reconhecidas, desatende-se ao dever de cuidado cuja necessidade aparece como razoável, sem mais, a quase todos os produtores”<sup>621</sup>. Não obstante, permanecem os problemas na concretização do dever de cuidado cuja infracção seja susceptível de

---

<sup>619</sup> *Apud* KUHLEN, Lothar, «Necesidad y límites de la responsabilidad penal por el producto...», *op. cit.*, p. 76.

<sup>620</sup> Sobre esta complexa questão veja-se o estudo de HOYER, Andreas, «Risco permitido e desenvolvimento tecnológico», *RPCC 20 (2010)*, p. 347-374. Nele, o autor defende, a partir das expressões positivadas pelo legislador penal, a determinação do risco permitido – e a inerente concretização de deveres de cuidado – a partir de um sistema organizado em três níveis: as regras técnicas reconhecidas em geral, o estado actual da técnica e o estado actual da ciência. As primeiras remetem em geral a delimitação do risco permitido para concretos sistemas de regulação e normas técnicas vigentes no sector em causa. Os estados da técnica e da ciência constituem um parâmetro mais exigente em termos de segurança e determinam, em regra, a natureza autorizável ou não da conduta arriscada, atendendo aos especiais conhecimentos de um perito. Cf. *infra*, § 15, 1.1.

<sup>621</sup> HOYER, Andreas, «Risco permitido e desenvolvimento tecnológico», *op. cit.*, p. 361.

criar um risco proibido (negligente), sobretudo nos casos em que o tipo legal não aponte qualquer parâmetro ou critério de aferição daquele dever.

Igualmente controversa é a determinação do momento a que há-de atender-se para aferir da existência daquele dever. Na visão de alguns autores, que aparenta ser maioritária, a determinação dos deveres do produtor deve ser realizada pelo tribunal numa perspectiva *ex ante* e atendendo em primeiro lugar às regras técnicas reconhecidas ou positivadas e, na ausência de regras específicas, à opinião dominante na comunidade científica sobre a eventual perigosidade do produto<sup>622</sup>.

Há-de ainda atender-se, neste contexto, aos actos de produção e comercialização sujeitos a autorização pelas entidades competentes. Tem-se entendido que a validade da autorização no âmbito penal está limitada, desde logo e de forma evidente, nos casos em que ela é obtida por meio de engano, falsidade, ameaça, coacção, suborno, ou nos casos, de distinta natureza, em que o produtor detém um especial e superior conhecimento sobre a perigosidade do seu produto<sup>623</sup>.

Neste sentido, muito embora seja reconhecido no plano doutrinal e de forma genericamente consensual que o dever de cuidado penal não é coincidente com o dever de cuidado administrativo, os casos de responsabilidade criminal pelo produto vieram renovar esta problemática num duplo sentido: por um lado, colocando em evidência a questão de saber se a violação de um dever de cuidado pressuposto pelo direito administrativo e concretizado num resultado desvalioso pode sustentar uma punição a título negligente pelo direito penal; por outro lado, se o cumprimento integral dos deveres previstos pelo direito administrativo exonera qualquer

---

<sup>622</sup> Este modo de proceder é defendido por KUHLEN, Lothar «Necesidad y límites de la responsabilidad penal por el producto...», *op. cit.*, p. 79, referindo-se ao caso Degussa, no âmbito do qual os possíveis efeitos lesivos das amálgamas vinham sendo objecto de estudos científicos ao longo de alguns anos. Os mesmos estudos que tinham demonstrado que o uso daquela amálgama expunha o paciente a doses muito baixas de mercúrio, mostraram-se contudo incapazes de fundamentar a suspeita da perigosidade que lhe era atribuída. Numa situação deste tipo, defende aquele autor que “terá de permitir-se ao fabricante que parta daquela que é a opinião claramente maioritária da comunidade científica”. Veja-se ainda, do mesmo autor, «Strafrechtliche Produkthaftung», *op. cit.*, p. 660 e ss.

<sup>623</sup> Cf. KUHLEN, Lothar, «Necesidad y límites de la responsabilidad penal por el producto...», *op. cit.*, p. 80.



responsabilidade criminal pela verificação de um resultado lesivo de bens jurídico-penais<sup>624</sup>.

Este segundo tipo de problemas foi objecto de reflexão pelo Tribunal Supremo espanhol na decisão proferida no âmbito do caso do óleo de colza. Com efeito, a apreciação do tribunal é suscitada pelo recurso do dirigente da empresa RAELCA – empresa que se dedicava à comercialização de azeites e óleos para consumo humano e que adquiriu o óleo de colza desnaturalizado com anilina, realizando todos os actos de tratamento e refinação daquele bem previstos na lei administrativa. No recurso por si interposto, o recorrente alega que a eventual violação de deveres de cuidado exigidos pela lei se situa a montante da sua actuação, em outros âmbitos de responsabilidade. Em particular, entende que todos aqueles que com ele comercializaram o óleo de colza “tinham perfeito conhecimento de que ele se dedicava ao comércio de óleo comestível”<sup>625</sup>, tendo da sua parte cumprido os deveres de cuidado que lhe eram exigidos legalmente.

A este entendimento se opôs o Tribunal Supremo espanhol ao considerar que o cumprimento dos requisitos administrativos não é por si só suficiente para excluir uma responsabilidade do dirigente empresarial a título de negligência. Com efeito, os trâmites em causa referiam-se a óleos destinados ao consumo humano. Ora, no caso concreto, o óleo desnaturalizado com anilina não se tratava, como era de conhecimento geral, de um bem comestível, criando-se um risco extraordinário que cabia também ao agente acautelar<sup>626</sup>. Ainda que esse dever não estivesse previsto expressamente na lei, ele decorreria do dever geral de actuar de forma diligente.

O tribunal entendeu ainda que o agente não poderia invocar a seu favor um princípio de confiança na actuação conforme ao direito de terceiros, por tal princípio não ser de aplicar em caso de actividades perigosas para bens jurídicos pessoais dos consumidores, desde logo, sendo conhecidas as características perigosas do óleo de colza desnaturalizado. Perigosidade essa que, na visão do

---

<sup>624</sup> Em particular sobre esta questão e de forma desenvolvida, PAREDES CASTAÑON, José Manuel, «Límites de la responsabilidad penal...», *op. cit.*, p. 424 e ss.

<sup>625</sup> *Apud* PAREDES CASTAÑON, José Manuel, «Límites de la responsabilidad penal...», *op. cit.*, p. 422.

<sup>626</sup> Cf. PAREDES CASTAÑON, José Manuel, «Límites de la responsabilidad penal...», *op. cit.*, p. 422.

tribunal, fazia aumentar o dever de vigilância do recorrente, impondo-lhe a obrigação de não proceder à comercialização do óleo obtido por aquela via<sup>627</sup>.

De quanto resumidamente se expôs, fica claro que estão em causa questões de inegável complexidade como, por exemplo, o fundamento, formal ou material, de um dever de cuidado capaz de suportar a imputação de um resultado desvalioso produzido de forma negligente; ou a determinação dos limites do risco permitido; ou, também, a função, sentido e limites do princípio da confiança no juízo de imputação criminal; ou ainda o grau de previsibilidade dos danos – pressuposto pelas regras administrativas que concretizam o dever de cuidado a observar – e a respectiva cognoscibilidade pelo agente, exigíveis enquanto elementos necessários da negligência<sup>628</sup>.

Pela sua natureza especialmente complexa e problemática, tais questões escapam ao propósito primário desta investigação. Não podemos contudo deixar de acrescentar uma nota que estabelece uma ponte fundamental entre algumas das questões anteriormente enunciadas, a saber, a ligação entre os deveres pressupostos pela ordem administrativa (e civil) e a responsabilidade criminal que pode derivar ou excluir-se, respectivamente, da sua violação ou do seu integral cumprimento.

A doutrina penal dominante tem seguido um conceito jurídico-penal de negligência assente em critérios materiais concretizadores do cuidado de perigo. Assim, para além da previsão de normas jurídicas de comportamento em leis, regulamentos ou outras normas de uso fixadas para determinados sectores ou domínios, o dever de cuidado pode ter como fonte jurídica normas não escritas, impostas pelo comportamento que se considera socialmente adequado.

Por outro lado, tem-se entendido não existir uma identificação entre o dever pressuposto pela ordem jurídica penal e os deveres tipificados em regras de natureza civil ou administrativa, em particular no âmbito da produção de bens. Afasta-se assim, também no âmbito da responsabilidade criminal pelo produto, a tese da

---

<sup>627</sup> Sobre a argumentação do tribunal veja-se também PAREDES CASTAÑON, José Manuel, «Límites de la responsabilidad penal...», *op. cit.*, p. 423 e s.

<sup>628</sup> A previsibilidade do risco e a cognoscibilidade do dever por parte do agente, enquanto elementos essenciais à afirmação da negligência do produtor de bens pelos resultados lesivos, são analisadas por PAREDES CASTAÑON, José Manuel, «Límites de la responsabilidad penal individual en supuestos de comercialización de productos perigosos...», *op. cit.*, p. 435 e ss.

unidade normativa, nas suas distintas variantes, genericamente reduzidas, no seu denominador comum, à ideia de que os deveres de cuidado se determinam de forma unitária para o direito civil e para o direito penal<sup>629</sup>. Tal constitui mais um elemento no sentido de que a violação de uma norma extra-penal constitui somente um indício de violação do cuidado típico que o direito penal espera do agente. Torna-se ainda necessário determinar se, no caso concreto, a violação da norma de cuidado traz consigo a criação do perigo típico. Inversamente, pode ser identificado um perigo típico, decorrente da violação do cuidado devido, em situações em que foram observadas todas as normas legais, corporativas, administrativas, designadamente porque circunstâncias não consideradas na norma impõem cuidados acrescidos<sup>630</sup>. Como se expôs, foi este o entendimento seguido pelo Tribunal Supremo espanhol ao julgar improcedente o recurso interposto pelo director da RAELCA, no caso do óleo de colza.

Esta concretização revela-se especialmente profícua no âmbito do princípio da precaução a que anteriormente nos referimos. Com efeito, a previsão de normas concretizadoras do dever de cautela mostra-se fundamental para precisar o risco permitido: na medida em que se trata de um sector reconhecido como especialmente perigoso, a infracção do dever de cautela (ou a sujeição da conduta a uma determinada autorização) concretizado numa norma extra-penal constitui indício de um cuidado acrescido. A sua violação, em contextos de especial perigosidade, como são aqueles em que se move o princípio da precaução, constitui um auxílio na determinação de um dever de cuidado esperado e conseqüentemente na concretização de um perigo típico com relevância criminal. Porém, é ao abrigo da norma penal incriminadora que há-de aferir-se, em última instância, da relevância típica da conduta.

Por outro lado, a observância das regras de cautela impostas é, em princípio, suficiente para excluir o juízo de imputação penal, salvo se se verificarem circunstâncias excepcionais que fundamentem a suspeita de um perigo e de um necessário cuidado acrescido.

---

<sup>629</sup> Em particular, no âmbito da responsabilidade criminal pelo produto, veja-se SARRABAYROUSE, Eugénio C., *Responsabilidad Penal por el Producto...*, *op. cit.*, p. 575.

<sup>630</sup> Neste sentido, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal (2007)*, *op. cit.*, p. 877-878.

Toma-se assim por correcta a posição doutrinal que defende uma interpretação restrita dos deveres dos produtores de acordo com os princípios penais. Os deveres concretizados em normas extra-penais cumprem um importante auxílio, funcionando a sua violação como indício de não observância de um dever de cuidado, com eventual relevância penal sob a forma de uma conduta negligente. Cabe posteriormente averiguar se tal infracção corresponde efectivamente à violação do dever de cuidado e à criação de um risco não permitido no sentido e com as finalidades reconhecidas ao direito penal.

A regulação do dever de cuidado pelas normas administrativas constitui assim um ponto de apoio essencial – embora não exclusivo ou definitivo – na determinação do risco não permitido. Esta questão relaciona-se com a própria configuração deste tipo de risco, questão que assume especial importância no cenário de um desenvolvimento tecnológico crescente, onde aumentam as possibilidades de danos mais extensos e de um maior número de afectados. Por esta razão, tem vindo a ganhar importância prática a categoria da negligência e a sua fixação a partir do conceito de risco não permitido. A sua concretização tem, por isso, merecido especial atenção por parte da doutrina penal. Em causa está, desde logo, a questão de saber se esse risco é tido como resultado da acção, no sentido proposto por Roxin, ou enquanto qualidade ou propriedade de uma acção típica jurídico-penalmente, no sentido de Frisch. De acordo com aquela primeira posição, o risco não permitido confunde-se com os critérios de imputação objectiva, secundarizando-se o elemento da violação de um dever de cuidado. Nos termos da segunda proposta, o risco não permitido situa-se no momento anterior à determinação de uma conduta tipicamente relevante para o direito penal, porque violadora de um dever de cuidado<sup>631</sup>. Trata-se de uma questão a que voltaremos quando tratarmos do modelo de imputação por nós seguido<sup>632</sup>. Porém, desde já se avança que, da nossa perspectiva, uma actuação (ou omissão) permitida há-de ter-se como atípica da perspectiva penal.

---

<sup>631</sup> Sobre esta distinção HOYER, Andreas, «Risco Permitido e desenvolvimento tecnológico», *op. cit.*, p. 365 e s.

<sup>632</sup> *Infra* §12, 3.2.

## 5. A causalidade

### 5.1 Horizonte problemático

Um dos problemas mais discutidos pelos tribunais no âmbito da responsabilidade criminal por produtos perigosos ou defeituosos consiste na determinação do nexo de causalidade entre a conduta de produção ou comercialização de bens e o dano sofrido pelo consumidor na sua saúde<sup>633</sup>. As situações de dano relacionadas com a produção e comercialização de bens impuseram um renovado debate sobre uma das categorias clássicas do sistema penal: a causalidade, apontada por alguma doutrina penal como um conceito em crise<sup>634</sup>. Como refere Hilgendorf, “casos de responsabilidade pelo produto como o da talidomida, do *spray* para cabedal, do protector de madeira ou do óleo de colza submeteram a uma difícil prova os métodos tradicionais de imputação jurídico-penal”<sup>635</sup>.

Afirmada a inquestionável dignidade penal dos interesses ameaçados, como a vida e a integridade física, o estudo dos casos de responsabilidade criminal pelo produto situa-se, desde o primeiro momento, no plano da causalidade e da imputação objectiva em direito penal. Na sua maioria, aquelas situações confrontaram os tribunais com dúvidas importantes sobre a possibilidade de se estabelecer um nexo de causalidade inequívoco. Porém, ainda que num plano naturalístico se afirme aquela relação causal, tem-se sublinhado a ulterior necessidade de averiguar da sua relevância jurídica, ou seja, de avaliar em que medida o perigo gerado pela conduta ultrapassa os limites do risco permitido<sup>636</sup>.

A relevância do problema causal inerente às situações de responsabilidade pelo produto aumenta em ordenamentos jurídicos que, não prevendo disposições

---

<sup>633</sup> Hassemer sublinha que as questões mais difíceis no âmbito da responsabilidade criminal pelo produto se referem à dogmática da causalidade, cf. MUÑOZ CONDE, Francisco / HASSEMER, Winfried, *La Responsabilidad por el Producto...*, *op. cit.*, p. 124.

<sup>634</sup> HILGENDORF, Eric, «Relación de causalidad e imputación objetiva a través del ejemplo de la responsabilidad penal por el producto», *ADPCP LV (2002)*, p. 92.

<sup>635</sup> HILGENDORF, Eric, «Relación de causalidad e imputación...», *op. cit.*, p. 91.

<sup>636</sup> Cf. TERRADILLOS BASOCO, Juan M., «Responsabilidad por el producto. Una lectura jurisprudencial», *in: Cuestiones Actuales de Derecho Penal Empresarial*, Madrid: Colex, 2010, p. 108.

penais que expressamente as contemplem, recorrem, para a sua resolução, aos tipos incriminadores que tutelam a vida ou a integridade física, tidos como paradigma dos delitos de resultado, seja de dano (no homicídio e nas ofensas à integridade física), seja de perigo concreto (no exemplo de alguns crimes de perigo comum). Por outro lado, muito embora o legislador procure por vezes antecipar a tutela daqueles bens para um momento de perigo, resolvendo o problema da responsabilidade pelo produto por via dos tipos legais contra a saúde ou contra a segurança pública – que, na maioria das vezes, desconsideram as especificidades da produção e comercialização de bens perigosos ou defeituosos<sup>637</sup> –, é praticamente inquestionável que a decisiva relevância jurídica e social daquelas situações advém da provável verificação, num momento posterior, de resultados danosos. São claras as palavras de Muñoz Conde sobre a dificuldade em aplicar os delitos de perigo previstos no ordenamento jurídico espanhol, em qualquer das suas modalidades, a casos de responsabilidade pelo produto. Desde logo, porque persiste “o problema, comum a todos os delitos de perigo de, na prática, em situações em que o temido resultado não se verifica, não ter lugar a intervenção do direito penal, embora ela seja teoricamente possível, convertendo-se as suas previsões em letra morta. Tal deve-se sobretudo ao facto de, nos casos em que se verifica uma actividade perigosa no âmbito da construção, da elaboração ou da distribuição de alimentos ou medicamentos, no transporte de substâncias perigosas, etc., a intervenção administrativa sancionatória ser muito mais rápida e eficaz que todas as sanções penais juntas que, de facto, funcionam mais como hipóteses teóricas de um direito penal simbólico, do que como efectivas propostas de solução do problema”<sup>638</sup>.

---

<sup>637</sup> PUPPE, Ingeborg, «Problemas de imputación del resultado en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto», *in: Responsabilidad Penal de las Empresas y sus Órganos y Responsabilidad por el Producto*, Barcelona: J. M. Bosch, 1996, p. 215, referindo-se ao direito alemão, sublinha que, à excepção do direito penal alimentar, não existe qualquer tipo específico contra a colocação em circulação de produtos perigosos ou relativo à omissão de retirada de produtos em caso de a sua perigosidade se afirmar num momento posterior ao início da comercialização. Deste modo, o enquadramento penal da infracção dos deveres que o fabricante ou distribuidor de produtos tem para com os consumidores há-de realizar-se, no direito penal alemão, mas também *de iure constituto*, como se verá, no direito penal português, por via dos clássicos delitos de resultado: homicídio e ofensas à integridade física, dolosas ou negligentes. Cf., de modo desenvolvido, *infra*, § 15.

<sup>638</sup> Cf. MUÑOZ CONDE, Francisco / HASSEMER, Winfried, *La Responsabilidad por el Producto...*, *op. cit.*, p. 79.

Também de uma perspectiva histórica se afirma a dificuldade do direito penal clássico em enfrentar os danos decorrentes da produção e comercialização de produtos. Com efeito, a visibilidade destas situações está indubitavelmente associada à amplitude das suas consequências, concretizada na lesão da saúde dos consumidores. Entra-se de novo, por este caminho, no domínio dos delitos de resultado. Por conseguinte, o tema da causalidade e da imputação objectiva tornam-se nucleares na maioria dos casos tidos como paradigmáticos da responsabilidade criminal pelo produto.

Acontece porém que, no âmbito da responsabilidade pelo produto, se cruzam algumas das mais difíceis questões dirigidas à categoria da causalidade e à função por si desempenhada na atribuição de resultados danosos a uma conduta humana. Desde logo, é possível distinguir dois nódulos problemáticos essenciais: por um lado, um primeiro momento de vincada natureza científica, unido aos dados da experiência empírica que permitem relacionar o uso ou consumo de um produto com a ocorrência de um determinado resultado; por outro lado, um momento intrinsecamente normativo assente em atribuir o perigo ou lesão do bem jurídico a uma conduta, realizando sobre a base oferecida por aquele juízo científico o juízo de imputação objectiva necessária à afirmação da responsabilidade penal.

Em causa estão operações que se cruzam e se sobrepõem, uma vez que a averiguação, realizada no contexto penal, da *potência* causal de um determinado produto sobre a realização de determinados danos, surge *ab initio* limitada pela finalidade de atribuição da responsabilidade criminal àquele que o fabrica ou distribui<sup>639</sup>. Ainda assim, a distinção entre estas duas operações permite identificar

---

<sup>639</sup> Num sentido distinto, INIGO CORROZA, María Elena, *Responsabilidad Penal del Fabricante...*, *op. cit.*, p. 87 e ss., separa o problema da causalidade da questão da imputação. Da sua perspectiva, na primeira trata-se de determinar, a partir de um momento *ex post*, o que (qual o produto) produziu o resultado (morte ou lesões). A causalidade corresponde, assim, à procura da explicação daquele resultado e situa-se no plano do ser. Outra coisa distinta é o uso desta explicação para imputar. Todavia, como a própria autora reconhece nas linhas seguintes, não é uma qualquer explicação causal que se procura, mas antes uma que seja válida em direito penal. De todas as causas possíveis para explicar o resultado, “apenas interessam as que são úteis à imputação”, ou seja, aquelas que estão relacionadas com a conduta humana. Assim, não nos parece que o juízo causal e o juízo de imputação sejam absolutamente separáveis mas antes distintas faces da mesma categoria. O conceito de causalidade surge necessariamente marcado pelo contexto em que é empregue e pela finalidade que a lhe é reconhecida. A este determinismo conceitual não escapa a causalidade jurídico-penal.

classes distintas de problemas com que se depararam os tribunais nos casos paradigmáticos de responsabilidade criminal pelo produto, expostos na introdução deste trabalho.

Acrescente-se que, não obstante a imputação jurídico-penal constituir um dos maiores desafios da responsabilidade do produto, a jurisprudência procurou a solução por via da categoria da causalidade, raramente se referindo ao conceito de imputação objectiva<sup>640</sup>. Tal deve-se, segundo alguns autores, à extensão e complexidade que esta figura tem vindo a ganhar, o que levaria Schünemann, um dos seus partidários, a defini-la metaforicamente como um “polvo gigante de incontáveis tentáculos que sucessivamente se foi alargando a âmbitos mais numerosos e mais heterogéneos, tanto desde uma perspectiva ontológica como normativa”<sup>641</sup>.

Muito embora a determinação da causalidade se possa formular à partida de forma simples, ela revela-se como uma das questões mais complexas no âmbito do direito penal contemporâneo, muito particularmente nos casos de responsabilidade pelo produto. O primeiro pressuposto essencial para responsabilizar criminalmente alguém por um determinado resultado desaprovado pela ordem jurídica é que a sua conduta tenha sido causa desse resultado, seja através de acção seja por via de uma omissão. Se esta afirmação se impõe como evidente, mais difícil é determinar sob que condições se pode considerar determinado evento como causa jurídica – questão ainda mais complexa nas situações de omissão, tendo em conta a dimensão naturalística constitutiva da causalidade.

Deste modo, a responsabilidade penal pressupõe um nexo de causalidade entre uma conduta tipificada e um resultado também previsto no tipo. Todavia, como bem sublinha Puppe, um determinado resultado não pode ser explicado causalmente só a partir daquela acção ou omissão. Isto é, “um acontecimento é explicado causalmente quando se dão as condições que permitem, a partir de leis gerais, denominadas por leis causais, indicar uma conclusão sobre esse resultado”<sup>642</sup>.

---

<sup>640</sup> Cf. MUÑOZ CONDE, Francisco / HASSEMER, Winfried, *La Responsabilidad por el Producto...*, *op. cit.*, p. 125 e HILGENDORF, Eric, «Relación de causalidad e imputación...», *op. cit.*, p. 103.

<sup>641</sup> SCHÜNEMANN, Bernd, «Über die objektive Zurechnung», *GA 1999*, p. 207.

<sup>642</sup> Cf. PUPPE, Ingeborg, «Problemas de imputación del resultado...», *op. cit.*, p. 216.



Acrescente-se também que os critérios modernos de imputação – quer tomem como ponto de partida uma raiz mais naturalística, como a teoria da *condicio sine qua non*<sup>643</sup>, ou uma matriz mais normativa, como a teoria da causalidade adequada – pressupõem sempre uma referência às regras da experiência e conseqüentemente a leis causais. A questão central, nas palavras de Hassemer, é sempre a de saber que tipo de conhecimento e que relações empíricas são necessárias para que se possa afirmar, em sentido jurídico-penal, uma conduta humana como causa de um dano. Adianta ainda aquele autor, num tom crítico e pouco consensual, que “todas as concepções que defendem a existência de uma responsabilidade jurídico-penal pelo produto coincidem em colocar menos exigências àquele conhecimento, considerando desnecessárias questões de pormenor e inclusivamente certezas científico-naturais”<sup>644</sup>.

Neste contexto, a temática específica da responsabilidade pelo produto é palco de diversas e complexas questões. Em primeiro lugar, surgem os problemas derivados do desconhecimento de princípios causais que permitam relacionar o consumo de determinado produto com a ocorrência de determinadas lesões. Tal pode acontecer porque as limitações do conhecimento científico abrem espaço a possíveis lacunas no conhecimento das relações causa-efeito; ou porque se desconhecem as características de substâncias recentes usadas em novos processos

---

<sup>643</sup> Existe alguma oscilação quanto à correcta enunciação desta locução latina como *condicio sine qua non* ou *conditio sine qua non*. Do ponto de vista linguístico e etimológico, a expressão deriva de “*condicio, onis*”, a que se atribui os significados seguintes: 1. condição, situação, estado, sorte, qualidade, maneira de ser; 2. convenção, acordo; 3. condição de um acordo, estipulação, cláusula; 4. condições de um casamento, casamento; 5. partido, fortuna, cf. *Dicionário Latim / Português* (org. António Gomes Ferreira), Porto: Porto Editora, 1988, p. 271. Por sua vez, “*conditio, onis*” adquire, na sua etimologia, dois sentidos diversos. No primeiro, derivado do verbo *condere*, significa: 1. acção de fundar, fundação, criação; 2. coisa criada, obra, criatura. Numa outra significação, decorrente do verbo *condire*, toma o sentido de 1. preparação dos alimentos para conserva; 2. tempero, condimentação. A estes dois significados adiciona-se um terceiro equivalente no seu conteúdo a *condicio, onis*, cf. *Dicionário Latim / Português, ibidem*, p. 272. Com efeito, a equivalência das suas expressões – *condicio* e *conditio* – remonta já ao latim medieval e à aproximação fonética das duas palavras, cf. MUSSOMELI, Chiara, *Accademia della Crusca* ([http://www.accademiadellacrusca.it/faq/faq\\_risp.php?id=8236&ctg\\_id=93](http://www.accademiadellacrusca.it/faq/faq_risp.php?id=8236&ctg_id=93)), de tal modo que a forma *conditio* veio a adquirir o sentido de condição. Esta identidade de significados permite compreender que na literatura em geral e em particular nos textos jurídicos se verifique, já desde o século XIX, uma oscilação entre o uso daquelas expressões. Atendendo à respectiva origem etimológica, opta-se por seguir neste trabalho o termo *condicio*, não obstante poder ser hoje considerado um anacronismo. Respeita-se, no entanto, em texto citado, a terminologia escolhida pelos diversos autores.

<sup>644</sup> Cf. MUÑOZ CONDE, Francisco / HASSEMER, Winfried, *La Responsabilidad por el Producto...*, *op. cit.*, p. 125.

de fabrico; ou ainda porque se desconhecem os efeitos sinérgicos que podem resultar da combinação desses efeitos<sup>645</sup>. Este foi justamente um dos problemas colocados em evidência por grande parte da doutrina que se dedicou ao estudo do caso da talidomida, desde logo pela insuficiência manifestada à época pelo conhecimento científico quanto ao carácter lesivo daquela substância.

Em segundo lugar, pode acontecer que, muito embora se reconheça em abstracto a lei causal em que pode incluir-se a situação, se desconheça o concreto mecanismo causal, o que dificulta o consenso científico em considerar determinado acontecimento como causa. Como exemplo destas situações, Elena Iñigo Corrosa toma o caso em que se sabe que determinado produto ou substância provoca cancro, mas se desconhece o seu modo de actuação sobre o organismo<sup>646</sup>. Ora, foi justamente uma situação deste tipo aquela que foi levada a júízo no caso *Lederspray*, no âmbito do qual o tribunal afirmou a conexão causal entre o uso do *spray* e as lesões corporais muito embora desconhecesse o concreto mecanismo causal e qual a substância ou combinação de substâncias responsáveis por aqueles resultados lesivos.

Deste modo, soma-se um terceiro tipo de questões coincidentes com o valor que deve reconhecer-se a uma certa regularidade para que possa conceber-se e usar-se como lei ou princípio causalmente válido. A este propósito, distingue-se entre causalidade geral e causalidade concreta: a primeira referida à formulação de tendência geral que permite afirmar com carácter universal a relação existente entre dois acontecimentos; a segunda referente à aplicação daquela tendência (ou lei) ao caso concreto que cabe decidir<sup>647</sup>. Ora, o problema da causalidade geral foi colocado em evidência nos casos de responsabilidade pelo produto, uma vez que neste tipo de situações as leis empíricas controvertidas aparecem por vezes como um dos aspectos principais do processo penal. Com efeito, o relevo no plano jurídico de uma proposição empírica de carácter geral e a sua eventual aceitação pelo juiz é agora trazido para primeiro plano por aquelas situações<sup>648</sup>.

---

<sup>645</sup> Cf. IÑIGO CORROZA, Maria Elena, *Responsabilidad Penal del Fabricante...*, *op. cit.*, p. 87.

<sup>646</sup> Cf. IÑIGO CORROZA, Maria Elena, *Responsabilidad Penal del Fabricante...*, *op. cit.*, p. 87.

<sup>647</sup> Cf. SARRABAYROUSE, Eugenio C., *Responsabilidad Penal por el Producto...*, *op. cit.*, p. 281-282.

<sup>648</sup> Cf. PUPPE, Ingeborg, «Problemas de imputación del resultado...», *op. cit.*, p. 227.

Por último, não pode esquecer-se que os casos de responsabilidade pelo produto reúnem frequentemente, na sua complexidade, uma pluralidade de factores concorrentes para a realização do resultado, propícia a causas cumulativas ou alternativas. Com efeito, “entre a decisão de fabricar o produto e as lesões infligidas ao consumidor final persiste uma cadeia causal com elementos muito heterogêneos. Aí reside a diferença essencial entre os casos de responsabilidade pelo produto e os casos que pressupõem juízos de natureza causal mais simples, como por exemplo, a morte ou lesão de uma pessoa na sequência do disparo de um revólver”<sup>649</sup>.

Este quadro de problemas, de natureza essencialmente substantiva, projecta-se também e de modo necessário na formulação de uma série de questões processuais, muitas vezes de carácter geral e abrangente, relativas ao juízo de imputação penal. Socorrendo-nos da síntese de Hilgendorf, enunciam-se as principais: que grau de segurança é de exigir aos enunciados causais para que se possam utilizar processualmente? Com que grau de certeza se deve conhecer a perigosidade de substâncias nocivas? Qual o significado que deve atribuir-se a “leis” estatísticas? Que margem tem o juiz frente a opiniões divergentes dos peritos? Qual o alcance do princípio *in dubio pro reo*?<sup>650</sup>

Este conjunto de interrogações faz sobressair o papel cada vez mais relevante dos peritos e do conhecimento científico no âmbito do moderno processo penal. Por conseguinte, acentua-se a sua influência na decisão jurisprudencial, pressuposto o seu superior valor probatório<sup>651</sup>.

Deste modo, no âmbito da responsabilidade pelo produto cruzam-se duas questões distintas quanto à sua natureza: a primeira, essencialmente substantiva, consiste na indagação de um critério jurídico de imputação de um resultado a uma conduta humana assente no conceito material de causalidade; a segunda, de natureza

---

<sup>649</sup> HILGENDORF, Eric, «Relación de causalidad e imputación, *op. cit.*, p. 92.

<sup>650</sup> Cf. «Strafprozessuale Probleme im Licht der modernen Kausallehre am Beispiel der jüngsten Produkthaftungsfälle», *in: Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, p. 699.

<sup>651</sup> Cf. MUÑOZ CONDE, Francisco / HASSEMER, Winfried, *La Responsabilidad por el Producto...*, *op. cit.*, p. 83. O primeiro daqueles autores refere como indiscutível a evidência de que nos dias de hoje seria tão absurdo decidir sobre as causas de uma morte ou da gravidade de uma ferida com base em conjuros, rezas ou invocações da divindade, como resolver a culpa ou a inocência de um acusado através dos «ordálios» ou «juízos de Deus».

processual penal, corresponde às exigências e dificuldades probatórias daquele nexo de causalidade, exigido como critério de imputação pelo direito substantivo.

## 5.2 O conceito de causalidade e a jurisprudência sobre responsabilidade criminal pelo produto

As sentenças jurisprudenciais dos casos que temos vindo a apontar como paradigmáticos no âmbito da responsabilidade criminal pelo produto não se limitaram a decidir apenas os casos concretos mas procuraram, perante a parca literatura dedicada a este específico tema, construir os fundamentos de um sistema de responsabilidade pelo dano do produto em direito penal<sup>652</sup>. Estas decisões foram particularmente ricas em considerações sobre o juízo de imputação e o conceito de causalidade jurídico-penal. Como tal, é oportuno fazer uma breve referência às principais conclusões formuladas pelos tribunais em matéria de causalidade, dado ser este um dos tópicos frequentes e mais problemáticos sujeitos à decisão daqueles tribunais.

a) No caso da talidomida, o tribunal procurou construir um critério específico para determinar a ligação causal entre o medicamento tomado por mulheres grávidas e as graves malformações de que padeceram os recém-nascidos, construindo a sua convicção a partir de elementos fácticos, epidemiológicos e periciais, mas prescindindo de uma prova determinante do ponto de vista científico. Com efeito, entendeu que em casos em que o conhecimento científico se mostra incerto é impossível realizar um juízo absolutamente seguro que exclua toda a dúvida. Como tal, prescindindo de um critério científico objectivo, o tribunal fundamentou a sua decisão sobre o nexo de causalidade na certeza subjectiva do julgador e, portanto, num critério com forte pendor subjectivo.

A particularidade apontada a este processo consiste na ausência de conhecimentos científicos prévios que permitissem relacionar a ocorrência de

---

<sup>652</sup> Cf. PIERGALINI, Carlo, *Danno da Prodotto e Responsabilità Penale...*, *op. cit.*, p. 190-191, que compara este contributo jurisprudencial à técnica do *decision-maker* anglo-americano.

malformações em recém-nascidos com a ingestão da talidomida durante a gravidez<sup>653</sup>. Neste sentido, ficava por confirmar, na expressão de alguma literatura, a própria “causalidade geral”<sup>654</sup>. Perante a ausência de regras da experiência prévias, só a ciência poderia determinar se haveria ou não um nexo causal entre o medicamento e as malformações<sup>655</sup>. Sobre esta questão, foram trazidas ao processo opiniões divergentes por parte dos peritos quanto aos efeitos lesivos da talidomida. Da perspectiva do Ministério Público, a investigação epidemiológica permitira construir uma lei de cobertura de natureza estatístico-probabilística segundo a qual se reconhecia que a ingestão de talidomida durante a gravidez era seguida, numa elevada percentagem de casos, de malformações no feto<sup>656</sup>. Para além da elevada taxa de frequência daqueles danos, associada à toma do medicamento, as investigações revelavam também que os casos de focomelia se verificavam de forma epidémica apenas nos países em que o fármaco era comercializado. Nesses mesmos países, os casos eram irrelevantes quer antes da sua colocação no mercado, quer depois (num período temporal de oito a nove meses) de ser retirado do comércio<sup>657</sup>. Concluía-se assim pelo efeito teratogénico do medicamento.

Da perspectiva da defesa, argumentava-se não ser certo que a talidomida tivesse aquele efeito patológico<sup>658</sup>: desde logo, porque nem todas as mães que tomaram o fármaco durante a gravidez tiveram crianças com aquelas lesões; em segundo lugar, porque não se excluíram factores causais alternativos, *v. g.*, exposição à radiação ou tentativas falhadas de aborto; depois, porque se desconheciam o concreto mecanismo de acção da talidomida; por fim, porque não foi respeitado o

---

<sup>653</sup> Neste sentido, KAUFMANN, Armin, «Tatbestandsmäßigkeit und Verursachung...», *op. cit.*, p. 572.

<sup>654</sup> KAUFMANN, Armin, «Tatbestandsmäßigkeit und Verursachung...», *op. cit.*, p. 572 e p. 574. Também KUHLEN, Lothar, *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung...*, *op. cit.*, p. 64.

<sup>655</sup> Cf. TORIO LOPEZ, Angel, «Cursos causales no verificables...», *op. cit.*, p. 228.

<sup>656</sup> Cf. STELLA, Federico, *Leggi Scientifiche e Spiegazione Causale nel Diritto Penale*, Milano: Giuffrè Editore, 2000, p. 22 e ss. Também PIERGALINI, Carlo, *Danno da Prodotto e Responsabilità Penale...*, *op. cit.*, p. 191 e ss.

<sup>657</sup> Cf. PIERGALINI, Carlo, *Danno da Prodotto e Responsabilità Penale...*, *op. cit.*, p. 192. Também KUHLEN, Lothar, *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*, *op. cit.*, p. 34.

<sup>658</sup> Cf. LG Aachen, 18-12-1970, *JZ 1971*, p. 510.

método científico na recolha de dados que pudessem suportar a eventual “lei” relativa ao efeito teratogénico da talidomida<sup>659</sup>.

O tribunal afastou-se da tentativa, encetada pelas duas teses contrapostas, de procurar uma explicação assente num modelo de tipo nomológico. No seu entender, não se exige no âmbito do direito uma demonstração equivalente a uma prova científico-natural, sendo suficiente que, perante a consideração de todas as circunstâncias, o tribunal se convença plenamente da existência daquela conexão causal<sup>660</sup>. Deste modo, entre os elementos que concorrem para a fundamentação probatória da decisão jurídico-penal, os juízes invocam o testemunho daqueles peritos que apontam a talidomida como uma substância apropriada a causar danos como os referidos no processo; a correlação temporal e geográfica, estabelecida pela evidência epidemiológica, entre a utilização da talidomida e a ocorrência daqueles danos; os resultados da experimentação animal<sup>661</sup>. Não obstante a existência de outros elementos probatórios em sentido contrário, o tribunal considerou que a prova no processo penal é obtida assim que o juiz está plenamente convencido dos factos precisados de prova. Desta forma, “a prova processual penal realiza-se, de acordo com a especificidade do conhecimento próprio das ciências do espírito, não em um pensamento imediatamente racional mas antes na força de um juízo que pondera as razões sobre a conexão global do acontecimento. Num tal juízo é impensável uma segurança que exclua toda a dúvida, inclusive a teórica. Assim, não importa a certeza *objectiva* procurada pelas ciências naturais, mas antes a certeza *subjectiva*”<sup>662</sup>. Por conseguinte, de acordo com os juízes, “a impossibilidade de encontrar uma lei universal explicativa da propriedade teratogénica do fármaco, assim como a existência de profundas divergências entre os peritos, demonstram que não se deve confundir a prova ‘em sentido científico-naturalístico’ com a ‘prova

---

<sup>659</sup> Esta síntese dos argumentos a favor das duas posições é feita, no essencial, por STELLA, Federico, *Leggi Scientifiche...*, *op. cit.*, p. 22 e s.

<sup>660</sup> Cf. LG Aachen, 18-12-1970, *JZ 1971*, p. 510.

<sup>661</sup> Cf. LG Aachen, 18-12-1970, *JZ 1971*, p. 511 e ss.

<sup>662</sup> Cf. LG Aachen, 18-12-1970, *JZ 1971*, p. 510.

necessária em direito penal' ”<sup>663</sup>. O critério definitivo e decisivo para aferir da conexão causal deve ser a convicção do juiz na valoração da prova produzida.

Não obstante, o tribunal faz referência, ainda que indirecta, ao critério material de causalidade por si entendido como válido em direito penal. Com efeito, os juízes consideraram que a existência de causas alternativas com os mesmos efeitos apenas tinha interesse do ponto de vista científico, uma vez que ao direito penal apenas importa determinar se a eliminação da talidomida implica a supressão do resultado, a saber, as malformações em recém-nascidos<sup>664</sup>. Na convicção do tribunal, este era precisamente o caso, numa clara alusão à teoria da *condicio sine qua non*. Adiante-se ainda que, em resposta aos argumentos da defesa, a decisão considerou também que o conhecimento exacto do mecanismo de acção da talidomida, embora relevante para a ciência, não tinha qualquer influência na prova do nexo de causalidade entre o medicamento e as lesões<sup>665</sup>.

A apreciação da causalidade tal como foi realizada pelo tribunal foi objecto de diversas objecções críticas por parte da literatura penal. Entre elas destaca-se, até pela proximidade temporal àquela decisão e pela amplitude que conheceu na literatura, a análise de Armin Kaufmann. Justifica-se uma breve síntese da crítica dirigida pelo autor à decisão proferida pelo tribunal em matéria causal.

Kaufmann, remetendo-se à proposta doutrinal de Engisch, considera a causalidade como elemento do tipo objectivo de ilícito, cuja realização se dá por referência a uma lei causal reconhecida cientificamente<sup>666</sup>. A compreensão deste elemento típico a partir da dominante teoria das condições e do juízo de eliminação hipotética por ela pressuposto só pode concretizar-se por via da remissão a leis (causais) reconhecidas em geral. Neste sentido, a teoria das condições mostra-se como um mero princípio heurístico e não como um critério directamente aplicável

---

<sup>663</sup> Cf. PIERGALINI, Carlo, *Danno da Prodotto e Responsabilità Penale...*, *op. cit.*, p. 193. Também LG Aachen, 18-12-1970, *JZ 1971*, p. 510: „Dabei ist unter dem Nachweis im Rechtssinne keineswegs der sogenannte naturwissenschaftliche Nachweis zu verstehen, der ein mathematische, jede Möglichkeit des Gegenteils ausschließende Gewißheit, also ein absolut sicheres Wissen (...), voraussetzt“. Referindo-se de forma crítica a esta decisão e concretamente ao critério subjectivo para aferição da causalidade por ela proposto, KAUFMANN, Armin, «Tatbestandsmäßigkeit und Verursachung...», *op. cit.*, p. 573.

<sup>664</sup> Cf. LG Aachen, 18-12-1970, *JZ 1971*, p. 511.

<sup>665</sup> Cf. LG Aachen, 18-12-1970, *JZ 1971*, p. 511.

<sup>666</sup> Cf. KAUFMANN, Armin, «Tatbestandsmäßigkeit und Verursachung...», *op. cit.*, p. 574.

para se aferir da causalidade, uma vez que pressupõe, no seu esquema de realização, a aferição do concreto nexos causal através de um juízo de subsunção ou de referência a leis causais abstractas e reconhecidas. Por conseguinte, só as leis causais que estão antes da *condicio sine qua non* e são por ela abarcadas e experimentadas possibilitam a comprovação de cursos causais concretos<sup>667</sup>. Assim, aquela fórmula não fundamenta materialmente a causalidade mas antes serve a comprovação da sua existência. Ora, no caso da talidomida, ao contrário do que considerou o tribunal, a eliminação hipotética da ingestão do medicamento nada informa sobre o desaparecimento das lesões, porque se desconhece a lei geral capaz de relacionar aqueles dois acontecimentos.

Kaufmann acrescenta ainda que a ausência de um conhecimento científico e objectivo, pressuposto do juízo de subsunção necessário à resolução do caso, não pode ser suprida pela convicção subjectiva do juiz. A investigação daquela lei é da competência das ciências naturais e nunca do tribunal. Assim, nas situações de um *non liquet* por parte das ciências da natureza, falha uma lei causal em geral reconhecida onde possa ser subsumido o nexos de causalidade concreto<sup>668</sup>.

O comentário crítico de Kaufmann à decisão do tribunal de Aachen foi por sua vez sujeito à discussão e discordância doutrinal<sup>669</sup>. Uma crítica particularmente intensa é dirigida à compreensão das leis causais empíricas como elementos normativos, na medida em que penetram no tipo legal (de resultado) e completam a dependência causal entre a acção e o resultado. Ora, a ideia de as leis causais integrarem o tipo legal não é partilhada pela maioria da doutrina, desde logo, porque numa tal compreensão as leis causais genericamente reconhecidas chegam a considerar-se autênticas premissas jurídicas com apetência para determinar o tipo e consequentemente a lei penal, sendo por conseguinte determinadas fora do juízo

---

<sup>667</sup> Cf., em referência ao pensamento de Armin Kaufmann, TORIO LOPEZ, Angel, «Cursos causales no verificables...», *op. cit.*, p. 231. Também KUHLEN, Lothar, *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung...*, *op. cit.*, p. 65.

<sup>668</sup> Cf. KAUFMANN, Armin, «Tatbestandsmäßigkeit und Verursachung...», *op. cit.*, p. 574; também KUHLEN, Lothar, *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung...*, *op. cit.*, p. 65.

<sup>669</sup> Sobre a crítica à teoria de Kaufmann veja-se, por exemplo, TORIO LOPEZ, Angel, «Cursos causales no verificables...», *op. cit.*, p. 232 e ss.; também PUPPE, Ingeborg, «Problemas de imputación del resultado...», *op. cit.*, p. 226, e KUHLEN, Lothar, *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung...*, *op. cit.*, p. 66.



judicativo do julgador, pondo-se em causa, de forma imediata, o princípio *iura novit curia*<sup>670</sup>. Uma outra reserva crítica assenta na rigidez da proposta de Kaufmann, uma vez que, nas situações em que se desconhecem ou não estão suficientemente claros os princípios ou leis científicas aplicáveis, seria imediatamente de excluir o concreto nexos de causalidade entre uma determinada acção e o resultado que lhe está associado. Ainda assim, o comentário de Kaufmann à sentença da talidomida teve o mérito de colocar em evidência o conceito de causalidade, nas suas dimensões material e probatória. Em particular, concedeu amplo relevo a uma das questões causais fundamentais no âmbito da responsabilidade criminal pelo produto, a saber, o problema da verificação de cursos causais quando não existam regras de experiência ou leis causais científicas previamente estabelecidas.

b) Depois das reflexões provocadas pelo caso da talidomida, a decisão do caso *Lederpray* apresenta-se, até pela ressonância que teve na literatura penal, como um *case study* em matéria de responsabilidade criminal pelo produto<sup>671</sup>. A problemática da causalidade foi um dos tópicos de maior complexidade na resolução judicial deste caso.

O tribunal de primeira instância condenou os directores da empresa-mãe e das suas filiais pelas ofensas à integridade física sofridas pelos consumidores do *spray* para produtos de pele, não só pela omissão de retirar aquele produto do mercado, como também pela acção de continuação de produção e comercialização do produto não obstante o conhecimento daquelas lesões<sup>672</sup>. Apesar de não ter sido possível determinar em concreto qual a substância específica, de entre os componentes do produto, causadora daqueles danos, o tribunal considerou provada a existência de uma relação de causalidade entre o *spray* e as lesões sofridas pelos

---

<sup>670</sup> Em particular sobre esta crítica, NAUKE, *Kausalität und Strafrecht*, 1980, *apud* TORIO LOPEZ, Angel, *ibidem*, p. 233.

<sup>671</sup> Cf. HILGENDORF, Eric, «Zur Kausalität im Arzneimittelstrafrecht», *Pharma Recht*, Heft 10 (1994), p. 303; também SCHMIDT-SALZER, Joachim, «Strafrechtliche Produktverantwortung. Das Lederspray-Urteil des BGH», *NJW* 1990, p. 2966 e s., considera esta decisão do BGH como um marco da jurisprudência alemã, com amplo significado não só dogmático como também político-criminal.

<sup>672</sup> *BGHSt* 37 (1992), p. 110.

seus consumidores<sup>673</sup>. Tendo sido este um dos problemas invocados na fundamentação do recurso, o BGH foi chamado a pronunciar-se sobre o critério e aferição do nexa causal em direito penal.

Na indagação de um nexa de causalidade entre as lesões sofridas pelos consumidores e a actuação dos dirigentes empresariais, as considerações do BGH extravasaram a fórmula da *condicio sine qua non* enquanto critério usual de aferição da causalidade em direito penal. Com efeito, o tribunal separou a análise da cadeia causal em duas partes: de um lado, o nexa de causalidade entre a conduta dos dirigentes empresariais e a venda dos *sprays*; de outro, a ligação entre o uso do produto e as lesões corporais, averiguando se aquele tipo de danos poderia ser causado por um produto daquela natureza, ou seja, aferindo da conhecida causalidade geral<sup>674</sup>. No que se refere a este segundo ponto, o BGH deu a sua concordância à decisão proferida pela primeira instância, considerando que a questão causal tinha sido correctamente resolvida pelo tribunal de Mainz<sup>675</sup>.

A afirmação do concreto nexa de causalidade por este tribunal supremo constituiu uma profunda modificação no critério de determinação da causalidade, uma vez que representa a renúncia à fórmula da *condicio sine qua non*. Com efeito, o tribunal reconheceu que, dos factos provados em audiência, não foi possível determinar, de um ponto de vista científico-natural, qual dos elementos ou combinação de elementos é que conferiu ao produto uma propriedade lesiva da saúde dos consumidores. Assim, não interessa a investigação da substância responsável pelos danos nem o conhecimento da sua eficácia tóxica no caso. “Verificou-se de maneira juridicamente correcta que algum dos componentes integrantes do produto – ainda que não tenha sido possível determinar com maior pormenor qual deles – foi a causa dos danos, logo já não se mostra necessário, para demonstrar a relação de causalidade, que adicionalmente se comprove por que razão

---

<sup>673</sup> *Apud* KUHLEN, Lothar, «Strafhaftung bei unterlassenem Rückruf gesundheitsgefährdender Produkte», *NStZ* 1990, p. 566; SAMSON, Erich «Probleme strafrechtlicher Produkthaftung», *StV* 1991, p. 183.

<sup>674</sup> Cf. HILGENDORF, Eric, «Fragen der Kausalität bei Gremienentscheidungen am Beispiel des Lederspray-Urteils», *NStZ* 1994, p. 561 e, do mesmo autor, «Zur Kausalität im Arzneimittelstrafrecht», *op. cit.*, p. 304.

<sup>675</sup> *BGHSt* 37 (1992), p. 112 e s.

essas substâncias causaram aqueles danos, e, por conseguinte, qual foi, segundo a análise dos conhecimentos científico-naturais, a causa dos mesmos”<sup>676</sup>.

Esta constitui uma afirmação nuclear em matéria de causalidade, que transformou esta decisão em objecto de análise e reflexão por parte da literatura penal. Com efeito, a decisão incorpora o problema da causalidade e da sua prova e, em face da inadequação da teoria da condição nos casos de insegurança de uma lei causal prévia, propõe-se desenvolver um conceito de causalidade adequado às novas questões que são dirigidas ao direito penal. Divergindo da decisão do caso *Contergan*, o tribunal não recorre de forma precipitada à livre convicção do julgador na apreciação da prova<sup>677</sup>. A decisão considera que alguma das substâncias do *spray*, ou, em alternativa, uma combinação entre elas, foi causa dos danos à saúde dos consumidores, ainda que não haja um conhecimento exacto do encadeamento causal entre o factor nocivo e o dano. Porém, esta ligação causal é suportada pelos juízes em ulteriores considerações, observadas pela decisão formulada pelo tribunal de primeira instância: de um lado, a existência de uma estreita relação temporal entre o uso do *spray* e a lesão na saúde; de outro, a ausência de outra explicação causal para aqueles danos<sup>678</sup>.

A argumentação do tribunal foi comparada à imagem da caixa escura utilizada pelo ilusionista (teoria da *black-box*): controla-se o que entra na caixa e aquilo que dela sai, mas o seu conteúdo permanece desconhecido<sup>679</sup>. Ou seja, sabe-se que o uso do produto está correlacionado com a verificação de determinados danos; pode excluir-se com facilidade a existência de outro factor nocivo; mas não se sabe qual das substâncias que compõem o produto é ofensiva para a saúde dos consumidores<sup>680</sup>.

---

<sup>676</sup> Cf. *BGHSt 37 (1992)*, p. 112.

<sup>677</sup> Cf. HASSEMER, Winfried / MUÑOZ CONDE, Francisco, *La Responsabilidad por el Producto...*, *op. cit.*, p. 132-133.

<sup>678</sup> Cf. *BGHSt 37 (1992)*, p. 112.

<sup>679</sup> Cf. HASSEMER, Winfried / MUÑOZ CONDE, Francisco, *La Responsabilidad por el Producto...*, *op. cit.*, p. 133.

<sup>680</sup> Cf. HASSEMER, Winfried / MUÑOZ CONDE, Francisco, *La Responsabilidad por el Producto...*, *op. cit.*, p. 133.

Esta argumentação jurídica dividiu a doutrina penal<sup>681</sup>. De um lado estão aqueles autores que reforçam a impossibilidade de assacar qualquer responsabilidade criminal nas situações em que se desconhecem os factores concretos prejudiciais aos objectos juridicamente tutelados ou o modo como se realiza essa ofensividade<sup>682</sup>, exigindo-se no mínimo a existência de uma lei causal que possa explicar as lesões, sob pena de se admitir como suficiente para a demonstração do nexó causal uma mera prova indirecta ou indiciária<sup>683</sup>. Entre estas vozes críticas destacam-se, em directa anotação à decisão do *Lederspray*, as vozes de Ingeborg Puppe e de Erich Samson<sup>684</sup>.

A primeira autora, em anotação à decisão do *Lederspray*, considera expressamente que não se formulou qualquer lei causal, sequer sob a forma de hipótese cientificamente fundada, sobre qual dos componentes do *spray* e segundo que condições teria causado os danos na saúde dos seus consumidores. Deste modo, o tribunal considerou suficiente para a prova da causalidade uma mera prova indiciária indirecta e como tal de suficiência duvidosa. Consequentemente, da perspectiva da autora, a exclusão por parte do tribunal de outras possíveis causas foi precipitada. Desde logo, porque não pode excluir-se sem mais a possibilidade de existirem outras causas igualmente desconhecidas que expliquem causalmente aquelas lesões. Num outro texto, a autora acrescenta, ainda em referência a este caso, que a prova indirecta acaba por conduzir a uma inversão do ónus probatório em prejuízo do acusado: “uma vez que a lei causal que se aplica ao caso concreto nem sequer foi enunciada, resulta impossível que o acusado possa de alguma maneira questioná-la ou refutá-la. Desde modo, a lei causal desconhecida aplica-se contra si até que lhe seja possível oferecer ao juiz uma hipótese causal plausível”<sup>685</sup>.

---

<sup>681</sup> Cf. TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octávio, «La responsabilidad penal por el producto...», *op. cit.*, p. 487. Para uma apreciação das várias posições doutrinárias assumidas na Alemanha veja-se HILGENDORF, Eric, «Fragen der Kausalität bei Gremienentscheidungen...», *op. cit.*, p. 562.

<sup>682</sup> Neste sentido, HASSEMER, Winfried / MUÑOZ CONDE, Francisco, *La Responsabilidad por el Producto...*, *op. cit.*, p. 137.

<sup>683</sup> Neste sentido, PUPPE, Ingeborg, *JR 1992*, p. 30-31.

<sup>684</sup> Dando razão a Puppe e Samson nessa crítica, também HASSEMER, Winfried / MUÑOZ CONDE, Francisco, *La Responsabilidad por el Producto...*, *op. cit.*, p. 146.

<sup>685</sup> Cf. PUPPE, Ingeborg, *La Imputación Objetiva...*, *op. cit.*, p. 16.

Também Samson critica esta decisão quanto à metodologia usada para provar a causalidade. Entre as objecções principais que dirige àquela decisão, este autor sublinha que, contrariamente ao estabelecido na primeira instância, não pode provar-se a causalidade no caso concreto sustentando-a na exclusão de outras causas que pudessem ter produzido aquelas lesões. Desde logo, não se percebe como podem ser excluídas outras causas desconhecidas, quando o concreto curso causal é também ele desconhecido. Interrogação que o BGH desconsiderou nas reflexões que enceta sobre a causalidade. Da perspectiva do autor, o juízo sobre a influência no resultado lesivo de circunstâncias contemporâneas ao uso do *Lederspray* depende de dois pressupostos. “Por um lado, as circunstâncias que podem produzir o resultado devem ser conhecidas de modo amplo e conclusivo. Por outro lado, deve estabelecer-se que não se verificou, no caso concreto, nenhuma dessas outras circunstâncias”<sup>686</sup>. De outro modo, instala-se a dúvida sobre a possibilidade de existir outra causa contemporânea para as lesões sofridas pelos consumidores daquele *spray*. Por conseguinte, instala-se também a dúvida sobre o nexo causal existente entre a conduta de produção e comercialização do bem e os danos sofridos pelos seus consumidores – dúvida que não foi considerada pelo tribunal no momento da valoração da prova.

É outro o entendimento dos autores que se pronunciam favoravelmente à decisão proferida pelo BGH. Desta perspectiva considera-se que o preenchimento típico nos delitos de resultado não exige a determinação de “como” se realizou causalmente o resultado, mas unicamente “que” o autor, através da sua conduta, lhe tenha dado causa<sup>687</sup>. Entre estes autores conta-se Kuhlen, que sublinha a diversa natureza e sentido da compreensão jurídica, por um lado, e científica, por outro, do conceito de causalidade. Deste modo, tendo por referência o caso *Lederspray*, o autor considera que “uma diferença entre a resposta jurídica afirmativa e a negação ou dúvida por parte da ciência à questão da causalidade, não é, nestas circunstâncias, uma resposta fundamentada empiricamente, mas antes normativamente, isto é, nos

---

<sup>686</sup> SAMSON, Erich «Probleme strafrechtlicher Produkthaftung», *op. cit.*, p. 183

<sup>687</sup> Neste sentido, KUHLEN, Lothar, «Strafhaftung bei unterlassenem Rückruf...», *op. cit.*, p. 567.

distintos parâmetros de adequação da respectiva explicação causal”<sup>688</sup>. Por conseguinte, a determinação dos pressupostos mínimos com base nos quais uma regularidade de factos semelhantes pode ser considerada uma lei causal é uma questão normativa que pode encontrar uma resposta diversa no âmbito do processo penal ou em outras áreas científicas. Assim, outorga-se ao juiz “a possibilidade de responder ao ‘tema da causalidade’ de forma distinta ao que faria o perito científico mais competente”<sup>689</sup>. Contudo, o autor reconhece a complexidade da questão, designadamente o risco de o direito penal e as relações causais afirmadas nesse contexto ficarem desacreditados em face do avanço dos conhecimentos da ciência. Da perspectiva do autor, trata-se de um risco insuperável: se tal é pensável no âmbito da decisão *Lederspray*, do mesmo modo o direito penal teria caído em descrédito se no âmbito do caso *Contergan* se tivesse negado a relação de causalidade entre a talidomida e o seu efeito teratogénico<sup>690</sup>.

c) A linha argumentativa estabelecida pelo BGH no caso *Lederspray* quanto à diferente metodologia seguida para demonstrar a causalidade no âmbito jurídico e no domínio das ciências naturais, foi retomada pelo LG de Frankfurt am Main<sup>691</sup> no caso do verniz protector de madeira, em que seria determinada a condenação dos dirigentes da empresa pelo crime de ofensas à integridade física (§ 230 do StGB) em concurso com o crime de libertação de substâncias venenosas (§ 330a, 3, StGB)<sup>692</sup>.

De facto, também aqui a questão da causalidade e da sua prova constituíram um dos elementos centrais da decisão judicial. A este propósito e à semelhança da decisão que se analisou anteriormente, entendeu o tribunal que as divergências científicas sobre a explicação dos mecanismos causais das matérias nocivas não

---

<sup>688</sup> Neste sentido, KUHLEN, Lothar, «Strafhaftung bei unterlassenem Rückruf...», *op. cit.*, p. 567

<sup>689</sup> Cf. KUHLEN, Lothar, «Cuestiones fundamentales de la responsabilidad...», *op. cit.*, p. 240.

<sup>690</sup> Cf. KUHLEN, Lothar, «Cuestiones fundamentales de la responsabilidad...», *op. cit.*, p. 240.

<sup>691</sup> Cf. HASSEMER, Winfried / MUÑOZ CONDE, Francisco, *La Responsabilidad por el Producto...*, *op. cit.*, p. 134.

<sup>692</sup> A decisão deste tribunal é de 25 de Maio de 1993. Todavia, a relação de causalidade entre um protector de madeira semelhante e a ocorrência de lesões em sujeitos que viveram em habitações tratadas com aquela substância havia já sido julgada em 1977 pelo LG de Munique, que afirmou o nexo causal entre a aplicação daquele produto e os danos na saúde. Considera-se esta, assim, a primeira decisão penal relativa a lesões causadas por produtos protectores da madeira, cf. IÑIGO CORROSA, Maria Elena, «El caso del “producto protector de la madera”...», *op. cit.*, p. 440, nota 4.

impedem que o juiz possa formular um juízo sobre a causalidade no caso concreto. Não obstante, os elementos factuais eram diversos daqueles que compunham o caso *Lederspray*. No âmbito desta última decisão não se conseguiu determinar o concreto componente nocivo; de modo diferente, o tribunal de Frankfurt sabia que os protectores de madeira eram (*rectius*, tinham sido durante muitos anos) compostos por substâncias, como pentaclorofenol e/ou lindano, referenciadas como tóxicas e tidas como prejudiciais à saúde humana quando usadas em grandes quantidades. Porém, desconhecia-se o efeito da exposição prolongada a quantidades mínimas daquelas substâncias, designadamente os efeitos nocivos daí decorrentes. Deste modo, para que o tribunal alcançasse uma conclusão sobre a relação de causalidade entre o produto e os danos, importava determinar a partir de que quantidade e após quanto tempo as substâncias componentes do protector de madeira, em particular o lindano e o pentaclorofenol, se mostram nocivas à saúde dos seus consumidores<sup>693</sup>.

Com efeito, não só a presença daquelas substâncias nos produtos era reduzida, como também as lesões surgiam apenas após um longo período de exposição àquele produto ou então por via de um contacto indirecto, através da sua assimilação pelos têxteis, móveis, papéis ou materiais componentes das habitações. Importava determinar se, ainda assim, naquelas circunstâncias aquele produto poderia ser associado causalmente aos danos na saúde sofridos por aqueles que habitavam as casas onde o produto tinha sido usado<sup>694</sup>. Deste modo, o quadro das interrogações de natureza causal, embora apresentando algumas semelhanças, não é idêntico ao do caso *Lederspray*.

Uma das questões principais analisadas neste processo foi a de saber se existia uma conexão causal entre a exposição ao protector da madeira e as lesões na saúde. Apesar dos conhecimentos científicos não serem conclusivos, o tribunal de Frankfurt entendeu que seria de afirmar a causalidade, baseando-se para tal na prova pericial e nas seguintes circunstâncias-indícios: os problemas de saúde foram sentidos por habitantes de casas onde aquele produto tinha sido aplicado com alguma extensão; os primeiros sintomas ocorreram pouco depois de as pessoas

---

<sup>693</sup> Cf. SCHULZ, Lorenz, «Strafrechtliche Produkthaftung: „Holzschutzmittel“», *JA* 1996, p. 186. Também BRAUM, Stefan, «Strafrechtliche Produkthaftung...», *op. cit.*, p. 181.

<sup>694</sup> Cf. SCHULZ, Lorenz, «Strafrechtliche Produkthaftung», *op. cit.*, p. 186.

contactarem e serem expostas àquele produto; verificou-se uma clara melhoria do estado geral de saúde das pessoas afectadas assim que saíram da habitação<sup>695</sup>.

Muito embora persistissem incertezas científicas, o tribunal, de modo diverso ao caso *Contergan*, não remeteu sem mais a prova da causalidade para a convicção do julgador. Nas palavras dos juízes, “esta convicção fundamenta-se em verificações gerais segundo as quais se reconhecem às referidas substâncias efeitos tóxicos (designada causalidade geral), no facto desta toxicidade ter sido encontrada em pequena quantidade no corpo da vítima (prova concreta do veneno) e finalmente em particulares diagnósticos médicos segundo os quais os sintomas gerais se podem referir a um efeito de envenenamento corporal”<sup>696</sup>. Deste modo, num percurso distinto do caso *Lederspray*, os juízes procuraram ainda, com base no testemunho pericial, identificar os componentes do protector de madeira nocivos à saúde e, como tal, responsáveis pelos danos à saúde sofridos pelos habitantes das casas que tinham sido tratadas com aquele produto<sup>697</sup>.

Da decisão de condenação houve recurso para o BGH, sendo a valoração da prova um dos motivos que sustentaram a inconformidade da defesa com aquela decisão. Em causa estava a insuficiência e divergência das provas periciais apresentadas que, como tal, não permitiam assegurar um mínimo grau de certeza capaz de suportar a decisão.

O BGH acabaria por discordar da decisão da primeira instância no que respeita ao estabelecimento donexo causal entre o protector de madeira e os danos na saúde, mas com base em fundamentos diversos daqueles que eram invocados pelos recorrentes<sup>698</sup>.

---

<sup>695</sup> De modo desenvolvido quanto a estas circunstâncias, IÑIGO CORROSA, Maria Elena, «El caso del “producto protector de la madera”...», *op. cit.*, p. 443. Também SCHWARTZ, Martina, *Strafrechtliche Produkthaftung*, *op. cit.*, p. 58 e ss.

<sup>696</sup> *Apud* COLUSSI, Marc, *Produzentenkriminalität und strafrechtliche Verantwortung*, *op. cit.*, p. 143.

<sup>697</sup> Cf. *BGHSt 41 (1996)*, p. 207-208. Em causa estavam duas substâncias que integravam os produtos protectores de madeira: o pentaclorofenol e o lindano. O primeiro fez parte até 1977 da composição do produto em causa neste julgamento, ano em que a empresa decidiu retirar aquele componente em face do número abundante de queixas. Todavia, produtos contendo aquela substância não foram retirados do mercado, nem se proibiu a comercialização daqueles que já haviam sido produzidos. Para uma síntese com os factos principais veja-se IÑIGO CORROSA, Maria Elena, «El caso del “producto protector de la madera”...», *op. cit.*, p. 440.

<sup>698</sup> Trata-se da decisão de 2-08-1995, publicada em *BGHSt 41 (1996)*, p. 206-219. Também em *NStZ 1995*, p. 590 a 592, e, de forma resumida, em *NJW 1995*, p. 2930-2931.



Com efeito, a solução do LG foi rejeitada não porque este tribunal afirmara a conexão causal entre as lesões e a utilização do produto com componentes perigosos sem haver provas científicas seguras, mas sim porque fundamentava a sua decisão nos conhecimentos e opinião de uma parte concreta da doutrina científica, designados na sentença por “conhecimentos da nova investigação médica”, desconsiderando a crítica que lhe era dirigida por outros sectores<sup>699</sup>. Porém, em divergência com os recorrentes, o BGH considerou não ser aplicável, aos casos em que persiste discussão científica, um *non liquet* da perspectiva jurídica. Neste sentido, a “comprovação dos factos relevantes para o processo penal – e em particular a prova da causalidade – não exige um conhecimento absoluto, que não possa ser questionado por ninguém; mas antes um grau de certeza suficiente, alcançado por meio do processo penal, que exclua a existência de uma qualquer dúvida razoável”<sup>700</sup>.

Deste modo, a discordância do BGH situa-se ao nível das exigências, no âmbito de um processo penal, para considerar provada uma hipótese causal discutida. Retomando como ponto nuclear da sua argumentação a diferença entre a metodologia usada pelas ciências naturais e aquela que é própria do direito para afirmar a causalidade, o tribunal considera que, ainda que o juiz não seja competente para decidir de uma querela científica sobre a validade de uma lei causal, pode e deve decidir se um determinado factor foi ou não causa de um dano juridicamente relevante no caso concreto. Para tal, deve valorar as diversas contribuições probatórias de modo a poder sustentar a causalidade no caso concreto ainda que existam dúvidas sobre a existência de uma lei causal reconhecida universalmente<sup>701</sup>. De acordo com a decisão, “ao determinar o efeito de uma substância num caso concreto, por via de uma valoração global, faz-se, decerto, uma afirmação incidental sobre a sua eficácia geral. Mas como ao juiz apenas lhe cabe aquela determinação no caso concreto, ele não decide da questão, discutida no âmbito científico, da

---

<sup>699</sup> Cf. IÑIGO CORROSA, María Elena, «El caso del “producto protector de la madera”...», *op. cit.*, p. 444.

<sup>700</sup> *BHS* 41 (1996), p. 214. Também SCHWARTZ, Martina, *Strafrechtliche Produkthaftung*, *op. cit.*, p. 61 e ss.

<sup>701</sup> Cf., numa análise a esta decisão da perspectiva da prova de uma lei causal, PUPPE, Ingeborg, *La Imputación Objetiva...*, *op. cit.*, p. 16.

existência de uma lei natural, mas antes cumpre a sua tarefa, apreciando todos os indícios relevantes do caso concreto para decidir e tendo por base o conhecimento científico disponível (...)”<sup>702</sup>. Porém, se o juiz se apoia em conhecimentos e métodos que carecem de consenso no âmbito científico, deve reunir toda a informação que permita controlar se as diferentes perspectivas foram ponderadas correctamente. Se não o faz, a fundamentação da sentença será insuficiente.

Ora, da perspectiva do BGH, o tribunal de Frankfurt não cumpriu esses requisitos, pois sustentou a comprovação dos efeitos nocivos dos componentes do protector da madeira no testemunho de um dos peritos. E, em lugar de expor e discutir os argumentos das opiniões científicas divergentes, limitou-se a mencionar que as múltiplas críticas científicas não abalavam aquele testemunho<sup>703</sup>. Assim, a exposição incompleta da discussão científica e a insuficiente consideração das dúvidas levantadas a uma determinada prova pericial, mostram que a contribuição daquele perito foi sobrevalorizada em termos probatórios, o que determinou a consequente cassação da sentença pelo BGH<sup>704</sup>.

O caso do protector de madeira teve ampla ressonância quer no plano da opinião pública quer no âmbito da doutrina penal especializada. No primeiro caso, a amplificação dada a estas decisões judiciais compreende-se a partir de diversos ângulos, entre os quais se destaca a difusão temporal da apreciação jurídica dos danos causados pelos protectores de madeira, em sucessivos processos, uma vez que muitos dos factos referidos na sentença retrocediam já à década de 1960 <sup>705</sup>. Porém, só em 1984, após um significativo conjunto de denúncias, se iniciaram as averiguações que conduziram à formulação, em 1989, da acusação por parte do Ministério Público que daria origem ao processo que ora se analisa<sup>706</sup>. O interesse do público por este caso justifica-se ainda pelo extenso número de pessoas

---

<sup>702</sup> BGHSt 41 (1996), p. 216.

<sup>703</sup> BGHSt 41 (1996), p. 217.

<sup>704</sup> BGHSt 41 (1996), p. 217-218.

<sup>705</sup> Cf. IÑIGO CORROSA, María Elena, «El caso del “producto protector de la madera”...», *op. cit.*, p. 440.

<sup>706</sup> SCHULZ, Lorenz, «Strafrechtliche Produkthaftung», *op. cit.*, p. 185, reúne estes acontecimentos sobre a clarificadora epígrafe: “Holzschutzmittel e a ausência de um fim”.

afectadas, bem como pelo eco que as decisões tiveram nos meios de comunicação social<sup>707</sup>.

No âmbito da literatura penal, a importância desta decisão decorre do modo como é perspectivada a matéria da causalidade, numa linha de continuação com outras decisões jurídicas alemãs em matéria de responsabilidade do produto, designadamente as proferidas no âmbito dos casos *Contergan* e *Lederspray*. Todavia, a decisão do BGH permitiu adicionar, às questões abordadas naqueles casos, uma nova interrogação referente ao problema da prova e da valoração de uma lei causal em tribunal. Em particular, o BGH teve que decidir sobre a questão de saber quais as condições que devem exigir-se, no âmbito de um processo penal, à prova de uma hipótese causal controversa<sup>708</sup>. No caso concreto, essa hipótese consistia em determinar se as concentrações de quantidades tóxicas no tecido adiposo humano eram ou não causadas pelo uso do protector de madeira nas habitações das pessoas que sofreram as lesões corporais descritas na acusação.

Assim, a importância desta decisão reflecte-se não tanto no conceito material de causalidade mas no plano processual da sua prova, como fundamento de imputação de um resultado à conduta do autor. Como evidencia Ingeborg Puppe, referindo-se justamente a este caso, em causa está determinar se a lei causal (geral) aplicada e pressuposta pela afirmação do nexo causal constitui um elemento conceptual da causalidade (*ratio essendi*) ou se se trata tão-somente de um indício dessa causalidade (*ratio cognoscendi*)<sup>709</sup>. A natureza reconhecida a esta lei causal tem reflexos necessários no grau de exigência probatório: sendo um elemento conceptual da causalidade apresenta-se como um facto que tem de ser enunciado e considerado como provado em tribunal, o que reveste particular dificuldade nos casos de divergência científica; se é concebida como um mero indício de existência no caso concreto de uma relação causa-efeito, a sua enunciação é irrelevante, na medida em que um indício pode ser substituído por um outro indício. A resposta a esta questão há-de depender do conceito material de causa que se siga: seja como

---

<sup>707</sup> Algumas referências aos títulos da imprensa em SCHULZ, Lorenz, «Strafrechtliche Produkthaftung», *op. cit.*, p. 185 e s.

<sup>708</sup> Cf. PUPPE, Ingeborg, *La Imputación Objetiva...*, *op. cit.*, p. 17.

<sup>709</sup> Cf. PUPPE, Ingeborg, *La Imputación Objetiva...*, *op. cit.*, p. 19.

elemento ou condição necessária para um determinado resultado; seja como condição ou força eficiente para a sua produção, independentemente de qualquer lei geral. No primeiro caso, a lei causal torna-se essencial para que se possa averiguar do nexó condicional; no segundo, essas mesmas leis causais gerais são desconsideradas.

Esta é, no entanto, uma questão geral que se abordará depois de se analisar com maior rigor e pormenor as diversas propostas sobre o conceito material de causa. Neste momento apenas pretendemos enfatizar os problemas suscitados pelo caso do protector de madeira, que determinaram conseqüentemente uma consentânea análise jurisprudencial e doutrinal. Em referência a este caso concreto, Puppe considera, assumindo a primeira daquelas concepções causais e ao contrário do que parece ser a opinião do BGH, que o julgador decide sobre o reconhecimento da lei causal aplicada no caso concreto, ainda que não com a validade exigida pela respectiva e competente ciência experimental. Ora, no caso do protector de madeira, existia justamente uma hipótese causal que pressupunha, na sua resolução, a afirmação ou recusa de uma lei causal controvertida. A hipótese em causa era a de a inalação, em pequenas doses, das substâncias tóxicas que compunham o protector da madeira poder causar danos à saúde, no caso de uma exposição prolongada. A incerteza sobre a lei causal não permite, segundo Puppe, uma aplicação automática do princípio *in dubio pro reo*. Sobre o juiz impende o dever de carrear para o processo todos os conhecimentos necessários à sua resolução, ainda que com a ajuda de peritos. Na posse desses conhecimentos, o juiz decide sobre a aceitação da lei causal que confirma a hipótese causal enunciada. Na aceitação dessa lei causal, o juiz deve, no entanto, apoiar-se em “teorias que contam com uma certa aprovação representativa no âmbito científico competente”<sup>710</sup>. Feitas estas considerações, a autora conclui que, tendo em conta o uso arbitrário que o LG fez da semiótica no estabelecimento da causalidade no caso *Holzschutzmittel*, é de suspeitar que não tenha seguido aqueles critérios. “Por esta razão, o BGH revogou o estabelecimento da causalidade não só por considerações processuais, como também materiais”<sup>711</sup>.

---

<sup>710</sup> PUPPE, Ingeborg, *La Imputación Objetiva...*, *op. cit.*, p. 26.

<sup>711</sup> PUPPE, Ingeborg, *La Imputación Objetiva...*, *op. cit.*, p. 26.

d) No âmbito dos casos paradigmáticos de responsabilidade pelo produto em que o tema da causalidade desempenhou um papel nuclear, não pode deixar de se referir o conhecido caso do óleo de colza. Embora os primeiros factos conhecidos remontem a 1981, o julgamento só teve início a 30 de Março de 1987, sendo a decisão da primeira instância proferida em Maio de 1989.

Um dos problemas centrais da decisão, invocado pela maioria dos condenados em primeira instância na motivação do recurso para o Tribunal Supremo espanhol, foi a incerteza sobre a relação causal entre as acções de desvio daquele óleo para consumo humano e os resultados lesivos produzidos pela intoxicação associada ao consumo daquele bem<sup>712</sup>.

A decisão em primeira instância reconhece a indeterminação do concreto mecanismo causal, entre outras razões, pela evidente impossibilidade de experimentação humana e pelas limitações decorrentes da experimentação animal que frustraram não só a identificação da molécula tóxica como também a reprodução experimental do fenómeno<sup>713</sup>. No entanto, as investigações epidemiológicas revelaram que todos os afectados tinham consumido o óleo de colza manipulado, ainda que nem todos os consumidores daquele bem tenham sido afectados. Por outro lado, o conjunto de informações clínicas, biológicas e anatomopatológicas não se coadunava, da perspectiva do tribunal, com qualquer uma das outras teses defendidas por peritos indicados pela defesa, designadamente com a hipótese de intoxicação por uso de pesticidas utilizados no cultivo de hortaliças e verduras. Assim, em face dos resultados oferecidos pela epidemiologia e perante a improcedência de outras alternativas causais, o tribunal concluiu que o consumo do óleo de colza foi o agente causal da intoxicação. Esta decisão da Audiência Nacional considera, deste modo, que a “distribuição do óleo foi uma *conditio sine qua non* da doença (...). É assim porque se conclui pericialmente que a relação causal está cientificamente demonstrada; e porque se depreendem factos, das restantes provas, que além de estarem baseados em argumentos científicos,

---

<sup>712</sup> Cf. PAREDES CASTAÑON, José Manuel «El “caso de la colza”: una réplica», *RDPC* 5 (2000), p. 88.

<sup>713</sup> Cf. HASSEMER, Winfried / MUÑOZ CONDE, Francisco, *La Responsabilidad por el Producto...*, *op. cit.*, p. 90, onde se podem encontrar excertos da decisão da Audiência Nacional.

confirmam, numa apreciação estritamente processual, aquela conexão, e, pelo contrário, não se descortinam factos que a ponham fundamentamente em dúvida”<sup>714</sup>.

Na verdade, a relação causal entre a adulteração do óleo e os danos na vida e na integridade física foi um dos nódulos problemáticos enfrentados, em recurso, pelo Tribunal Supremo espanhol. Numa decisão tida como histórica por alguma doutrina, proferida a 23 de Abril de 1992, atende-se, entre outras questões, ao problema causal de uma perspectiva epistemológica apostada em determinar quais os requisitos a que há-de obedecer uma relação de causalidade para que possa qualificar-se como certa da perspectiva jurídico-penal<sup>715</sup>. Com efeito, sabia-se que tinha havido um processo de manipulação do óleo de colza, mediante a adição de uma substância tóxica – a anilina – que deu lugar à formação de anilidas de ácidos gordos. Sabia-se ainda que o surgimento das lesões estava associado à formação daquelas anilidas no óleo ingerido. Contudo, ignorava-se qual o concreto agente tóxico que provocava as lesões ou o concreto mecanismo de realização desses danos. Importava pois determinar as implicações desta insuficiência na afirmação do nexo de causalidade.

No recurso interposto para o tribunal superior, a defesa dos principais condenados invocou, entre os seus principais argumentos, a ausência de uma confirmação experimental entre a introdução da anilina no óleo de colza e a síndrome tóxica que atingiu as populações. A verificação simultânea de um factor de risco (a adição de anilina) e de um resultado (os danos) é insuficiente para que se possa afirmar entre eles uma relação de causalidade. A defesa argumentava também no sentido da insuficiência da investigação epidemiológica (bem como dos critérios a que obedeceu) para sustentar, por si só, uma ligação causal. Entendia-se que tal explicação carecia de um complemento toxicológico, inexistente no caso concreto, uma vez que não foi possível determinar qual a concreta molécula com capacidade tóxica<sup>716</sup>.

---

<sup>714</sup> Cf. Sentença da Audiência Nacional de 20 de Maio de 1989, *apud* GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Ensayos Penales*, Madrid: Editorial Tecnos, p. 330.

<sup>715</sup> Cf. PAREDES CASTAÑON, José Manuel / RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *El Caso de la Colza...*, *op. cit.*, p. 57, nota 55.

<sup>716</sup> Sobre estes argumentos veja-se, de modo desenvolvido, PAREDES CASTAÑON, José Manuel / RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *El Caso de la Colza...*, *op. cit.*, p. 54 e s. Também PAREDES

Na resposta ao recurso, o tribunal supremo analisa as condições necessárias à afirmação de uma lei causal científica e indaga se essas mesmas exigências devem valer no âmbito do direito penal. Enfrentou assim a questão de saber sob que condições o julgador pode dar como provada uma relação de causalidade, o que adquire especial significado e relevo nas situações em que a existência de uma lei causal natural não é reconhecida universalmente pela comunidade científica competente<sup>717</sup>.

Na sua fundamentação jurídica, a decisão começa por expor as principais posições assumidas na jurisprudência e na doutrina sobre a afirmação da causalidade em situações de inexistência de uma lei causal natural reconhecida de modo generalizado pela ciência. A formulação do problema pode sintetizar-se, de modo breve e tomando as palavras daquela decisão judicial, na questão de saber se um *non liquet* das ciências naturais “conduz à liberdade do juiz para afirmar ou negar a existência de uma lei natural”<sup>718</sup>.

Neste percurso, a sentença relata uma primeira solução, seguida por alguma doutrina, no sentido de limitar a decisão do juiz pela necessidade de um reconhecimento geral pela ciência das afirmações empírico-científicas relevantes para a situação concreta. Desta perspectiva, a causalidade não é mais do que um elemento típico que integra na norma jurídica as leis causais naturais, enquanto premissa maior de um silogismo demonstrativo, na qual se deve inserir o facto concreto<sup>719</sup>. Na ausência de uma lei natural segura o juiz não poderá decidir por falta de conhecimento, devendo aplicar o princípio *in dubio pro reo*<sup>720</sup>.

De outro lado, estão aqueles que contestam esta limitação da decisão judicial sustentando como tese o poder do tribunal afastar ou aceitar fundadamente as

---

CASTAÑON, José Manuel, «Limites de la responsabilidad penal individual en supuestos de comercialización de productos defectuosos: algunas observaciones acerca del “caso de la colza”», *Poder Judicial* 33 (1994), p. 422 e ss.; HASSEMER, Winfried / MUÑOZ CONDE, Francisco, *La Responsabilidad por el Producto...*, *op. cit.*, p. 89.

<sup>717</sup> Cf. BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 261.

<sup>718</sup> Cf. decisão do Tribunal Supremo espanhol de 23 de Abril de 1992; também BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 260.

<sup>719</sup> Cf. decisão do Tribunal Supremo espanhol de 23 de Abril de 1992; também BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 261.

<sup>720</sup> Cf. decisão do Tribunal Supremo espanhol de 23 de Abril de 1992; também BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 261.

provas e testemunhos periciais. Desta perspectiva, a causalidade não se apresenta como elemento típico, mas como um elemento ou factual relativo ao caso concreto que deve ser objecto quer da prova quer da convicção do juiz. Assim, não há lugar à aplicação do princípio *in dubio pro reo* se o julgador, em face da apreciação da generalidade das provas, consegue formar uma convicção sobre o juízo causal ainda que haja divergências no conhecimento científico. Neste sentido, o tribunal é livre de aceitar a causalidade se não tem dúvidas sobre a sua verificação, admitindo como válida, para fins do direito penal e não da ciência, uma determinada explicação causal<sup>721</sup>.

As soluções apresentadas foram igualmente pressupostas por jurisprudência anterior, proferida no âmbito da responsabilidade criminal por produtos. Disso mesmo dá conta esta decisão do Tribunal Supremo espanhol, referindo-se em particular aos casos da talidomida e do *Lederspray*, bem como a sentenças proferidas em Espanha, em casos de menor dimensão<sup>722</sup>.

Por fim, atende-se ao caso que motivou o recurso. Partindo da matéria de facto considerada como provada pela primeira instância, os juízes expõem a solução por si seguida em matéria de aferição do nexo de causalidade em processos causais complexos, isto é, em situações cuja problemática causal não pode explicar-se com recurso a conhecimentos empíricos generalizados, obrigando-se o tribunal a recorrer a peritos na matéria que, por sua vez, não alcançam um consenso científico sobre o conceito de lei causal natural e sobre as condições da sua formulação (*v. g.*, quanto ao tipo e grau de regularidade necessária à afirmação de uma lei científica).

O tribunal parte de um pressuposto fundamental para a resolução destes casos: a existência de uma lei causal natural e geral, “isto é, das condições que devem existir para que ela possa ser formulada de forma aceitável, depende das exigências necessárias à exclusão de uma atribuição arbitrária do resultado ao autor”<sup>723</sup>. Neste sentido torna-se necessário distinguir dois momentos na explicação causal: a dedução a partir de determinadas leis e condições (causas) de uma proposição que

---

<sup>721</sup> Cf. BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 262 e s.

<sup>722</sup> Cf. decisão do Tribunal Supremo espanhol de 23 de Abril de 1992; também BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 263 e s.

<sup>723</sup> Cf. decisão do Tribunal Supremo espanhol de 23 de Abril de 1992; também BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 265.



permite qualificar um determinado acontecimento como causal; e, num momento anterior, a fixação dos requisitos que permitam qualificar uma determinada correlação como uma lei causal e determinada condição como causa. Ora, no âmbito de processos causais complexos há sempre a possibilidade, segundo os juízes, de aumentar estas exigências até limites que tornem praticamente impossível superar o *non liquet*. Por conseguinte, o tribunal conclui que nos casos de nexos causais complexos, decorrente da ausência de regras de experiência, deve ter-se por afirmada uma lei causal natural na medida *em que ela seja comprovada num número muito considerável de situações semelhantes e, simultaneamente, se possa excluir que o resultado realizado tenha sido produzido por uma outra causa*<sup>724</sup>. Estes requisitos são suficientes para garantir uma decisão aceitável do caso de uma perspectiva jurídico-criminal, tendo-se por desnecessário o concreto mecanismo de produção do resultado.

Prosseguindo esta linha de raciocínio, o tribunal aplica-a ao caso concreto. Referindo-se à relação de causalidade entre a distribuição do óleo com anilina e a síndrome tóxica, conclui-se pela afirmação da “lei causal natural quando, verificado o mesmo acontecimento num número elevado de casos similares, se possa rejeitar que tal facto tenha sido produzido por outras causas”<sup>725</sup>. Com efeito, na audiência de julgamento elencou-se um número importante de casos semelhantes nos quais se conseguiu provar uma analogia de sintomas entre aqueles que tinham ingerido o óleo de colza, resultando mais de 330 mortes e cerca de 15 000 afectados. A regularidade desta relação entre o antecedente da ingestão e a consequência de morte ou lesão de integridade física foi considerada por alguns peritos como causal. Por sua vez, houve juízos periciais que, embora reconhecessem a co-existência ou correlação entre o consumo do óleo e a lesão de bens jurídicos fundamentais, negaram a causalidade, sem que, no entanto, apresentassem outra alternativa causal que explicasse razoavelmente os acontecimentos. Assim, da perspectiva do tribunal, a discussão centra-se em torno dos pressupostos de qualificação de uma lei causal

---

<sup>724</sup> Cf. decisão do Tribunal Supremo espanhol de 23 de Abril de 1992; também BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 266 e HASSEMER, Winfried / MUÑOZ CONDE, Francisco, *La Responsabilidad por el Producto...*, *op. cit.*, p. 91.

<sup>725</sup> Cf. decisão do Tribunal Supremo espanhol de 23 de Abril de 1992; também PAREDES CASTAÑON, José Manuel / RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *El Caso de la Colza...*, *op. cit.*, p. 57 e BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 267.

natural que é concebida, da perspectiva de alguns peritos, como extremamente rigorosa e sobre exigências não cumpridas provavelmente por muitas das leis causais geralmente aceites<sup>726</sup>.

Por outro lado, de acordo com os juízes do Tribunal Supremo espanhol, também não procede o argumento invocado pela defesa segundo o qual não foi possível identificar por via experimental (*v. g.*, através do recurso a testes em animais) e reproduzir o concreto mecanismo causal responsável pela síndrome tóxica. Entenderam os juízes que “para a determinação de uma lei causal natural, no sentido do direito penal (ou seja, como premissa maior de um silogismo) não é necessário (...) que se tenha podido conhecer o concreto e preciso mecanismo de produção do resultado (no caso, a toxina que produziu os resultados típicos) desde que se tenha comprovado uma correlação ou associação dos eventos relevantes e seja possível descartar outras causas que pudessem ter produzido aquele mesmo resultado”<sup>727</sup>. Neste sentido, a concretização experimental do concreto mecanismo causal, embora exigida para fins científicas orientados para a reprodução do fenómeno, tendo em vista por exemplo a sua utilização prática, não corresponde aos requisitos necessários para que se possa considerar verificada e válida uma relação de causalidade em sentido jurídico-penal. O Tribunal Supremo espanhol julgou improcedente o recurso interposto e confirmou a decisão da primeira instância.

Esta decisão, particularmente a sua fundamentação em matéria de causalidade, mereceu tanto o acordo como a condenação de algumas vozes da doutrina penal.

Um dos autores que se pronunciou sobre esta questão foi Muñoz Conde<sup>728</sup>. O autor analisa o critério de causalidade seguido nas duas decisões, associando-o a uma tese, já defendida na doutrina espanhola, segundo a qual se admite a possibilidade de uma lei causal geral servir para dar como provada uma relação de causalidade entre uma acção e um resultado, ainda que não possa identificar-se a

---

<sup>726</sup> Cf. BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 267.

<sup>727</sup> Cf. decisão do Tribunal Supremo espanhol de 23 de Abril de 1992; também BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 267.

<sup>728</sup> HASSEMER, Winfried / MUÑOZ CONDE, Francisco, *La Responsabilidad por el Producto...*, *op. cit.*, p. 87.

causa concreta que produziu esse resultado<sup>729</sup>. Reconhecendo que um conhecimento total das leis causais é praticamente impossível ou somente possível em processos causais muito simples, o autor não contesta a aceitação da tese causal seguida quer pela Audiência Nacional quer pelo Tribunal Supremo espanhol. Todavia, introduz uma nota de contextualização, decorrente da função da categoria da causalidade no âmbito do direito penal ligada à ideia de responsabilidade individual, segundo a qual um dado resultado surge como objecto de uma reprovação penal quando relacionado com uma determinada acção humana. Deste modo, há que distinguir a comprovação de uma relação causal mediante um certo método (*v. g.*, científico) da comprovação em concreto do carácter causal de uma determinada conduta. Esta distinção tem particular importância nos casos de processos causais complexos de que constitui exemplo a maioria das situações de responsabilidade por produção, elaboração e distribuição de produtos, uma vez que, admitindo que o resultado desvalioso para bens jurídicos deriva do consumo do bem, há que indagar se foi a acção concreta do agente que tornou o produto nocivo. Assim, da perspectiva do autor, afirmar que o produto é causa de danos não significa sem mais uma causalidade jurídica de todas as acções que incidiram na elaboração, distribuição e venda do produto. Logo, não se conhecendo os factores concretos que converteram determinado bem – o óleo de colza – num produto nocivo, dificilmente se pode delimitar as acções que, relacionadas com aquele bem, possam dar origem a algum tipo de responsabilidade. Como resultado desta argumentação, decorre a insuficiência da prova epidemiológica para fundamentar a responsabilidade individual daqueles que tiveram contacto com o bem, não obstante servir à formação da convicção do juiz sobre a natureza causal do produto<sup>730</sup>. Assentar uma decisão judicial na prova epidemiológica encerra o perigo de disseminar a responsabilidade, estendendo-a a todos aqueles que se relacionaram com o produto. Assim, por esta via, equipara-se a causalidade à responsabilidade penal em prejuízo

---

<sup>729</sup> HASSEMER, Winfried / MUÑOZ CONDE, Francisco, *La Responsabilidad por el Producto...*, *op. cit.*, p. 92.

<sup>730</sup> HASSEMER, Winfried / MUÑOZ CONDE, Francisco, *La Responsabilidad por el Producto...*, *op. cit.*, p. 94.

de outros pressupostos objectivos e subjectivos necessários à afirmação daquela responsabilidade.

Uma linha de argumentação semelhante é seguida por Paredes Castañon<sup>731</sup>. O autor começa por rejeitar a interpretação causal acolhida pelas decisões judiciais, retirando à noção de causalidade o elemento normativo que o tribunal autonomiza para que se possa reconhecer o carácter de lei a uma regularidade entre fenómenos<sup>732</sup>. Propõe assim uma outra abordagem metodológica para o conceito de causalidade, assente na função prática de conexão entre uma acção e um resultado que lhe é reconhecida no âmbito dos crimes de resultado<sup>733</sup>. Segundo esta perspectiva prática, o juiz deve aplicar, na resolução do caso, leis causais reconhecidas e afirmadas pelo consenso científico e aceites teoricamente, não fazendo parte da investigação do julgador formular novas leis fenomenológicas de carácter causal<sup>734</sup>. Num processo marcado por esta natureza prática, importa identificar os factores humanos que puseram em causa a cadeia causal conducente a um determinado resultado. Deste modo, no caso da síndrome tóxica, para que se pudesse qualificar os factos realizados como um delito consumado não seria suficiente estabelecer-se um percurso causal mas seria antes necessário atribuir o início daquele percurso causal a uma acção humana (a introdução da anilina no óleo por parte do agente)<sup>735</sup>. A investigação epidemiológica, de natureza probabilística, é insuficiente para fundamentar aquela atribuição causal. Ora, a decisão do tribunal, no caso do óleo de colza, tomou os estudos epidemiológicos como base exclusiva, sem recorrer a outras investigações (deterministas) que pudessem confirmar aqueles pareceres, o que desde logo denuncia uma insuficiência na fundamentação da sentença. Assim, da perspectiva de Paredes Castañon, esta forma de proceder

---

<sup>731</sup> PAREDES CASTAÑON, José Manuel / RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *El Caso de la Colza: Responsabilidad Penal por Productos Adulterados o Defectuosos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, *El Caso de la Colza...*, *op. cit.*, p. 49.

<sup>732</sup> Cf. PAREDES CASTAÑON, José Manuel / RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *El Caso de la Colza...*, *op. cit.*, p. 71.

<sup>733</sup> Cf. PAREDES CASTAÑON, José Manuel / RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *El Caso de la Colza...*, *op. cit.*, p. 75 e ss.

<sup>734</sup> Cf. PAREDES CASTAÑON, José Manuel / RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *El Caso de la Colza...*, *op. cit.*, p. 79.

<sup>735</sup> Cf. PAREDES CASTAÑON, José Manuel / RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *El Caso de la Colza...*, *op. cit.*, p. 83 e s.

constituiu “uma flagrante violação do princípio *in dubio pro reo*, dado que a decisão judicial ocultou, sob o manto das regularidades estatísticas, o facto de que o *dubium* persistia”<sup>736</sup>.

Por sua vez, Gimbernat Ordeig, em profunda discordância com este entendimento, pronuncia-se num sentido favorável à decisão judicial proferida no caso do óleo de colza<sup>737</sup>. Considera este autor que “o tipo objectivo dos delitos de lesão exige unicamente *que* o autor *tenha causado* o resultado típico, sem que seja necessário – porque a tipicidade não o requer – saber *como* o causou”<sup>738</sup>. No entendimento do autor, que recusa um conceito normativo ou probabilístico de causalidade e se mostra partidário de uma concepção científico-natural<sup>739</sup>, o desconhecimento de uma lei geral causal, embora impeça que se possa explicar um concreto mecanismo, não impede que se possa afirmar o nexo de causalidade entre uma acção e um determinado resultado, desde que a prova produzida permita ao juiz retirar essa conclusão.

### **Referência conclusiva: materialização do problema**

A responsabilidade criminal pelo produto está marcada, na sua origem, por um forte pendor casuístico ditado pelo confronto da prática judicial com situações de lesão de bens jurídico-penais, como a saúde e a vida, dos consumidores de determinados bens. Na concretização do seu significado e dos seus limites, tem-se entendido que nela se compreende a responsabilidade penal daqueles que tomam em mãos o processo de fabrico e comercialização de bens que, em virtude do seu carácter defeituoso ou perigoso, se mostram ofensivos, no seu uso normal, para a vida e saúde dos consumidores. À responsabilidade criminal pelo produto não se reconheceu a qualidade de instituto autónomo, ao contrário do enquadramento que receberia por parte do direito civil. Os seus rasgos de autonomia advêm-lhe apenas, de forma reflexa, das características comuns que aproximam os casos de lesão da

---

<sup>736</sup> Cf. PAREDES CASTAÑON, José Manuel / RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *El Caso de la Colza...*, *op. cit.*, p. 131.

<sup>737</sup> Cf. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Ensayos Penales*, *op. cit.*, p. 330 e ss.

<sup>738</sup> Cf. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Ensayos Penales*, *op. cit.*, p. 331-332.

<sup>739</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Ensayos Penales*, *op. cit.*, p. 335.

vida e da saúde por via da produção e comercialização de bens em contextos de produção em série.

A relevância criminal destas situações seria reconhecida quer pela jurisprudência quer pela doutrina. Porém, o esforço de adaptação das estruturas dogmáticas clássicas do direito penal denunciaria a natureza fracturante de uma tal responsabilidade, ancorada de um lado nas consequências trágicas que suscitam a intervenção penal e estimulada, por outro lado, pela dúvida sobre uma capacidade de resposta efectiva da normatividade jurídico-penal.

Estas dificuldades são ainda agravadas pela transversalidade dogmática que caracteriza a responsabilidade criminal pelo produto, reflectida em diversos momentos e categorias da infracção criminal, como o modelo de incriminação e o objecto de tutela a proteger, os problemas de autoria e participação, a delimitação do dever de garante do produtor, a concretização de deveres de cuidado capazes de sustentar uma proibição penal e, por fim, as dificuldades em determinar uma relação de causalidade entre as condutas de produção e comercialização de bens e a lesão dos interesses dos consumidores.

O enquadramento legal destas situações não constitui assim tarefa fácil, dando origem a uma certa flexibilização de algumas categorias jurídico-penais. Com efeito, a lesão daqueles bens jurídico-penais determinou, num primeiro momento, uma resposta normativa centrada sobre os delitos clássicos de resultado: homicídio e ofensas à integridade física. Os casos *Contergan*, *Lederspray* ou *Holzschutzmittel* constituem exemplos paradigmáticos deste tipo de solução normativa. A amplitude dos efeitos lesivos, potenciada pelo contexto moderno de um consumo de larga escala, determinou ainda que fossem igualmente convocados os delitos de perigo comum, como sucedeu no caso do óleo de colza.

Contudo, tal enquadramento no âmbito dos delitos de resultado conduz a dificuldades dogmáticas que levam a doutrina a reflectir “sobre a conveniência político-criminal de sancionar penalmente, enquanto tal, a comercialização e produção de produtos perigosos com o fim de evitar os problemas relativos à relação de causalidade e à imputação do resultado”<sup>740</sup>.

---

<sup>740</sup> VOGEL, Joachim, «La responsabilidad penal por el producto...», *op. cit.*, p. 102.

Como ponto de partida necessário na análise desta constelação problemática, toma-se a circunstância de a produção e comercialização de produtos perigosos ou lesivos da vida e da saúde dos consumidores terem sido predominantemente enquadradas no âmbito das incriminações que tutelam a vida e a saúde. Em particular, os danos daí resultantes foram referidos a crimes de resultado de que constituem exemplo primário os delitos de homicídio e de ofensas à integridade física. Assim, pressuposta a inexistência de um tipo legal específico referente a estas situações naqueles ordenamentos jurídicos (pelo menos ao tempo daqueles acontecimentos), o julgador, num esforço de interpretação normativa, recorreu a normas de direito penal clássico como forma de dar resposta às expectativas de segurança exigidas pela comunidade.

De forma semelhante, também o ordenamento jurídico português não contempla – diferentemente do que sucede no plano civil – o instituto jurídico-penal da responsabilidade pelo produto, ou sequer uma incriminação especificamente voltada para a produção ou comercialização de produtos do mercado (com excepção da tutela prevista no artigo 282.º do Código Penal, restringido aos bens alimentares e medicinais) ou para a obrigação da sua retirada do mercado. Compreende-se, desta forma, a importância conferida aos tipos legais de homicídio e de integridade física.

Avançando um pouco mais, importa determinar da suficiência destas incriminações – questão que divide a doutrina entre aqueles que as tomam como paradigma na resposta aos perigos decorrentes da produção e comercialização de bens e aqueles que defendem a sua insuficiência dado a incapacidade de atender às especificidades destas situações, de renovada complexidade num tempo que tem vindo a qualificar-se como de “risco”.

Ora, elemento essencial e primário para indagar da suficiência destes tipos legais de resultado no tratamento do problema da responsabilidade criminal pelo produto é afirmação de um nexo causal. Assim, de entre os problemas dogmáticos convocados pela casuística em matéria de responsabilidade criminal pelo produto, atende-se especificamente aos problemas referentes à imputação objectiva do

resultado ofensivo para saúde ou para a vida dos consumidores derivado da conduta de produção ou comercialização desses mesmos bens.

Da análise efectuada neste capítulo, a aferição do nexo causal constitui um dos problemas nucleares nas decisões jurisprudenciais, estando na origem de uma intensa discussão doutrinal. Deste modo, não será possível responder-se às necessidades de tutela convocadas pela produção e comercialização de bens perigosos para interesses dos consumidores sem tratar de modo aprofundado a questão causal.

A escolha do *topos* causal cumpre uma dupla vertente. Em primeiro lugar, procura-se avançar com o estudo da responsabilidade criminal pelo produto como forma de indagar da suficiência das normas de direito penal comum para responder às expectativas comunitárias de segurança no consumo. Neste sentido, o estudo do nexo causal e da imputação objectiva de um resultado conduz à discussão em torno de uma resposta sobre a necessidade de um tratamento legislativo específico desta matéria no domínio das normas penais. Em segundo lugar, a responsabilidade criminal pelo produto, sendo um tema que se impôs pelo avanço tecnológico do presente e das suas consequências no futuro, é tomada como um laboratório de análise de um dos temas clássicos da dogmática penal: a imputação de um resultado penalmente desvalioso.



## PARTE II

### O CRITÉRIO: CAUSALIDADE E IMPUTAÇÃO DE RESULTADOS

„Um meine Stellungnahme zu dieser Frage zu bezeichnen, wird es am besten sein, wenn ich damit anfangs, meine Stellung in der Kausalitätsfrage mit ein paar Worten zu charakterisieren – ohne damit natürlich wesentlich Neues zu sagen.“

Erwin Schrödinger, «Anmerkungen zum Kausalproblem», *in: Erkenntnis 3 (1932)*, p. 65.



## CAPÍTULO I

### A CAUSALIDADE E O DISCURSO CIENTÍFICO E EPISTEMOLÓGICO

#### § 8. O problema causal: entre o determinismo e a incerteza

##### 1. Introdução e nota explicativa

A noção, a função e o sentido da causalidade penal reconduzem-se a um dos temas mais controvertidos das reflexões e escritos jurídico-penais. O estudo da questão causal assume-se, na sua origem, dotado de uma natureza substantiva, embora tenha evidentes reflexos no âmbito processual, designadamente no âmbito da prova. O princípio da causalidade surge de forma imediata em necessária ligação com o problema da fundamentação e justificação da imputação penal e, de modo mediato, em conexão com a responsabilização criminal. Por sua vez, os contornos e limites dessa sua função de legitimação entroncam na forma como se concebe o próprio sistema penal, designadamente o seu fim e sentido. Assim se compreende que o problema da causalidade penal tenha sido perspectivado de modos diferentes consoante o pensamento jurídico-criminal historicamente dominante.

Todavia, uma vez que o sentido de cada ciência (e também da ciência penal) não é estanque e absolutamente circunscrito pelo seu específico objecto de estudo, mas antes se denuncia num compromisso de diálogo com o restante conhecimento científico e a reflexão epistémica, a esta questão não são alheios os próprios desenvolvimentos relativos aos conceitos de causa, causalidade e princípio causal no âmbito das ciências naturais e da filosofia. Diálogo este que se fortalece quando se tomam como objecto de estudo conceitos fundamentais ao discurso do conhecimento e de que são exemplo evidente as categorias de tempo, de espaço, ou, directamente relevante para esta investigação, de causalidade.

Com efeito, um olhar mais atento à evolução histórica do conceito de causalidade no domínio jurídico, muito particularmente no âmbito do direito penal, revela uma certa influência, mais ou menos acentuada, das concepções científico-filosóficas dominantes, como de seguida se procurará, ainda que de forma sucinta, evidenciar. Esse estudo permitirá adquirir uma leitura relacionada com outras perspectivas, funções, sentido e limites que se reconhecem, nesses diversos contextos, à categoria da causalidade.

## 2. A causalidade como categoria compreensiva

A causalidade constitui um instrumento decisivo no processo explicativo de um acontecimento e, neste sentido, também de um acontecimento danoso. Causalidade e explicação são conceitos necessariamente convergentes, em particular no domínio da ciência: nas palavras clarificadoras do filósofo Wesley Salmon, “*in many cases, to explain a fact is to identify its cause*”<sup>741</sup>.

Todavia, o sentido dessa relação está longe de ser estanque, tendendo a variar consoante o *animus* que presida ao processo explicativo. A este propósito é ilustrativo o exemplo do penalista alemão Günther Jakobs: se na sala de embarque do aeroporto de Frankfurt um passageiro descuida durante cinco minutos a vigilância da sua máquina fotográfica, tenderá a explicar o seu desaparecimento de modo normativo através da conduta inadequada de um ladrão; a sua companhia de seguros também escolherá uma explicação normativa em torno da negligência do viajante; um sociólogo-criminólogo apontará como explicação, agora cognitiva, o carácter cada vez mais anónimo da sociedade actual; um psicólogo que faça um relatório sobre o ladrão, uma vez detido, explicará o sucedido também de modo cognitivo através de determinadas experiências do ladrão na sua infância...<sup>742</sup>

O conceito de causa mostra-se assim, do mesmo passo, fundamental à explicação de um acontecimento, mas também polissémico no seu sentido. Deste modo, estão justificadas as reflexões, que de seguida se apresentam, dedicadas ao

---

<sup>741</sup> Cf. SALMON, Wesley C., *Causality and Explanation* New York: Oxford University Press, 1998, p. 3.

<sup>742</sup> JAKOBS, Günther, *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*, Madrid: Editorial Civitas, p. 175.

sentido da causalidade enquanto categoria compreensiva. O recurso a um critério cronológico e histórico, que por vezes adopta nas páginas seguintes, tem em vista facilitar a apreensão da causalidade como categoria explicativa dos acontecimentos (naturais e humanos) e, neste sentido, como instrumento de racionalização e compreensão de fenómenos.

A explicação de um evento está intimamente dependente do conhecimento da natureza e, em última instância, está relacionada com a possibilidade de prever e controlar os fenómenos naturais. Os conceitos de causalidade e de explicação associam-se assim na procura humana da compreensão e conhecimento do universo e da sua evolução. Por conseguinte, desta singular perspectiva, o conceito de causalidade associa-se genericamente à possibilidade de conhecimento e previsão de fenómenos, na medida em que permite fundamentar a formulação de juízos gerais sobre a normal e esperada evolução dos acontecimentos.

Todavia, a ideia de causa manifesta-se em diversas direcções que extravasam o mero conhecimento e previsão científica. Os conceitos causais são, como reconhecem os autores que os tomam como objecto primário de estudo e reflexão, conceitos ubíquos<sup>743</sup>. Neste sentido, as “palavras não têm significados fixos, mas usos”<sup>744</sup>. Ora, a causalidade toca também as ciências ditas práticas, designadamente a ciência jurídica, e transforma-se em auxílio e apoio fundamental à formulação das regras e à atribuição de responsabilidade pelos eventos “causados”: estabelecida a ordem causal natural, ela torna-se sustento da ordem normativa e fundamento material de imputação.

Porém, para que os contornos desta ligação se clarifiquem, é pressuposto necessário e fundamental reflectir sobre esta natureza transversal reconhecida ao conceito de causalidade. Na realização deste propósito, justifica-se pois que se investigue, ainda que de forma breve, a natureza filosófica e científica dos conceitos de causalidade e de explicação causal. Ao atender-se às principais linhas evolutivas do pensamento causal e às suas raízes filosóficas, identificar-se-ão com maior

---

<sup>743</sup> Cf. SALMON, Wesley C., *Causality and Explanation*, *op. cit.*, p. 4.

<sup>744</sup> A expressão é de MENDES, Paulo Sousa, *O Torto Intrinsecamente Culposo como Condição Necessária da Imputação da Pena*, Coimbra: Coimbra Editora: 2007, p. 457, usada a propósito do recurso a palavras de origem grega na formulação de teorias do dever – noção, em si mesma, desconhecida pelos gregos.

facilidade as dificuldades que esta categoria enfrentou e que, por vezes, permanecem nas actuais discussões científica e filosófica, recriando-se novos problemas a partir de outros mais antigos.

De facto, o conceito de causalidade – e a crença na sua existência – acompanhou a evolução do pensamento humano. O princípio causal constituiu uma ferramenta necessária à auto-compreensão humana, bem como um poderoso auxílio ao desenvolvimento da capacidade de o homem se situar e dominar o mundo que o envolve. Com base nesta premissa, torna-se fácil enquadrar e justificar o fascínio (e a necessidade) que o pensamento causal desde sempre exerceu sobre a razão humana. A sua conformação foi variando de acordo com as vicissitudes culturais, civilizacionais e mentais até à sua soberba consagração, pelo século XIX, como princípio estruturante, primário e absoluto do conhecimento científico. Todavia, a ideia de que uma lei de causalidade – enquanto princípio de natureza científica – determinaria de forma absoluta todos os eventos, seria definitivamente abalada à medida que o século XX se afirmava. O conceito científico de causalidade entra então em profunda crise. Um olhar atento à evolução da ideia de causalidade revela que, talvez mais do que qualquer outro conceito, ela se mostra sujeita e condicionada ao tempo dominante.

## 2.1 A “concepção personalista” da natureza na sociedade primitiva

O estudo da evolução e compreensão do homem e da natureza mostra que o conceito de causa aparece primitivamente desligado de qualquer carácter de cientificidade. Na verdade, como sublinha Kelsen, a lei causal, enquanto princípio científico, aparece num nível relativamente elevado de desenvolvimento cultural e consequentemente num estágio avançado da civilização<sup>745</sup>. Para o homem primitivo “a ‘natureza’, no sentido da conexão de elementos determinados por leis causais e

---

<sup>745</sup> KELSEN, Hans, «Causality and retribution», in: *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*, New Jersey: The Lawbook Exchange, 6.ª ed. (2008), p. 303. Também, do mesmo autor, «Causality and imputation», in: *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*, New Jersey: The Lawbook Exchange, 6.ª ed. (2008), p. 327 e ss. (este texto tem tradução em espanhol: «Causalidad e imputación», disponível em <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/19/pr/pr12.pdf>)

distintos da sociedade, não existe”<sup>746</sup>. Na sua concepção animista do mundo e da natureza – no sentido de que todas coisas teriam *anima* –, o homem interpreta os factos naturais segundo os mesmos princípios que orientam as suas relações humanas, isto é, de acordo com as normas sociais<sup>747</sup>. Nas palavras de Kelsen, as mesmas normas que pautam a vivência social do homem primitivo são por ele aplicadas à natureza. Isto é, o membro da comunidade opta, na sua actuação e em determinadas circunstâncias, por comportamentos certos e bons ou errados e maus, na concepção do grupo. Os primeiros são recompensados; os segundos são punidos. Neste sentido, o bom convoca o bem; o mau determina o mal. Por conseguinte, a condição e consequência estão ligados não por um princípio de causalidade mas segundo um princípio de imputação<sup>748</sup>. Assim, eventos danosos são imputados a comportamentos errados: a violação do “tabu” acarreta uma consequência nefasta, para o transgressor ou para os que lhe são próximos.

Na visão animista (personalista) da natureza, as coisas reagem à acção humana nos mesmos termos em que os seres humanos agem entre si, de acordo com um princípio de retribuição do mal e do bem<sup>749</sup>. Perante o dano realizado, o homem primitivo pergunta não pela causa, mas pela responsabilidade. Esta leitura dos factos humanos e naturais é designada por Kelsen de interpretação sócio-normativa da natureza. Trata-se de uma interpretação social do mundo natural na medida em que o homem primitivo o considera parte da sociedade<sup>750</sup>. Por conseguinte, a natureza integra a ordem social e obedece a uma ordem de carácter normativo e, neste sentido, a um juízo de imputação.

A comunidade primitiva não conhece o mundo natural no sentido da ciência moderna, isto é, no sentido de uma ordenação vinculada ao princípio da causalidade, mas antes no sentido de uma ordem que obedece ao princípio de imputação. À mente primitiva é alheio um dualismo denunciado por uma natureza causal, de um lado, e uma sociedade normativa, de outro lado. Deste modo, uma moderna

---

<sup>746</sup> KELSEN, Hans, «Causality and retribution», *op. cit.*, p. 303.

<sup>747</sup> Cf. KELSEN, Hans, «Causality and imputation», *op. cit.*, p. 328.

<sup>748</sup> Cf. KELSEN, Hans, «Causality and imputation», *op. cit.*, p. 328.

<sup>749</sup> Cf. KELSEN, Hans, «Causality and imputation», *op. cit.*, p. 328.

<sup>750</sup> Cf. KELSEN, Hans, «The natural-Law doctrine before the tribunal of science», *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*, New Jersey: The Lawbook Exchange, 6.<sup>a</sup> ed. (2008), p. 138.

compreensão científica da natureza é resultado da emancipação de uma interpretação social do mundo natural e, conseqüentemente, de um entendimento animista da natureza. Nas palavras de Kelsen, o instrumento que permite essa emancipação, possibilitando uma compreensão científica do mundo das coisas, é justamente o princípio da causalidade<sup>751</sup>.

Neste sentido, segundo Kelsen é mais do que provável que a lei da causalidade tenha a sua referência primária na norma retributiva, enquanto resultado da transformação do princípio da imputação segundo o qual “à conduta não recta se liga uma pena e à conduta recta se liga o prémio”<sup>752</sup>. Este processo de mutação dá-se, da perspectiva deste autor, com a filosofia natural dos gregos, que de forma tímida vai, progressivamente, concedendo espaço ao nascimento de uma compreensão científica da natureza.

## 2.2 A “mudança causal”

O conhecimento científico da natureza começa a ganhar alguma autonomia, no pensamento ocidental, com a filosofia pré-socrática. O interesse pela compreensão da natureza e da sua causa primeira conduziria à progressiva emancipação do princípio causal de uma ideia de imputação e de retribuição. Porém, a completa purificação do conceito de causalidade apenas se realiza com a excisão de todas as concepções animistas do seu conteúdo, impondo-se com características próprias que lhe conferem autonomia em face do princípio da imputação. A progressiva tomada de consciência de que as coisas da natureza são independentes da vontade humana leva a reconhecer que cada efeito tem a sua causa e que esta, por sua vez, é imputável a uma outra causa<sup>753</sup>. A natureza e a sua explicação tornam-

---

<sup>751</sup> Cf. KELSEN, Hans, «Causality and imputation», *op. cit.*, p. 329.

<sup>752</sup> Cf. KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, Coimbra: Livraria Almedina, 2008, p. 99. Também COSTA, José de Faria, *O Perigo em Direito Penal*, *op. cit.*, p. 94, nota 15.

<sup>753</sup> Como sublinha KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, *op. cit.*, p. 99 e «Causality and Imputation», *op. cit.*, p. 330, é interessante notar que a palavra grega *aitia* (αἰτία), termo de cariz normativo que originalmente significava culpa, viesse a ser traduzida por causa: “a causa é a culpa pelo efeito, a causa é responsável pelo efeito e o efeito é imputado à causa da mesma forma que a pena o é ao acto ilícito”. Segundo Ferrater Mota, tal impele à conclusão de que ao passar do campo normativo para o campo filosófico se evidencia que não há apenas uma imputação a alguém ou a algo, mas



se progressivamente o centro das reflexões dos filósofos pré-socráticos, separando-se a natureza da sociedade e, com isso, a política da ciência<sup>754</sup>.

A moderna noção de causalidade é firmada nos escritos dos atomistas, sobretudo de Leucipo e Demócrito, ao excluir quase totalmente os elementos teológicos da interpretação da natureza<sup>755</sup>. As coisas naturais seguem uma ordem que obedece, segundo os atomistas, a uma necessidade impessoal e objectiva. Neste sentido, também a mudança causal se realiza, segundo Demócrito através da atracção e separação de átomos<sup>756</sup>: a necessidade, que determina a mudança no mundo das coisas naturais, exprime a variação dos átomos e das suas possíveis combinações<sup>757</sup>.

Todavia, é no pensamento aristotélico que o problema causal e o conceito de causa constituem objecto de máxima reflexão<sup>758</sup>. Na sua obra, Aristóteles (384-323 a. C) faz coincidir a causa com as razões da existência e da mudança. A mudança só pode ser causalmente compreendida através da análise dos quatro tipos de causa propostos por aquele filósofo: a *causa material* (ou seja, o objecto de transformação sobre o qual actuam as demais causas); a *causa eficiente* (coincidente com o sujeito que produz e dá impulso à mudança); a *causa formal* (ou essência, a coisa em si) e a *causa*

---

que o evento se dá segundo certa lei, ou que a regularidade do acontecer é válida para todos os acontecimentos da mesma espécie, ou que a transmissão de propriedades de uma coisa a outra se faz segundo um certo princípio ou, simultaneamente, todas estas coisas, *apud* FIERRO, Guillermo Julio, *Causalidad e Imputación*, Buenos Aires: Astrea, 2002, p. 3.

<sup>754</sup> KELSEN, Hans, *Vergeltung und Kausalität*, The Hague: W. P. van Stockum & Zoon, 1941, p. 237. Tales de Mileto e Anaxímenes, da escola Jónica, procuraram nas suas reflexões um princípio fundamental que permitisse explicar o universo na sua unidade. O primeiro encontra na água, o elemento essencial, a *causa primeira* de todas as coisas, cuja transformação estaria na base da variedade dos fenómenos naturais. O segundo considera o ar como substância básica, causa primeira dos eventos e das transformações. Mais desenvolvidamente, sobre o contributo do pensamento filosófico pré-socrático para o discurso científico, *ibidem*, p. 237 e ss.

<sup>755</sup> KELSEN, Hans, *Vergeltung und Kausalität*, *op. cit.*, p. 251 e, do mesmo autor, «Causality and retribution», *op. cit.*, p. 311 e s.

<sup>756</sup> KELSEN, Hans, *Vergeltung und Kausalität*, *op. cit.*, p. 254.

<sup>757</sup> É interessante salientar, neste contexto, a interpretação kelseniana do pensamento de Demócrito, o qual, buscando uma interpretação objectiva e impessoal da natureza, continuaria agarrado a um elemento normativo patente na relação entre causa-efeito: segundo Demócrito, a coisa “sofre” o efeito, e ao termo sofrimento é inerente uma ideia de punição. Neste sentido, nas palavras de Kelsen, “a conexão interna entre os dois elementos da lei da causalidade, causa e efeito, tem um carácter normativo, que persiste no pensamento científico contemporâneo”, cf. KELSEN, Hans, *Vergeltung und Kausalität*, *op. cit.*, p. 256, também «Causality and retribution», *op. cit.*, p. 314.

<sup>758</sup> FIERRO, Guillermo Julio, considera que, através dos escritos aristotélicos, o problema causal encontra na Grécia Antiga a sua máxima expressão, cf. *Causalidad e Imputación*, *op. cit.*, p. 36.

*final* (que corresponde ao fim ou objectivo perseguido pelo sujeito)<sup>759</sup>. As causas eficiente e material são consideradas causas do devir. As outras duas – a formal e final – são causas do ser. Este dualismo acaba por se concretizar em duas categorias essenciais ao pensamento filosófico – a “*causa efficiens*” e a “*causa finalis*” – em torno das quais gira um dos problemas fundamentais que confrontam o conceito de causalidade a partir de Aristóteles: o seu sentido mecânico-naturalista ou teleológico-finalista<sup>760</sup>.

Como sublinha Guillermo Fierro, em estudo que dedicou ao problema da causalidade, a teoria aristotélica seria retomada pela filosofia medieval, em particular por S. Tomás de Aquino (1225-1274), que adiciona uma quinta causa às quatro propostas pelo filósofo grego: a causa exemplar, aquela que provém de Deus e que é causa quer da mudança produzida, quer do próprio ser. A filosofia escolástica ocupou-se maioritariamente da causalidade divina, no plano da metafísica, estabelecendo, a partir dela, a causalidade que domina a natureza. Tal conduziria à recusa da afirmação de que tudo tem uma causa, pela contradição com o princípio de que Deus contém em si a sua razão, e determinaria a correcção da célebre frase de Lucrecio “*ex nihilo nihil fit*” nos seguintes moldes: “*ex nihilo fit ens creatum*”<sup>761</sup>. S. Tomás não desconsidera, no entanto, a causalidade física, a que regressa através do conceito de *potência* que, ocupando uma posição nuclear na sua filosofia, designa aquilo que ainda não é mas que pode vir a ser. Isto é, só há *mudança* se, por um lado, o ser não é ainda aquilo em que vai converter-se, e se, por outro lado, puder chegar a sê-lo: a potência é um não-ser que consiste na capacidade receptiva de ser<sup>762</sup>. Assim, para S. Tomás, a causalidade está no início do processo de mudança que dá uma determinada forma de ser ao que ainda não o era mas que tinha em si a possibilidade de vir a ser.

---

<sup>759</sup> Estes quatro sentidos do conceito de causa são expostos por Aristóteles na sua *Metafísica*. Sobre o pensamento de Aristóteles e a sua influência na história da infracção penal, em particular no conceito de *imputatio* de Samuel Pufendorf, veja-se, MENDES, Paulo de Sousa, *O Torto Intrinsecamente Culposo como Condição Necessária de Imputação da Pena*, *op. cit.*, p. 43 e ss. e p. 141 e ss.

<sup>760</sup> FIERRO, Guillermo Julio, *Causalidad e Imputación*, *op. cit.*, p. 37.

<sup>761</sup> Cf. FIERRO, Guillermo Julio, *Causalidad e Imputación*, *op. cit.*, p. 44.

<sup>762</sup> Cf. FIERRO, Guillermo Julio, *Causalidad e Imputación*, *op. cit.*, p. 43.

### 2.3 A regularidade enquanto fundamento da causalidade moderna

A reunião dos conceitos de causalidade teológico-filosófica e causalidade científica defendida pela escolástica conhece um obstáculo no pensamento científico de alguns autores do século XVI e XVII que tomam o ser sensível, determinado espaço-temporalmente, como objecto da ciência. Autores como Galileu (1564-1642), Bacon (1561-1626) e Kepler (1561-1630) interrogam a natureza e procuram dela extrair as respostas procuradas através do recurso à experiência. A mera especulação filosófica como metodologia da natureza é substituída de um ponto de vista epistemológico pelo método experimental. A compreensão científica moderna começa a impor-se de forma definitiva como uma necessidade. A este propósito, Kelsen salienta que esta nova ciência da natureza foi a primeira a reviver o princípio de uma causalidade absolutamente válida, no sentido de uma lei inerente à natureza, tal como os atomistas intuíram, e que permaneceria como princípio dominante na interpretação da natureza até às primeiras décadas do século XX, período em que é questionado por algumas áreas da física<sup>763</sup>.

David Hume (1711-1776) é justamente apontado como um dos autores que contribui de modo mais significativo para a teoria da causalidade<sup>764</sup>. O filósofo escocês parte da concepção causal dominante no seu tempo e que encontra os seus alicerces em escritos tão distintos como o empirismo de Bacon, a concepção mecanicista de Hobbes, o racionalismo cartesiano ou ainda a mecânica de Newton<sup>765</sup>. Todavia, a influência dos seus textos prolongar-se-ia bem para além daquela época, sendo comum reconhecer-se que a crise do conceito de causalidade, vivamente acentuada em alguns contextos científicos contemporâneos, teve o seu

---

<sup>763</sup> Cf. *Vergeltung und Kausalität*, *op. cit.*, p. 259 e ss.; veja-se ainda, do mesmo autor, «Causality and Retribution», *op. cit.*, p. 314.

<sup>764</sup> Sobre este contributo e para uma análise detalhada da teoria causal de Hume veja-se MACKIE, J. L., *The Cement of the Universe. A Study of Causation*, Oxford: Oxford University Press, 2002 (reprinted), p. 3 e ss.

<sup>765</sup> Mais desenvolvidamente, FIERRO, Guillermo Julio, *Causalidad e Imputación*, *op. cit.*, p. 45 e ss. O autor sublinha que, em Newton como em Descartes, a causalidade requer sempre a ideia de uma coisa que conduz ou determina a outra. Esta explicação mecânica leva a pensar o processo causal como os mecanismos de relojoaria, nos quais as diversas partes em movimento se determinam umas às outras.

início na crítica aberta de David Hume à crença causal<sup>766</sup>. A noção de causa prevalecente à altura era vincadamente objectiva, no sentido de que entre causa e efeito há uma conexão natural, inerente às próprias coisas, de tal modo que a causa faz aparecer, e neste sentido determina, o efeito<sup>767</sup>. A causa é necessária à realização do efeito e é razão suficiente dele.

Ora, de uma perspectiva empírica, Hume expressa o seu cepticismo quanto ao princípio causal através de uma argumentação assente na inexistência na natureza de uma causalidade entendida como conexão necessária entre dois objectos; o que se observa é tão-somente uma sucessão regular de eventos<sup>768</sup>. Assim, este autor recusa de modo definitivo um princípio geral de causalidade, segundo o qual as mesmas causas têm necessariamente de produzir efeitos semelhantes. A ideia de uma causalidade necessária é antes imputada ao pensamento e nele criada pela observação de uma sucessão regular entre determinados eventos. Deste modo, a mente é determinada pelo costume e é esta *impressão* que cria a aparência da necessidade<sup>769</sup>. De facto, é esta sucessão contínua e regular dos fenómenos que gera em nós uma ideia de associação entre dois acontecimentos e impele à qualificação de uma determinada circunstância como causa do outro evento que lhe sucede temporalmente. Assim se sintetizam as duas principais teses defendidas por Hume em matéria de causalidade: (1) a causalidade nos objectos corresponde, tanto quanto sabemos, a uma sucessão regular e (2) a necessidade está na mente e não nos objectos, muito embora se procure projectar naqueles<sup>770</sup>.

No desenvolvimento destas teses, Hume apresenta duas definições de causa que se completam: (1) causa é “um objecto anterior e contíguo a outro de modo que todos os objectos semelhantes ao primeiro são colocados numa idêntica relação de

---

<sup>766</sup> Cf. Kelsen, Hans, *Vergeltung und Kausalität*, *op. cit.*, p. 259 e, ainda do mesmo autor, «Causality and Retribution», *op. cit.*, p. 314.

<sup>767</sup> Cf. Neste sentido, Kelsen, Hans, «Causality and imputation», *op. cit.*, p. 314.

<sup>768</sup> Cf. Hume, David, *Tratado da Natureza Humana*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001 (trad. Serafim da Silva Fontes do texto inglês, *A Treatise of Human Nature*, segundo a edição da Oxford University Press, Oxford, 1888), p. 196. Sobre a perspectiva de Hume em obras destinadas ao estudo da causalidade no contexto jurídico-penal veja-se Maiwald, Manfred, *Kausalität und Strafrecht*, *op. cit.*, p. 47 e ss. e também Renzikowski, Joachim, «Ist psychische Kausalität dem Begriff nach möglich?», in: *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Berlin: Dunker & Humblot, 2011, p. 202 e s.

<sup>769</sup> Cf. Hume, David, *Tratado da Natureza Humana*, *op. cit.*, p. 197 e ss. e 207.

<sup>770</sup> Cf. Mackie, J. L., *The Cement of the Universe*, *op. cit.*, p. 6.

prioridade e contiguidade para com os objectos semelhantes ao segundo”; (2) “causa é um objecto anterior e contíguo a outro, e tão unido a ele na imaginação que a ideia de um determina a mente a formar a ideia do outro, e a impressão de um conduz a uma ideia mais viva do outro”<sup>771</sup>. A primeira claramente identifica a ideia de causa com a sucessão regular de eventos; a segunda concretiza uma referência à associação psicológica<sup>772</sup>.

A grande viragem realizada por Hume na concepção de causalidade prende-se com a transferência da conexão entre causa e efeito da esfera objectiva para o domínio subjectivo, criando assim um problema epistemológico a partir de uma questão ontológica<sup>773</sup>. A sua teoria foi, no entanto, objecto de críticas por alguma filosofia moderna, designadamente pela forte impressão psicológica cunhada na sua proposta, conduzindo, da perspectiva de alguns autores, à confusão entre lógica e psicologia<sup>774</sup>. Todavia, a partir das suas reflexões estava aberto o caminho à construção de teorias generalizadoras do conceito de causa. O modelo de Hume liberta pois o cientista da angústia das velhas e obscuras forças e poderes causais inobserváveis e dirige a sua investigação à regularidade, capaz de sustentar leis gerais<sup>775</sup>. A insistência do filósofo inglês na ideia de “sequência regular entre eventos” constitui a essência da noção de causalidade, representada no mundo moderno “segundo a ideia de que cada afirmação causal implica, pelo seu próprio significado, uma proposição geral relativa a uma conexão universal entre tipos de eventos; para que se concretize esse singular juízo causal é então necessário que os

---

<sup>771</sup> HUME, David, *Tratado da Natureza Humana*, *op. cit.*, p. 214.

<sup>772</sup> Mais desenvolvidamente sobre o significado e apreciação crítica destas definições, MACKIE, J. L., *The Cement of the Universe*, *op. cit.*, p. 3 e ss. Veja-se também KELSEN, Hans, «Causality and retribution», *op. cit.*, p. 315-316, que reconhece na teoria causal de Hume a forte influência da ideia do costume, enquanto fonte normativa predominante em Inglaterra ao tempo dos seus escritos. Kelsen contrapõe, por seu lado, que a conexão entre causa e efeito não pode ser resultado daquilo que é habitual ou regular, mas muito provavelmente estará ligada, como demonstra a filosofia grega, ao princípio da retribuição. Todavia, ao modificar a causalidade de uma conexão objectivamente necessária entre a causa e efeito para um princípio subjectivo do pensamento, Hume liberta a lei de causalidade de um elemento que lhe é inerente enquanto sucessor do princípio da retribuição.

<sup>773</sup> Cf. KELSEN, Hans, *Society and Nature*, London: Routledge, 1998 (reprinted), p. 249 (também disponível em <http://books.google.pt/>).

<sup>774</sup> Cf. MACKIE, J. L., *The Cement of the Universe*, *op. cit.*, p. 27.

<sup>775</sup> Mais desenvolvidamente, HART / HONORÉ, *Causation in the Law*, Oxford: at the Clarendon Press, 1985, p. 10 e ss. Estes autores chegam mesmo a qualificar a teoria de Hume como a fonte da maioria das teorias filosóficas contemporâneas sobre causalidade, cf. *ibidem*. p. 13

eventos que ele relaciona sejam exemplos de uma tal conexão universal entre tipos de eventos”<sup>776</sup>. Muito embora modernamente se tenha partido da tese humeana de que a ideia causal “não está nos objectos”, isto é, não corresponde a uma qualquer força invisível e inacessível que os relaciona causalmente, rompe-se o limite, imposto pelo filósofo inglês, de um sentimento ou impressão subjectiva da mente. A lei causal passa agora a ser justificada e compreendida pelas inferências que ela permite deduzir, não só relativamente ao que aconteceu ou que acontecerá, mas também quanto a inferências *contrafactuais* relativas ao que *teria acontecido* se um concreto evento que de facto aconteceu, não tivesse acontecido<sup>777</sup>.

Tal como Hume, também Kant (1724-1804) traz o sujeito à causalidade e acentua a dimensão subjectiva inerente ao processo causal<sup>778</sup>. Partindo da teoria daquele autor inglês e da sua concepção de causa<sup>779</sup>, o filósofo alemão acabaria, no entanto, por superá-la através da sua metodologia do apriorismo formal. Para Kant, a relação de causalidade é resultado da nossa consciência e essencial ao processo de conhecimento. A percepção real dos fenómenos mostra quer o evento que designamos por causa, quer aquele que lhe é posterior e considerado como o seu efeito; porém, a relação que existe entre ambos – inferida tão-somente através da razão e da pura compreensão – é resultado da consciência, e, como tal, de um conceito puro<sup>780</sup>.

---

<sup>776</sup> Cf. HART / HONORÉ, *Causation in the Law*, *op. cit.*, p. 15.

<sup>777</sup> Cf. HART / HONORÉ, *Causation in the Law*, *op. cit.*, p. 15.

<sup>778</sup> A ligação entre as teorias destes dois filósofos no que respeita ao conhecimento da natureza e muito particularmente ao conceito de causa é sublinhada pelo próprio Kant na introdução aos seus *Prolegómenos a toda a Metafísica Futura*, (trad. Artur Morão), Lisboa: Edições 70, 1988, p. 17: “Confesso francamente: foi a advertência de David Hume que, há muito anos, interrompeu o meu sono dogmático e deu às minhas investigações no campo da filosofia especulativa uma orientação inteiramente diversa. Eu estava muito longe de admitir as suas conclusões, que resultavam simplesmente de ele não ter rerepresentado o problema em toda a sua amplitude, mas de o ter abordado apenas por um lado que, se não se tiver em conta o conjunto, nada pode explicar. Quando se parte de um pensamento fundamentado, embora não pormenorizado, que outro nos transmitiu, pode esperar-se, graças a uma meditação contínua, ir mais longe do que o homem subtil a que se deve a primeira centelha desta luz”.

<sup>779</sup> Kant elege a causa como o conceito problemático da teoria de Hume, qualificando-o, de modo elucidativo, como a sua *crux methaphysicorum*, cf. *Prolegómenos a toda a Metafísica Futura*, *op. cit.*, p. 88. Também MAIWALD, Manfred, *Kausalität und Strafrecht*, *op. cit.*, p. 49 e ss.

<sup>780</sup> Cf. FIERRO, Guillermo Julio, *Causalidad e Imputación*, *op. cit.*, p. 60-61. Também MACKIE, J. L., *The Cement of the Universe*, *op. cit.*, p. 89 e ss.

Deste modo, Kant concebe a causalidade como uma categoria do intelecto. Deste modo, aplica também à causalidade o princípio segundo o qual o nosso intelecto não toma as leis da natureza, mas antes impõe à natureza as leis que ele inventa<sup>781</sup>. Assim, a conexão causa-efeito é produto de uma faculdade sintética da imaginação. A síntese entre causa e efeito – entendidos como conceitos distintos em si mesmos – acrescenta algo que é impossível expressar empiricamente: que o efeito não sucede somente à causa, mas é antes realizado *por* ela e resultado *de* ela<sup>782</sup>. Neste sentido, sublinha Renzikowski que “depois de Kant, a relação causal é vista como *assimétrica*, uma vez que vale somente num sentido pois se A é a causa de B, não pode simultaneamente B ser a sua própria causa. É ainda *irreflexiva* uma vez que nenhum estado das coisas pode ser a sua própria causa. Finalmente a relação causal é também *transitiva* uma vez que vale igualmente como causa a causa de uma causa: ‘se A, então B’ e se ‘B, então C’, logo ‘se A, então C’ ”<sup>783</sup>.

Kant vai mais longe, libertando-se de Hume, ao conceber a causalidade como uma categoria prévia – *a priori* – organizadora do material intuitivo, capaz de captar uma dada relação causal sempre que as condições da experiência permitam e conduzam a tal conclusão<sup>784</sup>. Deste modo, a causalidade não é uma mera associação ou aparência, mas antes uma forma categorial prévia, um conhecimento *a priori*, que precede a experiência, o conhecimento empírico, tornando-o possível<sup>785</sup>. Por conseguinte, a causalidade não é um simples modo subjectivo de reconhecimento de regularidades mas uma lei lógica, e nesse sentido, em si mesma objectiva, à qual se acede por via do método transcendental.

A este propósito é oportuno acrescentar uma outra nota relativa à influência da compreensão kantiana de causalidade na ciência penal e em alguns dos seus

---

<sup>781</sup> POPPER, Karl, *Quantum Theory and the Schism in Physics. From the Postscript to the Logic of Scientific Discovery*, London /New York: Routledge, 2005, p. 3, refere-se justamente ao grande contributo de Kant na combinação de uma interpretação realista da ciência natural com a ideia de que as teorias científicas não são simplesmente o resultado de uma descrição da natureza; as teorias científicas são antes de tudo produto da mente humana.

<sup>782</sup> FIERRO, Guillermo Julio, *Causalidad e Imputación*, *op. cit.*, p. 60; RENZIKOWSKI, Joachim, «Ist psychische Kausalität...», *op. cit.*, p. 203 e 205.

<sup>783</sup> RENZIKOWSKI, Joachim, «Ist psychische Kausalität...», *op. cit.*, p. 205. Esta última característica da transitividade teve, segundo o autor, decisiva influência, no plano do direito penal, na formulação da teoria das condições equivalentes.

<sup>784</sup> FIERRO, Guillermo Julio, *Causalidad e Imputación*, *op. cit.*, p. 62.

<sup>785</sup> Cf. *Prolegómenos a toda a Metafísica Futura*, *op. cit.*, p. 171.

autores. Num estudo que dedica à causalidade, Welzel refere-se ao idealismo causal de Kant e à sua recepção pela ciência penal, mostrando-se crítico quanto à interpretação dada por alguns autores às propostas kantianas que resvalam numa interpretação psicológica da causalidade e desvalorizam, de alguma forma, o núcleo daquela doutrina e, em particular, o significado da crítica da razão pura<sup>786</sup>. Neste contexto, são exemplificativas as seguintes afirmações doutrinárias a propósito da causalidade jurídico-penal: “vincular causalmente aparências é função primitiva da inteligência humana”<sup>787</sup>, cabendo ao intelecto humano a comprovação da validade universal de uma lei causal; ou ainda que a “causalidade é uma forma de cognoscibilidade”<sup>788</sup>; ou ainda que “de um ponto de vista transcendental, são os seres humanos que prescrevem legalidade à natureza”<sup>789</sup>. Ora, da perspectiva de Welzel, afirmações como estas tomam a causalidade como forma de organização do sujeito e não como categoria do próprio objecto, em desacordo com o âmago da teoria da razão pura kantiana. O conhecimento humano e os objectos aos quais se dirige estão sujeitos às mesmas condições de validade: as categorias, ligadas à razão pura. Neste sentido a “inteligência pura não é património de um sujeito real humano, mas antes, dirigindo-se ao sujeito, se impõe como o princípio ou medida da sua autenticidade, e dirigindo-se ao objecto, é conteúdo real ou estrutura do próprio objecto (...). Assim, segundo a interpretação transcendental, a causalidade não é um modo subjectivo de vinculação do ‘nosso’ aparelho de conhecimento que ‘nós’ aplicamos aos objectos porque ‘nós’ não os podemos reconhecer de outra maneira, mas a é antes uma lei lógica, isto é, objectiva, à qual os objectos estão submetidos também no caso de ‘nós’ não existirmos”<sup>790</sup>. É justamente esta nota de objectividade conferida por Kant à causalidade enquanto forma categorial prévia e transcendental, bem acentuada por Welzel, que a afasta definitivamente da concepção psicológica e subjectiva de Hume.

---

<sup>786</sup> «Kausalität und Handlung», *ZStW* 51 (1931), p. 703 e ss., com tradução em língua espanhola, que aqui se seguirá, por Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw, publicado *in*: WELZEL, Hans, *Estudios de Derecho Penal*, Montevideo, Buenos Aires: IBdeF, 2002, p. 121-145. A este propósito veja-se ainda RENZIKOWSKI, Joachim, «Ist psychische Kausalität...», *op. cit.*, p. 205 e s.

<sup>787</sup> Assim Max Ernst Mayer, cf. WELZEL, Hans, *Estudios de Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 122.

<sup>788</sup> Assim v. Liszt / Schmidt, cf. WELZEL, Hans, *Estudios de Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 122.

<sup>789</sup> Assim W. Sauer, cf. WELZEL, Hans, *Estudios de Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 122.

<sup>790</sup> Cf. WELZEL, Hans, *Estudios de Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 123-124.



## 2.4 O paradigma positivista e o determinismo causal

O final do século XVIII e a progressiva afirmação do positivismo científico trouxeram novas perspectivas ao conceito de causalidade, alicerçadas na convicção de que, por um lado, a natureza era cientificamente explicável e, por outro, que tal conhecimento seria a base de um juízo de previsibilidade de factos futuros. O paradigma científico-positivista assenta pois no mecanicismo causal: o acesso ao conhecimento realiza-se por via do domínio científico dos mecanismos causais que estão na base de todos os fenómenos. É através do conhecimento da estrutura causal do mundo que se acede à descrição completa dos fenómenos, assim como à sua explicação e à consequente formulação de leis que permitem prever casos ainda não observados<sup>791</sup>.

Estava enunciado o determinismo causal que atingiria o seu apogeu com Pierre Simon de Laplace (1749-1827). Na teoria deste cientista francês, seguidor de Newton, todos os fenómenos são explicados através de leis determinísticas, porém nem todas são acessíveis à limitada capacidade do intelecto humano. Assim se compreende a necessidade humana de recorrer ao conceito de probabilidade, enquanto portador daquela indeterminação científica<sup>792</sup>. Na conhecida metáfora de Laplace, um ser dotado de uma inteligência superior, que pudesse conhecer, na sua totalidade, todos os nexos e ligações causais do mundo, não necessitaria de recorrer ao conceito de probabilidade, pois todos os fenómenos seriam, para si, previsíveis<sup>793</sup>. À medida que o conhecimento humano ultrapassasse os seus limites, aumentaria a possibilidade de prever o futuro através do conhecimento das leis

---

<sup>791</sup> GALAVOTTI, Maria Carla, «Problemi epistemologici del nesso causalità-probabilità-spiegazione», in: *Il Nesso di Causalità*, Padova: CEDAM, 2007, p. 3.

<sup>792</sup> Cf. GALAVOTTI, Maria Carla, «Problemi epistemologici...», *op. cit.*, p. 4. Também, FIERRO, Guillermo Julio, *Causalidad e Imputación*, *op. cit.*, p. 67-68.

<sup>793</sup> Nas palavras do próprio Laplace: “Une intelligence qui, pour un instant donné, connaîtrait toutes les forces dont la nature est animée, et la situation respective des êtres qui la composent, si d’ailleurs elle était assez vaste pour soumettre ces données à l’analyse, embrasserait dans la même formule les mouvements des plus grands corps de l’univers et ceux du plus léger atome: rien ne serait incertain pour elle, et l’avenir comme le passé, serait présent à ses yeux. L’esprit humain offre, dans la perfection qu’il a su donner à l’Astronomie, une faible esquisse de cette intelligence”, *Essai Philosophique sur Les Probabilités*, Bruxelles: H. Remy, Imprimeur-Libraire, 1829, p. 3 (disponível e consultado em <http://books.google.pt/books>).

causais. O conceito de probabilidade surge na teoria laplaciana como um instrumento necessário para colmatar os limites da mente humana quanto ao conhecimento das leis da natureza. Na verdade, “no paradigma determinista a probabilidade não faz parte do aparelho teórico da ciência, mas antes se situa em referência aos erros de medição”<sup>794</sup>.

A concepção determinista da natureza foi auxiliada pela metodologia científico-positivista que dominava o pensamento do século XIX. Segundo o modelo positivista, tornava-se necessário desconstruir o conceito metafísico de causa e substituí-lo pela ideia de uma lei – entendida como uma relação constante entre os fenómenos – acessível através da razão e da observação<sup>795</sup>. A causalidade torna-se, nesta época, um princípio fundamental, orientador da investigação científica, na medida em que a esta interessava não o estudo de realidades absolutas mas unicamente a explicação dos fenómenos e das leis naturais a que estes obedecem. As leis que regem o Universo são simples, simétricas, deterministas e reversíveis e é através delas que se explicam os acontecimentos. Como sublinha Fierro, “desde os dias de Newton até finais do século XIX, inícios do século XX, a física conseguiu explicar um grande número de fenómenos naturais por intermédio de um modelo mecanicista, e um dos seus êxitos mais notáveis foi a formulação do movimento planetário. Tudo parecia poder analisar-se sobre a base dos conceitos de posição, velocidade e forças, relacionados entre si por equações que exprimiam a imagem de uma natureza concebida como uma grande máquina cujos mecanismos são as equações”<sup>796</sup>.

A força da causalidade é, a este tempo, tão intensa que se espalha para além do domínio das ciências físicas e invade o campo das ciências sociais e humanas. A própria sociedade é perspectivada como um fenómeno que obedece a uma mecânica social, segundo a qual as relações e os fenómenos sociais cumprem uma regularidade ínsita em leis causais. A filosofia social transforma-se assim em física social<sup>797</sup>.

---

<sup>794</sup> GALAVOTTI, Maria Carla, «Problemi epistemologici...», *op. cit.*, p. 4.

<sup>795</sup> Cf. FIERRO, Guillermo Julio, *Causalidad e Imputación*, *op. cit.*, p. 69.

<sup>796</sup> Cf. FIERRO, Guillermo Julio, *Causalidad e Imputación*, *op. cit.*, p. 70.

<sup>797</sup> Mais desenvolvidamente FIERRO, Guillermo Julio, *Causalidad e Imputación*, *op. cit.*, p. 71 e s.

Também o discurso jurídico sofre a influência do pensamento mecânico-causalista. Como exemplo pode apontar-se o decisivo contributo da teoria causal do filósofo e economista inglês John Stuart Mill (1806-1873), conhecedor e estudioso das propostas de Auguste Comte<sup>798</sup> e de David Hume, nas teorias jurídicas da causalidade, designadamente na doutrina das condições equivalentes<sup>799</sup>. Segundo este autor, em termos filosóficos a causa corresponderia à consideração conjunta das condições positivas e negativas, ou seja, à totalidade de contingências da natureza que, verificando-se, são necessariamente sucedidas por um dado acontecimento<sup>800</sup>. Com efeito, Mill introduz a ideia de que a regularidade sequencial proposta por Hume não se dá entre dois singulares eventos – o antecedente e o conseqüente – mas sim entre o conseqüente e o conjunto de vários antecedentes, que concorrem entre si na realização daquele. Na sua teoria causal, este filósofo propõe e desenvolve um conceito posteriormente importado por algumas teorias jurídicas da causalidade: o conjunto de condições (*the set of conditions*)<sup>801</sup>. Com efeito,

---

<sup>798</sup> Mill dedica algumas das suas obras à análise do pensamento de Comte, entre as quais se destaca a monografia *Auguste Comte and Positivism*, 1865 (disponível em <http://www.gutenberg.org/files/16833/16833-h/16833-h.htm>).

<sup>799</sup> A teoria das condições equivalentes corresponde a um dos principais critérios na determinação da causalidade penal, cf. *infra*, § 10, 1.

<sup>800</sup> Cf. MILL, John Stuart, *A System of Logic, Ratiocinative and Inductive*, New-York: Harper & Brothers Publishers, 1846, Livro III, Cap. V, § 3 (disponível em <http://books.google.pt/>). Veja-se também, sobre o pensamento deste filósofo inglês e a sua influência no conceito filosófico de causa, HART /HONORÉ, *Causation in the Law*, *op. cit.*, p. 13 e ss.; MACKIE, J. L., *The Cement of the Universe*, *op. cit.*, p. 60 e ss., e FIERRO, Guillermo Julio, *Causalidad e Imputación*, *op. cit.*, p. 70.

<sup>801</sup> Cf. MILL, John Stuart, *A System of Logic...*, *op. cit.*, Livro III, Cap. V, § 3. Transcreve-se o parágrafo onde o filósofo inglês sintetiza o conceito de causa e condição que influenciaria de forma determinante a teoria jurídica da equivalência das condições: “[*The cause of a phenomenon is the assemblage of its conditions*] It is seldom, if ever, between a consequent and a single antecedent, that this invariable sequence subsists. It is usually between a consequent and the sum of several antecedents; the concurrence of all of them being requisite to produce, that is, to be certain of being followed by, the consequent. In such cases it is very common to single out one only of the antecedents under the denomination of *Cause*, calling the others merely *Conditions*. Thus, if a person eats of a particular dish, and dies in consequence, that is, would not have died if he had not eaten of it, people would be apt to say that eating of that dish was the cause of his death. There needs not, however, be any invariable connexion between eating of the dish and death; but there certainly is, among the circumstances which took place, some combination or other on which death is invariably consequent: as, for instance, the act of eating of the dish, combined with a particular bodily constitution, a particular state of present health, and perhaps even a certain state of the atmosphere; the whole of which circumstances perhaps constituted in this particular case the *conditions* of the phenomenon, or, in other words, the set of antecedents which determined it, and but for which it would not have happened. The real Cause, is the whole of these antecedents; and we have, philosophically speaking, no right to give the name of cause to one of them, exclusively of the others. What, in the case we have supposed, disguises the incorrectness of the expression, is

as leis ou generalizações causais indicam que um determinado acontecimento se realiza quando um particular conjunto de condições se verifica. Deste modo, a identificação um concreto e singular evento como causa de um resultado representa a escolha de um elemento (condição) que integra aquele complexo conjunto, muito embora cada um dos membros seja fundamental e necessário à produção do evento. Cada um destes elementos ocupa uma posição semelhante uma vez que cada um deles é igualmente necessário – e neste sentido, equivalente – à realização do concreto acontecimento<sup>802</sup>. Deste modo, da perspectiva de Mill, é incorrecto qualificar como causa cada uma das condições, individualmente considerada. A causa corresponde antes ao conjunto de todas as condições, rejeitando-se qualquer distinção entre causa e condição.

Tal como para Hume, Mill concebe o núcleo da causalidade como uma sequência regular de eventos. Todavia, entende que na natureza os eventos não se sucedem de uma forma simples: qualquer fenómeno é antecedido de um conjunto complexo de condições que pode integrar tanto eventos como estados persistentes e condições negativas<sup>803</sup>. Causa corresponde assim ao conjunto de condições, positivas e negativas, persistentes ou instantâneas, indispensáveis à realização do efeito que invariavelmente lhes sucede. A realização do conseqüente exige a co-existência dessas condições<sup>804</sup>.

---

this: that the various conditions, except the single one of eating the food, were not *events* (that is, instantaneous changes, or successions of instantaneous changes) but *states*, possessing more or less of permanency; and might therefore have preceded the effect by an indefinite length of duration, for want of the event which was requisite to complete the required concurrence of conditions: while as soon as that event, eating the food, occurs, no other cause is waited for, but the effect begins immediately to take place: and hence the appearance is presented of a more immediate and close connexion between the effect and that one antecedent, than between the effect and the remaining conditions. But though we may think proper to give the name of cause to that one condition, the fulfilment of which completes the tale, and brings about the effect without further delay; this condition has really no closer relation to the effect than any of the other conditions has. All the conditions were equally indispensable to the production of the consequent; and the statement of the cause is incomplete, unless in some shape or other we introduce them all”.

<sup>802</sup> Cf. Desenvolvidamente, HART / HONORÉ, *Causation in the Law*, *op. cit.*, p. 17.

<sup>803</sup> Cf. HART / HONORÉ, *Causation in the Law*, *op. cit.*, p. 21.

<sup>804</sup> A propósito da análise da teoria causal de Mill, ANTOLISEI, Francesco, *Il Rapporto di Causalità nel Diritto Penale*, Padova: CEDAM, 1934, p. 28, descreve alguns exemplos que transcrevemos pela plasticidade com que ilustram aquela teoria: “ (...) Assim, porquanto se diga que o cianeto é o agente da morte do homem, as propriedades orgânicas e vitais do paciente são elementos não menos activos do que o veneno na série causal do resultado”. Ou seja, também as qualidades que definem o “estado do objecto” são, para Mill, factores causais que influenciam activamente a

Desta forma, Mill extravasa a intrincada e complexa questão de saber o que é a causa e abre caminho ao problema – central para os juristas – de saber em que medida e segundo que circunstâncias se pode considerar determinado evento como causa de um fenómeno. Se até então era tida como causa a condição não apenas suficiente para a produção de um evento (se A, então B), mas também necessária (só se A, é que existe B), agora a causa é apresentada como um conjunto (de condições) suficiente para a produção de um resultado<sup>805</sup>. De uma perspectiva filosófica e científica, cada uma das condições que integra esse conjunto é parte da causa estrutural do evento. Todavia, de acordo com a “noção comum de causa”, é indispensável que uma destas condições seja seleccionada ou apontada, por si só e segundo princípios que variam consoante o contexto ou a finalidade, como causa. Desta forma se distingue, na doutrina de Mill, o conceito filosófico de causa de um conceito causal comum<sup>806</sup>.

A teoria de Mill constitui um marco incontornável na discussão filosófica e também jurídica<sup>807</sup> do conceito de causa. Todavia, as suas propostas doutrinárias não deixaram de ser sujeitas a comentários críticos por parte de alguns autores. Hart e Honoré sublinham as limitações da doutrina causal de Mill quando perspectivada a partir da noção comum de causalidade. Em particular, destacam os obstáculos que uma noção de causalidade, concebida como sequência regular de fenómenos naturais, encontra na resolução dos problemas (*v. g.*, jurídicos) do dia-a-dia<sup>808</sup>. Adicionalmente, os mesmos autores apontam ainda as dificuldades da teoria de Mill

---

produção do resultado. De igual modo, na educação pode-se “qualificar o professor como agente e o aluno como a matéria sobre a qual aquele age: porém, os factos pré-existentes referentes à inteligência do aluno exercem uma influência que favorece ou contraria o esforço do professor”.

<sup>805</sup> Mill abre assim caminho a uma discussão, que se prolongaria na segunda metade do século XX, quer no campo filosófico, quer no campo jurídico, sobre o carácter de suficiência ou necessidade da condição para que possa qualificar-se como causa.

<sup>806</sup> Cf. HART /HONORÉ, *Causation in the Law*, *op. cit.*, p. 21-22.

<sup>807</sup> Como referem HART /HONORÉ, *Causation in the Law*, *op. cit.*, p. 20-21, Mill é um dos poucos filósofos referidos persistentemente na literatura jurídica sobre a causalidade. Também ANTOLISEI, Francesco, *Il Rapporto di Causalità*, *op. cit.*, p. 30 e ss., destaca como crítica principal dirigida à teoria de Mill a sua inoperatividade: “tem-se sobretudo apontado que ela conduziria ao infinito, uma vez que as condições de um fenómeno não são apenas as circunstâncias que lhe são próximas, mas também as circunstâncias desses factos, as condições das condições e assim sucessivamente. Em definitivo, aquela noção não diria mais do isto: um determinado acontecimento realizou-se porque, naquele momento, o curso da natureza foi aquele que foi”.

<sup>808</sup> HART /HONORÉ, *Causation in the Law*, *op. cit.*, p. 22.

em abarcar e explicar o comportamento humano e as suas intenções como causa de um determinado resultado. Do seu ponto de vista, Mill desconsidera o diferente tipo de contextos em que se formulam juízos de causalidade, privilegiando, por um lado, o cenário (científico) em que se indaga da explicação causal de um evento que aconteceu (os chamados “contextos de explicação”) e desconsiderando, por outro, os “contextos de atribuição” (típico cenário jurídico) onde se procura determinar se determinado evento danoso pode ser imputado à conduta de determinada pessoa<sup>809</sup>.

## 2.5 A crise “causal” no pensamento científico do século XX

No início do século XX, o conceito de causalidade entra em crise, fruto da evolução do pensamento científico. Assim, à medida que o funcionalismo se afirma e com ele a ideia de que o objectivo da ciência não é a explicação mecânica dos fenómenos mas a sua descrição através de correlações que exprimem ligações funcionais, o mecanicismo vitorioso do século XIX e consequentemente a categoria da causalidade são profundamente questionados e minorizados<sup>810</sup>.

O enorme desenvolvimento experienciado pelo conhecimento científico e em particular pela física impele ao fim da crença no determinismo da natureza e na consequente possibilidade de aceder ao seu conhecimento total<sup>811</sup>.

---

<sup>809</sup> Cf. HART /HONORÉ, *Causation in the Law*, *op. cit.*, p. 24 e s.

<sup>810</sup> Bertrand Russel, tendo presente estas modificações no discurso científico, lança, na sua obra *On the Notion of Cause*, um anátema, que se tornaria famoso, contra a causalidade comparando-a a um “despojo do passado” que apenas persiste porque se toma erradamente como inócuo: "The law of causality, I believe, like much that passes muster among philosophers, is a relic of a bygone age, surviving, like the monarchy, only because it is erroneously supposed to do no harm", cf. GALAVOTTI, Maria Carla, «Problemi epistemologici del nesso causalità-probabilità-spiegazione», *op. cit.*, p. 4. Veja-se também MAIWALD, Manfred, *Kausalität und Strafrecht*, *op. cit.*, p. 13, e MERKEL, Reinhard, «Über einige vernachlässigte Probleme des Kausalitätsbegriffs im Strafrecht und Ingeborg Puppe Lehren dazu», *in: Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, 2010, p.151 e s.

<sup>811</sup> A crítica ao princípio da causalidade tal como era concebido pela física clássica e pela ciência do século XIX provém igualmente da matemática, domínio onde se defende a substituição do esquema de encadeamento causal pelas funções matemáticas e pelas correlações: “em vez de se falar de sequências causais temos que falar de configurações funcionais construídas de modo que, dada a fórmula para o estado do sistema em qualquer instante, possamos calcular, nos termos de um grupo de coordenadas, o seu estado em qualquer instante”, cf., mais desenvolvidamente, FIERRO, Guillermo, *Causalidad e Imputación*, *op. cit.*, p. 79.

A existência e a validade de leis universais e estruturantes de um sistema fechado, enquanto fundamento do pensamento científico do século XIX e muito particularmente da compreensão determinística da mecânica clássica laplaciana, são agora questionadas sob diversas perspectivas.

Tal sucede de modo imediato pela própria impossibilidade de a física clássica demonstrar empiricamente as conclusões indutivas que propõe. Isto é, no âmbito da natureza as leis universais seriam aquelas relativas a uma regularidade em todo o tempo e lugar. A estas se contrapõem as leis estatísticas, segundo as quais a regularidade se apresenta não em todos os casos mas obedecendo a uma relação percentual<sup>812</sup>. Assim, a afirmação do carácter universal de uma lei, *v. g.*, que a A se segue sempre B, assenta na possibilidade de se comprovar experimentalmente o resultado. Ora, de um ponto de vista empírico, ainda que seja possível a realização experimental, ela será impossível de repetir para todos os espaços e tempos. O problema coloca-se com mais evidência nas situações em que a afirmação científica se fundamenta essencialmente na observação, pressuposta a impossibilidade de o investigador efectuar ou repetir a experiência, *v. g.*, no âmbito da astronomia<sup>813</sup>. Assim, a observação regular da sequência dos fenómenos não serve, mesmo no âmbito da física clássica, como garante lógico da certeza de que eles se verifiquem sempre, em todo o momento e em todo o lugar.

Por outro lado, os desenvolvimentos apresentados pela física a partir do início do século XX vieram questionar, agora de uma perspectiva ontológica, não só a noção de simultaneidade como até a possibilidade de fenómenos físicos básicos serem regidos por leis universais.

A noção de simultaneidade temporal é desde logo colocada em causa pela teoria da relatividade restrita de Einstein (1879-1955), proposta em 1905, segundo a qual a velocidade da luz é a mesma para todos os observadores<sup>814</sup>. Para tal há que

---

<sup>812</sup> Cf. MAIWALD, Manfred, *Kausalität und Strafrecht*, *op. cit.*, p. 19.

<sup>813</sup> Cf. MAIWALD, Manfred, *Kausalität und Strafrecht*, *op. cit.*, p. 19.

<sup>814</sup> A teoria da relatividade restrita é apresentada como proposta para compatibilizar o princípio da relatividade de Galileu (segundo o qual as leis da natureza, para dois observadores que se movem com velocidade uniforme um relativamente ao outro, são as mesmas, ou seja, as leis da natureza são independentes das distintas velocidades dos observadores) com a teoria electromagnética de Maxwell (em que a velocidade se assume como parte integrante da própria lei física uma vez que se considera que a luz se propaga no vácuo à velocidade de 300 000 km/s). A solução proposta por

reformular a forma de medir distâncias e intervalos de tempo, colocando em causa as noções de simultaneidade no tempo e no espaço, impondo-se uma nova reflexão, também filosófica, sobre estes conceitos. No entanto, a teoria de Einstein permanece vincadamente clássica e fiel ao determinismo causal, uma vez que a nova mecânica relativística prevê ainda o desenrolar laplaciano dos acontecimentos, ainda que em tempos e espaços diversos.

O determinismo laplaciano é no entanto verdadeiramente questionado através da crítica realizada pela mecânica quântica à ideia de continuidade na realização e descrição dos fenómenos físicos. Max Planck (1858-1947) introduz, através da teoria dos *quanta*, o conceito de descontinuidade e irregularidade no fluxo de radiação<sup>815</sup>. O físico alemão demonstra que a distribuição de energia em um espectro de radiação emitida por um corpo negro não é contínua, mas ocorre em *quantidades* rigorosamente definidas, que denomina de “quanta de energia”<sup>816</sup>. A revolução quântica seria desenvolvida por diversos contributos e estudos de físicos como Albert Einstein, Niels Bohr (1885-1962) e Werner Karl Heisenberg (1901-1976)<sup>817</sup>. Os desenvolvimentos posteriores e muito particularmente os estudos de

---

Einstein concilia o princípio de Galileu com a teoria de Maxwell afirmando que a velocidade da luz no vácuo não pode depender do observador, sendo a mesma para todos os observadores, independentemente da sua própria velocidade. Tal exige o desenvolvimento de uma nova mecânica, ou seja, de uma nova ciência do movimento, que Einstein desenvolve num célebre artigo, que conhece tradução portuguesa: «Sobre a Electrodinâmica dos corpos em movimento», *in: O Princípio da Relatividade, Textos Fundamentais da Física Moderna I* (trad. Mário José Saraiva) Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 47-86

<sup>815</sup> A mecânica quântica permitiu explicar o comportamento próprio dos electrões e da luz, perante o qual a experiência e observação clássicas, válidas para comportamentos de grande escala, se denunciavam como incompletas. Como refere FEYNMAN, Richard P., *O que é uma Lei Física?*, (trad. Carlos Fiolhais), Lisboa: Gradiva, 1989, p. 165, “O comportamento dos objectos a uma escala pequena é simplesmente diferente. Um átomo não se comporta como uma massa que oscila pendurada numa mola. Tão-pouco se comporta como um modelo em miniatura do sistema solar, com pequenos planetas a descrever órbitas. Nem se comporta como uma nuvem ou nevoeiro em volta do núcleo. Não se parece com nada do que tenham visto antes”. O comportamento dos electrões e dos fotões não é pois redutível ao comportamento de partículas ou de ondas. Através da descrição de uma experiência que compara o comportamento clássico de partículas e das ondas com o comportamento dos electrões, Feynman demonstra que o “electrão se comporta, umas vezes, como partícula, outras, como uma onda”, cf. *ibidem*, p. 177-178. Nas palavras do prémio Nobel, os electrões têm um comportamento “esquisito”, o chamado “comportamento quântico”.

<sup>816</sup> Fica a referência ao célebre artigo em que Planck desenvolve esta teoria: PLANCK, Max, “Über das Gesetz der Energieverteilung im Normalspectrum“, *Annalen Der Physik*, vol. 309, n. 3 (1901), p. 553-563.

<sup>817</sup> A sequência histórica destes acontecimentos é resumida pelo físico holandês, de ascendência portuguesa, PAIS, Abraham, *Os Génios da Ciência* (trad. Manuel Fernandes Thomaz), Lisboa:



Heisenberg conduziriam à quebra do postulado clássico segundo o qual a descrição completa de um fenómeno há-de conter a informação exacta sobre o domínio espacial em que se dá e o período temporal em que acontece. Conclui-se assim pela impossibilidade de determinação simultânea da posição e velocidade de um objecto, bem como da relação simultânea entre a transferência de energia e o intervalo de tempo em que ela acontece<sup>818</sup>. Trata-se do famoso princípio da incerteza (ou da indeterminação)<sup>819</sup>.

Deve ainda acrescentar-se que a nova mecânica e o princípio da incerteza põem em relevo o conceito de probabilidade<sup>820</sup>. Trata-se de um conceito necessário perante a impossibilidade de determinar o comportamento das partículas quânticas. Como reconhece Richard Feynman (1918-1988) num artigo sobre a probabilidade e incerteza na visão quântica do mundo, é impossível dispor de qualquer informação antecipada sobre o comportamento de um electrão, uma vez que a repetição da experiência nas mesmas condições implica resultados diferentes, o que impede que se possa prever exactamente o que vai acontecer<sup>821</sup>. O futuro – isto é, como se vai comportar o electrão – é imprevisível, o que significa que a “física desistiu, de certo modo, se o objectivo original era esse – e toda a gente pensava que era –, de

---

Gradiva, 2000, p. 34 e ss., do seguinte modo: em 1925 chega a mecânica quântica; em Março de 1927 Heisenberg expõe o seu princípio de incerteza e em 16 de Setembro de 1927, no Encontro Volta, em Como (Itália), Bohr enuncia pela primeira vez o princípio da complementaridade, que incorpora a interpretação física do princípio de incerteza e que consubstancia uma interpretação fundamentalmente nova da lógica da mecânica quântica, mais tarde baptizada por Heisenberg de “espírito de Copenhaga” (“Kopenhagen Geist”), relativamente à qual Einstein sempre se mostrou céptico. Quanto a este último ponto, de modo mais desenvolvido, PAIS, Abraham, *A Vida e o Pensamento de Albert Einstein* (trad. Fernando Parente e Viriato Esteves), Círculo de Leitores, 1992, p. 538 e ss.

<sup>818</sup> Cf. FIERRO, Guillermo, *Causalidad e Imputación*, *op. cit.*, p. 74.

<sup>819</sup> Como sublinha MAIWALD, Manfred, *Kausalität und Strafrecht*, *op. cit.*, p. 25-26, não obstante o posterior reconhecimento da teoria de Heisenberg, as teses subjacentes à indeterminação subatómica, foram objecto de vivas discussões. A elas se opuseram vivamente Planck e Einstein, ficando para a história, neste contexto, a célebre frase proferida por este último: “Deus não joga aos dados”.

<sup>820</sup> Segundo Heisenberg, as conclusões inovadoras dos novos resultados podem traduzir-se no facto de que não são os limites da observação ou os escassos conhecimentos relativos aos particulares resultados que determinam a natureza estatística das leis, mas é antes o processo intrínseco de variação dos electrões no espaço, a uma dada velocidade, que se considera não determinado, o que impede que se possa estabelecer a sua trajectória com base numa lei universal. Exclui-se assim o determinismo, tal como era entendido pela mecânica clássica, visto ser impossível descrever exactamente o estado inicial com base na posição e no impulso, cf. MAIWALD, Manfred, *Kausalität und Strafrecht*, *op. cit.*, p. 25.

<sup>821</sup> Cf. FEYNMAN, Richard P., *O que é uma Lei Física*, *op. cit.*, p. 187-188.

conhecer o suficiente para, dadas certas circunstâncias, poder prever o que se vai passar a seguir”<sup>822</sup>.

Assim, a mecânica quântica traz consigo o paradigma da incerteza e da probabilidade, aplicado ao mundo microscópico<sup>823</sup>. O determinismo próprio do século XIX ficava praticamente excluído do discurso da física do século XX<sup>824</sup>.

Na verdade, as categorias de incerteza e de probabilidade acabariam por extravasar a física quântica e ser transportadas, sobretudo pelo pensamento de Ilya Prigogine (1917-2003), especialista da física dos processos irreversíveis, para os quadros da física clássica. Da sua perspectiva, os sistemas não isolados – incluindo os sistemas pressupostos pela física clássica – estão abertos à inovação, o que pode levar a que o sistema se encaminhe para uma história radicalmente nova<sup>825</sup>. “De

---

<sup>822</sup> Cf. FEYNMAN, Richard P., *O que é uma Lei Física*, *op. cit.*, p. 186. Feynman rejeita que a razão desta impossibilidade de previsão assente na incompletude da física, isto é, na incapacidade da própria ciência física explicar determinados mecanismos internos que permitiriam determinar o comportamento do electrão. Discorda, neste termos, da posição defendida pela “teoria das variáveis escondidas”, avançada por Einstein, que a seu ver não pode ser correcta, uma vez que actualmente já não é a falta de conhecimento pormenorizado que nos impede de fazer uma previsão. Assim, segundo Feynman, o futuro é mesmo imprevisível.

<sup>823</sup> A noção de probabilidade não é nova no discurso científico, antes se perspectiva agora como algo intrínseco ao estudo dos fenómenos e não como uma decorrência das limitações do nosso intelecto, como acontecia no quadro da teoria laplaciana, no seio do qual a probabilidade era entendida como um instrumento construído pelo homem por causa da sua limitada capacidade para apreender a globalidade dos fenómenos físicos. Cf. GALAVOTTI, Maria Carla, «Problemi epistemologici...», *op. cit.*, p. 3.

<sup>824</sup> Na verdade, o determinismo não foi abandonado por todos os físicos: através da sua teoria das variáveis escondidas, Einstein ficaria para a história da física como o último dos deterministas. “Se é verdade que a sua teoria da relatividade tem reminiscências da teoria quântica, no sentido em que ambas falam de observadores, não é menos certo que para Einstein, ao contrário de Bohr, existia um mundo real, independente dos observadores e da observação”, cf. FIOLHAIS, Carlos, *Prigogine: a Ciência do Tempo*, Expresso, 31/10/1987, Revista, p. 20-21 (também disponível em <http://nautilus.fis.uc.pt/personal/cfiolhais/>). Pese embora a própria teoria da relatividade restrita (segundo a qual cada sistema de referência no espaço tem o seu tempo próprio, não existindo entre os observadores contemporaneidade absoluta) ponha em causa a universalidade da regularidade temporal e, conseqüentemente, questione um dos fundamentos da mecânica clássica – a simultaneidade temporal absoluta – Einstein permanece fiel à sua crença numa Natureza determinável.

<sup>825</sup> A descrição fenomenológica clássica assenta em leis que esquecem a seta do tempo, leis que se referem a um universo fundamentalmente reversível que não conhece a diferença entre o passado e o futuro. Ora, segundo Prigogine, na natureza (e para além do espaço quântico) existem processos irreversíveis, que portanto possuem uma direcção privilegiada no tempo e que produzem entropia. Assim, no mundo natural nem todos os sistemas estão em equilíbrio, antes obedecendo a um princípio de irreversibilidade. A maioria dos fenómenos corresponde a sistemas dinâmicos no seio dos quais uma pequena perturbação inicial pode ampliar-se ao longo do tempo. Todavia, este sinal de caos, de desordem no sistema é em si mesmo construtivo e não destrutivo, contrariamente ao que se poderia pensar a um primeiro olhar. As flutuações e instabilidades passam a desempenhar

acordo com essa interpretação, o tempo é feito de necessidade (caminhos múltiplos) e acaso (ruído), sendo o resultado (transformação, história) bem real”<sup>826</sup>. O caos, a desordem, passa desta forma a ser um elemento estruturante dos fenómenos físicos não isolados ou fenómenos complexos. “Prigogine, no entanto, consegue ir além do domínio estrito da sua especialidade, arriscando a tese de que o que é válido para a complexidade químico-física é também válido, ou pelo menos útil, para a complexidade que é objecto de estudo das ciências ditas humanas – a sociologia, a história, a filosofia”<sup>827</sup>. Nas palavras do Nobel da química, “em particular, nesta era de globalização e de revolução das redes de comunicações, o comportamento ao nível individual é factor chave para moldar a evolução da espécie humana no seu todo. Da mesma forma que na Natureza algumas poucas partículas são capazes de alterar a organização macroscópica de forma a suscitar o aparecimento de estruturas dissipativas diferentes. O papel dos indivíduos é mais importante do que nunca. Isto leva-nos a crer que algumas das nossas conclusões são válidas nas sociedades humanas”<sup>828</sup>. Prigogine adopta uma visão evolutiva não só da ciência física, mas também do discurso científico, obrigado a considerar a evolução do tempo, deixando para trás o ideal clássico de ciência: o de um mundo sem memória e sem tempo, cristalizado em leis clássicas reversíveis, isto é, que não conhecem a

---

um papel essencial uma vez que elas conduzem a um dos possíveis regimes de funcionamento do sistema fazendo com que a matéria adquira novas propriedades. E esta nova propriedade, esta sensibilidade da matéria a si mesma e ao seu ambiente está ligada a uma dissipação associada àqueles processos irreversíveis (estruturas dissipativas), nos termos da qual fenómenos caóticos ou irreversíveis não se reduzem ao aumento da desordem mas têm um importante papel construtivo. No tom metafórico do físico russo, pode dizer-se que no equilíbrio a matéria é cega, ao passo que longe do equilíbrio ela começa a ver, cf., de modo desenvolvido, MASSONI, Neusa Teresinha, «Ilya Prigogine: uma contribuição à filosofia da ciência», *Revista Brasileira de Ensino de Física*, v. 30, n. 2, (2008), p. 2038 e ss. (disponível em <http://www.sbfisica.org.br/rbef/pdf/302308.pdf>).

<sup>826</sup> Cf. FIOLHAIS, Carlos, *Prigogine: a Ciência do Tempo*, *op. cit.* p. 20-21.

<sup>827</sup> Cf. FIOLHAIS, Carlos, *Prigogine: a Ciência do Tempo*, *op. cit.* p. 20-21, que conclui a recensão ao livro de Prigogine e Stengers, intitulado *A Nova Aliança*, com as palavras clarificadoras dos próprios autores sobre a interdisciplinaridade entre as leis da física e as ciências humanas: “Chegou o tempo de novas alianças, desde sempre firmadas, durante muito tempo ignoradas, entre a história dos homens, de suas sociedades, de seus saberes, e a aventura exploradora da natureza”.

<sup>828</sup> Cf. PRIGOGINE, Ilya, *O Futuro Está Determinado?* (trad. Rui César Vilão), Lisboa: Esfera do Caos, 2008, p. 40.

diferença entre o passado e o futuro. Parafraseando Jorge Wagensberg, a incerteza e a probabilidade transformam-se num direito intrínseco da natureza<sup>829</sup>.

### 3. A causalidade como categoria epistémica

Os rápidos e extraordinários avanços da ciência física do século XX impuseram a necessidade de novas reflexões à filosofia contemporânea. Nas palavras de Maiwald, a filosofia viu-se obrigada a reconsiderar os pressupostos determinantes para o novo mundo da técnica e para os novos conhecimentos com ele relacionados e, conseqüentemente, a interpretar os novos dados oferecidos pela análise física<sup>830</sup>. O modo de conceber as relações causais no discurso científico foi um dos problemas que mereceu maior atenção por parte dos epistemólogos. A necessidade de uma reflexão epistemológica sobre a causalidade resulta imediatamente e de modo muito visível do facto de as conclusões da mecânica quântica abalarem os alicerces do próprio princípio causal, segundo o qual toda a mudança tem uma causa. Por outro lado, também a universalidade das leis causais se viu questionada no âmbito mais alargado da validade das conclusões indutivas e da sua correspondente interpretação. Deste problema se procurará dar conta, de modo sucinto e sempre orientado pela problemática causal, nas páginas seguintes.

Deve sublinhar-se desde já que as dúvidas quanto ao princípio causal e quanto à universalidade das leis causais também se reflectiram no discurso filosófico-epistemológico da primeira metade do século XX, dando lugar de destaque ao juízo de probabilidade e de inferência estatística na explicação científica

---

<sup>829</sup> Cf. *Las reglas del juego* (<http://www.mecad.org/e-journal/archivo/numero4/FRart1.html>): “Entre el determinismo duro (todo estado del universo es consecuencia necesaria de cualquier otro, todo lo que acontece - en el pasado o en el futuro - está escrito en alguna parte) y su negación (existe el azar, no todo lo que ocurre es necesario, tiene causa u obedece a una ley), la inteligencia busca una posición en la que acomodar sus creencias, digamos, humanistas (la libertad, la creatividad artística e intelectual, la responsabilidad, la ética...). La inteligencia se enreda en un espinoso barullo de preguntas: ¿Qué es el azar? ¿Un producto de nuestra ignorancia o un derecho intrínseco de la naturaleza? Si el azar es ignorancia, ¿qué sentido tiene decir que en la evolución del mundo interviene el despiste de un eventual observador? Es el azar ontológico (el Azar) y el azar epistemológico (el azar)”.

<sup>830</sup> Cf. MAIWALD, Manfred, *Kausalität und Strafrecht*, op. cit., p. 51-52

dos fenômenos. Nas palavras de Stella<sup>831</sup>, o debate em torno da causalidade e da probabilidade, no âmbito da filosofia da ciência, assume, a partir dos anos 50 do século XX, numa redução algo simplista, uma visão tripartida. Segue-se uma breve exposição dos principais modelos, a saber, o modelo dedutivo-nomológico, o modelo da relevância estatística e o modelo da relevância do contexto, bem como do pensamento dos autores que os representam ou que deles se aproximam.

### 3.1 O modelo dedutivo-nomológico

O reflexo dos novos avanços da ciência no discurso epistemológico inicia-se, nesta breve exposição, com o pensamento do filósofo alemão Carl Gustav Hempel (1905-1997). Desde logo, porque a sua obra se transformaria em uma sólida base para a discussão científica sobre o problema causal. Em segundo lugar, porque a ela coube o mérito de trazer para o horizonte da causalidade a categoria da probabilidade<sup>832</sup>. Enquanto filósofo da ciência e figura importante do empirismo lógico, centrado sobre a linguagem das ciências, este autor distingue no seu estudo sobre a explicação científica – voltada para a resposta ao *porquê* do fenômeno – dois modelos explicativos: o dedutivo-nomológico e o indutivo-estatístico.

No primeiro, o *explanans* – o conjunto de premissas – é composto por leis deterministas que permitem deduzir a partir delas o *explanandum*, isto é, a

---

<sup>831</sup> Cf. STELLA, Federico, *Il Giudice Corpuscolariano*, Milano: Giuffré, 2006, p. 4.

<sup>832</sup> Hempel foi um destacado aluno do filósofo alemão Hans Reichenbach (1891-1953), em cuja obra assumiu particular destaque o estudo do conceito de probabilidade. Sobre a importância da sua obra no estudo deste conceito veja-se STELLA, Federico, *Il Giudice Corpuscolariano*, *op. cit.*, p. 6, nota 11 e respectivas notas bibliográficas. Partindo da ideia de que todo o conhecimento é generalização, Reichenbach relaciona a categoria da probabilidade com o conceito de causalidade. A determinação de uma conexão causal contém sempre uma generalização, o que corresponde à ideia de que a frequência de certos fenômenos converge para 100%. Perante a impossibilidade de descrever exhaustivamente todas as situações em que se encontra prevista aquela específica estrutura causal, o juízo de previsão tem de assentar em conclusões indutivas de elevada probabilidade. Segundo Maiwald, Reichenbach declara assim, na senda de Hume, o seu agnosticismo sobre o problema causal. Todavia, superando Hume, reconhece a necessidade de um juízo sintético que permita formular um juízo de previsão, em si mesmo indemonstrável, relativo ao futuro. Mais desenvolvidamente, MAIWALD, Manfred, *Kausalität und Strafrecht*, *op. cit.*, p. 54 e ss. Para uma apreciação crítica do conceito de causalidade probabilística de Reichenbach veja-se SALMON, Wesley C., «Probabilistic causality», *in: Causation* (org. Ernest Sosa and Michael Tooley), Oxford: Oxford University Press, 1993, p. 138 e ss.

conclusão<sup>833</sup>. Assim, o evento a explicar é dedutivamente certo. Ora, as explicações causais são precisamente deste tipo, sem que, no entanto, esgotem o campo do argumento de tipo dedutivo-nomológico<sup>834</sup>. Também as chamadas leis de coexistência (como a lei pendular), que não têm qualquer carácter causal, pertenceriam a este grupo<sup>835</sup>. Assim, na medida em que obedece a uma lei universalmente reconhecida, só uma explicação dedutiva-nomológica poderá conduzir a resultados capazes de cumprir o cânone da certeza causal<sup>836</sup>.

De modo diferente, no modelo indutivo-estatístico, válido para um grande número de explicações científicas, as premissas não são deterministas mas antes estatísticas. Desta forma, as leis que permitem explicar o *explanandum* têm um carácter probabilístico: entre *explanans* e *explanandum* não existe umnexo de dedução necessária, mas uma ligação de natureza indutiva expressa através de um grau de probabilidade. Por conseguinte, o *explanandum* contém uma probabilidade indutiva relativamente ao *explanans*.

Para Hempel, as explicações estatísticas com probabilidade próxima de 1 (100%) supõem um juízo de certeza de verificação do evento semelhante às explicações causais<sup>837</sup>. Assim, a probabilidade próxima de 1 é tida, da perspectiva

---

<sup>833</sup> O modelo dedutivo-nomológico (modelo D-N) mostra que o fenómeno deriva de certas e particulares circunstâncias, em conformidade com determinadas leis. Pressupostas essas circunstâncias e as leis em questão, deve esperar-se a ocorrência do fenómeno e, neste sentido, a explicação permite compreender o “porquê” da realização do evento. “É em virtude da assunção de leis gerais que contêm a ‘causa’ e o ‘efeito’ que a explicação causal se conforma ao modelo D-N”, cf. HEMPEL, *Aspects of Scientific Explanation and Other Essays in the Philosophy of Science*, apud STELLA, Federico, *Il Giudice Corpuscolariano*, *op. cit.*, p. 2.

<sup>834</sup> Sobre a aplicação deste modelo no contexto jurídico veja-se SANTIS, Giovanni, «La causalità penale al cospetto della scienza: morte e palingenesi di un dogma», *in: Il Nesso di Causalità*, Padova: CEDAM, 2007, p. 41.

<sup>835</sup> Cf. GALAVOTTI, Maria Carla, «Problemi epistemologici...», *op. cit.*, p. 5.

<sup>836</sup> Cf. SANTIS, Giovanni, «La causalità...», *op. cit.*, p. 42.

<sup>837</sup> Como explica GALAVOTTI, Maria Carla, «Problemi epistemologici...», *op. cit.*, p. 6, Hempel impõe à explicação indutivo-estatística o requisito de elevada probabilidade indutiva, que restringe o campo dos argumentos indutivo-estatísticos aceitáveis àqueles que apresentam um grau de suporte indutivo próximo a 1. Esta restrição responde à exigência da subsistência de uma forte ligação entre o uso explicativo e o uso de previsão, assente no grau de probabilidade, do modelo indutivo-estatístico. Todavia, o próprio Hempel acabaria por abandonar, em 1976, o modelo da probabilidade próxima de 1, enquanto modelo equivalente ao modelo de explicação causal dos fenómenos, capaz de garantir uma certeza equivalente assente na explicação estatística. Cf. STELLA, Federico, *Il Giudice Corpuscolariano*, *op. cit.*, p. 2-3.

hempeliana, como equivalente à explicação causal<sup>838</sup>. Um requisito adicional ao modelo indutivo-estatístico seria a máxima especificidade do *explanans* de forma a incluir todas as leis relevantes e necessárias à explicação do fenómeno.

Como refere Carla Galavotti, a teoria da explicação de Hempel dominou durante largo tempo a literatura epistemológica e teve a evidente virtude de provocar o debate sobre a teoria da explicação científica<sup>839</sup> <sup>840</sup>. Ela insere-se num modelo que privilegia a perspectiva dedutiva na explicação científica e, em particular, na explicação causal.

A um modelo nomológico-dedutivo aderiu um grande número de estudiosos e de filósofos, que em comum defendem que a explicação probabilística dos eventos particulares é impossível, uma vez que não indica a razão em virtude da qual o evento se verificou naquela particular ocasião, antes admitindo, implicitamente, a possibilidade de o evento não se verificar<sup>841</sup>. A explicação causal de um fenómeno está condicionada, desta perspectiva claramente influenciada por uma ideia de razão suficiente leibniziana, a responder à pergunta “porquê?”. Ora, uma explicação estatística não explica por que razão o evento se realizou, antes oferece informações que permitem, na situação dada, esperar-se a realização do evento<sup>842</sup>. Assim, uma explicação probabilística-indutiva não permite *explicar* a efectiva presença do fenómeno, mas tão-somente fundar a crença na expectativa da sua realização. Logo, desta perspectiva, é “errado considerar a inferência estatística como uma

---

<sup>838</sup> O modelo de probabilidade próxima de 1 proposto por Hempel seria transposto para o plano jurídico por Federico Stella, na sua obra fundamental *Leggi Scientifiche e Spiegazione Causale nel Diritto Penale*, Milano: Giuffrè, 2000, p. 310 e s., primeiramente editada em 1975 e essencial ao estudo da causalidade jurídico-penal. Com recurso à teoria de Hempel, Stella sustenta que hipóteses estatísticas próximas de 1 podem justificar a imputação do evento ao agente.

<sup>839</sup> Sobre as críticas à teoria de Hempel veja-se GALAVOTTI, Maria Carla, «Problemi epistemologici...», *op. cit.*, p. 6 e s.

<sup>840</sup> Uma das propostas apresentadas em alternativa à teoria de explicação de Hempel é a do filósofo americano Wesley C. Salmon (1925-2001), cujos estudos se centraram primariamente em temas como o da causalidade e da explicação científica. Cf. SALMON, Wesley C., *Causality and Explanation*, New York: Oxford University Press, 1998, onde se reúnem os principais artigos que o autor publicou sobre esta matéria.

<sup>841</sup> Entre os autores que se pronunciam criticamente sobre a possibilidade de as leis ou explicações estatísticas assumirem o carácter de explicações causais, assumem particular relevância as considerações do filósofo alemão Stegmüller, do autor finlandês Georg H. von Wright e ainda do professor americano Richard C. Jeffrey. Sobre o pensamento destes autores veja-se STELLA, Federico, *Il Giudice Corpuscolariano*, *op. cit.*, 11 e ss.

<sup>842</sup> Neste sentido, STEGMÜLLER, *Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und analytischen Philosophie*, 1973, p. 324-325, *apud* STELLA, Federico, *Il Giudice Corpuscolariano*, *op. cit.*, p. 11.

explicação”<sup>843</sup>, já que os cálculos probabilísticos não permitem uma qualquer explicação capaz de responder à pergunta “porquê?”<sup>844</sup>.

Ainda neste contexto, têm merecido particular atenção por parte não só da filosofia voltada para as ciências naturais, como também da filosofia das ciências humanas, e muito particularmente, da ciência jurídica, as propostas do autor australiano John Leslie Mackie (1917-1971). Na sua obra *The Cement of the Universe*, sublinha que o processo explicativo implica o recurso a leis de carácter determinístico, dado que só estas possuem um real poder de explicação<sup>845</sup>. A teoria da causalidade proposta por este autor foi acolhida em diversos domínios da ciência, designadamente no âmbito da ciência jurídica. Em particular, merece destaque a definição de causa proposta por Mackie e que ficaria conhecida pela designação INUS, expressão que resulta do acrónimo de *Insufficient but Non-redundant part of an Unnecessary but Sufficient Condition*<sup>846</sup>. Através desta expressão, Mackie identifica como causa uma parte insuficiente mas necessária de uma condição suficiente para o resultado. O autor toma como ideia nuclear que um efeito pode ser produzido por diversas causas, constituídas por um *cluster* de factores ou condições. Cada um destes conjuntos de condições (ABC ou DGH ou JKL) é suficiente, mas não necessário para produzir um dado fenómeno (P). Assim, partindo da teoria de Mill, Mackie considera que a causa de um fenómeno tem uma natureza complexa no sentido de ser constituída por um agregado de condições ou factores<sup>847</sup>. Cada um destes factores está relacionado com o evento de uma certa maneira: trata-se de uma parte insuficiente mas necessária de uma condição suficiente, ou seja, uma condição INUS. Ora, as causas, da perspectiva de Mackie, são condições INUS<sup>848</sup>.

---

<sup>843</sup> Cf. JEFFREY, Richard C., «Statistical Explanation vs. Statistical Inference», p. 19 e ss., *apud* STELLA, Federico, *Il Giudice Corpuscolariano*, *op. cit.*, p. 15.

<sup>844</sup> Neste sentido, Stegmüller, von Wright, Watkins, Jeffrey e Hempel, com excepção, nas propostas dos últimos três, dos casos de probabilidade vizinha a 1, praticamente equivalente à causalidade determinística, cf. STELLA, Federico, *Il Giudice Corpuscolariano*, *op. cit.*, p. 19.

<sup>845</sup> MACKIE, J. L., *The Cement of the Universe*, *op. cit.*, p. 242 e ss.

<sup>846</sup> Expressão que tem vindo a ser simplificada no sentido de um *necessary element of a sufficient set*, abreviada pelo acrónimo NESS.

<sup>847</sup> MACKIE, J. L., *The Cement of the Universe*, *op. cit.*, p. 61.

<sup>848</sup> O autor dá como exemplo ilustrativo da sua teoria o caso hipotético de um incêndio que destrói parcialmente uma habitação. Os peritos identificam como causa provável um curto-circuito. Ao reflectir sobre o que significa a afirmação de que o curto-circuito é a causa do incêndio, Mackie clarifica o conceito de condição INUS. Em princípio, um curto-circuito, por si só, não basta para



Esta teoria é referida pelos autores ao quadro das *teorias contrafactuais* que se caracterizam por considerarem a relação de dependência entre acontecimentos, de modo a determinar se um dado evento teria ou não acontecido perante a ausência ou verificação de outro. Trata-se de um raciocínio hipotético que tem por fim ajuizar da capacidade causal de um acontecimento, com aplicação em diversos domínios da ciência (economia, psicologia, investigação histórica, etc.)<sup>849</sup> e também no quadro das ciências práticas, como o direito, e em particular, o direito penal<sup>850</sup>. Porém, o raciocínio contrafactual pressupõe a definição de leis ou tendências abstractas determinísticas ou ainda, na expressão de outros autores, “condições de verdade”<sup>851</sup>. Ou seja, o juízo contrafactual necessita, na concretização do seu conteúdo, de estar ligado a uma série de informações, que constituem em si mesmas uma referência cognoscitiva previamente reconhecida e aceite, sob pena de o juízo se tornar um critério inócuo e vazio<sup>852</sup>. É aliás nesta referência que assentam algumas das críticas às teorias contrafactuais da causalidade, designadamente, no

---

destruir parcialmente uma habitação uma vez que é possível, por exemplo, que exista um sistema de segurança que previna tais consequências; por outro lado, o mesmo incêndio poderia ter sido provocado por outras circunstâncias, *v. g.*, um atentado. Na sua análise, Mackie sublinha que o curto-circuito foi acompanhado de um conjunto de circunstâncias (positivas e negativas) que permitiu como resultado final o incêndio. Ou seja, no seu conjunto, estas circunstâncias foram uma condição suficiente, mas não necessária, para a ocorrência do fogo. Todavia, o curto-circuito é uma parte essencial, necessária, para tornar suficiente aquele conjunto de circunstâncias, na medida em que sem curto-circuito o conjunto de circunstâncias não seria suficiente para causar o referido incêndio da habitação. Assim, o curto-circuito é uma condição INUS, isto é, uma parte insuficiente mas necessária de um conjunto não necessário mas suficiente para o resultado. Cf. «Causes and conditions», *in: Causation* (org. Ernest Sosa and Michael Tooley), Oxford: Oxford University Press, 1993, p. 33 e ss.

<sup>849</sup> Neste sentido, SANTIS, Giovanni, «La causalità penale...», *op. cit.*, p. 37.

<sup>850</sup> Para uma análise desenvolvida da teoria proposta por Mackie e da sua recepção nos quadros do sistema penal *vide* BINNS, Martin, *Inus-bedingungen und strafrechtlicher Kausalbegriff – J. L. Mackies Kausalanalyse und ihre Übertragung auf das Strafrecht*, Baden-Baden: Nomos, 2001; também SAMSON, Erich, «Inus-Bedingung und strafrechtlicher Kausalbegriff», *Festschrift für Hans-Joachim Rudolph zum 70. Geburtstag*, Neuwied: Luchterhand, 2004, p. 259-267. Esta teoria é também referida em alguma doutrina portuguesa sobre a causalidade, de que constitui exemplo o estudo de MENDES, Paulo de Sousa / MIRANDA, António João, «A causalidade como critério heurístico – uma demonstração através do exemplo da manipulação de cotações no mercado financeiro», *RPCC 15* (2005), p. 190.

<sup>851</sup> Assim SANTIS, Giovanni, «La causalità penale...», *op. cit.*, p. 38.

<sup>852</sup> Cf. SANTIS, Giovanni, «La causalità penale...», *op. cit.*, p. 38. Ou, como refere MERKEL, Reinhard, «Über einige vernachlässigte Probleme des Kausalitätsbegriffs...», *op. cit.*, p. 159, o juízo causal contrafactual pressupõe, como causa, a condição necessária mais um *plus X*. O que seja este *X* é o que se gostaria de saber.

plano jurídico, como se verá no capítulo seguinte, à teoria da *condicio sine qua non*, concretização por excelência da racionalidade contrafáctica<sup>853</sup>.

### 3.2 O modelo da relevância estatística

Ao modelo nomológico-dedutivo contrapõe-se um outro que admite a explicação probabilística sobre a base de um modelo de “relevância estatística”. Neste contexto, destacam-se os trabalhos de Wesley C. Salmon (1925-2001). Assumindo uma posição contrária à de Hempel, o filósofo americano defende uma teoria probabilística de causalidade. Todavia, as suas propostas teóricas foram sendo por si reformuladas de acordo com a evolução do seu próprio pensamento.

Nos seus primeiros trabalhos, Salmon acreditava que os conceitos causais podiam ser compreendidos por via de conceitos estatísticos e, por conseguinte, que todas as explicações científicas seriam reconduzíveis a um modelo de relevância estatística<sup>854</sup>. Segundo este modelo, um evento pode ser explicado através da sua referência ao conjunto de todos os factores (homogéneos) relevantes para a sua realização. “A este conjunto é associada uma distribuição de probabilidade que explica o evento em questão, fornecendo todas as informações possíveis de obter a esse propósito. Explicar, a este nível, significa, portanto, inserir o evento que demanda explicação numa rede de correlações reveladora de generalizações estatísticas (leis de probabilidade)”<sup>855</sup>. Nas palavras de Stella, a explicação de um facto particular, segundo o modelo de relevância estatística, corresponde à reunião dos factos estatisticamente relevantes relativos àquilo que deve ser explicado, independentemente do grau de probabilidade que daí resulte, ou seja, uma explicação não é um argumento resultante de uma dedução nem de uma indução

---

<sup>853</sup> Sobre as críticas dirigidas à causalidade contrafáctica, com recurso a exemplos, veja-se, no plano do direito penal, MERKEL, Reinhard, «Über einige vernachlässigte Probleme des Kausalitätsbegriffs...», *op. cit.*, p. 156 e ss.

<sup>854</sup> Cf. SALMON, Wesley, *Causality and Explanation*, *op. cit.*, p. 70 e s.

<sup>855</sup> Cf. GALAVOTTI, Maria Carla, «Problemi epistemologici», *op. cit.*, p. 7.

(nos casos de probabilidade próxima de 1) mas, ao invés, corresponde tão-somente à reunião de informações estatisticamente relevantes para o *explanandum*<sup>856</sup>.

Num segundo momento das suas reflexões, o autor procura superar este modelo introduzindo e admitindo considerações de relevância causal. Desta nova perspectiva, por si próprio designada de concepção ôntica, Salmon acredita que a explicação científica assenta na exibição dos fenómenos causais que estruturam a natureza e que em geral têm carácter probabilístico<sup>857</sup>. Ou seja, Salmon defende uma teoria causal baseada em processos físicos de interações causais. Os eventos são explicados através da sua inclusão nos padrões físicos que estruturam o mundo. Acrescenta, no entanto, que as relações causais não têm de ser determinísticas, por exemplo, quando em uma interação entre dois processos causais são possíveis vários e diferentes resultados, tendo cada um determinada probabilidade<sup>858</sup>. Nas suas próprias palavras, a propósito do que considera como “compreensão científica” (*scientific understanding*), o autor coloca-se ao lado da maioria dos físicos, manifestando a sua convicção num universo indeterminista, no âmbito do qual algumas explicações de fenómenos naturais são irredutivelmente estatísticas<sup>859</sup>. Admitindo que as relações causais também podem ser estatísticas, o autor conclui no sentido de que somente a sua consideração conjunta – estatística e causal – permite uma teoria unificada da explicação científica<sup>860</sup>. Rejeita, deste modo, contrariamente àquele que era o seu primeiro pensamento, que as relações de relevância estatística constituam por si só prova de uma ligação causal<sup>861</sup>. Nas suas palavras, “as relações estatísticas e causais constituem os padrões que estruturam o nosso mundo – os padrões onde inserimos os eventos e factos que desejamos explicar. Os processos causais têm,

---

<sup>856</sup> Cf. STELLA, Federico, *Il Giudice Corpuscolariano*, *op. cit.*, p. 27.

<sup>857</sup> Cf. Para uma análise da proposta filosófica de Hempel sobre a causalidade veja-se GALAVOTTI, Maria Carla, «Problemi epistemologici», *op. cit.*, p. 7 e ss. Também STELLA, Federico, *Il Giudice Corpuscolariano*, *op. cit.*, p. 24 e ss.

<sup>858</sup> Cf. SALMON, Wesley C., *Causality and Explanation*, *op. cit.*, p. 24.

<sup>859</sup> Cf. SALMON, Wesley C., *Causation and Explanation*, *op. cit.*, p. 9: “along with a majority of physicists, I believe that our universe is indeterministic. This conviction, which is grounded in what I take to be a sound interpretation of modern physics, means that some explanations of natural phenomena are irreducibly statistical. Some people feel a deep psychological discomfort with indeterminism. This sort of psychological comfort or discomfort is utterly irrelevant to the correctness of objectively grounded explanations”.

<sup>860</sup> Cf. SALMON, WESLEY, C., *Causation and Explanation*, *op. cit.*, p. 66.

<sup>861</sup> Cf. STELLA, Federico, *Il Giudice Corpuscolariano*, *op. cit.*, p. 36.

neste contexto, um papel importante na medida em que surgem como os mecanismos que propagam a estrutura e transmitem a influência causal neste mundo dinâmico e sujeito à mudança. (...) Temos aqui, creio, a resposta à pergunta de Hume sobre a natureza das conexões entre causas e efeitos. Elas são canais de comunicação através das quais o mundo físico transmite informação sobre a sua própria estrutura. Quando reconhecemos estes processos causais, bem como o papel que eles desempenham unificando os padrões a que se adequam factos e eventos, então percorremos um longo caminho na compreensão científica do mundo”<sup>862</sup>.

### 3.3 O modelo da relevância do contexto

As duas orientações acabadas de expor partilham como ideia-base a crença numa noção última e genuína de causa, comum ao discurso científico: nos termos da orientação descrita em primeiro lugar, aqui essencialmente representada pelo pensamento de Hempel, a causa há-de procurar-se segundo um modelo dedutivo-nomológico; de acordo com o segundo modelo, representado na sua essência, pelas propostas teóricas de Salmon, a causa está estruturalmente ligada a juízos de probabilidade.

Na verdade, “a contraposição entre estas duas orientações assumiu contornos radicais; o impasse criado foi progressivamente superado, segundo alguns autores, por uma terceira orientação, seguida de um número crescente de estudos, que exclui uma noção última e genuína de causa e de explicação causal, válida para toda a ciência, e afirma que a compreensão da distinção entre explicações causais e correlações não causais depende exclusivamente do *contexto* de cada disciplina”<sup>863</sup>.

Esta proposta assume claramente uma natureza pragmática e tem na sua base a ideia de que uma discussão racional e produtiva exige que os participantes

---

<sup>862</sup> Cf. WESLEY, Salmon C., *Causality and Explanation*, *op. cit.*, p. 66.

<sup>863</sup> Cf. STELLA, Federico, *Il Giudice Corpuscolariano*, *op. cit.*, p. 4.

partilhem de um contexto comum de pressupostos básicos<sup>864</sup>. Em particular no que se refere à relação causal, o seu conteúdo há-de estar dependente do conjunto de definições que compõem o sistema conceptual a ela referente: neste sentido, será o próprio sistema conceptual em que o investigador se move a determinar as variáveis que podem sujeitar-se a uma interpretação causal e aquelas que dela se excluem. “Em definitivo, dependerá agora do sistema conceptual a possibilidade de interpretar num sentido causal as relações de relevância estatística”<sup>865</sup>.

Esta nova compreensão surge no âmbito da discussão em torno do sentido e função das explicações estatísticas e assume grande destaque na obra do filósofo americano Patrick Suppes. O núcleo da sua proposta reside na circunstância de uma noção genuína de causa estar limitada aos contornos do próprio sistema conceptual em que ela se insere. Da sua perspectiva, “não existe um conceito último de causa genuína no âmbito metafísico ou científico”<sup>866</sup>, assumindo-se muito crítico quanto à possibilidade de referir a análise da causalidade a um particular esquema conceptual<sup>867</sup>. Neste sentido, para este professor da Universidade de Stanford a epistemologia deve adoptar uma visão pluralista, “segundo a qual os vários ramos da ciência se caracterizam por um conjunto de conceitos e de linguagens particulares e próprias de cada um”<sup>868</sup>. Suppes expressa a sua profunda convicção no sentido de a noção de causalidade probabilística não poder referir-se a uma formulação geral, mas dever antes estar confinada ao contexto<sup>869</sup>. O conceito de causalidade probabilística estabelece correlações que servem de base à formulação de previsões, com determinado grau de probabilidade. Trata-se de um conceito reservado, em regra, a alguns sectores do conhecimento científico que não se ocupam de eventos particulares mas antes de classes abstractas de fenómenos, em relação às quais se

---

<sup>864</sup> Sobre uma perspectiva crítica a este modelo, que designa de “mito do contexto” veja-se POPPER, Karl, «O mito do contexto», *in: O Mito do Contexto. Em Defesa da Ciência e da Racionalidade*, Lisboa: Edições 70, 2009, p. 69.

<sup>865</sup> Cf. GALAVOTTI, Maria Carla, *Spegazioni probabilistiche: un dibattito aperto*, 1984, *apud* STELLA, Federico, *Cf. Il Giudice Corpuscolariano, op. cit.*, p. 5.

<sup>866</sup> SUPPES, Patrick, «Problems of Causal Analysis in the Social Sciences», *in: Epistemologia V (1982)*, p. 242 (disponível em <http://suppes-corpus.stanford.edu>).

<sup>867</sup> Cf. SUPPES, Patrick, «Self-profile», *in: R.J. Bogdan (org.), Patrick Suppes*. Dordrecht: Reidel, 1979, p. 24-25 (disponível em <http://suppes-corpus.stanford.edu/article.html?id=201>).

<sup>868</sup> Cf. STELLA, Federico, *Il Giudice Corpuscolariano, op. cit.*, p. 40, referindo-se ao pensamento de Suppes.

<sup>869</sup> Cf. GALAVOTTI, Maria Carla, «Problemi epistemologici», *op. cit.*, p. 14.

discute o aumento ou diminuição da probabilidade de um evento provocar outro<sup>870</sup>. A análise causal dá lugar a modelos (de causalidade geral) que poderão revestir carácter explicativo e de previsão<sup>871</sup>. Ora, Suppes, sendo embora um defensor da causalidade probabilística, toma expressamente o contexto jurídico para sublinhar a impossibilidade de um juiz poder sustentar uma decisão de condenação, baseado numa ideia de causa provável que permita afirmar que o agente é provavelmente culpado<sup>872</sup>. Neste sentido, o sistema conceptual do direito (e, em particular, do direito penal) não tolera a imputação probabilística de resultados. De modo diferente, como refere Stella, outros contextos dotados de diferentes sistemas conceptuais (como o da epidemiologia, da genética da população, das ciências sociais, da economia, das ciências políticas, etc.) constituem o domínio por excelência de resultados probabilísticos<sup>873</sup>. Torna-se claro, por esta via, a distinção entre, por um lado, o conceito de causalidade geral, próprio de discursos científicos centrados sobre a previsibilidade dos acontecimentos e de que constituem claros exemplos a epidemiologia ou mesmo a medicina e, por outro lado, o conceito de causalidade individual necessário ao discurso jurídico e a uma ideia de atribuição de resultados a comportamentos individuais.

#### **4. A causalidade como categoria atributiva: a incerteza causal e o direito penal**

Perante a crise do conceito causal e a proposta da “teoria do caos”, alargada por Prigogine ao âmbito das ciências sociais, e considerando-se a relevância que o

---

<sup>870</sup> Cf. STELLA, Federico, «Il contesto nella spiegazione causale: il processo penale», *Scienza e Causalità* (org. Cristina de Maglie e Sergio Seminara, Padova: CEDAM, 2006, p. 10.

<sup>871</sup> Cf. GALAVOTTI, Maria Carla, *Spiegazioni probabilistiche: un dibattito aperto*, apud STELLA, Federico, «Il contesto nella spiegazione causale...», *op. cit.*, p. 13.

<sup>872</sup> Cf. SUPPES, Patrick, *A Probabilistic Theory of Causality*, Amsterdam: North-Holland Publishing Company, 1970, p. 8: “It is interesting to note in the present context that the analysis of causes in legal contexts given in the recent book by Hart and Honoré (1959) seems closer to classical physics than to ordinary talk about causes, with respect to the role of probability concepts. The reason seems clear. It is characteristic of legal analysis, as well as of classical physics, not to be satisfied with open-ended, probabilistic results. A jury is not permitted to render the verdict that the accused probably committed the crime. (...). In other words, the law uses in practice a fiction very similar to that enshrined in classical physics.”

<sup>873</sup> Cf. STELLA, Federico, *Il Giudice Corpuscolariano*, *op. cit.*, p. 42.

conceito de probabilidade, referido a contextos causais, tem vindo a assumir no plano filosófico e epistemológico, é necessário indagar sobre os efeitos da incerteza causal no nosso horizonte problemático, ou seja, nos quadros da ciência jurídica.

Os juristas que enfrentaram esta questão tendem a responder que a incerteza causal denunciada pela ciência física não afecta as categorias mobilizadas pelo sistema jurídico. Desde logo, os resultados apresentados são visíveis para cenários de dimensões cósmicas ou à escala microscópica. Se a incerteza quântica que atrás se expôs domina o mundo das partículas, os resultados propostos pela teoria da relatividade restrita, segundo a qual cada sistema de referência no espaço tem o seu próprio tempo, o que abala a ideia de contemporaneidade absoluta e de universalidade da regularidade temporal, são somente apreensíveis no quadro de cenários de dimensões cósmicas: as regras de Newton permitem interpretar os fenómenos do nosso quotidiano com margens de erro consideradas irrelevantes relativamente quer à teoria da relatividade quer à teoria quântica.

No que diz respeito à teoria da relatividade, a vida quotidiana pauta-se pela concepção de tempo e espaço da mecânica de Newton, cujas imprecisões, postas a nu pelo avanço científico do século XX, são de parca relevância prática nos resultados de interesse quotidiano. Como refere Maiwald, “as velocidades, quer dos nossos automóveis, quer dos mais modernos jactos, que devam ser consideradas pelos peritos de modo a permitir a reconstrução de um acidente em processo penal ou civil, são tais que, referidas à velocidade da luz (300 000 km/s), são praticamente irrelevantes. De modo diferente, a velocidade da luz torna-se um conceito mais tangível se pensarmos que um raio de luz demora 0,14 segundos para cobrir um percurso semelhante ao diâmetro da terra. O jurista – pelo menos por enquanto – pode socorrer-se tranquilamente dos cálculos baseados sobre a teoria de Newton”<sup>874</sup>.

Esta mesma conclusão vale para o problema da medida dos corpos. Einstein sustentava na sua teoria que o comprimento de um corpo, medido num dado referencial, depende da velocidade do corpo em relação ao referencial e que tal não

---

<sup>874</sup> Cf. MAIWALD, Manfred, *Kausalität und Strafrecht*, *op. cit.*, p. 85. Também STELLA, Federico, *Scienza e Causalità*, *op. cit.*, p. 7-8 e ROXIN, Claus, *Strafrecht I*, München: Verlag C. H. Beck, 2006, p. 350.

se deve a qualquer percepção subjectiva do sujeito, mas antes se trata de uma circunstância objectiva da realidade física. De novo Maiwald considera que esta descoberta revolucionária tem pouco ou nulo alcance no contexto da velocidade terrestre em que o direito trabalha. “Se por exemplo num processo civil ou penal um perito necessita de reconstruir a mecânica de um acidente automobilístico ou aéreo, ele pode, sem mais, no que respeita à medição dos corpos em movimentos, desconsiderar o seu respectivo estado de movimento. Tendo em conta os fins que se prosseguem, a mensuração assim efectuada é ainda suficientemente precisa em relação à vida em sociedade. Também no que respeita ao facto de os relógios que se encontrem a bordo de um avião ou de um automóvel andarem um pouco mais lentamente da perspectiva de quem ‘fica em terra’. Todavia, a diferença é de tal modo mínima que na fixação de uma eventual hora de ocorrência do acidente não se encontrará, de facto, qualquer diferença temporal, caso ela seja estabelecida com base nos relógios que se encontram a bordo ou com base nos relógios que, sincronizados com aqueles, ficaram em terra. Também neste caso pode o jurista socorrer-se na prática do sistema de Newton, ainda que ele se refira a eventos enquadrados num tempo pensado como absoluto”<sup>875</sup>.

A questão teórica de especial interesse que Maiwald sublinha<sup>876</sup> é a de saber se as conclusões de Einstein alteram a sua concepção sobre a existência e validade de leis universais e, em particular, em que medida abalam a crença num princípio causal. Como já se referiu<sup>877</sup>, Einstein acreditava numa natureza determinável, regida por uma regularidade universal. A sua teoria da relatividade propõe-se apenas corrigir a mecânica clássica, no pressuposto da existência de regularidades na verificação dos fenómenos naturais, que podem ser calculadas e determinadas, ainda que através de operações e métodos de maior complexidade quando comparados com o sistema clássico.

Do ponto de vista jurídico, esta nova concepção do mundo natural, assente sobre a teoria da relatividade, parece não ter consequências de maior, na medida em que os nexos causais necessários ao juízo judicativo podem fundar-se na

---

<sup>875</sup> Cf. MAIWALD, Manfred, *Kausalität und Strafrecht*, *op. cit.*, p. 86.

<sup>876</sup> Cf. *Kausalität und Strafrecht*, *op. cit.*, p. 86.

<sup>877</sup> *Supra*, § 8, 2.5



regularidade pressuposta pela mecânica clássica, sem que os resultados se possam considerar incorrectos. Desde logo, porque os novos resultados não pretenderam eliminar a mecânica clássica, mas antes complementá-la em situações físicas afastadas da experiência quotidiana. Assim, as leis clássicas, inscritas na nova física do século XX, constituem um caso particular de compreensão do mundo natural, aplicado com extraordinário sucesso às realidades quotidianas<sup>878</sup>.

Por outro lado, os métodos e cálculos são exactos (ou com suficiente aproximação): mais uma vez nas palavras de Maiwald, se uma telha caída do telhado atinge a cabeça de alguém que por ali passa, é indiferente para o jurista que pretende averiguar e decidir da eventual responsabilidade do proprietário do imóvel, que tal tenha acontecido por causa da força da gravidade, ou que a telha tenha seguido uma linha geodésica que, em virtude da proximidade de uma massa, se apresenta como uma curva espaço-temporal<sup>879</sup>. Neste caso, a descrição fenomenológica fornecida por ambas as teorias é idêntica.

Também no que diz respeito às implicações jurídicas da teoria quântica se chega a conclusões semelhantes. É certo que os resultados da física quântica no âmbito do estudo do universo sub-atómico das partículas abalaram a universalidade das leis clássicas. Trata-se, porém, de um contexto muito específico, onde se reconheceu, como já se referiu, uma função objectiva ao conceito de probabilidade, e que se encontra muito afastado do âmbito de acção da ciência jurídica: afastado, num primeiro momento, do ponto de vista ontológico pela especificidade da realidade estudada; num segundo momento, de natureza gnosiológica, pelas diferentes metodologias percorridas. Acrescente-se ainda que o conceito de probabilidade não é estranho à física clássica<sup>880</sup>, tendo a mecânica quântica e os seus

---

<sup>878</sup> Esta mesma ideia é sublinhada por ROXIN, Claus, *Strafrecht I, op. cit.*, p. 350 e s., quando refere que as alterações no conceito científico de causalidade, ditadas pela física quântica e pela teoria da relatividade, não impedem que o jurista possa continuar a trabalhar com o conceito tradicional de causalidade, pois a vigência de leis estatísticas no campo subatómico não obsta a que no mundo da vida quotidiana – aquele com que trabalha o jurista – se possa continuar a confiar nas leis causais com uma certeza praticamente absoluta. Por sua vez, a teoria da relatividade só torna inaplicável o conceito clássico de causalidade num pensamento de dimensões cósmicas.

<sup>879</sup> Cf. MAIWALD, Manfred, *Kausalität und Strafrecht, op. cit.*, p. 86.

<sup>880</sup> Na verdade, a probabilidade era já tida em conta por Laplace, ao atender às limitações do nosso conhecimento sobre a natureza, cf. *supra*, § 8, 2.4

desenvolvimentos posteriores, em particular a teoria de Prigogine, apenas declarado o carácter intrínseco da probabilidade da natureza.

Esta monumental diferença de realidades e referências entre a ciência e o direito fundamenta que imediatamente se questione a legitimidade ou relevância na criação de uma ponte entre contextos tão distintos, designadamente naquilo que pode eventualmente constituir um falso problema. Neste sentido, a singularidade dos conceitos e das respectivas realidades determina uma validade limitada aos contornos dos respectivos objectos e âmbitos de estudo. Deste modo, pressuposta a macro-dimensão (social e económica) de conflitos jurídicos relacionados com o estabelecimento de nexos causais de imputação, pode continuar a confiar-se, para a sua resolução, na validade das leis clássicas universais. Sobre esta exacta questão, Maiwald defende que se pode partir, na análise jurídica de acontecimentos socialmente relevantes, do pressuposto que existem leis naturais objectivas, que podem ser averiguadas, ao menos parcialmente, com um sentido de probabilidade de praticamente 100%, e que o ordenamento jurídico inclui, como tais, nos seus próprios cálculos e configura como factos jurídicos<sup>881</sup>.

Ainda nesta linha, outros autores não hesitam em afirmar que a causalidade como categoria universal – se é que ela existe – não interessa ao direito e aos problemas que ele deve resolver, embora o jurista não possa renunciar a uma noção de causa que tenha um valor de “mínimo denominador comum” para todos os saberes, sem o qual o conceito se tornaria equívoco e como tal imprestável a qualquer relação comunicacional com o discurso científico<sup>882</sup>. Desta perspectiva, afastado um sistema jurídico ensimesmado e fechado a quaisquer influências externas, o jurista é obrigado a seguir uma abordagem multidisciplinar que lhe confira a capacidade de adaptar à argumentação jurídica e de importar para o seu autónomo e próprio sistema os contributos conceptuais oferecidos pela ciência.

Ora, é justamente nesta direcção que se destaca a obra do jurista italiano Federico Stella sobre o tema da causalidade. Nos seus estudos sobre este conceito, o autor italiano, que dedicou grande parte da sua obra ao estudo da causalidade

---

<sup>881</sup> Cf. MAIWALD, Manfred, *Kausalität und Strafrecht*, *op. cit.*, p. 87.

<sup>882</sup> Cf. SANTIS, Giovanni, «La causalità penale...», *op. cit.*, p. 26.

jurídica, socorre-se dos conhecimentos da filosofia da ciência, estabelecendo, na concretização daquele conceito, um diálogo entre a epistemologia e o mundo jurídico, enriquecedor para o conceito de causalidade juridicamente relevante, designadamente através de um controlo objectivo da argumentação jurídica fundado no conhecimento científico<sup>883</sup>.

Todavia, deve sublinhar-se que o diálogo e o modo como ele vem a estabelecer-se entre a ciência e o direito, muito particularmente o direito penal, desvela alguma complexidade, designadamente quanto à delimitação do exacto papel que deve reconhecer-se à ciência e aos seus conceitos no âmbito de um sistema dotado de autonomia e de uma axiologia própria. Neste quadro, o conceito de causalidade há-de estar necessariamente funcionalizado ao contexto, ao fim e à função que dentro do próprio sistema (jurídico) lhe é reconhecida. Ou seja, no contexto jurídico-penal, a causalidade serve a justificação da imputação de determinados resultados danosos a determinadas condutas humanas.

Assim, o recurso aos outros ramos do saber por parte da ciência jurídica não deve, desta perspectiva e na opinião de alguns autores, como Santis, ser sobrevalorizado<sup>884</sup>. O recurso a outros saberes somente pode constituir, nas palavras deste autor, uma “criteriologia de segundo nível”, atendendo aos particulares e específicos interesses prosseguidos através do conceito de causalidade no âmbito do direito penal. Por conseguinte, sobre estas premissas há-de buscar-se uma noção de causalidade adaptada às exigências do direito penal e respeitadora daquela particular “criteriologia” exterior ao direito penal.

Esta perspectiva vai ao encontro da proposta de Patrik Suppes, que anteriormente se expôs, segundo a qual não existe uma noção única e genuína de causa, absolutamente válida para todos os domínios científicos, mas antes uma noção válida para um determinado contexto, num âmbito circunscrito. Todavia, sob pena de se cair no relativismo causal, torna-se necessário encontrar denominadores comuns que sirvam de modo imediato e irrenunciável o consenso necessário ao diálogo entre os diversos domínios do conhecimento.

---

<sup>883</sup> Sobre a importância e inovação que o pensamento de Stella trouxe ao discurso jurídico sobre a causalidade veja-se SANTIS, Giovanni, «La causalità penale...», *op. cit.*, p. 27, nota 7.

<sup>884</sup> Cf. «La causalità penale...», *op. cit.*, p. 31.

Temos para nós que a crise do conceito causal, acentuada a partir do século XX, veio denunciar a insustentabilidade da causalidade enquanto categoria universal. Não obstante, e no que concretamente se refere à ciência jurídica, a causalidade revela-se como um conceito fundamental na garantia da materialidade necessária à legitimação da sanção penal em delitos que pressupõem a imputação de um resultado à conduta. Por esta via, não pode o discurso penal desligar-se dos contributos científicos e filosóficos na determinação do nexo entre a conduta e o resultado lesivo, desde logo, por intermédio dos juízos técnicos e científicos subjacentes à prova pericial. Todavia, essa demonstração pedida pelo direito penal à ciência há-de situar-se, como se concluirá no capítulo seguinte, no espaço científico. Ao direito penal interessa tão-somente aproveitar esse contributo no sentido de considerar verificado (ou não) o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado. Neste sentido, o conhecimento científico impõe-se como um limite negativo às conclusões jurídicas: aquilo que o direito afirma não pode ser falso para as disciplinas científicas.

Se por esta via se desvelam alguns indícios da função cabida ao conceito de causalidade no âmbito do sistema penal, nada se estabelece quanto ao seu conteúdo. Assim, a noção de causalidade surge associada no sistema penal à necessária noção de bem jurídico, enquanto interesse socialmente valioso que foi lesado (ou colocado em perigo) por uma conduta humana, transformando-se em critério operativo que permite legitimar a imputação dos resultados danosos.

A causalidade afirma-se, no âmbito do sistema penal, como critério da materialidade da imputação, mas apresenta-se, sobretudo a partir do século XX, estilhaçada na sua própria materialidade, dando origem àquilo a que alguns autores já chamaram de “evidente paradoxo”<sup>885</sup>.

Torna-se pois necessário pensar a própria noção de causalidade no âmbito do sistema jurídico-penal e averiguar da relação entre a causa penal e a causa científica. Adianta-se a conclusão: o conteúdo material da noção de causa para efeitos penais há-de buscar-se nas referências axiológicas do sistema jurídico-penal. Todavia, não se trata de um sistema solipsista, enclausurado e fechado à evolução do

---

<sup>885</sup> Cf. SANTIS, Giovanni, «La causalità penale...», *op. cit.*, p. 24.

conhecimento científico, na medida em que aquela noção de causa há-de ser auxiliada pelos conhecimentos próprios e específicos de cada área científica e, por outro lado, determinada, nos seus limites, pelo conhecimento científico estabelecido.

Na sua finalidade, função e sentido, o conceito de causalidade jurídica tem de determinar-se pelos valores que dão forma ao sistema jurídico-penal. Nesta medida, ele assume um carácter normativo, dependente da axiologia que domina o sistema e que há-de, em último termo, encontrar a sua legitimação na consciência colectiva vertida no direito constitucional. Todavia, na sua materialidade, a concretização desse conceito no quadro do sistema jurídico dominante há-de ser necessariamente auxiliado pelos conhecimentos oferecidos pelas outras áreas científicas. A conexão causal é, neste sentido, explicada com recurso às leis naturais e a outros conhecimentos científicos.

### **Referência conclusiva**

O conceito de causa tem como característica essencial a sua transversalidade. Na medida em que se trata de uma categoria fundamental à explicação de fenómenos, merece a atenção de saberes tão diversos como a filosofia, a ciência, a ética ou o direito. Enquanto instrumento de racionalização e compreensão de eventos, a causalidade pode qualificar-se como categoria compreensiva. Nessa qualidade, constitui um poderoso auxílio para que a pessoa se possa situar e apreender o mundo que a envolve. Neste sentido, o princípio causal acompanhou a evolução e compreensão da natureza, desligado, num primeiro momento, de qualquer carácter de cientificidade até se impor como um dos princípios mais discutidos na filosofia moderna e se afirmar, no século XIX, como expoente máximo do determinismo científico.

Os extraordinários desenvolvimentos apresentados pela física do século XX obrigaram a uma renovada reflexão filosófica e epistemológica sobre o papel da causalidade, das leis universais e do juízo de probabilidade na explicação dos fenómenos. São vastos os estudos e propostas doutrinárias sobre esta matéria. Todavia, num esforço de sistematicidade, propõe-se a sua reunião sobre três

modelos distintos, atendendo ao método usado para se obter determinada explicação causal: de um lado os modelos que têm na sua base a crença numa noção última e genuína de causa comum ao conhecimento, como é o caso do modelo dedutivo-nomológico e do modelo da relevância estatística ou probabilístico; de outro lado, o modelo segundo o qual a explicação causal há-de depender exclusivamente do sistema conceptual de cada disciplina e que se designa como modelo da relevância do contexto.

A crise do conceito causal no plano científico e filosófico e a relevância atribuída pela epistemologia e pela ciência ao conceito de probabilidade no âmbito de contextos causais impuseram a necessidade de se indagar dos efeitos desta incerteza causal na ciência jurídica. Os juristas que reflectiram em torno destes problemas tendem a responder que a incerteza causal denunciada pela ciência física não afecta as categorias mobilizadas pelo sistema jurídico, na medida em que para os acontecimentos do quotidiano permanece válida uma explicação baseada na física clássica.

Porém, se assim é, permanece a questão decisiva que se prende com o conteúdo material do conceito jurídico-penal de causa. Da nossa perspectiva, tal conteúdo deve buscar-se nas referências axiológicas do sistema jurídico-penal, enquadrado dentro do juízo normativo de atribuição ou imputação de resultados. Todavia, este não é um sistema ensimesmado e fechado à evolução do conhecimento científico. Sob pena de se cair no relativismo causal, é necessário encontrar denominadores comuns que permitam o diálogo entre os diversos saberes. Essa relação interdisciplinar concretiza-se em dois sentidos: por um lado, a aferição do nexa causal pressuposto e utilizado no âmbito do direito penal há-de ser auxiliado, quando necessário, pelo conhecimento científico estabelecido; por outro lado, o conhecimento científico há-de impor-se como um limite negativo às conclusões jurídico-causais.

## CAPÍTULO II

### A CAUSALIDADE E O DISCURSO JURÍDICO-PENAL

#### § 9. Conduta e evento

A causalidade é uma categoria fundamental no contexto jurídico, necessária às regras referentes à responsabilidade por danos, própria quer do direito civil quer do direito penal. É esta última que se elege como núcleo problemático desta dissertação. Neste sentido, importa desde já clarificar que não é pretensão deste estudo abordar toda a discussão (desde logo, ética, filosófica e metafísica) suscitada pelo problema causal ou sequer analisar todas as implicações jurídicas que dele decorrem<sup>886</sup>. Antes se persegue um propósito bem mais modesto referente à natureza da causalidade como critério jurídico-penal utilizado na teoria da infracção criminal para um determinado tipo de delitos: os crimes materiais ou de resultado.

A relação entre o conceito de causalidade e o direito penal pode analisar-se segundo diferentes perspectivas ou pontos de partida. De um prisma atributivo assente numa ideia de *imputatio* global, é quase intuitivo estabelecer-se a ligação entre a responsabilidade penal e aquele que deu *causa* à situação juridicamente desvaliosa<sup>887</sup>. A causa adquire, neste sentido, uma grande abrangência, referindo-se à conduta responsável por um evento em violação do comando jurídico que era dirigido ao agente, que, nessa qualidade, deve suportar a reprovação do seu acto por

---

<sup>886</sup> Sobre a relação entre causalidade e responsabilidade no direito, na moral e na metafísica veja-se a importante monografia de MOORE, Michael S., *Causation and Responsibility: An Essay in Law, Morals and Metaphysics*, Oxford: Oxford University Press, 2009, traduzida em espanhol por Tobías J. Schleider e publicada, em 2011, pela Marcial Pons (Madrid).

<sup>887</sup> Neste sentido, o conceito de causa aproxima-se de uma responsabilidade moral e afasta-se do significado que lhe é dado no âmbito das explicações de fenómenos. Sobre o uso de causa como expressão sinónima de responsabilidade moral, na senda de uma posição “adscriptivista” veja-se MOORE, Michael S., *Causalidad y Responsabilidad*, Madrid / Barcelona / Buenos Aires: Marcial Pons, 2011, p. 49 e s.

via da aplicação de uma pena. Aproximamo-nos por esta via de uma teoria jurídica ou mesmo moral do crime e da pena, assente na *imputatio* ao agente de um facto ao qual é reconhecida natureza criminal<sup>888</sup> e que, como tal, exige uma reflexão em torno do equilíbrio entre crime e pena<sup>889</sup>. Desta perspectiva, somos reencaminhados para uma problemática estruturalmente metajurídica. Ora, não é este sentido amplo de causa, ligado à teoria jurídica ou moral das normas penais, que nos propomos tratar nas páginas que se seguem. Com efeito, o nosso objecto de análise situa-se dentro da normatividade penal e refere-se a um requisito jurídico exigido pelo legislador para determinados tipos de delitos. Trata-se de infracções que pressupõem, para a sua integral realização típica, a verificação de um resultado causalmente ligado a uma conduta humana. Neste horizonte problemático, uma das questões mais discutidas na doutrina penal corresponde à determinação de um critério que permita aferir se determinado resultado é consequência de uma conduta humana, ou seja, um critério jurídico de determinação do nexo causal.

Nos tratados de direito penal é frequente, em conformidade à função de sistematização dogmática que deles se espera, autonomizar-se a categoria dos delitos materiais ou de resultado como correspondendo àqueles tipos legais de crimes que pressupõem, na sua realização típica, um evento distinto da conduta e dela autonomizável, de acordo com um critério cronológico<sup>890</sup>. Entre aquela conduta cronologicamente anterior (antecedente) e o evento que lhe sucede (consequente)

---

<sup>888</sup> Como exemplo próximo de uma construção teórica deste tipo, cf. MENDES, Paulo Sousa, *O Torto Intrinsecamente Culposos como Condição Necessária da Imputação da Pena*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

<sup>889</sup> A ideia de desequilíbrio causado pelo crime é sublinhada pela concepção neo-retributiva de fundamento onto-antropológico proposta no âmbito dos fins das penas por COSTA, José de Faria, «Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal», in: *Linhas de Direito Penal e de Filosofia*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 218 e ss. Desta perspectiva, a pena impõe-se como compensação necessária para refazer o equilíbrio desfeito pelo crime, de forma a reconstruir, através da sua aplicação ao agente, a relação de cuidado que deve estar na base da relação com os outros, agora destruída pela realização criminosa.

<sup>890</sup> Por todos, entre nós, a título meramente exemplificativo, FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal. Parte Geral*, Vol. I, Lisboa: Editorial Verbo, 1992, p. 95 e s.; CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal I*, Coimbra: Livraria Almedina, 1996 (reimp.), p. 286 e s.; BELEZA, Tereza Pizarro, *Direito Penal*, 2.º Vol., Lisboa: AAFDL, 2003 (reimp.), p. 122 e ss.; SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português. Parte Geral*, Vol. II, Lisboa: Editorial Verbo, 2005, p. 31 e s.; DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal (2007)*, *op. cit.*, p. 305 e ss.; CARVALHO, Américo Taipa de *Direito Penal. Parte Geral*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 295; COSTA, José de Faria, *Noções Fundamentais de Direito Penal*, *op. cit.*, p. 250 e s.



há-de estabelecer-se uma tal ligação que permita afirmar a sua correspondência ao tipo legal de crime. Essa relação concretiza-se numa conexão causal. Trata-se assim – permita-se para já a expressão – de um pressuposto primário e necessário, entre outros, à atribuição de responsabilidade ao agente pela realização daquele resultado e, em consonância, pela prática de um delito consumado<sup>891</sup>. Também para o direito, e em particular para o direito penal, a causalidade se mostra dotada de uma função essencial, própria da estrutura delitual da atribuição de resultados, em último termo, valorados como lesivos ou perigosos para interesses da comunidade ou da pessoa e, como tal, dignos e necessitados de protecção.

Conforme se procurou clarificar na primeira parte desta investigação, um estudo aprofundado do instituto da responsabilidade criminal pelo produto cruza-se desde o seu início com a problemática da causalidade e da imputação objectiva de resultados danosos a condutas eventualmente relevantes de um ponto de vista criminal<sup>892</sup>. Na verdade, o problema da causalidade constituiu uma das principais questões analisadas pelas decisões judiciais descritas nas considerações introdutórias a este estudo<sup>893</sup>. Os casos de responsabilidade pelo produto convocam, com frequência, crimes de resultado ou materiais, a saber, os tipos legais de homicídio e de ofensas à integridade física – tipos legais cuja análise merecerá uma atenção mais aprofundada na terceira parte deste estudo<sup>894</sup>, sem que no entanto se omita, neste momento, uma referência genérica relativa à sua classificação dogmática.

Estes delitos pressupõem na sua realização sob a forma consumada um resultado causalmente relacionado com a conduta típica. A responsabilidade criminal do autor depende, em primeira linha, da imputação objectiva daquele resultado à conduta activa ou omissiva, e, simultaneamente, a imputação subjectiva a título doloso ou negligente. Assim, a relação entre o resultado danoso e a conduta do autor há-de assentar na afirmação de um nexo de causalidade. Neste sentido, a qualificação de um determinado resultado ou evento como obra da pessoa humana

---

<sup>891</sup> No sentido de a causalidade ser pressuposto de responsabilidade veja-se ENGISCH, Karl, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Tübingen: Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1931, p. 1 e ss.

<sup>892</sup> *Supra* § 7, 5.

<sup>893</sup> *Supra* § 1, 2.

<sup>894</sup> *Infra* § 14, 2.1, e § 15, 1.

somente se concretiza quando possa ser referido à sua conduta. Deste modo, ao direito penal interessa tomar uma condição causal plenamente determinada e, portanto, indagar se existe entre a acção humana e o resultado uma conexão tal que justifique imputar esse efeito ao autor como resultado do seu comportamento<sup>895</sup>. Nas palavras de Jescheck, a consideração separada da acção em direito penal não só é necessária por razões dogmáticas como se encontra também justificada em si mesma, já que o homem tem a capacidade para dirigir o curso causal e por isso o seu comportamento adquire o estatuto de “causa de natureza especial”<sup>896</sup>.

Com efeito, a realização do tipo penal pressupõe, em determinados casos, que o comportamento do autor tenha conduzido a um particular resultado abrangido pela disposição legal (por exemplo, a morte de alguém). Na verdade, a exigência de um tal resultado depende do modo como o legislador compõe o tipo legal, tomando como núcleo a conduta ou adicionando-lhe um determinado resultado, sendo usual distinguir-se a este propósito, como já se referiu, *delito formal ou de mera actividade* e *crime material ou de resultado*. No primeiro caso, a mera execução de um determinado acto (ou a sua omissão) preenche integralmente o tipo legal. O legislador prescinde, nesta hipótese, ao nível da conformação típica, de um qualquer efeito exterior que extravase cronologicamente a realização da conduta<sup>897</sup>. Por sua vez, nos delitos de resultado, a lei opta por evidenciar este lado externo da conduta ilícita ao exigir, para o integral preenchimento típico, a realização de um determinado resultado concretizado numa alteração do estado do objecto da conduta. Este resultado pode, no entanto, ser configurado pelo legislador de modos diversos, desde a modificação puramente exterior do substrato material de um bem jurídico (*v. g.*, a morte da vítima), até à produção de um dano de natureza imaterial<sup>898</sup>.

---

<sup>895</sup> Assim JESCHECK / WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrecht*, *op. cit.*, p. 277.

<sup>896</sup> *Ibidem*.

<sup>897</sup> Como exemplo de um crime de mera actividade previsto no ordenamento jurídico português pode apontar-se o crime de falsidade de testemunho a que se refere o artigo 360.º do Código Penal. Como refere SEIÇA, Alberto Medina de, «Artigo 360.º», *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo III, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 462, “o comportamento ilícito esgota-se precisamente na efectivação da conduta proibida: a prestação do depoimento falso, etc., não exigindo a lei qualquer resultado decorrente dessa conduta e dela autonomizável”.

<sup>898</sup> Cf. STRATENWERTH, Günther, *Derecho Penal. Parte General I*, Navarra: Civitas, 2005, p. 126.

Porém, este resultado material, configurado na sua pureza naturalística, é insuficiente para legitimar e fundar o ilícito penal. Para que se torne possível esta ligação é necessário que se passe do plano das coisas empíricas (do mundo do ser causal) para o plano da valoração jurídica. Com efeito, a conexão daquele resultado à ilicitude penal advém da valoração jurídica que lhe é dada, agora sob a perspectiva do bem jurídico tutelado. Por esta via, a qualificação dos delitos como formais ou materiais cruza-se, sem que com ela se confunda, com a qualificação dos delitos como de dano ou de perigo, assente sobre o grau ou intensidade da ofensa ao valor tutelado pela norma jurídica<sup>899</sup>.

Na verdade, a polissemia do conceito de resultado no sistema penal permite compreender alguns dos desentendimentos doutrinários inerentes à delimitação e projecção daquele conceito na teoria do delito<sup>900</sup>. Um exemplo desta pluralidade de usos terminológicos, que está na base das referidas divergências doutrinárias, pode encontrar-se ora na sua compreensão como sinónimo do evento naturalístico autónomo em relação à conduta e a ela ligado causalmente, ora numa concepção que o identifica com a própria lesão ou perigo de lesão do bem jurídico.

Estas dificuldades são por exemplo salientadas por Stratenwerth. À primeira vista, o resultado poderia ser concebido como o efeito da conduta sobre o objecto da acção<sup>901</sup>: o homicídio; a lesão corporal; a destruição da coisa alheia, etc. Mas,

---

<sup>899</sup> Alguns autores utilizam a expressão resultado jurídico para se referirem ao modo de afectação do bem jurídico-penal, isto é, a sua lesão ou colocação em perigo. Trata-se de uma valoração normativa que pressupõe a montante o carácter material ou imaterial do bem jurídico. Todavia, o uso menos claro destas distinções está entre as razões para a confusão terminológica em redor do conceito de resultado jurídico-penal, cf. VARGAS PINTO, Tatiana, *Delitos de Peligro Abstracto y Resultado*, Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 2007, p. 160 e ss.

<sup>900</sup> Sobre os diversos significados do conceito de resultado no âmbito do direito penal e em particular no contexto da doutrina portuguesa veja-se, por todos, MONIZ, Helena, «Aspectos do resultado em direito penal», in: *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 541 e ss. Também DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal* (2007), *op. cit.*, p. 343 e s.

<sup>901</sup> A distinção entre objecto da acção e bem jurídico presta-se também a algumas confusões. De acordo com STRATENWERTH, Günther, *Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 126, por objecto da acção ou do facto ou ainda objecto da agressão, entende-se, neste contexto, o objecto corporal / material que sofre a acção proibida: o “outro” na sua integridade física ou na sua vida, nos casos dos crimes de ofensa à integridade física e homicídio, respectivamente; a coisa alheia, no crime de dano ou furto; o documento no crime de falsificação de documento. Não se confunde com esta categoria o conceito de bem jurídico. Desde logo, muitos bens jurídicos carecem por completo de um tal substrato material ou corporal. Os exemplos são vários tanto ao nível de bens jurídicos dotados de referente individual, como a autodeterminação sexual do menor, ou de referente colectivo ou supra-

como sublinha este autor, esta interpretação do resultado compreendido no tipo legal, de marcado pendor linguístico, revela-se demasiadamente estreita, uma vez que também nos delitos construídos sem referência a um qualquer objecto de acção pode haver um resultado, no sentido de um evento separável da acção proibida. Assim, defende Stratenwerth que por resultado deve entender-se *todo o efeito da acção proibida, abarcado pelo tipo, que se siga à execução da acção*. Todavia, de modo cauteloso, o autor sublinha que este resultado não pode nem deve confundir-se com a lesão do bem jurídico protegido. Um “resultado” desse tipo – lesão do bem jurídico – teria também lugar nos crimes de mera actividade, confundindo-se, assim, esta categoria de delito com a contraposição entre crime de dano e crime de perigo<sup>902</sup>.

A noção de resultado mereceu também a atenção da doutrina portuguesa, sendo-lhe atribuídos, por vezes, sentidos diversos entre os autores. Esta conclusão é formulada por Helena Moniz em estudo dedicado ao tema<sup>903</sup>, percorrendo em dois momentos distintos, que se entrecruzam, quer o pensamento de diversos autores, quer as diferentes projecções sistemáticas do conceito de resultado ao longo da teoria da infracção criminal: nos planos do bem jurídico, da concepção de ilícito, dos crimes de perigo, da negligência. A autora acaba por distinguir, no plano doutrinal, a utilização do resultado num duplo sentido: num sentido naturalístico no âmbito dos crimes materiais ou de resultado onde este é tido como modificação exterior,

---

individual, no caso, por exemplo, da realização da justiça. Em segundo lugar, o bem jurídico vai para além daquele substrato corporal – nos casos em que seja por ele acompanhado – na medida em que compreende também a relação com o indivíduo ou com a colectividade que lhe conferem fundamento de protecção. Deste modo, o corpo humano é o objecto da acção, enquanto, por sua vez, o bem jurídico coincide com a integridade do corpo humano; ou, ainda no exemplo do crime de dano, objecto da acção é a coisa alheia e bem jurídico é a possibilidade dela dispor e usufruir.

<sup>902</sup> O critério determinante na distinção dos delitos de perigo dos delitos de lesão ou dano é dado pela circunstância de a realização do tipo lesar ou somente colocar em perigo o bem jurídico protegido e não, conforme refere alguma doutrina, o objecto da acção. Ilustrativo, a este propósito, é o exemplo apontado por STRATENWERTH, Günther, *Derecho Penal, op. cit.*, p. 126, referente ao crime de incêndio agravado, tido como exemplo paradigmático de um crime de perigo, mas que se tornaria num delito de lesão se o critério de distinção assentasse no objecto sobre que incide a acção. Acrescente-se ainda que tal critério não se confunde com o parâmetro de distinção entre delitos de resultado e delitos de mera actividade, assente num evento cronologicamente posterior à conduta.

<sup>903</sup> MONIZ, Helena, «Aspectos do resultado em direito penal», *op. cit.*, p. 541 e ss.; também *Agravação pelo Resultado. Contributo para uma Autonomização Dogmática do Crime Agravado pelo Resultado*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 62 e ss.

enquanto mutação física espaço-temporalmente determinada<sup>904</sup>; e, num sentido técnico-jurídico onde, prevalecendo como critério a afectação do bem jurídico, o

---

<sup>904</sup> A autora acrescenta, no entanto, que o resultado em sentido material não se esgota numa compreensão naturalística na medida em que, para além do efeito material que possa produzir-se sobre o objecto da acção, deve igualmente incluir-se, nesta acepção de resultado, o perigo. Neste sentido, Helena Moniz distingue, no âmbito dos tradicionalmente designados crimes materiais ou de resultado, aqueles que o são em sentido estrito – “enquanto crimes cuja conduta produz um efeito material sobre o objecto da acção e cujo efeito é distinto espaço-temporalmente da conduta que o desencadeou – e crimes materiais de perigo ou crimes de resultado de perigo – enquanto crimes cuja conduta produz um efeito não material, um perigo, sobre o objecto de acção (e desta distinto)”, cf. *Agravação pelo Resultado*, *op. cit.*, p. 82. Temos dúvidas quanto à inclusão do resultado perigo nos crimes materiais. Com efeito, a categoria de resultado perigo no sentido em que nos fala, por exemplo, Faria Costa, é uma categoria normativa, situada fora do espaço naturalístico, como aliás reconhece Helena Moniz. Enquanto resultado perigo, o efeito criado pela conduta do agente não se move na esfera causal, mas antes se impõe como um postulado construído pelo próprio direito penal, atendendo à intensidade do risco de lesão criado pela conduta a um determinado bem jurídico. Desde logo, pode o tipo legal exigir um determinado efeito ou modificação sobre o objecto de acção e daí não ocorrer o resultado perigo (concreto) para o bem jurídico exigido pelo tipo incriminador. Num exemplo particularmente relevante no nosso horizonte problemático e normativo, tome-se por referência o artigo 282.º do Código Penal e considere-se, a título exemplificativo, uma conduta de armazenamento de um bem alimentar que tem como resultado uma adulteração dessa substância que não representa qualquer perigo para a vida ou integridade física, porque não chega a entrar na esfera do consumidor, ou ainda o caso de uma redução do valor terapêutico de um medicamento que nunca vem a ser tomado por alguém. Neste caso, o resultado material corporiza um perigo meramente abstracto para o bem jurídico. Este exemplo mostra, quanto a nós, de forma clara e definitiva a diferente natureza que subjaz, por um lado, ao resultado material enquanto consequência da conduta, com existência física independente de qualquer valoração, exigido pelo tipo e, por outro lado, um resultado-perigo ou lesão, de natureza jurídica e fruto de uma valoração normativa. Como por regra o objecto sobre que incide a acção (*v. g.*, o corpo da vítima) incorpora o valor jurídico protegido (a vida, a integridade física), a modificação do estado de tranquilidade daquele objecto corresponde no plano valorativo à lesão ou colocação em perigo do bem jurídico protegido. Nos crimes de perigo concreto em que o objecto de acção seja a pessoa ou o seu corpo poderá haver uma aproximação entre o objecto de acção e o bem jurídico protegido, mas tal não legitima, em nosso modo de ver, a conclusão de que nesse caso se esteja perante um resultado material-perigo. O que acontece nesta situação é que uma eventual modificação do mundo exterior corporiza a colocação em perigo do bem jurídico, sobrepondo-se as duas classificações: a de resultado material – que atende ao efeito cronologicamente posterior à conduta – e a de resultado normativo ou valorativo – que atende ao grau de ofensividade para o bem jurídico. Desde logo, nada impede que o resultado perigo ou lesão decorra imediatamente da realização da conduta típica, como é próprio dos delitos formais ou de mera actividade (*v. g.*, o crime de exposição ou abandono, previsto no artigo 138.º do Código Penal). Assim, da nossa perspectiva, a inclusão do resultado-perigo na classificação dos delitos materiais, constitui um elemento de perturbação numa classificação que deve atender exclusivamente à exigência típica de um resultado material (e não valorativo ou normativo) a aferir de acordo com as regras da causalidade. Há, com certeza um elemento coincidente entre ambos “os resultados” (intrínseco ao termo resultado) que se traduz na produção de um efeito separável da conduta, mas, como bem sublinha COSTA, José de Faria, «Tentativa e dolo eventual», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, BFD 1984* (separata), p. 56-57, num caso trata-se de uma alteração do real verdadeiro, existente por si, e no outro de uma alteração de um real construído, que ganha a sua força normativa não no plano do ser causal mas do (dever) ser jurídico, num diálogo comunicante e referencial com o bem jurídico protegido. Assim, o nexa que liga a conduta ao resultado-perigo é um nexa normativo, a aferir segundo um princípio de imputação (cf. COSTA, José de Faria, *O Perigo*

resultado é tido como lesão ou colocação em perigo do interesse protegido pela norma<sup>905</sup>.

Ora, tomando por referência esta classificação importa esclarecer que, no contexto do horizonte problemático que nos ocupa, se considera o resultado enquanto elemento típico entendido em sentido material como consequência de uma conduta humana. Neste sentido, o resultado concretiza-se num evento material, temporalmente cindível da conduta, e traduz-se numa modificação exterior distinta da conduta do agente e com ela relacionada por um nexu causal. Por sua vez, este evento material é objecto de um juízo de valor normativo que fundamenta a sua relevância penal por intermédio do grau de ofensividade que importa para o bem jurídico protegido. É por esta via que se cruzam, sem que se confundam, as classificações doutrinárias do delito como formal ou material, por um lado, e de perigo ou de dano, por outro lado.

Deste modo, o conceito de resultado que nos importa obedece a uma interpretação e classificação em função do tipo incriminador, seja enquanto efeito da conduta do agente sobre o objecto da acção, seja como mediatização do efeito da conduta sobre o bem jurídico penalmente protegido. Acrescente-se, em jeito de nota marginal uma referência devida, ainda que a título meramente alusivo, a uma outra dimensão dada àquele termo no discurso doutrinal: trata-se de um sentido mais abrangente e global, compreendido agora a partir do próprio ilícito penal, ou seja, como *desvalor do resultado* (numa relação dicotómica com o desvalor da acção)<sup>906</sup>. Somos pois transportados, numa outra perspectiva metodológica, do plano dos elementos do tipo definidos pelo legislador para o contexto do fundamento do

---

*em Direito Penal...*, *op. cit.*, p. 51; também, do mesmo autor, «Tentativa e dolo eventual», *op. cit.*, p. 53: “é evidente, quanto a nós, que os quadros de compreensão das teorias causalistas não servem para critério de determinação do pôr em perigo”). Já o nexu que relaciona a conduta com um resultado material há-de situar-se no plano do ser causal. Mais: o resultado-perigo constitui a essência do crime de perigo concreto, permitindo a sua distinção do crime de violação ou lesão (do bem jurídico) e do delito de perigo abstracto relativamente aos quais o legislador prescinde daquele pôr em perigo. E com isto toma-se por objecto referencial nesta classificação o grau de ofensa do bem jurídico e não qualquer efeito material sobre o objecto de acção.

<sup>905</sup> MONIZ, Helena, *Agravação pelo Resultado*, *op. cit.*, p. 64.

<sup>906</sup> Como esclarece DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal* (2007), *op. cit.*, p. 285, “após as investigações dogmáticas de Welzel e o advento da doutrina da acção final tornou-se corrente a distinção, relevante em sede de ilícito típico, entre desvalor de acção e desvalor de resultado; até ao ponto de, consoante se tome um ou outro como ponto de arranque da dogmática do facto punível, assim se emprestar carácter à construção geral”.

ilícito material. Por conseguinte, o sentido e função do desvalor do resultado há-de ser indissociável da compreensão mais ou menos objectiva ou subjectiva que seja seguida em matéria de ilicitude penal. Trata-se porém de uma questão que extravasa o propósito desta investigação e que merecerá uma referência pontual, ao longo deste trabalho, sempre que suscitada pelo estudo de algum particular aspecto problemático<sup>907</sup>. Acrescenta-se apenas que, na dogmática penal das últimas décadas, o alcance reconhecido ao desvalor do resultado na compreensão da ilicitude penal tem merecido um lugar acessório, a menos que se siga, na construção e fundamentação daquele ilícito, uma teoria puramente objectiva, considerada actualmente ultrapassada pela doutrina dominante. Com efeito, da perspectiva doutrinária que sobreveio à doutrina finalista da acção, o resultado desvalioso constitui, *em conexão com a conduta realizada pelo autor*, um contributo decisivo, mas não exclusivo ou primário, na fundamentação do ilícito<sup>908</sup>.

---

<sup>907</sup> Sobre o desvalor do resultado, no âmbito de uma compreensão objectiva do ilícito, entendido como “desvalor de cuidado” na relação do eu com os outros e enquanto afloramento do princípio de ofensividade veja-se COSTA, José de Faria, *O Perigo em Direito Penal*, *op. cit.*, p. 408 e ss.; também «Tentativa e dolo eventual...», *op. cit.*, p. 71 e «Ilícito típico resultado e hermenêutica (ou o retorno à limpidez do essencial)», *RPCC 12* (2002), p. 16 e s. No sentido de recusar uma construção dogmática assente no desvalor do resultado veja-se DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal (2007)*, *op. cit.*, p. 286 e ss., para quem uma tal concepção ficou desde logo prejudicada desde o momento em que foi descoberta a relevância essencial, em muitos casos, de elementos subjectivos para a caracterização do ilícito, e definitivamente “condenada por todos quanto aceitem que em caso algum o ilícito se pode caracterizar exclusivamente através do tipo objectivo, antes se lhe acrescenta sempre o tipo subjectivo”. Para este autor a constituição de um tipo de ilícito exige, na sua materialidade, “tanto um desvalor de acção, como um desvalor de resultado, sem prejuízo de casos haver em que o desvalor de resultado de uma certa forma predomina sobre o desvalor de acção (máxime, nos crimes de *negligência*), ou em que inversamente o desvalor de acção predomina sobre o desvalor de resultado (máxime, nos casos de *tentativa*)”. Também NEVES, João Curado, *Comportamento Lícito Alternativo e Concurso de Riscos*, Lisboa: AAFDL, 1989, p. 21 e ss., se pronuncia criticamente sobre uma concepção objectiva de ilícito assente no desvalor do resultado. No mesmo sentido, aderindo à posição de Figueiredo Dias, com referências bibliográficas adicionais, MONIZ, Helena, *Agravação pelo Resultado*, *op. cit.*, p. 69 e s. e nota 152.

<sup>908</sup> A sintética exposição sobre o resultado deixa na sombra alguns dos mais complexos problemas da teoria penal, postos a nu, de modo irrefutável, pela doutrina finalista de Hans Welzel e, sobretudo, pela discussão que gerou em torno da incriminação da negligência. Com efeito, uma das críticas mais importantes dirigidas ao finalismo relaciona-se com a dificuldade em fundamentar, nos quadros teóricos desta escola, a punição dos resultados negligentes. Conforme expõe GIL GIL, Alicia, *El Delito Imprudente*, Barcelona: Atelier, 2007, p. 25, se se entender que no delito negligente o resultado se produziu de um modo puramente causal, tal significa que aquele resultado não está abrangido pela vontade do agente e não será sequer necessário que este o tivesse previsto (negligência inconsciente), pelo que se afirma que, nestes delitos, a finalidade é irrelevante para o direito. Esta crítica daria lugar a uma constante reelaboração da figura da negligência no âmbito do finalismo e à consequente resposta de Welzel e dos seus discípulos no sentido de integrar a negligência no núcleo do conceito finalista de acção.

Importa sobremaneira considerar, pela directa relevância para o objecto de estudo desta dissertação, aquele outro sentido de resultado já anteriormente referido: o resultado em *sentido material* enquanto elemento típico que toma por contexto o “mundo do ser causal”.

Da nossa perspectiva, o resultado pressuposto pelos delitos materiais há-de compreender-se a partir da ideia de causa enquanto realidade ontológica, porém integrada no facto típico. Esta afirmação impõe um duplo esclarecimento: o resultado ou evento pressuposto por estes delitos há-de ser um evento de natureza material, isto é, uma modificação exterior do objecto material da acção; porém, esta alteração do estado das coisas não surge desligada do objecto jurídico protegido, ou seja, do bem jurídico-penal. Da nossa perspectiva, seguindo a terminologia de Cavaleiro Ferreira, não deve confundir-se o evento material com o evento jurídico<sup>909</sup>. Não obstante a sua diversa natureza (ontológica e normativa), estas são categorias que se relacionam: a modificação exterior causada pela acção e concretizada no resultado há-de constituir o substrato da lesão ou colocação em perigo do bem jurídico, porque esta é a essência e fim da norma incriminatória. A ofensa (dano ou perigo) do bem jurídico efectiva-se, nos crimes de resultado material, mediante a “força” exercida sobre o objecto material. Esta relação entre o evento material (resultado) e o evento jurídico (dano ou perigo) é particularmente evidente em incriminações como o homicídio ou as ofensas à integridade física, em que o objecto da acção (o corpo da vítima) corresponde ao substrato real que corporiza a lesão dos bens jurídicos protegidos. Neste sentido, é através das modificações causadas no mundo exterior que aqueles interesses, socialmente reconhecidos como valiosos, são abalados. É também por esta via que se estabelece a comunicação entre o mundo empírico e o mundo normativo, na medida em que as modificações exteriores se subsumem ao resultado descrito no tipo. Assim, muito embora o “pôr em perigo” e a lesão do bem jurídico se desenvolvam no plano da valoração normativa, e não “na esfera do ser causal”<sup>910</sup>, não deixam de ser mediados por considerações de natureza causal.

---

<sup>909</sup> Cf. *Direito Penal Português. Parte Geral*, Vol. I, Lisboa: Editorial Verbo, 1982, p. 246.

<sup>910</sup> A expressão é de COSTA, José de Faria, «Tentativa e dolo eventual...», *op. cit.*, p. 57.



Avançando um outro passo, é através desta mediação causal que se liga, no plano puramente valorativo, o evento jurídico de dano ou lesão à conduta do agente. A relação de causalidade entre a conduta e o resultado constitui, em nosso modo de ver, conforme se desenvolverá na última secção deste capítulo, uma concretização do próprio juízo de imputação.

No entanto, importa por agora situar o nosso objecto de estudo em primeira linha no plano causal e, em particular, na ligação que há-de estabelecer-se entre resultado e conduta. O conceito de resultado material, referido no tipo legal e referente a alterações ou modificações ocorridas no mundo exterior, só adquire significado para o direito penal se puder ser relacionado com a conduta humana igualmente descrita no tipo legal. Dito de outra forma: a realização do resultado é devida, no caso dos delitos de acção, de que agora se cuida, à conduta humana. Deste modo, aquele resultado liga-se conseqüentemente à conduta do autor. Esta conexão há-de manifestar-se exteriormente, tornando-se visível, desde logo, pela regularidade empiricamente observável entre determinada acção e o efeito que se lhe segue. Uma regularidade que, no entanto, é por si só insuficiente para sustentar materialmente a referência do evento à conduta.

Coloca-se assim a questão, fundamental no contexto penal e desde há muito discutida na doutrina e na jurisprudência, de saber quando é que um determinado resultado se pode imputar, como consequência, à actuação do autor<sup>911</sup>.

Na resolução deste problema, procura-se indagar da qualidade da indispensável conexão entre a acção e o resultado descritos no tipo, sendo a resposta primeira e imediata um nexó de causalidade. O que conduz, conseqüentemente e num primeiro momento, à discussão em torno de um critério (ontológico? normativo?) da definição e aferição da causalidade. Num segundo momento, pela suficiênciã desse critério para sustentar um juízo de imputação. Na síntese clarividente de Engisch, ao identificar e autonomizar o enredo de questões que envolve o problema causal, “o conceito causal, enquanto elemento do tipo penal, deve ser definido descritivamente em consonância com a vida quotidiana ou de acordo com os conceitos propostos pela ciência filosófica? E, então, quais os

---

<sup>911</sup> ERB, Volker, «Die Zurechnung von Erfolgen im Strafrecht», *JuS* 1994, p. 449.

termos dessa definição? Ou, antes, em causa está um conceito que tem de ser ‘reconfigurado’ normativamente, tendo em consideração a consequência jurídica penal? E, neste contexto, qual a função reservada aos restantes pressupostos da responsabilidade?”<sup>912</sup>.

O tema da causalidade experimentou no âmbito da literatura e jurisprudência penal uma curva inconstante<sup>913</sup>. O seu protagonismo evidencia-se primariamente no contexto dos autores clássicos que, na segunda metade do século XIX, orientados pelo esforço de cientificidade, procuraram construir e solidificar um sistema penal assente em categorias dogmáticas, entre as quais assume papel primordial, na parte geral do direito penal, o princípio da causalidade.

Todavia, o crescente interesse por este princípio decairia acentuadamente com o êxito da teoria finalista liderada por Hans Welzel. O ilícito pessoal – e a consequente afirmação do carácter subjectivo da ilicitude penal – relegaria para segundo plano o pendor objectivo-causal da infracção criminal.

Não obstante, o desenvolvimento da teoria da imputação objectiva, a partir dos escritos de autores como Honig, Roxin ou Jakobs, trouxe nova força ao conceito de causalidade: à nova concepção de causalidade reconhece-se uma função primária, de limite mínimo, na atribuição da responsabilidade penal. Trata-se de uma nova configuração da função dogmática do princípio causal que, do mesmo passo, se releva crítica e restritiva do conceito clássico de causalidade.

Os escritos sobre o tema tornaram-se entretanto inabarcáveis, pressuposto o interesse suscitado nas últimas décadas, quer quanto ao desenvolvimento da teoria da imputação objectiva, quer no que respeita às reacções a esta proposta, destacando-se, entre estas últimas, o pensamento de alguns autores que dedicaram grande parte da sua obra ao estudo da causalidade, como Ingeborg Puppe, na Alemanha, e Federico Stella, em Itália.

---

<sup>912</sup> O autor acrescenta uma última pergunta referente aos crimes agravados pelo resultado, que extravasa o âmbito deste estudo, e que, por essa razão, se transcreve em nota: “o conceito de causa, no âmbito do direito penal, é, em definitivo, uno e unitário, ou a alteração dos elementos criminais (prescindindo ocasionalmente e em parte da culpa) implica uma mudança do conceito de causa?”, cf. ENGISCH, Karl, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, *op. cit.*, p. 7.

<sup>913</sup> FIERRO, Guillermo Julio, *Causalidade e Imputación*, *op. cit.*, p. 1.

Deve ainda acrescentar-se que o renascer desta discussão temática foi acompanhado, e em muitos casos suscitado, pela realidade casuística que confrontou o direito penal e as suas categorias dogmáticas com as questões da nova modernidade, entre elas assumindo particular destaque os casos de responsabilidade criminal pelo produto. É justamente a esta evolução que dedicaremos, em seguida, a nossa atenção.

## § 10. O juízo de imputação: entre um modelo causalista e um modelo normativo

### 1. A teoria das condições causais

#### 1.1 A teoria da equivalência das condições

A origem da teoria das condições causais é por vezes reconduzida à noção de *versari in re illicita*: aquele que toma parte numa actividade ilícita é responsável pelos danos que não se teriam realizado sem a sua actuação<sup>914</sup>. Não obstante, na sua forma moderna, a teoria das condições foi exposta em primeiro lugar por Julius Glaser (1831-1885)<sup>915</sup>, na Áustria, e por Maximilian v. Buri (1825-1902), na Alemanha<sup>916</sup>.

---

<sup>914</sup> Cf. HART / HONORÉ, *Causation in the Law*, *op. cit.*, p. 442.

<sup>915</sup> GLASER, Julius, propõe, já em 1858, no seu *Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrecht. Erster Band*, Wien: Verlag von Tendler & Comp., 1858, p. 298 (também disponível em [http://books.google.pt/books?id=ZUCMAAAAYAAJ&dq=glaser+abhandlungen+aus&source=gs\\_navlinks\\_s](http://books.google.pt/books?id=ZUCMAAAAYAAJ&dq=glaser+abhandlungen+aus&source=gs_navlinks_s)), o método da eliminação hipotética como critério de aferição do nexos de causalidade: “se se tentar eliminar mentalmente (“*hinwegzudenken*”) o (acto do) autor do conjunto de eventos e, ainda assim, a sequência de causas intermédias permanecer inalterável, fica claro que o acto e o resultado não podem ser referidos à actividade daquela pessoa. Todavia, se ao invés, uma vez suprimida mentalmente (“*hinweggedacht*”) aquela pessoa do cenário dos acontecimentos o resultado não se verificasse, ou se realizasse de modo totalmente diferente, então justifica-se plenamente que o resultado lhe seja atribuído e explicado como consequência da sua acção”.

<sup>916</sup> Entre os títulos principais contam-se: «Zur Lehre von der Tödtung», *in: GA 11 (1863)*, p. 753-765, *GA 11 (1863)*, p. 797-806 e *GA 12 (1864)*, p. 3-10; «Über Kausalzusammenhang und dessen Zurechnung», *GA 14 (1866)*, p. 608-616 e p. 717-728; *Über Kausalität und deren Verantwortung*, Leipzig, 1873 (disponível em <http://www.archive.org/stream/uebercausalittu00burigoog#page/n11/mode/1up>); *Die Kausalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen*, Stuttgart, 1885, e «Zur

Nos tratados de direito penal, é frequente a referência à influência do pensamento filosófico em matéria causal no âmbito do domínio jurídico e, designadamente, do domínio criminal<sup>917</sup>. De modo particular, sublinha-se que o conceito de causa proposto por John Stuart Mill – entendida como o conjunto ou soma das condições positivas e negativas de um fenómeno<sup>918</sup> – teria influenciado o conceito clássico de causa no domínio penal<sup>919</sup>.

Neste contexto assumem particular relevância os escritos de Maximilian v. Buri<sup>920</sup>, vários dos quais dedicados ao problema da causalidade penal, sendo este autor frequentemente apontado como um dos responsáveis pela formulação da teoria da equivalência das condições.

Nas suas reflexões, v. Buri procurou definir o conceito de causalidade, que descreve na primeira página de uma das suas principais obras como “o processo através do qual se forma um fenómeno” (*Prozeß der Entstehung einer Erscheinung*)<sup>921</sup>. A busca pelo fundamento da imputação penal é por si relacionada com o conceito de causa que, do seu ponto de vista, se concretiza na soma das condições necessárias ao resultado.

Todavia, este autor acrescenta uma segunda nota que de algum modo afasta a sua proposta da teoria de Mill<sup>922</sup>, segundo a qual cada uma das condições do resultado se pode em si mesma qualificar como causa. Não se trata da afirmação de uma tese meramente tautológica, segundo a qual o resultado depende de todas as condições e que por isso todas as condições têm igual valor, mas antes de uma

---

Kausalitätsfrage», *Beiträge zur Theorie des Strafrechts und zum Strafgesetzbuche*, Leipzig: Verlag von Veit & Comp., 1894, p. 69-89.

<sup>917</sup> Cf. entre nós, a título exemplificativo, CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal I*, op. cit., p. 253.

<sup>918</sup> Exposto de forma desenvolvido *supra*, § 8, 2.4.

<sup>919</sup> O conceito de causa proposto pelo filósofo inglês Stuart Mill é considerado um antecedente directo da teoria da equivalência das condições ao definir causa, em sentido filosófico, como a soma das condições positivas e negativas, a totalidade das contingências da natureza que, sendo realizadas, fazem com que se siga necessariamente o consequente.

<sup>920</sup> Discute-se entre a doutrina penal germânica se v. Buri conheceria já a teoria de John Stuart Mill, cf. HIPPEL, Robert v., *Deutsches Strafrechts*, Berlin: Verlag von Julius Springer, 1930, § 13, p. 136, nota 4; MEZGER, Edmund, *Strafrecht*, Berlin und München: Verlag von Duncker & Humblot, 1949, p. 113; KORIATH, Heinz, *Kausalität und objektive Zurechnung*, Baden-Baden: Nomos, 2007, p. 32.

<sup>921</sup> Cf. *Über Kausalität und deren Verantwortung*, op. cit., p. 1.

<sup>922</sup> Na verdade, a proximidade da sua teoria à doutrina de Mill motivou fortes críticas por parte de alguns penalistas como por exemplo BINDING, Karl, *Die Schuld im deutschen Strafrecht*, Verlag von Felix Meiner, 1919, p. 8, *apud* KORIATH, *Kausalität und objektive Zurechnung*, op. cit., p. 32, nota 24.

construção que atribui a mesma importância positiva a todas as actividades que condicionam a produção de um resultado de um ponto de vista jurídico-penal<sup>923</sup>. Neste sentido, todas as “forças” (*Kräfte*) de um evento são, na terminologia de v. Buri, igualmente necessárias à sua realização<sup>924</sup>. “Pela mesma razão se pode considerar já cada uma destas forças individuais, por si só, como causa do fenómeno, pois a sua existência depende até certo ponto de cada uma das forças individuais uma vez que se se elimina tão só uma das forças individuais da relação causal, o fenómeno não tem lugar”<sup>925</sup>. Deste modo, cada uma das condições deve ser considerada causa do evento na medida em que ela torna causais todas as outras, determinando a sua eficácia<sup>926</sup>.

Na proposta doutrinária de v. Buri, a relação entre causa e efeito pressupõe a transferência de uma força causal (*Krafttransferenz*)<sup>927</sup> da primeira para o segundo, a qual permite qualificar uma determinada condição como causa do resultado, isto é, cada condição individualmente considerada pode ser tida como causa uma vez que é impossível distinguir num resultado, numa consequência, as partes “causadas” por cada condição<sup>928</sup>.

Por conseguinte, a tese de v. Buri pode ser resumida em duas frases por si mesmo formuladas: “causa é a soma das forças” e “causa é cada uma destas singulares forças”<sup>929</sup>. Assim, a sua teoria estrutura-se em volta destas duas

---

<sup>923</sup> Cf. MERKEL, Adolf, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Stuttgart: Verlag von Ferdinand Enke, 1889, p. 106 (existe tradução em língua espanhola por Pedro Dorado Monteiro, Buenos Aires: B de F, 2004).

<sup>924</sup> Cf. BURI, Maximilian v., *Über Causalität und deren Verantwortung*, 1837, Leipzig: J. M. Gebhardt's, p. 3.

<sup>925</sup> *Über Causalität und deren Verantwortung*, *op. cit.*, p. 1 e 3. Também, do mesmo autor, «Zur Kausalitätsfrage», *in: Beiträge zur theorie des Strafrechts und zum Strafgesetzbuche*, Leipzig: Verlag von Veit & Comp., 1894, p. 68-69.

<sup>926</sup> Cf. *Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung*, 1860, p. 2 e ss., *apud* STELLA, *Leggi Scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, *op. cit.*, p. 3, nota 3. Também KORIATH, Heinz, *Kausalität und objektive Zurechnung*, *op. cit.*, p. 31, e CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal I*, *op. cit.*, p. 253.

<sup>927</sup> Cf. KORIATH, Heinz, *Kausalität und objektive Zurechnung*, *op. cit.*, p. 33.

<sup>928</sup> v. Buri toma como exemplo metafórico o modo de funcionar de um moinho. Supondo que uma certa quantidade de água é necessária para fazer funcionar a mó do moinho e que uma das suas represas contribua com 4/5 da água necessária para fazer girar a roda e a outra represa forneça a quinta parte ainda necessária, será correcto afirmar que a água proveniente de cada uma das represas é causa do girar da roda do moinho, uma vez que cada uma das represas é igualmente necessária àquele resultado e nenhuma produziria qualquer efeito sem a outra. *Apud* HART / HONORÉ, *Causation in the Law*, *op. cit.*, p. 443.

<sup>929</sup> KORIATH, Heinz, *Kausalität und objektive Zurechnung*, *op. cit.*, p. 32.

afirmações: uma de carácter negativo concretizada na prova de que todas as condições são partes necessárias da causa de um resultado, no sentido de que a eliminação de qualquer uma delas determina, do mesmo passo, que se elimine o resultado. Por outro lado, uma prova de cariz positivo, na medida em que procura demonstrar que o resultado é causado, na sua totalidade, por cada uma e por todas as condições<sup>930</sup>. Neste sentido, todas as condições antecedentes – referidas causalmente ao evento – são igualmente necessárias: todas as forças que concorrem para a produção de um resultado são, na sua perspectiva, causais, “já que nenhuma força singular pode ser separada do evento concreto sem que este desapareça”<sup>931</sup>. Torna-se deste modo apreensível o conceito de causa de v. Buri, bem como a tentativa de, a partir dele, sustentar um juízo de imputação penal, formulado através da segunda frase. Se esta tentativa chega a ser bem sucedida é algo de que discordaram alguns autores quer então, quer hodiernamente<sup>932</sup>.

---

<sup>930</sup> É justamente quanto a este segundo ponto que maiores dúvidas se levantam sobre o sucesso dessa demonstração através da sua teoria, cf. KORIATH, Heinz, *Kausalität und objektive Zurechnung*, op. cit., p. 34.

<sup>931</sup> Cf. BURI, Maximilian v., *Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung...*, op. cit., p. 2 ss.

<sup>932</sup> A teoria de v. Buri foi objecto de críticas por parte de alguns penalistas, alguns dos quais seus contemporâneos, como Binding e Birkmeyer. O primeiro considerava que a teoria de v. Buri mais não constituía do que uma “adulteração” (*Verballhornung*) da teoria filosófico-causal de Stuart Mill, inaplicável ao direito, cf. BINDING, Karl, *Die Schuld im deutschen Strafrecht*, 1919, p. 32, *apud* KORIATH, *Die Kausalität und objektive Zurechnung*, op. cit., p. 32. Também BIRKMEYER, Karl v., «Über Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang im Strafrecht», in: *Gerichtssaal*, 37 (1885), p. 261 e nota 24, considera como inútil ao direito penal um conceito causal de natureza filosófica, designadamente aquele que identifica a causa com a soma das condições de um resultado (“*Mein ebenso unbezweifelbar ist es, daß dieser philosophische Kausalbegriff für das Strafrecht absolut unbrauchbar ist*”). Na verdade, ao socorrer-se de um tal conceito na realização do juízo de imputação, o julgador apenas obtém como resposta a “soma de todas as actividades e forças naturais” que no presente e no passado ditaram uma condição do resultado, resposta sem qualquer utilidade jurídica na aferição de um critério de casualidade que se pretenda capaz de limitar as condutas causalmente relevantes para o direito penal. Por outro lado, considerar como causa a soma das condições e, simultaneamente, cada uma das condições, corresponderia a tentar conciliar duas preposições antinómicas na medida em que se a soma de  $m + n + o$  é igual a  $p$ , nem  $m$ , nem  $n$ , nem  $o$  podem ser iguais a  $p$ , cf. BIRKMEYER, *ibidem*, p. 268. Uma apreciação crítica da teoria causal de v. Buri pode também ler-se em KORIATH, Heinz, *Kausalität und objektive Zurechnung*, op. cit., p. 34-35. Este autor considera a teoria causal de v. Buri insuficiente para fundamentar o princípio da imputação penal: da sua perspectiva, a teoria de v. Buri assume um carácter claramente empírico, incapaz de demonstrar por que razão uma condição é uma causa. Reconhecendo-lhe, no entanto, interesse histórico (p. 36), Koriath considera que a teoria de v. Buri seria inútil enquanto contributo para o conceito de causalidade e inconclusiva como princípio de imputação penal. Deste modo, concede alguma razão à crítica de Binding.

Todavia, a sua proposta doutrinária seria acompanhada de outros desenvolvimentos e reflexões acerca do conceito de causalidade, designadamente por via do aperfeiçoamento do método de eliminação hipotético já anteriormente proposto nos textos de Glaser, que conduziram à formulação da *condicio sine qua non*<sup>933</sup>. A partir da afirmação de que cada uma das condições de que dependeu o resultado é uma causa, na medida em que cada condição individual não pode ser eliminada sem que o resultado desapareça, e procurando superar as críticas dirigidas à teoria de v. Buri, importava (re)definir o que deve entender-se por condição. Não tardaria muito até à afirmação contrafactual de que causa é toda a condição que não pode ser suprimida sem que se elimine o resultado<sup>934</sup>.

## 2.2 A fórmula da *condicio sine qua non*<sup>935</sup>

Como alguns autores criticamente observaram, a teoria da equivalência das condições mostra-se insuficiente quanto à determinação de um critério concreto que permita identificar a natureza condicional de uma circunstância para um específico evento. Em particular, a teoria da equivalência das condições de v. Buri não consegue furtar-se à objecção formulada por Birkmeyer segundo a qual a insuficiência de cada condição, do ponto de vista causal, implica que só o conjunto das condições (e não cada uma delas) se possa qualificar como causa, no sentido do respectivo conceito filosófico proposto por Stuart Mill. E se causa é o conjunto de condições, então nenhuma das condições particular pode considerar-se como causa sem que se caia numa evidente e insuprível contradição lógica<sup>936</sup>. Ora, no plano

---

<sup>933</sup> Há alguma divergência na doutrina penal quanto à questão de saber se a fórmula da *condicio sine qua non*, segundo a qual causa é toda a condição que (mentalmente) suprimida determina a eliminação do resultado, constitui ou não parte integrante da proposta doutrinária de v. Buri. Em sentido positivo, ANTOLISEI, *Il Rapporto di Causalità...*, *op. cit.*, p. 33. Em sentido negativo, KORIATH, Heinz, *Kausalität und objektive Zurechnung*, *op. cit.*, p. 36. É certo que num dos seus textos ele chega a enunciar a fórmula da *condicio sine qua non*, mas não fica claro se o faz exactamente naquele sentido, cf. «Zur Lehre von der Todtung», *op. cit.*, p. 758.

<sup>934</sup> A ideia de “eliminação da condição” é expressa na doutrina germânica através dos verbos *hinwegdenken* ou *wegdenken* que, numa tradução literal para língua portuguesa, significaria “eliminar através do pensamento”, no sentido de abstrair, de não considerar.

<sup>935</sup> Sobre a evolução linguística da palavra latina *condicio* e do seu significado veja-se *supra*, nota 643.

<sup>936</sup> Cf. BIRKMEYER, Karl v., «Über Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang im Strafrecht», *op. cit.*, p. 268. Também ANTOLISEI, Francesco, *Il Rapporto di Causalità...*, *op. cit.*, p. 36.

jurídico, este conceito causal mostra-se inútil e impraticável (“*unbrauchbar*”)<sup>937</sup>. Em bom rigor, ao tomar como critério o conjunto das condições, o julgador conclui que causa é a soma de todas as actividades e forças naturais que no presente e no passado ditaram uma condição do resultado, o que impede, desde logo pela sua excessiva extensão propiciada pela identificação dos conceitos de causa e de condição, que tal critério se mostre incapaz de sustentar o juízo de imputação penal.

Assim, os autores que, na senda de v. Buri, perfilham a teoria da *condicio*, procuram reformulá-la de modo a evitar o paradoxo que lhe é criticamente apontado, centrando-se no conceito de condição, entendido como toda a circunstância sem a qual o resultado não se teria produzido, ou seja como uma *condicio sine qua non* do resultado.

Deste modo, a discussão em torno da noção de condição causal, por um lado, e a necessidade de encontrar um critério operativo, capaz de identificar no cenário dos acontecimentos a conduta causalmente responsável pelo resultado, por outro, servem de impulso ao desenvolvimento doutrinal e jurisprudencial da fórmula da condição necessária ou *condicio sine qua non*<sup>938</sup>.

Pese embora a força deste impulso, esta fórmula vinha já sendo referida anteriormente pela doutrina. Com efeito, nos estudos e tratados de direito penal<sup>939</sup> é

---

<sup>937</sup> Cf. BIRKMEYER, Karl v., «Über Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang im Strafrecht», *op. cit.*, p. 261.

<sup>938</sup> A fórmula da *condicio sine qua non* é reconduzida por correntes filosóficas actuais às teorias contrafactuais de causalidade que a identificam com uma relação de “dependência contrafactual”, ou seja, com a verificação de um conseqüente / resultado relacionado com um determinado antecedente. Sobre estas teorias *vide supra*, § 8, 3.1, parte final. Desta perspectiva, a condição *sine qua non* é causa porque na sua ausência não se teria verificado o conseqüente. Mais desenvolvidamente, com referências bibliográficas adicionais, PINTO, Paulo Mota, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Coimbra: Coimbra Editora: 2008, p. 651, nota 1857.

<sup>939</sup> Cf. neste sentido, na doutrina germânica, BAR, Ludwig v., e *Die Lehre vom Kausalzusammenhange*, Leipzig: 1871, p. 4; HIPPEL, Robert v., *Deutsches Strafrechts*, *op. cit.*, § 13, p. 136, nota 4; ENGISCH, Karl, *Die Kausalität als Merkmal der Strafrechtlichen Tatbestände*, *op. cit.*, 1931, p. 8, nota 1; MEZGER, Edmund, *Strafrecht*, München und Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1931, p. 112, nota 9; MAURACH / ZIPF, *Strafrecht AT*, Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, 8. Auflage, 1992, § 18, 2, p. 242; JESCHECK / WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, *op. cit.*, p. 279; ROXIN, Claus, *Strafrecht I*, *op. cit.*, p. 352; JAKOBS, Günther, *Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 227; SCHÖNKE / SCHRÖEDER / LENCKNER / EISELE, *Strafgesetzbuch*, *op. cit.*, Vor. § 13, nota marginal 73.



comum atribuir-se a formulação da teoria da condição necessária, no âmbito penal, ao processualista austríaco Julius Glaser<sup>940</sup>.

Segundo a fórmula da *condicio sine qua non*, a causalidade da condição seria determinada através de um procedimento mental de eliminação (*wegdenken* ou *hinwegdenken*): se a hipotética eliminação da condição determinar a eliminação do resultado, tal permite afirmar a causalidade daquela condição para aquele resultado. Consequentemente, será afirmada a tipicidade da acção humana que, segundo aquele procedimento hipotético, se mostre causal do resultado.

Através deste método estabelece-se a necessária relação entre os dois elementos essenciais do delito: o resultado e a acção humana exteriormente manifestada. Cria-se um ponto de referência seguro na aferição do nexu causal: se se eliminar mentalmente (“*hinwegzudenken*”) a (actuação da) pessoa do conjunto de eventos e, não obstante, a sequência de causas intermédias permanecer inalterável, fica claro que o acto e o resultado não podem ser referidos à actividade daquela pessoa. Se, ao invés, uma vez suprimida mentalmente (“*hinweggedacht*”) do cenário dos acontecimentos a conduta daquela pessoa, o resultado não se tivesse verificado, ou se realizasse de modo completamente diferente, então está fundamentada a imputação do resultado tido como consequência da sua acção<sup>941</sup>. Assim, é condição necessária de um resultado toda a circunstância sem a qual o resultado não tivesse ocorrido. E todas as condições necessárias para o evento são, neste sentido, equivalentes.

Neste contexto, é necessário acrescentar-se uma palavra sobre a relação existente entre a teoria da equivalência das condições e a fórmula da condição *sine*

---

<sup>940</sup> Cf. *Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrecht*, I, 1858, Viena: Verlag von Tandler & Comp., 1858, p. 294 e ss. Também JESCHECK /WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, *op. cit.*, p. 252, nota 12 e ANARTE BORRALLO, Enrique, *Causalidad y Imputación Objetiva*, *op. cit.*, nota 101, embora referindo em outra parte da sua obra (p. 27) que a fórmula da *condicio sine qua non* era já comum na escolástica e em literatura filosófica posterior. Num estudo sobre responsabilidade criminal pelo produto, Schultz refere, no entanto, que o uso desta fórmula no discurso jurídico-penal é anterior a Glaser e a v. Buri, remontando ao início do século XIX e aos estudos de Carl Cristoph Stübel que, seguindo uma perspectiva garantística, procurou, através desta fórmula, contornar os perigos inerentes ao processo inquisitorial, cf. SCHULTZ, Lorenz, «Kausalität und strafrechtliche Produkthaftung», *op. cit.*, p. 54, nota 44, e referências bibliográficas aí referidas. Também o próprio v. Buri remete para os hegelianos Berner, Hälschner e Kötlin, cf. «Zur Kausalitätsfrage», *Beiträge zur Theorie des Strafrechts*, *op. cit.*, p. 69.

<sup>941</sup> Cf. *Abhandlungen aus dem Österreicherin Strafrecht*, *op. cit.*, p. 298.

*qua non*, justificada na divergência doutrinal relativa à autonomia ou dependência unificadora destas teorias. Em estudos sobre a concepção causal jurídico-penal é frequente reunir este binómio, quer tomando a fórmula *sine qua non* como um instrumento mobilizado pela teoria da equivalência das condições enquanto critério de causalidade da acção, quer identificando os dois elementos deste binómio na tentativa de delimitar e definir o conceito de causa<sup>942</sup>. Deste modo, é causa de um resultado toda a acção que não possa deixar de considerar-se para que o resultado se produza. A acção será típica quando seja uma condição *sine qua non* para a ocorrência de um resultado. Por outro lado, todas as condições de um resultado são de igual valor, e neste sentido, equivalentes. Ou seja, cada causa parcial é tratada como causa autónoma<sup>943</sup>.

Em sentido contrário a esta identificação entre a equivalência das condições e a fórmula da *condicio sine qua non*, alguns autores acentuam a autonomia daquelas teorias, que se torna evidente se se considerar, desde logo, a diferente natureza e autonomia contextual que as envolve: a teoria da equivalência das condições dotada de um carácter e de uma génese vincadamente filosóficos e a fórmula da condição necessária voltada para o contexto jurídico. Assim, alguns autores entendem que a teoria da *condicio sine qua non* não está indissociavelmente ligada ao conceito filosófico de equivalência das condições, ou seja, não pressupõe necessariamente a equivalência das condições<sup>944</sup>. Acrescente-se ainda que aquela fórmula da *condicio*, bem como a ideia de condição necessária, não estão ao serviço de uma determinada teoria de causalidade ou de imputação, mas antes se referem a um procedimento ou método de comprovação causal que tem vindo a ser usado ou discutido no contexto de diferentes propostas doutrinárias sobre o conceito e função da causalidade jurídico-penal<sup>945</sup>.

Independentemente da maior ou menor autonomia que se reconheça à fórmula da *condicio sine qua non*, é possível afirmar, sem se incorrer em qualquer

---

<sup>942</sup> Sobre esta questão veja-se ANARTE BORRALLA, Enrique, *Causalidade y Imputación Objectiva*, *op. cit.*, p. 28 e demais referências bibliográficas.

<sup>943</sup> Neste sentido, ROXIN, Claus, *Strafrecht I*, *op. cit.*, p. 351 e ss.

<sup>944</sup> Assim ANTOLISEI, Francesco, *Il Raporto di Causalità...*, *op. cit.*, p. 43.

<sup>945</sup> Em sentido semelhante, ANARTE BORRALLA, Enrique, *Causalidad y Imputación Objetiva*, *op. cit.*, p. 29. Também FIERRO, Guillermo, *Causalidad e Imputación*, *op. cit.*, p. 193.

incorreção formal ou material, que a teoria das condições se impôs de forma absolutamente dominante tanto na doutrina<sup>946</sup> como na jurisprudência penal alemã. Na verdade o *Reichsgericht* aceitou desde o princípio esta teoria. Numa decisão de 12 de Abril de 1880, este tribunal condenava por homicídio negligente uma mulher que, saindo de casa, deixara uma garrafa com arsénico no parapeito da janela, devendo ter previsto que o seu marido, alcoólico, poderia provar o conteúdo da garrafa, o que este fez, vindo posteriormente a falecer. O tribunal considerou que, além da actuação do marido, também a conduta da acusada era causal do resultado porque sem a sua actuação o resultado não teria ocorrido<sup>947</sup>.

Também o *Bundesgerichtshof* seguiu aquela teoria nas suas decisões, bem como o método da eliminação hipotética da condição, para averiguar da eventual existência de um nexo de causalidade entre o resultado e a conduta. Numa decisão de 28 de Setembro de 1951, referente a uma ofensa à integridade física qualificada pelo resultado morte, o BGH contrapõe as duas teorias defendidas pela doutrina jurídica em matéria causal – a teoria das condições e a teoria da adequação – para concluir em favor daquela que sempre havia sido seguida na jurisprudência do *Reichsgericht*, em matéria penal<sup>948</sup>, sendo à altura a concepção dominante no plano

---

<sup>946</sup> Entre os seguidores da teoria das condições destacam-se, para além de v. Liszt e Beling, Hartmann e Max Ernst Mayer.

<sup>947</sup> *RGSt 1 (1880)*, p. 373 e 374 („Denn ohne diese Thätigkeit der Ungeklagten würden das Gelüste des Getöteten, aus der Flasche zutrinken, und die Folgen dieses Gelüstes nicht hervorgerufen worden sei. Es aber auch dieser Verlauf ihrer Kausalität von der Ungeklagten als möglich vorhergesehen werden könne, und es sei darum der Tod ihres Ehemannes nicht allein von ihr verursacht worden, sondern es sei auch dieses Verursachung eine verschuldete gewesen“). Segundo BLOCK, Florian, *Atypische Kausalverläufe in objektiver Zurechnung und subjektivem Tatbestand*, Berlin: Dunker & Humblot, 2008, p. 29, a primeira decisão que expressamente formula e concretiza, como modo de determinação causal, o método da supressão hipotética (*hinwegdenken*) é de 1910 (*RGSt 44*, p. 139). Segundo esta sentença, o delito de lesão corporal com resultado morte só pode existir se a ofensa corporal não puder ser suprimida sem que simultaneamente o resultado morte seja eliminado (“*Eine Körperverletzung mit tödlichen Erfolge liegt nur vor, wenn die Körperverletzung nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass gleichzeitig der tödliche Erfolg beseitigt worden*”). Outros exemplos podem encontrar-se, segundo aquele autor, em *RGSt 44 (1911)*, p. 244; *RGSt 56 (1923)*, p. 348; *RGSt 57 (1924)*, p. 394, *RGSt 58 (1925)*, p. 368, *RGSt 66 (1933)*, p. 184, *RGSt 69 (1936)*, p. 47, *RGSt 77 (1944)*, p. 17. Veja-se ainda, quanto a este ponto, MEZGER, Edmund, *Strafrecht, op. cit.*, p. 113-114.

<sup>948</sup> No âmbito do direito civil, a teoria das condições teve pouco sucesso, ganhando predominância nos tribunais alemães a teoria da adequação, cf. HART / HONORÉ, *Causation in the Law...*, *op. cit.*, p. 445. Sobre a teoria da adequação ou da causalidade adequada, em particular, no domínio jurídico-penal veja-se *infra*, § 10, 5.

jurisprudencial: a teoria das condições<sup>949</sup>. Da perspectiva do tribunal, a causa corresponderia a “cada uma das condições que não possa ser mentalmente suprimida sem que o resultado seja eliminado”<sup>950</sup>.

A compreensão do problema causal e do seu critério há-de depender da concepção de tipo que se tenha seguido. Neste sentido, uma integral compreensão da teoria das condições implica necessariamente o enquadramento em uma determinada ideia de tipicidade e de compreensão do delito que corresponderá à teoria da infracção criminal então dominante, isto é, a uma concepção causalista do crime<sup>951</sup>.

### 1.3 Excurso: a concepção causalista de delito

Justifica-se, pela sua importância e oportunidade, que no âmbito do estudo da teoria das condições se faça uma referência à concepção dita “clássica”<sup>952</sup> do delito – sem que daqui resulte qualquer desconsideração ou redução aos seus antecedentes doutrinários e históricos<sup>953</sup>. A opção encontra a sua razão fundamental não só no facto de por via desta construção dogmática se colocar na boca de cena a teoria do delito “assente numa rigorosa metódica categorial-classificatória”<sup>954</sup>, isto é, na construção e reconhecimento de uma estrutura básica e sistemática inerente à infracção criminal enquanto acção tipicamente ilícita e culposa, mas também por se entender que as objecções ou apreciações críticas que possam dirigir-se àquela teoria

---

<sup>949</sup> Cf. *BGHSt 1 (1951)*, p. 332, cuja epígrafe inicial é suficiente esclarecedora quanto à teoria causal dominante na jurisprudência: “Die Frage, ob eine Körperverletzung den Tod des Verletzten verursacht hat, ist nach der Bedingungstheorie zu entscheiden”. Também *BGHSt 2 (1952)*, p. 24; *BGHSt 3 (1953)*, p. 69; *BGHSt 7 (1955)*, p. 114; *BGHSt 24 (1972)*, p. 34; *BGHSt 31 (1983)*, p. 98; *BGHSt 33 (1986)*, p. 322; *BGHSt 39 (1994)*, p. 195, 197; *BGHSt 45 (2000)*, p. 270 e p. 294 e s.; *BGHSt 49 (2005)*, p. 3.

<sup>950</sup> Cf. *BGHSt 1 (1951)*, p. 332: „(...) jede Bedingung, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß der Erfolg entfiele”.

<sup>951</sup> Neste sentido, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Delitos Qualificados por el Resultado y Causalidad*, Madrid: Instituto Editorial Réus, 1966, p. 48.

<sup>952</sup> JESCHECK / WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, op. cit., p. 201 e ss. JAKOBS, Günther, *Derecho Penal*, op. cit., 1995, p. 160. Entre nós, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal (2007)*, op. cit., p. 239 e ss.

<sup>953</sup> Na verdade, a passagem ao positivismo vinha já preparada pela teoria de Feuerbach ao assumir como ponto de partida a “Lei” e a sua aplicação pelo julgador, cf. SÁNCHEZ-ORTIZ, Pablo, *Imputación y Teoría del Delito Imputación*, Montevideo / Buenos Aires: Editorial B de F Ltda., 2008, p. 321.

<sup>954</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal (2007)*, op. cit., p. 241.

causal só podem exaurir-se no seu alcance quando se atenda ao contexto doutrinal e sistemático envolvente. É justamente este cenário dogmático – o de uma concepção causalista do tipo - que confere uma autónoma e específica função (influenciada naturalmente pela conjuntura científica envolvente) ao conceito de causalidade, conforme se procurará de seguida colocar em evidência<sup>955</sup>.

A conquista da categoria da tipicidade resultou do positivismo jurídico dominante na Europa na segunda metade do século XIX. Tal significou, no domínio penal, a procura pelo máximo de segurança jurídica através da objectividade e formalismo dos conceitos penais positivados. Deste modo, o conceito clássico de delito, na busca pela objectividade motivada não só na reacção ao direito natural mas também transmitida pelo monismo científico então dominante, trouxe a possibilidade de recortar objectivamente, através da materialização numa norma, as condutas que devem ser qualificadas como criminosas, denunciando uma “salutar preocupação de segurança e de certeza, congenitamente requerida pela ideia do Estado de Direito e por uma realização prática do princípio da legalidade”<sup>956</sup>.

Todavia, a teoria do delito proposta pela escola positivista é necessariamente dominada pelo contexto ideológico científico-naturalista que a envolve, o que se manifesta imediatamente ao nível metodológico na aplicação das categorias legais/jurídicas mediante um procedimento de comprovação e subsunção<sup>957</sup>.

O conceito “clássico” de crime, seguido pela doutrina dominante na Alemanha na viragem para o século XX e delineado por construções teóricas estruturantes da teoria do delito como as v. Liszt ou Beling, caracteriza-se imediatamente pela clareza da sua proposta, que “reflecte uma evidente dicotomia

---

<sup>955</sup> Deve ainda acrescentar-se que muitos dos conceitos estudados e trabalhos pelos autores iluministas e liberais são absorvidos e adequados ao quadro racional e sistemático proposto, sem que se possa falar em qualquer solução de continuidade.

<sup>956</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal (2007)*, *op. cit.* p. 241. Também COSTA, José de Faria, *Noções Fundamentais de Direito Penal*, *op. cit.*, p. 229.

<sup>957</sup> Como sublinha COSTA, José de Faria, *Noções Fundamentais de Direito Penal*, *op. cit.*, p. 229: “É claro que não é indiferente a esta sobrevalorização da causalidade dentro do pensamento penal o próprio domínio do radical causalista que invadiu, como sabemos, as ciências exactas. O que era prudência, valoração dos factos à luz de uma razão prática, hermenêuticamente fecunda, passou a ser só juízo de causação a querer estender-se a todas as zonas do inteligir humano. A esse movimento não fugiu o direito penal”. Veja-se ainda, quanto a esta questão, desenvolvidamente, SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, *Imputación y Teoría del Delito*, *op. cit.*, p. 3.

entre a sua dimensão objectiva e subjectiva: a tipicidade e a ilicitude constituem a parte objectiva do acto delituoso, enquanto a parte interna do facto, os processos que têm lugar na alma do autor, encontram o seu reflexo na culpa, concebida como uma relação psicológica do autor com o facto e com a ilicitude”<sup>958</sup>. A existência da acção basta-se com a certeza de que o autor agiu activamente. O que ele possa ter pretendido com a sua acção releva exclusivamente em sede de culpa, isto é, a relevância da vontade, no âmbito da infracção criminal, reduz-se ao pressuposto da culpa. Esta redução é motivada, no contexto de objectividade em que esta tese clássica se desenvolve, pela busca de uma separação o mais pura possível entre o processo causal e a culpa<sup>959</sup>. Assim, de um ponto de vista histórico, o problema causal surge como a parte da teoria do delito referente à influência objectiva de uma acção sobre um resultado. Porém, a existência de uma tal influência ou relação causal mostra-se insuficiente para responsabilizar o agente, sendo ainda necessário provar-se a sua culpa.

Na verdade, a noção de causalidade domina de tal forma o conceito de crime que a construção jurídica clássica do delito é vulgarmente designada por *Causalismo*. Com efeito, a dimensão objectiva da infracção criminal desenvolve-se em torno do agente, do facto e do resultado em termos causais. A “afirmação da tipicidade de uma conduta esgotava-se na prévia determinação do seu carácter humano (e voluntário) e na verificação da sua causalidade”<sup>960</sup>. Neste cenário, a ideia de causalidade impõe-se como trave-mestra da teoria do delito e da acção<sup>961</sup> – função que progressivamente lhe é retirada com a crescente afirmação e reconhecimento da teoria dos elementos subjectivos do tipo<sup>962</sup>.

---

<sup>958</sup> MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La Imputación Objetiva del Resultado*, *op. cit.*, p. 4. Também GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Delitos Qualificados por el Resultado y Causalidad...*, *op. cit.*, p. 15 e 49.

<sup>959</sup> JAKOBS, Günther, *Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 161.

<sup>960</sup> ANARTE BORRALLÓ, Enrique, *Causalidad e Imputación Objetiva*, *op. cit.*, p. 23.

<sup>961</sup> Sobre o conceito de acção causal como movimento corporal dirigido pela vontade veja-se KINDHÄUSER, Urs, «Zum strafrechtlichen Handlungsbegriff», *in: Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Berlin: Dunker & Humblot, 2011, p. 57 e s.

<sup>962</sup> Como bem sublinha GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Delitos Qualificados por el Resultado y Causalidad*, *op. cit.*, p. 50 e s., a teoria dos elementos subjectivos do tipo representa o princípio da decadência do dogma da causalidade.

Justifica-se pois, uma breve referência ao pensamento de autores decisivos na construção clássico-positivista e, em particular, ao conceito, função e sentido da causalidade no contexto das suas propostas doutrinárias.

### 1.3.1 Franz v. Liszt

No seu tratado de direito penal, Franz v. Liszt (1851-1919) <sup>963</sup> define o crime como um comportamento típico a que a lei faz corresponder determinadas sanções, constituído pelos seguintes elementos: *a) uma acção humana, b) contrária ao direito*, como tal formalmente contrária a um comando legal e materialmente capaz de lesar ou colocar em perigo um bem jurídico, *c) e culposa*, de modo doloso ou negligente<sup>964</sup>.

A pena é suportada, de uma perspectiva material, segundo v. Liszt, pela “causação” voluntária de um resultado, isto é, por uma alteração no mundo exterior. A acção é assumida como referente básico da sua teoria de delito. Ela é, no entanto, concebida em sentido meramente naturalístico, como movimento percebido sensorialmente<sup>965</sup>. O acto é assim um movimento muscular que surge como manifestação da vontade, uma actividade voluntária (*eine Willensbetätigung*)<sup>966</sup>, que modifica o mundo exterior no sentido de uma ofensa criminal. Nesta medida, o movimento corpóreo (*die Körperbewegung*) não é mais do que o efeito das ideias ou representações, por sua vez reconduzíveis ao motivo. Ao triunfo deste motivo

---

<sup>963</sup> A breve análise do conceito de causalidade seguido por v. Liszt toma como referência nuclear a 22.<sup>a</sup> edição do Tratado de Direito Penal Alemão, na medida em esta corresponde à última edição da obra ainda em vida do autor. Contudo, quando se considere adequado, designadamente para salientar a evolução do pensamento deste autor, serão citadas outras edições daquela obra, que conheceria 26 edições até 1932, as últimas das quais contando já com a participação do seu discípulo Eberhard Schmidt.

<sup>964</sup> Cf. *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, 21. und 22. Auflage, Berlin und Leipzig: Walter de Gruyter & Co., 1919, p. 110-111.

<sup>965</sup> No entanto, o próprio v. Liszt acaba por “desnaturalizar” o seu próprio conceito em matéria de omissão, ao considerar que neste contexto se deve ter por referência a particular acção que a ordem jurídica espera do agente, cf. *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, 21. und 22. Auflage, *op. cit.*, p. 126. Como sublinham JESCHECK / WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, *op. cit.*, p. 202, “a fragilidade de uma tal compreensão do conceito de acção referida ao exterior manifesta-se na omissão, que em direito penal deve ser integrada, de modo igual à actuação positiva, no conceito de acção, pelo que não é notoriamente um movimento corporal, mas antes o seu oposto. Neste ponto, v. Liszt tornou-se o primeiro a ter visto a essência da omissão não numa manifestação de um movimento corporal, mas antes espiritual, no sentido social do acontecimento”.

<sup>966</sup> Cf. *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, 21. und 22. Auflage, *op. cit.*, p. 116.

chama v. Liszt a resolução (*Entschluss*), que permite conceber o resultado objectivo causado por aquele acto como sendo do autor<sup>967</sup>.

O resultado, por sua vez, coincide com a modificação no mundo exterior, a qual é perceptível sensorialmente<sup>968</sup>. Todavia, estas modificações exteriores podem ser de tipo diferente, sendo possível, desde logo, distinguir as consequências próximas e remotas da acção. Para determinar o resultado a considerar para efeitos punitivos, há-de atender-se, desde logo, às definições da lei penal. Neste sentido, para o crime de homicídio apenas tem relevância penal a morte e não o ferimento mortal ou, de uma perspectiva mais alargada, os efeitos derivados daquela morte, designadamente para os familiares da vítima. A ideia de resultado abrange também o “pôr em perigo” interesses penalmente protegidos, ou seja, provocar uma situação em que, atendendo às circunstâncias contemporâneas ao movimento corpóreo do agente, se verifica a possibilidade imediata e o fundado receio de que se siga a ofensa<sup>969</sup>.

Na construção dogmática proposta por v. Liszt, os dois elementos que compõem a ideia de acção e portanto a de crime são, assim, o acto de vontade e o resultado. A estes dois elementos deve acrescer a relação necessária para que eles formem um todo, a referência do resultado ao acto<sup>970</sup>. Ora, são duas as situações em que é possível referir o resultado ao acto voluntário: primeiro, quando a mudança foi causada voluntariamente; segundo, quando voluntariamente não foi impedida. A comissão e a omissão são as duas formas fundamentais da conduta e, conseqüentemente, do crime.

No contexto deste estudo interessa considerar a dimensão causal da proposta doutrinária de v. Liszt<sup>971</sup>. Ora, para que possa ser imputado ao agente, o resultado

---

<sup>967</sup> Cf. *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, 8. Auflage, Berlin: J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, 1897, p. 121.

<sup>968</sup> Assim, por exemplo, no crime de injúrias a dimensão externa do delito, consistiria na “provocação de vibrações sonoras e de processos psicológicos no sistema nervoso do ofendido”, *apud* JAKOBS, Günther, *Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 161.

<sup>969</sup> Cf. *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, 21. und 22. Auflage, *op. cit.*, p. 119.

<sup>970</sup> Cf. *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, 21. und 22. Auflage, *op. cit.*, p. 119.

<sup>971</sup> Na verdade, deve-se a v. Liszt a integração do nexo de causalidade no sistema dogmático da infracção criminal. Nas primeiras edições da sua obra, este autor autonomizou inclusivamente o estudo do conceito de causalidade num parágrafo próprio, por exemplo, no § 28 da quarta edição



tem de ser causado pelo movimento corpóreo: “este e aquele devem estar entre si, como usualmente se diz, numa relação de causa e efeito, isto é, em conexão causal”<sup>972</sup>. Esta conexão causal existe quando o resultado *não tivesse ocorrido sem o movimento corpóreo*, isto é, se não for possível suprimir o movimento corpóreo sem fazer desaparecer, do mesmo passo, o resultado, na sua forma concreta (*conditio sine qua non*)<sup>973</sup>. Deste modo, se o nexó entre aquele movimento e o resultado surge, nestes termos, como necessário, diz-se que o primeiro é causa (*Ursache*) do segundo e este efeito (*Wirkung*) daquele<sup>974</sup>.

V. Liszt acrescenta<sup>975</sup> ainda que causa e condição se identificam perante o exame de direito penal, isto é, “todas as condições do resultado têm o mesmo valor. Também a concausa (*Mitursache*) é causa em sentido jurídico. E a concepção de causa não pode deduzir-se a partir do aparecimento simultâneo ou ulterior de concausas”<sup>976</sup>. Daqui resulta não ser exigível que o movimento corpóreo seja condição absolutamente necessária do resultado para que possa ser qualificado como acção causal. Por exemplo, não é necessário exigir-se a natureza absolutamente mortal do ferimento. Deste modo, o ferimento é causa da morte ainda que para esta contribua o estado de debilidade física geral do organismo.

Desta construção de causalidade derivam, segundo v. Liszt, duas consequências de enorme relevância prática: em primeiro lugar, o resultado deve ser referido ao movimento corpóreo voluntário ainda que tal resultado não tivesse ocorrido sem as circunstâncias particulares que envolvem a acção (*v. g.* a fragilidade física do organismo ferido). Em segundo lugar, a acção é causa do resultado ainda que este não tivesse tido lugar sem o concurso concomitante ou posterior de outras

---

daquele tratado, cf. *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, 4. Auflage, Berlin: J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, 1891, p. 131.

<sup>972</sup> Cf. *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, 21. und 22. Auflage, *op. cit.*, p. 120.

<sup>973</sup> A expressão “*conditio sine qua non*” não aparece nas primeiras edições do *Tratado de Direito Penal* de v. Liszt. Na verdade o autor refere expressamente esta fórmula apenas na 16.<sup>a</sup> edição desta sua obra, cf. *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, 16. und 17. Auflage, Berlin: J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, 1908, p. 126.

<sup>974</sup> Cf. *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, 21. und 22. Auflage, *op. cit.*, p. 120.

<sup>975</sup> Na 10.<sup>a</sup> edição do seu *Tratado*, a equivalência das condições torna-se clara quando acrescenta ao texto anteriormente editado a seguinte frase: “*Die sämtlichen Bedingungen des Erfolges sind mithin gleichwertig*” (itálico no original). Cf. *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, 10. Auflage, Berlin: J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, 1900, p. 106.

<sup>976</sup> Cf. *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, 21. und 22. Auflage, *op. cit.*, p. 121.

acções humanas. Desde logo, não se pode opor à afirmação desta causalidade a actuação negligente de um terceiro ou mesmo a negligência do ofendido<sup>977</sup>.

Todavia, a causalidade deve excluir-se se a supressão do movimento corpóreo em nada modificar a produção do resultado. São claramente deste tipo os casos em que o resultado procurado pela vontade do agente é alcançado por uma nova e autónoma cadeia causal, independente daquela vontade<sup>978</sup>. Nesta hipótese ao agente apenas caberá uma eventual responsabilidade a título de tentativa.

Deste modo, v. Liszt distingue consoante a nova série causal seja ou não autónoma da manifestação de vontade do agente. Assim, se A fere mortalmente o marinheiro B mas este acaba por morrer afogado antes que a ferida cause a morte porque o barco se volta devido a um golpe de vento inesperado, falta a relação de causalidade entre a manifestação de vontade de A e a morte de B. A apenas pode ser responsabilizado a título de tentativa de homicídio. Todavia, se a série causal aparentemente nova é ainda provocada pelo acto voluntário, isto é, aquela não existiria sem esta, deve afirmar-se o nexo de causalidade entre o acto do agente e o resultado. No mesmo exemplo de v. Liszt, se o marinheiro ferido é impedido, devido àquele ferimento, de manobrar convenientemente as velas do barco, sendo esta a razão do naufrágio, então A causou a morte de B por afogamento.

Na sua construção dogmática, este autor rejeita o conceito de causa em que esta é entendido como absolutamente necessária e eficaz, isto é, como uma situação a que deve seguir-se, de um modo absolutamente necessário e rigorosamente geral, outra situação, pois, neste sentido, a manifestação de uma vontade humana nunca poderia considerar-se *causa* de um resultado. Em todos os casos, sem excepção, a eficácia da acção humana depende do concurso de circunstâncias externas que não se podem suprimir sem que se modifique o resultado. Assim, o elemento causal corresponde ao conjunto de todas as condições do resultado: a manifestação da vontade humana somente pode qualificar-se como causal no sentido limitado e

---

<sup>977</sup> Cf. *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, 21. und 22. Auflage, *op. cit.*, p. 121.

<sup>978</sup> Cf. *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, 21. und 22. Auflage, *op. cit.*, p. 121.

discreto segundo o qual a causa não é mais do que uma das condições que, no seu conjunto, são necessárias ao resultado<sup>979</sup>.

Franz v. Liszt nega também que a concepção de causalidade se possa identificar com a ideia de força real produtora do resultado, distinta das meras condições (*a causa efficiens* em oposição à *condicio sine qua non*). Da sua perspectiva são também de rejeitar todas as construções (individualizadoras) que procuram assinalar uma das condições como causa do resultado<sup>980</sup>, uma vez que as consequências lógicas que delas derivam conduzem à negação do conceito de concausa<sup>981</sup>.

Por último, v. Liszt qualifica a sua teoria causal como individualizadora no sentido de assentar sobre um critério real que atende ao resultado realizado num caso concreto. Deste modo, contrapõe a sua proposta à teoria da causalidade adequada, que considera generalizadora, tal como foi delineada por v. Bar e fundamentada por v. Kries, e à qual viriam a aderir, entre os criminalistas, Liepmann, Merkel, Meyer-Allfeld e v. Rohland. Liszt argumenta que uma tal teoria se afasta do conceito de causa real, na medida em que considera como causal em sentido jurídico a causa típica, isto é, analisa o percurso causal a partir de uma imagem típica, geral, formada com base na experiência humana. O autor antecipa ainda um outro argumento, sobejamente apontado pelos opositores à teoria da causalidade adequada, segundo o qual as tentativas de individualizar e subjectivizar o juízo de probabilidade aproximam em demasia o conceito de causa do conceito de culpa<sup>982</sup>.

### 1.3.2 Ernst Beling

Nos estudos que realiza sobre o sentido e finalidades da tipicidade, categoria por si introduzida na teoria penal, Ernst Beling (1866-1932) toma a causalidade

---

<sup>979</sup> Cf. *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, 21. und 22. Auflage, *op. cit.*, p. 124.

<sup>980</sup> Franz v. Liszt considera em particular, neste contexto, a concepção de v. Bar que toma como causa a condição que transforma em irregular o regular curso dos acontecimentos, sugerindo assim uma ideia de regularidade que estaria na base da teoria da causalidade adequada (*infra*, § 10, 5. 1, *b*). Liszt rejeita também, no quadro das teorias individualizadoras, a proposta de Binding que, supondo equilibradas as condições favoráveis ao resultado, define a causa como *aquele acto que dá às condições existentes a direcção decisiva para o resultado* (sobre a proposta de Binding veja-se *infra*, § 10, 2), cf. *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, 21. und 22. Auflage, *op. cit.*, p. 124 e 125.

<sup>981</sup> Cf. *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, 21. und 22. Auflage, *op. cit.*, p. 125.

<sup>982</sup> Cf. *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, 21. und 22. Auflage, *op. cit.*, p. 125.

como elemento típico central<sup>983</sup>. Com efeito, a descoberta do tipo em nada altera uma concepção de delito assente em torno de dois pólos fundamentais: a vertente objectiva ou causal e a dimensão subjectiva referente à culpa.

A infracção criminal corresponde, da perspectiva de Beling, a uma acção<sup>984</sup> típica, ilícita e culposa<sup>985</sup>. A tipicidade é por si caracterizada pela sua objectividade e neutralidade valorativa<sup>986</sup>. Neste sentido, este conceito corresponde a um acto puramente descritivo do qual estão ausentes quaisquer juízos de desvalor. Todavia, para que a tipicidade se possa afirmar nos crimes de resultado<sup>987</sup>, é necessário comprovar a presença de uma acção que esteja em relação causal com o resultado danoso. Assim, a tipicidade de um comportamento (coincidente com actos voluntários) depende da comprovação da relação causal entre o movimento corporal e o resultado<sup>988</sup>.

Deste modo, uma acção, isto é, “um movimento corporal”, voluntário, determinante de uma modificação exterior<sup>989</sup>, torna-se típica sempre que seja subsumível num tipo legal de crime. Todavia, para que a acção se possa ter como típica, enquanto componente da dimensão objectiva da infracção criminal, é necessário qualificá-la como causa do resultado descrito no tipo legal de crime. No

---

<sup>983</sup> Para o autor, a teoria da causalidade deve integrar-se, de um ponto de vista sistemático, não no âmbito da teoria da acção mas no da teoria da tipicidade, cf. *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen: Verlag von J. E. B. Mohr (Paul Siebeck), 1906, p. 208.

<sup>984</sup> O conceito de acção, mantendo ainda a sua função básica e estruturante, perde, no entanto, alguma da sua relevância para a tipicidade que a delimita e caracteriza. Assim, a acção torna-se cada vez mais um conceito a que resta muito pouco de conteúdo próprio mas “adjectivável” como típica, ilícita e culposa e reconduzível, em última instância, um movimento corpóreo voluntário. Como refere o próprio autor, o problema principal do direito penal não se reduz à doutrina da acção, mas sim ao debate sobre as qualidades da acção. Cf. BELING, Ernst, *Die Lehre vom Verbrechen*, *op. cit.*, p. 14 e, em particular, p. 17, início do n.º II.

<sup>985</sup> A identificação de uma terceira categoria – a tipicidade – autónoma face à ilicitude (antijuridicidade) e à culpa concede um forte impulso ao aparecimento de sistemas tripartidos da infracção criminal, por contraposição a sistemas assentes no binómio ilicitude-culpa.

<sup>986</sup> Cf. AMBOS, Kai, «100 años de la “teoría del delito” de Beling. Renacimiento del concepto causal de delito en el ámbito internacional?», *RECPC 09-05* (2007), p. 4 (disponível em <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-05.pdf>).

<sup>987</sup> Na análise do verdadeiro significado da causalidade para o direito penal, Beling tem como incorrecta a extensão deste conceito à totalidade dos delitos: a causalidade deve analisar-se apenas para alguns tipos de crimes, a saber, os crimes materiais, cf. *Die Lehre vom Verbrechen*, *op. cit.*, p. 208.

<sup>988</sup> BELING, Ernst, *Esquema de Derecho Penal* (trad. Sebastian Soler), Buenos Aires: Editorial Depalma, 1994, p. 61.

<sup>989</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal* (2007), *op. cit.*, p. 240. Também AMBOS, Kai, «100 años de la “teoría del delito” de Beling...», *op. cit.*, p. 6

conceito de acção cabem, desde logo, todas as acções que o agente dirige voluntariamente. Por conseguinte, a tipicidade de uma acção voluntária depende de se poder afirmar se a acção foi ou não causa do resultado descrito na lei. Esta “causação” ou imputação física ou ainda *imputatio facti*<sup>990</sup> distinguir-se-ia da “inculpação” ou imputação interna ou ainda *imputatio iuris*<sup>991</sup> na medida em que, ao contrário desta, a primeira não contém qualquer valoração jurídica<sup>992</sup>.

A relação de causalidade entre a acção e o resultado constitui assim um elemento essencial e central da tipicidade<sup>993</sup>. Torna-se pois necessário encontrar um critério que permita aferir se uma acção pode qualificar-se como causa do resultado, uma vez que entre as condições do evento se destacam algumas como causa e outras, sendo menos importantes, não implicam sequer tipicidade nem, consequentemente, autoria<sup>994</sup>. As palavras de Beling são claras ao apontar o método hipotético de eliminação como procedimento adequado a averiguar da relação causal, sem que com isso adira sem mais à teoria da *condicio sine qua non*. Assim, “não existe nexos de causalidade quando a acção correspondente se possa suprimir mentalmente e sem ela o resultado continuaria a produzir-se, o que significa que

---

<sup>990</sup> A distinção entre *imputatio facti* e *imputatio iuris*, utilizada por Beling na sua teoria do delito, é importada dos quadros da teoria da imputação. Esta distinção percebe-se de forma nítida em alguns autores do século XVIII e refere-se às operações necessárias para atribuir ao agente a responsabilidade por um facto e, a partir daí, a responsabilidade pelas suas consequências. Assim, a *imputatio iuris* não se torna possível sem que previamente se tenha realizado a *imputatio facti*. Mas ambas são partes integrantes e necessárias do juízo de imputação. Mais desenvolvidamente, SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, *Imputación y Teoría del Delito*, *op. cit.*, p. 25 e ss. Todavia, deve acrescentar-se que o uso desta terminologia por Beling se cinge exclusivamente ao seu significado formal, sendo outra a sua substância material, naturalmente determinada pelo causalismo positivista que domina a sua teoria. Se aquelas categorias, no quadro da teoria da imputação, são submersas numa determinada ordem axiológica plasmada na regra eventualmente violada pelo agente com o seu comportamento, a “*imputatio*” a que se refere Beling pauta-se pela neutralidade valorativa inerente ao positivismo naturalista. Deste modo, na sua construção dogmática, a *imputatio facti* nada mais é do que uma operação de natureza causal.

<sup>991</sup> A culpa era compreendida por Beling como ligação psíquica do autor com a acção típica e ilícita. Distanciando-se de v. Liszt neste ponto, rejeita ver a culpa como mera conexão psíquica entre o facto e o autor e caracteriza-a como elemento anímico que permite tornar alguém responsável pela sua conduta, isto é, que sustenta a censura ao agente pela sua conduta, cf. *Die Lehre vom Verbrechen*, *op. cit.*, p. 80. Deste modo, também por esta via Beling se afasta do clássico conceito de *imputatio iuris* formulado no contexto da teoria da imputação (ver nota anterior), desde logo concedendo-lhe um carácter vincadamente naturalístico. Cf., mais desenvolvidamente, SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, *Imputación y Teoría del Delito*, *op. cit.*, p. 366 e s.

<sup>992</sup> BELING, Ernst, *Esquema de Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 61.

<sup>993</sup> “...nur innerhalb des Tatbestandes kommt die Kausalität zu Worte”. Sem que, no entanto, a tipicidade se esgote numa pura relação causal, cf. *Die Lehre vom Verbrechen*, *op. cit.*, p. 30.

<sup>994</sup> BELING, Ernst, *Esquema de Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 62.

entre eles não sucede qualquer ‘relação condicionante’ ”<sup>995</sup>. Reconhecendo o papel nuclear do conceito de causalidade na teoria do delito, procura uma formulação causal coerente com a teoria que propõe.

Na construção clássica do delito, o conceito de causalidade surge como instrumento primeiro e fundamental na determinação da autoria criminosa, servindo como suporte material da afirmação da autoria<sup>996</sup>. Beling apresenta esta ideia sob a forma de questão: “se determinada acção se encontra entre as condições necessárias para a produção do evento, se é para este uma *condicio sine qua non*, torna-se necessário saber se esta relação é já suficiente para fundamentar ‘autoria’, ou se dentro do círculo das condições do resultado existem diferenças que determinem que uma acção humana, ainda que co-condicionante para o evento, seja irrelevante do ponto de vista jurídico e, como tal, apenas fundamenta uma responsabilidade secundária em vez de principal”<sup>997</sup>. Deste modo, este autor sublinhava já que entre as condições do evento só algumas se podem considerar autênticas causas do resultado e que apenas essas implicam autoria criminosa. Consequentemente “o ponto nevrálgico consiste em fixar claramente o conceito de causa”<sup>998</sup>.

Após uma breve exposição sobre as propostas doutrinárias em torno da determinação do conceito de causa<sup>999</sup>, contrapondo a teoria da equivalência das condições à teoria da adequação (entre outras), Beling rejeita aderir sem mais a qualquer uma delas e expõe a sua própria concepção. Entende o autor que o conceito de causalidade apenas pode ser compreendido enquanto causalidade típica e não como um conceito pré-jurídico determinado cientificamente. Na sua perspectiva, o conceito da causalidade deve buscar-se na compreensão do conteúdo dos delitos-tipo. O sentido da expressão típica “matar” ou “subtrair” não deve buscar-se na compreensão científica do conceito de causa, mas antes no sentido da “expressão usual e vivencial”, expresso na imagem imanente ao delito-tipo que em

---

<sup>995</sup> BELING, Ernst, *Esquema de Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 61-62.

<sup>996</sup> Atenda-se a que, na sua obra *Grundzüge des Strafrechts*, Beling insere a concretização e discussão dogmática sobre o conceito de causalidade (“Da execução positiva e em particular da causalidade nos delitos materiais”) no ponto que tem por epígrafe “A autoria imediata”, cf. *Esquema de Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 60.

<sup>997</sup> Cf. BELING, Ernst, *Esquema de Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 62.

<sup>998</sup> Cf. BELING, Ernst, *Esquema de Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 62.

<sup>999</sup> Cf. BELING, Ernst, *Esquema de Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 63 e ss.

cada caso se considera<sup>1000</sup>. Neste sentido, a resolução do problema causal referido no tipo legal exige uma interpretação segundo o sentido histórico das palavras empregadas pelo legislador, de que resultaria uma limitação normativa e teleológica da imputação de determinadas condições<sup>1001</sup>. Deste modo, Beling sublinhava já o reflexo típico ou normativo da relação causal, referindo-se a um conceito jurídico de causalidade dotado de características e funções próprias que o autonomizam de uma compreensão científica.

De quanto se expôs, cabe concluir que o pensamento clássico privilegiou a teoria das condições, enquanto critério de determinação do nexos de causalidade entre a conduta e o resultado expressos no tipo legal. Neste sentido, toda a conduta que tenha contribuído para um resultado típico é tida, por aqueles que perfilham a teoria das condições, como uma condição causal (e típica) do resultado. A exclusão de eventuais acções que se mostrem inadequadas, desde logo pela sua imprevisibilidade, dá-se no plano da exclusão da culpa – domínio onde se analisa a previsibilidade objectiva e subjectiva do resultado. Assim se compreende que algumas das objecções apontadas à teoria das condições e às consequências que dela decorrem, nas suas diversas dimensões, estejam na origem de outras propostas doutrinárias referentes à determinação da causalidade penal, designadamente à teoria da causalidade adequada. Importa, pois, apontar as principais objecções e reservas críticas dirigidas pela doutrina penal àquela teoria.

#### 1.4 A crítica à teoria das condições

Embora se reconheça à teoria das condições a vantagem de procurar estabelecer um ponto de partida na resolução do problema da causalidade e no desenvolvimento de outras teorias causais, são-lhe apontadas sérias limitações, designadamente quando usada como fórmula autónoma e não apenas como

---

<sup>1000</sup> Cf. BELING, Ernst, *Esquema de Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 67.

<sup>1001</sup> Uma perspectiva crítica a esta delimitação do problema causal, com recurso ao sentido da linguagem, pode ver-se em ENGISCH, Karl, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, *op. cit.*, p. 39.

contributo na prova da relação entre acção e resultado, segundo leis causais<sup>1002</sup>. Nas palavras de Engisch<sup>1003</sup>, trata-se de uma teoria facilmente apreensível, tanto mais pressuposta a sua estreita ligação com o mundo quotidiano de juízos hipotéticos causais: “se não fizera aquilo, o evento X não teria ocorrido”<sup>1004</sup>. A realidade deste raciocínio é pois convertida, através da fórmula da condição *sine qua non*, numa teoria jurídica destinada a imputar consequências juridicamente relevantes a condutas humanas. Todavia, como sublinha aquele autor alemão, analisada em pormenor, aquela fórmula abandona a sua aparente simplicidade: a teoria da *condicio sine qua non*, na sua fórmula originária, esconde muitos problemas que implicam a necessidade de uma reformulação<sup>1005</sup>.

Com efeito, entre os principais elementos constitutivos da teoria das condições que suscitaram a crítica doutrinal, sobressai a persistência do nexo de causalidade ainda que concorram, na realização do resultado, outras circunstâncias estranhas ao sujeito<sup>1006</sup>. Assim, a realização de particulares circunstancialismos concorrentes, como a especial fragilidade física ou psíquica da vítima (no exemplo recorrente da doutrina, a vítima que sofre o ferimento é hemofílica) não serve à exclusão da causalidade; tão pouco se toma como válida a verificação de circunstâncias que sobrevêm à acção (*v. g.*, uma infecção posterior ao ferimento causado pelo agente); ou ainda a ocorrência simultânea ou subsequente de outras acções, lícitas ou ilícitas, de terceiros ou da própria vítima (*v. g.* a negligência do médico que tratou o ferimento). O nexo de causalidade persiste também, segundo a teoria das condições, nos casos em que a acção do agente acelerou a verificação do evento ou alterou o concreto modo de efectivação do resultado (*v. g.*, o incêndio de um edifício que já se encontrava em chamas)<sup>1007</sup>. Em sentido contrário, um nexo

---

<sup>1002</sup> Cf. ENGISCH, Karl, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, *op. cit.*, p. 14 e ss.; SCHÖNKE / SCHRÖDER / LENCKNER/EISELE, *Strafgesetzbuch*, *op. cit.*, Vor. §13, nota marginal 74; ERB, VOLKER, «Die Zurechnung von Erfolgen im Strafrecht», *op. cit.*, p. 450.

<sup>1003</sup> Cf. *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, *op. cit.*, p. 8.

<sup>1004</sup> Cf. *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, *op. cit.*, p. 8. Também SPENDEL, Günther, «Der Conditio-sine-qua-non-Gekanke als Strafmilderungsgrund», *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1969, p. 509-510.

<sup>1005</sup> Cf. *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, *op. cit.*, p. 8-9.

<sup>1006</sup> Cf. mais desenvolvidamente ANTOLISEI, Francesco, *Il Raporto di Causalità...*, *op. cit.*, p. 40 e s.

<sup>1007</sup> Cf. ANTOLISEI, Francesco, *Il Raporto di Causalità...*, *op. cit.*, p. 40.



causal deve ter-se por excluído quando a ausência da acção não exercesse qualquer influência sobre a verificação do resultado.

Ora no seguimento das suas principais conclusões, a teoria das condições foi sujeita a um exame crítico que expôs as suas principais fragilidades e que abriria caminho a outras propostas doutrinárias. Justifica-se assim que se atente um pouco mais aprofundadamente nas principais reservas críticas que lhe são apontadas.

a) Da teoria das condições, assente no princípio da equivalência, deriva um conceito demasiado amplo de causalidade e, conseqüentemente, de responsabilidade. Com efeito, ao nivelar todas as condições que influenciem o resultado como causa do evento, não permite distinguir entre aquelas que devem ou não ter relevância jurídica. Esta conclusão, para além de conduzir a uma excessiva extensão do conceito jurídico-penal de causa (causa de um resultado é toda a condição sem a qual esse resultado não teria ocorrido), potencia, como refere abundantemente a doutrina, uma espécie de regresso *ad infinitum*, na medida em que acaba por abranger a mais longínqua das condições<sup>1008</sup>.

Na resposta a esta objecção, os defensores da teoria das condições argumentam no sentido de que a amplitude do conceito de causa e, em consequência, do elemento objectivo da infracção criminal, sempre seria corrigida pelos restantes requisitos necessários à afirmação da responsabilidade criminal, em particular, da culpa, enquanto elemento subjectivo necessário à prática criminosa. Neste sentido, a ligação causal da conduta ao evento, representada pela circunstância de ela se apresentar como condição daquele resultado, é insuficiente para sustentar, por si só, qualquer responsabilidade a título criminal. Para que o autor da conduta possa responder por aquele evento é ainda necessária uma sua actuação culposa, negligente ou dolosa.

Todavia, esta correcção não invalida as críticas relativas à excessiva extensão do conceito de causalidade assente na equivalência das condições, uma vez que ela não evita, nas palavras de Antolisei, os “resultados incontestavelmente absurdos” a

---

<sup>1008</sup> Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal (2007)*, *op. cit.*, p. 324. Também CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal, op. cit.*, p. 303.

que conduz, quer nas situações em que o direito positivo prescindia, para a afirmação da responsabilidade criminal, de uma actuação culposa<sup>1009</sup>, quer ainda em hipóteses em que se exija uma actuação dolosa ou negligente<sup>1010</sup>. Com efeito, a amplitude do conceito de causa, entendido como *condicio sine qua non*, levaria alguns dos defensores da teoria das condições a admitir restrições àquela noção, para além das correcções ao nível da culpa do agente. Disso mesmo constitui exemplo a aceitação da quebra do nexo de causalidade nos casos em que, subsequente à actuação do agente, se dá uma intervenção dolosa de um terceiro. O que permite concluir, com Antolisei, pela necessidade de limitações à teoria das condições, dada a sua amplitude<sup>1011</sup>.

b) Em segundo lugar, a teoria da condição necessária, na sua versão originária, foi também questionada de uma perspectiva casuística. Com efeito, enquanto critério de imputação, esta fórmula entra em dificuldades nos casos em que concorrem várias condições para a produção do resultado, sendo cada uma delas suficiente para a sua realização, a saber, as situações de *causalidade dupla*<sup>1012</sup> ou,

---

<sup>1009</sup> Cf. ANTOLISEI, Francesco, *Il Rapporto di Causalità*, *op. cit.*, p. 48. O autor considera, desde logo, os efeitos que esta teoria apresenta nos casos em que o direito positivo prescindia da culpa, designadamente nos delitos agravados pelo resultado. Nestas situações, seria suficiente para afirmar a punição pelo delito agravado pelo resultado que a conduta pudesse ser considerada uma condição daquele resultado. O autor italiano aponta como exemplo ilustrativo da conclusão absurda a que conduz tal entendimento o seguinte caso: A fere B com um bastão; B, ao dirigir-se para o hospital a fim de ser tratado, é atropelado por um ciclista e, nessa sequência, morre. Ora, na medida em que a actuação de A foi uma condição necessária do resultado morte de B, A deveria ser punido pelo crime preterintencional, uma vez que, quanto ao resultado morte, o ordenamento positivo (pressuposto por Antolisei) não exige uma imputação culposa.

<sup>1010</sup> O autor aponta os seguintes casos como exemplos ilustrativo desta última hipótese: (1) A, conduzindo de forma imprudente um automóvel, causa uma lesão em B que, na eminência de viajar para a América, se vê obrigado, em virtude daquele ferimento, a adiar a viagem para um outro barco, que vem a naufragar. A deveria, segundo a teoria das condições, responder pelo homicídio negligente de B, porque, agindo com culpa, causou a sua morte; (2) Tizio, com intenção de cometer um furto, apoia uma escada sobre um edifício; porém, ao ouvir passos, foge. Pouco depois, passa Caio que se aproveita da situação e usa a escada para entrar no edifício e furtar alguns valores. Ora, no quadro da teoria das condições, Tizio não deveria responder por tentativa, mas antes por furto (doloso) consumado. Este segundo exemplo, da autoria de Geyer, serve, segundo Antolisei, para ilustrar como a teoria da *condicio sine qua non*, aplicada integralmente, leva a admitir sempre o nexo causal, e com isso a responsabilidade, nos casos em que o evento final derive da acção dolosa de uma outra pessoa. Precisamente para evitar esta consequência, alguns dos defensores daquela teoria, como v. Liszt, viram-se obrigados a sustentar que o nexo de causalidade é interrompido pela acção dolosa de um terceiro. Cf. ANTOLISEI, Francesco, *Il Rapporto di Causalità*, *op. cit.*, p. 49 e s., e nota 1 da p. 50.

<sup>1011</sup> Cf. ANTOLISEI, Francesco, *Il Rapporto di Causalità*, *op. cit.*, p. 49 e s., e nota 1 da p. 51.

<sup>1012</sup> RUDOLPHI, Hans Joachim, *Causalidad e Imputación Objetiva*, *op. cit.*, p. 16.

na designação preferida por alguns autores, *causalidade alternativa*<sup>1013</sup>. Como exemplo de escola, referido na maioria dos estudos em que se aborda criticamente a teoria da *condicio*<sup>1014</sup>, tome-se o caso de A e B que, actuando de forma independente, envenenam a comida de C, sendo cada uma das doses ministradas suficiente para lhe causar a morte. Deste modo, ainda que se eliminasse a actuação de qualquer um dos dois, C teria morrido no mesmo exacto segundo, verificando-se assim o mesmo resultado. Ainda que uma das actuações se suprimisse, o resultado continuaria a realizar-se do mesmo modo, uma vez que cada uma das condições seria por si só suficiente para a produção do resultado. Neste sentido, nem a conduta de A nem a de B se revelam como condições necessárias ao resultado, restando a punição por tentativa, não obstante a morte da vítima<sup>1015</sup>. Assim, também por esta via se evidenciam as fragilidades da fórmula da *condicio sine qua non* como critério de imputação de um resultado.

---

<sup>1013</sup> Cf. ROTSCHE, Thomas, «Objektive Zurechnung bei „alternativer Kausalität“», in: *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag*, Berlin / New York: De Gruyter, 2011, p. 381 e s. Sobre o conceito de causalidade alternativa na jurisprudência alemã veja-se ainda *BGHSt 39 (1994)*, p. 198. A causalidade alternativa distingue-se ainda da causalidade cumulativa, referente aos casos em que determinadas condições funcionam em conjunto para a produção do resultado, por exemplo, a quantidade de veneno ministrada por A na bebida de C, somada à quantidade de veneno adicionada por B na sua comida, são adequadas a causar a morte de C, embora sejam por si só insuficientes para causar aquele resultado. Defendendo que a distinção terminológica entre causalidade alternativa e cumulativa não faz sentido ao analisar-se a realização do nexo causal de uma perspectiva concreta e *ex post*, chegando-se em ambas as situações ao mesmo resultado, a saber, a afirmação da causalidade, cf. ROTSCHE, Thomas, «Objektive Zurechnung...», *op. cit.*, p. 384 e ss.

<sup>1014</sup> Meramente a título exemplificativo, SCHLÜCHTER, Ellen, «Grundfälle zur Lehre von der Kausalität», *JuS 16 (1976)*, p. 520; KARHS, Hans Jürgen, *Die condicio-sine-qua-non Formel im Strafrecht und Zivilrecht und der Verlust einer Chance zur Vermeidung des schädlichen Erfolges*, Bremen: Donat Verlag, 2008, p. 24 e p. 49-50. ENGISCH, Karl, *Die Kausalität...*, *op. cit.*, p. 14, toma a este propósito um exemplo da autoria de Müller, com ligeiras diferenças na execução criminosa: um acidente ferroviário é resultado da actuação independente de duas pessoas, A que administra ao agulheiro um sonífero, e B que, independentemente de A, o prende e imobiliza. No instante em que devia actuar, o agulheiro está simultaneamente atado e adormecido, o que vem a determinar uma colisão entre comboios. Ou ainda o exemplo de MERKEL, Reinhard, «Über einige vernachlässigte Probleme des Kausalitätsbegriffs ...», *op. cit.*, p. 154, em que doze atiradores pertencentes a um comando de execução atingem simultaneamente a vítima de forma mortal, chegando-se à conclusão absurda que nenhum dos doze disparos é condição necessária para morte da vítima.

<sup>1015</sup> Cf., com recurso a este exemplo, OTTO, Harro, «Die objektive Zurechnung eines Erfolges im Strafrecht», *Jura 1992*, Heft 2, p. 92.

c) À fórmula da *condicio sine qua non* são ainda apontadas as maiores reservas nos casos de *causalidade hipotética ou virtual (hypothetische Kausalität)*<sup>1016</sup>, em que se pressupõe a concorrência de um outro processo ou série causal que teria produzido o resultado se, por hipótese (que não se verifica efectivamente), o primeiro processo causal não tivesse já tido lugar<sup>1017</sup>. A particularidade destes casos reside na circunstância de o dano sempre se verificar, na ausência do facto que realmente o causou, em virtude de um outro circunstancialismo cujo processo causal poderia até já estar iniciado<sup>1018</sup>. Como bem sublinha Pereira Coelho, se “o problema da relevância negativa da causa hipotética põe em jogo um problema de causalidade ele não é senão *o problema da relação de condicionalidade entre o facto e o dano real verificado: o problema de saber se esta relação (suposta existente) subsiste, apesar da causa hipotética, ou deve ser negada, por causa dela*”<sup>1019</sup>. Ou seja, de uma outra perspectiva, a causa virtual

---

<sup>1016</sup> O problema da causa virtual foi intensamente tratado pelos civilistas, sobretudo na esfera de influência do Código Civil Alemão, a propósito de saber se na avaliação ou cálculo da indemnização de determinado dano se deverá atender à causa hipotética. Entre nós destaca-se o estudo de COELHO, Francisco Manuel Pereira, *O Problema da Causa Virtual em Direito Civil*, Coimbra: Livraria Almedina, 1998 (reimp.), p. 186 e ss; também PINTO, Paulo Mota, *Interesse Contratual Negativo...*, *op. cit.*, p. 614 e ss. Como refere este último autor, a causalidade hipotética é objecto de designações nem sempre coincidentes e inteiramente rigorosas: causalidade antecipada, prematura, precipitada, causa de reserva, causa sucedânea; cf., com mais referências bibliográficas, *ibidem*, p. 614, notas 1757 e ss. e nota 1858. Tendem a cruzar-se com a noção de causalidade hipotética, os conceitos de causalidade (ou série causal) interrompida (*abgebrochene Kausalität*) e de causalidade antecipada ou ultrapassante (*überholende Kausalität, causal preemption*). Na primeira assume-se a perspectiva da causa virtual, cujo percurso causal é interrompido por uma outra causa (real) que se concretiza no evento lesivo, interrompendo a primeira série causal. Na segunda, adoptando-se a perspectiva da causa real, assinala-se que uma primeira série causal (a hipotética) é ultrapassada por uma segunda que realmente produz o resultado danoso, de tal modo que a primeira acção já não o pode causar. Ambas se distinguem dos casos típicos de causalidade hipotética porque retratam situações em que há dois processos causais já iniciados, e, nesse sentido, duas séries causais reais. No entanto, apenas um destes processos se concretiza, seja porque se antecipa, seja porque interrompe o outro curso causal. Todavia, tem-se entendido que ainda assim se trata de hipóteses subsumíveis na causalidade hipotética na medida em que a concretização de um daqueles cursos permanece ainda no domínio virtual. À causalidade interrompida e à causalidade ultrapassante é por isso recusado relevo autónomo. Assim, COELHO, Francisco Pereira, *ibidem*, p. 28 e ss.

<sup>1017</sup> Cf. SCHÖNKE / SCHRÖDER / LENCKNER / EISELE, *Strafgesetzbuch*, Vor. § 13, nota marginal 74; JESCHECK / WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, *op. cit.*, p. 282; ROXIN, Claus, *Strafrecht I*, *op. cit.*, p. 354; MARINUCCI, Giorgio / DOLCINI, Emilio, *Diritto Penale. Parte Generale*, Milano: Giuffrè Editore, 2002, p. 137; DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal (2007)*, p. 325, COELHO, Francisco Pereira, *O Problema da Causa Virtual...*, *op. cit.*, p. 23.

<sup>1018</sup> Pressupõe-se assim que este outro processo causal mantém a sua independência em face da causa real, isto é, desde que ele própria não constitua um contributo causal à concretização do processo causal real, uma vez que nesta hipótese perde qualquer natureza hipotética tornando-se num contributo real causal e originando um concurso objectivo de causas.

<sup>1019</sup> COELHO, Francisco Pereira, *O Problema da Causa Virtual...*, *op. cit.*, p. 175.

questiona a relação de condicionalidade necessária entre causa real e dano. Por isso mesmo tem-se entendido que a fórmula da *condicio sine qua non* não resolve adequadamente as situações de causalidade hipotética: colocada perante a causa virtual, a causa real perde o seu carácter de necessidade do resultado, pois este sempre teria sido hipoteticamente produzido por outras circunstâncias em lugar da acção do autor.

d) Uma das principais reservas dirigidas à fórmula da *condicio sine qua non* traduz-se no facto de ela só funcionar onde exista já um conhecimento experimental sobre a indispensabilidade de uma determinada condição para a ocorrência de um resultado, falhando a determinação da eventual relação de causalidade onde falte essa experiência<sup>1020</sup>. Esta crítica é especialmente relevante em casos que revelem certa complexidade científica, como algumas das situações de responsabilidade criminal pelo produto anteriormente referidas. O caso da talidomida é com frequência apontado como exemplo na literatura uma vez que não se logrou formular com clareza científica uma lei causal nos termos da qual o medicamento produziria, no quadro de determinadas circunstâncias, danos na saúde e na vida. Assim, de nada serve suprimir hipoteticamente o consumo do medicamento para perguntar se ainda assim os resultados lesivos se teriam verificado, pois tal pergunta só poderá ter uma resposta depois de investigado o nexos causal entre o medicamento e as malformações<sup>1021</sup>. Por conseguinte, não se pode determinar com recurso a este critério causal se a toma do medicamento pela mulher grávida foi ou não condição necessária das lesões sofridas pelo feto, na medida em que “a forma da supressão mental pressupõe já o que com ela se pretende averiguar”<sup>1022</sup>.

---

<sup>1020</sup> Assim RUDOLPHI, Hans Joachim, *Causalidad e Imputación Objetiva* (trad. Claudia López Díaz), Bogotá: Universidad Externato de Colombia, 1998, p. 15; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, *op. cit.*, p. 281-282; SCHÖNKE / SCHRÖDER / LENCKNER / EISELE, *Strafgesetzbuch*, Vor. § 13, nota marginal 74; KAUFMANN, Armin, «Tatbestandsmäßigkeit und Verursachung...», *op. cit.*, p. 574.

<sup>1021</sup> Cf. RUDOLPHI, *Causalidade e imputación objetiva*, *op. cit.*, p. 15. Também ROXIN, Claus, *Strafrecht I*, *op. cit.*, p. 354. Em especial sobre o caso *Contergan*, KAUFMANN, Armin, «Tatbestandsmäßigkeit und Verursachung...», *op. cit.*, p. 574 e ss.

<sup>1022</sup> ROXIN, Claus, *Strafrecht I*, *op. cit.*, p. 354.

e) Na verdade, a fórmula da *condicio sine qua non* pressupõe sempre o desenvolvimento de um resultado causal conhecido, pois só assim se pode responder à questão de saber se o resultado também teria ocorrido sem aquela determinada conduta. Deste modo, “ela não capta o nexu causal de maneira directa, mas antes o pressupõe logicamente pois só quando se conhece a relação causal, se pode afirmar que sem essa causa não se tinha produzido o resultado. Se pelo contrário se desconhece o modo de actuar da causa, tão pouco a “supressão mental” permite saber se ela teve ou não influência no resultado”<sup>1023</sup>. Daí que, nas palavras de Engisch, a esta fórmula reste somente um significado heurístico e controlador<sup>1024</sup>. Em último termo, para se decidir se aquela condição é imprescindível para se verificar um determinado resultado, tem de saber-se de antemão se tal conduta é ou não susceptível de causar aquele resultado. Deste modo, fica claro que esta teoria assenta na circularidade das suas pressuposições lógicas<sup>1025</sup>, na medida em que conclui através de um raciocínio aquilo que já nele está pressuposto, ou seja, a conclusão causal resulta de um prévio juízo que já a contém: o juízo de que uma coisa não pode ser eliminada sem que daí resulte conseqüentemente a eliminação de outra. Por estas razões, a doutrina refere-se à fórmula da *condicio sine qua non* sobretudo como um método de comprovação posterior, de confirmação lógica, de verificação de uma relação de causalidade concreta conhecida a relação de causalidade geral. Nas palavras de Gómez Benítez, aquela fórmula é considerada “mais como um método de comprovação lógica do enlace entre uma acção e um resultado do que como um método de informação material desse enlace ou nexu causal”<sup>1026</sup>. Torna-se, assim, necessário encontrar um método que ofereça o

---

<sup>1023</sup> JESCHECK / WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, *op. cit.*, p. 281. Neste sentido veja-se também PUPPE, Ingeborg, «Lob der *Condicio-sine-qua-non* Formel», *GA 2010*, p. 551 e s.

<sup>1024</sup> ENGISCH, Karl, *Die Kausalität als Merkmal...*, *op. cit.*, p. 18. Também, referindo-se em particular à crítica formulada por Engisch sobre a inadequação do método da supressão mental como parâmetro de causalidade, MAIWALD, Manfred, *Kausalität und Strafrecht*, *op. cit.*, p. 5, e OTTO, Harro, «Die objektive Zurechnung eines Erfolges im Strafrecht», *op. cit.*, p. 93.

<sup>1025</sup> Cf. ERB, Volker, «Die Zurechnung von Erfolgen im Strafrecht», *op. cit.*, p. 450. Também JAKOBS, Günther, *Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 227.

<sup>1026</sup> Cf. GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Causalidad, Imputación y Qualificación por el Resultado*, Madrid: Ministério de Justicia, 1988, p. 27.

conteúdo essencial à afirmação de que determinada condição foi necessária para a verificação de determinado resultado<sup>1027</sup>.

As reservas apontadas à teoria da *condicio sine qua non* conduziram à procura de critérios alternativos. Entre os diversos percursos realizados contam-se algumas tentativas, dominadas pelo pensamento causalista e mecanicista vigente, de preservar a ideia de condição. É o caso das teorias que procuram concretizar e restringir o conceito de causa a partir da escolha ou “*individualização*” de uma das condições à qual fosse possível reconhecer determinadas características tidas como essenciais à produção do resultado.

## 2. Teorias individualizadoras

Em contraste com as teorias generalizadoras de que constitui exemplo máximo a teoria da causalidade adequada<sup>1028</sup> ou as teorias que tomam como ponto de partida a adequação por ela pressuposta, destacam-se as teorias individualizadoras<sup>1029</sup>. Tomam este nome por terem em comum a circunstância de, no âmbito da imputação de um determinado resultado a uma conduta, procurarem construir uma teoria causal assente na separação entre causa e condição, com base em critérios científico-naturais ou filosóficos. Neste sentido, procuram a formulação de um critério que permita qualificar como causa algumas das numerosas condições determinantes para a produção do resultado. Assim, segundo Gimbernat Ordeig, o traço distintivo destas teorias em face da doutrina da causalidade adequada passa não tanto pela distinção entre condição e causa – uma vez que também esta teoria

---

<sup>1027</sup> O reconhecimento desta limitação deu lugar a novas ou complementares correcções metodológicas à teoria da condição, entre as quais se encontra a proposta de Engisch da condição conforme às lei naturais. Porém, independentemente da concreta vertente seguida, alguns autores consideram o pressuposto de uma lei causal geral que explique a concreta capacidade causal de uma condição, permitindo comprovar a sua relevância para o resultado, como um “bem comum da dogmática penal” (“*als Allgemeingut des strafrechtlichen Schrifttums*”), cf. MAIWALD, Manfred, *Kausalität und Strafrecht*, *op. cit.*, p. 5. Também GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Causalidad, Imputación y Qualificación por el Resultado...*, *op. cit.*, p. 27.

<sup>1028</sup> *Infra*, § 10, 5.

<sup>1029</sup> Uma exposição aprofundada destas teorias pode ver-se em ANTOLISEI, Francesco, *Il Rapporto di Causalità nel Diritto Penale*, *op. cit.*, p. 52 e ss.

pressupõe para a fundamentação da relação causal que o comportamento do autor possa ser considerado causa adequada do resultado e não mera condição – mas antes a delimitação daquelas categorias – condição e causa – com base em critérios de ordem científica ou material e, como tal, fora da normatividade<sup>1030</sup>.

De uma outra perspectiva, se se atender agora aos traços que distinguem, na sua génese, estas teorias individualizadoras da teoria da equivalência das condições, ressalta a procura de critérios de selecção da circunstância causal de entre o universo das condições. Também por esta via as referidas teorias são objecto de crítica na medida em que, segundo Roxin, sobrecarregam o conceito de causalidade com decisões pré-jurídicas, esquecendo que ao jurista somente interessa determinar em que medida uma acção se pode considerar causa e não saber qual é a causa de um resultado<sup>1031</sup>.

Assim, as teorias individualizadoras procuram delimitar a causa da condição, quer apelando a um critério de natureza essencialmente temporal, *v. g.*, a *última* condição criada pela conduta humana, quer voltando-se para a diferença quantitativa ou qualitativa da própria condição, *v. g.*, a mais *eficaz* ou aquela que é *preponderante*. Neste contexto, a doutrina salienta, pela sua importância histórica, as propostas de autores como Birkmeyer, Richard Horn, Binding ou Ortmann<sup>1032</sup>, historicamente situadas na transição do século XIX para o século XX.

Partindo da ideia de que aos diversos antecedentes de um resultado corresponde uma distinta eficácia na sua produção, Birkmeyer formula a teoria da condição mais eficaz. Neste sentido entende-se como causa de um acontecimento aquela, entre todas as condições, que mais tenha contribuído para a produção do

---

<sup>1030</sup> Cf. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Delitos Cualificados por el Resultado...*, *op. cit.*, p. 93 e s. Em sentido algo diferente, ANARTE BORRALLO, Enrique, *Causalidad e Imputación Objetiva...*, *op. cit.*, p. 59. Este autor destaca que algumas daquelas propostas individualizadoras possuem um claro sentido social, por vezes intuitivo, apelante ao normal sentir da vida, que as aproxima de propostas generalizadoras como a teoria da adequação, ao definirem o carácter causal de uma condição a partir da sua idoneidade para o resultado, de acordo com as regras da experiência e da vida. Veja-se ainda, entre nós, FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal. Parte Geral*, Coimbra: Livraria Almedina, 1992 (reimp. 2010), p. 150.

<sup>1031</sup> Cf. ROXIN, Claus, *Strafrecht I*, *op. cit.*, p. 352.

<sup>1032</sup> Uma síntese do pensamento destes e de outros autores defensores das chamadas teorias individualizadoras da causalidade pode ver-se em GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Delitos Cualificados por el Resultado...*, *op. cit.*, p. 93 e ss. Também MERKEL, Adolf, *Derecho Penal. Parte General*, Montevideo / Buenos Aires: Editorial IBdeF, 2006, p. 104 e ss.



resultado: causa seria a condição mais activa e mais eficaz entre todas. Tem-se entendido que se trata de um critério de difícil determinação, desde logo, porque entre a multiplicidade de condições ligadas a um efeito será praticamente impossível concretizar qual de entre elas se apresenta mais eficaz para a realização do resultado<sup>1033</sup>.

Também Richard Horn apresenta uma definição de causa de um fenómeno como “mudança (criação ou cessação de um estado) [um acontecimento], que pela sua força e actividade determina necessariamente uma segunda alteração, se permanecem as condições necessárias para a produção do resultado”<sup>1034</sup>. Deste modo, causa é uma mudança que determina a modificação de um estado que lhe é anterior, ou, na expressão de Max Ernst Mayer “*ein Anders-Geworden-Sein*”<sup>1035</sup>. Em sentido crítico a esta compreensão, opôs-se o perigo de confundir causalidade e nexos causal com responsabilidade pela mudança ocorrida, bem como a dificuldade em transformar tal concepção num critério prático aplicável<sup>1036</sup>.

Por sua vez, Binding apresenta uma proposta sobre o jogo de forças que domina os fenómenos. A produção de um resultado por via de uma acção humana faz-se, justamente, por via da manipulação dessas forças, intensificando as que tendem ao resultado ou, diferentemente, fragilizando aquelas que a ele se opõem. À construção de Binding – mais próxima de uma imagem do que de uma teoria, segundo Antolisei<sup>1037</sup> – apontam-se os defeitos da imprecisão e da falta de clareza do seu conteúdo, suscitando uma diversidade de interpretações possíveis<sup>1038</sup>. A

---

<sup>1033</sup> MERKEL, Adolf, *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 106.

<sup>1034</sup> Cf. *Der Causalitätsbegriff in der Philosophie und im Strafrecht. Eine rechtsphilosophische Untersuchung*, Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1893, p. 13-14. Também GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Delitos Cualificados por el Resultado...*, *op. cit.*, p. 95 e s., e ANTOLISEI, Francesco, *Il Rapporto di Causalità*, *op. cit.*, p. 84.

<sup>1035</sup> MAYER, Max Ernst, *Der Causalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht. Eine rechtsphilosophische Untersuchung*, Freiburg I. B., Leipzig und Tübingen: Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1899, p. 26.

<sup>1036</sup> Na verdade esta teoria foi igualmente desenvolvida, na doutrina germânica, por Max Ernst Mayer que, em face da sua complexidade e impraticabilidade, acaba por abandoná-la abraçando a doutrina da *condicio sine qua non*, cf. *Der Causalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht*, *op. cit.*, p. 134 e ss. Também, desenvolvidamente, ANTOLISEI, Francesco, *Il Rapporto di Causalità*, *op. cit.*, p. 90.

<sup>1037</sup> Cf. ANTOLISEI, Francesco, *Il Rapporto di Causalità*, *op. cit.*, p. 62. Também GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Delitos Cualificados por el Resultado...*, *op. cit.*, p. 97.

<sup>1038</sup> Sobre as possíveis interpretações veja-se ANTOLISEI, Francesco, *Il Rapporto di Causalità*, *op. cit.*, p. 64, que toma como mais verosímil a interpretação segundo a qual a causa de um resultado seria a

existência em geral de uma condição capaz de alterar o percurso regular da vida do mundo surge assim mais como um facto imaginário do que como um critério de causalidade ou de imputação penal<sup>1039</sup>.

Apoiando-se na proposta de Binding, Ortmann formula a teoria da última condição, segundo a qual causa é o último dos acontecimentos cuja sucessiva cooperação condicionou a realização do acontecimento. Concretizando um critério vincadamente temporal, a causa refere-se à condição associada por último às outras condições, ou seja, à última conduta da cadeia causal<sup>1040</sup>. Para além dos resultados algo absurdos a que permite chegar<sup>1041</sup>, esta teoria apresenta ainda sérias dificuldades em sustentar a punição em casos de comparticipação, designadamente em qualificar como autor do crime aquele que contribui causalmente à realização criminosa por via mediata, instrumentalizando o executante<sup>1042</sup>.

A referência às teorias individualizadoras nos estudos e tratados de direito penal tem vindo a decair, cabendo-lhes um mero interesse histórico<sup>1043</sup>. A justificação encontra-se, em grande parte, nos inconvenientes que lhes são assinalados: a falta de precisão dos critérios propostos e, como tal, a sua inaplicabilidade às situações concretas enquanto parâmetro de determinação causal. Como sublinha Gimbernat Ordeig, estas teorias carecem de contornos precisos, o que torna impossível a sua aplicação à maioria dos casos reais<sup>1044</sup>. A escolha por critérios marcados pela singularidade e especificidade de um caso concreto

---

última condição na medida em que é esta que quebra o equilíbrio entre as forças contrárias e as favoráveis àquele efeito.

<sup>1039</sup> Cf. MERKEL, Adolf, *Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 105.

<sup>1040</sup> *Apud* GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Delitos Cualificados por el Resultado...*, *op. cit.*, p. 96.

<sup>1041</sup> A este propósito veja-se o exemplo de Beleza dos Santos, adaptado e referido por BELEZA, Tereza Pizarro, *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 135: no caso em que uma pessoa encerre outra numa jaula de leões para que um dos animais a mate, a causa última da morte seria o leão, “donde o leão é que cometeu o crime de homicídio”.

<sup>1042</sup> Sobre esta e outras críticas dirigidas à teoria de Ortmann veja-se ANTOLISEI, Francesco, *Il Rapporto di Causalità*, *op. cit.*, p. 66.

<sup>1043</sup> Neste sentido JESCHECK / WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, *op. cit.*, p. 289, onde se pode ler que as teorias causais individualizadoras não têm mais qualquer significado, remetendo-se a sua referência para a segunda edição deste tratado. Também a última edição de SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, 28. Auflage, 2010, deixou cair a referência a estas teorias, referidas, no âmbito da edição anterior (2006) no Vor. § 13, nota marginal 89. Sobre este tema veja-se ainda ROXIN, Claus, *Strafrecht I*, *op. cit.*, p. 352, que faz uma breve referência às teorias individualizadoras a propósito da caracterização da doutrina da equivalência. Também, quanto a este ponto, ANARTE BORRALLÓ, Enrique, *Causalidad e Imputación Objetiva...*, *op. cit.*, p. 61, nota 311.

<sup>1044</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Delitos Cualificados por el Resultado...*, *op. cit.*, p. 98.

impossibilita a determinação de um critério generalizador; por outro lado, por via de tais critérios, uma circunstância insignificante pode tornar-se decisiva. Para além da sua impraticabilidade no plano lógico, como já se referiu estas teorias “sobrecarregam a verificação da causalidade com um conjunto de pré-decisões jurídicas que as tornam inidóneas para delimitar a responsabilidade”<sup>1045</sup>. Por estas razões, “não é de estranhar que as teorias individualizadoras tenham sido ultrapassadas pela teoria da equivalência, que equipara em importância todas as condições do resultado”<sup>1046</sup>.

Compreende-se assim que teorias apostadas em corrigir a teoria da equivalência das condições, tomando-a como ponto de partida, tivessem um superior reconhecimento e aprofundamento doutrinal.

### **3. A teoria do resultado na sua configuração concreta e as correcções à teoria da *condicio***

Numa tentativa de preservar a fórmula da condição necessária, foram propostas algumas correcções, essencialmente voltadas para a definição do resultado tipicamente relevante. Com efeito, nas palavras de Engisch, para que se possa responder à questão de saber se um resultado sempre se teria realizado na ausência de determinada conduta, é decisivo o *modo* como se concebe o resultado em relação ao qual se coloca o problema da causalidade<sup>1047</sup>. Ora, da perspectiva de alguns autores, as dificuldades apontadas à teoria da condição necessária seriam ultrapassadas justamente a partir do modo como se compreenda o resultado.

a) Uma das vias possíveis pautou-se pela consideração do resultado, cuja causa se pretende determinar, na sua forma concreta. Uma consideração generalizada do resultado dificultaria a identificação da causa, uma vez que implicaria a consideração de um maior número de circunstâncias na formulação da

---

<sup>1045</sup> ROXIN, Claus, *Strafrecht I*, *op. cit.*, p. 352.

<sup>1046</sup> Cf. MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La Imputación Objetiva del Resultado*, *op. cit.*, p. 8. Também ENGISCH, Karl, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, *op. cit.*, p. 38 e nota 1.

<sup>1047</sup> Cf. *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, *op. cit.*, p. 9. Também PUPPE, Ingeborg *Strafrecht AT*, 2. Auflage, Baden-Baden: Nomos, 2011, p. 21.

hipótese causal. Cumulativamente, uma consideração em abstracto conduziria a conclusões absurdas, designadamente, no que respeita ao resultado morte: uma vez que qualquer pessoa é mortal, nenhuma conduta homicida poderia considerar-se causal de uma determinada morte uma vez que esta sempre se viria a realizar na ausência dessa circunstância. Deste modo, um resultado que em abstracto sempre se teria produzido sem a acção típica deve ser tido como irrelevante. Para se poder qualificar uma conduta como causal é assim necessário definir como há-de considerar-se o resultado. Decisivo seria tão-somente saber se o resultado concreto, espaço-temporalmente configurado, depende da conduta do autor<sup>1048</sup>. Deste modo, esta conduta adquire a qualificação de causal se a sua eliminação implicar, do mesmo passo, o desaparecimento daquele evento concreto, sendo como tal indiferente que, em abstracto, este venha a realizar-se posteriormente.

Todavia, a configuração concreta do resultado também não se apresenta isenta de dúvidas e de problemas. Por exemplo, é discutível a questão de saber até que ponto e segundo que critérios se deve definir o resultado concreto a imputar a determinada conduta. No ilustrativo exemplo citado por Engisch, se A pinta uma jarra que B destrói em pedaços, pode A considerar-se autor de uma *condicio sine qua non* do resultado, uma vez que ao invés de pedaços por pintar, jazem no chão pedaços pintados? A partir de exemplos como este, alguma doutrina colocou em evidência a necessidade de conceber o resultado com alguma generalização, designadamente do ponto de vista jurídico<sup>1049</sup>.

b) Entre os autores que procuraram definir critérios para a concretização do resultado, destaca-se Ludwig Traeger e a sua obra *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht. Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des BGB*<sup>1050</sup>, com frequência qualificada como marcante no estudo da doutrina da causalidade<sup>1051</sup>. Da sua perspectiva, a

---

<sup>1048</sup> Cf. mais desenvolvidamente, SCHLÜCHTER, Ellen, «Grundfälle zur Lehre von der Kausalität», *JuS* 16 (1976), p. 380.

<sup>1049</sup> Cf. ENGISCH, Karl, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, *op. cit.*, p. 10.

<sup>1050</sup> TRAEGER, Ludwig, *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht. Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des BGB* Marburg: N. G. Elwert'sch Verlagsbuchhandlung, 1904 (também disponível em [http://dlib-pr.mpier.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/smallpage/%22212428\\_00000001%22](http://dlib-pr.mpier.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/smallpage/%22212428_00000001%22)).

<sup>1051</sup> Cf. ENGISCH, Karl, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, *op. cit.*, p. 11; também KORIATH, Heinz, *Kausalität und objektive Zurechnung*, *op. cit.*, p. 59.

condicionalidade do resultado não deve analisar-se na sua determinação totalmente concreta, mas com um certo grau de generalização assente numa abstracção jurídica<sup>1052</sup>. Ou seja, não interessa ao jurista o resultado na sua total e completa determinação, mas antes de acordo com uma particular generalização, a saber, de natureza jurídica.

Avançando-se no sentido da concretização deste critério, segundo Traeger uma circunstância só deverá julgar-se como causa ou condição em *sentido jurídico* se a modificação (do efeito real em face do hipotético) for juridicamente relevante, considerando o lugar, o tempo ou a extensão da lesão, isto é, se na sua ausência o resultado for outro do ponto de vista da valoração jurídica<sup>1053</sup>. Seria assim, desde logo se, sem a conduta, o resultado deixasse de corresponder à categoria jurídica respectiva (morte, lesão corporal, dano). Uma distinta valoração jurídica também terá lugar nas situações em que o resultado se viesse a produzir num momento consideravelmente posterior ou com um alcance mais reduzido.

O evento deve pois ser considerado tomando-se por critério um resultado juridicamente relevante<sup>1054</sup>. Deste modo, a conduta já não será condição necessária, e, como tal, causa daquele evento, quando na sua ausência se realizar um *resultado juridicamente equivalente*, ou seja, quando a conduta em causa não altere o seu significado ou relevância jurídica<sup>1055</sup>. Acrescente-se ainda que, em determinados casos, Traeger associa a análise interna da vontade do agente à consideração externa da evolução causal, por exemplo, nas situações de cumplicidade, em que só atendendo à vontade do autor se pode definir o tipo de relevância causal do seu contributo. Desta forma, nestas situações, o significado causal da conduta está dependente de um elemento subjectivo<sup>1056</sup>.

Naturalmente, numa construção deste tipo, a primeira e maior dificuldade centra-se na distinção entre o que é juridicamente relevante (*juristisch erheblich*) e

---

<sup>1052</sup> É justamente esta nota de generalização que aproxima a construção de Traeger da teoria da causalidade adequada e justifica a sua referência, na sistematização seguida por alguns autores, no âmbito das teorias ligadas à adequação causal, cf. KORIATH, Heinz, *Kausalität und objektive Zurechnung*, *op. cit.*, p. 59 e ss.

<sup>1053</sup> *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht...*, *op. cit.*, p. 46.

<sup>1054</sup> Cf. *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht...*, *op. cit.*, p. 41.

<sup>1055</sup> Cf. *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht...*, *op. cit.*, p. 47.

<sup>1056</sup> Em sentido crítico, ENGISCH, Karl, *Die Kausalität*, *op. cit.*, p. 11.

juridicamente irrelevante (*juristisch unerheblich*)<sup>1057</sup>. Nos casos em que a abstracção da condição implique um outro efeito para o direito que, portanto, não se integre na respectiva categoria abstracta (*v. g.*, morte) o acto será facilmente qualificável como uma *conditio sine qua non*. Todavia, as dificuldades em avaliar da equivalência jurídica entre o resultado real e o resultado hipotético aumentam nos casos em que o efeito concreto, modificado se se abstrair da circunstância factual considerada, ainda se integra naquela categoria abstracta, mas em outras condições de tempo, lugar ou extensão da lesão. Nestes casos, segundo Traeger, a relevância jurídica da modificação do efeito terá de ser avaliada no caso concreto. Assim, no exemplo descrito por Pereira Coelho, referindo-se à teoria daquele autor, ficam claras as dificuldades com que se defronta este critério: “se A é ferido mortalmente por B e o enfermeiro, por negligência, lhe dá uma dose de morfina maior do que a prescrita pelo médico, a qual, porém, só vem antecipar a morte de A por algumas horas, a conduta do enfermeiro não poderá julgar-se condição da morte do doente; a modificação do efeito, não sendo *essencial*, não terá aqui *relevância*. Mas as coisas serão de outro modo se A, já em agonia, foi morto por B (*v. g.*, com uma facada, ou com um tiro), tendo o acto de B antecipado igualmente a morte de A por pouco tempo; pois a modificação será agora juridicamente relevante”<sup>1058</sup>.

À teoria de Traeger são apontadas algumas notas críticas. Desde logo, como observa Pereira Coelho, este autor retira ao juízo de condicionalidade o seu carácter de pura operação racional ou lógica ao remeter para a ponderação casuística, “passando a demandar do juiz não só uma pura actividade lógica como um verdadeiro juízo de valor, com toda a margem de subjectividade inerente a este tipo de juízos”<sup>1059</sup>. Aquele mesmo autor considera ainda que a proposta de Traeger não resolve adequadamente os casos de causalidade cumulativa, em que, suprimindo-se uma actuação, sempre se teria verificado um efeito idêntico em consequência de outra circunstância. Trata-se de um resultado semelhante ao efeito real e com a

---

<sup>1057</sup> Como bem sublinha SPENDEL, Günter, *Die Kausalität der Bedingungstheorie für die Handlungsdelikte. Eine kritische Untersuchung der Conditio-sine-qua-non Formel im Strafrecht*, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde der Hohen Juristischen Fakultät der Ruprecht-Karl-Universität zu Heidelberg, 1948, p. 75-76.

<sup>1058</sup> Cf. *O Problema da Causa Virtual...*, *op. cit.*, p. 179.

<sup>1059</sup> Cf. *O Problema da Causa Virtual...*, *op. cit.*, p. 180.

mesma relevância jurídica, o que, em última instância e de uma perspectiva assente na abstracção jurídica, conduziria a excluir a conexão causal entre o facto e o efeito concreto<sup>1060</sup>.

Também Engisch, socorrendo-se das correcções propostas por Max Ludwig Müller<sup>1061</sup>, se mostra crítico da definição de resultado seguida por Traeger e em particular do critério da abstracção jurídica que através dela se propõe. Considera que em vez de perguntar se, na ausência da conduta, o resultado hipotético teria sido juridicamente equivalente ao resultado real, se deve antes indagar da causalidade da conduta relativamente ao resultado concreto, real, produzido naquele momento e naquela forma. Desta forma, considera que a aferição do nexa causal entre uma conduta e um determinado resultado não pode realizar-se por via de uma abstracção jurídica, mas deve sim ser entendida como aferição de um nexa concreto. Nas palavras de Engisch, “a perspectiva de Traeger põe erroneamente, no lugar daquela delimitação (dada pelo resultado concreto), uma abstracção”<sup>1062</sup>.

A diferença entre as duas posições é claramente visível num caso apresentado por Engisch: A vê que B está prestes a agredir C e avisa-o, chamando-o. Em consequência, C é atingido lateralmente no crânio ao virar-se, em vez de ser atingido na parte posterior da cabeça. Ora, aplicando-se a este caso o critério de averiguação causal proposto por Traeger, deve concluir-se que, sem a actuação de A, o resultado hipotético (isto é, a lesão na parte de trás do crânio) seria juridicamente equivalente ao resultado real (lesão na parte lateral do crânio). Do ponto de vista da valoração jurídica, eliminando-se a conduta de A, o resultado continuaria a ser o mesmo. Logo, a acção de A não constitui uma *condicio sine qua non* daquele resultado. Porém, da perspectiva de Traeger, a solução já seria outra se A, não querendo avisar C, pretendesse com a sua actuação auxiliar o assalto a realizar por B. Com efeito, este autor entende que nos casos de cumplicidade tem relevância jurídica a mais insignificante modificação do resultado. Desta forma, Traeger vê-se obrigado a considerar na análise de uma questão externa – a causalidade – um elemento

---

<sup>1060</sup> Cf. *O Problema da Causa Virtual...*, *op. cit.*, p. 180.

<sup>1061</sup> Sobre a influência do pensamento de Max Ludwig Müller em Engisch veja-se SAMSON, Erich, *Cursos Causales Hipotéticos en el Derecho Penal. Una Contribución sobre la Causalidad de la Complicidad*, Buenos Aires: Hammurabi, 2003, p. 28.

<sup>1062</sup> Cf. *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, *op. cit.*, p. 11.

interno, a saber, a vontade do agente, o que, segundo Engisch, não pode deixar de ser criticável<sup>1063</sup>. Engisch considera que, no exemplo acima descrito, para se aferir da relevância causal do comportamento de A, deve analisar-se o resultado concreto e, portanto, averiguar se o golpe lateral no crânio de C, que lhe provoca a morte, também está condicionado pela conduta de A. Questão que deve ser respondida em sentido afirmativo, sendo indiferente indagar da vontade ou intenção que presidiu à sua acção<sup>1064</sup>. No entanto, a afirmação da causalidade só por si não é suficiente para afirmar a responsabilidade, na medida em que devem estar verificados os outros pressupostos de que ela depende tanto no plano da ilicitude como da culpa<sup>1065</sup>.

c) Num sentido algo diverso se encaminhou outra das correcções à fórmula da condição *sine qua non*, destinada a resolver os problemas colocados pela causa virtual ou hipotética, segundo a qual na análise causal deveria somente atender-se ao *resultado na sua configuração concreta*. Particularmente conhecida neste contexto é a correcção de Spendel. Este autor, em consonância com Traeger, Max Ludwig Müller e Engisch e discordando de Mezger, reconhece utilidade à fórmula da *conditio sine qua non*, enquanto base para a afirmação da causalidade penal<sup>1066</sup>. Porém, da sua perspectiva, é necessário reconhecer alguns limites e estabelecer algumas restrições àquela teoria.

Com efeito, partindo desta fórmula, Spendel rejeita a conclusão que dela se retira na formulação negativa da causalidade, ao afirmar que “uma acção não é causal, quando sem ela, o resultado tivesse lugar”<sup>1067</sup>. Da sua perspectiva, uma acção é causal se a sua eliminação faz desaparecer o resultado, *mas tal não implica que uma*

---

<sup>1063</sup> Cf. *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, *op. cit.*, p. 11 e s.

<sup>1064</sup> Cf. *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, *op. cit.*, p. 11. Engisch acrescenta que no exemplo da jarra pintada a solução seria distinta uma vez que a circunstância de o objecto estar pintado não faz parte integrante do resultado concreto delimitado em conformidade com o tipo legal de dano.

<sup>1065</sup> *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, *op. cit.*, p. 12.

<sup>1066</sup> Cf. SPENDEL, Günther, *Die Kausalitätsformel der Bedingungsstheorie für die Handlungsdelikte...*, *op. cit.*, p. 91.

<sup>1067</sup> Cf. *Die Kausalitätsformel der Bedingungsstheorie für die Handlungsdelikte...*, *op. cit.*, p. 15: “eine Handlung erscheint als nicht kausal, wenn ohne dieselbe der konkrete Erfolg auch eingetreten wäre”. Veja-se ainda, quanto a uma apreciação crítica do ponto de vista lógico desta formulação negativa, p. 39 e ss. Também, do mesmo autor, «Der Conditio-sine-qua-non-Gedanke als Strafmilderungsgrund», *op. cit.*, p. 510, nota 4. Quanto à crítica que Spendel dirige a esta formulação negativa, *vide* Cf. SCHLÜCHTER, Ellen, «Gründfalle zur Lehre von der Kausalität», *op. cit.*, p. 381.



acção deixe de ser causal se, ainda que sem ela, o resultado ocorresse. Assim, para averiguar da causalidade é necessário, de acordo com a sua proposta, atender aos factos que realmente aconteceram, bem como ao resultado concretamente realizado, no seu circunstancialismo de tempo e lugar, classe e forma. Deste modo, à situação hipotética que resulta da eliminação da condição não pode, nos termos da correcção proposta por Spendel, acrescentar-se mentalmente outras condições (hipotéticas) e respectivas consequências (hipotéticas)<sup>1068</sup>.

Importa, pois, reformular, nestes termos, a teoria da condição enquanto critério de determinação causal. Deste modo, segundo a conhecida correcção proposta por Spendel, uma acção é causal se ao suprimi-la – *e tendo somente em conta as circunstâncias efectivamente realizadas*<sup>1069</sup> – o resultado concreto não se tivesse produzido. Deste modo, na determinação da causalidade, não devem ser considerados os cursos causais hipotéticos<sup>1070</sup>. No clássico exemplo do pai da vítima que, convidado a assistir à execução do assassino do seu filho, se antecipa ao carrasco e acciona ele próprio a guilhotina, a proposta de Spendel leva a desconsiderar na análise da causalidade daquele comportamento, a acção (virtual) do verdugo uma vez que ela não aconteceu realmente. Assim, é a acção do pai que dá causa ao resultado na sua configuração concreta, o que conduz a afirmar que ela foi condição necessária da morte do assassino do seu filho<sup>1071</sup>.

Acrescente-se que a fórmula de Spendel mereceu também algumas reservas por parte da doutrina, por desconsiderar aquelas circunstâncias alternativas já em curso de realização mas não materializadas devido à intromissão da conduta do autor, o que, em termos práticos, corresponde a “abandonar a ideia da *conditio sine qua non*”<sup>1072</sup>. Adicionalmente, a fórmula de Spendel é também apontada pelas dificuldades em que incorre nos casos de causalidade cumulativa, uma vez que

---

<sup>1068</sup> Cf. JAKOBS, Günther, *Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 228, referindo-se à correcção proposta por Spendel. Também ROXIN, Claus, *Strafrecht I*, *op. cit.*, p. 355.

<sup>1069</sup> Cf. *Die Kausalitätsformel der Bedingungslehre für die Handlungsdelikte...*, *op. cit.*, p. 38: „eine Handlung gilt dann als kausal, wenn ohne sie – unter alleiniger Berücksichtigung der dann übrigbleibenden, tatsächlich auch verwirklichten Umstände! – der konkrete Erfolg nicht eingetreten wäre“. Também SCHLÜCHTER, Ellen, «Gründfalle zur Lehre von der Kausalität», *op. cit.*, p. 381-382.

<sup>1070</sup> Cf. SCHLÜCHTER, Ellen, «Gründfalle zur Lehre von der Kausalität», *op. cit.*, p. 382.

<sup>1071</sup> Cf. SCHLÜCHTER, Ellen, «Gründfalle zur Lehre von der Kausalität», *op. cit.*, p. 382.

<sup>1072</sup> Cf. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, *op. cit.*, p. 282.

nestas situações as condições substitutivas ou alternativas chegam mesmo a materializar-se<sup>1073</sup>.

d) Ainda no âmbito das correcções à teoria da *condicio*, embora um pouco mais afastada de uma teoria do resultado na sua configuração concreta, é de referir a recente proposta de Jonathan Schaffer, segundo a qual a relevância jurídico-penal do resultado realizado pelo agente há-de depender de um juízo comparativo entre a conduta do agente e actuação esperada pela ordem jurídica<sup>1074</sup>. Numa nova leitura da fórmula da *condicio sine qua non*, este autor propõe aquilo a que chama uma teoria “*contrastiva*” da causalidade (*contrastive causation*), segundo a qual o cenário hipotético que serve de comparação à actuação do agente deve ser restringido à hipótese de o agente ter realizado uma conduta legalmente devida. Ou seja, a alternativa que há-de considerar-se no juízo hipotético da *condicio* não é uma qualquer mas somente aquela em que o agente cumpre o dever pressuposto pela ordem jurídica. Deste modo, a conduta do agente será tida como causa se, actuando o agente de modo adequado ao direito, o resultado não se tivesse produzido. A causalidade cairá se mesmo perante uma conduta legalmente devida (*lawful conduct*) aquele resultado sempre se tivesse realizado. Deste modo importa indagar da conduta “*contrastiva*” à do agente (a conduta devida legalmente) e do resultado “*contrastivo*” que a ela se liga, para assim se determinar a relevância causal da real actuação do agente.

Com a sua proposta, Schaffer chama a atenção para um aspecto importante no âmbito da atribuição de resultados: a necessidade de a causalidade jurídica ser delimitada pelo *dever-ser* pressuposto na normatividade jurídico-penal. Porém, não se furta a algumas das críticas válidas para a teoria da *condicio*, entre as quais sobressaem a ausência de um critério material de causalidade e o recurso a uma construção vincadamente heurística. Com efeito, o juízo hipotético, ainda que limitado à conduta legalmente devida, nada acrescenta sobre a concreta explicação causal do evento: na medida em que a relevância causal da conduta do agente depende do que

---

<sup>1073</sup> Cf. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, *op. cit.*, p. 282. Entre nós NEVES, João Curado, *Comportamento Alternativo e Concurso de Riscos*, Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1989, p. 160.

<sup>1074</sup> Cf. «Contrastive causation in the law», *Legal Theory* 16 (2010), p. 261 e ss.

teria acontecido se ele actuasse de forma juridicamente adequada em nada se explica o concreto nexos causal.

Por outro lado, esta proposta cruza planos ontologicamente distintos: o real e o normativo. Com efeito, são introduzidos no plano causal problemas adicionais que, da nossa perspectiva, só podem ser resolvidos no âmbito da normatividade e, como tal, fora do contexto nomológico pressuposto pela causalidade, a saber, a determinação do dever e da conduta legalmente devida<sup>1075</sup>.

#### 4. A teoria da condição conforme às leis da natureza

Também Karl Engisch (1899-1990) se destacou no estudo da causalidade penal e em particular da teoria das condições, sublinhando, a propósito das deficiências apontadas a esta teoria, a importância de considerar, na aferição do carácter causal do comportamento do autor, o *resultado concretamente realizado*, nos termos que a seguir serão expostos. Todavia, impõe-se uma breve palavra prévia referente à teoria causal deste autor.

Muito embora a teoria de Engisch se ligue na sua génese à fórmula da *condicio*, o estudo por si desenvolvido sobre o problema da causalidade assume uma dimensão sistemática capaz de lhe conferir autonomia, tanto formal como material, em face da teoria das condições. A sua proposta teórica ficaria conhecida como *teoria da condição conforme às leis da natureza* (*gesetzmäßige Bedingung*) e disputa com a teoria da condição, essencialmente no quadro doutrinal germânico, a primazia enquanto critério da determinação da causalidade penal<sup>1076</sup>.

A sua obra *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände* é tida pela doutrina penalista como primordial no estudo da causalidade penal<sup>1077</sup>. Nela o autor procede a uma análise crítica, acompanhada da proposta de algumas correcções e modificações, à teoria das condições. Em particular, Engisch procura resolver o seguinte problema: em que circunstâncias pode um resultado abrangido por um

---

<sup>1075</sup> Cf., de modo desenvolvido, *infra*, § 12.

<sup>1076</sup> Cf. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, *op. cit.*, p. 283; JAKOBS, *Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 229; também, em particular quanto a este aspecto, ANARTE BORRALLÓ, *Causalidad e Imputación Objetiva*, *op. cit.*, p. 42.

<sup>1077</sup> KORIATH, Heinz, *Kausalität und objektive Zurechnung*, *op. cit.*, p. 66.

tipo-de-ilícito (*Tatbestand*) considerar-se causado por um comportamento humano?<sup>1078</sup>

Como primeiro passo essencial na determinação da relação causal, Engisch toma a *definição e delimitação do resultado “causado”*, tema em que se afasta de forma categórica da fórmula da *condicio sine qua non*. A seu ver, na aferição da causalidade penal só pode ser considerado o resultado concreto e não um qualquer evento hipotético a ocorrer na ausência da acção do agente<sup>1079</sup>. O resultado concreto de que fala Engisch é aquele que é produzido naquele momento e naquela forma. Todavia, este resultado tem de ser recortado por referência ao resultado típico, uma vez que nele se realiza a classe de resultado previsto no tipo, conferindo-lhe relevância jurídica. Esta delimitação do evento concreto a partir do resultado típico permite excluir todas as condições sem relevância jurídica<sup>1080</sup>. Assim no exemplo da destruição da jarra pintada, a circunstância de A ter pintado aquele objecto não configura parte integrante do resultado concreto, delimitado em conformidade com o tipo legal de dano; logo a actuação daquele que a pintou não tem qualquer relevância causal<sup>1081</sup>.

Definido o resultado, o passo seguinte é indagar quando e em que termos é que este pode ser referido a uma acção. Engisch rejeita a fórmula da *condicio sine qua non*, desde logo por ela inverter a questão causal. Nos termos daquela fórmula, o resultado E (*Erfolg*) é consequência da conduta V (*Verhalten*) porque sem esta não se teria produzido tal resultado. Da perspectiva de Engisch esta formulação é

---

<sup>1078</sup> ENGISCH, Karl, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, *op. cit.*, p. 4 e p. 7. Também KORIATH, Heinz, *Kausalität und objektive Zurechnung*, *op. cit.*, p. 72.

<sup>1079</sup> Cf. *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, *op. cit.*, p. 11

<sup>1080</sup> Muito embora alguns autores tenham acolhido em geral a proposta de Engisch de considerar o resultado concreto na aferição da causalidade, apontam-se algumas divergências quanto à forma e modo como há-de delimitar-se esse resultado concreto. Neste contexto, meramente a título exemplificativo das discussões e reajustamentos doutrinários que se foram sucedendo, destaca-se a discordância de Spendel ao sublinhar a amplitude da teoria de Engisch na definição de resultado e a necessidade de se referir o resultado concreto atendendo a todas as circunstâncias, designadamente às circunstâncias temporais em que ele se deu. Cf. SPENDEL, Günther, *Die Kausalitätsformel der Bedingungstheorie für die Handlungsdelikte...*, *op. cit.*, p. 43-44. Só por esta via se pode chegar a uma solução correcta em casos como o do pai da vítima que, antecipando-se ao verdugo, mata o assassino, na medida em que, delimitando-se a situação concreta somente a partir do resultado típico, ela teria exactamente a mesma valoração jurídica na ausência da conduta do agente, sem considerar, por exemplo, que o sujeito, através da sua acção, “apressou” (*beschleunigte*) o resultado. Também SCHLÜCHTER, Ellen, «Gründfälle zur Lehre von der Kausalität...», *op. cit.*, p. 518.

<sup>1081</sup> Cf. *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, *op. cit.*, p. 11 e ss.

incorrecta e conduz imediatamente a dificuldades nas situações de causalidade hipotética, em que uma outra acção sempre teria produzido o resultado. Para este autor, o problema causal deve ser posto da seguinte forma: o resultado E não se teria realizado sem a conduta V porque *esta é causa daquele*<sup>1082</sup>. Ou seja, a *condicio sine qua non*, com a sua pergunta, apenas permite que se estabeleça um indício de causalidade mas não diz o que *é* e quando *existe* uma relação causal.

Nos termos da proposta teórica de Engisch, um comportamento é causa de um resultado quando entre eles se constitui uma relação conforme às leis da natureza, ou seja, quando àquela conduta se seguiram modificações no mundo exterior, temporalmente sucessivas e sequencialmente interligadas segundo uma lei (da natureza), que desembocam numa parte integrante da concreta situação de facto, que, por sua vez, é constitutiva do resultado típico<sup>1083</sup>. Assim, seria causa de um resultado concreto, delimitado por referência a um tipo penal, a conduta a ele ligada por intermédio de uma sucessão de alterações regulares segundo as leis da natureza.

Em contraposição à fórmula da *condicio sine qua non*, Engisch designa esta fórmula como *condição conforme à lei*<sup>1084</sup>. A teoria da condição legal não representa um qualquer discurso de radical ruptura com a teoria das condições, antes procura apontar um critério de materialização do carácter necessário da condição para a realização do resultado, capaz de sustentar a sua qualificação de causa. De acordo com esta proposta, o que importa é examinar o caso concreto e as suas conexões à luz das leis naturais, de modo a averiguar se a acção se integra numa classe de eventos capazes de produzir efeitos semelhantes aos ocorridos na situação concreta<sup>1085</sup>. Se assim for, a condição conforme à lei natural é tida como causa daquele resultado<sup>1086</sup>.

---

<sup>1082</sup> Cf. *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, *op. cit.*, p. 17.

<sup>1083</sup> Cf. ENGISCH, Karl, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, *op. cit.*, p. 21.

<sup>1084</sup> Cf. ENGISCH, Karl, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, *op. cit.*, p. 21.

<sup>1085</sup> Cf. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, *op. cit.*, p. 283.

<sup>1086</sup> Muito embora a teoria causal de Engisch recuse o método de eliminação hipotética, baseando o juízo causal no “que realmente aconteceu” e não no “que teria acontecido” sem a conduta do agente, acaba no entanto por conceder algum espaço ao juízo hipotético no âmbito da omissão ao transportar para este domínio o critério da condição conforme à lei. Com efeito, este autor considera que este critério é igualmente aplicável à causalidade na omissão conquanto se possa afirmar com a *maior segurança e probabilidade* que, de acordo com as leis da experiência, *o resultado teria sido evitado se a acção tivesse sido realizada*. É assim porque, nas suas palavras, “entre a omissão e o

A teoria da condição conforme à lei da natureza representa um corte decisivo com o carácter metafísico e filosófico da teoria das condições, na sua versão originária, ao remeter de forma imediata para o conhecimento científico<sup>1087</sup>. Todavia, uma das questões que primariamente se dirige a esta teoria prende-se com a natureza e limitação das “leis” para que remete. O próprio Engisch, apercebendo-se da necessária clarificação do conceito de lei natural, refere que o utiliza num sentido amplo que compreende o conhecimento máximo (*Höchstwissen*) ao dispor do juiz, existente no momento do julgamento e a aplicar com a máxima precisão e rigor<sup>1088</sup>.

Encontrado um critério de aferição da relação causal, Engisch continua a análise dos tipos legais e acentua a necessidade de, a partir de uma interpretação restritiva, limitar juridicamente a relevância das relações causais afirmadas no caso concreto em conformidade com os conhecimentos da ciência e com as regras da experiência. Neste novo degrau da sua proposta, rejeita as teorias individualizadoras como base daquela interpretação restritiva do tipo<sup>1089</sup> e toma clara preferência pela doutrina da causalidade adequada que expõe de forma aprofundada<sup>1090</sup>. Importa por agora sublinhar, uma vez que o número seguinte será dedicado em pormenor à doutrina da causalidade adequada, que Engisch se afasta de uma compreensão causal desta teoria, concebendo-a como um elemento normativo de delimitação da ilicitude (em oposição aos elementos negativos da ilicitude, de que seriam exemplo os tipos justificadores)<sup>1091</sup>. Uma actuação contrária à norma jurídica pressupõe que a conduta humana se mostre objectivamente adequada, de acordo com as regras da experiência e os concretos conhecimentos do agente, a causar o resultado, na medida em que aumenta a sua possibilidade de realização. Neste sentido, o juízo de adequação enquanto elemento de ilicitude relaciona-se com o conceito de cuidado: uma

---

resultado existe uma relação ajustada à lei somente se a actuação omitida era comprovadamente apropriada para impedir o resultado”. Cf. *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, op. cit., p.62, nota 2. Engisch concede assim um certo espaço, no domínio da omissão, à racionalidade hipotética que havia rejeitado no domínio da acção.

<sup>1087</sup> Cf. ANARTE BORRALLO, Enrique, *Causalidad e Imputación Objetiva*, op. cit., p 44.

<sup>1088</sup> *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, op. cit., p. 23.

<sup>1089</sup> *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, op. cit., p. 38.

<sup>1090</sup> *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, op. cit., p. 41 e ss.

<sup>1091</sup> Por esta razão, alguns autores têm sublinhado o carácter inovador da sua teoria da adequação, tida como um autêntico critério normativo de imputação de resultados que permitiria resolver alguns dos problemas de que se ocupa a moderna teoria da imputação objectiva, cf. NEVES, João Curado, *Comportamento Lícito Alternativo...*, op. cit., p. 159 e s.

actuação é contrária à ordem jurídica se deixa “de observar o cuidado objectivamente requerido para evitar o resultado”, criando-se dessa forma um perigo de produção do resultado. Neste primeiro sentido, a adequação (abstractamente considerada) teria como função determinar a contrariedade da conduta à norma jurídica e seria um elemento do tipo, essencial para determinar o carácter ilícito da conduta. Assim, o juízo de previsibilidade abstracta da verificação do resultado típico permite qualificar a conduta como perigosa e, como tal, proibida<sup>1092</sup>.

Porém, o juízo de adequação conhece em Engisch um segundo sentido ou função que liga o resultado concreto com o acto ilícito praticado e se destina a verificar se o perigo criado pela conduta do agente – adequado em abstracto a causar o resultado que a norma quis evitar – foi efectivamente o perigo específico que se concretizou no resultado concreto (o perigo realizado há-de ser aquele que fundamenta a contrariedade da conduta à norma jurídica)<sup>1093</sup>. Deste modo, a produção do resultado típico só torna responsável o agente se aquele resultado corresponder à concretização de um perigo já incluído na conduta que o causa ou condiciona. Assim, Engisch inscreve a causalidade ao lado da realização do perigo como elemento especial do tipo dos delitos de resultado<sup>1094</sup>.

---

<sup>1092</sup> Cf. NEVES, João Curado, *Comportamento Lícito Alternativo...*, *op. cit.*, p. 161.

<sup>1093</sup> Por esta via, Engisch exclui da imputação os resultados que, embora ligados causalmente à conduta do agente, não representam uma concretização do perigo abstracto que fundamenta a ilicitude da conduta. Para ilustrar esta ideia toma de empréstimo o exemplo de Max Ludwig Müller: A causa graves queimaduras a B através de uma actuação culposa e de modo perigoso para a sua vida; porém, B vem a morrer, depois de recuperado, não em consequência destas queimaduras mas em virtude da anestesia que lhe foi aplicada para efeitos de um transplante que, em face da sua constituição física, não conseguiu suportar. Ainda que a conduta de A seja ilícita porque cria em abstracto um perigo para a vida de B, entre a sua conduta e o resultado típico causado não existe uma relação de ilicitude porque não se “realizou” o perigo específico que faz aparecer como proibida a actuação de A por ser perigosa para a vida. Cf. *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, *op. cit.*, p. 61.

<sup>1094</sup> ENGISCH, Karl, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, *op. cit.*, p. 68.

## 5. A teoria da adequação ou da causalidade adequada

### 5.1 As origens

a) Muito embora a teoria das condições tenha sido dominante no domínio criminal, quer na doutrina quer na jurisprudência alemãs<sup>1095</sup>, alguns autores, bem como os tribunais civis, insatisfeitos com os resultados indevidamente extensos a que conduzia a fórmula da *condicio sine qua non*, procuraram outras soluções autónomas que não constituíssem meras correcções àquela teoria. Sobretudo os tribunais civis voltaram-se para as chamadas teorias generalizadoras<sup>1096</sup>. De entre estas teorias generalizadoras, a teoria da adequação (*Adäquanztheorie*) ou da causalidade adequada (*Theorie der adäquaten Verursachung*) foi aquela que teve maior sucesso no âmbito penal<sup>1097</sup>.

Na verdade, a doutrina da adequação partilha com a teoria das condições a determinação de um critério que permita escolher, de um conjunto de circunstâncias, aquela ou aquelas que possam considerar-se causais de um determinado resultado<sup>1098</sup>. No entanto, desde logo se afasta daquela teoria por

---

<sup>1095</sup> Neste contexto, é de salientar as críticas a que foram sujeitas algumas decisões jurisprudenciais pela injustiça resultante da aplicação, em alguns casos, da fórmula da *condicio sine qua non*. Disso mesmo constitui exemplo a decisão do *Reichtsgericht* alemão, de 31 de Maio de 1920. Em causa está a condenação a título de homicídio negligente daquele que, numa luta com o seu irmão, lhe atira uma pedra que vem a acertar num terceiro que por ali se encontrava, ferindo-o de forma ligeira; porém, a vítima era hemofílica, vindo a falecer no dia seguinte, cf. *RGSt 54*, p. 349. Em sentido crítico a esta decisão, HIPPEL, Robert v., *Des Deutsches Strafrecht*, *op. cit.*, p. 144, nota 4. Veja-se também, quanto a esta decisão, KORIATH, Heinz, *Kausalität und objektive Zurechnung*, *op. cit.*, p. 38-39.

<sup>1096</sup> Cf. HART / HONORÉ, *Causation in the Law*, *op. cit.*, p. 465.

<sup>1097</sup> Como referem HART / HONORÉ, *Causation in the Law*, *op. cit.*, p. 465, a opção entre aqueles termos não é absolutamente indiferente. No âmbito civil, onde esta teoria conheceu sucesso, é preferido o termo adequação por aqueles autores que reconhecem total ou parcialmente a esta teoria a função de estabelecer limites não-causais à responsabilidade civil, mais do que propriamente uma função de definição e significado de uma conexão causal. Também no âmbito penal, alguns autores têm mostrado preferência pela designação teoria da adequação, uma vez que se trata de uma doutrina normativa de imputação e não propriamente de uma teoria causal. Neste sentido, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal*, Coimbra, 1975, p. 156; também BELEZA, Tereza Pizarro, *Direito Penal*, 2.º Vol, *op. cit.*, p. 130.

<sup>1098</sup> RADBRUCH, Gustav, *Die Lehre von der adäquaten Verursachung*, Berlin: J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, 1902, p. 333 (9), chega mesmo a apontar como ponto de partida da teoria da causalidade adequada a teoria da equivalência das condições de v. Buri, na medida em que ambas partem de uma causa enquanto conjunto de condições bem como da sua equivalência na realização do resultado. Porém, se a primeira se fica por esta equivalência, a doutrina da causalidade adequada ultrapassa-a, no sentido de extravasar as limitações naturalísticas que marcam aquela concepção e



diferenciar causa e condição. À adequação não interessa a relevância da particular condição no concreto processo causal<sup>1099</sup>, mas antes o significado que a condição tem, em abstracto, relativamente a um efeito do género daquele que se verificou<sup>1100</sup>. Desta forma, o critério aferidor da causalidade há-de ir buscar-se à regularidade ou normalidade de uma sequência de eventos. É justamente do método generalizador que esta teoria utiliza, assente sobre um juízo abstracto referente à regularidade dos acontecimentos e à normalidade do acontecer, que deriva a sua qualificação como doutrina generalizadora<sup>1101</sup>.

Este primeiro esclarecimento permite ainda avançar com uma outra diferença de perspectiva entre estas duas teorias quanto à natureza que conferem ao nexó causal: no âmbito da *condicio* indaga-se da relação de necessidade entre o antecedente e o seu conseqüente; por sua vez, a teoria da adequação faz radicar aquela conexão essencialmente sobre uma ideia de possibilidade. Neste sentido, esta última teoria faz assentar num juízo de possibilidade a relação causal exigida criminalmente por um delito de resultado.

A natureza do juízo causal procurado – fundado, de modo primordial, seja na necessidade seja na possibilidade – é tão-somente uma de entre as várias considerações metodológicas que afastam estas teorias. Os autores tidos como “generalizadores” procuram uma conexão geral entre a condição e o evento subsequente que persista para além do caso particular, isto é, que se mantenha ainda que combinada com um outro conjunto diferente de condições. Estes autores, à semelhança do que aconteceu nas teorias individualizadoras, procuram identificar uma particular condição como causa do resultado; mas propõem-se ainda, através de um juízo de abstracção, indagar da relação geral entre a condição e o resultado, relação essa que permaneça ainda que aquela condição se realize no âmbito de um

---

procurar um conceito normativo de causalidade. Desta perspectiva normativa, nem toda a condição naturalística do resultado pode ser tida como causa desse mesmo resultado, mas apenas aquela que se mostre adequada a causá-lo. Assim, uma actuação inadequada para o resultado, ainda que seja uma condição da sua realização do ponto de vista naturalístico, não constitui uma causa em sentido jurídico-penal, de acordo com a teoria da causalidade adequada.

<sup>1099</sup> Em sentido diferente ao proposto pelas teorias individualizadoras, cf. ANTOLISEI, Francesco, *Il Rapporto di Causalità...*, *op. cit.*, p. 92.

<sup>1100</sup> Cf. ANTOLISEI, Francesco, *Il Rapporto di Causalità...*, *op. cit.*, p. 92.

<sup>1101</sup> Cf. HART / HONORÉ, *Causation in the Law*, *op. cit.*, p. 465.

conjunto diverso de circunstâncias. Neste sentido, uma “teoria generalizadora” significa, em primeiro lugar, que a aptidão causal de determinada condição não se encontra confinada a um específico ou concreto conjunto de condições<sup>1102</sup>. Em dissonância com a teoria da condição, a teoria da causalidade adequada não se basta com a necessidade da condição para a realização do concreto evento, sem a qual este não se teria realizado, mas antes exige que a condição seja, em geral, idónea a causar aquele resultado<sup>1103</sup>. Por esta via, esta teoria obedece ao propósito de limitar o conceito de causalidade penal, distinguindo entre percursos causais relevantes, nos quais se inclui uma causa em geral adequada a produzir o resultado, e percursos causais irrelevantes porque referidos a causas em geral inadequadas<sup>1104</sup>. A teoria da causalidade adequada representa assim uma restrição do conceito de conexão causal em sentido normativo, em face do entendimento de conexão causal num sentido científico ou natural.

De forma a perceber melhor o sentido, funcionamento e conclusões desta teoria, descreve-se de forma sucinta o pensamento daqueles autores que, assumindo uma nova perspectiva, se demarcaram da teoria da condição e procuraram construir as bases de uma nova proposta doutrinária causal fundada sobre o princípio da adequação enquanto princípio de imputação.

b) Os contributos para a formação desta teoria têm uma origem em escritos de diversos autores<sup>1105</sup>. Destacam-se contudo as contribuições do jurista Carl Ludwig v. Bar (1836-1913) e do fisiólogo Johannes v. Kries (1853-1928).

O primeiro daqueles autores<sup>1106</sup> parte da teoria das condições, na formulação de Glaser, para dela discordar quanto à equivalência das condições, isto é, v. Bar não

---

<sup>1102</sup> Cf. HART / HONORÉ, *Causation in the Law*, *op. cit.*, p. 465.

<sup>1103</sup> ANTOLISEI, Francesco, *Il Rapporto di Causalità...*, *op. cit.*, p. 92.

<sup>1104</sup> Cf. MEZGER, Edmund, *Strafrecht*, *op.cit.*, p. 117.

<sup>1105</sup> Na Alemanha seguiram esta teoria, entre outros, Adolf Merkel, Rümelin, Liepmann, v. Rohland, Köhler, Sauer, Hippel. Por todos, com as respectivas referências bibliográficas veja-se HIPPEL, Robert v., *Deutsches Strafrecht*, Berlin: Verlag von Julius Springer, 1930, p. 144, nota 1. Outros autores mostraram alguma concordância com o conteúdo desta teoria, como é o caso de Max Ludwig Müller ou de Mezger, cf. MEZGER, Edmund, *Strafrecht*, *op. cit.*, p. 117 e ss. No entanto, nem na literatura nem na jurisprudência esta teoria chegaria a dominar, ao contrário do que aconteceria no domínio da ciência e jurisprudência jurídico-civilista. Também em Itália aderiram à teoria da causalidade adequada Florian, Grispigni, Massari e Delitala, cf. ANTOLISEI, *Il Rapporto di Causalità nel Diritto Penale*, *op. cit.*, p. 94-95.

concorda que toda a condição de um resultado possa ser considerada causa dele<sup>1107</sup>. Da sua perspectiva, “cada causa é necessariamente uma condição do resultado; mas nem toda a condição se pode tomar como causa”<sup>1108</sup>. A noção de causa deriva, da sua perspectiva, da experiência e do conhecimento que foram sendo adquiridos ao longo da vida e que nos revelam uma regularidade sequencial entre acontecimentos. Esta regular realização dos eventos pressupõe a existência de condições que a favorecem ou auxiliam e a ausência de contra-condições. Ora, estas condições, marcadas pela sua normal regularidade, não podem considerar-se como causas. A sua existência é antes pressuposto de uma qualquer afirmação causal. Neste sentido, causa é uma condição que parte de um curso regular e normal de acontecimentos<sup>1109</sup>. Compreende-se assim que uma tal compreensão de causa torne acessível a conclusão final segundo a qual causa não é toda a condição, mas apenas a condição *adequada* a produzir o resultado.

Deste modo, da perspectiva de v. Bar também uma conduta humana pode ser causa, em sentido jurídico, de um resultado. “A pessoa é, em sentido jurídico, causa de um resultado na medida em que possa ser considerada como a condição em virtude da qual se altera aquilo que, de outra maneira, seria visto como o normal desenrolar dos acontecimentos”<sup>1110</sup>. Todavia, para que uma determinada actuação

---

<sup>1106</sup> Vários autores atribuem a v. Bar a condição de fundador da teoria da adequação, cf. MEZGER, Edmund, *Strafrecht, op. cit.*, p. 118. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Delitos Cualificados por el Resultado...*, *op. cit.*, p. 40, considera que essa qualificação é correcta se se conceber a teoria da adequação a partir de um grau de possibilidade relativo; se se partir, diferentemente, de um grau de possibilidade absoluto, seria mais correcto qualificar este autor como precursor daquela teoria. Também ANTOLISEI, Francesco, *Il Rapporto di Causalità nel Diritto Penale, op. cit.*, p. 95, nota 13, considera que a doutrina da causalidade adequada teve em v. Bar um “precedente notável”; assinala ainda que v. Bar se baseou, na formulação da sua teoria, no criminalista norte-americano Warton, que deve assim ser também considerado entre os precursores da teoria da causalidade adequada. Por sua vez, também HART / HONORÉ, *Causation in the Law, op. cit.*, p. 466 se referem a v. Bar como precursor (*forerunner*) da teoria generalizadora da adequação.

<sup>1107</sup> Ludwig v. Bar expõe a sua doutrina em duas obras fundamentais: na monografia *Die Lehre vom Kausalzusammenhange im Recht, besonders im Strafrecht*, Leipzig: Tauchnitz, 1871, (também disponível uma reedição deste texto em <http://dlib-pr.mpier.mpg.de/m/kleioc/0010/exe/c/books/%22101657%22>) e «Zur Lehre von der Culpa und dem Causalzusammenhange im Straf- und Civilrecht», *Grünbut's Zeitschrift, Bd. IV (1877)*, p. 21-90.

<sup>1108</sup> „Jede Ursache ist nothwendig auch eine Bedingung eines Ereignisses; aber jede Bedingung ist Ursache zu nennen“, cf. BAR, Ludwig v., *Die Lehre vom Kausalzusammenhang im Recht...*, *op. cit.*, p. 4. Veja-se ainda HART / HONORÉ, *Causation in the Law, op. cit.*, p. 466.

<sup>1109</sup> Cf. HART/ HONORÉ, *Causation in the Law, op. cit.*, p. 466.

<sup>1110</sup> Cf. BAR, Ludwig v., *Die Lehre vom Kausalzusammenhang im Recht...*, *op. cit.*, p. 11. Também HART/ HONORÉ, *Causation in the Law, op. cit.*, p. 466.

possa ser considerada como causa de resultado relevante criminalmente há-de atender-se a dois requisitos fundamentais: que a acção realizada seja contrária à lei; e, em segundo lugar, que o evento tenha sido determinado de acordo com a “regra da vida”<sup>1111</sup>. Deste modo, como sublinha Antolisei, v. Bar procura restringir a conexão causal no sentido jurídico em face da conexão causal em sentido natural, na medida em que, por via do primeiro requisito, apenas se poderá considerar como causa em sentido jurídico uma actuação negligente ou dolosa e, por via do segundo, não são imputadas à conduta humana consequências que não sejam normais – ou previsíveis – decorrências daquela sua actuação<sup>1112</sup>. É neste contexto que v. Bar exclui do mundo da relevância jurídica tudo o que não corresponda àquilo que ele designa como “regra da vida” (*Regel des Lebens*)<sup>1113</sup>. Assim, a causalidade tem-se por excluída quando estejam em causa consequências imprevisíveis de uma acção, uma vez que o percurso causal realizado é estranho à “regra da vida”, e ainda nos casos em que, sendo o resultado uma consequência previsível daquela actuação, a conduta é conforme ao direito e à “regra da vida”, entendida com um outro e novo significado<sup>1114</sup>.

A insistência de v. Bar na ideia de “curso normal dos acontecimentos” (*regelmäßiger Lauf der Erscheinungen*) constituiu um contributo decisivo para a noção de “normalidade do acontecer” fundamental ao sentido de causalidade adequada<sup>1115</sup>. A sua teoria assume, neste ponto, contornos muito semelhantes à teoria de v. Kries,

---

<sup>1111</sup> De modo desenvolvido ANTOLISEI, Francesco, *Il Rapporto di Causalità nel Diritto Penale*, *op. cit.*, p. 95, nota 13.

<sup>1112</sup> ANTOLISEI, Francesco, *Il Rapporto i Causalità nel Diritto Penale*, *op. cit.*, p. 95, nota 13.

<sup>1113</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Delitos Qualificados por el Resultado y Causalidad...*, *op. cit.*, p. 40, assinala à categoria de “regra da vida” proposta por v. Bar um sentido equívoco, na medida em que por vezes é utilizada no sentido de excluir a causalidade se o resultado se produz em consequência de um processo causal irregular ou inadequado; outras vezes, não se referindo minimamente à probabilidade de uma acção causar um resultado, antes significa juridicidade ou concordância com o direito. Neste último sentido, entende v. Bar que uma “acção inatacável em si não pode ser fundamento de uma relação de causalidade nem quando (...) seja muito provável ou certo que daquela acção resultarão consequências danosas”. Também quanto à dualidade de significados desta categoria, ANARTE BORRALLÓ, Enrique, *Causalidad e Imputación Objetiva*, *op. cit.*, p. 72. Ainda sobre o conceito de “regra da vida” na teoria de v. Bar veja-se MEZGER, Edmund, *Strafrecht*, *op. cit.*, p. 118.

<sup>1114</sup> Cf. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Delitos Qualificados por el Resultado y Causalidad...*, *op. cit.*, p. 41.

<sup>1115</sup> Assim HART / HONORÉ, *Causation in the Law*, *op. cit.*, p. 467.

revestindo-se claramente de uma natureza pragmática e sem o carácter de uma teoria da probabilidade, como é claramente o caso daquela<sup>1116</sup>.

c) Os estudos de v. Kries sobre o conceito de possibilidade objectiva e das suas eventuais aplicações constituíram, como sublinha Engisch, o ponto de partida para uma importante quantidade de autores que, insatisfeitos com a teoria da condição enquanto teoria individualizadora, procuravam um conceito mais restritivo de causa, que pudesse ser utilizável pelo direito penal<sup>1117</sup>.

A teoria de v. Kries<sup>1118</sup> radica em dois conceitos fundamentais: o de possibilidade e o de causalidade. Com efeito, este fisiólogo de Freiburg parte da teoria das condições equivalentes de v. Buri, segundo a qual só a totalidade das condições determina necessariamente um resultado<sup>1119</sup>. Reconhecendo, no plano concreto, a equivalência das condições, considera não ser possível atribuir a uma parte delas a totalidade do efeito produzido. Todavia, se as condições são equivalentes no caso concreto, podem não o ser de um ponto de vista abstracto, na medida em que uma tal análise deve efectuar-se com recurso ao critério da *possibilidade objectiva*.

O conceito de possibilidade assume papel central na teoria de v. Kries, aplicável, da sua perspectiva, a outros domínios para além da matemática, como seria justamente o caso da ciência jurídica<sup>1120</sup>. Tal conceito estrutura-se, segundo v. Kries, em duas dimensões ou vertentes: a possibilidade objectiva (*Möglichkeit*) e a possibilidade subjectiva (*Wahrscheinlichkeit*), sendo aquela referida à relação entre

---

<sup>1116</sup> KORIATH, Heinz, *Kausalität und objektive Zurechnung*, *op. cit.*, p. 38.

<sup>1117</sup> Cf. ENGISCH, Karl, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, *op. cit.*, p. 41. Tornouse famoso o estudo de Kries, J. v., «Über den Begriff der objectiven Möglichkeit und einige Anwendung desselben», *Separatabdruck aus der „Vierteljahresschrift für wissenschaftliche Philosophie“*, XII Band, Leipzig: Fues's Verlag (R. Reiland), 1888.

<sup>1118</sup> Tida por alguns autores como a proposta doutrinária de maior relevância para a teoria da adequação, cf. KORIATH, Heinz, *Kausalität und objektive Zurechnung*, *op. cit.*, p. 38.

<sup>1119</sup> Cf. ANTOLISEI, Francesco, *Il Rapporto di Causalità...*, *op. cit.*, p. 96.

<sup>1120</sup> Johannes v. Kries acredita que a teoria da possibilidade objectiva seria não só utilizável como indispensável na resolução de problemas de imputação, designadamente no âmbito jurídico-penal, cf. KRIES, J. v., *Über den Begriff der objectiven Möglichkeit...*, *op. cit.*, p. 19.

eventos independente da vontade humana e esta última ao grau de convicção de determinada pessoa quanto à realização do próprio evento<sup>1121</sup>.

Mas que significa possibilidade? Considera-se que um determinado acontecimento é possível ou provável quando, pressupostas determinadas condições, se possa esperar a ocorrência daquele evento. A possibilidade traduz-se assim num juízo proporcional que expressa, em abstracto, a regularidade de um evento ou, nas palavras de v. Kries, em uma margem (*Spielraum*) de realização de um determinado acontecimento<sup>1122</sup>. Deste modo, a possibilidade exprime a conformidade às leis naturais, baseando-se nas regras da experiência. Este juízo está assim dependente do *grau de conhecimento nomológico e ontológico* sobre os acontecimentos. O primeiro refere-se ao conhecimento das leis da natureza que, sem ser perfeito, mas antes limitado, abarca o conhecimento experimental total da humanidade<sup>1123</sup>. O segundo limita-se ao conhecimento dos factos em si mesmos, às condições e circunstâncias que o caracterizam, sendo também um conhecimento limitado. Neste sentido, esta dupla imperfeição nomológica e ontológica, própria do conhecimento humano<sup>1124</sup>, impede a formulação de um juízo de necessidade e impõe o recurso a um juízo de possibilidade.

Johannes v. Kries utiliza o conceito de possibilidade (objectiva) para sublinhar três pontos nucleares que estruturam a sua teoria<sup>1125</sup>. Em primeiro lugar, através desta categoria, acentua-se que a regularidade entre eventos é independente

---

<sup>1121</sup> Este conceito fundamenta-se, neste sentido subjectivo, na impossibilidade de conhecer exactamente todas as condições que integram o caso concreto. Todavia, dentro dos limites de uma certa margem (*Spielraum*), são conhecidos os princípios gerais que conduzem à realização do evento, cf. KRIES, J. v., *Über den Begriff der objectiven Möglichkeit...*, *op. cit.*, p. 13-14. Também RADBRUCH, Gustav, *Die Lehre von der adäquaten Verursachung*, *op. cit.*, p. 334 (10); KORIATH, Heinz, *Kausalität und objektive Zurechnung*, *op. cit.*, p. 40 e s.; KOCH, H. J. / RÜBMANN, H., *Juristische Begründungslehre*, München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1982, p. 291.

<sup>1122</sup> Cf. KRIES, J. v., *Über den Begriff der objectiven Möglichkeit...*, *op. cit.*, p. 14. Também KORIATH, Heinz, *Kausalität und objektive Zurechnung*, *op. cit.*, p. 41.

<sup>1123</sup> Cf. KRIES, J. v., *Über den Begriff der objectiven Möglichkeit...*, *op. cit.*, p. 6 e, do mesmo autor, «Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrecht», *ZStW 1889*, p. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Delitos Cualificados por el Resultado...*, *op. cit.*, p. 20.

<sup>1124</sup> Nos seus pressupostos, a teoria de v. Kries é marcada por um determinismo científico inacessível ao conhecimento humano. Deste modo, os juízos de probabilidade e de possibilidade excluem-se daquele conhecimento próprio de um ser dotado de uma inteligência superior como o que se descreve na teoria laplaciana. Aí, nesse tipo de conhecimento, apenas haverá espaço para a formulação de juízos de necessidade.

<sup>1125</sup> Cf. HART / HONORÉ, *Causation in the Law*, *op. cit.*, p. 467 e s.

de qualquer expectativa ou conhecimento subjectivo<sup>1126</sup>. Em segundo lugar, esta regularidade é vista por v. Kries como um sinal da existência de uma relação mais fundamental existente em uma determinada sucessão de eventos, ainda que por vezes essa relação não possa ser observável; por fim, este conceito não se confunde com a ideia de estimativa. Com efeito, embora a possibilidade de um evento produzir um determinado resultado possa ser medida (assumindo valores entre 0 e 1, correspondentes à não ocorrência e à ocorrência certas, respectivamente), na prática essa graduação é dada pela experiência que permite afirmar a ocorrência de um certo efeito sob determinadas condições e a sua raridade em condições diferentes<sup>1127</sup>. Tal significa que, na primeira hipótese, há uma forte probabilidade de o resultado ocorrer; sendo esta probabilidade escassa na segunda hipótese<sup>1128</sup>.

O conceito de possibilidade é importado para o domínio da ciência jurídica e aplicado sob a forma de causalidade adequada. Com efeito, para que se possa decidir sobre o carácter causal de uma conduta humana para a produção de um resultado, impõe-se determinar o grau de possibilidade de, em abstracto, uma actuação daquele tipo produzir tal resultado. Assim, é causa de um resultado aquela condição que “em geral é apropriada, segundo a experiência, a produzir o resultado típico”<sup>1129</sup>.

Deste modo, é pois necessário que o comportamento, no momento em que se realiza, se mostre idóneo a provocar aquele resultado, transformando-se o princípio da adequação num princípio de imputação penal. Essa idoneidade ou adequação é, assim, dada pela ideia de possibilidade objectiva<sup>1130</sup>. Consequentemente, os efeitos anormais, improváveis, singulares dessa acção,

---

<sup>1126</sup> Perfilhando uma compreensão determinista do mundo das coisas, v. Kries acreditava que todos os antecedentes e resultados deste mundo se podiam reconduzir às leis da natureza (de carácter determinístico) e que, por esta razão, todos os eventos poderiam ser antecipados de modo preciso, cf. KORIATH, Heinz, *Kausalität und objektive Zurechnung*, op. cit., p. 40.

<sup>1127</sup> É justamente esta relação entre causalidade e determinismo que sustenta a observação crítica de Koriath à teoria de v. Kries, na perspectiva de que ela torna indiferenciável a concepção de causalidade de uma mera correlação entre fenómenos, cf. KORIATH, Heinz, *Kausalität und objektive Zurechnung*, op. cit., p. 50.

<sup>1128</sup> ANTOLISEI, *Il Rapporto di Causalità nel Diritto Penale*, op. cit., p. 98.

<sup>1129</sup> Cf. MAURACH, *Deutsches Strafrecht AT*, p. 161, *apud* GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Delitos Cualificados por el Resultado...*, op. cit., p. 22.

<sup>1130</sup> No sentido de a teoria de v. Kries postular um conceito probabilístico de causalidade, cf. KORIATH, Heinz, *Kausalität un objektive Zurechnung*, op. cit., p. 50, uma vez que a regularidade pressuposta no juízo “se A, então B” (de Hume ou Mill), é precisada em v. Kries do seguinte modo “se A, então B com uma probabilidade de 70%”.

embora tenham sido por ela condicionados, não se consideram causados no sentido da teoria da causalidade adequada e como tal não podem ser imputados à conduta humana<sup>1131</sup>. Nas palavras de v. Kries, “quando o facto A tenha causado (condicionado) o resultado B, A é causa adequada de B e B é a consequência adequada de A, na medida em que A se apresente como uma circunstância que em geral favorece a verificação de B; caso contrário deverá falar-se de causa fortuita e de efeito fortuito”<sup>1132</sup>.

Por sua vez, o princípio da adequação enquanto critério de imputação é não só apoiado, da perspectiva de v. Kries, pelas regras da experiência, como corresponde igualmente ao “sentimento jurídico” (*Rechtsgefühl*) imediato<sup>1133</sup> e, em última instância, ao sentido teleológico pressuposto no preceito jurídico-criminal construído pelo legislador<sup>1134</sup>.

Todavia, as dificuldades surgem assim que se procura concretizar este princípio. De quanto se expôs, conclui-se que uma determinada conduta será causa adequada de um resultado se estiverem verificadas duas condições. Como primeiro requisito exige-se que aquela circunstância tenha sido, em concreto, uma condição *sine qua non* daquele resultado<sup>1135</sup> – consumando-se, por esta via a ligação da teoria da possibilidade objectiva à fórmula da *condicio sine qua non*<sup>1136</sup>. O segundo requisito condiciona a relevância causal dessa condição a um aumento da possibilidade objectiva de o dano se realizar numa medida significativa (*begünstigen*), o que deve ajuizar-se de um ponto de vista abstracto, por referência às leis da experiência<sup>1137</sup>.

---

<sup>1131</sup> ANTOLISEI, *Il Rapporto di Causalità nel Diritto Penale*, *op. cit.*, p. 99.

<sup>1132</sup> KRIES, J. v., *Über den Begriff der objectiven Möglichkeit...*, *op. cit.*, p. 27.

<sup>1133</sup> KRIES, J. v., *Über den Begriff der objectiven Möglichkeit...*, *op. cit.*, p. 53, p. 54 e p. 60.

<sup>1134</sup> KRIES, J. v., *Über den Begriff der objectiven Möglichkeit...*, *op. cit.*, p. 51.

<sup>1135</sup> Cf. KRIES, J. *Über den Begriff der objectiven Möglichkeit...*, *op. cit.*, p. 23. Também KORIATH, Heinz, *Kausalität und objektive Zurechnung*, *op. cit.*, p. 45.

<sup>1136</sup> Cf. KRIES, J. v., *Über den Begriff der objectiven Möglichkeit*, p. 25-28.

<sup>1137</sup> Assim, um determinado comportamento pode ter-se, em concreto, como uma condição do resultado sem que possa considerar-se em abstracto, segundo as leis da experiência, como causa adequada de um resultado. J. v. Kries dá como exemplo o caso do cocheiro que, estando algo adormecido, falha o caminho certo, vindo o passageiro a morrer, atingido por um raio. Não obstante, em concreto, o comportamento do cocheiro ter constituído uma condição do resultado uma vez que, tomando o caminho correcto, não teria tido lugar a morte do passageiro, atingido por um raio naquele local. Porém, trata-se de uma conduta que, em abstracto, não é adequada a causar aquele resultado, falhando como tal o juízo de imputação. Cf. «Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit...», *op. cit.*, p. 532. Neste contexto, analisando este mesmo exemplo com ligeiras modificações, veja-se KORIATH, Heinz, *Kausalität und objektive Zurechnung*, *op. cit.*, p. 46.



Este juízo de possibilidade mostra-se, desta forma, dependente de três elementos fundamentais, como refere Gimbernat Ordeig<sup>1138</sup>: em primeiro lugar, da amplitude do conhecimento ontológico (isto é, do número de condições admitidas como base de realização daquele juízo); em segundo lugar, do grau de possibilidade ou probabilidade exigido para que se afirme uma relação de adequação (em que grau há-de aumentar uma determinada conduta a possibilidade de realização do resultado); e, por fim, da forma (mais ou menos genérica) como se descreva o resultado relativamente ao qual se pretende aferir da adequação da acção.

As maiores dificuldades surgem, desde logo, no âmbito da primeira questão, isto é, a propósito da determinação das condições a admitir e a excluir do juízo de adequação. Com efeito, a concretização das bases ontológicas deste juízo causou amplas divergências entre os partidários da teoria em análise, em particular, quanto à inclusão das condições conhecidas ou cognoscíveis pelo autor. Segundo v. Kries, para formular aquele juízo deve atender-se às condições que integram o facto psicológico (*der psychologische Thatbestand*), substituindo-se todas as circunstâncias por ele não abrangidas por condições generalizadas<sup>1139</sup>. Esta referência ao estado psicológico do agente valeu à proposta de v. Kries o epíteto de concepção subjectiva por autores como Traeger ou Rümelin<sup>1140</sup>, Radbruch<sup>1141</sup>, ou mesmo Mezger<sup>1142</sup>.

A referência às condições conhecidas pelo agente e à acção em sentido psicológico levaria ainda à observação crítica de que, na sua proposta, v. Kries confunde os conceitos de culpa e de causalidade<sup>1143</sup>, o que desde logo conduziria, conforme salienta Gimbernat Ordeig, à erradicação de todos os delitos negligentes do âmbito penal por falta da relação de causalidade<sup>1144</sup>.

---

<sup>1138</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Delitos Cualificados por el Resultado...*, *op. cit.*, p. 23 e s.

<sup>1139</sup> Cf. «Über den Begriff der objectiven Möglichkeit...», *op. cit.*, p. 53.

<sup>1140</sup> Cf. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Delitos Cualificados por el Resultado...*, *op. cit.*, p. 25 e s. Este autor discorda, no entanto, que se possa qualificar a concepção de v. Kries como subjectiva, dado que dos seus escritos não deriva esta conclusão. Da sua perspectiva, tal qualificação poderá dever-se talvez ao facto de autores como Traeger e Rümelin procurarem atribuir um maior relevo às suas posições contrapondo-as com uma concepção puramente subjectiva.

<sup>1141</sup> Cf. RADBRUCH, Gustav, *Die Lehre von der adäquaten Verursachung...*, *op. cit.*, p. 355 (31).

<sup>1142</sup> Cf. MEZGER, Edmund, *Strafrecht*, *op. cit.*, p. 118, que se refere a v. Kries e ao artigo por ele publicado na *ZStW*, em 1889, como representante de uma “teoria *subjectiva* da causalidade adequada”.

<sup>1143</sup> Cf. MEZGER, Edmund, *Strafrecht*, *op. cit.*, p. 118.

<sup>1144</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Delitos Cualificados por el Resultado...*, *op. cit.*, p. 27.

## 5.2 A determinação da base ontológica do juízo de adequação

Na verdade, o problema da determinação da base ontológica necessária à determinação do juízo de adequação acompanharia os primeiros seguidores da teoria da adequação<sup>1145</sup>. Max Rümelin foi quem primeiro acentuou a necessidade de determinar de forma rigorosa as condições-base necessárias ao juízo de adequação<sup>1146</sup>. Este autor mostra-se adepto de uma teoria objectiva que contrapõe à concepção subjectiva de v. Kries. Da sua perspectiva, devem ser incluídas na base do juízo de possibilidade “todas as condições que existam ao tempo da acção humana (mesmo que conhecidas posteriormente) e ainda aquelas com cuja realização se pode contar de acordo com a experiência humana em geral, ou seja, cuja realização aparece favorecida pelas circunstâncias existentes”<sup>1147</sup>. Neste sentido, ao julgador caberia realizar um juízo de prognose objectivo *a posteriori* atendendo a todas as condições do resultado já existentes ao tempo da realização do facto, bem como às condições posteriores tidas como previsíveis pelo agente<sup>1148</sup>.

A fórmula de Rümelin não conheceria grande apoio, apontando-se-lhe desde logo a reserva de não cumprir a desejada limitação à teoria da condição que desde sempre se tinha procurado por via da teoria da adequação<sup>1149</sup>. Neste sentido, são pressupostas como base do juízo de adequação todas as condições existentes no momento da acção, bem como aquelas que, a partir delas, são de esperar para a realização do resultado. Como observa criticamente Radbruch, a proposta de Rümelin acaba por abarcar todo o processo causal completo, incluindo o resultado,

---

<sup>1145</sup> Segundo GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Delitos Cualificados por el Resultado...*, *op. cit.*, p. 28, com referência às respectivas propostas doutrinárias, entre estes primeiros seguidores contam-se Adolf Merkel, Helmer e Thon.

<sup>1146</sup> Como destaca RADBRUCH, Gustav, *Die Lehre von der adäquaten Verursachung...*, *op. cit.*, p. 364 (40), nota I, o maior contributo de Rümelin para a teoria da causalidade adequada consistiu na importância que este autor pôs numa firme determinação das bases do juízo de possibilidade.

<sup>1147</sup> *Apud* GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Delitos Cualificados por el Resultado...*, *op. cit.*, p. 30. Também RADBRUCH, Gustav, *Die Lehre von der adäquaten Verursachung...*, *op. cit.*, p. 365 (41).

<sup>1148</sup> Cf. MEZGER, Edmund, *Strafrecht*, *op. cit.*, p. 119.

<sup>1149</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Delitos Cualificados por el Resultado...*, *op. cit.*, p. 30.

retirando qualquer espaço a um juízo de possibilidade. Representaria, portanto, um regresso à teoria da condição<sup>1150</sup>.

Radbruch, revisitando as principais propostas doutrinárias que assentam a causalidade em um juízo de adequação, revela o dilema que atravessa a teoria da causalidade adequada entre duas concepções – objectiva e subjectiva – referentes à determinação das condições do juízo de possibilidade: se, por um lado, uma concepção subjectiva como aquela que era defendida por v. Kries confundia causalidade e culpa, por outro lado, uma concepção objectiva *ex post* como a de Rümelin tendia a confundir-se com a teoria da condições, abarcando, tal como esta, um elevado número de casos<sup>1151</sup>.

A resolução deste problema suscitou o contributo de vários autores<sup>1152</sup>, mais ou menos próximos da teoria da causalidade adequada, como é o caso, por exemplo, de Tarnowski que, na sua obra *Die systematische Bedeutung der adaequaten Kausalitätstheorie für den Aufbau des Verbrechensbegriffs*<sup>1153</sup>, delimita as ligações entre a causalidade e a culpa, enquanto categorias da infracção criminal. A primeira é tida por si como um elemento necessário à completa compreensão do dolo, na medida em que só pressupondo um juízo de adequação poderá o agente representar a causalidade e o ilícito típico na sua completude. Neste sentido, o conceito de culpa carrega em si o pensamento da adequação sem que com ele se confunda. O juízo de adequação não pode estar referido apenas ao plano interior do agente. Com efeito, a adequação, para além desta vertente interna, só alcança o seu significado numa referência externa aos conhecimentos gerais sobre a conexão entre as coisas<sup>1154</sup>.

---

<sup>1150</sup> Cf. *Die Lehre von der adäquaten Verursachung*, *op. cit.*, p. 365 e s. (41 e s.). Também GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Delitos Cualificados por el Resultado...*, *op. cit.*, p. 31.

<sup>1151</sup> Cf. RADBRUCH, Gustav, *Die Lehre von der adäquaten Verursachung*, *op. cit.*, p. 365 e s. (41 e s.). Também GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Delitos Cualificados por el Resultado...*, *op. cit.*, p. 32, em particular sobre as correcções propostas por Radbruch à teoria da causalidade, KORIATH, Heinz, *Kausalität und objektive Zurechnung*, *op. cit.*, p. 52 e ss.

<sup>1152</sup> Por todos, de forma sucinta, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Delitos Cualificados por el Resultado...*, *op. cit.*, p. 32 e s.

<sup>1153</sup> A referência completa é TARNOWSKI, Hans, *Die systematische Bedeutung der adaequaten Kausalitätstheorie für den Aufbau des Verbrechensbegriffs*, Berlin e Leipzig: Walter de Gruyter & Co, 1927.

<sup>1154</sup> Nas palavras de TARNOWSKI, Hans, *Die systematische Bedeutung der adaequaten Kausalitätstheorie...*, *op. cit.*, p. 398: „Die in der obigen Definition des juristischen Schuldbegriffs weiter erwähnte Voraussetzung, daß das Adäquanzurteil des Täters die Realisierung eines entsprechenden logischen Adäquanzurteils darstellen muß, kann nicht allein aus dem Innenleben des Täters ergründet werden,

Assim, a adequação revela-se como uma questão prévia, independente da culpa, e como tal situada no plano da causalidade e das regras da experiência conhecidas em geral<sup>1155</sup>.

Outros autores contribuiriam, com as suas propostas doutrinárias, para a superação das dificuldades apontadas à teoria da causalidade adequada. É o caso de v. Hippel, Traeger ou Wiechowski<sup>1156</sup>. O denominador comum às teorias favoráveis à causalidade adequada é a restrição do conceito de causa em direito penal no sentido de que nem toda a condição para um resultado pode qualificar-se como sua causa, mas tão-somente aquela que se mostre, em geral, apropriada a produzi-lo. “Causa não é toda a condição mas apenas a condição adequada ao resultado”<sup>1157</sup>, restringindo-se, desta forma, o conceito de causalidade penal. O juízo de possibilidade inerente a esta teoria há-de ter por base todas as circunstâncias que ao tempo da acção sejam conhecidas ou cognoscíveis – suprimindo-se a objecção dirigida à proposta de Rümelin – pela pessoa prudente – delimitando-se a causalidade da culpa – bem como todas aquelas condições que por casualidade ou em virtude de um conhecimento especial, sejam pessoalmente conhecidas ou cognoscíveis pelo autor. Assim, a fórmula a usar na construção do juízo de possibilidade, claramente dominante logo a partir dos escritos de Traeger, em 1904, assenta no conjunto “das condições existentes ao tempo da acção (...) que naquele momento fossem cognoscíveis ao homem prudente, bem como àquelas já conhecidas pelo autor”<sup>1158</sup>. O juízo de possibilidade deve abstrair-se de todas as outras condições. Esta fórmula, combinando critérios objectivos, subjectivos e normativos aproxima-se extraordinariamente do juízo de prognose póstuma, tido por referência nuclear da teoria da causalidade adequada, segundo o qual ao juiz cabe colocar-se mentalmente no passado, “no momento em que foi praticada a conduta e ponderar, enquanto observador objectivo, se dadas as regras gerais da

---

zu ihrer Prüfung muß vielmehr auf die allgemeinen Anschauungen der Zeit über den logischen Zusammenhang der Dinge zurückgegriffen werden“.

<sup>1155</sup> Cf., também, MEZGER, Edmund, *Strafrecht, op. cit.*, p. 119 e s.

<sup>1156</sup> Uma síntese do pensamento destes autores pode ler-se em MEZGER, Edmund, *Strafrecht, op. cit.*, p. 120 e ss. e em GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Delitos Cualificados por el Resultado...*, *op. cit.*, p. 31 e ss.

<sup>1157</sup> Cf. MEZGER, Edmund, *Strafrecht, op. cit.*, p. 117-118.

<sup>1158</sup> Cf. TRAEGER, Ludwig, *Kausalbegriff...*, *op. cit.*, p. 159.

experiência e o normal acontecer dos factos (o *id quod plerumque accidit*), a acção praticada teria como consequência a produção do resultado”<sup>1159</sup>.

### 5.3 O conhecimento nomológico e as regras da experiência

O problema do conhecimento nomológico necessário ao juízo de adequação mereceu, da parte da doutrina, uma menor atenção do que a questão da determinação da base ontológica desse juízo. Desde v. Kries que se entendia que esse conhecimento devia abranger o conhecimento total experimental da humanidade<sup>1160</sup>, e também, quando tal aconteça, o superior e particular conhecimento do agente<sup>1161</sup>. Como destaca Gimbernat Ordeig, pressuposta uma tal compreensão do conhecimento nomológico necessário ao juízo de adequação, é possível, da perspectiva da causalidade adequada, considerar certas acções como causalmente adequadas à realização do resultado em situações que se apresentam como não adequadas a um autor determinado (com conhecimentos nomológicos insuficientes). “É o caso, por exemplo, quando A, sabendo que B é hemofílico, o golpeia fortemente na região lombar esquerda; A desconhece que um hemofílico não suporta tais acções violentas; o golpe provoca a rotura do vaso sanguíneo do baço e uma hemorragia interna”<sup>1162</sup>. Afirmada a relação de causalidade, a errónea valoração do agente relevará apenas no plano subjectivo da culpa.

Um dos poucos pontos de divergência quanto ao conhecimento nomológico a considerar no juízo de adequação prende-se com a sua referência temporal, seja ao momento da conduta do agente, seja ao tempo em que o julgador realiza o juízo de prognose póstuma. Esta distinta referência temporal pode ter especial significado naqueles casos em que entre a realização da conduta e o seu julgamento se alargou o conhecimento da experiência e da ciência de modo relevante para a situação concreta que cabe ajuizar. Todavia, a opinião dominante, segundo nos dá conta

---

<sup>1159</sup> Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal (2007)*, *op. cit.*, p. 328-329.

<sup>1160</sup> Cf. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Delitos Cualificados por el Resultado...*, *op. cit.*, p. 34. Também ANARTE BORRALLÓ, Enrique, *Causalidad e Imputación Objetiva...*, *op. cit.*, p. 71.

<sup>1161</sup> Cf. TRAEGER, Ludwig, *Kausalbegriff...*, *op. cit.*, p. 163. Também GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Delitos Cualificados por el Resultado...*, *op. cit.*, p. 34.

<sup>1162</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Delitos Cualificados por el Resultado...*, *op. cit.*, p. 34.

Gimbernat Ordeig, inclina-se a favor de se tomar em conta o saber nomológico ao tempo da acção<sup>1163</sup>.

#### 5.4 A crítica à causalidade adequada

A ressonância da teoria da adequação no contexto jurídico-legal, pese embora a força argumentativa dos autores que a defenderam, bem como os resultados positivos a que conduziu em matéria de imputação penal, foi diminuta, sobretudo no domínio jurisprudencial, quando comparada com a influência da teoria da condição, como já se sublinhou<sup>1164</sup>. Um dos motivos principais da falta de abertura jurisprudencial a esta teoria reside, segundo alguns autores, no seu propósito originário de restrição da teoria da equivalência, assim como na convicção generalizada de que limitações ou correcções da causalidade, e consequentemente da responsabilidade criminal, deveriam situar-se, de um ponto de vista da dogmática penal, em um outro nível da infracção criminal: ou ao nível da imputação objectiva, categoria que viria a reconhecer um amplo e autónomo desenvolvimento, ou ao nível da imputação subjectiva, designadamente ao nível da exclusão do dolo ou da ausência de violação de um dever objectivo de cuidado fundamentador de uma actuação negligente<sup>1165</sup>.

Também no âmbito doutrinal esta teoria mereceu diversas críticas, provindas de fundamentos compreensivos distintos. Mezger, sublinhando que a teoria da adequação teve o mérito de colocar em relevo o facto de uma simples conexão causal das condições com o resultado não poder fundamentar a responsabilidade criminal do agente, dirige-lhe uma dupla observação crítica. Em primeiro lugar, as objecções apontadas por esta teoria à fórmula da *condicio sine qua non* são

---

<sup>1163</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Delitos Cualificados por el Resultado...*, *op. cit.*, p. 34 e p. 55 (nota 179). Este autor considera mesmo que só a referência do saber nomológico ao momento da prática do facto permite à lei penal o contacto com a realidade, pois só dessa forma se pode garantir, em contextos onde o juízo de adequação dependa em grande medida do progresso da ciência, que se exija o mesmo que à generalidade dos cidadãos: a possibilidade de que possam informar-se sobre aquilo que está legalmente proibido.

<sup>1164</sup> Ao contrário do que aconteceria na Alemanha, a teoria da causalidade adequada viria a merecer consagração legal noutros países como, por exemplo, em Portugal, cf. *infra*, § 11.

<sup>1165</sup> RÖNNAU / FAUST / FEHLING, «Durchblick: Kausalität und objektive Zurechnung», *JuS 2004*, Heft 2, p. 115.

incorrectamente enquadradas de uma perspectiva metodológica, uma vez que são utilizados argumentos jurídicos para recusar um conceito lógico de causalidade, “ultrapassando, ao fazê-lo, os limites da sua competência”<sup>1166</sup>, pois ao invés de negar a causalidade das condições somente se poderia recusar a sua relevância jurídica. Em segundo lugar, este autor considera que a teoria da causalidade adequada incorre no erro de pretender substituir a teoria das condições. Com isso prescinde-se, no âmbito causal, de uma referência às ciências experimentais, fundamental ao direito penal, e constrói-se “um conceito de causalidade concebido arbitrariamente e unilateralmente do ponto de vista jurídico”<sup>1167</sup>. Assim, segundo Mezger, “a teoria da equivalência das condições é também no direito penal a única teoria causal possível; a teoria da adequação é antes de tudo uma teoria sobre a relevância jurídica”<sup>1168</sup>.

Também Welzel, num dos escritos tido como marcante na construção e fundamentação da teoria finalista<sup>1169</sup>, considera que se a teoria da condição, irreprochável do ponto de vista lógico, não convence nos resultados a que chega, já a teoria da causalidade adequada, embora satisfatória de uma perspectiva prática, esbarra em dificuldades quanto à justificação teórica referente à sua concepção como uma teoria causal. Sendo a teoria da causalidade adequada uma teoria valorativa, aproxima-se mais de uma teoria teleológica encoberta do que de uma teoria causal. Com efeito, o princípio determinante para aferir da relevância jurídico-penal das relações causais há-de situar-se fora da própria causalidade e assumir uma natureza axiológica. A relação entre acontecimentos é assim submetida a um exame de valor de modo a determinar o seu significado para a ordem jurídica. Da perspectiva de Welzel, tal conduz à pergunta decisiva: por que razão o direito penal não atribui valorações jurídicas a todo o acontecimento determinado causalmente? A partir da crítica às teorias causais, Welzel avança para a determinação da correcta condição ontológica de um acontecimento que se mostre capaz de suportar o juízo valorativo de ordem penal, isto é, capaz de vincular esse acontecimento aos predicados de valor do ordenamento. Esse fundamento, de natureza finalista, há-de

---

<sup>1166</sup> Cf. MEZGER, Edmund, *Strafrecht, op. cit.*, p. 121.

<sup>1167</sup> Cf. MEZGER, Edmund, *Strafrecht, op. cit.*, p. 121-122.

<sup>1168</sup> Cf. MEZGER, Edmund, *Strafrecht, op. cit.*, p. 122.

<sup>1169</sup> «Kausalität und Handlung», *ZStW* 51 (1931), p. 703. Também em WELZEL, Hans, *Estudios de Derecho Penal, op. cit.*, p. 121-145.

encontrar-se na intencionalidade pressuposta na acção, concebida como “nova e específica forma de determinação do acontecimento real”<sup>1170</sup>. A intencionalidade pressuposta pela lei repousa não sobre a relação causal, mas sobre a relação teleológica entre resultado e sujeito – circunstância pressuposta pelos esforços de uma teoria da adequação, entendida não como uma teoria da causalidade mas sim como uma teoria teleológica encoberta<sup>1171</sup>.

Mais recentemente, Koriath pronunciou-se também criticamente sobre a teoria da adequação e em particular sobre a capacidade de esta teoria resolver os problemas de imputação próprios do direito penal<sup>1172</sup>. Estas observações são sintetizadas pelo autor em três pontos principais. Em primeiro lugar, a teoria da causalidade adequada, na medida em que pressupõe o reconhecimento de uma causalidade geral prévia, falha quanto à imputação jurídico-penal de acontecimentos pontuais, relativamente aos quais não exista aquela prévia generalização<sup>1173</sup>. Em segundo lugar, a natureza probabilística atribuída a esta teoria e decorrente do conceito de possibilidade objectiva dificulta não só a distinção entre os conceitos de causalidade e de correlação, como também a concretização do que deve entender-se por condição adequada ao resultado, uma vez que, de uma perspectiva geral, não se trata nem de uma condição necessária, nem de uma condição suficiente, conceitos que só podem concretizar-se no plano concreto, referido à teoria da *condicio*<sup>1174</sup>. Em terceiro lugar, ao diluir-se a adequação na possibilidade objectiva e ao fazer-se corresponder o princípio da adequação ao sentir jurídico expresso pela lei cabe perguntar, da perspectiva de Koriath, o que resta para a causalidade? A seu ver, o princípio da adequação não serve como princípio de imputação: embora sugestivo

---

<sup>1170</sup> Cf. WELZEL, Hans, *Estudios de Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 144.

<sup>1171</sup> Cf. WELZEL, Hans, *Estudios de Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 144.

<sup>1172</sup> Este autor profere duras críticas à teoria da adequação que sintetiza na seguinte conclusão: “a ‘teoria da adequação’ é de facto um conglomerado de problemas não resolvidos. Ela não contém uma única premissa clara e incontroversa”. E continua: “é um insolúvel paradoxo saber como foi possível que uma teoria tão confusa integre do mesmo passo os grandes fundamentos da dogmática”, cf. KORIATH, Heinz, *Kausalität und objektive Zurechnung*, *op. cit.*, p. 37, nota 3. Não obstante, como reconhece este mesmo autor, o seu estudo impõe-se desde logo pela sua pertença às teorias fundamentais penais e pela influência que teve na dogmática penal.

<sup>1173</sup> Cf. KORIATH, Heinz, *Kausalität und objektive Zurechnung*, *op. cit.*, p. 50 e 71.

<sup>1174</sup> Cf. KORIATH, Heinz, *Kausalität und objektive Zurechnung*, *op. cit.*, p. 50.



quanto à fundamentação de uma decisão, é contudo impraticável dado o seu carácter vago<sup>1175</sup>.

Se a teoria da adequação teve efectivamente o mérito de pôr em evidência o problema da relevância criminal das acções inadequadas e, por essa via, abriu caminho às teorias da imputação objectiva em direito penal, não deixou de ser objecto das vigorosas críticas já expostas, que se podem sistematizar em três grandes linhas principais, consideradas a partir do seu conteúdo.

Em primeiro lugar, pode apontar-se, de um ponto de vista sistemático e metodológico, as indefinições e diversidade de propostas quanto ao enquadramento jurídico-penal das acções inadequadas, ou, dito de outro modo, quanto ao sentido e reflexo da adequação no âmbito da infracção criminal. As soluções alternaram entre o reconhecimento da irrelevância das acções inadequadas no plano subjectivo, em particular no domínio da culpa, acentuando-se a impossibilidade subjectiva de previsão dos danos, ou a exclusão das acções inadequadas no plano da ilicitude ou ainda no plano do tipo, acentuando-se o princípio da adequação como teoria normativa causal<sup>1176</sup>.

Em segundo lugar, de um ponto de vista material acentua-se a indeterminação da proposta desta teoria e dos conceitos que mobiliza, desde logo por não proporcionar critérios seguros, seja no plano da determinação das bases necessárias ao juízo de adequação, seja quanto ao grau de adequação necessário para responsabilizar o agente. O recurso a parâmetros objectivos – como a formulação de um juízo de prognose póstuma ou uma compreensão objectiva da previsibilidade dos efeitos da conduta – conferiu-lhe um carácter normativo que a afasta cada vez mais de uma teoria causal. O próprio conceito de previsibilidade, sendo embora um conceito nuclear, nunca conheceu o consenso entre os diversos autores quanto aos limites da sua configuração, designadamente no que diz respeito ao papel reconhecido aos conhecimentos do agente na formulação daquele juízo<sup>1177</sup>. Por

---

<sup>1175</sup> Cf. KORIATH, Heinz, *Kausalität und objektive Zurechnung*, *op. cit.*, p. 51.

<sup>1176</sup> Desenvolvidamente, com referências bibliográficas, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Delitos Cualificados por el Resultado...*, *op. cit.*, p. 46 e ss.

<sup>1177</sup> Como sublinha ANARTE BORRALLÓ, Enrique, *Causalidad e Imputación Objetiva...*, *op. cit.*, p. 77, o conceito de previsibilidade tornava-se criticável pela relatividade com que era configurado ao tornar-se dependente do conhecimento do autor sobre as circunstâncias que rodeavam o

outro lado, se por via das categorias de possibilidade e previsibilidade se podia determinar e eliminar, com maior ou menor dificuldade, os cursos causais inadequados da reprovação penal, a teoria da adequação mostra-se inútil na valoração de percursos causais adequados socialmente, abrindo caminho à necessidade de critérios adicionais que permitam restringir a causa adequada no âmbito do risco permitido.

Em terceiro lugar, estas reservas sublinham as dificuldades em determinar – em discordância com a designação de teoria da causalidade adequada – a causalidade, assinalando-se uma certa confusão conceptual entre causalidade e responsabilidade criminal. Em último termo, a teoria da causalidade adequada revela-se um conjunto de correcções à teoria da *condicio*, não se conseguindo impor como um critério causal acabado e uniforme, capaz de reunir consenso doutrinal.

## 6. A teoria da relevância jurídica de Mezger

Mostra-se muito próxima da teoria da causalidade adequada a teoria da relevância jurídica de Edmund Mezger (1883-1962), através da qual o autor procura superar as dificuldades colocadas à teoria causal<sup>1178</sup>. Este propósito avizinha a sua proposta causal da teoria da adequação, sem que com ela se confunda. Na verdade, esta relação de imediação justifica que, por vezes, em estudos doutrinários sobre a problemática causal, a doutrina de Mezger seja frequentemente incluída ou associada à teoria da adequação ou apontada como exemplo da sua reformulação, na medida em que abarca os seus elementos e procura corrigir alguns dos seus resultados<sup>1179</sup>. Contudo, embora a proposta de Mezger se aproxime na sua metodologia da teoria

---

acontecimento. Em alternativa, num esforço de configuração objectiva da previsibilidade, em último termo tudo seria objectivamente previsível, aqui residindo, segundo aquele autor, uma das objecções mais contundentes à teoria da adequação.

<sup>1178</sup> Alguns autores referem Beling como precursor da teoria da relevância, sendo, no entanto, com Mezger que se aprofunda e desenvolve esta teoria, reconhecendo-se este último autor como o grande representante e defensor daquela teoria na Alemanha, cf. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Delitos Cualificados por el Resultado...*, *op. cit.*, p. 71.

<sup>1179</sup> Cf. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Delitos Cualificados por el Resultado...*, *op. cit.*, p. 72. Também GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Causalidad, Imputación y Qualificación...*, *op. cit.*, p. 22.

da adequação, supera-a no seu alcance, uma vez que a relevância não se esgota na adequação<sup>1180</sup>. Tal justifica, da nossa perspectiva, uma autonomização.

Em traços largos, segundo a proposta doutrinária de Mezger caberia distinguir entre causalidade e responsabilidade. A capacidade causal de uma conduta seria determinada com recurso à teoria da equivalência das condições. Todavia, a imputação do resultado, e conseqüentemente a responsabilidade, deveria deduzir-se a partir da relevância do acontecimento causal aferida a partir do sentido de cada tipo-de-ílicito<sup>1181</sup>. O sentido do verbo típico giza o traço distintivo das causas adequadas ou relevantes daquelas que se mostram inadequadas ou irrelevantes<sup>1182</sup>.

Querendo desenvolver-se e concretizar um pouco mais a estrutura básica que se acaba de expor, deve referir-se em primeiro lugar que também Mezger parte da teoria da equivalência das condições, à qual reconhece o mérito de ter dado o devido destaque ao conceito de causalidade e, com isso, estabelecido um limite mínimo à responsabilidade penal<sup>1183</sup>. Todavia, Mezger acrescenta que a tal mérito se opõe o defeito de equiparar, por seu intermédio, conexão causal e responsabilidade<sup>1184</sup>, na medida em que, demonstrada a relação causal entre o acto de vontade do sujeito e o resultado, se afirma a responsabilidade criminal a menos que ela possa ver-se excluída no domínio da culpa. Por esta razão, Mezger acolhe de modo mais positivo uma teoria que procure limitar o conceito de causa, de que constitui exemplo a doutrina da causalidade adequada<sup>1185</sup>. A ela reconhece o mérito de evidenciar que a simples conexão causal das condições não é suficiente para responsabilizar criminalmente o agente.

Todavia, também esta última teoria merece, da perspectiva de Mezger, alguns reparos críticos já enunciados. Desde logo quando nega a conexão causal das condições equivalentes, uma vez que desse modo se afasta de um conceito de

---

<sup>1180</sup> SCHMÖLLER, Kurt, «Die Kategorie der Kausalität und der naturwissenschaftliche Kausalverlauf im Lichte strafrechtlicher Tatbestände», *ÖJZ* 17 (1982), p. 452, considera que a teoria da relevância dá um passo adicional na normatização da atribuição de resultados, concretizada de forma definitiva, posteriormente, com os critérios propostos pela teoria da imputação objectiva.

<sup>1181</sup> Cf. SCHÖNKE / SCHRÖDER / LENCKNER / EISELE, *Strafgesetzbuch*, Vor. 13, nota marginal 89/90.

<sup>1182</sup> GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Causalidad, Imputación y Qualificación...*, *op. cit.*, p. 22-23.

<sup>1183</sup> Cf. MEZGER, Edmund, *Strafrecht*, *op. cit.*, p. 114.

<sup>1184</sup> Cf. MEZGER, Edmund, *Strafrecht*, *op. cit.*, p. 116.

<sup>1185</sup> Cf. MEZGER, Edmund, *Strafrecht*, *op. cit.*, p. 117 e s.

causalidade enquanto conceito lógico e ultrapassa as suas competências enquanto teoria que procura formular um conceito jurídico de causalidade<sup>1186</sup>. Assim, aquilo que pode negar-se às condições não é a sua conexão causal, mas antes a sua relevância (*Relevanz*) ou importância (*Erheblichkeit*) jurídica<sup>1187</sup>.

Em segundo lugar, considera ainda que a teoria da causalidade adequada erra, de um ponto de vista jurídico, quando se qualifica a si própria como uma teoria causal. Ou seja, segundo Mezger, o direito penal não pode divorciar-se do pensamento científico na construção de um conceito particular de causalidade, contrário à unidade científica do princípio causal. Por conseguinte, a teoria da equivalência das condições é a única teoria causal possível em direito penal. A doutrina da causalidade adequada, por seu turno, não seria, da sua perspectiva, uma teoria causal mas uma teoria sobre a responsabilidade, ou, nas palavras de Mezger, uma teoria sobre a *relevância jurídica*<sup>1188</sup>.

Deste modo, Mezger constrói a sua proposta sobre a teoria da equivalência das condições – válida do ponto de vista causal – e sobre a teoria da causalidade adequada – como limitadora da responsabilidade penal. Toda a condição que não pode ser suprimida “*in mente*” sem que simultaneamente desapareça o resultado concreto é considerada causal em ordem a um resultado. Porém, só pode fundamentar a responsabilidade penal se for juridicamente adequada. Ainda que se estabeleça a causalidade da acção para o resultado, só poderá punir-se criminalmente o agente por esse resultado se a conexão causal for relevante, isto é, portadora de

---

<sup>1186</sup> Nas palavras de MEZGER, Edmund, *Strafrecht, op. cit.*, p. 111 e s.: “o conceito de causalidade não é um conceito jurídico mas antes um *conceito lógico*. Ele é uma ‘forma categorial do nosso conhecimento’, um meio apriorístico, na sua origem, do nosso pensamento para compreender o mundo, ou dito de uma forma mais incisiva: de uma determinada atitude do nosso pensamento através da qual procuramos compreender as conexões próprias do mundo dos acontecimentos (...). Também o pensamento jurídico tem de servir-se desta forma geral de pensamento se não quiser perder o contacto com o mundo dos acontecimentos e com aquele pensamento científico. Este conceito de causalidade ou de causar (*Verursachung*) é um *conceito de relação*, ou seja, fornece informação sobre uma relação ou conexão entre dois acontecimentos: a ‘causa’, por um lado, e o ‘efeito’, por outro lado. Diz-nos que causa é algo que não pode eliminar-se mentalmente sem que desapareça também o efeito, causa é a *conditio sine qua non*, a ‘condição’ do efeito”.

<sup>1187</sup> Cf. MEZGER, Edmund, *Strafrecht, op. cit.*, p. 121.

<sup>1188</sup> Cf. MEZGER, Edmund, *Strafrecht, op. cit.*, p. 121.

importância jurídica (teoria da relevância)<sup>1189</sup>. Neste sentido, para Mezger a única teoria causal correcta é a teoria da condição, mas nem toda a conexão assim afirmada é relevante para o direito. Verificadas a causalidade e a relevância da condição realiza-se a sua tipicidade, sendo então possível averiguar da culpa pelo resultado<sup>1190</sup>. Mas como se determina essa relevância jurídica? Que critério usar para medir a relevância da conexão causal? Seguindo a proposta de Max Ludwig Müller, Mezger considera que tal parâmetro há-de encontrar-se no direito positivo, concretamente nos tipos-de-ilicitude penal, através da interpretação do seu sentido<sup>1191</sup>. Por conseguinte, a equivalência entre as condições de uma perspectiva causal não significa a equivalência do seu significado jurídico.

Assim, de acordo com o pensamento de Mezger, a adequação constitui uma parte integrante essencial da tipicidade jurídico-penal. Por sua vez, tal significa que as conexões causais em absoluto inadequadas carecem de qualquer significado penal e como tal são insuficientes do ponto de vista típico para suportar uma sanção criminal<sup>1192</sup>.

A título de nota final meramente contextualizadora, acrescenta-se que uma tal compreensão se insere numa nova fase do pensamento jurídico-penal, a que corresponde uma alteração metodológica assente sobre o plano valorativo e axiológico e decisiva para o *terminus* do método científico-naturalístico, centrado sobre a observação e descrição e favorecedor de um certo dogmatismo causal. Afirma-se uma concepção material da ilicitude vertida no tipo legal, que se distancia de uma compreensão, própria do causalismo, correspondente à descrição externa e axiologicamente neutra do acontecer. A tipicidade é agora tida como suporte da ilicitude, e o tipo legal concebido como tipo-de-ilícito<sup>1193</sup>. Compreende-se assim que, no plano da imputação objectiva de um resultado a uma conduta, se vá além da

---

<sup>1189</sup> Cf. MEZGER, Edmund, *Strafrecht, op. cit.*, p. 122: “Denn auch wenn feststeht, daß die Handlung für den Erfolg kausal ist, kann der Handelnde nur dann für den Erfolg gestraft werden, wenn der Zusammenhang relevant, d. h. rechtlich erheblich ist (sog. Relevanztheorie)”.

<sup>1190</sup> Cf. MEZGER, Edmund, *Strafrecht, op. cit.*, p. 126.

<sup>1191</sup> Cf. MEZGER, Edmund, *Strafrecht, op. cit.*, p. 123.

<sup>1192</sup> Cf. MEZGER, Edmund, *Strafrecht, op. cit.*, p. 123.

<sup>1193</sup> Nas palavras de Cf. MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La Imputación Objetiva del Resultado, op. cit.*, p. 13, o tipo deixa de ser “um simples indício de ilicitude (*ratio cognoscendi*) para se transformar em elemento portador do ilícito (*ratio essendi*)”.

mera relação causal mas se exija a relevância jurídico-penal do “nexo condicional”<sup>1194</sup>.

Tal como a teoria da causalidade adequada, a teoria da relevância seria frequentemente criticada e recusada devido à indeterminação da sua proposta e do seu critério<sup>1195</sup>. Como refere Hellmuth Mayer, a teoria da relevância “está pensada sem fundamentação alguma, como que suspensa no ar”<sup>1196</sup>. Ou, nas palavras de Gimbernat Ordeig, a teoria da relevância fica a meio caminho porque, embora conclua pela exclusão pelo tipo de acções inadequadas à produção do resultado, não sustenta essa conclusão de forma fundamentada.

## 7. A imputação normativa

Ainda no âmbito da resolução dos problemas relacionados com os contornos objectivos da relação, exigida por um tipo legal, entre uma conduta e um resultado, não pode deixar de se atender aos contributos e propostas trazidos neste domínio pela teoria da imputação objectiva. Como primeira nota cabe esclarecer que a análise que se segue não toma por objecto a teoria da imputação, os seus fundamentos, limites e diversas concretizações. Tal propósito seria impossível, dada a amplitude jurídico-penal que lhe é reconhecida e que está na base de uma extensa e quase inabarcável bibliografia que lhe tem vindo a ser dedicada nas últimas décadas. As nossas reflexões, assumidamente fragmentárias, obedecem ao *thelos* a que se encontra referido o presente trabalho, tomando por referência a relação que há-de estabelecer-se entre um resultado desvalioso e uma conduta típica. Neste sentido, o juízo de imputação é tido como elemento que tem o seu lugar primário na teoria do delito enquanto critério corrector das concepções causais e que viria a ser desenvolvido na doutrina das últimas décadas sob a designação de “imputação objectiva”. Ora, na génese e desenvolvimento inicial desta teoria esteve justamente a excessiva amplitude dada aos delitos de resultado a partir de uma concepção causal

---

<sup>1194</sup> Cf. MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La Imputación Objetiva del Resultado*, *op. cit.*, p. 15.

<sup>1195</sup> Cf. SCHÖNKE / SCHRÖDER / LENCKNER / EISELE, *Strafgesetzbuch*, *op. cit.*, Vor. §13, nota marginal 89/90.

<sup>1196</sup> *Apud* GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Delitos Cualificados por el Resultado...*, *op. cit.*, p. 73.

naturalista assente na teoria da equivalência<sup>1197</sup>. Em certa medida esta concepção é herdeira de uma construção da teoria da infracção criminal iniciada com a escola clássica e positiva, onde o delito é dividido, na sua construção dogmática, em uma parte objectiva e em uma outra parte de matriz subjectiva<sup>1198</sup>. Do nosso horizonte problemático fica deste modo afastado um estudo aprofundado das doutrinas de imputação de vincada origem filosófica recebidas pelo discurso jurídico anterior à construção da teoria da infracção criminal e hoje retomadas por alguns autores no discurso jurídico-penal.

No âmbito da teoria moderna da imputação, importa atender, da perspectiva deste trabalho, à função que lhe foi atribuída na restrição da aplicação dos critérios de aferição causal de natureza vincadamente naturalística. Desta restrição meramente metodológica não resulta qualquer diminuição do alcance conhecido por aquela teoria que, na conformação que actualmente lhe é dada por alguns autores, chega a extravasar o concreto plano da atribuição de um resultado juridicamente desvalioso, devendo ser entendida num sentido mais amplo correspondente a uma nova compreensão do ilícito penal. Tal compreensão foi iniciada e possibilitada com o finalismo e com a teoria social de acção e definitivamente afirmada por intermédio do funcionalismo penal e do pensamento teleológico-racional que lhe é característico<sup>1199</sup>.

---

<sup>1197</sup> Cf. FRISCH, Wolfgang, *Comportamiento Típico e Imputación del Resultado*, (trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González Murillo) Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 24.

<sup>1198</sup> Sobre esta questão veja-se, de modo desenvolvido, SANCHÉZ-OSTIZ, Pablo, *Imputación y Teoría del Delito*, *op. cit.*, p. 317 e ss., para quem a teoria do delito, afirmada a partir de autores como v. Liszt e Binding, substituiu a anterior doutrina da *imputatio*, na medida em que, ao conceber-se a acção em sentido naturalístico, a imputação, agora integrada na teoria do delito e na “aplicação das leis aos factos”, vê-se relegada para os domínios da ilicitude e da culpa pressupostos pelo tipo legal. Neste sentido, a moderna teoria da imputação objectiva ocupa-se, através da formulação de critérios, não da imputação do facto, mas antes de uma exegese e subsunção na norma penal. O diálogo entre as teorias clássica e moderna da imputação, cristalizado, respectivamente, nas categorias *imputatio facti* e *applicatio legis ad factum* é retomado, em um texto recentemente publicado em homenagem a Claus Roxin, por SANCHÉZ-OSTIZ, Pablo, «Ist die “objektive Zurechnung” objektiv und zurechnend», *in: Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag*, Berlin / New York: De Gruyter, 2011, p. 361 e ss. Também ANARTE BORRALLÓ, Enrique, *Causalidad e Imputación...*, *op. cit.*, p. 94 e ss. alude, no seu estudo, ao modelo da imputação total dominante até final do século XIX na dogmática penal, realçando que este conceito era já conhecido e trabalhado pela ciência jurídica dominante no período anterior à escola clássica e à imposição da metodologia positivista e naturalista que lhe era própria. Veja-se também, entre nós, a obra de MENDES, Paulo Sousa, *O Torto Intrinsecamente Culposo...*, *op. cit.*, p. 276 e ss.

<sup>1199</sup> Cf. MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La Imputación Objetiva del Resultado*, *op. cit.*, p. XXIII.

Depois de um período em que não mereceu particular atenção, acentuou-se profundamente a partir da década de 70 do século XX o interesse pela categoria da imputação objectiva por parte da doutrina penal, reconhecendo-a como uma das matérias dogmáticas de maior complexidade<sup>1200</sup>. Este conceito torna-se então um dos mais discutidos na literatura penal. Compreende-se, por isso, que sob esta designação – teoria da imputação objectiva – se incluam actualmente distintas propostas teóricas, por vezes com origens antagónicas, o que conduz a que, com frequência, se vislumbre esta doutrina como um “conglomerado inconexo de princípios e critérios que se contradizem entre si, carecendo de um fio condutor que lhes confira uma lógica interna, e cujo conteúdo é, na maioria dos casos tão impreciso que permite a justificação de qualquer solução”<sup>1201</sup>. O desenvolvimento e concretização desta teoria perseguem assim uma “pluralidade de tendências que obriga a reconhecer, inclusivamente aos seus próprios defensores, que está ainda distante um consenso nesta matéria”<sup>1202</sup>. Não obstante a pluralidade de propostas doutrinárias, talvez se possa apontar, da perspectiva que nos importa, como denominador comum às teorias da imputação objectiva, sem que se cometa uma grave imprecisão ou incorrecção, o propósito de restringir a relevância jurídico-penal, no plano da imputação, da relação causal estabelecida entre uma determinada conduta e um concreto resultado. Para tal exige-se adicionalmente, na afirmação de uma responsabilização criminal, que a acção causante tenha criado um risco tipicamente relevante que se concretiza num resultado de natureza correspondente àquele que a norma visava acautelar.

Assim, a imputação objectiva preocupa-se com a elaboração de critérios jurídicos que auxiliem a determinação no plano objectivo daquilo que juridicamente deve ser visto como obra de um autor, de forma a separar-se o que deve ser considerado da sua responsabilidade – por lhe ser atribuível – daquilo que é fruto da mera casualidade. Como sublinha Roxin, a finalidade da teoria da imputação

---

<sup>1200</sup> Cf. EBERT, Udo / KÜHL, Kristian, «Kausalität und objektive Zurechnung», *Jura* 1979, Heft 11, p. 561.

<sup>1201</sup> Cf. MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La Imputación Objetiva del Resultado*, *op. cit.*, p. XXIV. Também FRISCH, Wolfgang, «La imputación objetiva: estado de la cuestión», *Sobre el Estado de la Teoría del Delito*, Seminario en la Universitat Pompeu Fabra, Madrid: Civitas, 2000, p. 21.

<sup>1202</sup> Cf. RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *La Teoría de la Imputación Objetiva del Resultado en el Delito Doloso de Acción*, Barcelona: Bosch Editor, 2001, p. 54.



consiste em excluir resultados que não pertençam à acção, isto é, resultados causados mas casuais<sup>1203</sup>.

É justamente esta nota de determinação daquilo que pode imputar-se a um autor como obra sua que permite estabelecer a ligação entre a moderna teoria da imputação objectiva e os seus antecedentes dogmáticos e, muito em particular, relacioná-la com o debate em torno da causalidade em direito penal.

### 7.1 Antecedentes: a crítica ao dogma causal

a) Do percurso expositivo realizado ao longo do presente trabalho de investigação, ficou já denunciada a decisiva influência quer da teoria da adequação quer da teoria da acção final para a deposição do dogma causalista no âmbito da ciência penal.

Com efeito, a teoria da adequação e a teoria da relevância jurídica representaram não apenas uma forte investida contrária ao dogma causal, como funcionaram simultaneamente como doutrinas antecessoras de uma teoria da imputação objectiva. Deste modo, afastada uma compreensão clássica do delito inspirada pelo positivismo científico, restaura-se, com a afirmação do pensamento neokantiano e a sua importação para o pensamento jurídico-penal pela escola neoclássica, uma nova metodologia axiológica apostada em compreender e valorar. A tipicidade perde relevo em favor da ilicitude, onde se valoram juridico-penalmente os acontecimentos da vida real. A ilicitude ganha assim uma dimensão material, exigindo-se no plano da imputação de um resultado desvalioso a valoração desse efeito segundo o código dos valores penais. Nos termos da teoria da relevância, como já se referiu, a afirmação do nexos de causalidade não basta para fundamentar a responsabilidade pelo resultado, sendo necessário afirmar-se a relevância jurídico-penal do nexos condicional<sup>1204</sup>.

Se a concepção neoclássica de delito, imposta no início do século XX, pôs definitivamente em causa a neutralidade axiológica enquanto princípio fundamental

---

<sup>1203</sup> Cf. ROXIN, Claus, *Strafrecht I*, *op. cit.*, p. 371 e ss.

<sup>1204</sup> Cf. MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La Imputación Objetiva del Resultado*, *op. cit.*, p. 15.

da tipicidade tal como era concebida pelo causalismo, a escola finalista, por sua vez, dirige uma última estocada a outra das características principais do tipo, a saber, a sua objectividade. Com efeito, a crítica de Welzel ao dogma causal dirige-se à estrita separação dos elementos objectivos e subjectivos constitutivos da acção, quando, na verdade, a acção deveria ser tida como uma unidade de sentido causal final que não pode ser cindida<sup>1205</sup>. Uma tal cisão impossibilita a sua compreensão como um processo “animado” de sentido pela vontade do agente e impede a determinação do seu significado social (*unidade de sentido social*)<sup>1206</sup>.

Afasta-se assim, por vias distintas, a possibilidade de a mera comprovação da relação causal poder decidir sobre a relevância objectiva de uma determinada conduta para efeitos de responsabilidade penal. Isto é, nas palavras de María Ángeles Rueda Martín, “enquanto a acção tal como era definida no sistema clássico recebe críticas do sistema neoclássico por dela estarem ausentes os valores, a objecção de Welzel dirige-se à consideração da acção como um mero acontecimento exterior e propõe um conceito de acção entendido como “ ‘*um conjunto real, expressivo de um sentido dentro da vida social real*’, na medida em que (o conceito de) acção continuará a corresponder a uma abstracção no sentido de ‘causar’ se não for concebida como fenómeno socialmente relevante, como acção no contexto social”<sup>1207</sup>.

Para a ruptura com o dogma causal iniciada com a escola neo-clássica e prosseguida com o pensamento finalista contribuíram do mesmo passo as propostas doutrinárias de alguns autores<sup>1208</sup>. Não obstante a impossibilidade de reconstruir,

---

<sup>1205</sup> Cf. WELZEL, Hans, *Das Deutsche Strafrecht*, Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1969, p. 41; também RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *La Teoría de la Imputación Objetiva del Resultado...*, *op. cit.*, p. 89.

<sup>1206</sup> Por via desta crítica, Welzel salienta que aquilo que nos hegelianos e em Binding era uma acção uniforme e global, reconhecida como uma unidade de sentido, estava agora, no âmbito do pensamento causalista, dividida na parte objectiva (da acção) – a relação de causalidade – e na parte subjectiva – a culpa, perdendo-se aquela unidade de sentido. Assim, uma integral compreensão do conceito de acção não pode excluir a *finalidade* enquanto elemento da acção que permite referi-la à vontade humana e não ao puro acaso, cf. WELZEL, Hans, *Das Deutsche Strafrecht*, Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1969, p. 41 e ainda RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *La Teoría de la Imputación Objetiva del Resultado...*, *op. cit.*, p. 89.

<sup>1207</sup> Cf. RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *La Teoría de la Imputación Objetiva del Resultado...*, *op. cit.*, p. 90.

<sup>1208</sup> Todavia, não se pense que o problema da imputação se limita historicamente a estas coordenadas temporais. Longe de se tratar de uma categoria moderna, o problema da imputação dos delitos constituiu uma questão central dos escritos penais iluministas e, desde Aristóteles até

neste contexto, toda a evolução do pensamento jurídico conducente à moderna teoria da imputação objectiva, não podem deixar de se referir algumas propostas doutrinárias que, através da crítica que dirigiram ao causalismo, representaram um decisivo impulso à teoria da imputação objectiva<sup>1209</sup>.

b) Entre esses autores conta-se, conforme destaca Margarita Martínez Escamilla<sup>1210</sup>, o autor germânico Hellmuth Mayer (1895-1980). Opondo-se à compreensão causalista do mundo, segundo a qual o crime corresponde a uma modificação do mundo exterior concretizada na lesão do bem jurídico, Mayer destaca o universo social e, dentro dele, o mundo jurídico como um espaço de valores. Assim, o ilícito penal não pode esgotar-se apenas na simples lesão do bem jurídico mas alarga-se à concretização de uma vontade contrária ao mundo dos valores e dirigida à realização do ilícito objectivo. Esta vontade contrária aos valores jurídicos (*böser Wille*) confere ao ilícito penal uma carga ético-pessoal que deve ser considerada na estrutura objectiva do delito<sup>1211</sup>.

A vontade entendida como fundamento do juízo de imputação viria a ser retomada pela construção teórica de alguns autores. É o caso de Karl Larenz que na

---

Hegel, da própria doutrina filosófica. A estes modelos de imputação correspondia uma ideia de responsabilidade penal global e não, como pressupõem as modernas teorias de imputação objectiva, a relação entre um resultado desvalioso e uma conduta prevista num tipo legal. Neste sentido, trata-se modernamente de um conceito estratificado, com eventual relevância ao nível das distintas categorias da infracção criminal: ou no plano da tipicidade, ou da ilicitude, ou da culpa. Assim, naquele primeiro sentido imputava-se o delito e não um resultado. Entre os juristas, as obras dedicadas ao estudo do juízo de imputação conferem especial relevância à doutrina de Samuel v. Pufendorf. Sobre a sua teoria da imputação jurídica veja-se, MENDES, Paulo Sousa, *O Torto Intrinsecamente Culposos...*, *op. cit.*, *passim*. Contudo, no final do século XIX, o juízo de imputação seria definitivamente suplantado pelo juízo causal próprio da escola clássica causalista e pelo espírito de cientificidade que a dominava. O delito estrutura-se assim em torno de três categorias – tipicidade, ilicitude e culpa. A partir de então, a hipótese de um regresso ao conceito de imputação total ou unitária fica definitivamente afastada.

<sup>1209</sup> Como refere ANARTE BORRALLÓ, Enrique, *Causalidad e Imputación Objetiva...*, *op. cit.*, p. 94, “(...) Qualquer pretensão unificadora depara-se ainda dificultada pela heterogeneidade de critérios que integram o conteúdo da imputação objectiva. Portanto, ao reflectir sobre os antecedentes da imputação objectiva, deve aceitar-se sem dramatismo que a reconstrução se desvie de uma linha de argumentação contínua ou inclusivamente que não corresponda de modo consistente a um conjunto coerente, porque em causa está um complexo processo de junção de posições, muitas das quais contraditórias entre si, tanto nos aspectos metodológicos e de conteúdo, como nos funcionais”.

<sup>1210</sup> MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La Imputación Objetiva del Resultado*, *op. cit.*, p. 18.

<sup>1211</sup> Cf. MAYER, Hellmuth, *Strafrecht des deutschen Volkes*, Stuttgart, 1936, p. 161 e ss., *apud* MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La Imputación Objetiva del Resultado*, *op. cit.*, p. 18.

sua teoria da imputação chega a alguns resultados já anteriormente propostos por Mayer<sup>1212</sup>.

c) A doutrina da imputação proposta pelo jurista e filósofo alemão Karl Larenz (1903-1993)<sup>1213</sup> no âmbito de uma teoria geral da responsabilidade jurídica geral (não exclusivamente penal<sup>1214</sup>) é tida, na maioria dos tratados e dos estudos penais dedicados a esta matéria<sup>1215</sup>, como uma reacção ao dogma causal e como um importante antecedente doutrinal da teoria da imputação objectiva.

Partindo do idealismo crítico e da doutrina de imputação hegeliana, Larenz atribui ao conceito de imputação objectiva a função de separar o facto próprio do acontecer fortuito<sup>1216</sup>. Ao juízo de imputação, distinto do juízo causal, caberia determinar quais os eventos naturalísticos que podem atribuir-se a um sujeito como facto próprio. Para que tal juízo imputativo se realize há que atender à vontade “enquanto característica do homem como ser racional, graças à qual ele é capaz de dirigir, em certa medida, o curso causal para a prossecução de determinados fins”<sup>1217</sup>. Neste sentido, nas palavras de Larenz, o acontecer torna-se um facto

---

<sup>1212</sup> Cf. SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos / CANCIO MELIÁ, Manuel, «Estudio preliminar», in: JAKOBS, Günther, *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*, Madrid: Editorial Civitas, 1996, p. 27.

<sup>1213</sup> Larenz procura reconstruir a teoria da imputação de Hegel na sua dissertação de doutoramento, apresentada em 1927, sobre o tema *Hegelszurechnungslehre und der Begriff der Objektive Zurechnung. Ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus und zur der Lehre von der “juristischen Kausalität”*, Lucka i. Th., 1927 (esta obra seria editada, no mesmo ano, nas publicações da Universidade de Göttingen com a seguinte referência: *Abhandlungen der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Georg-August-Universität, Göttingen, Leipzig: A. Deichertsche Verlagsbuchhandlung Dr. Werner Scholl, 1927*). Para além desta obra, o autor volta ao problema da imputação nos seus artigos «Tatzurechnung und ‘Unterbrechung des Kausalzusammenhanges’», *NJW* 1955, p. 1009 e ss. e «Zum heutigen Stand der Lehre von der objektiven Schadenersatzrecht», *Festschrift für Richard M. Honig*, Göttingen: O. Schwartz, 1970, p. 79 e ss.

<sup>1214</sup> Na verdade, Larenz considera que as suas reflexões sobre a imputação não podem ser transpostas sem mais para o direito penal; admite porém a possibilidade de, no contexto penal, o juízo de imputação poder reger-se também por um princípio teleológico direccionado à determinação de um facto como próprio, cf. *Hegels Zurechnungslehre...*, *op. cit.*, p. 96 e ss. Também ANARTE BORRALLO, Enrique, *Causalidad e Imputación Objetiva...*, *op. cit.*, p. 106.

<sup>1215</sup> Cf. MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La Imputación Objetiva del Resultado*, *op. cit.*, p. 19; também SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos / CANCIO MELIÁ, Manuel, «Estudio preliminar», in: JAKOBS, Günther, *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*, Madrid: Editorial Civitas, 1996, p. 22 e ss.

<sup>1216</sup> LARENZ, Karl, *Hegels Zurechnungslehre ...*, *op. cit.*, p. 61.

<sup>1217</sup> Cf. MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La Imputación Objetiva del Resultado*, *op. cit.*, p. 20. Também LARENZ, Karl, *Hegels Zurechnungslehre ...*, *op. cit.*, p. 67 e ss. e p. 75 e ss. Veja-se ainda RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *La Teoría de la Imputación Objetiva del Resultado...*, *op. cit.*, p. 50.

próprio (*eigene Tat*)<sup>1218</sup>. Aludindo a um exemplo frequentemente referido na doutrina, segundo o qual A envia B a um bosque, numa tarde de tormenta, com esperança de que ele venha a ser fatalmente atingido por um relâmpago, o que vem efectivamente a acontecer, Larenz pergunta-se sobre a responsabilidade de A. Esclarece que de um ponto de vista científico-natural não há dúvidas sobre a conexão causal entre a acção de A e a morte de B. “Porém o sentido desta pergunta não é se A ‘causou’ a morte de B, mas antes se esta lhe pode ser imputada objectivamente como facto próprio seu ou se se ela deve ser considerada como o resultado de uma coincidência casual. Esta questão não é uma mera relação de causalidade, mas de imputação”<sup>1219</sup>. Ora este juízo de imputação é de natureza teleológica e indaga sobre a referência do acontecer à vontade que, ao exercer o seu domínio sobre a natureza, o converte em facto seu. Neste sentido, “a imputação é a ligação do facto à vontade”, cabendo à vontade dominar um determinado percurso causal<sup>1220</sup>. O agente é tido, assim, não como causador mas antes como um “arquitecto” (*Urheber*) de um acontecimento<sup>1221</sup>

Desta forma, Larenz autonomiza a imputação, isto é o juízo referente à atribuição do acontecimento a um sujeito como facto seu, da mera relação causal entre o acto e a sua consequência. Ao lado do vínculo entre uma acção e um resultado afirma-se agora a conexão entre um acontecimento e um sujeito, convertendo-se este último no “elemento de referência da imputação”<sup>1222</sup>.

Todavia, o sujeito a que Larenz se refere, portador de uma determinada vontade, é por ele entendido num sentido objectivo, como sujeito ideal e não em um sentido particular ou individualizado<sup>1223</sup>. Na verdade, como sintetiza Enrique

---

<sup>1218</sup> LARENZ, Karl, *Hegels Zurechnungslehre ...*, *op. cit.*, p. 61. Também, do mesmo autor, «Tatzurechnung und ‘Unterbrechung des Kausalzusammenhanges’», *op. cit.*, p. 1011.

<sup>1219</sup> LARENZ, Karl, *Hegels Zurechnungslehre ...*, *op. cit.*, p. 62 e, do mesmo autor, «Tatzurechnung und ‘Unterbrechung des Kausalzusammenhanges’», *op. cit.*, p. 1012.

<sup>1220</sup> LARENZ, Karl, *Hegels Zurechnungslehre ...*, *op. cit.*, p. 75 e «Tatzurechnung und ‘Unterbrechung des Kausalzusammenhanges’», *op. cit.*, p. 1011.

<sup>1221</sup> Cf. LARENZ, Karl, «Tatzurechnung und ‘Unterbrechung des Kausalzusammenhanges’», *op. cit.*, p. 1012.

<sup>1222</sup> A expressão é de ANARTE BORRALLO, Enrique, *Causalidad e Imputación Objetiva...*, *op. cit.*, p. 107.

<sup>1223</sup> A objectivação do conceito de imputação e a sua projecção exclusiva sobre a componente objectiva da acção, primeiro em Larenz e depois nos estudos de Honig, representa um corte que se vem a tornar decisivo e definitivo entre a moderna teoria da imputação objectiva e a categoria global e unitária da *imputatio* proposta por Pufendorf, cf. *infra*, § 7. 2.

Anarte Borrallo, a imputação pressupõe para Larenz dois momentos: “(a) o momento do *conhecimento* (*Wissen*), da *previsão* (*Voraussicht*), isto é, a capacidade do sujeito prever um processo causal, de reconhecer os efeitos de determinadas causas; e (b) o momento da *causalidade da vontade* (*Ursächlichkeit des Willens*), isto é, a capacidade, fundamentada naquele conhecimento, de intervir nesse processo causal, dando-lhe a direcção desejada”<sup>1224</sup>. Assim, por um lado, o sujeito torna-se senhor dos seus actos (*Täter seiner Taten*). Por outro lado, reconhece-se ao juízo de imputação uma natureza teleológica-objectiva assente na relação vontade-fim, designada por alguns autores como *causalidade da vontade*, pois reconduz-se o acontecimento exterior a uma vontade orientada a determinadas finalidades<sup>1225</sup>. É esta natureza teleológica e o carácter objectivo do juízo de imputação, na formulação que lhe é dada por Larenz, que permite que se possa também imputar ao agente um resultado negligente, na medida em que se lhe atribui aquilo que *poderia* ter sido compreendido conscientemente pela vontade: na imputação objectiva “a previsão de resultados não depende da possibilidade de previsão de um autor determinado mas antes de um homem prudente colocado na situação do autor”<sup>1226</sup>.

Esta relevância que Larenz atribui à vontade comonexo fundamental, pressuposto de uma responsabilidade, entre um acontecimento e um determinado sujeito, constitui, quanto a nós, um contributo fundamental para a formulação de uma teoria da imputação normativa e, simultaneamente, para a queda da hegemonia causal naturalística<sup>1227</sup>.

d) Ao considerar-se os antecedentes da moderna teoria da imputação objectiva, constitui referência obrigatória Richard Honig (1890-1981), tido por

---

<sup>1224</sup> ANARTE BORRALLLO, Enrique, *Causalidad e Imputación Objetiva...*, *op. cit.*, p. 108.

<sup>1225</sup> Cf. v. BUBNOF, *Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule*, Heilderberg, 1996, p. 46, *apud* SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos / CANCIO MELIÁ, Manuel, «Estudio preliminar», *in*: JAKOBS, Günther, *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 24.

<sup>1226</sup> Cf. LARENZ, Karl, *Hegels Zurechnungslehre...*, *op. cit.*, p. 94.

<sup>1227</sup> A ligação ao pensamento de Hellmuth Mayer é referida pelo próprio LARENZ, Karl, «Tatzurechnung und ‘Unterbrechung des Kausalzusammenhanges’», *op. cit.*, p. 1011, ao considerar que uma teoria semelhante, baseada nas mesmas fontes, é proposta por aquele autor no âmbito penal.

algumas vezes como antecessor, por outras como autêntico fundador daquela doutrina<sup>1228</sup>. Através do seu estudo *Kausalität und objektive Zurechnung*<sup>1229</sup>, este autor expôs as linhas essenciais do que viria a ser a moderna teoria da imputação objectiva no âmbito da ciência jurídico-penal.

Honig partilha com Larenz a afirmação da necessidade de se limitar normativamente as relações causais naturais, introduzindo-as expressamente na ciência jurídico-penal<sup>1230</sup>. Sublinhando que a doutrina da causalidade, situada entre a teoria da equivalência das condições e a doutrina da causalidade adequada, atravessa um período crítico<sup>1231</sup>, este autor alemão concebe a relação entre um resultado e uma conduta de um ponto de vista jurídico-penal, acrescentando àquela conexão naturalística um juízo normativo que decide do seu significado jurídico, como de seguida se explicará.

A proposta dogmática de Honig desloca o núcleo das considerações sobre o juízo de causalidade entre a conduta e o resultado para um juízo de imputação daquele resultado ao sujeito. A imputação objectiva corresponde, assim, ao conjunto de questões axiológicas, complementar (e não substitutivo) da relação causal, de natureza ontológica, tendo por fim determinar a relevância jurídica deste nexos causal. Neste sentido, esta relevância depende de uma valoração jurídica prévia. Honig afasta-se assim de uma perspectiva ontológica em favor de uma consideração normativa, no sentido de que “a questão jurídica fundamental não consiste em averiguar se determinadas circunstâncias se dão, mas em estabelecer critérios em relação aos quais queremos imputar a uma pessoa determinados resultados”<sup>1232</sup>.

---

<sup>1228</sup> Neste sentido LAMPE, Ernst-Joachim, «Die Kausalität und ihre strafrechtliche Funktion», *in: Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns Verlag, 1989, p. 195; também HIRSCH, Hans Joachim, *Derecho Penal*, Tomo I, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 37; FRISCH, Wolfgang, «La imputación objetiva: estado de la cuestión», *op. cit.*, p. 23 e s.; e ainda ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, «El estado actual de la discusión sobre la teoría de la imputación objetiva», *XVI Congreso Latinoamericano, VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología*, UNMSM del 22 al 25 de Setiembre de 2004, Lima, 2004, p. 7-8.

<sup>1229</sup> Publicado *in: Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag 16. August 1930*, Tübingen: Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1930.

<sup>1230</sup> Cf. RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *La Teoría de la Imputación Objetiva del Resultado...*, *op. cit.*, p. 84.

<sup>1231</sup> Cf. «Kausalität und objektive Zurechnung», *op. cit.*, p. 174.

<sup>1232</sup> Cf. ROXIN, Claus, «Reflexões sobre a problemática da imputação em direito penal», *op. cit.*, p. 145.

Todavia, este percurso tinha sido já denunciado por concepções que buscavam uma normativização da relação causal, de que constitui exemplo máximo a teoria da relevância jurídica de Mezger. Qual a inovação trazida pela proposta de Honig, para além da estrita separação da relação entre eventos no plano ontológico e no plano normativo? A alteração de perspectiva em matéria de causalidade proposta por Honig conduz a uma profunda modificação da própria teoria da acção penal, que, como sublinha Roxin, se transmuta da esfera ontológica para a esfera normativa<sup>1233</sup>. Para que se compreenda em todo o seu alcance esta modificação importa considerar, ainda que de forma sintética, as linhas gerais da proposta de Honig.

Como objectivo principal que pauta as suas considerações, Honig preocupase em determinar em que medida um resultado existente no final de um curso causal pode imputar-se a alguém enquanto obra sua. Tal corresponde ao estabelecimento de um critério de imputação concretizável e determinado, escapando às críticas que vinham sendo dirigidas às teorias puramente normativas. O parâmetro para aferir da relevância jurídica de uma relação causal tem de atender à função reconhecida às normas jurídicas. É ao direito que, através de mandatos e proibições, cabe concretizar o que é juridicamente relevante, por forma a que os destinatários da ordem jurídica possam orientar os seus comportamentos de acordo com os valores jurídicos. Tendo em conta esta função de determinação e orientação das normas jurídicas, só pode imputar-se ao agente um resultado que se mostre orientado pelo fim de o produzir (ou evitar), em contrariedade àquelas normas. Neste sentido, o resultado típico é tido como algo que é dominável pelo agente, pois o legislador refere-se a resultados que a pessoa pudesse não só prever, como pudesse também produzir ou evitar<sup>1234</sup>. Por conseguinte, só pode imputar-se um resultado previsível e, por isso, dominável (ou evitável). Logo, avançando na proposta de Honig, o resultado impõe-se como um elemento constitutivo da própria acção penal, na medida em que ficariam fora do conceito de acção jurídico-penal, entendida em sentido amplo, as condutas (activas e omissivas) causais de resultados não

---

<sup>1233</sup> Cf. ROXIN, Claus, «Reflexões sobre a problemática da imputação em direito penal», *op. cit.*, p. 145.

<sup>1234</sup> Cf. HONIG, Richard, «Kausalität und objektive Zurechnung», *op. cit.*, p. 187-188.



dominados pelo agente. Ou seja, “o comportamento humano causador de um resultado só é juridicamente relevante quando possa ser tido como orientado por uma finalidade dirigida a produzir ou evitar o resultado”<sup>1235</sup>.

Assim, acrescentando-se um outro passo, a relevância do curso causal torna-se dependente de um critério teleológico assente na finalidade objectiva (*objektive Zweckhaftigkeit*) a que obedece a conduta do agente. Neste sentido, “imputável é então aquele resultado que pode ser pensado como orientado por finalidades”<sup>1236</sup>. Reforça-se assim a ideia de que os processos causais irregulares, que não podem ser finalisticamente orientados, não são imputáveis. A relevância do percurso causal está dependente de um critério teleológico de que depende a imputação do resultado e a tipicidade da acção. Deste modo, “mesmo que a teoria da equivalência prove que existe um nexos lógico com uma condição, faltarão a acção ou a omissão, porque a situação concreta não se poderia considerar o resultado como objecto de uma possível finalidade por faltar a possibilidade de controlo do processo causal”<sup>1237</sup>.

Nas palavras de Roxin, a tese de Honig – que muito influenciaria o seu próprio conceito de imputação objectiva – é notável uma vez que inclui não apenas uma teoria pessoal e objectiva de ilicitude, tal como a que se viria a impor décadas mais tarde para os delitos negligentes mas, e sobretudo, porque pressupõe uma recusa da tentativa de converter um conceito de acção pleno de conteúdo, e não obstante pré-típico, no fundamento do sistema penal<sup>1238</sup>.

Prosseguindo a trilha iniciada por Larenz, Honig serve-se do conceito de imputação para limitar no plano valorativo os nexos causais afirmados no plano ontológico. Margarita Martínez Escamilla, perguntando-se sobre aquilo que a teoria de Honig acrescenta à proposta de Larenz, sublinha que para além de uma distinta fundamentação (desde logo filosófica<sup>1239</sup>), se acentua a tentativa de desvincular o

---

<sup>1235</sup> Cf. HONIG, Richard, «Kausalität und objektive Zurechnung», *op. cit.*, p. 188.

<sup>1236</sup> HONIG, Richard, «Kausalität und objektive Zurechnung», *op. cit.*, p. 184. Também ROXIN, Claus, «Reflexões sobre a problemática da imputação em direito penal», *op. cit.*, p. 146.

<sup>1237</sup> Cf. ROXIN, Claus, «Reflexões sobre a problemática da imputação em direito penal», *op. cit.*, p. 146.

<sup>1238</sup> ROXIN, Claus, «Reflexões sobre a problemática da imputação em direito penal», *op. cit.*, p. 147.

<sup>1239</sup> Larenz, enquanto hegeliano, parte, na sua concepção, do conceito de acção de Hegel, cf. *Hegels Zurechnungslehre ...*, *op. cit.*, p. 67 e ss.; por sua vez, a teoria de Honig toma por referência o

juízo de imputação da finalidade, como elemento subjectivo, para se centrar na ponderação objectiva do acontecimento, valorando-o como meio de prossecução de um resultado proibido pelo legislador penal. É justamente esta concepção objectiva do juízo de imputação que é retomada e desenvolvida por Roxin na sua teoria da imputação objectiva, através da concretização de critérios que permitam aferir da relevância social e jurídica da relação causal, bem como da tipicidade da conduta<sup>1240</sup>.

e) Todavia, antes de se avançar para a descrição em traços largos da moderna teoria da imputação objectiva, em alguma das suas distintas e principais tendências, é devida ainda uma referência à polissemia jurídica e funcional reconhecida à categoria da imputação no contexto jurídico e especificamente jurídico-penal, resultado, em grande medida, da concreta compreensão da infracção criminal em determinado momento histórico.

A um sistema categorial estratificado como aquele que se impôs a partir da concepção causalista de delito de v. Liszt<sup>1241</sup> – base essencial do moderno conceito de infracção criminal e, posteriormente, do moderno conceito de imputação objectiva enquanto categoria a que se reconhece o cumprimento de uma função de limitação do significado da relação causal – contrapunha-se até final do século XIX o modelo da *imputação total*, segundo o qual a responsabilidade penal era concebida de forma unitária, sem recurso a uma estratificação da doutrina geral do crime<sup>1242</sup>. Este modelo, referido frequentemente, na sua génese, ao pensamento aristotélico, foi porém expressão máxima da influência do pensamento neo-hegeliano. Como nota principal pode sublinhar-se que se toma a imputação como um juízo de valor – moral ou ético – sobre a imposição de uma pena ao *sujeito* de uma acção. Entre os penalistas este modelo tinha conhecido um dos seus expoentes máximos na

---

pensamento kantiano, cf. ROXIN, Claus, «Reflexões sobre a problemática da imputação...», *op. cit.*, p. 146-147.

<sup>1240</sup> MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La Imputación Objetiva del Resultado*, *op. cit.*, p. 35. Também RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *La Teoría de la Imputación Objetiva...*, *op. cit.*, p. 86-87.

<sup>1241</sup> Nas palavras de MENDES, Paulo Sousa, *O Torto Intrinsecamente Culposos...*, *op. cit.*, p. 24, “o injusto e a culpa considerados como elementos separados no sistema científico do crime nasceram de uma revolução doutrinária – no espaço da língua alemã – que remonta a cerca de cento e vinte e cinco anos, a qual foi protagonizada por Franz v. Liszt (...)”.

<sup>1242</sup> Cf. ANARTE BORRALLO, Enrique, *Causalidad e Imputación Objetiva*, *op. cit.*, p. 96.

doutrina da *imputatio* de Samuel v. Pufendorf (1632-1694) – entre nós profundamente estudada e restaurada por Paulo Sousa Mendes na obra *O Torto Intrinsecamente Culposo como Condição Necessária da Imputação da Pena*. Em Pufendorf, o conceito de imputação toma o ideário do direito natural racionalista. Profundamente influenciado pelo pensamento aristotélico, este autor liga a imputação ao domínio da acção, com o conhecimento e entendimento do seu carácter valorativo; trata-se assim da imputação de uma acção moral<sup>1243</sup>. Neste sentido só as acções que são dominadas pela vontade ou que são por ela dominadas podem ser imputadas ao seu autor como obra sua<sup>1244</sup>. Por conseguinte, uma acção livre, entendida e querida pelo autor, é da sua responsabilidade, cabendo ao juiz a *imputatio* de uma pena e as valorações necessárias à sua aplicação. Desta forma, e para os efeitos que directamente interessam ao objecto desta investigação, delimita-se aquilo que pode ser imputado ao autor por um exercício livre da vontade que lhe confere o domínio daquele facto, excluindo-se aquilo que, embora ainda ligado causalmente à vontade do autor, aparece como fortuito ou casual por lhe ser alheio.

O pensamento da *imputatio* foi seguido entre nós, como se referiu, por Paulo Sousa Mendes. Assumindo um discurso crítico quanto ao sistema científico fundado por Franz v. Liszt e opondo-se a uma compreensão estratificada de crime, este autor propõe um conceito de “injusto intrinsecamente culposo” assente na ética das virtudes e na doutrina de imputação de Pufendorf<sup>1245</sup>.

f) Uma outra concepção de imputação diversa daquela que viria a ser seguida pelas modernas teorias de imputação objectiva é proposta por Hans Kelsen (1881-1973), no quadro do positivismo juscientífico, como forma de explicar a relação entre crime, responsabilidade e pena, pese embora tenha logrado reduzido alcance na doutrina penalista<sup>1246</sup>. Um dos pontos de relevo da proposta de Kelsen, com

---

<sup>1243</sup> Cf. MENDES, Paulo Sousa, *O Torto Intrinsecamente Culposo...*, *op. cit.*, p. 39 e ss. e p. 58 e ss.

<sup>1244</sup> Cf. ANARTE BORRALLÓ, Enrique, *Causalidad e Imputación Objetiva*, *op. cit.*, p. 68.

<sup>1245</sup> Cf. MENDES, Paulo Sousa, *O Torto Intrinsecamente Culposo...*, *op. cit.*, *passim*.

<sup>1246</sup> É, no entanto, de destacar a atenção e apreciação crítica do sistema kelseniano e, em particular, das suas insuficiências quanto à fundamentação da legitimidade da norma, realizada por COSTA, José de Faria, *O Perigo em Direito Penal*, *op. cit.*, p. 98. Por sua vez, MENDES, Paulo Sousa, *O Torto Intrinsecamente Culposo...*, *op. cit.*, p. 399, considera que nunca existiu qualquer doutrina do direito penal que tivesse reclamado algum tipo de ligação à teoria pura do direito de Kelsen. Como

directa importância para o problema que pretendemos estudar, prende-se com a específica relação que este autor estabelece entre juízo causal e juízo de imputação. Comparando a análise própria das ciências naturais e de determinadas ciências sociais (aquelas que interpretam a conduta recíproca dos homens), Kelsen reconhece como próprio das primeiras um princípio de causalidade, segundo o qual as coisas se interligam numa relação de causa-efeito (“quando A é, B também é ou será”). Ora, no âmbito das ciências sociais, voltadas para a análise do comportamento humano determinado por normas, verifica-se que as condutas humanas se relacionam com um outro conceito diferente de causalidade, exposto de forma clara pela ciência jurídica (mas também pela ética ou pela moral), a saber, o princípio da imputação (“quando A é, B deve ser”)<sup>1247</sup>.

Com efeito, a especificidade das ciências sociais normativas resulta da particular natureza do seu objecto de estudo, a saber, a sociedade submetida a uma ordem normativa que regula a conduta dos indivíduos uns em face dos outros. Tal ordenação social é, no essencial, o que há de *comum* entre esses indivíduos<sup>1248</sup>. Essa ordem positivada em normas exige a procura de um princípio capaz de desempenhar uma função análoga àquela que o princípio da causalidade desempenha no âmbito das leis naturais e que permita compreender a estrutura das leis normativas<sup>1249</sup>. É assim porque à semelhança daquelas também as normas jurídicas, em particular as de natureza criminal, pressupõem uma relação entre dois elementos: entre um acto e uma consequência. No caso do direito penal, esses elementos são, por um lado, a conduta delituosa e, por outro, a aplicação da sanção (quando alguém comete um crime, deve ser punido). Porém, esta relação não se forma de acordo com uma ideia de causalidade, mas é dada pela prática de um acto humano a que a lei concedeu relevância normativa (*a law-creating act*<sup>1250</sup>), no sentido

---

justificação principal, este autor considera o “abandono da ética” na organização do sistema científico do crime, que domina a doutrina penal actual.

<sup>1247</sup> Cf. KELSEN, Hans, «Causality and Imputation», *op. cit.*, p. 324; *Teoria Pura do Direito*, *op. cit.*, p. 100-101 e p. 104 e ss. Também HASSEMER, Winfried, *Persona, Mundo y Responsabilidad*, *op. cit.*, p. 160 e ss., sublinha esta dimensão social e cultural do juízo de imputação que lhe confere uma natureza mutável em função da evolução do mundo cultural e civilizacional.

<sup>1248</sup> Cf. *Teoria Pura do Direito*, *op. cit.*, p. 101.

<sup>1249</sup> Cf. KELSEN, Hans, «Causality and Imputation», *op. cit.*, p. 325.

<sup>1250</sup> Cf. «Causality and Imputation», *op. cit.*, p. 325.

de que o significado jurídico daquele acto é-lhe atribuído pela própria lei. Um concreto acto corresponderá à conduta prevista na lei na medida em que se mostre em conformidade com o comportamento tido (como correcto ou proibido) pela norma prescritiva ou proibitiva e desencadeará uma determinada consequência nela prevista. Neste sentido, a conexão entre uma norma criminal (prescritiva ou permissiva) e uma sanção é designada por Kelsen como *imputação*: a sanção é imputada ao delito e não causada pelo delito<sup>1251</sup>. Trata-se, pois, de uma relação normativa, determinável nos elos que a compõem, e não de uma relação causal, por natureza situada dentro de uma ilimitada série causal<sup>1252</sup>.

Deste modo, o conceito de imputação vale, assim, como “*categoria do entendimento organizatório do conhecimento da (jus)normatividade*” uma vez que por seu intermédio se acede à compreensão do esquema organizativo do conhecimento das ciências que tomam como objecto de estudo as condutas humanas<sup>1253</sup>. Aplicada à teoria do crime, “a imputação kelseniana estabelecia a relação do *sujeito* com a *pena* em função do crime cometido”<sup>1254</sup>.

No discurso de Kelsen o juízo de imputação refere-se não a um resultado mas antes à imputação da pena ao criminoso. A analogia funcional entre os princípios da causalidade e da imputação dá-se por via de uma perspectiva lógica que é assumida por este autor alemão, sublinhando a sua idêntica estrutura formal e gramatical assente numa conexão entre algo e a sua consequência. Como explica Paulo Sousa Mendes, “em termos lógicos, a imputação exprimia a ligação dos factos estabelecidos na proposição jurídica como pressuposto e consequência da mesma maneira que a causalidade exprime a cópula da causa com o respectivo efeito: em ambos os casos há uma relação assimétrica entre dois elementos proposicionais que é dada por uma implicação do segundo no primeiro elemento, abstraindo da

---

<sup>1251</sup> Cf. «Causality and Imputation», *op. cit.*, p. 327.

<sup>1252</sup> Cf. *Teoria Pura do Direito*, *op. cit.*, p. 106.

<sup>1253</sup> MENDES, Paulo Sousa, *O Torto Intrinsecamente Culposos...*, *op. cit.*, p. 400 e s., que a este propósito refere a filiação espiritual de Kelsen no pensamento kantiano e nas suas categorias do entendimento.

<sup>1254</sup> MENDES, Paulo Sousa, *O Torto Intrinsecamente Culposos...*, *op. cit.*, p. 408.

diferente natureza dessa implicação no mundo. A relação de implicação serviria, pois, para representar a imputação, bem como a causalidade”<sup>1255</sup>.

Todavia, o sentido daquela relação de implicação é distinto, como já se deixou entreaberto, consoante seja de natureza causal ou imputativa. De forma sintética, as diferenças são de dois tipos: em primeiro lugar, à ligação entre o que a lei causal estabelece como condição e consequência é estranho qualquer acto humano; já a relação entre a condição e o seu efeito segundo uma norma moral, religiosa ou legal pressupõe sempre um acto humano<sup>1256</sup>. Uma outra diferença advém da circunstância de, no âmbito da causalidade, obedecendo-se à lógica do encadeamento entre os diversos elos causais, cada causa concreta ter de ser considerada como efeito de uma outra causa e cada efeito concreto ser a causa de um outro efeito; ora no juízo de imputação apenas se relacionam dois elos: o comportamento humano como condição e, num exemplo jurídico, a pena que lhe corresponde<sup>1257</sup>. Neste sentido, a conduta humana é o ponto final da imputação a um *sujeito responsável e livre*<sup>1258</sup>, cumprindo-se por via deste juízo um princípio de justiça<sup>1259</sup>. É esta ligação do juízo de imputação à liberdade do homem como personalidade moral ou jurídica que permite em última instância responsabilizar a pessoa e permite, por fim, que a imputação da consequência (o prémio, a penitência, a pena) encontre o seu ponto terminal na conduta humana interpretada como acto meritório, pecaminoso ou acto criminoso<sup>1260</sup>.

---

<sup>1255</sup> Cf. MENDES, Paulo Sousa, *O Torto Intrinsecamente Culposos...*, *op. cit.*, p. 404 e s.

<sup>1256</sup> Cf. KELSEN, Hans, «Causality and Imputation», *op. cit.*, p. 331 e s.

<sup>1257</sup> Cf. KELSEN, Hans, «Causality and Imputation», *op. cit.*, p. 332 e s.

<sup>1258</sup> Cf. KELSEN, Hans, «Causality and Imputation», *op. cit.*, p. 333 e ss.

<sup>1259</sup> Este princípio de justiça coincidiria, da perspectiva de Kelsen, com um princípio de retribuição (*Vergeltung*) segundo o qual se exige uma pena para uma falta ou ilícito, bem como um prémio para o merecimento. Sobre o princípio retributivo como princípio de justiça em Kelsen veja-se, deste autor, a sua obra fundamental *Vergeltung und Kausalität*, *op. cit.*, p. 279 e ss.; também *A Justiça e o Direito Fundamental* (trad. e prefácio de João Baptista Machado), Coimbra: Livraria Almedina, 2009 (reimp.), p. 66 e ss., «Causality and retribution», *op. cit.*, p. 303 e ss.

<sup>1260</sup> Cf. KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, *op. cit.*, p. 106 e s.

## 7.2 A moderna teoria da imputação objectiva

O conceito de imputação desenvolveu-se na doutrina moderna, como já se referiu, em diversas direcções. Uma das principais e mais representativas – e também aquela a que dedicaremos a nossa maior atenção – é a teoria da imputação entendida como imputação objectiva de resultados. Entre as razões que fundamentam esta restrição metodológica conta-se, para além da dominante influência que esta teoria exerceu na doutrina da infracção penal desde a década de 70 do século XX<sup>1261</sup>, a decisiva circunstância de que, na sua génese e finalidade, está uma proposta de critérios que delimitam e restringem o nexo causal.

A moderna teoria da imputação objectiva determinou uma mudança de perspectiva na compreensão da própria concepção da infracção criminal, representando não só um corte definitivo com o dogma causal, como também uma ruptura com o tradicional conceito de imputação<sup>1262</sup>. Como sublinha Küpper, uma das maiores novidades desta teoria consistiu em colocar em evidência “que os limites daquilo que é jurídico-penalmente relevante não devem mais ser determinados através do conceito de acção, mas antes através da imputação normativa”<sup>1263</sup>. Na sua formulação moderna, a teoria da imputação objectiva está voltada, quer nas suas vertentes mais representativas quer na sua origem, para os

---

<sup>1261</sup> A este propósito, são ilustrativas as palavras de SCHÜNEMANN, Bernd, «Über die objektive Zurechnung», *op. cit.*, p. 207, ao considerar que a teoria da imputação objectiva constitui um dos temas da ciência penal alemã e europeia mais intensamente discutidos, ganhando uma importância e significado semelhante ao finalismo ou ao conceito de causalidade.

<sup>1262</sup> Como refere RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *La Teoría de la Imputación Objetiva del Resultado...*, *op. cit.*, p. 94 e ss., a imputação objectiva transcende o conceito tradicional de imputação (*imputativitas*) que procurava determinar se um determinado evento podia ser considerado como obra de um autor, na medida em que para além desta função atributiva se adiciona a determinação do sentido social da acção, por forma a valorar a sua relevância. Assim, a atribuição de sentido a uma acção é algo mais (e distinto) da própria imputação, que implica uma valoração do substrato que subjaz àquele juízo. Neste sentido, como refere Küpper, a moderna teoria da imputação objectiva estabelece um conjunto de critérios de atribuição de um sentido social à acção, independente do próprio conceito de acção. Deste modo, alguns autores têm vindo a concluir que esta teoria não é na realidade uma verdadeira teoria da imputação, uma vez que aqueles critérios não decidem sobre a atribuição de um acontecimento como obra da actuação do agente, mas sim sobre a valoração do facto de forma a incluí-lo ou excluí-lo do tipo-de-ilícito. Logo, a função prosseguida pela moderna teoria da imputação objectiva consiste não tanto em atribuir um facto a uma conduta mas antes em estabelecer os limites dos tipos-de-ilícito.

<sup>1263</sup> *Apud* RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *La Teoría de la Imputación Objetiva del Resultado...*, *op. cit.*, p. 93.

delitos de resultado, tendo por fim captar o sentido social típico de uma acção através da formulação de critérios normativos que se acrescentam à tríade de elementos típicos constitutivos daquele tipo de infracções: acção,nexo causal e resultado<sup>1264</sup>. Por via da definição de critérios objectivos de imputação, exclui-se a responsabilização de condutas que, pela sua nula ou diminuta perturbação social, não carecem de relevância punitiva. Neste sentido, reconhece-se à imputação objectiva a função de restringir a relevância jurídico-penal de resultados causados por determinada acção. Assim, esta teoria desempenha uma função de determinação do sentido social típico da acção, por via da aplicação de determinados critérios normativos: “um resultado só é objectivamente imputável quando a acção que o causou tenha criado um risco juridicamente desaprovado (ou tipicamente relevante) que se realizou num resultado típico que pertence ao âmbito ou fim de protecção da norma infringida”<sup>1265</sup>.

Recorrendo à linguagem lógico-filosófica como forma de clarificar a relação que se estabelece entre onexo causal e o juízo de imputação, poder-se-ia dizer que a causalidade é uma condição suficiente mas não necessária à afirmação da responsabilidade por um resultado. Ou seja, a existência de umnexo causal implica uma ligação natural entre um resultado e uma conduta, suficiente para que se possa estabelecer entre aqueles elementos uma conexão jurídica, mas dela não decorre necessariamente a atribuição normativa daquele resultado ao agente. Deste modo, a afirmação do nexode causalidade entre a conduta e o resultado não implica uma atribuição daquele resultado ao autor da conduta. Regressando à terminologia jurídica, entende-se pois que um resultado previsto num tipo legal de crime “só é objectivamente imputável quando a referida acção tenha criado um risco juridicamente desaprovado que se realizou no resultado típico”<sup>1266</sup>. Esta nota constitui assim uma das principais características em que assenta a doutrina de imputação objectiva de resultados, sobretudo quando entendida e construída a partir de um princípio de incremento do risco.

---

<sup>1264</sup> Cf. RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *La Teoría de la Imputación Objetiva del Resultado...*, *op. cit.*, p. 53.

<sup>1265</sup> Cf. RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *La Teoría de la Imputación Objetiva del Resultado...*, *op. cit.*, p. 98-99.

<sup>1266</sup> Cf. JESCHECK / WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, *op. cit.*, p. 287.



Expõem-se agora sucintamente as propostas de alguns autores que, embora de diferentes perspectivas, procuram defender e fundamentar a teoria da imputação objectiva.

### 7.2.1 Roxin e a teoria do incremento do risco

O princípio do incremento do risco foi formulado por Claus Roxin em dois estudos fundamentais<sup>1267</sup>. O primeiro tem por referência a negligência, atendendo-se ao nexos que há-de existir entre uma violação do dever de cuidado e a produção de um resultado negligente. As reflexões de Roxin são suscitadas por um conjunto de casos concretos, analisados pela jurisprudência alemã, aos quais procura aplicar um novo critério de solução por si proposto<sup>1268</sup>. Trata-se, neste primeiro estudo, da casuística própria do *comportamento lícito alternativo* relativo a situações em que o agente actuou de modo incorrecto, realizando-se a lesão do bem jurídico, mas o resultado lesivo sempre se teria verificado ainda que a sua conduta fosse conforme à ordem jurídica<sup>1269</sup>. Ora, uma justa resolução destes casos não pode situar-se, segundo Roxin, no plano da causalidade, uma vez que esta se encontra inteiramente

---

<sup>1267</sup> O primeiro desses estudos toma por título «Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten», *ZStW* 74 (1962), p. 411-444 e conhece tradução em português, na qual se inclui uma nota posterior à primeira publicação: «Violação do dever e resultado nos crimes negligentes», *in: Problemas Fundamentais de Direito Penal, op. cit.*, p. 235-272. Alguns anos mais tarde, Roxin publica um segundo texto em que retoma e concede ao princípio do incremento do risco um fundamento geral que extravasa as situações de negligência. Trata-se do artigo que o autor escreveu em homenagem a Honig, intitulado «Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht», *in: Festschrift für Richard M. Honig*, Göttingen, 1970, p. 133-150, e que também conhece tradução em português, na qual se inclui, tal como no texto anterior, uma nota posterior à primeira publicação: «Reflexões sobre a problemática da imputação em direito penal», *in: Problemas Fundamentais de Direito Penal, op. cit.*, p. 145-168. Identificando estes textos como as primeiras fontes do princípio do incremento do risco de Roxin, KORIATH, Heinz, *Kausalität und objektive Zurechnung, op. cit.*, p. 82 e ss. Também o próprio ROXIN, Claus, *Strafrecht I, op. cit.*, p. 373 e s. Referindo-se ao decisivo contributo deste segundo estudo para a teoria da imputação objectiva, SCHÜNEMANN, Bernd, «Über die objektive Zurechnung», *op. cit.*, p. 212 e, mais recentemente, ROTSCHE, Thomas, «Objektive Zurechnung bei “alternativer Kausalität”», *in: Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag*, Berlin / New York: De Gruyter, 2011, p. 377-395.

<sup>1268</sup> Trata-se de casos que entretanto se tornaram famosos na literatura penal dedicada ao estudo da imputação objectiva, como o “caso do ciclista”, julgado pelo BGH em 1957, o “caso do farmacêutico” que, ainda mais antigo, foi julgado pelo Tribunal do Reich no ano de 1887, o célebre caso dos pêlos de cabra (a que nos referimos já anteriormente na nota 393) e ainda o “caso da novocaína”, cf. «Reflexões sobre a problemática da imputação...», *op. cit.*, p. 235 e s.

<sup>1269</sup> Cf. «Reflexões sobre a problemática da imputação...», *op. cit.*, p. 236.

afirmada, no sentido – que é aquele pressuposto por Roxin – da teoria da equivalência das condições. Ao indagar-se da relevância jurídico-penal daquelas condutas, “entra-se em consideração com outros elementos de imputação que já nada têm a ver com a causalidade”<sup>1270</sup>. Referindo-se a estas situações, Roxin pretende superar as dificuldades das propostas de solução que vinham sendo apresentadas na doutrina, por vezes mais alicerçadas num sentimento de justiça no sentido da absolvição do que numa consistente fundamentação teórica, capaz de garantir a mesma solução sempre que é aplicada<sup>1271</sup>. É justamente neste contexto que o autor avança com o princípio do incremento do risco, numa forma ainda embrionária, enquanto critério de imputação limitado aos crimes negligentes, como forma de evitar o regresso a um *versari in re illicita*, segundo o qual a conjugação de uma infracção dos deveres legais de cuidado com um resultado típico produziria necessariamente um crime negligente<sup>1272</sup>.

Roxin identifica aquela que a seu ver seria a questão decisiva (*die entscheidende Frage*): “como se pode reconhecer se uma violação do dever de cuidado, à qual se segue uma morte, fundamenta ou não um homicídio negligente?” A resposta é dada pela comparação, num primeiro momento, da conduta do autor com aquela que seria permitida segundo as normas jurídicas, para de seguida ajuizar da imputação ao agente daquela morte no caso de a sua conduta ter aumentado a probabilidade de produção do resultado em comparação com o risco permitido. Neste sentido, o princípio do incremento do risco traduz-se num método não hipotético mas comparativo, assente sobre a indagação do grau de perigo que delimita a conduta permitida que serve como padrão de comparação para determinar se a conduta realizada representa um risco superior a essa medida. Se assim for, existe uma violação do dever que se integra na tipicidade, responsabilizando-se o agente pelo resultado negligente<sup>1273</sup>.

---

<sup>1270</sup> Cf. «Reflexões sobre a problemática da imputação...», *op. cit.*, p. 237.

<sup>1271</sup> Roxin refere-se, em particular, à teoria da relevância de Mezger e à teoria de realização do perigo introduzido por Engisch na sua teoria causal, cf. «Reflexões sobre a problemática da imputação...», *op. cit.*, p. 247.

<sup>1272</sup> Cf. «Reflexões sobre a problemática da imputação...», *op. cit.*, p. 257.

<sup>1273</sup> Cf. «Reflexões sobre a problemática da imputação...», *op. cit.*, p. 257-258.

Todavia, num segundo artigo que dedica a Honig, tido como fundamental na sua construção da teoria da imputação objectiva, Roxin atribui ao princípio do incremento do risco a natureza de um princípio geral de imputação, válido para os crimes de resultado<sup>1274</sup>. “O poder de facto do agente que persegue determinados fins”, proposto por Honig, é concretizado por Roxin num princípio que possibilita o juízo de imputação e que se traduz na criação de um risco (não permitido) juridicamente relevante<sup>1275</sup>. Nas palavras de Roxin, este princípio de aumento do risco permite elaborar, para os delitos de resultado, “uma teoria geral da imputação completamente desligada do dogma causal”<sup>1276</sup>. Esta definitiva separação entre o plano ontológico da causalidade e o plano normativo da imputação é por si concretizada através de um conjunto de indicações que sinteticamente se enunciam.

Em primeiro lugar, não obstante a existência de uma relação causal, não pode imputar-se a um sujeito, como acção típica, a conduta que represente uma *diminuição do risco* para a vítima, na medida em que por seu intermédio se reduza a probabilidade de uma lesão mais grave.

---

<sup>1274</sup> Sobre a importância deste artigo, cf. FRISCH, Wolfgang / ROBLES PLANAS, Ricardo, *Desvalorar e Imputar*, Montevideo / Buenos Aires: IBdeF, 2006, p. 1 e ss.

<sup>1275</sup> FRISCH, Wolfgang, no artigo que escreve em homenagem a Claus Roxin, com o título «Faszinierendes Berechtigtes und Problematisches der Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolgs», *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, Berlin, New York: Walter De Gruyter, 2001, p. 213 e ss., (publicado em língua espanhola em FRISCH, Wolfgang / ROBLES PLANAS, Ricardo, *Desvalorar e Imputar...*, *op. cit.*, p. 1 e ss.), sublinha a importância e o alcance da substituição de um juízo de imputação assente na “perseguição de fins” e no “domínio do curso causal”, nos termos da proposta de Honig, pela “criação de um risco juridicamente desaprovado”, tal como era concretizado por Roxin. Desde logo, concedeu-se ao problema da imputação uma dimensão inteiramente nova: se, no primeiro sentido, a imputação, assumindo uma clara natureza correctiva, esgotava o seu alcance na exclusão de nexos causais não domináveis, uma teoria da imputação entendida como incremento de um risco proibido tem uma maior amplitude no seu campo de aplicação, uma vez que sob os *topoi* da criação do risco e da finalidade da protecção da norma se compreende um vasto conjunto de aspectos materiais situados entre a acção e a justificação. Por outro lado, esta modificação operada por Roxin teve ainda a vantagem de associar à questão da imputação um conjunto de conceitos valorativos já usuais e familiares à dogmática penal (sobretudo da negligência, onde continuamente se valoram riscos), facilitando o acesso a conclusões e à formulação de critérios valorativos. Por via desta proposta abriram-se novas perspectivas, uma vez que os seus pressupostos materiais pretendiam ser igualmente aplicáveis aos delitos dolosos: “a maior capacidade de abstracção conceptual da teoria da imputação permitiu (...) transferir valorações já assentes e critérios de solução do âmbito do delito negligente para o delito doloso”.

<sup>1276</sup> Cf. ROXIN, Claus, «Gedanken zur Problematik der Zurechnung...», *op. cit.*, p. 135-136, ou «Reflexões sobre a problemática da imputação...», *op. cit.*, p. 148-149. Também KORIATH, Heinz, *Kausalität und objektive Zurechnung*, *op. cit.*, p. 83.

Em segundo lugar, enfrentam-se as situações, evidenciadas pela teoria da adequação, de *criação ou não de um risco juridicamente relevante*, aderindo Roxin aos pressupostos teóricos de Engisch quando afirma que devem considerar-se condutas adequadas à produção de um resultado as acções e omissões perigosas em relação a esse mesmo resultado<sup>1277</sup>; neste sentido, o juízo de adequação afastara já como regra de imputação a teoria da equivalência das condições, “incapaz de responder às questões materiais que se colocam à imputação penal”<sup>1278</sup>. Ora, a teoria normativa do risco permite resolver, da perspectiva de Roxin, problemas causais tidos como insolúveis por via de uma concepção naturalista de causa, de que são exemplo os chamados “desvios do processo causal” ou os “processos causais anómalos”<sup>1279</sup>.

Em terceiro lugar, são considerados os casos em que, no contexto da vida moderna e tendo em conta a sua utilidade social, o legislador admite a prossecução de actividades que podem ser perigosas, desde que a conduta do autor não signifique um aumento do risco permitido; admite-se assim a assunção de riscos até um certo limite que, uma vez ultrapassado, determina a imputação do resultado ao agente; porém, se a conduta do autor não acarreta aquele aumento de perigo, por exemplo porque não tem qualquer influência no aumento do risco permitido (como acontecia no caso dos pincéis de barba<sup>1280</sup>), deve excluir-se aquela imputação.

Por fim, o último dos critérios limitadores de responsabilidade, no plano normativo, decorre da *esfera de protecção da norma*, cuja função consiste em negar a imputação nos casos em que, embora a conduta viole prescrições normativas, não existe qualquer conexão entre o resultado e o fim da norma infringida.

O princípio do incremento do risco e os critérios que o concretizam continuariam a ser aprofundados e desenvolvidos por Roxin e por aqueles autores que aderiram a esta proposta dogmática, concebendo-se a imputação objectiva do resultado como elemento da tipicidade penal nos delitos de resultado.

---

<sup>1277</sup> KORIATH, Heinz, *Kausalität und objektive Zurechnung*, *op. cit.*, p. 84, sublinha a influência dos escritos de Engisch e de Honig – reconhecida pelo próprio Roxin – na formulação do princípio do incremento do risco. A estas duas importantes fontes acrescenta ainda Schünemann os trabalhos de Hans Welzel que, no seu conjunto e combinação, permitiram a Roxin criar uma teoria geral de imputação.

<sup>1278</sup> Cf. ROXIN, Claus, «Reflexões sobre a problemática da imputação...», *op. cit.*, p. 151.

<sup>1279</sup> Cf. ROXIN, Claus, «Reflexões sobre a problemática da imputação...», *op. cit.*, p. 150 e s.

<sup>1280</sup> *Supra*, nota 393.

No seu tratado de direito penal, Roxin clarifica a relação que a seu ver se estabelece entre causalidade e imputação objectiva, tomando aquela como pressuposto do juízo de atribuição do resultado nos crimes materiais. Assim, a “imputação objectiva será à partida impossível nos delitos comissivos quando o autor não tenha causado o resultado”, na medida em que a teoria do nexa causal é o fundamento de toda a imputação ao tipo objectivo<sup>1281</sup>. Esta causalidade é entendida por Roxin no sentido da teoria da equivalência, mas concebendo-se “a causa” como uma condição conforme às leis naturais<sup>1282</sup>. Para se verificar a conformidade a essas leis será necessário atender ao resultado na sua configuração concreta<sup>1283</sup>.

Um critério causal assim concebido, sendo condição necessária, não é suficiente para que se afirme um juízo de imputação, uma vez que há situações em que não obstante a existência de um nexa causal, carece de sentido jurídico a imputação daquele resultado à conduta que lhe deu causa<sup>1284</sup>. Por outro lado, também a teoria da adequação e da relevância, enquanto teorias normativas precursoras da uma teoria da imputação, se mostram insuficientes, da perspectiva de Roxin, para resolver os problemas da atribuição do resultado, exigindo-se uma teoria autónoma e subsequente ao exame da causalidade, capaz de indicar as circunstâncias que tornam uma conduta causadora numa acção típica<sup>1285</sup>.

Esta teoria autónoma de imputação, que toma como pressuposto a existência de uma relação causal, começaria a ser construída e posteriormente desenvolvida a partir do princípio do incremento do risco. No seu tratado de direito penal o autor enuncia e concretiza aquele princípio nos seguintes termos: “um resultado causado por uma acção preenche o tipo objectivo somente quando a conduta do autor criou um perigo para o objecto de acção, por via de um risco não permitido, que se

---

<sup>1281</sup> Cf. ROXIN, Claus, *Strafrecht I, op. cit.*, p. 349. O autor dá um exemplo que se liga directamente com os casos de responsabilidade pelo produto: “se não se puder comprovar que um determinado medicamento tenha sido causal para os danos corporais sofridos pelos pacientes que com ele foram tratados, também não se poderá aceitar que o produtor do medicamento tenha lesado algum paciente”.

<sup>1282</sup> ROXIN, Claus, *Strafrecht I, op. cit.*, p. 359.

<sup>1283</sup> ROXIN, Claus, *Strafrecht I, op. cit.*, p. 359.

<sup>1284</sup> Sobre as limitações desta teoria causal, ROXIN, Claus, *Strafrecht I, op. cit.*, p. 359 e ss.

<sup>1285</sup> Cf. ROXIN, Claus, *Strafrecht I, op. cit.*, p. 370 e p. 372. Sublinhando que o requisito de aumento do risco constitui um posterior desenvolvimento da teoria da adequação, KINDHÄUSER, Urs, «Aumento do risco e diminuição do risco», *RPCC 20 (2010)*, p. 13.

realizou no concreto resultado”<sup>1286</sup>. O princípio assim enunciado é depois concretizado e alargado por um complexo conjunto de critérios, casuisticamente aplicados, por forma a fundamentar a conclusão de que nem todo o resultado naturalisticamente causado pela conduta do agente lhe é normativamente imputável.

Esses critérios correspondem ao desenvolvimento das indicações anteriormente referidas que concretizavam, nos seus primeiros textos, o princípio de incremento do risco. Tais parâmetros traduzem-se, num primeiro momento, na necessidade de, através da sua conduta, o agente *criar* um risco não permitido, excluindo-se a imputação do resultado causado em casos de *diminuição do risco* (o agente modifica o curso causal de tal forma que diminui o risco já existente para a vítima, causando um resultado menos gravoso)<sup>1287</sup>. Também não é considerada a criação de um risco não permitido, e a consequente imputação do resultado, quando o agente se limita a influenciar a vítima a adoptar um comportamento perfeitamente adequado<sup>1288</sup>. Ainda por esta mesma razão, deve ser excluída a imputação nos casos em que o agente criou um *risco permitido* pela ordem jurídica, entendendo-se como tal “a conduta que cria um risco juridicamente relevante mas que em geral (e independentemente do caso concreto) está permitida, excluindo-se, por isso, a própria tipicidade”<sup>1289</sup>. Como exemplo deste último tipo de situações apontam-se o tráfico rodoviário, ferroviário, aéreo, a prática de desportos perigosos e, com maior relevância para os casos que se tomam como objecto de estudo desta investigação, as actividades empresariais e industriais (de bens perigosos)<sup>1290 1291</sup>.

Num segundo momento, o autor considera as situações que se referem à *realização (ou não realização) do risco não permitido*. A imputação do resultado causado deve ter-se por excluída se o perigo proibido criado pelo agente não se realizou no

---

<sup>1286</sup> Cf. Roxin, Claus, *Strafrecht I, op. cit.*, p. 372.

<sup>1287</sup> ROXIN, Claus, *Strafrecht I, op. cit.*, p. 375 e ss.

<sup>1288</sup> ROXIN, Claus, *Strafrecht I, op. cit.*, p. 377 e ss.

<sup>1289</sup> ROXIN, Claus, *Strafrecht I, op. cit.*, p. 382-383.

<sup>1290</sup> Trata-se de sectores em que se estabelecem especiais regras de cuidado e precaução que constituem um forte indício da existência de um risco juridicamente relevante, cf. ROXIN, Claus, *Strafrecht I, op. cit.*, p. 383-384.

<sup>1291</sup> Um outro grupo de casos autonomizado e inserido por Roxin no âmbito da criação de um risco não permitido relaciona-se com a relevância ao nível da imputação objectiva dos cursos causais hipotéticos, sendo, a seu ver e em princípio, de negar a sua relevância para a exclusão da tipicidade, cf. ROXIN, Claus, *Strafrecht I, op. cit.*, p. 379 e ss.

resultado, por exemplo porque a vítima de homicídio vem a falecer não em virtude do ferimento causado pelo agente, mas na sequência de um incêndio no hospital em que se encontrava<sup>1292</sup>. Por outro lado, tem de realizar-se no resultado o risco não permitido, requisito que falha nos casos em que o cumprimento do dever – por um comportamento conforme ao direito – seria inútil para o evitar, restando a possibilidade de uma punição a título tentado<sup>1293</sup>.

Por último, a imputação do resultado deve ainda excluir-se quando este não esteja coberto pelo fim de protecção da norma de cuidado<sup>1294</sup>. Ainda relacionado com o critério de determinação do âmbito da norma, mas englobado sobre a ideia de “alcance do tipo” (*Die Reichweite des Tatbestandes*), encontra-se o conjunto de situações com claro conteúdo vitimológico referente à problemática da *autocolocação em perigo* (em que alguém, por sugestão de outrem, se coloca dolosamente em perigo)<sup>1295</sup>, da *heterocolocação em perigo* (em que alguém dá o seu assentimento para que outrem o coloque em perigo)<sup>1296</sup>, e da *atribuição à esfera de responsabilidade alheia* (em virtude do risco anteriormente assumido ter posteriormente transitado para outrem)<sup>1297</sup>.

Vários foram os autores que contribuíram através dos seus estudos para o aprofundamento e desenvolvimento da teoria da imputação objectiva proposta por Roxin, testemunhando a sua ressonância quer na Alemanha quer além fronteiras<sup>1298</sup>, e que contribuíram para que esta teoria se tenha vindo a impor como doutrina dominante, pelo menos na literatura, nos princípios dos anos 80 do século XX<sup>1299</sup>.

---

<sup>1292</sup> ROXIN, Claus, *Strafrecht I, op. cit.*, p. 384 e ss.

<sup>1293</sup> ROXIN, Claus, *Strafrecht I, op. cit.*, p. 386 e ss.

<sup>1294</sup> ROXIN, Claus, *Strafrecht I, op. cit.*, p. 390 e ss.

<sup>1295</sup> Um dos argumentos para excluir a imputação nos casos de autocolocação em perigo assenta na determinação do âmbito de protecção da norma, *v. g.*, no âmbito do ordenamento jurídico alemão, exclui-se da punição a título de homicídio, a participação em suicídio, rejeitando-se por maioria de razão que um terceiro possa ser responsabilizado pela autocolocação em perigo da vítima, cf. ROXIN, Claus, *Strafrecht I, op. cit.*, p. 401 e ss. Um argumento desta natureza enfrentaria sérias dificuldades no ordenamento jurídico português em face do disposto no artigo 135.º do Código Penal (Incitamento ou ajuda ao suicídio).

<sup>1296</sup> ROXIN, Claus, *Strafrecht I, op. cit.*, p. 409 e ss.

<sup>1297</sup> Problemática que se cruza com o princípio da confiança, cf. ROXIN, Claus, *Strafrecht I, op. cit.*, p. 417 e ss.

<sup>1298</sup> Cf., com referências bibliográficas, ROXIN, Claus, *Strafrecht I, op. cit.*, p. 374.

<sup>1299</sup> Cf. FRISCH, Wolfgang, *Desvalorar e imputar...*, *op. cit.*, p. 13. Também HIRSCH, Hans Joachim, *Derecho Penal, op. cit.*, p. 37.

Com efeito, esta proposta doutrinal surge entre as contribuições dogmáticas mais influentes das últimas décadas no desenvolvimento do direito penal<sup>1300</sup>. A sua referência impôs-se, na maioria dos tratados de parte geral do direito penal, a propósito da tipicidade, seguindo-se, em regra, ao estudo da causalidade<sup>1301</sup>.

Não obstante o seu reconhecimento, as vozes críticas a esta teoria também se fizeram ouvir, provindas das mais diversas construções e fundamentações penais<sup>1302</sup>. Salientam-se as objecções dos autores finalistas, que consideram quer desnecessário quer impraticável um juízo de perigo encarado exclusivamente de uma perspectiva objectiva. Destaca-se a este propósito a crítica de Armin Kaufmann, para quem a permissão ou proibição de uma determinada conduta – e com isto, a criação de um perigo juridicamente relevante – depende fundamentalmente dos conhecimentos do agente como fundamento daquela valoração<sup>1303</sup>. Sem atender ao âmbito subjectivo do agente nada se pode valorar quanto ao perigo por si criado<sup>1304</sup>. Assim, uma das críticas mais evidenciadas pelos autores de influência finalista relaciona-se com a desconsideração, no âmbito daquela doutrina, de estruturas próprias da imputação, como a finalidade ou o conteúdo da vontade. Deste modo, a proposta de Roxin é vista não tanto como uma teoria de imputação ou de atribuição a um sujeito de um resultado imputável à sua vontade, como seria de esperar de uma doutrina de *imputação*, mas antes como uma teoria normativa assente em critérios de valoração

---

<sup>1300</sup> Cf. FRISCH, Wolfgang, *Desvalorar e imputar...*, *op. cit.*, p. 1.

<sup>1301</sup> Entre as circunstâncias que favoreceram a recepção desta teoria, FRISCH, Wolfgang, *Desvalorar e Imputar...*, *op. cit.*, p. 10 e s., destaca duas: em primeiro lugar, uma conjuntura favorável à adopção de critérios de solução altamente normativizados, uma vez que o intenso debate sobre os distintos conceitos de causalidade, bem como a discussão introduzida nos anos quarenta e cinquenta do século XX quanto ao conceito de acção, colocaram em evidência a impossibilidade de resolução de determinados problemas com recurso a fenómenos ontológicos ou com a ajuda de conceitos descritivos, uma vez que as decisões e os critérios de solução que pressupõem são de natureza normativa; em segundo lugar, as novas teorias contribuíram para um certo renascimento do conceito de imputação no âmbito do direito penal e para a compreensão do delito como um acontecimento atribuível a uma pessoa.

<sup>1302</sup> Uma síntese das principais críticas pode ver-se em FRISCH, Wolfgang, «La imputación objetiva: estado de la cuestión», *op. cit.*, p. 34 e ss.

<sup>1303</sup> Cf. «Atribución objectiva» en el delito doloso», *ADPCC 38 (1985)*, p. 816.

<sup>1304</sup> Não obstante uma separação inicial entre os autores finalistas e a teoria da imputação objectiva, há actualmente uma certa aproximação entre estas teorias, muito por força dos escritos de Lenckner *in*: SCHÖNKE / SCHRÖEDER, *Strafgesetzbuch*, *op. cit.*, notas marginais 91 e ss. (nas últimas edições Eisele é também autor das notas marginais referidas). Na verdade, a concepção pessoal de ilícito aparece hoje, em alguns autores, combinada com uma teoria da imputação objectiva. Autores como Roxin reconhecem e tomam na sua proposta dogmática o dolo típico como um elemento do tipo subjectivo, cf. HIRSCH, Hans Joachim, *Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 38.



de um comportamento. A previsibilidade objectiva pressuposta pelo requisito da criação de um perigo desaprovado não é um critério de imputação mas sim de determinação da relevância típica de um determinado acontecimento<sup>1305</sup>. Compreende-se assim, desta perspectiva, que os critérios da imputação objectiva sejam vistos pelos finalistas como uma normativização do conceito causal de acção, de acordo com os quais se atribui um resultado a alguém independentemente daquela que tenha sido a sua vontade, cindindo-se o tipo em duas partes independentes do ponto de vista dogmático: uma parte objectiva, onde se pretende encontrar uma identidade estrutural entre delito doloso e negligente, e uma parte subjectiva<sup>1306</sup>.

As críticas provêm ainda de outros quadrantes, de autores como Hirsch ou Küpper que, sublinhando a suficiência dos instrumentos dogmáticos já adquiridos no âmbito da imputação dos delitos negligentes, designadamente a infracção ao dever de cuidado, consideram desnecessários os critérios especiais propostos pela teoria da imputação objectiva. Por sua vez, no âmbito dos delitos dolosos, a maioria das situações que aquela teoria se propõe resolver encontrariam já uma solução em sede de dolo ou dos critérios exigidos para a afirmação da autoria criminosa<sup>1307</sup>. Em particular, Hirsch reconhece à teoria da imputação objectiva o mérito de ter chamado a atenção para as insuficiências da teoria pessoal do ilícito na limitação ao conceito de tipo penal aberto por uma via exclusivamente subjectiva, impondo igualmente restrições objectivas ao tipo; critica porém a fundamentação metodológica desta teoria, assente em um excessivo normativismo e fonte de inevitáveis fricções dogmáticas, conducente, sobretudo no caso dos delitos dolosos, a “uma questionável relativização da determinação típica”<sup>1308</sup>.

Kindhäuser perfilha também um discurso crítico quanto ao princípio do aumento de risco como critério de imputação de um resultado. Da perspectiva deste autor, toda a causa de um resultado enquanto modificação de um bem pressupõe um risco. Logo, o requisito de um aumento do risco mostra-se “tão supérfluo como

---

<sup>1305</sup> Cf. RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *La Teoría de la Imputación Objetiva...*, *op. cit.*, p. 98 e ss.

<sup>1306</sup> Cf. RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *La Teoría de la Imputación Objetiva...*, *op. cit.*, p. 113.

<sup>1307</sup> Cf. FRISCH, Wolfgang / ROBLES-PLANA, Ricardo, *Desvalorar e Imputar...*, *op. cit.*, p. 19 e s.

<sup>1308</sup> Cf. HIRSCH, Hans Joachim, *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 62.

a exigência de que a água que conduz a uma inundação tenha de estar molhada”<sup>1309</sup>. Isto porque na imputação objectiva se consideram resultados causados, pelo que a produção do resultado confirma justamente a perigosidade do acto, ainda que se trate de actividades normais da vida quotidiana. Assim, decisivo para a imputação é a cognoscibilidade do risco concreto por parte dos intervenientes: “se aquele que incitou ao facto conhecia o risco concreto, responderá pelo resultado por via da autoria mediata. Não obstante, poderá fracassar a imputação do resultado, mas apenas por falta de dolo ou de negligência, e em caso algum por falta de perigosidade de incitar a realizar actividades ‘normais’ da vida quotidiana”<sup>1310</sup>. O autor prossegue a sua análise referindo-se especificamente às situações de diminuição do risco, rejeitando a possibilidade de uma mesma conduta poder simultaneamente causar um resultado e diminuir o risco de produção do resultado. As situações reconduzidas pela teoria da imputação objectiva ao critério de diminuição do risco, como forma de excluir a imputação, são agora analisadas, distinguindo-se os casos de “autêntica” diminuição de risco, onde a imputação é excluída não por causa dessa diminuição mas porque falha a causalidade<sup>1311</sup>, daquelas situações onde o resultado é efectivamente causado pelo agente, afastando-se eventualmente a sua responsabilidade seja no plano subjectivo (do dolo ou da negligência)<sup>1312</sup> seja por exclusão da ilicitude por via do consentimento

---

<sup>1309</sup> Cf. KINDHÄUSER, Urs, «Aumento do risco...», *op. cit.*, p. 22.

<sup>1310</sup> KINDHÄUSER, Urs, «Aumento do risco...», *op. cit.*, p. 23 e s.

<sup>1311</sup> O autor refere-se às situações em que a intervenção de uma pessoa impede um dano maior, por exemplo se alguém reduz o volume de uma inundação, travando a afluência de água. Aqui falha a causação de um resultado, pois os danos não são causados pela acção de auxílio. Para a explicação desses danos a acção do agente carece de significado. Ela só pode explicar a circunstância de os danos serem menores. Assim, é a ausência de causalidade que explica a não imputação do resultado ao agente, não sendo necessária uma exclusão normativa por via da diminuição do risco, cf. KINDHÄUSER, Urs, «Aumento do risco...», *op. cit.*, p. 24 e s.

<sup>1312</sup> Para ilustrar estas situações, o autor toma o caso discutido por Sancinetti segundo o qual o operário A vê, por acaso, que uma viga se desprende e que, segundo a sua apreciação, cairá sobre o operário B. Por esta razão, A grita a B para que fuja, mas a viga cai precisamente para onde B se dirigia, matando-o. Segundo KINDHÄUSER, Urs, «Aumento do risco...», *op. cit.*, p. 25 e ss., este é um caso de cognoscibilidade do risco por parte do agente e não de diminuição do risco, uma vez que, no plano objectivo, A aumentou o risco da produção do resultado e causou a morte de B por intermédio do seu grito de alerta. Todavia, se A avaliou erroneamente o risco de produção causal, então não terá actuado dolosamente, e se a sua apreciação não foi descuidada também não terá actuado de forma negligente, excluindo-se por esta via a sua responsabilidade.

presumido<sup>1313</sup>. Kindhäuser mostra-se pois muito crítico quanto às delimitações normativas do nexu causal por via de critérios como o aumento do risco ou a da sua diminuição, na medida em que se mostram supérfluos, no primeiro caso, ou contraditórios do ponto de vista da teoria da infracção criminal, no segundo.

Hilgendorf mostra-se igualmente crítico quanto às vantagens da teoria da imputação objectiva. Como tese fundamental, o autor sustenta que a “maioria dos problemas de ‘imputação objectiva’ são questões de causalidade, domínio onde se podem resolver de forma mais precisa”<sup>1314</sup>; acrescenta ainda que os critérios de imputação coincidentes com a criação de um risco relevante e a sua realização no resultado concreto são demasiado vagos e indeterminados para serem “algo mais do que uma aparente legitimação destinada a fundamentar resultados que intuitivamente se percebem como correctos”<sup>1315</sup>. Neste sentido, em muitas das suas consequências esta teoria corresponde ao sentimento jurídico, sem que tenha sido possível dar-lhe um conteúdo preciso, não obstante o esforço de décadas na sua concretização e desenvolvimento. Para este autor, os resultados mais importantes desta teoria, voltados para a restrição dos excessos e imperfeições da fórmula da *condicio sine qua non*, poderiam ser igualmente obtidos, seja através de uma reconfiguração do modelo causal, designadamente nas situações em que o resultado típico se deve a um curso causal anómalo e imprevisível, seja por intermédio da criação de novas causas de justificação ou de exclusão da tipicidade, voltadas para casos em que a imputação se mostre desajustada, apesar da adequação da realização do resultado, como por exemplo, quando o evento lesivo se produz porque a vítima se comportou de um modo grosseiramente descuidado<sup>1316</sup>. Da perspectiva do autor,

---

<sup>1313</sup> Neste grupo KINDHÄUSER, Urs, «Aumento do risco...», *op. cit.*, p. 28 e ss., inclui acções de auxílio em que o agente efectivamente impede o resultado, mas produz outro resultado de menor intensidade mediante a sua conduta. Aponta como exemplo o caso de escola em que o agente desvia uma pedra que vê cair sobre a cabeça da vítima, o que faz com que seja atingida uma outra parte do corpo, sofrendo uma ofensa menor. O autor considera ainda que a tipicidade da ofensa produzida e efectivamente causada pela conduta do agente não pode excluir-se. A regra decisiva que rege estas situações será antes a do consentimento presumido, cf. *ibidem*, p. 32. Uma solução centrada exclusivamente sob a causalidade e a imputação objectiva impede que nestes casos se leve em conta a autonomia da vítima e os seus interesses, cf. *ibidem*, p. 34.

<sup>1314</sup> Cf. «Wozu brauchen wir die “Objektive Zurechnung”?...», *op. cit.*, p. 35; também «Relación de causalidad e imputación...», *op. cit.*, p. 93.

<sup>1315</sup> «Wozu brauchen wir die “Objektive Zurechnung”?...», *op. cit.*, p. 35.

<sup>1316</sup> «Wozu brauchen wir die “Objektive Zurechnung”?...», *op. cit.*, p. 44 e ss.

não se trata de abandonar a teoria da imputação objectiva, mas antes de transferir e referir os grupos de casos por ela considerados a conceitos e figuras susceptíveis de serem utilizados com maior precisão (afastando-se, pela sua indeterminação, critérios como a delimitação do âmbito de protecção da norma)<sup>1317</sup>.

Não obstante as reservas e críticas formuladas, alguns autores, tomando como ponto de partida e de discussão a doutrina da imputação objectiva, avançaram com novas construções e modelos alternativos mais ou menos afastadas daquela teoria, dos seus pressupostos e fundamentos. Disto mesmo constitui exemplo o pensamento de Wolfgang Frisch, com a sua obra *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*<sup>1318</sup> dedicada à imputação objectiva, e que tem vindo a ser invocado, por exemplo, na delimitação da responsabilidade penal no âmbito do desenvolvimento tecnológico<sup>1319</sup>. Justifica-se assim uma referência, pelo directo interesse e ligação aos temas que compõem o objecto da nossa investigação. Também a teoria da imputação de Jakobs tem merecido particular destaque na doutrina, justificando-se assim uma breve referência à sua proposta teórica. As propostas de Frisch e de Jakobs constituem dois dos principais modelos alternativos a uma compreensão da imputação objectiva centrada sobre o resultado, alargando-se, em ambas, a relevância do juízo de imputação à conduta do agente.

### 7.2.2 Wolfgang Frisch e o conceito de conduta típica

As diferenças entre uma compreensão finalista do desvalor da acção, concebido em termos subjectivos a partir da finalidade do agente, por um lado, e os partidários da doutrina da imputação objectiva, que reconduzem o carácter desvalioso da conduta à imputação de resultados através do pressuposto da criação de um risco juridicamente desaprovado, por outro, foram de algum modo atenuadas

---

<sup>1317</sup> «Wozu brauchen wir die “Objektive Zurechnung”?...», *op. cit.*, p. 47.

<sup>1318</sup> FRISCH, Wolfgang, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, C. F. Müller Juristischer Verlag, 1988 (esta obra conhece tradução em língua espanhola, realizada por Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González Murillo: *Comportamiento Típico e Imputación del Resultado*, Madrid: Marcial Pons, 2004).

<sup>1319</sup> Cf. HOYER, Andreas, «Risco permitido e desenvolvimento tecnológico», *op. cit.*, p. 366.

e conciliadas na obra de Frisch<sup>1320</sup>. Nos seus escritos, este autor, embora tome como ponto de partida uma concepção pessoal de ilícito, não deixa de reconhecer virtudes à teoria da imputação objectiva, encetando uma via de harmonização destas teorias. Da sua perspectiva, o risco desaprovado tem um papel fundamental na delimitação daquilo que o legislador quis submeter à punição; porém, concebê-lo como critério de imputação de resultado não permite explicá-lo na sua totalidade. Para este autor, o risco típico, porque juridicamente desaprovado, é algo que não se explica meramente em termos de imputação objectiva (de nexos entre conduta e resultado), mas que requer a adopção de uma diferente perspectiva, assente justamente sobre a conduta<sup>1321</sup>.

Frisch parte da ideia de que quase toda a acção importa riscos, maiores ou menores, para bem jurídicos. Porém, nem por isso se proíbe toda e qualquer actuação, sob pena de as limitações à liberdade alcançarem uma magnitude incomportável. No juízo de proibição, o legislador atende a um círculo muito mais estreito de formas de conduta lesivas<sup>1322</sup>. É também essa sua potencialidade lesiva que permite compreender a proibição e torna a norma perceptível àqueles a quem se destina. Assim, só podem ser juridicamente reprovadas aquelas condutas que comportem riscos especiais de produção de lesões. Porém, a determinação desses riscos não se traduz, segundo Frisch, numa qualquer probabilidade de produção do resultado, isto é, num critério quantitativo ou gradativo, mas antes num parâmetro qualitativo que atende à concorrência de circunstâncias em torno da possibilidade de realização de um dano (por exemplo, a impossibilidade de considerar posteriormente determinados cursos causais; os indícios concretos sobre a existência de determinadas circunstâncias que aumentam o risco; a independência da realização do risco em face do ulterior actuar de pessoas racionais; etc.)<sup>1323</sup>. Assim, perante a ausência de uma razão que legitime a reprovação da actuação, a conduta não pode

---

<sup>1320</sup> Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, no prólogo à monografia de FRISCH, Wolfgang / ROBLES-PLANA, Ricardo, *Desvalorar e Imputar...*, *op. cit.*, p. XII.

<sup>1321</sup> Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, no prólogo à monografia de FRISCH, Wolfgang / ROBLES-PLANA, Ricardo, *Desvalorar e Imputar...*, *op. cit.*, p. XIII.

<sup>1322</sup> Cf. FRISCH, Wolfgang / ROBLES-PLANA, Ricardo, *Desvalorar e Imputar...*, *op. cit.*, p. 25, com outras referências.

<sup>1323</sup> Cf. FRISCH, Wolfgang / ROBLES-PLANA, Ricardo, *Desvalorar e Imputar...*, *op. cit.*, p. 28. Também FRISCH, Wolfgang, «La imputación objetiva: estado de la cuestión», *op. cit.*, p. 59 e ss.

legitimar ou fundamentar o ilícito objectivo requerido pelos delitos consumados, ainda que um qualquer resultado típico venha a acontecer.

Nestes termos, segundo a proposta de Frisch cabe distinguir entre “juízo objectivo e normativo de desaprovação da conduta, por um lado, e a imputação do resultado à conduta desaprovada, por outro. Só neste último âmbito se pode falar em sentido estrito de imputação objectiva. A teoria da conduta típica, entendida como conduta desaprovada por ultrapassar o espaço de liberdade juridicamente garantido, impõe-se, ao contrário, como uma construção separada de quaisquer considerações de ‘imputação objectiva’. À sua esfera de influência pertencem conceitos como a adequação social e o risco permitido, nos quais se manifesta precisamente a valoração da conduta a partir de regras que determinam os limites à liberdade da acção”<sup>1324</sup>.

Assim, se a conduta não importa um risco desaprovado, o que realmente falta, desta perspectiva, é uma conduta proibida e não um mero requisito para a imputação do resultado lesivo. Para Frisch, a vinculação do comportamento a um perigo desaprovado é pois um elemento nuclear da conduta típica dos delitos de resultado<sup>1325</sup>. Deste modo, a criação de um perigo juridicamente desaprovado torna-se supérflua como requisito de imputação, porque em geral está já pressuposta no que deve exigir-se a uma actuação para que possa ser tida como típica<sup>1326</sup>. Assim se explica não apenas que um comportamento que diminui o risco de realização do resultado não seja, desde o primeiro momento, uma conduta proibida, mas também que uma ausência de proibição da conduta falhe nos casos em que o aumento do risco é socialmente tolerado (como acontece no exemplo de escola em que o tio rico é convencido a viajar pelo sobrinho, na esperança de que ele venha a morrer num acidente). Isto mesmo vale ainda para as situações em que se observa um aumento do risco mas a acção é permitida pela utilidade que lhe é reconhecida, desde que cumpridas as condições estabelecidas para a minimização do risco. Ou por fim, nos casos em que as consequências lesivas só puderam desencadear-se mediante a

---

<sup>1324</sup> Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, no prólogo à monografia de FRISCH, Wolfgang / ROBLES-PLANA, Ricardo, *Desvalorar e Imputar...*, *op. cit.*, p. XIV.

<sup>1325</sup> Cf. FRISCH, Wolfgang / ROBLES-PLANA, Ricardo, *Desvalorar e Imputar...*, *op. cit.*, p. 49.

<sup>1326</sup> Cf. FRISCH, Wolfgang, *Tatbestandsmäßiges Verhalten...*, *op. cit.*, p. 41.

actuação da vítima ou de terceiros auto-responsáveis. Em todos estes casos, mais do que a imputação do resultado, exclui-se, segundo Frisch, a desaprovação jurídica da conduta<sup>1327</sup>.

Por esta via, o autor afasta-se quer da moderna teoria da imputação objectiva, quer de uma compreensão puramente subjectiva da acção penal. Afasta-se da primeira ao retirar a criação de um risco juridicamente desaprovado do âmbito da imputação do resultado para o domínio da acção típica. Neste sentido, a imputação do resultado falha quando através do seu comportamento o agente crie um risco desaprovado (e como tal, se trate de uma conduta proibida) mas o resultado final não realize aquele perigo<sup>1328</sup>. Pressuposto da atribuição do resultado é pois que o risco criado pela conduta se concretize na consequência lesiva<sup>1329</sup>.

Todavia, a concepção do risco juridicamente desaprovado como elemento do comportamento, na medida em que representa a inclusão de um elemento objectivo na descrição típica da conduta, afasta-se de uma concepção de acção assente exclusivamente sobre elementos subjectivos. Com efeito, da perspectiva de Frisch, o risco desaprovado é requerido *objectivamente* e não é considerado apenas como um conteúdo mental, puramente imaginado, do agente<sup>1330</sup>.

Roxin aponta algumas reservas à proposta de Frisch e muito concretamente à divisão realizada entre “comportamento típico” e “imputação do resultado”<sup>1331</sup>. São duas as objecções principais: em primeiro lugar, através daquela diferenciação desconsidera-se que, em último termo, o que está em causa é a imputação de um resultado, uma vez que o resultado não se imputa ao causante quando ele se comportou desde o princípio de forma adequada e também quando o curso causal é particularmente extraordinário; contra a inclusão do risco desaprovado nos elementos da conduta típica vale ainda a circunstância de o desvalor da acção e o desvalor de resultado estarem indissolivelmente ligados um ao outro. Neste sentido, “sem resultado morte e a correspondente imputação não existe qualquer acção de matar nem qualquer ‘comportamento típico’ ”.

---

<sup>1327</sup> Cf. FRISCH, Wolfgang / ROBLES-PLANA, Ricardo, *Desvalorar e Imputar...*, *op. cit.*, p. 51.

<sup>1328</sup> Cf. FRISCH, Wolfgang, *Tatbestandsmäßiges Verhalten...*, *op. cit.*, p. 56.

<sup>1329</sup> Cf. FRISCH, Wolfgang / ROBLES-PLANA, Ricardo, *Desvalorar e Imputar...*, *op. cit.*, p. 52.

<sup>1330</sup> Cf. FRISCH, Wolfgang, *Tatbestandsmäßiges Verhalten...*, *op. cit.*, p. 43 e s.

<sup>1331</sup> ROXIN, Claus, *Strafrecht I*, *op. cit.*, p. 375

A estas críticas responde Frisch, em um artigo de homenagem a Claus Roxin<sup>1332</sup>, do seguinte modo: é certo que nas situações contempladas pela primeira objecção de Roxin falta, em definitivo, a imputação de um resultado; porém, importa determinar as razões para que tal aconteça e, para esse efeito, não será indiferente saber se a actuação do agente é juridicamente irreprovável ou se pelo contrário o resultado não lhe é imputado apesar de a sua conduta se mostrar errónea. Ou seja, um direito penal que se limite a responder à pergunta da imputação do resultado desconsidera a função de distinção entre a conduta típica e a conduta não compreendida no tipo legal, afastando-se daquilo que são as representações e valorações dos destinatários das normas penais. Relativamente à segunda objecção, Frisch considera que “a alusão à indivisibilidade da conduta e do resultado só é correcta no sentido de que para se apreciar um delito de resultado consumado uma conduta tem de ter produzido um resultado que lhe seja imputável”<sup>1333</sup>. Porém, assim entendida, a conduta típica perde autonomia e torna-se um sinónimo de tipicidade objectiva, criando-se desta forma um conceito global unitário de conduta típica que se substitui à imputação objectiva. Ora, um conceito restritivo de conduta, entendida como comportamento juridicamente desaprovado, permite preservar o conceito de imputação objectiva, reservando-o para as situações em que ganha toda a sua relevância, ou seja, nos casos de realização do risco desaprovado no resultado típico<sup>1334</sup>.

Pronunciando-se justamente sobre este diálogo crítico, Koriath sublinha que só um comportamento juridicamente desaprovado pode ser objecto de valoração do direito penal. Dando razão a Roxin, salienta que, quando esse juízo de valoração é retirado do contexto da imputação objectiva, como pressupõe no seu núcleo essencial a tese de Frisch, então deixa de ser possível sustentar, neste âmbito, o princípio de aumento do risco de Roxin. E acrescenta que, deste modo, a teoria de Frisch antes remete para uma nova ideia de imputação<sup>1335</sup>. Neste sentido, a distância

---

<sup>1332</sup> Incluído na monografia FRISCH, Wolfgang / ROBLES-PLANA, Ricardo, *Desvalorar e Imputar...*, *op. cit.*, p. 53 e ss.

<sup>1333</sup> FRISCH, Wolfgang / ROBLES-PLANA, Ricardo, *Desvalorar e Imputar...*, *op. cit.*, p. 55.

<sup>1334</sup> Acerca das críticas apontadas por Roxin e das respostas ensaiadas por Frisch veja-se ainda KORIATH, Heinz, *Kausalität und Objektive Zurechnung*, *op. cit.*, p. 164.

<sup>1335</sup> KORIATH, Heinz, *Kausalität und Objektive Zurechnung*, *op. cit.*, p. 164.



que se impõe entre as duas teorias é maior do que aquela que à partida pressupõe Frisch.

O conceito de comportamento típico de Frisch tem vindo a ganhar importância na doutrina, particularmente em domínios que interessam directamente ao objecto desta investigação, como a delimitação do risco permitido e não permitido no contexto do desenvolvimento tecnológico. A este propósito, Andreas Hoyer, referindo-se aos delitos de lesão e contrapondo o conceito de risco permitido no âmbito da teoria da imputação objectiva de Roxin com a compreensão que Frisch lhe confere, opta por esta última por entender que o risco não permitido se há-de compreender melhor “como propriedade de uma acção mediante a qual esta pode subsumir-se no tipo, em vez de ser entendido como criação de um resultado de perigo enquanto critério de imputação. Deste modo, a causalidade e a realização no resultado desse risco (contido na acção - “*Risikohaltigkeit*”) não permitido seriam critérios de imputação, enquanto a delimitação do risco permitido e não permitido se estabeleceria na determinação da conduta típica”<sup>1336</sup>.

### 7.2.3 Günther Jakobs e a imputação do comportamento

Günther Jakobs apresenta uma outra proposta dogmática sobre a imputação objectiva, afastada da teoria dominante (e das duas concepções que anteriormente se expuseram), baseada na formulação de critérios normativos que permitam atribuir um resultado lesivo (de bens jurídicos) a uma conduta. Na sua construção teórica, Jakobs concebe uma teoria global da imputação objectiva, com relevância na determinação do tipo objectivo e com um sentido amplo e ambivalente, estruturada em dois grandes e distintos problemas: o primeiro referente à imputação do comportamento, no âmbito do qual se formulam critérios de determinação de uma conduta não permitida por ser socialmente perturbadora; o segundo relaciona-se com a imputação do resultado, isto é, com a relação que há-de estabelecer-se entre o

---

<sup>1336</sup> Cf. HOYER, Andreas, «Risco permitido e desenvolvimento tecnológico», *op. cit.*, p. 366.

resultado delitual (correspondente à lesão do bem jurídico) e o comportamento não permitido<sup>1337</sup>.

É ao primeiro daqueles problemas que Jakobs dedica maior atenção no modelo de imputação que constrói, através da formulação de critérios que permitam repartir responsabilidades num determinado acontecimento e, assim, qualificar um determinado comportamento como típico.

Este conceito de imputação tem naturalmente na sua base a compreensão normativa de ilícito penal proposta por este autor, “em cumprimento de um programa de ‘renormativização dos conceitos’ ”<sup>1338</sup>. Por conseguinte, esse “transcendentalismo normativo”<sup>1339</sup> reflecte-se também no conceito de imputação ligado à função que a norma desempenha no plano social enquanto padrão orientador de comportamentos, que cria na comunidade a expectativa do seu cumprimento. Importa determinar o sentido da norma enquanto criação intelectual e o sentido da conduta violadora da norma por forma a verificar da correspondência entre eles, ou seja, de forma a imputar a conduta à norma e ao sentido nela instituído. Tal é possível ao tomar-se o facto punível no seu significado como acto comunicativo através do qual o agente defrauda, com a sua conduta, a expectativa normativa cristalizada na conduta típica determinante<sup>1340</sup>. Deste modo, a imputação objectiva corresponde à determinação típica de um comportamento, por referência aos desvios de conduta em face das expectativas comunitárias vigentes num determinado momento para os destinatários da norma. O agente, ao realizar aquela conduta não permitida, afasta-se assim do desempenho social que dele se espera e viola a confiança social no cumprimento das imposições normativas<sup>1341</sup>. Ao aplicar-se uma pena reafirma-se o sentido e a configuração social inscritos na norma.

---

<sup>1337</sup> JAKOBS, Günther, *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*, (trad. Carlos Suárez González, / Manuel Cancio Meliá), Madrid: Editorial Civitas, 1996, p. 173 e s.

<sup>1338</sup> ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 112. Também FARIA, Paula Ribeiro de, *A Adequação Social da Conduta ...*, *op. cit.*, p. 764 e ss.

<sup>1339</sup> ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, *op. cit.*, p. 112.

<sup>1340</sup> JAKOBS, Günther, «Imputación juridicopenal. Desarrollo del sistema a partir de las condiciones de vigencia de la norma», *in: Problemas Capitales del Derecho Penal Moderno*, Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1998, p. 34.

<sup>1341</sup> JAKOBS, Günther, *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 97.

Através da sanção, contraria-se a expectativa de abandono da norma criada pela sua violação e recupera-se a identidade social<sup>1342</sup>.

Neste sentido, a imputação objectiva consiste na interpretação de um comportamento enquanto acto de comunicação realizado numa concreta e determinada sociedade<sup>1343</sup>. Trata-se de uma interpretação objectiva porque está assente no significado ou sentido social da acção e é independente da representação do agente (*v. g.*, fumar um cigarro junto de materiais inflamáveis corresponde a uma colocação em perigo desses objectos ainda que tal não seja representado pelo agente ou que o agente apenas represente o risco inerente à sua conduta). Assim, o sentido da conduta é determinado pela compreensão social que dela se tenha.

Deste modo, por via do conceito de sentido (da norma e da conduta), Jakobs constrói um “sistema consistente de juízos jurídicos”, que são criados e instituídos pela sociedade. Desvincula-se assim a imputação de quaisquer juízos de índole naturalista uma vez que o juízo de imputação objectiva converte um determinado conglomerado naturalista ou percurso causal numa conduta jurídico-penalmente relevante<sup>1344</sup>. O significado de uma conduta com efeitos no mundo material não advém da sua capacidade causal (*v. g.*, o significado de homicídio como causa da morte de alguém), conforme sucedia no ilícito causalista, mas resulta sim do sentido social que lhe corresponda.

É, então, necessário desenvolver limites muito precisos para determinar o significado típico (delitual) de um comportamento e para que se possa dotar de praticabilidade o conceito dogmático de imputação objectiva. Com esta função, Jakobs desenvolve os conceitos de risco permitido, acções arriscadas da própria vítima e, em situações de pluralidade de agentes, os princípios da confiança e da proibição de regresso. Na base destes institutos está a ideia de que a natureza ilícita de um comportamento se determina atendendo às regras específicas vigentes

---

<sup>1342</sup> JAKOBS, Günther, «Imputación juridicopenal. Desarrollo del sistema», *op. cit.*, p. 34 e s.

<sup>1343</sup> JAKOBS, Günther, *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 94.

<sup>1344</sup> JAKOBS, Günther, *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 99-100. A este propósito são claras as palavras de Jakobs proferidas numa conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em 17 de Fevereiro de 2012: “há-de tratar-se de uma criação porque na modernidade privada de magia não é possível um sentido diferente do sentido instituído: a natureza carece de sentido e o destino já não constitui um topo explicativo”, cf. sumário escrito da referida conferência, distribuído aos participantes.

naquela sociedade – ideia que, por sua vez, se desdobra em três proposições fundamentais. Em primeiro lugar, a igualdade entre as pessoas, na medida em que cada um pode pretender o mesmo que outrem pretende, assim se fundamentando um *risco permitido*. A segunda proposição consiste na possibilidade de se admitir que os outros actuam de forma responsável ao abrigo de um *princípio de confiança* numa actuação correcta e adequada; por fim, a terceira proposição pressupõe que a relação com o outro é sempre limitada em concretização de uma *proibição de regresso* que interrompe o nexo de imputação entre um primeiro comportamento negligente e um posterior comportamento doloso, a menos que as relações de proximidade existentes entre aqueles comportamentos permitam imputar ao primeiro a conduta incorrecta que foi realizada<sup>1345</sup>.

Deste modo, Jakobs concebe como primeiro momento fundamental a determinação do sentido delitual da conduta. Uma vez concretizada, com recurso àquelas instituições dogmáticas, a natureza não permitida do comportamento, Jakobs parte para o segundo nóculo problemático da imputação objectiva: em que medida o resultado tido como acontecimento lesivo é continuação daquele comportamento não permitido. Para que se afirme o juízo de imputação, aquela conduta não permitida há-de considerar-se como o risco jurídico-penal essencial à explicação do resultado. O risco aparece assim no percurso causal como condição do resultado, suportando a conexão do resultado ao comportamento proibido<sup>1346</sup>. Ficam excluídos os comportamentos que, ainda que arriscados, não condicionam o resultado, uma vez que tais riscos não servem para explicar aquele resultado; porém, já não será correcta a regra inversa, segundo a qual “o que condiciona o resultado também o explica”, na medida em que quando se procura explicar um curso lesivo se procura algo mais do que a mera enunciação de condições concorrentes.

No seu entender, a atribuição do dano deve realizar-se com base na orientação socialmente esperada. Só o desvio desta expectativa permite relacionar em termos imputativos o comportamento condicionante com o resultado lesivo.

---

<sup>1345</sup> JAKOBS, Günther, «Imputación juridicopenal. Desarrollo del sistema...», *op. cit.*, p. 45. Uma exposição desenvolvida do sentido e função destes institutos dogmáticos pode encontrar-se em JAKOBS, Günther, *Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 241 e ss.

<sup>1346</sup> JAKOBS, Günther, *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 179.

Assim, no exemplo de Jakobs, não obstante a maior propensão da vítima para processos infecciosos a ter levado ao hospital onde vem a ser assassinada por um louco, não pode atribuir-se a sua morte à sua frágil saúde não obstante ter sido essa uma condição da sua estadia no hospital, a qual é tida como condição do comportamento não permitido aí realizado. Deste modo, a conexão entre o comportamento proibido e o resultado pressupõe, para Jakobs, uma determinação prévia da orientação que deve seguir-se em sociedade. Ou seja, o dano não pode imputar-se a toda a condição imprevisível que o acompanha e inerente a um risco geral da vida mas somente àquela que, à luz de uma configuração racional das coisas, permite esperar o dano como consequência da perturbação da ordem social por parte do agente de um comportamento não permitido. Só estas condições possibilitam ao agente que se possa por elas orientar, na medida em que integram o seu espaço de organização (planificada). Assim, “os danos que de modo planificável são evitáveis e que aparecem como consequência de um comportamento não permitido são devidos a esse comportamento não permitido e podem, como tal, ser explicados através deste. Os danos que não são evitáveis de modo planificável e que aparecem como consequência de um comportamento não permitido devem ter-se como uma variação socialmente irrelevante do risco que entranha a vida, não podendo ser explicados através desse comportamento não permitido; podem antes resultar de um outro comportamento não permitido, ou de uma infracção dos deveres de auto-protecção da vítima ou, ainda e simplesmente, de uma situação desafortunada”<sup>1347</sup>.

No que se refere mais especificamente ao juízo causal, Jakobs rejeita na sua construção teórica qualquer espaço a um juízo causal hipotético, também pressuposto pela teoria da *condicio sine qua non*, segundo a qual um comportamento não permitido explicaria um resultado lesivo se, omitindo-se o comportamento e seguindo-se uma conduta juridicamente adequada, este resultado não viesse a realizar-se. Como em geral são vários os comportamentos permitidos, é possível manipular-se aquele juízo hipotético escolhendo-se uma entre o arsenal de condutas

---

<sup>1347</sup> JAKOBS, Günther, *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 185-186.

conformes ao direito<sup>1348</sup>. Assim, para a determinação de uma causalidade juridicamente relevante, em nada interessa o comportamento lícito alternativo, mas sim o curso causal real. Ou seja, a realização do risco não permitido não depende do que teria acontecido na sua ausência, mas antes do que aconteceu na sua presença, aproximando-se, a este propósito, do modelo de explicação causal proposto por Ingeborg Puppe<sup>1349</sup>. Neste sentido, entende-se que a condição deve produzir o seu efeito de forma real no resultado a imputar. Porém, afastando-se agora daquela autora, Jakobs vê na causalidade uma condição mínima e insuficiente da imputação objectiva do resultado: a ela tem de acrescentar-se a relevância jurídica da relação causal e esta só pode encontrar-se no juízo normativo da imputação e nas instituições dogmáticas que o concretizam e que anteriormente se referiram.

## **8. O retorno à ideia de causalidade: o modelo da explicação causal em Ingeborg Puppe**

Ingeborg Puppe dedicou muitos dos seus escritos aos temas da causalidade e da imputação objectiva<sup>1350</sup>. A autora procura encontrar, propor e fundamentar as regras que permitem estabelecer a causalidade de uma conduta relativamente a um resultado penalmente relevante. Desta forma, centra as suas reflexões em torno do conceito de resultado e da sua explicação causal. Afastando-se da doutrina dominante em matéria de causalidade reportada à teoria da *condicio sine qua non*, que considera errada<sup>1351</sup>, procura analisar o conceito de resultado e a sua explicação causal por forma a construir, por um lado, critérios claros e seguros em torno dos quais se possam fundamentar as consequências criminais e, por outro lado, fazer corresponder essas regras, tanto quanto possível, a juízos intuitivos referentes à

---

<sup>1348</sup> JAKOBS, Günther, *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 184.

<sup>1349</sup> JAKOBS, Günther, *Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 271, nota 125.

<sup>1350</sup> KORIATH, Heinz, *Kausalität und objektive Zurechnung*, *op. cit.*, p. 97, chega a afirmar que Ingeborg Puppe foi a autora que no século XX mais publicou sobre o tema da causalidade e imputação objectiva. Também MERKEL, Reinhard, «Über einige vernachlässigte Probleme des Kausalitätsbegriffs ...», *op. cit.*, p. 154 considera que nenhum outro autor, nas últimas três décadas, se dedicou ao estudo da causalidade como aquela autora alemã.

<sup>1351</sup> Referindo apenas textos mais recentes da autora veja-se *Strafrecht AT*, *op. cit.*, p. 46; ou ainda o estudo que ironicamente intitula de «Lob der Conditio-sine-qua-non Formel», *op. cit.*, p. 551 e ss., em particular as p. 569 e ss.

imputação do resultado<sup>1352</sup>. Para tal, recorre à teoria da ciência que investiga os problemas da causalidade e a alguns pressupostos da lógica. Assim, mais do que uma perspectiva ontológica da causalidade, Puppe toma como referência uma perspectiva epistemológica centrada sobre a explicação causal: neste sentido, o conceito de causalidade não é uma parte do mundo mas antes resultado das nossas teorias sobre ele<sup>1353</sup>.

Para explicar as regras que, da sua perspectiva, permitem aferir da relação causal, a autora germânica mobiliza os conceitos de condição suficiente e condição necessária que contrapõe à teoria dominante, assente na teoria da *condicio sine qua non*.

Na busca do que deve entender-se por causalidade, a doutrina alemã dominante tem entendido, como se referiu, que uma acção é causa do resultado quando não pode eliminar-se mentalmente sem que desapareça também esse resultado. Em termos lógicos, a acção deve ser uma condição necessária do resultado: “só se *v*, então *e*” ou, ainda segundo uma outra expressão, “não existe *e* sem *v*”<sup>1354</sup>. Por conseguinte, a condição necessária, enquanto critério definidor da causalidade, apresenta diversas vantagens comparativamente à exigência de uma mera condição suficiente: em primeiro lugar e ao contrário da condição suficiente<sup>1355</sup>, permite isolar a conduta das demais condições antecedentes na medida em o resultado não só está necessariamente dependente daquela condição como também se mostra independente perante a verificação ou não de outras condições. Em segundo lugar, compreender o conceito de causa como condição

---

<sup>1352</sup> Cf. PUPPE, Ingeborg, «Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht», *ZStW* (1980), p. 864. Este texto está traduzido para língua espanhola por Marcelo D. Lerman e Marcelo A. Sancinetti, *InDret 4* (2008), p. 2-47.

<sup>1353</sup> Cf. MERKEL, Reinhard, «Über einige vernachlässigte Probleme des Kausalitätsbegriffs...», *op. cit.*, p. 163.

<sup>1354</sup> Cf. PUPPE, Ingeborg, «Der Erfolg...», *op. cit.*, p. 866.

<sup>1355</sup> A condição suficiente, no sentido de uma implicação, significaria “se *p*, então *q*”. O facto de se considerar outras condições para além de *p* – *r*, *s*, *t* – em nada altera a suficiência daquela condição. A conduta humana, enquanto condição suficiente de um resultado, pode, neste sentido, ser entendida enquanto parte de uma causa. Na verdade, a lei que enuncia uma condição suficiente para um resultado (sempre que acontece *q*, então *p*), permite uma conclusão acerca do resultado partindo daquela condição e possibilita um juízo de previsão do resultado, na medida em que este ocorre num momento temporalmente posterior à condição. Por sua vez, a lei que enuncia uma condição necessária (só se *q*, então *p*), permite, a partir do resultado, uma conclusão sobre a condição, ou seja, uma afirmação retrospectiva à ocorrência do resultado. A condição necessária é, neste sentido, a inversão da suficiente, Cf. PUPPE, «Der Erfolg...», *op. cit.*, p. 866-867. Também, «Causalidad...», *op. cit.*, p. 689.

necessária permite construir uma base segura de imputação. Se da conduta de determinada pessoa depende que o resultado danoso se produza ou não, tal é razão segura e suficiente para estabelecer uma relação de imputação entre aquele comportamento e esse resultado<sup>1356</sup>. Assim, quando a acção do sujeito se mostra como condição necessária da lesão do bem jurídico no caso concreto, pode afirmar-se que o resultado ofensivo dependeu da decisão do sujeito. Este constitui o pressuposto básico da teoria da evitabilidade, segundo a qual só será imputado um resultado ao agente se este tivesse podido evitá-lo através da adopção da conduta devida<sup>1357</sup>.

Ingeborg Puppe considera também as desvantagens da condição necessária enquanto critério de imputação penal. Desde logo, da sua perspectiva, uma condição deste tipo mostra-se como “demasiado forte”, na medida em que contém mais do que aquilo que deve exigir-se como requisito mínimo da imputação objectiva<sup>1358</sup>. É assim, imediatamente, pelas dificuldades em que incorre nos casos de causalidade hipotética ou substitutiva, assim como em casos de causalidade alternativa e cumulativa.

Com efeito, a afirmação de cursos causais hipotéticos retira das mãos do agente a possibilidade de evitar o resultado, uma vez que este sempre viria a acontecer pela realização daquele curso causal virtual. Neste contexto, não é possível desconsiderar pura e simplesmente essas causas hipotéticas, pois a determinação do carácter necessário da causa exige ela própria uma análise de eliminação hipotética concretizada em averiguar se a eliminação da conduta conduziria à eliminação do resultado. Deste modo, há que verificar como teria sido hipoteticamente o curso causal sem a conduta. Este curso hipotético é determinável com base em leis gerais, isto é, leis da natureza ou pelo menos regras da experiência. Deste modo, se segundo uma lei desse tipo se produzisse uma causa substitutiva, tal causa não pode ser desconsiderada sem que se contradiga essa mesma lei natural.

A autora acrescenta que a doutrina dominante tem procurado excluir a maior parte das causas substitutivas sem renunciar ao critério da condição necessária, ao

---

<sup>1356</sup> Cf. «Der Erfolg...», *op. cit.*, p. 868.

<sup>1357</sup> Cf. «Causalidad», *in: ADPCP*, Tomo XLV (1992), p. 683.

<sup>1358</sup> Cf. «Der Erfolg...», *op. cit.*, p. 868.



considerar o resultado “na sua forma absolutamente concreta”<sup>1359</sup>. Desta perspectiva, quanto mais se descreve um resultado, mais se reduz o leque de causas substitutivas: “há uma diferença importante entre a morte produzida por diversas punhaladas e a morte causada por um enfarte cardíaco”<sup>1360</sup>.

Puppe considera, no entanto, que esta análise tem contra si a sua fácil manipulação. Com efeito, a realidade não se apresenta previamente conformada na sua concreta configuração. Por conseguinte, podemos escolher livremente a informação contida na descrição de um determinado estado de coisas, como por exemplo, um resultado. Assim, qualquer facto que tenha acontecido antes da produção do resultado pode inserir-se na sua condição necessária, e, por esta via, na sua condição causal, sempre que tenha sido incluída na descrição desse evento alguma circunstância de que aquele facto seja condição necessária<sup>1361</sup>. Deste modo, incluem-se na descrição do resultado factos que apenas podem ser explicados por meio das verdadeiras causas do próprio resultado e não por intermédio de causas substitutivas. Mas, desta forma, o processo de determinação e comprovação da causalidade torna-se logicamente circular e ilimitadamente manipulável. Assim, a autora considera que o conceito de causalidade baseado na teoria do resultado concreto depende antes de mais de uma “determinada descrição do resultado”<sup>1362</sup>. Acrescenta ainda que aquilo que se designa como “resultado na sua forma concreta” na verdade não existe em absoluto. Antes representa um conceito aparente que conduz a uma conclusão circular<sup>1363</sup>.

Esta mesma crítica tinha sido já sugerida em alguns casos por Engisch, ao considerar que o procedimento correcto para determinar a causa de um resultado consiste em seguir o conceito de causa das ciências naturais. Desta forma, causa “é uma condição do resultado, ajustada a uma lei”<sup>1364</sup>. A proposta de Engisch é seguida

---

<sup>1359</sup> PUPPE, Ingeborg, «Der Erfolg...», *op. cit.*, p. 870; as referências bibliográficas à doutrina dominante integram a nota 7.

<sup>1360</sup> PUPPE, Ingeborg, «Causalidad», *op. cit.*, p. 683.

<sup>1361</sup> Cf. PUPPE, Ingeborg, «Der Erfolg...», *op. cit.*, p. 872; «Problemas de imputación...», *op. cit.*, p. 218.

<sup>1362</sup> Cf. «Der Erfolg...», *op. cit.*, p. 871.

<sup>1363</sup> Cf. «Der Erfolg...», *op. cit.*, p. 873.

<sup>1364</sup> ENGISCH, Die Kausalität..., *op. cit.*, p. 17 e ss.

por Puppe<sup>1365</sup> ao considerar que causa é toda a parte integrante de uma explicação do resultado<sup>1366</sup>. A autora aponta como vantagens deste procedimento a consideração das circunstâncias fácticas que realmente se deram, sem que se ponderem resultados hipotéticos ou antecedentes hipotéticos<sup>1367</sup>. Por esta via, chega-se à eliminação justificada das causas substitutivas, na medida em que estas se reflectem na circunstância de uma parte dos seus estádios intermédios, de onde derivaria o resultado, segundo leis causais, não chegar, na verdade, a existir. Assim, se aquele que foi envenenado com uma dose letal é morto a tiro antes que o veneno produza efeito, imediatamente se reconhece, através da ausência de efeitos letais sintomáticos decorrentes do veneno, que este não foi a causa da morte<sup>1368</sup>.

Todavia, as leis causais, enquanto leis gerais, apenas assinalam condições suficientes de um resultado que, por sua vez, apresentam dificuldades na determinação da conduta causal de um resultado, na medida em que a adição de novas condições não elimina o carácter suficiente da primeira condição. Ora, torna-se necessário encontrar um procedimento que permita evitar que através de conexões com novas condições seja possível introduzir quaisquer circunstâncias ou quaisquer pessoas na explicação causal, sob pena de, tal como na teoria da condição necessária para o resultado na sua determinação concreta, se alcançarem fundamentações aparentes, obtidas intuitivamente, de resultados<sup>1369</sup>. Desta forma, segundo a autora não deve qualificar-se como causa toda a situação de facto verdadeira (e real) que seja parte integrante de uma qualquer condição suficiente adequada a uma lei. De alguma forma, esta parte integrante da condição suficiente tem de ser *necessária* para a explicação causal. Não se trata de uma condição necessária sujeita às críticas anteriormente expostas, mas de uma parte necessária à explicação causal de uma condição suficiente do resultado, nos termos de uma lei

---

<sup>1365</sup> Cf. PUPPE, Ingeborg, «Der Erfolg...», *op. cit.*, p. 874.

<sup>1366</sup> É justamente esta proximidade à teoria das condições conforme à lei que, na opinião de MERKEL, Reinhard, «Über einige vernachlässigte Probleme des Kausalitätsbegriffs...», *op. cit.*, p. 163, constitui objecto de crítica da teoria de Ingeborg Puppe, pressupostas as fragilidades daquele critério, expostas por aquele autor nas p. 159 e ss.

<sup>1367</sup> PUPPE, Ingeborg, «Der Erfolg...», *op. cit.*, p. 875.

<sup>1368</sup> PUPPE, Ingeborg, «Der Erfolg...», *op. cit.*, p. 875.

<sup>1369</sup> *Ibidem*, p. 876.

geral<sup>1370</sup>. Aquela necessidade não pode buscar-se no caso concreto, antes faz parte da formulação da lei causal a que se recorre para a explicação. Assim, para Puppe, “causa é todo o componente necessário de uma condição suficiente do resultado, segundo leis da natureza”<sup>1371</sup>, *rectius* um parte necessária de uma condição mínima suficiente<sup>1372</sup>. As leis causais que permitem formular uma decisão judicial têm, pois, o seguinte conteúdo: um dado estado de coisas é condição suficiente para a produção de um resultado e a conduta do autor é uma componente necessária desta condição suficiente. Este juízo é possível quando as condições antecedentes e o resultado são subsumíveis a uma lei geral confirmada empiricamente e que se designa por lei causal. Diz-se então que as condições antecedentes relacionadas com a lei causal *explicam causalmente o resultado*<sup>1373</sup>.

A autora analisa a viabilidade desta sua teoria nos casos de causalidade cumulativa. Na verdade, nestes casos, nenhuma das circunstâncias se pode considerar necessária para a explicação do resultado, pois cada uma delas impõe a sua suficiência à outra. Neste sentido, parece que, na sua consideração conjunta, nenhuma das circunstâncias é necessária para explicar o resultado, seja da perspectiva da teoria da condição necessária, seja do prisma da teoria da condição mínima suficiente defendida por Puppe. E todavia, é necessária uma dessas circunstâncias para que o resultado se possa explicar – e essa é a razão que permite, segundo a autora, afirmar que ambas são causa no sentido da condição mínima suficiente. Isto é, da situação fáctica, retira-se não uma, mas várias condições mínimas que se realizaram no caso concreto e que não se confundem uma vez que nenhuma delas contém todas as partes integrantes da outra.

Contudo, as hipóteses de causalidade dupla denunciam a incompletude das regras anteriormente definidas, na medida em que da lei causal a partir da qual se pode deduzir o resultado não resulta forçosamente que o facto integre as causas daquele resultado, sem que essa lei perca a sua validade. O facto corresponde assim

---

<sup>1370</sup> Cf. PUPPE, Ingeborg, *Strafrecht*, *op. cit.* p. 27 e ss., onde se clarifica esta distinção através da análise de um caso real decidido pela jurisprudência alemã: o *Psychiatriefall (BGHSt 49)*.

<sup>1371</sup> «Causalidad», *op. cit.*, p. 691.

<sup>1372</sup> Cf. «Causalidad», *op. cit.*, nota 15, p. 691 e, mais desenvolvidamente, «Der Erfolg...», *op. cit.*, p. 875 e s.

<sup>1373</sup> Cf. «Problemas de imputación del resultado...», *op. cit.*, p. 220.

a uma causa duplamente representada. E, como tal, pode ser substituído por outra parte integrante da explicação causal. Assim, deve atender-se a um factor de correcção que permite qualificar como causas “os factos que podem ser suprimidos mentalmente de modo alternativo, mas não cumulativamente, sem que a explicação se torne inválida”<sup>1374</sup>. Embora esta correcção fosse já proposta pela fórmula da *condicio sine qua non*, ela torna-se mais compreensível e concordante, na visão da autora, com a teoria da explicação causal. Este procedimento de supressão causal vale não apenas nas situações de causalidade dupla mas também nos casos de causalidade múltipla, sendo necessário conhecer previamente, com o auxílio das leis causais, o número e a qualidade das múltiplas causas<sup>1375</sup>.

A autora procura ainda concretizar o conceito de resultado, sublinhando que o resultado descrito no tipo legal é em si mesmo um enunciado incompleto, uma “função proposicional”<sup>1376</sup> que adquire a sua completude ao realizar-se no caso individual. O resultado típico concreto (individual) dá-se com o preenchimento das particulares variáveis descritas no tipo legal pelas proposições constantes do caso concreto. Para que se possa compreender o resultado típico, tem de pressupor-se a modificação de uma situação inicial (*v. g.*, estar vivo) para uma situação prejudicial a um bem jurídico. É justamente esta modificação que conduz ao resultado típico e que pode ser explicada causalmente<sup>1377</sup>.

Puppe sublinha ainda que este resultado típico (a ferida, a contusão, o dano) que preside à materialização da causalidade, não se confunde com a estrutura ou constituição do delito concreto individual na qual se podem reunir de forma unificada vários resultados individuais, por exemplo os diversos hematomas em consequência dos golpes sofridos pela vítima<sup>1378</sup>. Trata-se aqui de um problema de unidade ou pluralidade de delitos e não de um problema de causalidade.

Deste modo, a concepção de causalidade de Ingeborg Puppe, assente na relação entre um componente necessário de uma condição suficiente e a produção

---

<sup>1374</sup> Cf. «Der Erfolg...», *op. cit.*, p. 877.

<sup>1375</sup> *Ibidem*, p. 878.

<sup>1376</sup> Cf. «Der Erfolg...», *op. cit.*, p. 877.

<sup>1377</sup> No sentido de o resultado pressuposto no tipo penal se referir a uma modificação prejudicial aos interesses tutelados pela norma, KINDHÄUSER, Urs, «Aumento de risco...», *op. cit.*, p. 14 e s.

<sup>1378</sup> «Der Erfolg...», *op. cit.*, p. 882-883.

de um resultado individual explicada segundo as leis naturais, apresenta a vantagem de, segundo a autora, eliminar problemas fictícios. Aos casos de causalidade dupla e de exclusão das causas substitutivas, a autora acrescenta ainda a causalidade da infracção do dever de cuidado, *rectius* da infracção daquelas características da acção que fundamentam a infracção do dever<sup>1379</sup>. Também esta última modalidade de casos se resolve, da sua perspectiva, no âmbito de uma correcta compreensão da causalidade, segundo a qual o requisito da realização do risco proibido é um requisito denexo causal<sup>1380</sup>.

De acordo com o procedimento que propõe para averiguar da causalidade, também nos casos de infracção de dever de cuidado será desnecessário recorrer à eliminação mental, a qual obriga a introduzir, em lugar do comportamento contrário ao dever, outro comportamento conforme ao dever para indagar se o resultado sempre se teria verificado<sup>1381</sup>. A autora considera que a partir de tal método é impossível chegar a uma solução unívoca, pois será difícil determinar, de entre os possíveis comportamentos diligentes que o autor podia ter seguido, aquele que deveria ser, a este propósito, considerado. Uma solução unívoca acerca da realização do risco proibido resultaria, em seu modo de ver, da consideração do curso causal real bem como de saber se aquela característica da conduta do autor que a torna descuidada é uma causa individual do resultado. Ou seja, o risco proibido estará realizado se “as características do comportamento que fundamentam a sua proibição figuram na explicação causal como parte necessária, ou seja, como parte necessária da condição suficiente para a produção do resultado segundo as regras gerais”<sup>1382</sup>.

Uma compreensão do problema causal como aquela que acabou de se expor rejeita uma divisão entre causalidade e imputação objectiva, proposta na senda de autores como Honig ou Roxin. Na verdade, para Puppe o pecado original da teoria da imputação objectiva consiste na sua dissociação da causalidade. Influenciada pela redescoberta do pensamento tópico no final da década de 60 do século XX, esta teoria precipita-se, de um ponto de vista sistemático e científico, ao aceitar

---

<sup>1379</sup> *La Imputación Objetiva...*, *op. cit.*, p. 2 e p. 57 e ss.

<sup>1380</sup> Cf. *La Imputación Objetiva...*, *op. cit.*, p. 63-64.

<sup>1381</sup> Cf. «Causalidad», *op. cit.*, p. 693, nota 16.

<sup>1382</sup> Cf. *La Imputación Objetiva...*, *op. cit.*, p. 60-61.

in correcções no nível inferior (causal) do sistema, a corrigir num plano imediatamente superior de natureza normativa<sup>1383</sup>. Ora, na opinião da autora, muitos dos problemas resolvidos no quadro da teoria da imputação objectiva, segundo a fórmula da realização do risco proibido e do fim da protecção da norma, encontrariam já a sua resolução no plano inferior da causalidade, primeiro pressuposto necessário à imputação de um resultado<sup>1384</sup>. Em definitivo é o curso causal que há-de decidir, mesmo quanto a afirmações jurídicas, se um determinado acontecimento cai dentro da protecção da norma de cuidado ou não. Isto é, o resultado será abrangido pelo fim da norma se a obediência à norma for idónea em geral para reduzir a probabilidade de cursos causais daquele tipo<sup>1385</sup>.

Puppe defende que os requisitos da imputação objectiva, especialmente a realização do risco proibido e a vinculação com o fim de protecção não podem ser outra coisa senão peculiaridades do nexos causal<sup>1386</sup>. A autora vai mais longe e considera mesmo que a concepção da causalidade penalmente relevante a partir do método de supressão causal foi responsável por uma compreensão errada da causalidade e pela conseqüente confusão gerada neste plano, estando justamente na base de construções teóricas voltadas para a correcção dos seus excessos, de que é exemplo máximo a teoria da imputação objectiva<sup>1387</sup>.

## § 11. Causalidade e imputação no direito criminal português

### 1. O predomínio da teoria da causalidade adequada

O Código Penal português não dispõe de uma norma que de modo expresse e directo estabeleça um específico critério jurídico em matéria de causalidade. O seu artigo 10.º menciona, todavia, no âmbito da equiparação da omissão à comissão por acção, a *acção adequada* a produzir um resultado bem como a *acção adequada* a evitá-lo.

---

<sup>1383</sup> *La Imputación Objetiva...*, *op. cit.*, p. 8.

<sup>1384</sup> *La Imputación Objetiva...*, *op. cit.*, p. 8.

<sup>1385</sup> *La Imputación Objetiva...*, *op. cit.*, p. 9.

<sup>1386</sup> *La Imputación Objetiva...*, *op. cit.*, p. 12.

<sup>1387</sup> *La Imputación Objetiva...*, *op. cit.*, p. 14.

Esta referência à idoneidade da acção para produzir um certo resultado tem vindo a ser entendida pela doutrina portuguesa no sentido de, por esta via, se consagrar no sistema português, como critério básico de imputação de resultados, a teoria da adequação ou da causalidade adequada<sup>1388</sup>. Figueiredo Dias qualifica esta opção como uma “escolha natural, dado ser esta a teoria que há longo tempo recolhia as preferências da doutrina e da jurisprudência portuguesas”<sup>1389</sup>. De facto, um breve olhar ao contexto histórico da elaboração daquela norma e às considerações doutrinárias em matéria causal anteriores ao actual código penal confirmam o predomínio e a preferência pela teoria da causalidade adequada. Assim se explica que, de modo distinto à evolução do conceito causal na doutrina e na jurisprudência alemã, onde ganhou predominância a teoria da *condicio*, de pendor naturalístico, cedo se tenha imposto, entre a doutrina e a jurisprudência<sup>1390</sup> portuguesas uma concepção normativa do nexos causal por via da preponderância da teoria da adequação ou doutrina da causalidade adequada<sup>1391</sup>.

a) O actual artigo 10.º do Código corresponde, com ligeiras modificações, ao artigo 7.º do Projecto da Parte Geral de Código Penal de 1963, da autoria de

---

<sup>1388</sup> Neste sentido DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal (2007)*, *op. cit.*, p. 328; também, do mesmo autor, *Direito Penal*, 1975, p. 156; NEVES, João Curado, *Comportamento Lícito Alternativo...*, *op. cit.*, p. 76; GONÇALVES, M. Maia, *Código Penal Português*, 12.ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 101; BELEZA, Teresa Pizarro, *Direito Penal*, *op. cit.*, p. 158; SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português*, Vol. II, Lisboa: Verbo, 2005, p. 63; CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal...*, *op. cit.*, p. 305.

<sup>1389</sup> Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal (2007)*, *op. cit.*, p. 328. Também, do mesmo autor, *Direito Penal*, 1975, p. 156

<sup>1390</sup> A título de exemplo vejam-se, na jurisprudência anterior ao código de 1982, os acórdãos do STJ de 23 de Junho de 1965, *BMJ 148*, p. 184; de 15 de Maio de 1968, *BMJ 177*, p. 121; de 11 de Novembro de 1981, cujo sumário está disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). Depois da entrada em vigor do Código, reforçou-se essa predominância, como comprovam os acórdãos do STJ de 21 de Abril de 1994 (referido por GONÇALVES, M. Maia, *Código Penal Português*, *op. cit.*, p. 105); de 5 de Novembro de 1997, *in: CJ, III (1997)*, p. 227 e ss.; de 3 de Dezembro de 1997 (cujo sumário está disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)); de 9 de Julho de 2003 (disponível integralmente em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

<sup>1391</sup> Os termos de “causalidade adequada” e “adequação” são, com frequência, usados como sinónimos. Porém, alguns autores consideram mais apropriada a designação de teoria da adequação, colocando em evidência o significado e a natureza normativa desta doutrina, afastada de uma teoria causal pura. Neste sentido, CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal...*, *op. cit.*, p. 305. Também BELEZA, Teresa Pizarro, *Direito Penal*, *op. cit.*, p. 130.

Eduardo Correia<sup>1392</sup>. Muito embora não se estabeleça nesta norma – ou em qualquer outra – um critério jurídico-penal de causalidade, a doutrina tem encontrado na sua redacção e na sua origem histórica fortes argumentos no sentido de nela se consagrar legislativamente a teoria da adequação ou da causalidade adequada.

Com efeito, este preceito normativo, tomando por referência os crimes de resultado e por propósito legal a equiparação entre a acção e omissão, expressamente qualifica, ainda que indirectamente, como acção típica integrante do facto, a acção *adequada* a produzir o resultado (bem como a omissão de uma acção *adequada* a evitá-lo). Ainda que a norma não contemple de modo directo a questão causal, ela é tida como a primeira referência legislativa à teoria da causalidade adequada enquanto específico critério de determinação do nexos causal nos tipos legais de resultado<sup>1393</sup>.

Porém, antes mesmo da entrada em vigor do Código Penal de 1982 e de uma norma geral com este conteúdo, previa-se na parte especial alguns critérios que orientavam o intérprete na determinação do nexos causal. A este propósito, Cavaleiro

---

<sup>1392</sup> Este artigo, que iniciava o primeiro capítulo (“Do Facto”) do Título II, foi discutido na 6.ª sessão da Comissão Revisora, em 10 de Janeiro de 1964 e mereceu a seguinte redacção naquele Projecto:

“O facto ou resultado descrito num tipo legal de crime abrange não só a acção adequada a produzi-lo, mas também a omissão adequada a evitá-lo.

§ 1.º A comissão de um resultado por omissão só é, todavia, punível quando o dever de agir for confirmado por um preceito legal, um contrato ou uma situação criada pelo omitente, que o constituam, pessoalmente, garante da não produção do resultado.

§ 2.º A pena poderá no caso do parágrafo anterior ser atenuada nos termos dos artigos 87.º e 88.º.” Este artigo transitaria com ligeiras modificações para o Código de 1982, na sua versão originária:

“1 - Quando um tipo legal de crime compreenda um certo resultado, o facto abrange não só a acção adequada a produzi-lo, como a omissão da acção adequada a evitá-lo, salvo se outra for a intenção da lei.

2 - A comissão de um resultado por omissão só é punível quando sobre o omitente recaia um dever jurídico que pessoalmente o obrigue a evitar esse resultado.

3 - No caso do número anterior a pena poderá ser especialmente atenuada.”

A revisão do Código em 1995 suprime, no n.º 1, a expressão “da acção”. Segundo GONÇALVES, M. Maia, *Código Penal Português, op. cit.*, p. 101, tratou-se de um notório erro material que seria corrigido pela Lei n.º 65/98, de 2 de Setembro, ao reintroduzir aquela expressão, equiparando-se, assim, à acção adequada a produzir um resultado a omissão “da acção” adequada a evitá-lo.

<sup>1393</sup> GONÇALVES, M. Maia, *Código Penal Português, op. cit.*, p. 101, considera que o n.º 1 do artigo 10.º do Código Penal “consagra, por forma clara, a doutrina da causalidade adequada, para resolver a imputação objectiva do resultado ao agente, e ainda a equiparação da acção à omissão nos casos em que o tipo legal de crime compreende um certo resultado”. Também BELEZA, Teresa, *Direito Penal I, op. cit.*, p. 154, referindo-se ao então artigo 10.º da Proposta de Revisão do Código Penal, entende que a “palavra ‘adequada’ aparece na sequência de uma consagração, ou tentativa de consagração, legislativa da elaboração doutrinal e jurisprudencial feita a propósito da ideia da adequação, também vulgarmente chamada ‘causalidade adequada’”.



de Ferreira dá conta que, em contraste com o Código Penal alemão onde claramente prevalece a ausência de preceitos relativos ao nexos causal – o que permite compreender a profunda e extensa discussão doutrinária sobre a causalidade jurídica – a tradição na legislação portuguesa, desde o tempo das Ordenações, foi no sentido de prever regras práticas que, a propósito das concretas normas incriminadoras, orientassem o intérprete na aferição da causalidade<sup>1394</sup>. Em particular, essas indicações legislativas estavam previstas em específicos tipos legais de resultado, como o homicídio ou as ofensas corporais, interpretados pela doutrina portuguesa dominante, já na vigência do Código Penal de 1886, segundo as exigências da teoria da causalidade adequada<sup>1395</sup>.

Neste contexto, destaca-se o pensamento de Eduardo Correia que, perante a ausência de uma norma geral sobre o nexos causal no âmbito do Código Penal de 1886, interpretava os tipos legais de crime que pressupõem uma conexão causal segundo a teoria da causalidade adequada. Como exemplo de incriminações relevantes em matéria causal, o autor apontava os artigos 350.º (tentativa de homicídio ou homicídio frustrado), 360.º (ofensa corporal voluntária), 361.º (ofensas corporais agravadas) e 362.º (exclui a agravação da ofensa em virtude da morte da vítima nos casos em que o ferimento não é de natureza a causar a morte, sendo este resultado de uma circunstância acidental, independente da vontade do criminoso). A estas normas, Eduardo Correia acrescentava ainda o artigo 44.º, n.º 6, previsto na parte geral do Código e referente à justificação do facto cuja criminalidade proviesse somente de circunstâncias especiais que concorressem no ofendido ou no acto

---

<sup>1394</sup> Critérios que o autor considera mais precisos e práticos do que o conceito abstracto e formal da adequação, cf. *Lições de Direito Penal. Parte Geral*, Coimbra: Livraria Almedina, 1992, p. 152-153.

<sup>1395</sup> No sentido de uma interpretação de acordo com a teoria da causalidade adequada das normas incriminatórias que exigem um resultado, *máxime* o homicídio, CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal I, op. cit.*, p. 296, e FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Direito Penal, Apontamentos das Lições Proferidas ao 5.º ano Jurídico*, Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1969, p. 250 e ss. De facto, não obstante a doutrina da causalidade adequada não estar ainda em geral formulada quando foi elaborado o Código de 1886, a sua aplicação aos tipos legais da parte especial vinha sendo defendida pela doutrina. Como nos dá conta, a este propósito, DIAS, Jorge de Figueiredo, «Crime preterintencional, causalidade adequada e questão-de-facto», *RDES XVII (1971)*, Sep., p. 20, nada impede que se argumente que “na interpretação jurídico-penal são decisivos os quadros de pensamento do último legislador; e nessa base, praticamente toda a doutrina e jurisprudência portuguesa tem considerado o pensamento da causalidade adequada como o que cabe, em tese geral, ao direito penal português vigente”.

quando o agente ignorasse ou não tivesse obrigação de conhecer essas circunstâncias especiais.

De entre estes preceitos, Eduardo Correia concedia atenção especial ao artigo 362.º<sup>1396</sup>, a partir do qual se poderia extrair, como critério de conexão causal entre a conduta e o evento, a teoria da causalidade adequada<sup>1397</sup>. Deste modo, o juízo sobre a natureza mortal da ferida, exigido pela primeira parte do artigo, devia fazer-se segundo os princípios da causalidade adequada, concretizados através de um juízo de prognose póstuma. A segunda parte da norma referente às situações em que a causa da morte decorria de uma circunstância accidental, independente da vontade do agente, determinava a exclusão, nesses casos, da imputação. Eduardo Correia interpretava a referência à vontade do agente como reflexo da valoração dos conhecimentos especiais do agente de acordo com aquela teoria causal, segundo a qual a “causalidade existe justamente quando, embora atípica, uma circunstância foi posta ou era conhecida pelo agente”<sup>1398</sup>. Porém, a exigência legal de a circunstância accidental da qual derivava a morte não ser consequência do facto do agente suscitava maiores dificuldades. Com o propósito de evitar o sentido tautológico deste requisito, o autor interpretava essa circunstância accidental no sentido de ela não ser necessária, isto é, de não ser verificável em todos os processos letais. Ora, havia de provar-se, para que se tivesse por excluído o nexo de causalidade, que

---

<sup>1396</sup> A norma, com clara influência do artigo 362.º do Código de 1852 tinha o seguinte conteúdo: “Se o ferimento ou espancamento ou ofensa não foi mortal, nem agravou ou produziu enfermidade mortal, e se se provar que alguma circunstância accidental, independente da vontade do criminoso, e que não era consequência do seu facto, foi a causa da morte, não será pela circunstância da morte agravada a pena do crime”.

<sup>1397</sup> Esta interpretação era, segundo Eduardo Correia, coerente com o espírito do Código de 1886, que, imbuído de um novo espírito reformador, surge marcado por uma tendência “para a subjectivação do direito criminal”, nota que claramente o distingue do código anterior de 1852, tido, no entanto, como uma importante fonte daquele diploma. Assim se compreende que, segundo este autor, em homenagem à vontade histórica do legislador e ao espírito inerente às duas codificações, se devesse afastar uma interpretação de acordo com a teoria da causalidade adequada do artigo 362.º do Código Penal de 1852, não obstante o seu conteúdo literal idêntico ao artigo 362.º do Código Penal de 1886, cf. CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal I, op. cit.*, p. 296. Sobre a teleologia e contexto histórico do Código de 1852 e sentido da reforma a que seria sujeito a partir de 1884, da qual resultaria o Código de 1886, veja-se DIAS, Jorge de Figueiredo, «A reforma do direito penal português. Princípio e orientações fundamentais», *BFD XLVIII (1972)*, sep., p. 5 e s.

<sup>1398</sup> Cf. *Direito Criminal I, op. cit.*, p. 297. O autor sublinha ainda, em nota de pé de página, que esta leitura é confirmada pelo disposto no então n.º 6 do artigo 44.º, nos termos do qual o facto que provém de circunstâncias especiais que concorrem no ofendido ou no acto está justificado se o agente ignorar e não tiver obrigação de saber da existência dessas circunstâncias especiais.

aquela circunstância accidental tivesse sido no caso concreto uma consequência anormal do facto. Assim, o juízo de adequação ou de normalidade referia-se não ao carácter accidental da circunstância mas antes à sua relação com o facto do agente. Esta interpretação restritiva da norma, em consonância com a teoria da causalidade adequada, impunha como conclusão que naqueles casos em que a circunstância accidental (aquela que nem sempre se verifica) surgisse como uma consequência normal (previsível) do facto do agente, se afirmasse o nexos causal entre a acção e o evento. Assim, o resultado seria imputado ao agente logo que, segundo um juízo geral de normalidade, surgisse como consequência adequada da sua actuação<sup>1399</sup>. Esta conclusão era alargada por Eduardo Correia aos outros artigos cujo tipo legal se referia à imputação de um resultado, como o homicídio ou as ofensas corporais. Da leitura destas normas, o autor concluía que, na vigência do Código de 1886, a teoria da causalidade adequada deveria ter-se como reconhecida no direito criminal português<sup>1400</sup>.

A uma conclusão semelhante chegava também Cavaleiro de Ferreira nas suas Lições de 1969. A interpretação das normas incriminatórias previstas na parte especial do Código revelava a recusa do legislador português em consagrar uma noção ampla de condição causal, nos termos da teoria das condições equivalentes, impondo-lhe evidentes restrições normativas. Na limitação da noção de condição para efeitos jurídicos, e concretamente na determinação da sua relevância jurídica, destacava-se o papel desempenhado pela adequação. Da perspectiva do autor, a “adequação tem, pois, de considerar-se como uma exigência da formulação legal e deve deduzir-se da interpretação dos diversos preceitos penais”<sup>1401</sup>. Não obstante a ausência de um critério que permitisse distinguir a “causa juridicamente relevante” no código então vigente, aquele critério resultava da interpretação dos artigos 350.º e 362.º, nos termos dos quais se afastava a imputação da morte, enquanto evento objectivo, em virtude da verificação de circunstâncias ou causas accidentais. Da lei decorria, assim, a necessária distinção entre causa adequada e causa accidental,

---

<sup>1399</sup> Sobre esta mesma norma e no mesmo sentido veja-se também DIAS, Jorge de Figueiredo, «Crime preterintencional, causalidade adequada...», *op. cit.*, p. 26 e nota 23.

<sup>1400</sup> Cf. *Direito Criminal I*, *op. cit.*, p. 299.

<sup>1401</sup> Cf. FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Direito Penal, Apontamentos das Lições Proferidas ao 5.º Ano Jurídico*, *op. cit.*, p. 251.

anormal ou atípica. Deste modo, a formulação do juízo de imputação do evento dependeria de um elemento positivo e de outro negativo: aquele impondo que a conduta humana fosse uma das condições antecedentes necessárias ao evento; o elemento negativo referente à inexistência de factos excepcionais ou anormais tidos como uma consequência ocasional da conduta humana. Nas palavras do autor, ao lado da conduta humana podiam surgir circunstâncias estranhas ao domínio do homem. Assim, “se esses factos têm natureza normal, se correspondem ao ‘*id quod plerumque accidit*’ – e como se vê, voltamos à doutrina da causalidade adequada – se, de harmonia com a experiência normal do homem se seguem à colocação da condição pela conduta humana, a imputação objectiva é permitida; se se trata de factos excepcionais, anormais, ou, como diz a nossa lei, acidentais, não se pode imputar objectivamente ao agente o evento que é consequência ‘ocasional’ da sua conduta”<sup>1402</sup>.

Esta breve referência às normas do Código Penal de 1886 e à respectiva interpretação doutrinal permitem compreender que Eduardo Correia, logo em 1963, no artigo 7.º do seu Projecto da Parte Geral do Código Penal, se refira expressamente à adequação do resultado à conduta do agente como pressuposto do juízo de imputação.

Sendo o autor, no âmbito da doutrina portuguesa, representante máximo da doutrina da causalidade adequada, ganham significado as palavras de Figueiredo Dias ao referir-se a esta opção legislativa como a “escolha natural”. De facto, esta era a teoria causal que melhor expressava a compreensão de infracção criminal de Eduardo Correia, desde logo, por ser a que melhor se coadunava com o conceito de acção penal por si defendido e situado no plano ético enquanto negação de valores pelo homem através da sua conduta. A acção serve assim de pressuposto à valoração jurídico-criminal realizada no plano da tipicidade e ilicitude, sem que contenha em si qualquer valoração dessa ordem: “a acção é uma negação de valores pelo homem que só se torna em acção tipicamente ilícita quando se acrescenta que

---

<sup>1402</sup> Cf. FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Direito Penal, Apontamentos das Lições Proferidas ao 5.º Ano Jurídico, op. cit.*, p. 254. Também, do mesmo autor, *Direito Penal Português*, Lisboa: Verbo, 1982, p. 253.

foram negados os específicos valores jurídico-criminais”<sup>1403</sup>. Afasta-se assim uma concepção causal-naturalista da acção, fundada na teoria da infracção criminal de v. Liszt, e com ela uma compreensão naturalística de causalidade arreigada na teoria das condições. Deste modo, “a acção não mais deveria considerar-se como mera modificação do mundo físico exterior, ligada causalmente à vontade, cega e indiferente a valores, mas na sua especificidade normativa, como negação de valores pelo homem”<sup>1404</sup>.

A valoração jurídico-criminal é no entanto estranha à acção em si mesma e realiza-se por via da tipicidade e da ilicitude. Sendo o nexos causal um elemento da tipicidade, importa atender ao específico conceito de causalidade expresso nos tipos legais. Considerando que se trata de um problema de interpretação, Eduardo Correia avança, porém com algumas considerações gerais. Entende que, quando a lei descreve a realização de um certo evento pela conduta humana, não pretende abranger condutas que só imprevisivelmente ou previsivelmente, mas fora de toda a regra, o possam produzir. De outra maneira, “a valoração objectiva seria uma valoração de meros factos naturais e não de realizações humanas”<sup>1405</sup>. A valoração da conduta humana exige assim a previsibilidade, em abstracto, do evento, ligada a um certo grau de normalidade na sua realização. Tal significa que, “em princípio, os tipos legais de crime que pressupõem uma relação de causalidade entre um evento e uma actividade só podem querer abranger relações de causalidade adequada”<sup>1406</sup>. Assim, esta valoração faz-se não tanto no plano da teoria da acção em si mesma, mas antes no plano da adequação causal que, aferida de acordo com as *legis artis* e as regras da experiência comum, consiste não numa mera previsão de um resultado inevitável ou simplesmente possível, mas antes na sua previsão como consequência normal ou típica da conduta<sup>1407</sup>.

---

<sup>1403</sup> Cf. *Direito Criminal I, op. cit.*, p. 234.

<sup>1404</sup> Cf. *Direito Criminal I, op. cit.*, p. 238.

<sup>1405</sup> Cf. *Direito Criminal I, op. cit.*, p. 290.

<sup>1406</sup> Cf. *Direito Criminal I, op. cit.*, p. 291.

<sup>1407</sup> Cf. «Les problèmes posés, en droit pénal moderne, par le développement des infractions non intentionnelles (par faute)», *BMJ 109* (1961), p. 23.

b) No âmbito da doutrina portuguesa, a teoria da causalidade adequada continua a ser tida por alguns autores como critério principal da imputação do resultado, no sentido de uma modificação do mundo exterior realizada pela conduta do agente. Como exemplo pode apontar-se José de Faria Costa, para quem “o domínio da causalidade adequada ainda hoje (...) é um dos critérios fundamentais para se chegar a um justo juízo de imputação objectiva”<sup>1408</sup>, ou, noutras palavras, “primeiro cânone interpretativo de que nos devemos socorrer para sabermos se aquele facto deve ser ou não imputado ao agente”<sup>1409</sup>. Afirmando-se como um defensor do desvalor do resultado, agora entendido não tanto como categoria definidora de um certo tipo de crimes, mas antes como pressuposto do exaurimento do ilícito penal<sup>1410</sup>, o autor aponta a particular força da teoria da causalidade adequada na compreensão dogmática de determinados institutos jurídico-penais, de que são exemplo máximo os casos de punição da tentativa (não manifestamente) impossível: “O que neste particular se procura saber é se a conduta seria ou não adequada, em abstracto, a produzir a morte se outras fossem as circunstâncias, vale por dizer, no nosso exemplo, se se verificasse a condição de a vítima estar viva. Cria-se um quadro hipotético que implica uma Einklammerung husserliana para aí, neutralizando o real, se poder estabelecer um nexó de imputação (adequação) entre a acção e o resultado hipotético”<sup>1411</sup>.

Todavia, na nossa interpretação do pensamento do autor, a esfera da causalidade refere-se a resultados espaço-temporalmente determináveis que têm o seu lugar no mundo das coisas, do real verdadeiro. Dela se distingue o “pôr em perigo” que, não se movendo na esfera causal, ainda que por ela possa ser mediado, se situa na zona do ser construído, ou, na expressão do autor, do “real construído”<sup>1412</sup>. Assim, o perigo não é um estádio que pertença ao mundo do ser causal, o que impossibilita que as doutrinas causais e, entre elas, a teoria da adequação, se mostrem suficientes para fundamentar o juízo de imputação entre a

---

<sup>1408</sup> Cf. *Noções Fundamentais de Direito Penal...*, *op. cit.*, p. 230. Também *O Perigo em Direito Penal...*, *op. cit.*, p. 510.

<sup>1409</sup> Cf. *O Perigo em Direito Penal*, *op. cit.*, p. 506-507.

<sup>1410</sup> Cf. COSTA, José de Faria, «Tentativa e dolo eventual», *op. cit.*, p. 51.

<sup>1411</sup> Cf. COSTA, José de Faria, «Tentativa e dolo eventual», *op. cit.*, p. 68.

<sup>1412</sup> Cf. COSTA, José de Faria, «Tentativa e dolo eventual», *op. cit.*, p. 56-57.

acção e um resultado perigo. Nas palavras do autor “o perigo não é tanto causado pelo agente, mas é antes ‘obra’ intencionada do agente (...): o perigo consubstancia-se em um estágio a que a consciência ético-jurídica atribui um desvalor, mas não se concretiza, como acontece no dano/violação, em uma alteração do real verdadeiro”<sup>1413</sup>. Deste modo, o nexó que une a acção desencadeadora de um resultado perigo com esse resultado há-de ser por natureza normativo segundo o princípio da imputação objectiva. Assim, a causalidade adequada cede quando se averigua da imputação de um resultado perigo.

Daqui não decorre que através da imputação objectiva se pretenda substituir ou inutilizar no âmbito do direito penal a noção de causalidade. Esta constitui, da perspectiva do autor, um pressuposto essencial para o juízo de responsabilidade “enquanto expressão que reflecte o domínio dos homens sobre os sucessos exteriores”<sup>1414</sup>. A ela acresce nestes casos, em homenagem a uma ideia de justiça, um princípio de imputação que permita ver como obra do agente o resultado causado. Neste sentido, a imputação objectiva é concebida pelo autor não como mero somatório de critérios destinados a limitar o nexó causal mas antes como manifestação de um autêntico princípio jurídico que se concretiza através de um conjunto de parâmetros que dão consistência e delimitam a relevância jurídico-penal da imputação causal<sup>1415</sup>. Entre os critérios materiais para a determinação da relevância da imputação objectiva do facto ao agente em direito penal, o autor aponta o princípio da confiança e as categorias do risco permitido e da adequação social<sup>1416</sup>.

c) Também Taipa de Carvalho considera a teoria da adequação como “globalmente válida e apta a resolver a generalidade dos casos e questões de imputação do resultado à acção (tanto nos crimes dolosos como nos crimes negligentes)”, refutando as objecções críticas que lhe são dirigidas<sup>1417</sup>. Da sua

---

<sup>1413</sup> Cf. COSTA, José de Faria, *Noções Fundamentais de Direito Penal...*, *op. cit.*, p. 231.

<sup>1414</sup> Cf. *O Perigo em Direito Penal*, *op. cit.*, p. 506.

<sup>1415</sup> *O Perigo em Direito Penal*, *op. cit.*, p. 508.

<sup>1416</sup> *O Perigo em Direito Penal*, *op. cit.*, p. 492; também *Noções Fundamentais de Direito Penal...*, *op. cit.*, p. 237.

<sup>1417</sup> CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal...*, *op. cit.*, p. 308.

perspectiva, esta teoria serve ainda como critério de resolução do problema da imputação do resultado nos casos dos crimes de comissão por omissão. Assim, se a acção omitida pelo garante se mostrar, segundo um juízo hipotético de adequação, como idónea a evitar o resultado, deverá afirmar-se o juízo de imputação do evento à conduta do omitente. É justamente este o sentido da equiparação prevista no n.º 1 do artigo 10.º do Código Penal<sup>1418</sup>.

Não obstante a posição favorável à teoria da adequação, Taipa de Carvalho admite, porém, uma teoria alternativa em matéria de imputação de resultados. Trata-se da teoria por si designada por “conexão normativo-típica”, afastando, do mesmo passo, a teoria de conexão do risco proposta por Claus Roxin e seguida em Portugal por Figueiredo Dias<sup>1419</sup>. O critério proposto assenta numa *interpretação teleológica do tipo legal* que permite relacionar a conduta desvaliosa do agente com o resultado entendido como sendo aquele que a norma pretendeu evitar. Deste modo, a teoria da conexão típica toma por base dois pressupostos que devem verificar-se para que o resultado possa ser imputado à actuação (ou omissão) do agente. Como primeiro

---

<sup>1418</sup> CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal...*, *op. cit.*, p. 309.

<sup>1419</sup> CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal...*, *op. cit.*, p. 309 e ss. e p. 315-316. São várias as objecções críticas dirigidas pelo autor à teoria da imputação objectiva baseada no incremento do risco. Sobre estas críticas veja-se ainda, PEDRO, Manuel José Miranda, «Algumas notas sobre a imputação objectiva no direito penal português – mais Roxin, menos Jakobs», *RPCC 17 (2007)*, p. 33. Estas reservas não se referem tanto à correcção dos resultados a que esta teoria chega, mas antes à necessidade de novos critérios para a prossecução dessa finalidade. Em primeiro lugar, Taipa de Carvalho entende que a exclusão da imputação nos casos de diminuição do risco resulta imediatamente da ausência de um desvalor da acção; defende ainda que a teoria da imputação objectiva desconsidera que a tipicidade da acção é algo distinto da imputação de resultados, isto é, a exclusão da imputação de um resultado não apaga o carácter desvalioso da conduta (e a sua tipicidade) “no sentido de que pode uma acção ser desvaliosa e, contudo, não haver imputação”. Em segundo lugar, quanto às acções que não ultrapassem o limite do risco juridicamente permitido e às hipóteses de risco normal da vida, a questão da imputação perde sentido, porque se trata de condutas realizadas no âmbito do risco permitido e como tal sem qualquer desvalor da acção. Por fim, o autor discorda ainda da fundamentação dada pela teoria da conexão do risco aos casos de comportamentos lícitos alternativos, sublinhando que a ausência da imputação nestes casos há-de decorrer da falta de prova do nexos causal concreto entre a conduta (ilícita) e o resultado; de todo o modo, a mesma solução a que se chega pela teoria da conexão do risco (exclusão da imputação) é já oferecida pela teoria da adequação, devido à ausência de um nexos causal efectivo entre conduta e resultado, exigido por aquela teoria. Quanto a este último reparo seja-nos permitido acrescentar uma nota: nos casos de comportamento lícito alternativo não nos parece que se possa duvidar de um concreto nexos causal entre a conduta e o resultado, na medida em que foi aquela conduta que, de acordo com as leis da ciência e as regras da experiência comum, deu causa àquele resultado. Uma compreensão contrária atende não àquilo que concretamente se passou, mas a uma causalidade hipotética, no sentido de que uma eventual conduta lícita, em concordância com as regras jurídicas, também causaria aquele resultado.



pressuposto exige-se que a acção seja desvaliosa, ou seja, valorada negativamente. A ausência deste primeiro requisito determina que se exclua a imputação nos casos de risco permitido, de diminuição do risco ou nas situações de “risco normal da vida”. Exige-se ainda, num segundo momento, uma conexão típica entre o resultado e a conduta, que se desdobra em dois outros pressupostos: por um lado, a existência de um nexo causal efectivo, o que significa que no caso concreto o resultado tenha sido efectivamente causado pela conduta; por outro lado, a existência de uma conexão teleológica que exige que o fim da norma violada pela conduta seja precisamente o de evitar resultados da espécie do produzido<sup>1420</sup>.

d) A bondade e a validade da teoria da adequação como critério de imputação do resultado à conduta foram ainda defendidas na doutrina portuguesa por João Curado Neves, libertando-a da sua origem causal e situando-a, de forma definitiva, no plano das teorias valorativas-normativas enquanto “critério de formulação de regras de comportamento”<sup>1421</sup>. Revelando uma clara influência da teoria de Engisch, o autor entende que a teoria da adequação, enquanto critério normativo de imputação de resultados, se projecta em dois momentos distintos: o primeiro, de natureza abstracta e referente à delimitação da conduta típica nos crimes de resultado, é um juízo de previsibilidade objectivo sobre a perigosidade da conduta; o segundo juízo da adequação refere-se ao acontecimento concreto e procura determinar a aptidão da acção para produzir o resultado efectivamente realizado<sup>1422</sup>. Através do primeiro juízo importa determinar se a acção é perigosa em relação ao resultado considerado em abstracto e, perante uma resposta afirmativa, a conduta será tida como típica. Assim, esta adequação em sentido amplo seria elemento do tipo e objecto do dolo. No segundo juízo de previsibilidade (ou adequação em

---

<sup>1420</sup> CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal...*, *op. cit.*, p. 316 e ss. Em bom rigor, mais do que um mero pressuposto, aquela primeira exigência – a acção desvaliosa – parece-nos ser ínsita à natureza da própria teoria, no sentido de que o problema da imputação de resultados há-de dar-se por natureza quanto a acções desvaliosas. Neste sentido a acção desvaliosa jurídico-penalmente não é um pressuposto da imputação de resultados mas antes o seu contexto, o espaço em que ela se realiza.

<sup>1421</sup> Cf. NEVES, João Curado, *Comportamento Lícito Alternativo...*, *op. cit.*, p.76.

<sup>1422</sup> NEVES, João Curado, *Comportamento Lícito Alternativo...*, *op. cit.*, p. 82 e s. e p. 157 e ss. Veja-se ainda, sobre a proposta doutrinária destes autor, PEDRO, Manuel José Miranda, «Algumas notas sobre a imputação objectiva...», *op. cit.*, p. 23 e ss.

sentido estrito) verifica-se se o perigo ilícito criado pelo agente se concretizou efectivamente no resultado. Só neste momento se procura indagar da imputação do evento concreto ao facto ilícito do agente. Em termos sistemáticos, este juízo averigua de uma mera condição objectiva de punibilidade, não abrangida pelo dolo<sup>1423</sup>.

Da perspectiva de Curado Neves, uma tal compreensão bipartida da teoria da causalidade adequada, assente naqueles dois juízos de previsibilidade, foi praticamente desconsiderada ou injustamente criticada pela doutrina alemã. Numa referência crítica à teoria da imputação objectiva, o autor entende que esta desatenção esteve na origem de uma desnecessária diversidade de princípios que, consciente ou inconscientemente, trabalham em maior ou menor grau com a ideia de previsibilidade mas que, na sua busca de pontos de apoios normativos, conduzem a critérios bastante mais inseguros do que os criticados; deles resulta ainda “uma grande indefinição de fronteiras e, sobretudo, um insuportável casuísmo, associado a uma perigosa tendência para a resolução mais ou menos intuitiva dos vários casos que vão surgindo”<sup>1424</sup>, apontando como exemplo disto mesmo a teoria do fim de protecção da norma. Da sua perspectiva, muito embora a teoria da adequação não seja fonte de resolução de todos os problemas de imputação e careça de concretizações, constitui um princípio seguro e correcto para a construção de um modelo de resolução das questões de imputação do resultado<sup>1425</sup>.

## **2. Objecções e alternativas à teoria da causalidade adequada**

a) Muito embora a teoria da causalidade adequada tenha tido grande expressão quer no âmbito da doutrina penal portuguesa quer na jurisprudência, foram-lhe igualmente apontadas, por alguns autores, limitações que exigem a correcção dos seus resultados por via de adicionais critérios normativos na imputação do resultado exigido pelo tipo legal. É justamente neste cenário que se

---

<sup>1423</sup> NEVES, João Curado, *Comportamento Lícito Alternativo...*, *op. cit.*, p. 160-161.

<sup>1424</sup> NEVES, João Curado, *Comportamento Lícito Alternativo...*, *op. cit.*, p. 162.

<sup>1425</sup> NEVES, João Curado, *Comportamento Lícito Alternativo...*, *op. cit.*, p. 163.

inclui o pensamento de Jorge de Figueiredo Dias, para quem a causalidade adequada desempenha um papel fundamental, mas em algumas situações insuficiente na imputação de resultados. Daí que, sem recusar o valor desta teoria, opte por a integrar num novo modelo de imputação. Com efeito, não obstante o reconhecimento pelo autor da utilidade de uma tal teoria normativa, designadamente na imputação de “resultados de perigo” pressupostos pelos crimes de perigo concreto, esta teoria enfrenta, da perspectiva de Figueiredo Dias, dificuldades na imputação de resultados enquanto lesão do objecto de acção<sup>1426</sup>.

A causalidade aferida segundo a teoria das condições equivalentes há-de ter-se assim como o mínimo de exigência (o primeiro degrau) daquele juízo de imputação. Neste sentido, a conduta do agente há-de ser “condição sem a qual o resultado não teria lugar”. Todavia, as conhecidas críticas dirigidas à teoria das condições equivalentes mostram a necessidade de subir a um segundo grau situado no plano da valoração jurídica, de forma a que possa estreitar-se a amplitude de uma tal “teoria pura da causalidade”, voltada para a dimensão externo-objectiva do fenómeno. Este segundo degrau cabe, de acordo com Figueiredo Dias, à teoria da adequação ou da causalidade adequada, tal como vinha sendo definida no âmbito da doutrina portuguesa por Eduardo Correia, e tida agora como “critério complementar da teoria das condições equivalentes”<sup>1427</sup>. Porém, o autor avança mais um passo e sublinha, em face das limitações daquela teoria, a necessidade de um terceiro degrau na imputação do resultado.

Da sua perspectiva, as situações em que a teoria da causalidade adequada se mostra insatisfatória espelham-se sobretudo em actividades que, comportando em si mesmas riscos consideráveis para bens jurídicos, são todavia legalmente permitidas. Figueiredo Dias toma como exemplo destas situações de perigo a circulação rodoviária, a produção e transporte de produtos perigosos, as intervenções médicas arriscadas, a destruição dos ecossistemas ou a tecnologia genética. Nestes contextos – muitos deles sociologicamente referidos à “sociedade de risco” – a teoria da adequação não serve, segundo o autor, como critério de imputação, uma vez “que

---

<sup>1426</sup> Cf. *Direito Penal (2007)*, *op. cit.*, p. 343.

<sup>1427</sup> Cf. *Direito Penal (2007)*, *op. cit.*, p. 328.

na generalidade destes casos, a acção se revela adequada à produção do resultado típico; enquanto, por outro lado, não é possível proibir tais condutas sem conduzir a vida social ao retrocesso ou mesmo à paralisação”<sup>1428</sup>. Deste modo, a previsibilidade do resultado em virtude da conduta conduziria à afirmação da causalidade, consequência socialmente insuportável.

Torna-se pois necessário completar ou mesmo corrigir esta teoria. Para tal há que fazer funcionar um segundo critério normativo na imputação do resultado: trata-se, na senda da teoria da imputação objectiva formulada por Roxin, do princípio da conexão do risco. Por conseguinte, o resultado só deve ser imputável à acção quando esta tenha criado um risco proibido para o bem jurídico e esse risco se tenha materializado no resultado típico<sup>1429</sup>. A determinação da natureza proibida do risco criado há-de obedecer, em último termo, a um procedimento eminentemente casuístico, embora susceptível de uma certa tipologia. Deste modo, exclui-se a imputação nos casos em que a acção não chega a criar ou ultrapassar o risco juridicamente proibido. É assim, desde logo, no âmbito dos contextos arriscados mas tolerados pelo desenvolvimento social a que anteriormente se fez referência; também nos casos em que com a sua actuação o agente diminuiu o perigo e melhorou a situação do bem jurídico protegido; do mesmo modo, o juízo de imputação é ainda excluído, na senda da proposta roxiniana, nos casos em que o risco materializado ou concretizado no resultado não é o risco típico (*v. g.*, as situações designadas por comportamento lícito alternativo)<sup>1430</sup> ou não surge coberto pelo fim e pelo âmbito de protecção da norma<sup>1431</sup>.

---

<sup>1428</sup> Cf. *Direito Penal (2007)*, *op. cit.*, p. 331. Em sentido crítico à formulação do risco permitido como critério de exclusão da imputação de resultados, por se tratar de uma questão relativa ao carácter valioso ou desvalioso da conduta, CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal*, *op. cit.*, p. 311.

<sup>1429</sup> Cf. *Direito Penal (2007)*, *op. cit.*, p. 331.

<sup>1430</sup> Cf. *Direito Penal (2007)*, *op. cit.*, p. 336 e ss.

<sup>1431</sup> Cf. *Direito Penal (2007)*, *op. cit.*, p. 339 e ss.

b) Um modelo de atribuição de resultados assente numa teoria da imputação objectiva é seguido também por Fernanda Palma<sup>1432</sup>. Referindo-se expressamente aos delitos de resultado, a autora desenvolve a categoria da imputação objectiva, desvinculando-a da pura causalidade e apresentando-a como forma de atribuição de eventos típicos subordinada a critérios sociais de domínio sobre certos bens. Neste sentido, só pode imputar-se à conduta do agente um resultado dominável e não um mero acidente resultante da sua actuação. Todavia, na sua proposta, esta autora afasta-se de compreensões que fundamentem o juízo de imputação de modo exclusivo na criação e incremento do risco<sup>1433</sup>. Da sua perspectiva, a atribuição do resultado pressupõe a comprovação da conexão do risco com o evento, ou seja, a prova da realização desse risco no resultado. Assim, deve excluir-se a imputação em caso de dúvida razoável quanto a esta conexão. É justamente esta incerteza que determina a exclusão da imputação em processos causais acidentais, alheios a um domínio por parte do agente<sup>1434</sup>. Deste modo, o juízo de imputação cumpre uma função limitadora da responsabilidade penal em processos causais imprevisíveis ou acidentais. Nas palavras de Fernanda Palma, a imputação objectiva realiza-se quanto a “actos verdadeiramente consequentes”. No entanto, se bem compreendemos o pensamento da autora, o conceito de *acto consequente* pressupõe não apenas a comprovação daquela conexão de risco, aludindo a uma ideia de previsibilidade

---

<sup>1432</sup> Cf. PALMA, Maria Fernanda, «A teoria do crime...», *op. cit.*, p. 542 e ss. Veja-se ainda, sobre o pensamento desta autora no âmbito da imputação objectiva, PEDRO, José Miranda, «Algumas notas sobre a imputação objectiva...», *op. cit.*, p. 20 e ss.

<sup>1433</sup> PALMA, Maria Fernanda, «A teoria do crime...», *op. cit.*, p. 545. Todavia, a autora parece admitir o mero incremento do risco proibido como base do juízo de imputação em contextos de sociedade de risco, em “áreas em que existiriam especiais deveres de controlo em função das cadeias de conexão entre efeitos complexos (...), se e na medida em que houver um dever reforçado de planificação de condutas”, *ibidem*, p. 551. Dá como exemplo os casos de responsabilidade criminal pelo produto, pautados pelas dificuldades em imputar objectivamente ao produtor a morte do consumidor. Temos para nós que o modelo de imputação próprio dos delitos de resultado não oferece uma solução satisfatória ou suficiente às especificidades que as situações de produção de bens perigosos dirigem às normas jurídico-penais. Da nossa perspectiva, a solução há-de procurar-se em percursos alternativos e não na flexibilização das estruturas de imputação, cf. *infra* §§ 15 e 16.

<sup>1434</sup> A autora dá como exemplo de mera criação ou aumento de risco proibido, sem que se verifique uma conexão comprovada com o evento, o caso do camionista que ultrapassa um ciclista embriagado sem guardar a distância devida; porém, o ciclista cai, sendo esmagado pelo camião, na sequência de uma reacção descontrolada ao choque luminoso. Ainda que se prove o aumento da probabilidade do acidente por parte do camionista ao violar a regra rodoviária, deve excluir-se a imputação conquanto permaneça uma dúvida razoável sobre se o cumprimento da distância obrigatória teria evitado o acidente. Cf. «A teoria do crime...», *op. cit.*, p. 543.

próxima à teoria da adequação, como atende também ao efeito que uma actuação motivada pela norma teria no mundo real. A ausência de uma alteração do resultado, na hipótese de cumprimento da norma, revela a ineficácia da norma sobre a realidade<sup>1435</sup>. Por conseguinte, o juízo de imputação refere-se a normas jurídicas que “apenas são violáveis onde as condutas revelam uma certa intervenção objectiva sobre o curso dos acontecimentos”<sup>1436</sup>.

c) Curado Neves refere-se às principais críticas dirigidas à teoria da adequação, mas desta feita com o propósito de as refutar. Refere, em primeiro lugar, o defeito já apontado por Figueiredo Dias, da primazia concedida ao juízo de previsibilidade como critério de imputação, tendo como resultado a excessiva extensão e a necessária correcção por via de ulteriores critérios de imputação objectiva, de que constitui exemplo a determinação do âmbito de protecção da norma. Curado Neves indica também uma segunda reserva à teoria da adequação coincidente com a sua natureza demasiado vaga e imprecisa, impedindo que tal teoria possa ser erigida como princípio seguro e rigoroso de aferição da ilicitude. Neste sentido, esta doutrina apresenta-se mais como um critério probabilístico, assente na previsibilidade (previsível é quase tudo) do que como uma teoria normativa, impondo-se a sua substituição por uma teoria (normativa) de imputação objectiva.

A primeira crítica é recusada pelo autor por se estar a exigir da teoria da adequação algo a que ela não pretende responder, pelo menos num primeiro momento: ao entender-se – com Curado Neves – esta teoria como um critério de delimitação da conduta típica (desprovida assim do alcance mais estreito da mera imputação de resultados), reserva-se-lhe como única tarefa a determinação da perigosidade da acção em relação ao resultado abstractamente considerado. Ora,

---

<sup>1435</sup> Compreende-se assim que a autora admita que a figura do comportamento lícito alternativo seja um método de compreensão e análise da efectiva conexão de risco entre conduta e evento. Cf. PALMA, Maria Fernanda, «A teoria do crime...», *op. cit.*, p. 548.

<sup>1436</sup> Justifica-se deste modo a irrelevância dos cursos causais hipotéticos para efeitos de exclusão da imputação, na medida em que persiste essa intervenção objectiva da conduta do autor na realidade. No exemplo de Fernanda Palma, A morreu atropelado por B, sendo certo que o mesmo B teria sido atingido pela derrocada de um prédio, alguns metros à frente do sítio em que foi atropelado. Cf. «A teoria do crime...», *op. cit.*, p. 544.

saber se a acção é perigosa no que diz respeito ao evento que concretamente teve lugar (isto é, saber se o resultado concreto está coberto pelo fim da norma) é algo que só pode determinar-se num segundo momento, depois de confirmado o carácter típico da conduta. E só aqui, neste segundo momento, se poderá questionar a aptidão da teoria da adequação para resolver a imputação daquele concreto resultado. Assim, aquela crítica em nada contraria a funcionalidade da teoria da adequação enquanto critério de determinação do carácter típico da acção<sup>1437</sup>.

Curado Neves reconhece, no entanto, alguma razão à crítica apontada em segundo lugar. Situando-se no primeiro momento referente ao critério de determinação da conduta típica, considera que a simples alusão à probabilidade ou previsibilidade de verificação do resultado constitui um critério pouco seguro para determinar a tipicidade da conduta. Todavia, da perspectiva do autor, é duvidoso que esta dificuldade possa ser superada por um qualquer critério, dada a pluralidade de condutas perigosas que podem dar origem ao resultado. Na verdade, a crítica é igualmente extensível às teorias da imputação objectiva e à fórmula por elas usada da “criação de um risco juridicamente desaprovado” em alternativa ao juízo de previsibilidade objectiva proposto pela teoria da adequação. Com efeito, segundo o autor, “dizer que a conduta é perigosa é uma outra forma de afirmar que o resultado é uma consequência possível da acção. A diferença em relação à teoria da adequação consiste apenas numa outra forma de exprimir a mesma ideia, não havendo qualquer avanço sobre as dificuldades apontadas”<sup>1438</sup>.

Deste breve percurso pela experiência portuguesa em matéria de causalidade, quer legal quer doutrinária, ressalta, como nota distintiva em face da experiência alemã, a pouca relevância dada à teoria da *condicio* como critério de imputação de resultados. No espaço português o primado coube antes à teoria da causalidade adequada ou teoria da adequação. No plano legislativo, a ideia de previsibilidade como elemento necessário à imputação do resultado típico (*v. g.*, morte ou ofensas à integridade física), previa-se já em incriminações contidas na Parte Especial do

---

<sup>1437</sup> Cf. NEVES, João Curado, *Comportamento Lícito Alternativo...*, *op. cit.*, p. 85.

<sup>1438</sup> Cf. NEVES, João Curado, *Comportamento lícito alternativo...*, *op. cit.*, p. 86-87.

Código Penal de 1886, através de cláusulas como a da “causa accidental” a que se referia o artigo 362.º. Porém, a ideia de adequação seria definitivamente consagrada na parte geral do Código Penal de 1982, no artigo 10.º, n.º1, referente à equiparação entre acção e omissão.

Também no pensamento doutrinal, seja sob a forma de causalidade adequada seja privilegiando-se a ideia de adequação, esta teoria mereceria o reconhecimento e, nalguns casos, a preferência dos autores: de um lado acentua-se a sua natureza normativo-causal, no pensamento de autores como Eduardo Correia, Cavaleiro de Ferreira ou José de Faria Costa; de outro, sublinhando-se o seu carácter puramente normativo assente na ideia de adequação e previsibilidade como critério primeiro de imputação objectiva – para a qual se inclinam as propostas de Taipa de Carvalho ou de João Curado Neves.

Porém, a teoria da causalidade adequada, à semelhança da apreciação crítica a que foi sujeita no âmbito da doutrina alemã, onde teve uma menor visibilidade, seria igualmente objecto da reserva crítica de alguns autores portugueses, sobretudo pelos excessos a que conduzia na imputação de resultados. Compreende-se que, também por esta razão, se tenha verificado uma certa permeabilidade de alguma doutrina portuguesa à teoria da imputação objectiva do resultado, *v. g.*, na proposta teórica de Jorge de Figueiredo Dias ou de Maria Fernanda Palma<sup>1439</sup>.

## § 12. Posição adoptada

### 1. A causalidade como categoria jurídico-penal

O problema causal em direito penal não está resolvido e são fundadas as dúvidas sobre a possibilidade de uma solução definitiva. As respostas que foram sendo ensaiadas na literatura e na jurisprudência, que anteriormente se expuseram nos seus traços fundamentais, mostram inequivocamente que o modo como se conceba a relação causal entre uma conduta e um resultado jurídico-penalmente

---

<sup>1439</sup> Cf. PEDRO, José Miranda, «Algumas notas sobre a imputação objectiva...», *op. cit.*, p. 50.



desvalioso é comprometido e influenciado pelos fundamentos e teoria da infracção criminal dominante. Neste sentido, o estudo efectuado mostra que a resposta ao problema causal é, em certa medida, ressonante da evolução do conceito de infracção criminal. A concepção clássica/causalista de delito pode tomar-se como exemplo extremo desta relação próxima entre causa e infracção criminal, na medida em que, desta perspectiva, a categoria de delito assenta em primeira linha numa conduta causal em sentido naturalístico: o autor de um crime é aquele que lhe dá causa.

Por sua vez, à crítica ao dogma causal naturalista e a uma compreensão assepticamente neutra do tipo legal sucedeu-se a crítica de uma concepção neo-clássica de delito no âmbito da qual a tipicidade perde relevo a favor da ilicitude e dos juízos de valoração que lhe são próprios. A imputação do resultado penal torna-se dependente de um juízo de valoração sobre a relevância jurídico-penal do nexo condicional existente entre uma conduta e um resultado. A comprovação do nexo causal torna-se assim insuficiente para decidir sobre a responsabilidade do agente pelo resultado. Para o mesmo resultado contribuiria também o conceito de acção final voltado para o sentido da vontade do agente. A acção leva agora consigo um determinado sentido social preenchido por aquela vontade delituosa. Confirma-se de forma definitiva a ruptura com o dogma causal e com uma compreensão da acção como um mero acontecimento exterior. Abre-se o caminho para a afirmação de uma nova categoria de natureza normativa: a imputação.

Esta categoria corresponde ao culminar de um percurso de normativização da relação causal, já iniciado com outras propostas que historicamente a antecedem como a teoria da adequação de Engisch ou a teoria da relevância jurídica de Mezger. A amplitude de um critério causal proveniente da fórmula da *condicio* é agora corrigida, nos seus excessos, pela norma proibitiva, por via do seu sentido e finalidade. Cabe às normas jurídicas orientar comportamentos e punir os resultados típicos previsíveis e domináveis, e como tal imputáveis a uma conduta humana. Esta orientação no sentido de uma interpretação restritiva do tipo conduz a uma limitação, no plano normativo e valorativo, dos nexos causais realizados no mundo das coisas.

Afastado um conceito de *imputatio* global, esta normatização ganha amplo relevo na moderna teoria da imputação objectiva por via do princípio do incremento do risco proposto por Roxin como critério de atribuição do resultado: ainda que o resultado lesivo tenha sido causado pela conduta, ele só lhe é imputável na medida em que dela decorra um risco juridicamente desaprovado que se realizou naquele resultado. Este princípio constituiu um ponto de partida fundamental para a discussão em torno do moderno conceito de imputação objectiva, desenvolvendo-se novos e por vezes complexos critérios de imputação. Na verdade, alguns dos mais recentes desenvolvimentos doutrinários da teoria do incremento do risco, em claro distanciamento das suas origens, conduziram a uma erosão do pensamento causal a favor de uma construção puramente normativa de um sistema de imputação<sup>1440</sup>. Por esta e outras razões, a moderna teoria da imputação objectiva é fonte de uma intensa discussão e objecto de reservas críticas que, apontando a sua excessiva normatização, exigem um repensar do discurso causal na doutrina dos delitos de resultado e, em particular, na própria teoria da imputação.

Temos para nós que se torna necessário repensar a função que há-de reconhecer-se à causalidade na normatividade penal. Pode aceitar-se como ponto de partida um pressuposto fundamental e comum à maioria das teorias que se expuseram: há-de ser um conceito próprio do direito penal que não se confunde com a causa científica ou a causa filosófica. É também por esta razão que, quanto a nós, é incorrecto transpor sem mais para o domínio do direito, e em particular do direito penal, o conceito de causa pressuposto pela ciência e pela epistemologia e, consequentemente, o contexto de crise que o acompanha.

Com efeito, a causalidade enquanto categoria jurídico-penal tem uma função muito mais modesta do que aquela que lhe é reconhecida pela ciência. Trata-se, em nosso modo de ver, de uma figura ambivalente, provida de uma dupla referência: por um lado, a afirmação do nexo de causalidade não pode prescindir de uma dimensão empírica/ontológica que advém do conhecimento da natureza das coisas; por outro lado, na sua dimensão normativa ela está ao serviço do juízo de imputação

---

<sup>1440</sup> Sobre esta questão, com referências bibliográficas, ROTSCH, Thomas, «Objektive Zurechnung...», *op. cit.*, p. 378 e p. 380.

exigido pelo tipo legal através da verificação do nexo causal entre conduta e resultado. Da nossa perspectiva, como se desenvolverá mais adiante, esta segunda dimensão da causalidade constitui um elemento típico dos crimes de resultado e corresponde à concretização do juízo normativo de imputação ou de atribuição de um resultado.

Todavia, a comprovação do nexo de causalidade enquanto elemento típico de imputação nos delitos de resultado exige aquela primeira dimensão enquanto seu *pressuposto* fundamental: nenhuma teoria jurídica de imputação pode prescindir dos conhecimentos científicos que relacionam a conduta com o seu efeito. Se a concretização do nexo causal exige o recurso a conhecimentos extra-penais, o conceito de causa há-de conhecer os seus limites, de uma perspectiva normativa, enquanto categoria jurídico-penal ao serviço do juízo de imputação. Isto significa, desde logo, que o objectivo primário do direito penal não pode identificar-se com o estudo ou explicação (científicos) da causa de um fenómeno, mas consiste antes em determinar se uma concreta conduta pode ser tida como causa de um resultado concreto subsumível num tipo legal de crime. Neste sentido, o conceito de causa pressuposto pelos crimes de resultado não é idêntico ao conceito de causa pressuposto pelas ciências da natureza: antes se apresenta limitado pelos fins (de imputação) próprios do direito penal<sup>1441</sup>. Trata-se pois de uma categoria jurídica pressuposta pela teoria da infracção penal, cabendo ao juízo causal esclarecer a ligação entre uma conduta e um resultado e, conseqüentemente, decidir sobre a atribuição daquele acontecimento a um determinado comportamento humano.

---

<sup>1441</sup> Como argumento no sentido do conceito de causa em direito penal revestir um carácter específico e distinto do conceito causal científico, atenda-se à questão da causalidade nos delitos de omissão. Embora se trate de uma questão sujeita a discussão doutrinal, a maioria dos autores não afasta a necessidade de um princípio causal no âmbito dos delitos de omissão: a imputação do resultado por omissão implica sempre um juízo causal destinado a verificar se a actuação devida poderia ter evitado o resultado. Em sede processual caberá provar que o resultado se deve à não actuação do agente porque tivesse ele actuado e o resultado ter-se-ia evitado. Trata-se da verificação de uma causalidade hipotética que será objecto de prova, em sede processual. Se é certo que de um ponto de vista puramente naturalístico aquele que omite nada causa, não pode sustentar-se que o juízo causal, ainda que sob a forma de causalidade hipotética, seja estranho ou irrelevante para a imputação de um resultado por omissão. Cf. MAIWALD, Manfred, *Kausalität und Strafrecht*, *op. cit.*, p. 79. No sentido de o conceito de causa em direito penal ser idêntico ao conceito de causa das ciências da natureza, GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Causalidad, Imputación y Qualificación por el Resultado*, *op. cit.*, p. 34.

Esta nota limitativa e funcional adquirida pelo conceito de causalidade em sentido jurídico-penal permite assim afastá-lo e distingui-lo do conceito causal pressuposto pela teoria da ciência, onde importa explicar e clarificar um determinado acontecimento, atendendo para tal ao conjunto de condições que com ele se relacionam. De modo distinto, a teoria penal move-se por uma finalidade muito menos ambiciosa e duplamente limitada: por um lado não são todas as alterações no estado das coisas que importa considerar, mas tão-somente uma modificação prejudicial a um interesse ou bem tutelado penalmente; por outro lado, de entre as circunstâncias que envolvem o acontecimento ao direito penal, enquanto domínio de responsabilidade, importa somente aquela que possa ser reconduzida a uma conduta humana. Deste modo, o fim da determinação causal é referir um resultado, entendido como uma modificação da realidade em última instância prejudicial a um bem jurídico, a uma conduta, como pressuposto de responsabilidade de determinado agente. Como refere Kindhäuser, a causalidade em direito penal “refere-se apenas à explicação da modificação de um bem em um determinado momento” e “da totalidade das condições explicativas, só interessa uma conduta determinada”<sup>1442</sup>.

As considerações anteriores introduzem-nos duas questões de natureza distinta que cabe considerar de seguida: em primeiro lugar, importa clarificar o conceito de causalidade jurídico-penal e identificar um critério de determinação do nexos causal; em segundo lugar, esclarecer, de uma perspectiva normativa, a relação que há-de estabelecer-se entre causalidade e imputação de resultados. Deste modo, e seguindo esta ordem, apresenta-se em seguida uma proposta de critério de determinação do nexos de causalidade; no ponto seguinte propõe-se um modelo de imputação onde há-de enquadrar-se o conceito causal proposto.

## **2. O nexos causal e a sua necessária dimensão ontológica**

A relação de causalidade entre uma conduta e um resultado constitui um elemento típico dos delitos de resultado. Todavia, é necessário determinar um

---

<sup>1442</sup> Cf. «Aumento de risco...», *op. cit.*, p. 16.

critério material que permita averiguar da existência dessa relação. A resposta dominante na doutrina penal, com maiores ou menores correcções, parte da fórmula da *condicio sine qua non* e do método de eliminação hipotética por ela pressuposto. Porém, conforme se desenvolveu já anteriormente, este critério confronta-se, na sua simplicidade, com uma série de limitações que determinaram novos critérios complementares, correcções normativas ou mesmo a sua substituição por novos parâmetros aferidores da causalidade. Importa, neste momento, sublinhar que as insuficiências desta fórmula revestem um particular destaque no âmbito de cursos causais de especial complexidade científica, de que constitui exemplo uma grande parte das situações de danos causados por produtos.

Com efeito, neste tipo de cursos causais a fórmula da *condicio sine qua non* nada esclarece sobre o carácter causal da condição para o resultado. Nas situações de inexistência de regras de experiência consolidadas ou de desconhecimento da lei geral causal que rege determinado percurso causal, o método de eliminação hipotética da condição nada acrescenta sobre a aptidão causal dessa condição. Nestas situações, “a demonstração de que existe uma relação de causalidade mediante a hipótese indutiva da *conditio sine qua non* não oferece qualquer luz, já que a formulação da própria hipótese demonstrativa requer o prévio conhecimento daquilo que cabe demonstrar: não é possível afirmar, por exemplo, que se desaparecesse a condição ‘A’ desapareceria também o resultado ‘B’, a não ser que se saiba previamente que ‘A’ pode causar, em geral, o resultado B.”<sup>1443</sup> Neste sentido, enquanto critério de determinação da causalidade, a *condicio* apresenta-se mais próxima de um critério lógico de confirmação ou comprovação de uma relação causal estabelecida entre conduta e resultado do que de um parâmetro material de concretização causal, ou “método de informação sobre o fundamento material desse enlace ou nexos causal”<sup>1444</sup>.

Na maioria das situações quotidianas, o problema exposto dilui-se porque a lei geral causal pressuposta pelo juízo de condicionalidade é inquestionável ou

---

<sup>1443</sup> GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Causalidad, Imputación y Qualificación por el Resultado*, op. cit., p. 26 e s.

<sup>1444</sup> GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Causalidad, Imputación y Qualificación por el Resultado*, op. cit., p. 27.

afirmada cabalmente na sua regularidade pelas regras da experiência. Como tal, a fórmula da *condicio sine qua non*, enquanto método de comprovação lógica de uma relação causal, funciona: eliminando-se o acto de disparo do revólver sobre o peito da vítima, ela estaria viva. Os efeitos letais de uma bala são sobejamente conhecidos das regras da experiência. Todavia, aquilo que realmente aconteceu no plano causal nem sempre se mostra tão evidente, impondo-se um outro método para a determinação do nexos de causalidade que há-de ter por necessária referência as leis da natureza e, como tal, uma clara dimensão ontológica e pré-jurídica.

Temos para nós que a afirmação de uma relação causal é expressão de uma lei causal geral cientificamente reconhecida e, como tal, situada fora do plano normativo. No concreto processo de determinação do carácter necessário de uma conduta para a produção de um resultado, o direito penal há-de socorrer-se dos conhecimentos que a ciência lhe empresta. Assim, o fundamento material de uma relação causal há-de advir da aplicação de uma prévia “lei” causal natural cientificamente reconhecida. Esta lei ou tendência fundamentada cientificamente serve de premissa necessária à afirmação do nexos de causalidade particular a estabelecer entre a concreta conduta humana e o resultado danoso<sup>1445</sup>. Também a qualificação de uma conduta humana como causa de um resultado há-de fundamentar-se numa lei causal geral.

Porém, cabe sublinhar uma evidência: o estudo das leis causais extravasa os limites e as funções do sistema penal. Uma vez que a formulação e fundamentação das leis ou tendências causais constituem objecto de estudo da ciência, o direito penal há-de servir-se dos conhecimentos científicos disponíveis sobre essas leis por forma a fundamentar materialmente o nexos de causalidade pressuposto pelas normas jurídicas. Assim, importa determinar o que deve entender-se por “lei causal” geral com relevância para a afirmação do nexos de causalidade.

Com efeito, entre as leis e tendências reconhecidas pelas ciências encontram-se aquelas que têm relevância causal. Neste horizonte é possível distinguir aquelas

---

<sup>1445</sup> Neste sentido, GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Causalidad, Imputación y Qualificación por el Resultado*, *op. cit.*, p. 34.

que são, no plano causal, tendencialmente universais<sup>1446</sup> daquelas que têm uma mera relevância estatística ou probabilística. Enquanto as primeiras propiciam uma explicação causal por dedução, na medida em que o *explanans* implica (dedutivamente) o *explanandum*, as segundas, embora tenham um certo poder explicativo, não têm o mesmo grau de certeza, antes se limitando a formulações de probabilidade assentes na existência de relações estatísticas entre eventos<sup>1447</sup>. Da perspectiva de Stella, autor que propõe e segue esta distinção, só as leis universais ou as lei estatísticas quase universais podem explicar causalmente o evento lesivo e como tal satisfazer as exigências necessárias à afirmação de um nexos causal enquanto elemento típico jurídico-penal. Há no entanto autores, como Gómez Benítez, que preferem uma outra classificação, segundo a qual as leis causais podem ser perfeitas ou imperfeitas: enquanto as primeiras são reconhecidas como universais, as segundas permanecem em maior ou menor medida submetidas à imperfeição da sua explicação científica porque pressupõem um conhecimento parcial ou incompleto<sup>1448</sup>. O parcial conhecimento e explicação do conjunto de factores causais intervenientes não impedem a aplicação de uma lei causal imperfeita, desde que ela se mostre cientificamente garantida.

As perspectivas expostas no parágrafo anterior admitem que a certeza científica absoluta não é necessária para aplicação de uma lei causal geral capaz de suportar uma relação de causalidade no caso concreto<sup>1449</sup>. Todavia, não são coincidentes quanto às exigências que devem dirigir-se à lei geral para que nela se

---

<sup>1446</sup> Importa esclarecer o sentido que aqui se dá ao qualificativo universal, uma vez que se reconhece hoje unanimemente que todas as leis científicas têm carácter probabilístico, na medida em que é impossível uma verificação completa e causal da lei, ou, de forma mais coerente com esta proposição, da tendência que por via dela se afirma. Todavia, a distinção entre leis universais e estatísticas referida no texto, dando como assente essa premissa, pressupõe um outro critério de natureza lógica inerente às afirmações que suportam: “uma lei de forma universal é substancialmente uma asserção por via da qual, em todos os casos em que se realizam as condições de tipo F, se realizam condições do tipo G; uma lei de forma probabilística afirma fundamentalmente que, perante certas condições..., se verificará um certo tipo de consequências numa determinada percentagem de casos. (...) Estas duas afirmações têm um carácter logicamente diverso”, cf. Hempel, *apud* STELLA, Federico, *Leggi Scientifiche e Spiegazione Causale...*, *op. cit.*, p. 308.

<sup>1447</sup> Neste sentido, STELLA, Federico, *Leggi Scientifiche e Spiegazione Causale...*, *op. cit.*, p. 304 e ss. Também, do mesmo autor, *Giustizia e Modernità*, *op. cit.*, p. 208.

<sup>1448</sup> GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Causalidad, Imputación y Qualificación por el Resultado*, *op. cit.*, p. 28 e ss.

<sup>1449</sup> Cf. STELLA, Federico, *Giustizia e Modernità*, *op. cit.*, p. 209 e GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Causalidad, Imputación y Qualificación por el Resultado*, *op. cit.*, p. 30.

possa subsumir a relação causal concreta. Cabe pois determinar as características que devem atribuir-se à lei causal de cobertura ou, em outras palavras, indagar da fundamentação científica da origem de um efeito, isto é, da sua causa.

Todavia, importa a este propósito introduzir uma outra distinção necessária para que se possa perceber a ligação entre esta lei causal de cobertura, enquanto lei geral e premissa explicativa, com a particular relação causal que importa explicar na situação concreta. Trata-se das noções de *causalidade geral* e *causalidade individual*, frequentemente referidas na literatura dedicada a este tema<sup>1450</sup>. O primeiro conceito refere-se à idoneidade de uma certa substância (ou comportamento) para produzir um efeito lesivo. A noção de causalidade individual, por sua vez, indica antes que uma certa substância causou efectivamente determinado resultado. Assim, à causalidade geral corresponde uma probabilidade estatística *ex ante*; a causalidade individual pressupõe a comprovação causal posterior entre determinados eventos segundo um determinado método científico<sup>1451</sup>.

O conceito de causalidade geral é pela sua própria natureza uma categoria própria da epidemiologia enquanto ciência voltada para o estudo da saúde da população com o fim de prevenir riscos excessivos e eventuais doenças que ponham em causa a saúde pública. Trata-se de uma ciência voltada para o grupo, destinada a indagar da incidência das variáveis e a exprimir a frequência (percentagem) do evento, por forma a identificar autênticas relações causais e a distingui-las da mera correlação de fenómenos<sup>1452</sup>. Deste modo, através de estudos epidemiológicos é possível formular conclusões do seguinte tipo: no âmbito de um grupo de sujeitos expostos ao amianto regista-se um índice mais elevado de cancro de pulmão do que num grupo de pessoas que não foram expostas àquela substância, pressupondo uma paridade de circunstâncias<sup>1453</sup>. Todavia, desta verificação não pode concluir-se sem mais que no caso particular de A, exposto ao amianto, o cancro de pulmão que contraiu é resultado daquela exposição. Se no primeiro juízo se pressupõe a

---

<sup>1450</sup> Por todos, STELLA, Federico, *Giustizia e Modernità*, *op. cit.*, p. 253 e ss., DI SALVO, Emanuele, *Causalità e Responsabilità Penale. Problematiche Attuali e Nuove Prospettive*, Milanofiori Assago: Utet, 2007, p. 40;

<sup>1451</sup> STELLA, Federico, *Giustizia e Modernità*, *op. cit.*, p. 250.

<sup>1452</sup> Cf. DI SALVO, Ernesto, *Causalità e Responsabilità Penale*, *op. cit.*, p. 41.

<sup>1453</sup> Cf. DI SALVO, Ernesto, *Causalità e Responsabilità Penale*, *op. cit.*, p. 41.



idoneidade do amianto para causar aquela doença, dele não resulta que a exposição ao amianto seja uma condição necessária para a lesão na saúde sofrida por A. A clareza deste exemplo mostra o diverso sentido e fins da causalidade geral e da causalidade individual: a primeira refere-se à idoneidade da condição para prejudicar a saúde pública; a segunda, através de um juízo particular, pronuncia-se sobre o carácter necessário da condição para a lesão da saúde individual<sup>1454</sup>.

Pressuposta a diferente natureza entre os juízos de causalidade geral e individual, exclui-se qualquer possibilidade de subsunção desta última na primeira. Como sublinha Stella, o juízo de subsunção somente pode funcionar entre realidades semelhantes; ora, a hipótese epidemiológica não constitui um “género” à qual possa ser reconduzida à “espécie” do caso concreto uma vez que o conceito de indivíduo não é subsumível ao conceito de população<sup>1455</sup>. Assim, o caso particular não pode explicar-se com recurso exclusivo à epidemiologia, na medida em que as lesões individuais não podem subsumir-se no conceito de excesso de risco de uma população. Da perspectiva da causalidade individual – aquela que interessa aos delitos de resultado – é ainda necessária uma prova particular referente ao singular evento lesivo por via da concretização de uma lei de cobertura que relacione os elementos antecedentes, elencados na generalização causal, com os eventos concretamente verificados. Ora, em nosso modo de ver, as conclusões estatísticas e de frequência causal sobre a relevância nociva de determinado factor ou substância reveladas pela epidemiologia podem ser um forte instrumento na elaboração dessa lei causal de cobertura. Um exemplo deste tipo é justamente a patologia decorrente da exposição ao amianto, uma vez que os dados epidemiológicos têm forte significado causal, confirmados por estudos específicos e particulares como exames médico-legais e periciais que tornam evidentes a presença de partículas de amianto na pleura pulmonar, relacionadas com um estado patológico. Formulada uma lei causal de cobertura, o caso concreto é nela subsumido, cabendo de seguida confirmar ou comprovar o nexos causal concreto (por exemplo, excluindo

---

<sup>1454</sup> Sublinhando esta distinção, STELLA, Federico, *Giustizia e Modernità*, *op. cit.*, p. 257. Também DI SALVO, Ernesto, *Causalità e Responsabilità Penale*, *op. cit.*, p. 41.

<sup>1455</sup> STELLA, Federico, *Giustizia e Modernità*, *op. cit.*, p. 258.

exposições alternativas que possam concorrer para a situação lesiva) enquanto elemento típico pressuposto por um delito de resultado.

Deste modo, muito embora a causalidade geral possa constituir um *indício* da causalidade individual, não serve por si só para provar para além da dúvida razoável o concreto nexos causal exigido pelo tipo legal<sup>1456</sup>. Serve no entanto para afirmar a perigosidade em abstracto daquele tipo de condutas. Perigosidade que fica aquém do perigo pressuposto por um tipo de ilícito de resultado<sup>1457</sup>.

Assim, da nossa perspectiva, para que uma conexão causal possa ser aceite pelo direito penal é necessário afirmar uma prévia lei causal abstracta (de cobertura) onde possa subsumir-se o nexos de causalidade concreto. Ou seja, exige-se um juízo de comprovação dessa concreta ligação causal a realizar pelo julgador de acordo com as normas probatórias do processo penal<sup>1458</sup>. Para que se possa determinar o que realmente aconteceu, o juiz “deve procurar uma demonstração particular da concretização da lei causal de fundo, no caso particular”<sup>1459</sup>. Assim, em nosso modo de ver, a causalidade geral é insuficiente para dar como provado, segundo as regras processuais penais, o nexos causal entre uma concreta conduta e um resultado exigido por um delito de resultado. Deste modo, o elemento típico nexos de causalidade pressupõe a intermediação de uma lei causal geral por via da qual ele se legitima e concretiza.

Em jeito de síntese de quanto se disse até aqui, importa sublinhar os seguintes pontos: em primeiro lugar, a causalidade típica refere-se à causalidade

---

<sup>1456</sup> Em sentido algo diferente, Kuhlen considera que os dados estatísticos evidenciados pela investigação epidemiológica podem constituir um indício da causalidade individual, que pode tornar-se suficientemente forte por si só na ausência de explicações causais alternativas. Porém, em discordância com este autor germânico, Stella considera que a causalidade geral é muda quanto à causalidade individual, mesmo na ausência de uma explicação alternativa. Ou seja, a ideia de que a causalidade geral possa constituir um indício quando faltam explicações alternativas é incompatível com as regras probatórias de um processo penal. Da sua perspectiva, a acusação não pode bastar-se com a prova da causalidade geral mas deve antes dar como provada a causalidade individual: se se cumpre este ónus não resta espaço razoável a explicações alternativas; se não é cumprido, a sentença deverá ser no sentido da absolvição. STELLA, Federico, *Giustizia e Modernità*, *op. cit.*, p. 292 e s. e p. 297.

<sup>1457</sup> Tal perigosidade poderá justificar uma intervenção legislativa de natureza penal situada porém no domínio dos delitos de perigo abstracto.

<sup>1458</sup> Acompanhamos nesta parte STELLA, Federico, *Giustizia e Modernità*, *op. cit.*, p. 303.

<sup>1459</sup> WRIGHT, *Causation, Responsibility and Risk*, *apud* STELLA, Federico *Giustizia e Modernità*, *op. cit.*, p. 303.

individual; por sua vez a causalidade geral pode funcionar como indício para a afirmação de uma lei causal geral; esta última constitui um pressuposto fundamental para a afirmação do concreto nexos causal necessário à realização típica de um delito de resultado; por fim, é a referência a uma lei causal geral que permite concluir se estamos perante uma condição adequada às leis naturais, enquanto critério da causalidade jurídico-penal.

## 2.1 Função e conteúdo da lei causal geral

A determinação da concreta relação de causalidade enquanto elemento típico pressupõe a referência do curso causal concreto a uma lei causal geral. Na maioria dos cursos causais respeitantes a leis amplamente reconhecidas quer pela sua regularidade quer pela sua constante afirmação pelas regras da experiência e pela normalidade do acontecer, esta referência será mais das vezes implícita. Neste sentido, o conhecimento empírico ou mesmo pré-científico da realidade é suficiente para que se possa afirmar tacitamente o nexos de causalidade<sup>1460</sup> (*v. g.*, a facada que A desfere sobre o coração de B é empiricamente reconhecida como causa da morte de B). Porém, as dificuldades aumentam quando estamos perante processos causais novos, onde não existe uma lei científica previamente refutada ou comprovada (*v. g.*, a relação entre o consumo de determinada substância e a morte). Estas dificuldades aumentam naturalmente se se tiver presente as necessárias limitações à experimentação em seres humanos como forma de cumprir o critério experimental conducente à formulação de uma lei científica.

Importa, neste horizonte, sintetizar algumas notas problemáticas discutidas na doutrina e na jurisprudência sobre a lei causal geral e, em particular, sobre o grau de conhecimento prévio exigível para que se possa aceitar em processo penal a explicação causal que a toma por base. Estas considerações, por vezes já avançadas em outros domínios da investigação, convocam-se agora sinteticamente com um duplo intuito: por um lado, enquadrar nas suas notas principais a discussão doutrinal do problema; e, por outro lado, avançar para uma posição própria.

---

<sup>1460</sup> Neste sentido TORIO LOPEZ, Ángel, «Cursos causales no verificables...», *op. cit.*, p. 235.

Algum sector doutrinal, no âmbito do qual cabe destacar a posição de Armin Kauffman, toma as leis causais naturais como parte integrante da tipicidade dos delitos de resultado, uma vez que só o conhecimento completo da lei causal pode preencher o espaço deixado em branco pelo legislador em matéria causal. Só assim se poderá explicar o concreto mecanismo de realização do evento, sob pena de atipicidade da conduta. O fundamento para uma tal solução decorre da compreensão da própria lei causal geral como elemento dos tipos penais de resultado, por via do requisito causal que aí se estabelece. Neste sentido, só o reconhecimento científico de uma lei causal geral pode sustentar a prova do nexo causal e a atribuição ao agente dos eventos lesivos. A idoneidade em geral de uma substância para causar determinado tipo de danos é insuficiente como critério de imputação do resultado. Se a hipótese causal não alcança o estado de reconhecimento próprio de uma lei causal, sendo questionável entre os peritos, tal só pode significar “que não há uma lei causal reconhecida na qual possa subsumir-se o facto”<sup>1461</sup>.

Desta tese se afastam aqueles autores que, como Maiwald ou Torio Lopez, se opõem à compreensão da lei científica como elemento da tipicidade. Entendem que, muito embora a “causalidade seja elemento indiscutível do tipo (dos delitos materiais ou de resultado), (...) a regra científica (...) a que se refere a norma não é, contra as indicações de Armin Kaufmann, parte integrante dela”<sup>1462</sup>. Neste sentido, as leis causais gerais não são elementos constitutivos dos tipos penais, ainda que sejam objecto da sua referência já que a explicação do facto concreto toma por base a generalização que lhe confere a possibilidade de previsão e domínio dos seus efeitos. Segundo Maiwald, a norma há-de referir-se a uma estrutura da realidade que é por ela pressuposta mas que não toma nela parte integrante<sup>1463</sup>. A esta argumentação, o autor acrescenta razões de natureza processual, em particular, a circunstância de que “se as leis naturais fossem elementos do tipo seria

---

<sup>1461</sup> Cf. KAUFMANN, Armin, «Tatbestandsmäßigkeit und Verursachung...», *op. cit.*, p. 574. Veja-se ainda, sobre um tal entendimento, STELLA, Federico, *Giustizia e Modernità*, *op. cit.*, p. 202 e s.; GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Causalidad, Imputación y Qualificación por el Resultado*, *op. cit.*, p. 54; PUPPE, Ingeborg, *La Imputación Objetiva...*, *op. cit.*, p. 22.

<sup>1462</sup> TORIO LOPEZ, Ángel, «Cursos causales no verificables...», *op. cit.*, p. 235.

<sup>1463</sup> Cf. *Kausalität und Strafrecht*, *op. cit.*, p. 108.

absolutamente incompreensível que um juiz pudesse estar autorizado, em geral, a questionar o perito sobre a sua existência, já que em causa estaria uma parte de uma norma jurídica de direito submetida, como tal, ao princípio *iura novit curia*<sup>1464</sup>.

Temos para nós que a referência (tácita ou expressa) a uma lei causal geral é um elemento necessário à prova em juízo do concreto nexos de causalidade. Pressuposta a sua dimensão ontológica, é a ciência e os seus peritos que se devem pronunciar sobre a existência de uma lei causal geral. Por sua vez, ao juiz cabe averiguar da subsunção da situação concreta, em particular da relação causal, naquela lei geral abstracta, por forma a dar como provado o elemento típico próprio dos crimes de resultado que, como tivemos oportunidade de sustentar, corresponde tão-somente à conexão causal entre determinada conduta e determinado resultado. Assim, a concordância ontológica que há-de estabelecer-se entre a concreta relação causal e uma lei causal geral será, em nosso modo de ver, um elemento necessário à *prova* do concreto nexos de causalidade, dotado de uma natureza processual ou adjectiva, e não um elemento típico como tem defendido alguma doutrina<sup>1465</sup>.

Mais problemática se revela a determinação dos pressupostos para que o juiz penal possa aceitar uma lei causal geral como premissa do juízo causal concreto e possa aceder à explicação causal da concreta modificação prejudicial ao bem jurídico realizada no resultado – questão que se colocou de forma particularmente evidente à jurisprudência nos casos de responsabilidade pelo produto expostos no capítulo introdutório desta dissertação. Perante a ausência de uma norma processual sobre os requisitos que deve possuir uma hipótese ou lei científica para que possa ser admitida pelo julgador – circunstância tida por Ingeborg Puppe como uma autêntica lacuna do ordenamento jurídico<sup>1466</sup> – a doutrina e a jurisprudência viram-se forçadas a formular critérios de resolução deste problema, a maioria das vezes divergentes entre si.

---

<sup>1464</sup> Cf. MAIWALD, Manfred, *Kausalität und Strafrecht*, *op. cit.*, p. 108. Também GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Causalidad, Imputación y Qualificación por el Resultado*, *op. cit.*, p. 55.

<sup>1465</sup> No sentido de esta concordância ontológica entre o nexos de causalidade e a lei causal geral tomar parte da tipicidade e, por essa via, também a causalidade geral integrar a própria tipicidade, GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Causalidad, Imputación y Qualificación por el Resultado*, *op. cit.*, p. 56 e ss.

<sup>1466</sup> Cf. PUPPE, Ingeborg, «“Naturgesetze“ vor Gericht», *JZ 1994*, p. 1150, referindo-se à inexistência de uma norma processual penal que estabeleça sob que condições pode um juiz aceitar uma lei geral que não seja consensual nas ciências empíricas.

De um dos lados, toma forma a posição de Kaufmann, segundo a qual o juiz só pode reconhecer e aplicar leis causais indiscutíveis no domínio científico a que dizem respeito, uma vez que o juiz não tem competência para resolver discussões teóricas no âmbito das ciências empíricas<sup>1467</sup>. Ou ainda Stella que, pronunciando-se de forma crítica quanto a decisões jurisprudenciais em sede de produção de bens e de exposição a determinadas substâncias, considera que só as leis causais universais ou leis estatísticas quase universais possuem poder explicativo e podem, por isso, responder ao porquê do particular evento lesivo<sup>1468</sup>.

Em sentido oposto é representativa a proposta de Kuhlen, que aceita a possibilidade de, em situações de divergência científica, uma correlação estatística que constitua um forte indício da existência da lei causal procurada possa, na ausência de outras explicações alternativas, ser usada pelo juiz para fundamentar o nexo de causalidade<sup>1469</sup>. O autor reconhece por isso razão às decisões jurisprudenciais do caso talidomida ou Lederspray, perante as dúvidas expressadas pelos peritos<sup>1470</sup>.

Uma posição que pode ter-se, quanto a nós, como intermédia é seguida por Ingeborg Puppe, para quem a aceitação de uma lei causal geral por parte do juiz não pode ser fruto de uma livre valoração da prova, uma vez que esta incide somente sobre os elementos do caso concreto e não sobre elementos gerais, expostos por um perito com base na sua ciência técnica e situados fora quer do conhecimento do julgador, quer da tipicidade normativa. Todavia, segundo a autora, a divergência entre peritos sobre uma máxima geral científica não impossibilita que o juiz possa aceitar determinada lei causal, acolhendo e dando primazia a determinada exposição e argumentação técnica. Aliás, a aplicação de leis gerais que pertencem a uma determinada escola científica é conhecida do direito penal, por exemplo no domínio da psicologia e da psiquiatria: “não há um motivo plausível para que somente nos domínios da química e da toxicologia se exijam leis causais incontestadas, sob pena de se aplicar o princípio *in dubio pro reo* (...). Também no do direito penal deve

---

<sup>1467</sup> Veja-se as referências bibliográficas indicadas na nota 1461.

<sup>1468</sup> STELLA, Federico, *Giustizia e Modernità*, *op. cit.*, p. 209, e, do mesmo autor, *Legge scientifica e spiegazione causale...*, *op. cit.*, p.153 e ss.

<sup>1469</sup> KUHLEN, Lothar, *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung...*, *op. cit.*, p. 73.

<sup>1470</sup> KUHLEN, Lothar, *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung...*, *op. cit.*, p. 73 e s.

subsistir a possibilidade de se aplicar uma lei geral que não seja incontestada no âmbito científico, desde que seja confirmada e reconhecida por um grupo representativo de especialistas”<sup>1471</sup>.

Um pressuposto que nos parece relevante para a resolução desta questão é o dever que impende sobre o juiz de esclarecer os factos submetidos a julgamento: ao abrigo de um princípio de investigação material em matéria probatória, que entre nós merece consagração no artigo 340.º do Código de Processo Penal, cabe ao tribunal ordenar os meios de prova que considere necessários para a boa decisão da causa. Só por esta via o julgador poderá aceder, por exemplo, a conhecimentos técnicos e específicos situados fora do seu conhecimento e facultados pela prova pericial. Todavia, não pode exigir-se ao juiz uma cabal explicação das questões científicas, mas sim, pela percepção e contacto com a prova pericial, a formulação das conclusões fundamentadas sobre os factos. Muito menos se lhe pode exigir que se pronuncie sobre a validade de uma lei causal geral, que deve ser provada em laboratório e não em tribunal. Como refere Puppe, mediante a prova pericial não se prova a lei causal, mas ante se informa sobre a sua comprovação efectuada de maneira distinta<sup>1472</sup>.

Em particular, no nosso contexto problemático, os autores que se pronunciaram sobre os pressupostos de aplicação de uma lei causal tendem a concordar que não pode exigir-se ao julgador a explicação do completo mecanismo causal do fenómeno, podendo antes aceitar as explicações parciais que a ciência lhe oferece relativas àquele concreto mecanismo<sup>1473</sup>. Trata-se, contudo, de uma decisão fundamentada em conhecimentos científicos, o que nos leva a afastar que a questão da validade de uma lei causal geral controvertida esteja sujeita à livre apreciação do juiz, como decidiu o BGH no caso do protector da madeira<sup>1474</sup>. Cabe ao juiz decidir fundamentadamente se os argumentos e razões expostos pelos peritos são suficientes para aceitar a lei causal que permite explicar o concreto nexos causal. Esta é, no entanto, uma decisão dificultada nos tempos modernos pelo rápido avanço tecnológico que,

---

<sup>1471</sup> PUPPE, Ingeborg, «“Naturgesetze“ vor Gericht», *op. cit.*, p. 1151.

<sup>1472</sup> PUPPE, Ingeborg, *La Imputación Objetiva...*, *op. cit.*, p. 24.

<sup>1473</sup> STELLA, Federico, *Giustizia e Modernità*, *op. cit.*, p. 209.

<sup>1474</sup> Em particular sobre esta questão PUPPE, Ingeborg, *La Imputación Objetiva...*, *op. cit.*, p. 24.

em particular no âmbito da produção, confrontou o julgador com fenómenos novos e ainda não cabalmente esclarecidos pelos conhecimentos científicos, suscitando a formulação de juízos periciais contraditórios<sup>1475</sup>.

Deve exigir-se, para que possa aplicar-se como premissa a lei causal geral, o mais elevado grau de certeza e a concordância absoluta por parte das ciências naturais?

Temos para nós que a resposta a esta interrogação há-de ser negativa, por dois tipos de razões distintas: a primeira voltada para o conhecimento científico, a segunda sustentada em razões jurídicas. Tal exigência mostra-se hoje incomportável do ponto de vista científico porque, como se procurou clarificar no capítulo anterior, a absoluta certeza inerente a um pensamento determinista é cada vez mais um conceito afastado do domínio das teses científicas. Da perspectiva jurídica, retomando o argumento de Ingeborg Puppe, a aceitação de leis (humanas ou científicas) controvertidas não é desconhecida ao direito penal em domínios como a psicologia ou a psiquiatria. Importa antes restringir os pressupostos dessa aceitação, recusando que ela possa fundamentar-se na livre convicção do juiz. Temos em mente duas condições ou critérios fundamentais propostos por aquela autora alemã: o juiz deve apoiar-se em teorias aprovadas por uma parte representativa da ciência competente; a lei causal há-de ser formulada pelos peritos e não pelo juiz a quem está vedado, na qualidade de juiz, o desenvolvimento de teorias científicas próprias<sup>1476</sup>. Assim, em nosso modo de ver, se dos conhecimentos técnicos e científicos trazidos a tribunal não resulta qualquer lei causal, ao juiz resta aplicar em matéria de nexos de causalidade o princípio *in dubio pro reo*.

---

<sup>1475</sup> Cf. PUPPE, Ingeborg, *La Imputación Objetiva...*, *op. cit.*, p. 25.

<sup>1476</sup> PUPPE, Ingeborg, *La Imputación Objetiva...*, *op. cit.*, p. 26.



### **3. Causalidade e imputação nos delitos de resultado ou materiais – proposta de um modelo**

#### 3.1 Síntese dos principais modelos

De quanto se disse anteriormente fica claro que o fundamento material da causalidade se situa, da nossa perspectiva, no domínio das leis empíricas. Todavia, a causalidade está longe de ser irrelevante ou insignificante para a normatividade penal: como se referiu, a afirmação do nexu causal entre uma conduta humana e um resultado típico é outrossim elemento normativo dos delitos de resultado e pressuposto essencial para a imputação desse acontecimento ao agente. Nestes delitos a ligação causal constitui o veículo de realização do juízo de imputação, formalmente exigido pelo legislador. Neste sentido, importa atender ao vínculo que há-de estabelecer-se entre causalidade e imputação, designadamente se a causalidade é um mero pressuposto externo e prévio à imputação objectiva, ou antes um elemento que lhe é intrínseco.

Como nota prévia, deve no entanto sublinhar-se que entre causalidade e imputação não existe uma relação de sobreposição. Com efeito, o elemento típico da conexão causal entre uma conduta e um determinado evento é próprio dos delitos materiais ou de resultado. Porém, subsistem figuras delituosas que não pressupõem uma relação causal, de que são exemplo os crimes formais ou de mera actividade, ou em que se constrói uma relação análoga à conexão causal mas de natureza normativa ou valorativa, assente na necessária equiparação legal, como acontece nos delitos omissivos ou em situações de comparticipação como a autoria mediata ou a instigação – domínios dos quais está ausente a dimensão naturalística própria do binómio acção-efeito.

Importa assim atender à ligação que, no domínio dos delitos de resultado, se estabelece entre causalidade e imputação objectiva. O estudo das principais propostas doutrinárias em matéria causal permitiu antever alguma diversidade na caracterização daquela relação, decorrente necessariamente dos distintos enquadramentos dogmáticos atribuídos ao problema causal no domínio da ciência

penal. Procurando estruturar e sistematizar essa diversidade, Anarte Borrallo sintetiza, a este propósito, as mais relevantes posições doutrinárias<sup>1477</sup>.

a) Em um primeiro modelo concebe-se a causalidade como pressuposto da imputação objectiva. Neste contexto é necessário distinguir aqueles autores que tomam a relação causal como um requisito separado ou autónomo daqueles outros que, formando uma clara maioria, a consideram como parte integrante da imputação objectiva. Daquela primeira perspectiva acentua-se a diferente natureza ontológica e normativa que corresponde respectivamente à causalidade e à imputação, reconhecendo-se a esta última, com frequência, uma função meramente correctora dos resultados a que conduz uma concepção puramente naturalística de causalidade. No âmbito da concepção elencada em segundo lugar, a causalidade é tida entre os elementos que integram a imputação do tipo objectivo a um sujeito, em conjunto com outros critérios valorativos ou de natureza predominantemente normativa. Nesta perspectiva se inserem alguns dos nomes mais representativos da doutrina germânica como Schünemann, para quem a causalidade é tida como o primeiro degrau da imputação objectiva; Roxin que, embora separando a teoria causal dos restantes critérios de imputação objectiva, toma a causalidade como o limite externo do juízo de imputação; ou mesmo Frisch que, seguindo uma concepção mais estreita de imputação do resultado, inclui entre os requisitos positivos referentes à “relação de realização” a causalidade da conduta para o resultado e a materialização do risco em virtude do qual se proíbe o comportamento<sup>1478</sup>. No âmbito da doutrina portuguesa um modelo deste tipo é, como vimos, seguido por Figueiredo Dias<sup>1479</sup>.

b) Segundo um outro modelo, à causalidade é reconhecido um papel secundário condicionado à categoria jurídica da imputação. Esta redução do pensamento causal na teoria jurídica advém de dois tipos de argumentação assentes em fundamentos distintos: por um lado, a crise reconhecida ao pensamento causalista, advinda primeiro dos domínios científico e filosófico e depressa alargada

---

<sup>1477</sup> Cf. *Causalidad e Imputación Objetiva...*, *op. cit.*, p. 404.

<sup>1478</sup> Cf. FRISCH, Wolfgang, *Comportamiento Típico e Imputación del Resultado*, *op. cit.*, p. 70.

<sup>1479</sup> *Supra*, § 11, 2.

ao contexto jurídico, concretizou-se em propostas de substituição das conexões causais entre fenómenos por relações de probabilidade, em especial no âmbito das novas formas de criminalidade<sup>1480</sup>; por outro lado, a vigorosa afirmação no domínio jurídico da teoria normativa da imputação determinou uma desvalorização do nexos causal natural no âmbito da teoria da infracção criminal e, em último termo, correspondeu à consideração da causalidade como um problema (ético ou da ciência natural) alheio ao direito penal, domínio exclusivo da imputação objectiva ou de outras construções normativas<sup>1481</sup>.

c) Por fim, numa orientação radicalmente distinta, reconhece-se uma maior amplitude à causalidade jurídica, composta por elementos normativos que tornam desnecessária a moderna figura da imputação objectiva. Neste sentido, uma compreensão do nexos causal no contexto jurídico-penal há-de pressupor elementos normativos próprios do direito penal. É em certa medida a posição de Ingeborg Puppe que, como vimos, rejeita uma dissociação entre um plano naturalístico causal e o plano normativo da imputação objectiva. Ou ainda, de uma perspectiva mais radical, o entendimento de Hilgendorf, que se pronuncia a favor das virtualidades de um modelo causal mais ambicioso, na senda de Karl Engisch, capaz de resolver adequadamente problemas como o da imprevisibilidade do curso causal sem recurso a critérios de imputação objectiva<sup>1482</sup>.

---

<sup>1480</sup> Cf. ANARTE BORRALLLO, Enrique, *Causalidad e Imputación...*, *op. cit.*, p. 404 e s.

<sup>1481</sup> Neste contexto, é de referir a proposta de Schimdhäuser, para quem não tem qualquer sentido manter o requisito da causalidade para o restringir normativamente, sendo preferível o recurso directo e imediato aos critérios normativos de imputação, cf. ANARTE BORRALLLO, Enrique, *Causalidad e Imputación...*, *op. cit.*, p. 404. Também outros autores procuraram erradicar a causalidade do âmbito da teoria da imputação de resultados desvaliosos adoptando critérios puramente normativos, como o princípio amplo de aumento de risco na proposta de OTTO, Harro, «Kausaldiagnose und Erfolgzurechnung im Strafrecht», *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, Karlsruhe: Verlag C. F. Müller, 1972, p. 91 e ss., e «Die objektive Zurechnung eines Erfolges im Strafrecht», *op. cit.*, p. 96 e ss.

<sup>1482</sup> Cf. «Wozu brauchen wir die “objektive Zurechnung“?...», *op. cit.*, p. 33 e ss.

### 3.2 O modelo da imputação causal

#### a) A imputação como categoria normativa

O juízo de imputação jurídico-penal assente em critérios normativos corresponde, em último termo, à formalização do processo de atribuição de uma responsabilidade que possibilite a concretização da justiça penal e assegure ao imputado as garantias jurídicas necessárias e correspondentes à gravidade da sanção aplicável<sup>1483</sup>. Neste sentido, e voltando a nossa atenção para os delitos de resultado, a construção de um modelo que procure esclarecer o vínculo que deve estabelecer-se entre causalidade e imputação, há-de ter como ponto de partida essencial o sentido e função reconhecidos a ambas as categorias no sistema jurídico-penal.

Ora, o significado da imputação enquanto categoria jurídico-penal alicerça-se na capacidade humana de dirigir um acontecimento perigoso a interesses reconhecidos como valiosos pela ordem jurídica. Na verdade, a imputação enquanto categoria jurídico-penal foi assumindo, como se referiu, significados e conteúdos diversos, desde a sua compreensão em sentido amplo como categoria global do direito penal – *a imputatio* – até ao conceito estrito de imputação objectiva de resultados.

Temos para nós que, pese embora o conceito de imputação ter conhecido no contexto jurídico-penal várias formas jurídicas a que correspondem realidades distintas, é possível identificar um significado comum a todas elas concretizado na *atribuição de responsabilidade jurídica*. Neste sentido, o conceito de imputação ressurgiu na teoria do direito penal como forma de designar o processo de atribuição de responsabilidade por um resultado. É a capacidade humana de objectivamente dominar um determinado acontecimento que fundamenta esse juízo de responsabilidade. Porém, esse domínio do evento só adquire relevância jurídico-

---

<sup>1483</sup> Como sublinha HASSEMER, Winfried, *Persona, Mundo y Responsabilidad*, *op. cit.*, p. 184-185, a propósito da justificação da imputação penal, “desde há muito tempo que a questão da imputação não se refere à questão de saber se, num sistema penal como o nosso, se pode imputar um facto a uma pessoa, mas antes quais os processos de imputação que podem tomar-se como racionais e justos”. Ou seja, aquela fundamentação dirige-se não tanto ao “se” mas ao “como” da atribuição.

penal em virtude do seu carácter prejudicial aos interesses tutelados pelas normas penais, em estreita ligação com a função, reconhecida ao direito penal, de protecção de bens jurídicos e de garantia dos direitos fundamentais.

No seu plano objectivo – e só desse se cuidará – o juízo de imputação, numa relação de diálogo com o tipo legal, tem como pressuposto uma conduta típica, isto é, uma conduta que se mostra prejudicial ao interesse tutelado, com capacidade para, em abstracto, alterar ou agravar a situação prévia deste bem jurídico. Por conseguinte, é a “potencialidade lesiva” que fundamenta o carácter típico da conduta, fazendo-a nascer jurídico-penalmente. Assim, na senda da doutrina de Wolfgang Frisch, só uma conduta típica pode originar problemas de imputação. Importa formular um critério qualitativo e normativo de determinação da conduta típica que, quanto a nós, deverá coincidir com a criação de um risco juridicamente desaprovado. Porém, na tentativa de avançar mais um passo na concretização desse critério, ele há-de situar-se, da nossa perspectiva, no plano da interpretação do tipo legal e assentar num duplo alicerce: de um lado, num juízo ontológico de perigosidade abstracta da conduta, presente na intenção do legislador aquando da construção da norma jurídica; de outro, num juízo analógico que permita referir à *mens legislatoris* a concreta conduta do agente na medida em que com a sua conduta viole o dever imanente à norma. É justamente nessa contrariedade ao dever normativo, enquanto padrão de comportamento, que se fundamenta a desaprovação do risco e como tal a tipicidade da conduta. Deste modo, é através desta referência da conduta concreta à norma penal e ao dever por ela pressuposto que se indaga da criação de um risco juridicamente desaprovado e, por conseguinte, se determina a tipicidade da conduta.

Este primeiro passo de determinação da conduta típica, situado no plano normativo, é elemento comum à interpretação de toda a incriminação: de acção, ou de omissão; dolosa ou negligente; de dano ou de perigo; formal ou material. Trata-se de um momento prévio a um qualquer eventual juízo de imputação de resultados e permite resolver, como bem sublinha Frisch, um conjunto de problemas com que se cruza a moderna teoria da imputação objectiva: desde logo, a irrelevância jurídico-penal de condutas socialmente toleradas ou realizadas sob a tutela de um risco

permitido advém justamente do seu carácter atípico. Do mesmo modo, são válidas as palavras de Hoyer quando, a propósito da delimitação do risco proibido, considera que só a causalidade e a realização do risco no resultado são critérios de imputação; a delimitação do risco permitido e não permitido estabelece-se no plano da conduta típica<sup>1484</sup>. A razão acompanha igualmente, quanto nós, Kindhäuser no que diz respeito às situações em que através da sua conduta o agente diminui o risco criado para o bem jurídico: nestes casos, não está em causa a imputação de um resultado porque através da sua actuação o agente não criou qualquer risco juridicamente desaprovado<sup>1485</sup>.

Por esta via, há também uma certa aproximação à teoria da adequação, na compreensão de alguns autores de que constitui exemplo máximo Karl Engisch, na medida em que uma conduta adequada (jurídico-penalmente) será aquela que incorre num risco juridicamente desaprovado para os bens jurídicos, permitindo esperar com alguma probabilidade o resultado proibido. Ou seja, uma conduta que viola o cuidado que lhe é exigido pela norma. Nas palavras de Engisch, “um homem comporta-se de forma contrária à norma jurídica se deixa de observar o cuidado objectivamente requerido para evitar o resultado”<sup>1486</sup>. Por ambas as vias se chega à conclusão de que somente as condutas criadoras de um perigo proibido para bens jurídicos por via da violação de um dever de cuidado normativo têm relevância penal, isto é, são típicas.

Por vezes, na construção da norma incriminatória, o legislador assume como referência da incriminação esta perigosidade da conduta, numa opção político-criminal claramente antecipatória da tutela do bem jurídico. O tipo incriminador toma então a forma de delito de perigo abstracto, centrado sobre a perigosidade da

---

<sup>1484</sup> HOYER, Andreas, «Risco permitido e desenvolvimento tecnológico», *op. cit.*, p. 366.

<sup>1485</sup> Cf. KINDHÄUSER, Urs, «Aumento do risco...», *op. cit.*, p. 24 e ss.

<sup>1486</sup> ENGISCH, Karl, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, *op. cit.*, p. 53. Também *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlin: Verlag Otto Liebmann, 1930, p. 283. Para Engisch a adequação é absorvida pela inobservância do dever de cuidado e, deste modo, pela ilicitude. A adequação seria, nesta perspectiva, um elemento da ilicitude. Porém, não existe uma relação de identidade entre adequação, ilicitude e falta de cuidado, pois ainda que só seja ilícita a conduta adequada, nem toda a conduta adequada seria ilícita, desde logo por via da intervenção de alguma causa de justificação. Desta forma, a adequação, enquanto expressão da ilicitude penal, parece surgir como condição de relevância da conduta humana: só as condutas adequadas – isto é, criadoras de uma probabilidade de perigo para bens jurídicos – têm relevância para a ordem jurídico-penal.

conduta, devendo confirmar-se a perigosidade pressuposta pelo legislador na concreta conduta realizada pelo agente. Ou por outras palavras, a perigosidade concretizada na conduta há-de corresponder à perigosidade considerada pelo legislador aquando da construção da incriminação. Nestas situações o perigo refere-se à conduta típica incriminada e nela esgota o seu alcance. Neste sentido, esta opção legislativa afasta qualquer problema de imputação de um qualquer resultado (normativo ou material) uma vez que deles prescindiu o legislador aquando da tipificação penal.

Porém, a opção legislativa pode ir além da mera perigosidade abstracta, exigindo-se para o integral preenchimento do tipo legal a realização de um determinado evento (jurídico ou material) tido como desvalioso para o bem jurídico protegido. Surge então o problema da imputação do resultado em direito penal.

Deste modo, identificada a determinação da conduta típica que há-de servir de base a um juízo de imputação de resultados, importa agora determinar o contexto normativo em que se torna necessário concretizar um tal juízo. A imputação de resultados convoca, desde modo, um segundo problema, cujo ponto de partida se reflecte na ligação à conduta típica de um determinado resultado. O legislador, na construção da norma incriminatória e na prossecução dos princípios e regras jurídicas que dão forma aos valores assumidos pela ordem jurídico-penal, pode exigir que o risco juridicamente desaprovado criado pela conduta se realize num determinado evento. Esse evento ou resultado pode revestir no tipo legal uma dupla natureza: valorativa ou normativa no caso dos delitos de perigo concreto; ou, num esforço de maior concretização, no caso dos delitos materiais ou de resultado, de natureza material exigindo-se um “efeito físico espaço-temporalmente separável da acção”<sup>1487</sup>.

É nesta última hipótese, ao exigir-se uma maior concretização normativa da perigosidade da conduta expressa na materialização daquele perigo num determinado efeito, que o problema do nexos causal assume expressa relevância típica enquanto elemento necessário ao juízo de imputação normativa. O resultado

---

<sup>1487</sup> A expressão é usada por VARGAS PINTO, Tatiana, *Delitos de Peligro Abstracto e Resultado. Determinación de la Incertidumbre Penalmente Relevante*, Pamplona: Editorial Aranzadi, 2007, p. 413.

material há-de ser uma concretização do risco proibido criado pela conduta típica (perigosa) do agente. Neste sentido, aproximamo-nos daquele requisito que a moderna teoria da imputação toma como segundo pressuposto do juízo de imputação e que coincide com a realização do risco proibido criado pela conduta. Porém, também neste segundo problema não deve descurar-se o contributo da teoria da adequação como critério normativo de imputação quanto à exclusão de resultados improváveis e dos cursos causais atípicos. O juízo de imputação refere-se a resultados previsíveis, no sentido de que possam ou devam ser esperados pelo agente. Só desta forma se poderá esperar que a norma criminal possa cumprir a sua função de orientação político-criminal da actuação (e omissão) humana. Neste sentido, o evento proibido há-se poder ser objectivamente concebido como um resultado possível daquela actuação. É essa possibilidade que, nos delitos de resultado, concretiza o carácter perigoso da conduta.

Apresentados os seus traços essenciais, importa agora desenvolver o modelo proposto e retomar o tema nuclear desta investigação, atendendo em especial à função que, no âmbito deste modelo de imputação, se reconhece à categoria de nexos causal. Da nossa perspectiva, antecipa-se desde já que a causalidade deve ser tida como um dos elementos do juízo de imputação exigido pela construção típica de alguns delitos – os de resultado. O nexo causal representa assim a expressão máxima da concretização do risco proibido no evento exigido pelo tipo legal.

Este é, quanto a nós, o horizonte problemático da causalidade e, simultaneamente, onde ela pode dar o seu maior contributo. Deste modo, o problema causal, entendido como relação entre uma determinada acção e um efeito cronologicamente posterior, surge no âmbito dos delitos de resultado. Esse resultado material é valorado juridicamente, cruzando-se nesse plano valorativo com uma outra classificação doutrinal dos delitos que toma por critério a ofensividade da conduta para o bem jurídico tutelado, qualificando-se então o delito como de dano ou de perigo consoante ocorra a lesão ou a mera colocação em perigo do objecto de tutela da norma. Por regra, o objecto material do crime (*v. g.*, a pessoa, o seu corpo, a coisa...) corporiza o bem (valor) jurídico protegido e legitimador da incriminação (*v. g.*, a vida, a integridade física, o património...). Compreende-se assim que um



resultado coincidente com a lesão do objecto material do crime tenha a sua tradução no plano valorativo através do dano do bem jurídico protegido<sup>1488</sup>.

Neste sentido, o risco juridicamente desaprovado pode concretizar-se quer num efeito normativo quer num efeito material, ou, na terminologia de Cavaleiro de Ferreira que se toma de empréstimo, num evento jurídico ou num evento material. Embora de natureza diferente, como se verá, estes efeitos partilham uma característica: são formas, distintas, de concretização ou realização da perigosidade ou potencialidade lesiva da conduta típica. Por evento jurídico deve entender-se a criação de um estado de perigo concreto ou de uma lesão do bem jurídico que se quis proteger com a incriminação. O legislador exige assim que a perigosidade abstracta manifestada pela conduta típica se concretize em um estado de perigo ou em uma lesão do objecto tutelado pela norma. Trata-se, nesta hipótese, de um juízo de imputação do perigo concreto ou da lesão à conduta típica do agente, situado ainda num plano normativo.

Todavia, o legislador penal pode ser mais restrito na concretização da perigosidade ou da potencialidade lesiva da conduta típica e exigir na construção típica que aquele juízo de perigosidade se materialize numa modificação da própria realidade, isto é, que produza um efeito exterior, autónomo e separável da conduta, sobre o objecto material da acção, em regra coincidente com o substrato do bem jurídico (a vida ou a integridade física da concreta vítima). Esta modificação do mundo das coisas coincide com o que antes se designou de evento material e dá-se na esfera ontológica do mundo causal. Torna-se então necessário comprovar a existência de um nexó de causalidade entre a conduta do agente e aquele resultado material. Só nesta última hipótese de concretização da potencialidade lesiva da

---

<sup>1488</sup> Menos frequentes, embora possíveis, serão as situações em que o resultado material exigido pelo tipo, espaço-temporalmente separável da conduta, corresponda, no plano da valoração jurídica a um estado de perigo e não ainda de lesão do bem jurídico protegido. Tal pode acontecer, desde logo, porque o objecto do crime sobre o qual incide a conduta do agente, não corresponde ao substrato do bem jurídico tutelado. Exemplo desta situação é, como se analisará no capítulo seguinte, o crime de corrupção de substâncias alimentares previsto no artigo 282.º do Código Penal, simultaneamente um delito de resultado (ao exigir-se como efeito da conduta uma adulteração das substâncias aí previstas) e de perigo, na medida em que tal modificação da realidade é relevante penalmente quando dela resulte um perigo para a vida ou para a integridade física de outrem.

conduta é que o nexo de causalidade é elevado à categoria de elemento do tipo. Aqui se incluem os delitos materiais ou de resultado.

Acrescente-se, porém, em jeito de nota marginal, uma reflexão sobre a importância do juízo causal no âmbito dos crimes de perigo, uma vez que, da nossa perspectiva, a esfera da experiência comum e da regularidade do acontecer enquanto dimensão constitutiva da causalidade não está ausente da imputação própria do perigo concreto e das condutas consideradas em abstracto perigosas. Da nossa perspectiva, o nexo de causalidade, entendido como a ligação entre uma acção e o seu efeito exterior no “real verdadeiro”, não constitui um elemento típico dos delitos de perigo. Porém, os delitos de perigo concreto, como já se referiu, colocam também um problema de imputação do evento (normativo) de perigo. A causalidade não é um elemento estranho a este juízo de imputação objectiva, evidenciando-se, pelo contrário, como um dos elementos necessários à sua efectivação, agora sob a forma de juízo de previsibilidade objectiva do resultado lesivo do bem jurídico que não chega a ter lugar. Assim, a imputação no âmbito dos delitos de perigo concreto pressupõe um juízo normativo de previsibilidade (da lesão), fundado na normalidade do acontecer, sem que se exija a prova de uma concreta relação causal empírica entre uma conduta e um resultado material (que nos delitos de dano coincide na maioria das vezes com a lesão do bem jurídico). Na concretização destes juízos de previsibilidade toma-se como critério a teoria da adequação (ou causalidade adequada) mas entendida agora como critério normativo de imputação, nos termos da proposta de Karl Engisch.

Em relação aos tipos legais situados construídos em torno da perigosidade (abstracta) da conduta, a regularidade e normalidade dos acontecimentos próprios que fundamentam aquele perigo é prévia à normatividade jurídica e situa-se na teleologia da própria norma incriminadora. São exemplos os crimes de perigo abstracto bem como os crimes de aptidão nas situações em que a perigosidade é em si uma característica própria de comportamentos subsumíveis na conduta típica.

Expostas estas breves considerações marginais em torno da importância do juízo causal no universo do perigo, é tempo de regressar às situações em que, na

concretização da potencialidade lesiva da conduta típica, o juízo normativo de imputação integra o elemento típico *nexo causal*.

b) O nexo de causalidade como elemento típico dos crimes de resultado

No modelo proposto, o nexo de causalidade impõe-se como forma de concretização do juízo normativo de imputação, nos delitos de resultado. Neste sentido, para além de uma conduta potencialmente lesiva de bens jurídicos, a imputação do resultado (evento material) pressupõe que se comprove um concreto nexo causal entre a particular conduta do agente e o resultado produzido. Assim entendido, o nexo de causalidade há-de ter o seu fundamento nas leis empíricas que explicam a realização desse acontecimento e de forma imediata na ideia de previsibilidade e regularidade inerente às leis empíricas que dominam a esfera do mundo causal. Deste modo, nos delitos de resultado a imputação refere-se à direcção humana de um acontecimento ou, na significativa expressão de Wolff, à capacidade pessoal de “pilotar a realidade”<sup>1489</sup>. Este domínio do acontecer baseia-se, portanto, na previsibilidade decorrente do conhecimento das leis empíricas. Como sublinha Maiwald, a previsibilidade e a regularidade, enquanto características da causalidade colocadas em evidência pelos filósofos empiristas e pela ciência, respectivamente, encontram a sua correspondência, no domínio jurídico, na doutrina da imputação causal<sup>1490</sup>. É a previsibilidade do acontecimento, cognoscível ao agente, que faz recair sobre ele a possibilidade de ter evitado o resultado e, simultaneamente lhe concede o domínio potencial sobre o acontecer<sup>1491</sup>. Assim se concretiza a atribuição de um resultado a um sujeito, que afasta o evento da mera casualidade. Por esta via se resume, segundo Maiwald, o conteúdo de toda a argumentação de Larenz, cujo pensamento está na base da teoria da imputação

---

<sup>1489</sup> Em rigor, deve esclarecer-se que o contexto desta expressão é referente à imputação enquanto elemento comum à acção e à omissão, cf. WOLFF, E. A. *Kausalität von Tun und Unterlassen*, 1965, p. 53 e s., *apud* MAIWALD, Manfred, *Kausalität und Strafrecht*, *op. cit.*, p. 81.

<sup>1490</sup> MAIWALD, Manfred, *Kausalität und Strafrecht*, *op. cit.*, p. 82.

<sup>1491</sup> Neste sentido, MAIWALD, Manfred, *Kausalität und Strafrecht*, *op. cit.*, p. 82.

objectiva: “a questão fundamental será sempre em que circunstâncias um resultado pode ser tido como obra do autor ou como um acidente”<sup>1492</sup>.

Neste sentido, nos delitos de resultado a causalidade constitui um dos critérios que tornam possível a própria imputação, porque é expressão ontológica do juízo normativo de realização do perigo<sup>1493</sup>. Nestes delitos, a realização típica do nexos de causalidade a aferir segundo as regras empíricas causais, nos termos anteriormente expostos, constitui não apenas um pressuposto mas o fundamento da imputação. É assim por duas razões: por um lado, porque é a regularidade pressuposta pelas leis empíricas que permite fundamentar a previsibilidade do resultado e a sua consequente imputação ao autor; por outro lado, porque é a realização do nexos causal que permite explicar e comprovar que um determinado risco normativamente proibido se concretizou num resultado, ou seja, são as regras causais que permitem explicar que aquele específico risco proibido se concretizou no resultado. Este segundo vector permite ultrapassar algumas das críticas dirigidas à indeterminação dos critérios propostos pela teoria da imputação objectiva. É assim porque a explicação causal de acordo com as leis empíricas permitirá clarificar que o risco realizado no resultado correspondeu ao risco criado (ou aumentado) pela conduta do agente e não a qualquer outro. Neste sentido, causalidade e imputação objectiva complementam-se.

De um ponto de vista normativo, a afirmação de uma relação causal entre a concreta conduta e o resultado é insuficiente – como põe em evidência a maioria dos modelos de imputação objectiva – para delimitar a relevância penal da conduta do agente<sup>1494</sup>. Importa, a este propósito, reter duas notas: por um lado, a causalidade

---

<sup>1492</sup> MAIWALD, Manfred, *Kausalität und Strafrecht*, *op. cit.*, p. 82.

<sup>1493</sup> Cf. MAIWALD, Manfred, *Kausalität und Strafrecht*, *op. cit.*, p. 80 e ss.

<sup>1494</sup> ROTSCHE, Thomas, «Objektive Zurechnung...», *op. cit.*, p. 386 e s., considera que uma teoria puramente normativa da imputação não serve e, da sua perspectiva, exige-se como primeiro degrau desse juízo uma ligação empírica entre a conduta e o resultado. Porém, ainda que essa relação ontológica seja necessária, é insuficiente para ajuizar da imputação jurídica do resultado a que a natureza das coisas é alheia. Neste sentido, há-de ser o sistema jurídico, através de uma teoria da imputação objectiva e da realização do risco normativamente proibido, a pronunciar-se sobre a atribuição de determinado resultado à conduta do agente. Sublinhando também que uma ligação naturalística entre o resultado e a conduta é uma condição necessária, mas insuficiente para imputação de um resultado a uma pessoa tido como obra sua, OTTO, Harro, «Die objektive Zurechnung eines Erfolges im Strafrecht», *op. cit.*, p. 96, e, do mesmo autor, «Kausaldiagnose und Erfolgzurechnung im Strafrecht», *op. cit.*, p. 94.

há-de ter por base uma conduta juridicamente desaprovada e, por outro lado, só ganha significado enquanto meio de realização do juízo de imputação normativa. Naquele primeiro sentido, a causalidade e a realização típica do nexo causal em nada contribuem para determinar se com a sua conduta o agente criou um risco desaprovado. O carácter proibido do risco há-de advir de critérios normativos e não de regras empíricas. Nenhuma teoria causal material, de natureza filosófica ou ôntica, poderá dar um critério de proibição penal da conduta. Este critério há-de encontrar-se no plano jurídico. No que se refere à segunda nota, o nexo de causalidade impõe-se como um específico critério ou instrumento adicional de concretização do risco proibido: o preenchimento deste elemento típico tem como significado normativo a realização do risco proibido num resultado igualmente proibido pelo legislador. Neste sentido, não se trata de um primeiro degrau da imputação de resultados, mas antes de um requisito adicional, traduzido numa ligação empírica da conduta a um evento material, através do qual se realiza a conexão típica entre conduta e resultado exigida pelo juízo de imputação nos crimes de resultado (material).

### **Referência conclusiva**

A causalidade é uma das categorias de primordial relevância penal. Porém, a medida dessa relevância advém dos valores e finalidades reconhecidos às normas penais pelo ordenamento jurídico. Neste sentido, o modo de concretização do juízo causal acompanhou a própria evolução dogmática da infração criminal e constitui uma das questões mais controversas na literatura penal. As principais propostas doutrinárias variaram entre modelos de pendor causalista ou naturalista, de que são exemplo as teorias da *condicio*, ou modelos normativos como a teoria da causalidade adequada ou a teoria da imputação objectiva de resultados.

Ao revisitar-se as principais teorias sobre a causalidade jurídico-penal, reuniu-se um conjunto de elementos que possibilitaram a construção e proposta de um modelo que designámos de modelo da imputação causal, válido para os delitos de resultado, que ora se resume nas suas principais conclusões.

Segundo este modelo, a causalidade jurídica insere-se na doutrina da imputação objectiva de resultados e, por sua vez, a imputação há-de referir-se a uma ideia de *atribuição de responsabilidade*. O juízo de imputação de resultados, também ele enquadrado na finalidade primária de protecção de bens jurídicos reconhecida ao direito penal, tem na sua base uma conduta potencialmente lesiva daqueles interesses reconhecidos como valiosos pela ordem jurídica. Assim, só é penalmente relevante uma conduta que cria um risco juridicamente desaprovado.

Na concretização da norma incriminadora, o legislador, cumprindo os princípios normativos que dão conteúdo às normas criminais, pode (deve) concretizar aquele juízo abstracto de perigosidade. Entre as formas possíveis de realização daquele perigo pode exigir-se a sua concretização num evento jurídico em referência aos crimes que na doutrina se designam como de perigo ou de lesão. Mas pode exigir uma conexão empírica entre a conduta e um evento material. Neste último caso, o risco proibido tem de materializar-se não apenas numa alteração da realidade jurídica mas também numa alteração da realidade empírica (*v. g.*, a morte da vítima), assim se concretizando a dimensão ontológica que reconhecemos à causalidade. Tal modificação exterior só pode imputar-se à conduta se se puder provar um nexo de causalidade, de acordo com as leis empíricas, concretizando-se por esta via o necessário diálogo, referido no capítulo anterior, entre a realização do direito e o conhecimento adquirido pela ciência.

Deste modo, a afirmação do nexo de causalidade no caso concreto exige uma dupla referência: de um lado, uma dimensão ontológica nos termos da qual uma concreta ligação causal há-de referir-se a uma lei causal geral tida como elemento necessário à prova da causalidade em tribunal; uma dimensão normativa ligada à realização do juízo de imputação nos delitos materiais. Neste segundo sentido, o nexo de causalidade constitui um elemento típico dos crimes de resultado. A sua natureza ontológica releva apenas na medida estabelecida pelo juízo normativo da imputação de resultados à conduta.

### PARTE III

#### A LEI PENAL: ENTRE VELHAS E NOVAS SOLUÇÕES

“E porquanto nunca vi  
na corte de Portugal  
feira em dia de Natal,  
ordeno ùa feira aqui  
pera todos em geral.  
Faço mercador-mor  
ao Tempo, que aqui vem;  
e assi o hei por bem.  
E não falte comprador.  
Porque o tempo tudo tem.”

Gil Vicente, *Auto da Feira*





## CAPÍTULO I

### A TUTELA PENAL DOS INTERESSES DO CONSUMIDOR NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

#### § 13. Sobre os direitos do consumidor

##### 1. O domínio do mercado e a afirmação dos direitos do consumidor

A análise empreendida na primeira parte desta dissertação deixou claro que a responsabilidade criminal pelo produto toma por cenário englobante a protecção jurídica do consumidor. Na verdade, em alguns ordenamentos jurídicos é por via das normas incriminatórias voltadas para a protecção da relação do consumo que se efectiva uma autêntica responsabilidade penal pela comercialização e distribuição de produtos perigosos para interesses fundamentais do consumidor. Deste modo, justifica-se que neste última parte se retorne ao sistema legal e se procure determinar em que medida se afirmaram os direitos do consumidor, em particular no ordenamento jurídico português, atendendo em particular à sua tutela penal. Assim, esta última parte é dedicada essencialmente à análise do ordenamento jurídico português em matéria de protecção do consumidor, com eventuais referências ao contexto jurídico externo sempre que for necessário para fundamentar ou compreender a evolução jurídica nacional.

A decisiva mudança em matéria de protecção das relações de consumo teve lugar, no plano mundial, muito por influência da desordem económica e social resultante das duas guerras mundiais e da forte crise económica iniciada nos anos 30 do século XX, bem como por via do reconhecimento da imperfeição do mercado. Perante esta nova realidade, exigia-se a intervenção do Estado, o qual assume uma nova *agenda* concretizada, tradicionalmente, na doutrina da economia e finanças

públicas, em três pilares: a função de afectação de recursos destinada a suprir as falhas de mercado, por exemplo através da produção de bens públicos e semi-públicos destinados à satisfação das necessidades colectivas<sup>1495</sup>; a função de redistribuição do rendimento e da riqueza, concretizada através da intervenção do estado ao nível económico e fiscal, por um lado, e na criação de medidas positivas de inclusão social por outro; e ainda a função de estabilização dos preços no mercado, actuando em contra-ciclo perante movimentos de inflação e deflação<sup>1496</sup>. As últimas décadas do século XX acrescentaram à agenda do Estado social uma nova função assente na protecção ambiental.

Entra em cena o Estado social, proteccionista e reivindicador de uma intervenção da ordem jurídica no plano económico e social, modificando-se a própria função reconhecida ao direito, que se torna num instrumento de reforma e de correcção tendo em vista suprir as lacunas do mercado e prosseguir determinados fins económicos e sociais. Como sublinha Silva Dias, “tal impulso vem provocar uma alteração do modo de ser do Direito, que se torna instrumento de reforma e de correcção de assimetrias económico-sociais, ganhando em volume e complexidade o que vai perdendo em estabilidade e coerência. Com efeito, à medida que vai quebrando a rigidez, a sistematicidade e a formalidade racionalistas, a matéria jurídica vai adquirindo, em seu lugar, flexibilidade, assistematicidade e materialidade. Flexibilidade para melhor se adaptar à matéria regulada, vaga e mutável por definição; assistematicidade porque, tendo a intervenção jurídica um sentido positivo, regulador, ela não só não obedece aos padrões de racionalidade como se não compadece com a pretensão de perenidade dos Códigos clássicos;

---

<sup>1495</sup> Ao contrário dos bens semi-públicos aos quais se dirige uma procura individualizada (*v. g.*, hospitais públicos, escolas públicas, tribunais) sendo possível a cobrança de um tributo como contrapartida do uso individual desse bem, os bens públicos obedecem aos princípios de inexcluibilidade e de irrealidade no consumo (*v. g.*, o serviço de defesa nacional). Essa indivisibilidade do bem impede que possa ser cobrado um preço e afasta o interesse na sua produção privada, tornando a sua provisão dependente, em termos financeiros, da receita pública e, em última instância, da cobrança de impostos. Sobre a definição e os vários critérios de distinção entre bens públicos e semi-públicos veja-se, por todos, RIBEIRO, José Joaquim Teixeira, *Lições de Finanças Públicas*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 19 e ss. e, em particular, a nota 1 da página 24. Também, SOUSA, Susana Aires de, *Os Crimes Fiscais...*, *op. cit.*, p. 254 e ss.

<sup>1496</sup> Esta seria a agenda do Estado de direito social segundo a proposta de MUSGRAVE, Richard *Theory of Public Finance*, New York: McGraw-Hill Book Company, 1959, capítulo 1, p. 3 e ss.; também MUSGRAVE, Richard e MUSGRAVE, Peggy, *Public Finance in Theory and Practice*, Singapore: McGraw-Hill International Editions, 1989, p. 6.

materialidade dado que, como Weber notou, o Direito tende a ser usado como meio através do qual o estado realiza finalidades de condução e estabilização social”<sup>1497</sup>.

Na verdade, esta modificação da natureza do direito estende-se também ao direito penal e constitui um forte impulso ao desenvolvimento do direito penal económico, onde alguns autores integram o direito penal do consumo. Assim, de forma progressiva, afirmam-se as mudanças: o Estado invade novas áreas no campo económico e social solicitando, entre outros instrumentos, os meios penais, pondo-se fim à ideia de um Estado orientado para a tutela de direitos subjectivos individuais; os (novos) bens jurídicos carentes de tutela afastam-se dos bens jurídicos clássicos, não só de uma perspectiva ontológica, uma vez que a sua dignidade penal, distanciada de uma essência axiológica e próxima de uma certa sedimentação histórica e social, se apresenta directamente influenciada por uma orientação político-económica, como também do ponto de vista do titular, uma vez que se trata de interesses distanciados de uma referência individual imediata e, nesse sentido, supra-individuais.

O direito penal económico encontra-se visceralmente ligado àquelas alterações sociais e económicas, o que lhe conferiu, irremediavelmente, um carácter instável e dinâmico, por vezes muito próximo da tutela de interesses puramente administrativos. O surgimento da figura das contra-ordenações a partir da segunda metade do século XX permitiu aliviar o direito sancionatório das sanções dirigidas à mera organização económica e social. Todavia, enquanto direito penal secundário, assente sobre a tutela de normas primárias do ordenamento de diferente natureza (societária, fiscal, económica, etc.), as dificuldades em fixar os contornos do direito penal económico permanecem<sup>1498</sup>. Em rigor, acentuam-se até nas últimas décadas do século XX, com a assunção dos novos riscos para a vida, saúde e segurança das pessoas, reconhecidos à sociedade pós-industrial contemporânea, muitos deles protegidos por um direito de prevenção ou, da perspectiva crítica de alguns autores, por um direito de precaução. Neste contexto e em último termo, através do direito

---

<sup>1497</sup> DIAS, Augusto Silva, «*Delicta in se*»..., *op. cit.*, p. 220. Também SOUSA, Susana Aires de, *Os Crimes Fiscais*, *op. cit.*, p. 195.

<sup>1498</sup> Cf. SOUSA, Susana Aires de, *Os Crimes Fiscais*..., *op. cit.*, p. 197 e ss.

sancionatório procura-se acautelar a mera possibilidade de perigo em contextos de incerteza científica.

No plano do consumo destaca-se a produção massificada, incentivada pelo estímulo à procura decorrente do desenvolvimento de uma sociedade de consumo, caracterizada por uma multiplicidade de bens oferecidos e pela emergência de novas necessidades a satisfazer. O paradigma da relação de troca individual está cada vez mais longínquo, assumindo-se o consumidor, a par do produtor, como agente principal de um circuito económico massificado, referido a um mercado cada vez mais complexo e tecnológico, caracterizado pela produção massiva de bens, por novas formas de contratação generalizada e pela proliferação da publicidade<sup>1499</sup>. Neste contexto, as figuras clássicas do direito civil e comercial tornam-se progressivamente obsoletas e o consumidor fica desprotegido perante a força do mercado. Por outro lado, como sublinha Luz Puente Aba, torna-se necessário criar formas de solução de conflitos acessíveis ao conjunto de consumidores abrangidos por uma determinada operação comercial (por exemplo, pelos vícios que apresenta um produto amplamente comercializado, passível de prejudicar um grande número de pessoas). Para tal reclama-se a necessidade de uma regulação apta à protecção do consumidor.

Os primeiros sinais da necessidade dessa protecção impõem-se no plano legislativo e político, conforme aconteceu por exemplo em Inglaterra através do “Melony report”, que em 1959 apontava a necessidade de uma instituição central para a protecção do consumidor<sup>1500</sup>, ou nos Estados Unidos, em 1962, com a “*Special Message to the Congress on Protecting the Consumer Interest*”, de J. F. Kennedy, através da qual o presidente americano propunha ao Congresso a consagração dos principais direitos do consumidor, tais como o direito à segurança ou o direito à informação<sup>1501</sup>.

As modificações no plano económico e social aceleram-se a partir da década de 70 do século XX, potenciadas pela mundialização das relações económicas e pela

---

<sup>1499</sup> Cf. PUENTE ABA, Luz María, *Delitos Económicos contra los Consumidores y Delito Publicitario*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 27.

<sup>1500</sup> Cf. MONTE, Mário, *Da Protecção Penal do Consumidor*, Coimbra: Livraria Almedina, 1996, p. 79 e nota 147.

<sup>1501</sup> Disponível em <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/index.php?pid=9108>.

chamada terceira revolução industrial<sup>1502</sup>. A globalização e a diminuição das distâncias no planeta, por um lado, e o desenvolvimento tecnológico e informático por outro, favoreceram a produção e a organização empresarial. As empresas tomam uma dimensão multinacional e expandem-se além-fronteiras, quer na sua estrutura produtiva, por vezes espalhada por diversos países, quer no mercado de colocação dos seus produtos.

O estado intervencionista, ultrapassado pela velocidade económica e social do mercado e pela força da corrente neo-liberal, transforma-se no estado regulador, demitido de uma função de produção ou de intervenção no mercado e limitado essencialmente à correcção das suas deficiências e à promoção de condições de igualdade no plano da concorrência. Assim, a função de produção é delegada essencialmente aos privados, alguns dos quais ganham enorme dimensão no plano económico. Neste contexto global, como sublinha Luz Puente Aba, os consumidores assumem uma posição ainda mais fragilizada, na medida em que actuam num mercado “onde as suas próprias preferências já não são critério orientador das decisões tomadas pelas empresas, mas antes são estas que orientam a sua política produtiva à obtenção dos máximos benefícios, conscientes de que o seu poder económico e o seu domínio de sectores concretos do mercado lhes possibilitam ditar as próprias regras que serão acatadas pelo consumidor”<sup>1503</sup>. Ora, um tal cenário apressa a necessidade de afirmação no plano jurídico, com força superior à normatividade contratual, de concretos direitos, bem como, num segundo momento, de formas efectivas da sua tutela.

Neste contexto de afirmação dos direitos do consumidor é igualmente devida uma referência ao direito europeu e comunitário<sup>1504</sup>. Deve destacar-se, logo em 1973, a Carta do Conselho da Europa sobre protecção do Consumidor<sup>1505</sup>, onde se elencam um conjunto de direitos que devem ser reconhecidos pelos Estados

---

<sup>1502</sup> De modo desenvolvido, PUENTE ABA, Luz María, *Delitos Económicos contra los Consumidores*, *op. cit.*, p. 28.

<sup>1503</sup> Cf. *Delitos Económicos contra los Consumidores...*, *op. cit.*, p. 29.

<sup>1504</sup> Sobre esta matéria, abordando em particular a política de segurança alimentar da União Europeia veja-se o estudo monográfico de OANTA, Gabriela Alexandra, *La Política de Seguridad Alimentaria en la Unión Europea*, *op. cit.*, p. 34 e ss. e p. 62 e ss.

<sup>1505</sup> Trata-se da Resolução n.º 543, de 17 de Maio de 1973, da Assembleia Consultiva do Conselho da Europa, disponível em <http://www.portolegal.com/CartaProtecConsumidor.htm>.

nacionais ao consumidor: o direito à protecção e assistência, onde se inclui o direito à protecção contra danos físicos causados por produtos perigosos; o direito de indemnização por prejuízos; o direito à informação; o direito à educação e o direito de representação e consulta.

Todavia, a consolidação de uma efectiva protecção destes direitos deve-se, em grande parte, à força impulsionadora das normas comunitárias. Em particular no âmbito da produção e comercialização de produtos defeituosos, o legislador comunitário desempenhou um papel decisivo sobretudo a partir das últimas décadas do século XX. Como salienta Foffani, em nenhum outro domínio a iniciativa e produção normativa comunitária tem sido tão intensa e constante como no âmbito da protecção do consumidor e da saúde pública<sup>1506</sup>. A protecção destes interesses era já pontualmente reconhecida pelo Tratado de Roma de 1956<sup>1507</sup> e encontra-se hoje plasmada no Título XIV (saúde pública) e Título XV (defesa dos consumidores) do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia<sup>1508</sup>, entre as finalidades principais a prosseguir pela política comunitária<sup>1509</sup>. Nos termos do artigo 114.º e 169.º daquele tratado, a União compromete-se a assegurar um elevado nível de defesa do consumidor, designadamente na sua saúde, segurança e interesses económicos. Estabelece-se ainda como fim comunitário, na segunda parte do n.º 1 do artigo 169.º, a promoção do direito à informação, à educação e à organização da

---

<sup>1506</sup> FOFFANI, Luigi, «Responsabilità per il prodotto e diritto comunitario: verso un nuovo diritto penale del rischio? Note comparatistiche sugli ordenamenti italiano e spagnolo», *La Riforma dei Reati contro la Salute Pubblica*, *op. cit.*, p. 145; também OANTA, Gabriela Alexandra, *La Política de Seguridad Alimentaria en la Unión Europea*, *op. cit.*, p. 62, acrescentando que a grande mudança em matéria de protecção do consumidor no direito comunitário se dá com a “crise das vacas loucas”, passando-se de um estado em que praticamente se ignorava o consumidor para uma “situação em que, como ocorre actualmente, estas questões se converteram no núcleo de uma verdadeira política comunitária: a Política de protecção dos consumidores”.

<sup>1507</sup> FOFFANI, Luigi, «Responsabilità per il prodotto e diritto comunitario...», *op. cit.*, p. 145.

<sup>1508</sup> O Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, resultante das modificações realizadas pelo Tratado de Lisboa, corresponde à nova designação dada ao Tratado da Comunidade Europeia, cf. CAEIRO, Pedro, *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado. O Caso Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 559, onde se pode ler as principais modificações introduzidas pelo Tratado de Lisboa no âmbito penal. Veja-se ainda, sobre estas modificações MORALES ROMERO, Marta Muñoz, *El Legislador Penal Europeo: Legitimidad y Racionalidad*, Cizur Menor: Civitas / Thomson Reuters, 2011, p. 266 e ss.

<sup>1509</sup> Sobre o desenvolvimento histórico de uma protecção dos interesses dos consumidores no âmbito da Comunidade Europeia, com referência às principais fontes normativas, veja-se OANTA, Gabriela Alexandra, *La Política de Seguridad Alimentaria en la Unión Europea*, *op. cit.*, p. 63 e ss.

defesa dos seus interesses<sup>1510</sup>. É justamente no impulso do direito comunitário que se encontra a origem de alguns institutos fundamentais adoptados pelos Estados membros, como a responsabilidade objectiva do produtor<sup>1511</sup>, a obrigação geral de segurança dos produtos<sup>1512</sup> ou a afirmação de princípios jurídicos como o princípio da precaução<sup>1513</sup>.

Assim, a ordem jurídica portuguesa, influenciada por este movimento de protecção do consumidor, evoluiu também no sentido de se conceder àqueles interesses a necessária dignidade jurídica. Deste modo, importa realçar quer a consagração constitucional dos direitos do consumidor quer a respectiva consagração legal, realizada na ordem jurídica portuguesa, à semelhança de outros ordenamentos jurídicos europeus, através da Lei de Defesa do Consumidor, primeiro em 1981, por via da Lei n.º 29/81, de 22 de Agosto, mais tarde revogada pela Lei n.º 24/96, de 31 de Julho<sup>1514</sup>.

Segue-se assim a enumeração desses direitos, de forma a descrever, num segundo momento que se liga directamente com o objecto desta investigação, a tutela penal que lhes é reconhecida pela ordem jurídica portuguesa. Deve no entanto sublinhar-se que os direitos do consumidor descritos pela lei constitucional e pela lei civil não são tomados no seu conteúdo, extensão e limites pelo direito penal. As

---

<sup>1510</sup> Como refere CAEIRO, Pedro, *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado...*, *op. cit.*, p. 560, o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia alargou, quanto ao seu objecto, as atribuições e competências da União relativas à aproximação de legislações em matéria de infracções e sanções penais, nos termos do artigo 83.º, segundo parágrafo. Assim, o Parlamento Europeu e o Conselho podem estabelecer regras mínimas (sobre este último conceito, *ibidem*, p. 123) relativas à definição das infracções penais e das sanções em domínios de criminalidade particularmente grave com dimensão transfronteiriça tipificados pelo tratado: terrorismo, tráfico de seres humanos e exploração sexual de mulheres e crianças, tráfico de droga e de armas, branqueamento de capitais, corrupção, contrafacção de meios de pagamento, criminalidade informática e criminalidade organizada. Do catálogo não fazem parte as infracções em matéria de consumo e saúde pública. Porém, o terceiro parágrafo do artigo 83.º admite o alargamento daquelas competências e atribuições a outros domínios, por decisão unânime do Conselho e desde que preenchidos os critérios exigidos no primeiro parágrafo. Assim, a inclusão da protecção penal do consumidor e da saúde pública só poderá dar-se por esta última via e desde que respeitados aqueles requisitos. Sobre o alargamento permitido por esta norma veja-se MORALES ROMERO, Marta Muñoz, *El Legislador Penal Europeo*, *op. cit.*, p. 281 e ss.

<sup>1511</sup> *Supra*, § 5, 3.

<sup>1512</sup> *Supra*, § 5, 5.

<sup>1513</sup> *Supra*, § 3, 2.

<sup>1514</sup> Sobre esta evolução no plano do ordenamento jurídico civil veja-se «Sobre o direito do consumidor em Portugal e o anteprojecto do Código do Consumidor», *in: Estudos de Direito do Consumidor 7 (2005)*, Centro de Direito do Consumo, Coimbra *op. cit.*, p. 248 e ss.

normas incriminatórias, embora em consonância com o significado civil e constitucional desses direitos, conformam-se dentro do distinto sistema valorativo jurídico-penal e, por conseguinte, atribuem aos interesses dos consumidores o significado próprio dos axiomas penais. Em particular, aqueles interesses são referidos à categoria jurídico-penal de bem jurídico. Ora, os bens jurídicos a proteger pelo direito penal só podem compreender-se no seu conteúdo e extensão sob a consideração, a montante, dos princípios estruturantes do direito penal e, a jusante, da função crítica que desempenham na análise dos elementos típicos. Assim se entende que, por um lado, nem todos os direitos reconhecidos no plano constitucional e civil ao consumidor encontrem correspondência em algum bem jurídico-penal e que, por outro lado, ainda que essa correspondência se verifique, não haja qualquer relação de idêntica sobreposição entre o conteúdo do direito e a substância do bem jurídico. Esta relação dá-se antes no plano axiológico da legitimidade e no plano da unidade da ordem jurídica considerada no seu todo, assim se excluindo a possibilidade de se atribuir relevância penal a um bem jurídico que não tenha um reflexo axiológico no plano constitucional<sup>1515</sup>.

---

<sup>1515</sup> A natureza da relação que há-de estabelecer-se entre a categoria bem jurídico-penal e o mundo dos valores constitucionais é matéria de especial complexidade que se prende, em último termo, com uma teoria da sociedade e do sistema social. Todavia, parece-nos justificada uma referência, ainda que breve, àquele que tem sido o entendimento da doutrina penal sobre o problema da congruência entre a ordem dos bens jurídico-penais e a axiologia constitucional. Num sentido favorável a um tal princípio de congruência se tem pronunciado DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal* (2007), *op. cit.*, p. 120. Este autor considera que um bem jurídico político-criminalmente tutelável só existe na medida em que se encontre reflectido num valor jurídico-constitucionalmente reconhecido e, neste sentido, num valor que pré-existe ao direito penal. O que significa que, da perspectiva deste autor há-de verificar-se entre a ordem jurídico-constitucional e a ordem jurídico-penal de bens jurídicos uma relação de mútua referência, que não é de identidade mas antes de correspondência de sentidos. Por conseguinte, os bens jurídico-penais aproximam-se de concretizações dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais e à ordenação social, política e económica. Em sentido próximo a esta construção veja-se ainda COSTA, António Manuel de Almeida, «A propósito do novo Código do Trabalho: bem jurídico e pluralidade de infracções no âmbito das contra-ordenações relativas ao “trabalho suplementar” – Subsídio para uma dogmática do direito de mera-ordenação-social-laboral», *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 1065. Uma compreensão diversa que afasta aquele princípio de congruência é seguida por COSTA, José de Faria, *O Perigo em Direito Penal...*, *op. cit.*, p. 188 e ss., que, reconhecendo uma indiscutível função sistemática e de orientação à Constituição, coloca em evidência as “curvas de diferença” entre a ordem jurídica constitucional e o direito penal. Com efeito, este autor considera não haver coincidência entre os valores protegidos pela Constituição e aqueles que o direito penal protege. Neste sentido, “o direito penal não tem de ficar adstrito ou acorrentado, de um modo positivo, à ordem de valores jurídico-constitucionalmente protegida”, rejeitando a tese de que só é legítima a



Esta relação referencial será tida como pressuposto, num segundo momento, quando efectuarmos uma análise da protecção penal do consumo no ordenamento jurídico português. Assim se estabelecem, segundo cremos, as linhas gerais necessárias ao enquadramento geral da responsabilidade criminal pelo produto e se fixa o seu fundamento legitimador no âmbito do direito à qualidade dos bens e do direito à saúde e à protecção da segurança dos consumidores.

## 2. A consagração no plano constitucional e legal

Os direitos dos consumidores são elevados actualmente, em alguns textos constitucionais, à categoria de direitos fundamentais ou de natureza equivalente, reconhecendo-se nessa sua dignidade constitucional um dos fortes contributos à materialidade da ilicitude penal das condutas criminalizadas pelo legislador ordinário.

No ordenamento jurídico-constitucional português, estes direitos são reconhecidos, como tais, no âmbito dos direitos económicos e sociais, desde 1989, no artigo 60.º, n.º 1, da Constituição<sup>1516</sup>. Pese embora a Constituição de 1976 reconhecesse como incumbência prioritária do Estado a protecção do consumidor

---

incriminação de comportamentos lesivos de bens jurídicos com relevo constitucional. Sobre esta questão problemática veja-se ainda CUNHA, Conceição, «*Constituição e Crime. Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*», Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, em particular p. 167 e ss.; também PALMA, Maria Fernanda, *Direito Constitucional Penal*, Coimbra: Livraria Almedina, 2006, p. 116 e ss. Em particular quanto à consagração do princípio de congruência ou de analogia substancial entre a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos protegidos pelo direito penal veja-se ANTUNES, Maria João, «A constituição e os princípios penais», XIII Conferência Trilateral Itália, Espanha, Portugal (Relatório português), 2011 (disponível em [http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/content/files/conferencias/ctri\\_13\\_2011\\_madrid.pdf](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/content/files/conferencias/ctri_13_2011_madrid.pdf)) e DIAS, Jorge de Figueiredo, «O "Direito Penal do Bem Jurídico" como princípio constitucional», *XXV Anos de Jurisprudência Penal Portuguesa*, Colóquio Comemorativo do XXV Aniversário do Tribunal Constitucional, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 33 e ss.

<sup>1516</sup> Dispõe este artigo que “Os consumidores têm direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à protecção da saúde, da segurança, e dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos”. Assim, o legislador constitucional conferiu aos interesses dos consumidores uma natureza subjectiva que vai para além da mera tarefa estadual ou do propósito de política comunitária, estabelecido pelo Título XV do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Em sentido crítico à opção constitucional de elevar aqueles interesses a direitos subjectivos fundamentais, considerando suficiente a imposição constitucional de uma tarefa estadual de protecção do consumidor, *vide* ANDRADE, José Carlos Vieira de, «Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976», *Estudos de Direito do Consumidor 5 (2003)*, Centro de Direito do Consumo, Coimbra, p. 159.

(artigo 81.º, alínea *m*), não concedia aos seus interesses a natureza subjectiva de um direito, enquadrando-a antes entre objectivos a concretizar no âmbito da organização económica do Estado<sup>1517</sup>. O fundamento económico daqueles interesses transita para a versão do texto constitucional revista em 1982 (artigo 81.º, alínea *j*). Desta forma concede-se alguma autonomia ao estatuto do consumidor, reconhecendo-se, no artigo 110.º, a necessidade da sua protecção. Seria, no entanto, a revisão constitucional de 1989 a reconhecer a alguns dos direitos dos consumidores, de forma definitiva, uma densidade subjectiva máxima, com a sua consagração entre os direitos económicos e sociais<sup>1518</sup>.

Gomes Canotilho e Vital Moreira reconhecem a estes interesses a natureza de direitos fundamentais equiparáveis a direitos, liberdades e garantias<sup>1519</sup>. Também Viera de Andrade, pronunciando-se sobre o sentido dos direitos dos consumidores enquanto direitos fundamentais, os enquadra entre os direitos de terceira geração: direitos económicos e sociais<sup>1520</sup>. A justificação para a consagração constitucional assenta em grande medida na necessidade de “proteger as pessoas enquanto consumidores de bens e serviços no contexto das relações económicas, tendo em conta as condições de *produção, distribuição e consumo em massa* típicas das sociedades actuais”<sup>1521</sup>.

---

<sup>1517</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de, «Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais...», *op. cit.*, p. 139, entende que esta norma consagrava um dever estadual de protecção do consumidor que se manteve, “com pequenas alterações, até à revisão de 1997, quando se passou a consignar como incumbência prioritária do Estado ‘garantir a defesa dos interesses e os direitos dos consumidores’ ”.

<sup>1518</sup> O texto do artigo 60.º seria ainda revisto pela Lei Constitucional n.º 1/97, que alargou o direito de participação das associações dos consumidores e cooperativas de consumo, reconhecendo-lhes legitimidade processual para a defesa dos seus associados ou de interesses colectivos ou difusos. Quanto a esta modificação e à origem do texto actual veja-se CANOTILHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 778 e 785 e s. Também, DIAS, Augusto Silva, «Entre “comes e bebes”: debate de algumas questões polémicas no âmbito da protecção jurídico-penal do consumidor» *in: Direito Penal Económico e Doutrinário: Textos Doutrinários*, Vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 538 (estudo originariamente publicado na *RPCC 8 (1998)*, p. 515-592 e *9 (1999)*, p. 45-83), e ANDRADE, José Carlos Vieira de, «Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais...», *op. cit.*, p. 140.

<sup>1519</sup> Cf. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, *op. cit.*, p. 782.

<sup>1520</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de, «Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais...», *op. cit.*, p. 142.

<sup>1521</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de, «Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais...», *op. cit.*, p. 142.

Importa, em seguida, atender aos direitos fundamentais do consumidor em especial, cujo conteúdo principal se expõe, seguindo-se de perto a anotação de Gomes Canotilho e Vital Moreira ao artigo 60.º da Constituição e acrescentando-se a respectiva concretização de cada um daqueles direitos, no plano da lei civil de defesa dos consumidores (Lei n.º 24/96, de 31 de Julho), enquanto um dos meios principais de concretização do dever de legislar, imposto pela natureza constitucional daqueles direitos<sup>1522</sup>. Em causa estão o direito à qualidade de bens e serviços consumidos, o direito à formação e informação, o direito à protecção da saúde, o direito à protecção da segurança, o direito à protecção dos interesses económicos dos consumidores e, por último, o direito à reparação dos danos.

O *direito à qualidade de bens e serviços consumidos* refere-se à adequação dos bens e serviços à satisfação das necessidades a que se destinam, desde logo, pela ausência de defeitos de funcionamento ou pela não adulteração ou deterioração das suas características. Não se trata de um direito à máxima qualidade ou a uma qualidade elevada, desde logo porque o consumidor tem a possibilidade de escolher um produto de menor qualidade a que corresponde, por exemplo, um preço menor. Acrescente-se que o que decorre deste direito é que o produto sirva o fim a que se destina, cumprindo as expectativas criadas no consumidor por via da concretização do direito que tem a ser informado sobre aquele produto. Este direito é concretizado no artigo 4.º da Lei n.º 24/96.

Por sua vez, o *direito à formação e informação* do consumidor, cuja importância é sublinhada nas situações de “assimetria de informação” entre produtor e consumidor, desdobra-se numa dupla vertente e implica quer a adopção de medidas públicas ou privadas tendentes a assegurar a formação e educação do consumidor, quer a “informação completa e leal sobre os produtos oferecidos, capaz de possibilitar uma decisão liberal, consciente e responsável (sobre as características essenciais dos bens e serviços fornecidos; sobre a natureza, qualidade, composição,

---

<sup>1522</sup> A referência ao plano legal justifica-se por ser este o meio por excelência de concretização dos direitos sociais em causa. Como sublinha ANDRADE, José Carlos Vieira de, «Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais...», *op. cit.*, p. 148, a generalidade dos direitos económicos, sociais e culturais “têm como conteúdo principal o direito a prestações materiais ou jurídicas por parte do Estado e, por isso, estão sujeitos a uma concretização jurídico-política pelo legislador”.

quantidade, durabilidade, origem, proveniência, modo de fabrico e ingredientes utilizados no fabrico; sobre o preço dos produtos; sobre a eficiência energética; sobre o modo de funcionamento e utilização dos produtos)”<sup>1523</sup>. O direito à formação e educação tem consagração legal no artigo 6.º da Lei n.º 24/96. Por sua vez, a mesma lei distingue entre o direito à informação em geral do consumidor, a cargo de entes públicos e das associações de consumidores, (artigo 7.º) e um direito à informação em particular, a cargo do fornecedor, produtor, fabricante, importador, distribuidor, embalador ou armazenista do bem ou serviço a prestar.

O *direito à protecção da saúde*, aponta, segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira, para a especial tutela da saúde do consumidor através da regulação especial referente a determinados produtos, como os alimentos, medicamentos e cosméticos, mas também, enquanto direito geral relativo a todos os produtos e serviços, podendo implicar a proibição de comercialização ou a advertência específica aos perigos que importa (como, por exemplo, o caso do tabaco ou das bebidas alcoólicas)<sup>1524</sup>. Este direito encontra reflexo legal no artigo 5.º da Lei n.º 24/96, que proíbe o fornecimento de bens ou a prestação de serviços que, em condições de uso normal ou previsível, impliquem riscos incompatíveis com a sua utilização, não aceitáveis de acordo com um nível elevado de protecção da saúde e da segurança física das pessoas.

Uma especial importância no âmbito da produção e comercialização de bens cabe ao *direito à protecção da segurança* do consumidor, designadamente no fabrico dos bens e na prevenção dos seus defeitos. Em causa estão os riscos para a integridade física e para a vida pelo uso normal ou previsível dos bens. “A protecção da segurança pode passar pela proibição de certos produtos, pela obrigatoriedade de certas normas de fabrico, pela certificação de segurança obrigatória, pela informação específica sobre as características de segurança, etc.”<sup>1525</sup>. Este direito merece consagração legal no artigo 5.º da Lei n.º 24/96.

---

<sup>1523</sup> Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, op. cit., p. 781.

<sup>1524</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, op. cit., p. 782.

<sup>1525</sup> Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, op. cit., p. 781.

O *direito à protecção dos interesses económicos* dos consumidores fundamenta-se numa ideia de igualdade material entre os intervenientes na contratação, que deve pautar-se, tanto na sua fase preliminar como na sua execução, pelos princípios da lealdade e da boa-fé. Estes princípios implicam a protecção contra eventuais abusos resultantes de contratos-tipo previamente formulados, métodos agressivos de venda, cláusulas contratuais abusivas ou ininteligíveis, ou ainda, no domínio financeiro, de créditos ao consumo. Este direito encontra consagração expressa no artigo 9.º da Lei n.º 24/96. Ainda no plano constitucional, Gomes Canotilho e Vital Moreira alargam o âmbito de aplicação deste direito para além da concreta relação de consumo e situam-no também no plano do mercado, designadamente no âmbito da defesa da concorrência. Entendem estes autores que, “numa economia de mercado, um dos principais instrumentos de defesa dos interesses económicos dos consumidores são as instituições de defesa da concorrência, sancionando designadamente as práticas restritivas da concorrência e os abusos de posição dominante. De facto, as principais vítimas da violação das regras da concorrência são os consumidores, através de preços mais altos, limitação de liberdade de escolha, etc.”

Por último, o *direito à reparação dos danos* impõe o ressarcimento pelo prejuízo causado pelo fornecimento de bens ou serviços defeituosos e pela violação, em geral, dos direitos do consumidor. No plano legal, está previsto no artigo 12.º da Lei n.º 24/96.

Entre as condições de legitimação de uma responsabilidade criminal pelo produto conta-se o reconhecimento constitucional dos interesses do consumidor, enquanto elemento de auxílio na concretização da ilicitude material da conduta. Tal contributo advém em particular do direito do consumidor à qualidade de bens e serviços, bem como do direito à protecção da sua saúde e segurança pelo uso de bens perigosos ou defeituosos. Importa, pois, atender de seguida ao modo como o legislador ordinário, no exercício fragmentário do seu poder legal, concretizou em bens jurídicos merecedores de tutela penal alguns dos valores constitucionalmente protegidos.

## § 14. Sobre a protecção penal do consumo

A tutela penal dos direitos dos consumidores não pode assumir-se como exaustiva ou sequer como extensiva a todas as suas dimensões constitucionais em nome de princípios estruturantes do sistema penal, como o princípio da *ultima ratio*, o princípio da ofensividade e da danosidade social, o princípio da culpa e, por fim, o princípio da proporcionalidade entre as restrições aos direitos fundamentais (decorrentes da aplicação de sanções criminais) e a salvaguarda de bens jurídicos.

A protecção penal é, neste contexto, duplamente fragmentária: em primeiro lugar, pese embora a materialidade e valor reconhecido àqueles interesses, a sua protecção pode realizar-se fora do sistema penal, pressuposta a suficiência de sanções jurídicas de outra natureza; em segundo lugar, ainda que um daqueles interesses assumam definitiva dignidade penal, a amplitude dessa protecção é também fragmentária, isto é, a tutela penal daquele direito ou interesse não tem de abarcar todas as dimensões e projecções em que ele se concretiza. Deste modo, a tutela penal daqueles bens jurídicos há medir-se em proporcionalidade com o “mal” da pena ou, por outras palavras, com a restrição aos direitos que resulta do seu cumprimento.

Assim, neste cenário de limitações e garantias impostas ao direito penal, vislumbra-se como essencial o contributo do ilícito administrativo e da contra-ordenação<sup>1526</sup>, de modo a reservar a intervenção penal aos ataques mais graves aos interesses dos consumidores.

---

<sup>1526</sup> Referindo-se em concreto às linhas de reforma do direito penal de consumo na ordem jurídica portuguesa, Augusto Silva Dias, autor das normas penais inscritas no Anteprojecto do Código do Consumo de 2006, considera fundamental uma revisão das normas sancionatórias em vigor nesta matéria, vinculando a intervenção penal a uma efectiva danosidade social. Defende este autor que “o princípio da ofensividade decorrente da exigência de proporcionalidade na restrição dos direitos fundamentais do art. 18.º, n.º 2, da CRP, impõe a indagação e consequente densificação nos tipos incriminadores dos nódulos de ofensa ou afectação de bens jurídicos, mercedores de relevância penal. Consequência disto é a despenalização de infracções vigentes em cujo ilícito típico não é descortinável uma manifestação de ofensividade”. Silva Dias continua apontando como exemplo de clara ausência de dignidade penal o crime de abate clandestino, tal como está desenhado no artigo 22.º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, convertido em contra-ordenação naquele Anteprojecto, cf. «Linhas gerais do regime jurídico dos crimes contra os interesses dos

Por conseguinte, em cumprimento do propósito de descrever em traços gerais a tutela penal do consumidor no quadro da ordem jurídica portuguesa, toma-se como ponto de partida a definição de direito penal do consumo, que tem vindo a ser apresentado pela doutrina como o conjunto de incriminações que tutelam o consumidor ou as relações de consumo. Em alguns ordenamentos jurídicos é fácil encontrar um conjunto de disposições criminais específicas, em regra inseridas no âmbito do direito penal económico, que sancionam condutas atentatórias dos interesses dos consumidores. Neste sentido estrito, o direito penal do consumo é constituído pelos delitos económicos que visam proteger os interesses pessoais e patrimoniais dos consumidores, e de que constituem exemplos, no ordenamento jurídico português, a adulteração ou corrupção de substâncias medicinais e alimentares e a fraude nas mercadorias. Estes exemplos são demonstrativos da opção seguida pela lei penal portuguesa no âmbito da qual as normas incriminatórias principais que se referem especificamente à tutela do consumidor estão essencialmente repartidas pelo Código Penal e pelo Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro.

Por esta via, chega-se a uma das questões que tem dividido os ordenamentos jurídicos e que se refere à localização sistemática do direito penal do consumo: no Código Penal, em legislação avulsa ou numa codificação da regulamentação do consumo com um título ou secção relativos às infracções nessa matéria<sup>1527</sup>.

A questão da autonomização destas incriminações num diploma específico e próprio<sup>1528</sup> tem merecido diversas respostas da perspectiva do direito

---

consumidores no anteprojecto de Código do Consumidor», *in: Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. III, p. 564.

<sup>1527</sup> A codificação constitui uma questão em aberto na ordem jurídica portuguesa com a publicação e colocação à apreciação pública, já em 2006, do Anteprojecto do Código do Consumidor, apresentado pela “Comissão para a Reforma do Direito do Consumo e do Código do Consumidor”, presidida por António Pinto Monteiro, sem que, passados mais de quatro anos, se tenha evoluído nesse sentido. Com mais pormenor sobre o trabalho desta Comissão veja-se *Código do Consumidor – Anteprojecto*, Ministério da Economia e Inovação, 2006; também MONTEIRO, António Pinto, «O Anteprojecto do Código do Consumidor», *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 135.º (2006), n.º 3937, p. 190 -196; do mesmo autor, «Sobre o direito do consumidor em Portugal...», *op. cit.*, p. 252 e ss.

<sup>1528</sup> A opção por uma autonomização destas infracções é independente da opção por uma codificação ou não, uma vez que, como sublinha DIAS, Augusto Silva, «Linhas gerais do regime jurídico dos crimes contra os interesses dos consumidores...», *op. cit.*, p. 558, “podemos concordar com a existência de um Código do Consumidor e deixar de fora quer os crimes quer as contra-

comparado<sup>1529</sup>: no direito brasileiro e italiano integram um conjunto de infracções no Código do Consumidor; no direito alemão a tutela penal do consumidor encontra-se repartida entre as incriminações comuns e as infracções previstas em legislação avulsa de que constitui exemplo o *Lebensmittel-, Bedarfsgegenstände- und Futtermittelgesetzbuch*; no direito penal espanhol as infracções contra o consumidor têm a sua sede própria no Código Penal.

Como já se referiu, no âmbito do ordenamento jurídico português, as normas criminais que protegem o consumidor não mereceram autonomia legal e por isso não se encontram, como tal, reunidas num único diploma, mas antes dispersas por várias fontes normativas, desde logo, no Código Penal (*v. g.*, artigo 282.º) e no Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro (com especial relevância, neste contexto, para os artigos 22.º a 25.º), enquanto diploma genérico sobre as infracções contra a economia e contra a saúde pública.

Todavia, deve acrescentar-se que a tutela penal do consumidor pode ser feita também através de normas nucleares do direito penal clássico como o homicídio ou as ofensas à integridade física ou mesmo, no âmbito patrimonial, através dos tipos legais de burla e de usura. Nos casos paradigmáticos de responsabilidade pelo produto, alguns dos quais descritos nas considerações introdutórias desta dissertação, as normas convocadas foram, com frequência, normas de direito penal comum, em particular os delitos de homicídio e de ofensas corporais. É justamente quanto a estas incriminações, dada a sua natureza de crimes materiais ou de resultado, que se colocam de forma mais evidente os problemas de causalidade apresentados e desenvolvidos, respectivamente, na primeira e segunda partes deste trabalho.

Assim, há delitos de direito penal clássico que integram e completam a tutela do consumidor, agora entendido como vítima individual do crime de homicídio, de ofensas à integridade física ou de um crime patrimonial.

---

ordenações, e ao invés, podemos discordar da existência de tal diploma, sem que isto signifique rejeitar a criação de incriminações e de contra-ordenações nesta área”.

<sup>1529</sup> Cf. DIAS, Augusto Silva, «Linhas gerais do regime jurídico dos crimes contra os interesses dos consumidores no anteprojecto de Código do Consumidor», *in: Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. III, p. 559.



## 1. Breve evolução histórica

A figura abstracta do consumidor, bem como a criação de normas jurídicas destinadas à sua protecção, é fruto das modificações económicas e sociais sentidas pelo século XX, confirmando-se a sujeição da ordem jurídica à progressiva transformação social e económica, patente no recuo do liberalismo e no domínio do mercado<sup>1530</sup>. Não obstante a inclusão no sistema jurídico de formas indirectas de protecção do consumidor (por exemplo, através de regras destinadas à contenção da concorrência desleal, da especulação e do açambarcamento de bens)<sup>1531</sup>, é a partir da segunda metade do século XX que se acentua de modo decisivo uma efectiva consciência da necessidade autónoma dessa tutela, muito por força do surgimento de estruturas representativas de um consumo massificado e anónimo, por um lado, e da configuração do consumidor pelo mercado como um autêntico agente económico, por outro<sup>1532</sup>.

Com efeito, o início do século XX é ainda influenciado por uma concepção liberal da economia assente na crença de que a melhor protecção das partes intervenientes num contrato seria conseguida pelo pleno exercício da sua liberdade e autonomia da vontade expressa na celebração do negócio. Neste sentido a intervenção do Estado limitava-se a garantir a liberdade de contratação e a propriedade privada. Ora, “tendo em conta o carácter de *ultima ratio* do direito penal, o qual só pode intervir perante a ineficácia dos demais sectores do ordenamento jurídico, obtemos claramente a seguinte consequência: se não se considerava

---

<sup>1530</sup> Como refere ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Os Direitos dos Consumidores*, Coimbra: Livraria Almedina, 1982, p. 11, “As ordens jurídicas dispõem duma coerência interna que tende a conformar-se com os valores sociais dominantes, expressando portanto o sistema económico dominante”. O sistema de mercado do século XIX é expressão de uma ideologia liberalista, assente no mercado de concorrência e na abstenção do Estado da actividade económica. Este paradigma entra definitivamente em crise com a progressiva afirmação, ao longo do século XX, de um estado de direito social e economicamente interventivo.

<sup>1531</sup> Já o direito romano concedia protecção ao adquirente enganado sobre as qualidades do produto, cf. SILVA, João Calvão da *A Responsabilidade Civil do Produtor...*, *op. cit.*, p. 28, nota 1. Na época de Justiniano, o vendedor era mesmo obrigado a ressarcir o comprador, ainda que desconhecesse os vícios da coisa vendida, cf. MONTE, Mário Ferreira, *Da Protecção Penal do Consumidor*, *op. cit.*, p. 70, nota 112.

<sup>1532</sup> Sobre as principais linhas de evolução dos fenómenos associados ao consumo e a sua repercussão na legislação e jurisprudência civil europeias veja-se ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Os Direitos dos Consumidores*, *op. cit.*, p. 29 e ss.

necessário nenhum tipo de protecção específica dos consumidores por parte de qualquer norma civil, comercial ou administrativa, muito menos poderia intervir o direito penal como forma de tutela”<sup>1533</sup>.

A própria legislação penal, inspirada pelos valores liberais, tomava como objecto de protecção primário os direitos individuais como a vida, a saúde, a propriedade e o património. Neste sentido, os interesses dos consumidores seriam tutelados na medida em que o pudessem ser por via da protecção daqueles direitos individuais<sup>1534</sup>.

Se a protecção dos direitos do consumidor se afirmou, no plano do direito civil e do direito europeu, como característica essencial da segunda metade do século XX, já no âmbito do direito penal, desde logo pela sua natureza punitiva e pelos princípios em que se fundamenta, as modificações legislativas seguiram um ritmo substancialmente mais lento. O sistema jurídico-penal português, que ora nos importa considerar, não constituiu excepção a esta observação. Atente-se, pois, de mais perto, à evolução da tutela penal dos interesses dos consumidores em Portugal.

### 1.1 Ao tempo das Ordenações

Querendo aprofundar-se um pouco mais o estudo da protecção penal das relações de consumo na ordem jurídica portuguesa, é necessário retroceder ao tempo das Ordenações, marcado pelo cunho pessoal ou individual das trocas comerciais, mas onde já se evidencia a tutela patrimonial do consumidor – em bom rigor, ao invés de consumidor mostra-se como mais adequada ao sentir do tempo a figura do “comprador”.

À época das Ordenações Manuelinas, o título LXXXVII do livro V<sup>1535</sup> previa a pena de morte para a adulteração do pão que causasse dano superior a dez mil reaes e, sendo o prejuízo inferior, a pena a aplicar consistia no degredo perpétuo para S. Tomé. Também a falsificação da cera ou de outra mercadoria era punida, no

---

<sup>1533</sup> PUENTE ABA, Luz María, *Delitos Económicos contra los Consumidores*, *op. cit.*, p. 74-75.

<sup>1534</sup> Cf. MONTE, Mário Ferreira, *Da Protecção Penal do Consumidor*, *op. cit.*, p. 77.

<sup>1535</sup> Este título tinha por epígrafe “Da pena que aueram os Barqueiros, e Almocreues e quaesquer outras pessoas, que molham o pam que trazem, ou lhe lançam terra, e do que falsa a cera”. As Ordenações Manuelinas podem ser consultadas em <http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/>

mesmo Título, com a morte se a falsidade valesse um marco de prata ou, sendo de valor inferior, com o degredo para S. Tomé.

As Ordenações Filipinas autonomizaram, por sua vez, a falsificação de mercadorias no Título LVII. A sanção capital mantinha-se mas, se o dano fosse inferior a um marco de prata, a pena era o degredo para o Brasil<sup>1536</sup>. No Título seguinte (LVIII), punia-se também com a morte aquele que usasse medidas ou pesos falsos, se a falsidade valesse um marco de prata, ou com o degredo para o Brasil se o prejuízo fosse de valor inferior<sup>1537</sup>. De facto, de acordo com Cristina Líbano Monteiro, o controlo da autenticidade dos pesos e das medidas era já prática corrente no período medieval<sup>1538</sup>. Sendo esta uma das práticas que causava maior preocupação no comércio dos bens, compreende-se que a incriminação tenha perdurado no tempo transitando posteriormente para o artigo 456.º, n.º 3, do Código Penal de 1852, e para o artigo de numeração igual do Código Penal de 1886, no Título V, entre os crimes contra a propriedade<sup>1539</sup>.

As Ordenações Filipinas manter-se-iam em vigor, em conjunto com leis criminais avulsas, até à codificação trazida pelo Código de 1852. Todavia, a desintegração das incriminações conduziria a doutrina penalista do início do século XIX a um esforço de racionalização sistemática, de que constitui claro exemplo, em 1803, a obra de Pereira e Sousa, *Classes dos crimes por ordem systemática com as penas correspondentes segundo a legislação actual*<sup>1540</sup>. Na “espécie” de *Crimes contra o Commercio*

---

<sup>1536</sup> O Título LVII tinha por epígrafe “Dos que falsificão mercadorias” e dispunha do seguinte modo: “Se alguma pessoa falsificar alguma mercadoria, assi como cêra, ou outra qualquer, se a falsidade, que nella fizer, valer hum marco de prata, morra por isso. Porém não contratando a dita mercadoria, a execução se não fará, sem nol-o fazerem saber. E se for de valia de hum marco para baixo, seja degredado para sempre para o Brazil”.

<sup>1537</sup> Com a epígrafe “Dos que medem, ou pesão com medidas, ou pezos falsos”, o corpo deste Título estabelecia que “Toda a pessoa, que medir, ou pesar com medidas, ou pezos falsos, se a falsidade, que nisso fizer, valer hum marco de prata, morra por isso. E se for de valia menos do dito marco, seja degredado para sempre para o Brazil”.

<sup>1538</sup> Cf. MONTEIRO, Cristina Líbano, «Artigo 270.º», *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II, Coimbra Editora, 1999, p. 845.

<sup>1539</sup> Sobre o conteúdo desta norma veja-se a nota 1550.

<sup>1540</sup> O autor propõe uma ordenação sistemática da legislação criminal em vigor, baseada em critérios racionais, designadamente nos interesses (genéricos) protegidos pelas diversas classes de crimes. Embora por vezes se reúna na mesma classe incriminações muito diferentes entre si, é de sublinhar o esforço de uma compilação racional assente no interesse protegido, ainda antes de se afirmar de modo definitivo na doutrina a categoria de bem jurídico-criminal. A arrumação proposta pelo autor segue uma divisão em “Taboas” (geral e particulares). Por sua vez, as “Taboas particulares”

*Público*, o autor reúne as incriminações previstas quer nas Ordenações quer em leis avulsas, segundo uma divisão comentada em cinco tipos: “Contrabandos”; “Travessia. Monopólio”; “Medidas falsas”; “Mercadorias corruptas, ou venenosas” e “Cortar carne fora do açougue”. Interessante notar que, muito embora o uso de pesos e medidas falsas se apresente com os contornos fixados pelas Ordenações, o autor inclui, sob o número das *Mercadorias corruptas e venenosas*, novas e diversas condutas, muito por força da abundante legislação conexas entretanto publicada<sup>1541</sup>, que compreende desde a adulteração de bens alimentares, à falsificação do valor patrimonial das mercadorias, até à posse de substâncias venenosas<sup>1542</sup>. Em comentário a este número, Pereira e Sousa qualifica genericamente as condutas aí previstas em dois tipos: actos de alteração de mercadorias em abuso à confiança pública e actos de alteração de bens comestíveis, ainda mais repreensíveis pôr colocarem em causa a saúde dos cidadãos<sup>1543</sup>. Desta forma, como bem nota Silva Dias, aquele autor defende já uma divisão das infracções penais na área do consumo em duas espécies principais, a qual viria a ser consagrada cinco décadas mais tarde no Código Penal de 1852: a alteração de mercadorias com intenção de enganar outrem e a corrupção de bens alimentares<sup>1544</sup>.

## 1.2 Os Códigos Penais de 1852 e 1886

Ainda que de forma muito tímida, a tutela penal do consumo por via da protecção da saúde do consumidor encontra alguma codificação e,

---

concretizam-se em “Género”, “Classe” e “Espécie”. Sobre o significado desta obra, centrada no conteúdo do ilícito e do interesse protegido, veja-se PALMA, Maria Fernanda, «Do sentido histórico do ensino do direito penal na universidade portuguesa à actual questão metodológica», *RPCC 9 (1999)*, p. 356.

<sup>1541</sup> Sobre os Alvarás e Editais publicados veja-se JORDÃO, Levy Maria, *Commentario ao Codigo Penal Portuguez*, Tomo IV, Lisboa: Tipografia de José Baptista Morando, 1854, p. 322.

<sup>1542</sup> Cf. *Classe dos Crimes...*, *op. cit.*, p. 187 e ss. Como salienta DIAS, Augusto Silva, «Entre”comes e bebes”...», *op. cit.*, p. 532, nota 139, aí se incluem incriminações genéricas, como a falsificação de alguma mercadoria ou os atentados contra a saúde pública, e delitos de natureza mais concreta, como molhar o pão ou misturá-lo com terra, deitar água nas pipas de vinho do Douro, misturar no vinho “folhelho, pão campeche, ou caparrosa”.

<sup>1543</sup> Cf. SOUSA, Joaquim José Caetano Pereira e, *Classes dos crimes por ordem systemática com as penas correspondentes segundo a legislação actual*, Lisboa: Regia Officina Typografica, 1803, p. 190 (disponível em <http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/986.pdf>).

<sup>1544</sup> «Entre “comes e bebes”...», *op. cit.*, p. 532, nota 139.

consequentemente, alguma ordenação sistemática em normas que integram os crimes contra a saúde pública previstas nos códigos de 1852 e de 1886.

O primeiro daqueles diplomas<sup>1545</sup> punia com prisão de dois meses a dois anos, no artigo 251.º, tanto a alteração de géneros destinados ao consumo público como ao consumo de alguma ou algumas pessoas de forma a que se tornassem nocivos à saúde, como o fabrico e venda de objectos cujo uso fosse necessariamente nocivo à saúde<sup>1546</sup>.

No âmbito específico da responsabilidade pelo produto, não pode deixar de assinalar-se a previsão expressa, no artigo 249.º, da responsabilidade criminal do boticário que “vender, ou subministrar medicamentos deteriorados”<sup>1547</sup>. Na medida em que se prescindia, no âmbito da descrição típica deste preceito, de qualquer carácter lesivo, nocivo ou sequer perigoso, em concreto, da vida ou saúde individual, apressa-se a conclusão de que, no âmbito desta norma, é dado ao conceito de saúde pública a natureza de um interesse colectivo ou supra-individual, coincidente com a tutela antecipada da saúde humana “como conjunto de condições de vida da comunidade que asseguram e protegem a saúde da pluralidade dos seus membros enquanto soma das saúdes individuais”<sup>1548</sup>. Porém, o conceito de saúde pública

---

<sup>1545</sup> O Código Penal de 1852 está disponível *online*, em *fac-simile*, na página da Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, em <http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1829.pdf>.

<sup>1546</sup> Dispõe o artigo 251.º: “Aquelle, que de qualquer modo alterar generos destinados ao consummo público, de forma a que se tornem nocivos á saúde, e os expozer á venda assim alterados; e bem assim aquele, que do mesmo modo alterar géneros destinados ao consummo de alguma, ou algumas pessoas; ou que vender géneros corruptos, ou fabricar, ou vender objectos, cujo uso seja necessariamente nocivo á saúde, será punido com prisão de dois mezes a dois annos, e multa correspondente; sem prejuízo da pena maior, se houver logar”. A conduta daquele que “vender, ou expozer à venda, ou subministrar substancias venenosas, ou abortivas” integra ainda a secção dos crimes contra a Saúde Pública, nos termos do artigo 248.º que inicia esta secção. Estas normas conhecem idêntico conteúdo nos artigos com a mesma numeração do Código Penal de 1886.

<sup>1547</sup> Dispõe o artigo 249.º que “será punido com prisão de tres mezes até três annos, e multa correspondente, o boticario que, vendendo, ou subministrando qualquer medicamento, substituir, ou de qualquer modo alterar o que se achar prescripto na receita competentemente assignada; ou vender, ou subministrar medicamentos deteriorados”. Segundo JORDÃO, Levy Maria, *Commentario...*, *op. cit.*, Vol. 3., p. 16, a punição devia ocorrer ainda que o boticário actuasse sem intenção de causar mal. Ao actuar com tal propósito, o agente cometeria não este delito mas antes o crime de envenenamento.

<sup>1548</sup> Num dos três sentidos possíveis apontados à noção de saúde pública por DIAS, Augusto Silva, «Entre “comes e bebes”...», *op. cit.*, p. 486; também, do mesmo autor, *Protecção Jurídico-Penal de Interesses dos Consumidores*, *op. cit.*, p. 87.

aparece ainda, no âmbito daquele diploma, em outras duas dimensões que lhe são atribuídas pela doutrina<sup>1549</sup>: como “a soma das saúdes individuais”, no artigo 251.º, ao punir-se a conduta daquele que “de qualquer modo alterar generos destinados ao consumo público, de forma a que se tornem nocivos á saúde, e os expozer á venda assim alterados” ou ainda, no seu terceiro sentido, enquanto conjunto de regras sanitárias ou de higiene social, no § 2 daquele mesmo artigo, em que se prevê a punição daquele que “esconder ou subtrahir, ou vender, ou comprar effeitos destinados a serem destruídos, ou desinfectados”.

Acrescente-se ainda, a título de complemento à tutela do consumidor, na sua dimensão patrimonial, a referência ao artigo 456.º que, inserido nos crimes contra a propriedade, incriminava a fraude nas vendas<sup>1550</sup>. Nos números 1 e 2, puniam-se as condutas daquele que enganasse o comprador sobre a natureza da coisa vendida, bem como a venda de mercadoria falsificada, ou de “géneros alterados com alguma substância, *pôsto que não nociva à saúde*<sup>1551</sup>, para aumentar o peso ou volume”. Esta cláusula deixa claro que a protecção penal do consumidor vai para além da tutela de

---

<sup>1549</sup> Sobre as dificuldades na determinação do conceito de saúde pública, *supra*, § 7, 1.5, *b*).

<sup>1550</sup> O Artigo 456.º do Código Penal de 1852 estabelecia que “será punido com um mez a um anno de prisão e multa correspondente:

1. O que enganar o comprador sobre a natureza da cousa vendida;
2. O que enganar o comprador vendendo-lhe mercadoria falsificada, ou generos alterados com alguma substancia, posto que não nociva à saúde, para augmentar o peso, ou o volume;
3. O que, usando de pesos falsos ou medidas falsas, enganar o comprador.(...)”.

Esta norma é semelhante no seu corpo normativo ao artigo 456.º do Código Penal de 1886 (disponível em <http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1866.pdf>):

“Será punido com um mês a um ano de prisão e multa correspondente:

- 1.º O que enganar o comprador sôbre a natureza da coisa vendida;
- 2.º O que enganar o comprador, vendendo-lhe mercadoria falsificada, ou géneros alterados com alguma substância, pôsto que não nociva à saude, para aumentar o peso ou volume;
- 3.º O que, usando de pesos falsos ou medidas falsas, enganar o comprador.

§ 1.º Se fôr ourives de ouro ou de prata, que cometa a falsificação, metendo nas obras que fizer para vender alguma liga que por a lei, bondade e valia do oiro ou prata seja alterada, ou engastando ou pondo pedra falsa ou contrafeita, ou que engane o comprador sôbre o pêso ou toque de ouro ou prata, ou sôbre a qualidade de alguma pedra, a pena será a prisão de três meses a dois anos e multa correspondente.

§ 2.º A simples detenção de falsos pesos ou de falsas medidas nos armazens, fábricas, casas de comércio ou em qualquer lugar em que as mercadorias estão expostas à venda, será punida com a multa de 1\$000 réis a 5\$000 réis.

§ 3.º Consideram-se como falsos os pesos e medidas que a lei não autorisa.

§ 4.º Os objectos do crime, se pertencerem ainda ao vendedor, serão perdidos a favor do Estado, e bem assim serão perdidos e inutilizados os pesos e medidas falsas.”

Esta norma transitaria sem alterações para o Código Penal de 1886.

<sup>1551</sup> Itálico nosso.

interesses pessoais como a saúde. Como expressamente refere, ao tempo, a doutrina penal em comentário a esta norma, exceptuam-se do seu âmbito os casos de alteração de géneros com substâncias nocivas para a saúde, que deveriam ser punidos pelo artigo 251.º <sup>1552</sup>. Clarifica-se, deste modo, uma protecção do consumidor concretizada em dois sentidos: na tutela da saúde (individual e pública) por via do artigo 251.º e na protecção concedida aos seus interesses patrimoniais por via do artigo 456.º.

Estas normas acabariam por transitar, com ligeiras modificações formais, para o Código de 1886, em vigor até 1982, previstas no âmbito dos crimes contra a saúde pública (artigos 248.º a 252.º) e, no caso do artigo 456.º, no contexto dos delitos contra a propriedade, secção dos abusos de confiança, simulações e outras fraudes.

Da leitura e análise destas normas evidencia-se já uma certa autonomização da figura do comprador-consumidor, acompanhada da tutela dos seus interesses pessoais. Com efeito, a lei penal preocupa-se em prevenir especificamente os perigos e danos à saúde que tenham a sua origem nos riscos criados pela alteração de géneros destinados ao consumo, público ou individualizado. Se é certo que estamos ainda longe de um tempo em que se formaliza a figura do consumidor, enquanto sujeito autónomo de direitos e deveres, ao nível do ordenamento jurídico e das ordens de diversa natureza que o integram, não é menos certo que, através daquela norma, a lei penal concede distinção material aos danos na saúde causados por via das trocas comerciais em face dos delitos clássicos de ofensas corporais e homicídios.

Por fim, refira-se uma última nota relativa ao alcance da tutela normativa da saúde do consumidor. Nos termos do artigo 251.º (do Código de 1852 e também do Código de 1886) esta protecção extravasa os perigos causados à saúde por via da adulteração de géneros alimentares. Com efeito, Levy Maria Jordão, no comentário

---

<sup>1552</sup> Cf. FERRÃO, Francisco António Fernandes da Silva, *Theoria do Direito Penal applicada ao Código Penal Portuguez*, vol. VIII, Lisboa: Imprensa Nacional, 1854, p. 479: “Exceptuam-se os casos em que as substancias, com que se fez a alteração, sejam nocivas à saude, porque são incriminadas em outro logar: artigo 251.º”; também JORDÃO, Levy Maria, *Commentario...*, *op. cit.*, p. 322-323: “Advirta-se que a pena do art. só póde ter lugar quando a substancia empregada para alterar o género não for nociva à saude, pois sendo-o o facto torna-se mais grave e hade ser punido com a pena do art. 251.º”.

que faz à norma refere que “quatro são os factos” puníveis: (1) “alterar por qualquer fôrma géneros destinados ao consumo publico de forma a que se tornem nocivos á saude, e expol-os á venda assim alterados”; (2) “alterar géneros destinados ao consumo de alguma ou algumas pessoas de modo que eles se tornem nocivos á saude; (3) “vender generos corruptos”; e (4) “fabricar ou vender objectos cujo uso seja necessariamente nocivo á saude”<sup>1553</sup>. Embora esta última modalidade se mostrasse criticável aos olhos da doutrina pelo seu carácter demasiado vago<sup>1554</sup>, é de notar que, quanto ao objecto sobre que incide a acção (de fabricar ou vender), a norma vai além do género alimentar, abrangendo no seu âmbito qualquer bem cujo uso seja necessariamente nocivo à saúde. Deste modo, consagrava-se uma tutela penal do consumo mais ampla do que aquela que hoje se reconhece na lei penal, como se verá adiante<sup>1555</sup>.

### 1.3 O Decreto-Lei n.º 41 204, de 24 de Julho de 1957

A segunda metade do século XX, influenciada pela desordem económica e social resultante da Grande Guerra, caracterizou-se por um forte intervencionismo estatal no sentido da protecção da economia e dos seus agentes económicos, em particular do consumidor. Nesse contexto, cabe referir que também em Portugal surge, no período pós-guerra, o primeiro diploma especificamente dirigido à tutela penal da saúde pública e da economia: o Decreto-Lei n.º 41 204, de 24 de Julho de 1957 <sup>1556</sup>, que concede pela primeira vez autonomia formal às incriminações contra a saúde pública e contra a economia<sup>1557</sup>. Na verdade, este diploma constituiu ao

---

<sup>1553</sup> Cf. *Commentario...*, *op. cit.*, vol. 3, p. 21.

<sup>1554</sup> JORDÃO, Levy Maria, *Commentario...*, *op. cit.*, vol. 3, p. 21.

<sup>1555</sup> *Infra*, § 14, 2.

<sup>1556</sup> Sobre o contexto histórico que envolve este diploma veja-se CHAVES, Eduardo Arala, *Delitos Contra a Saúde Pública e contra a Economia Nacional*, Coimbra: Coimbra Editora, 1961; DIAS, Jorge de Figueiredo / ANDRADE, Manuel da Costa, «Problemática geral das infracções contra a economia nacional», *in: Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. I, *op. cit.*, p. 339 e ss.; DIAS, Jorge de Figueiredo, «Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português», *in: Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. I, *op. cit.*, p. 40.

<sup>1557</sup> De referir que estas incriminações eram julgadas por um tribunal especial – o Tribunal Colectivo dos Géneros Alimentícios – que havia já sido criado em 1930 e que se manteria até 1976. O relatório preambular do Decreto-Lei n.º 41 204, de 24 de Julho de 1957, refere-se, no ponto 2, à



tempo um marco legislativo no percurso de codificação do direito penal secundário<sup>1558</sup>. Se é certo que, por seu intermédio, se visava em primeira linha a tutela penal do mercado, o seu interesse histórico advém da autonomização da tutela penal concedida ao mercado e àqueles que nele intervêm, sob a veste de comprador e de consumidor, perante os delitos clássicos previstos no Código Penal<sup>1559</sup>. Entre os crimes contra a saúde pública previam-se a matança clandestina, bem como a falsificação e o comércio de géneros alimentícios.

O legislador optou por separar formalmente a falsificação de género alimentício (no artigo 17.º) da sua comercialização (artigo 18.º)<sup>1560</sup>. Todavia, ambas

---

necessidade de um tribunal desta natureza, optando pela sua manutenção: “Não porque se duvide da *razoabilidade* da solução oposta (extinção daquele tribunal especial) mas porque se têm as maiores apreensões quanto à *oportunidade* da extinção do tribunal. De facto, a existência de um tribunal especialmente incumbido de apreciar e julgar os crimes e contravenções contra a saúde pública constitui ainda, como a experiência demonstra, o processo mais eficaz de garantir a severidade com que devem ser punidos os respectivos infractores (...)”.

<sup>1558</sup> Como sublinha ANDRADE, Manuel da Costa, «A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-Lei 28/84, de 20 de Janeiro) à luz do conceito de “bem jurídico”», *in: Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários, op. cit.*, p. 387, nota 1 (este estudo foi originariamente publicado, em 1985, no *Ciclo de Estudos de Direito Penal Económico*, Centro de Estudos Judiciários, 1985, p. 69-105), com a publicação do Decreto-Lei n.º 41 204, Portugal passou a fazer parte, à época e ao “lado de países como a Alemanha Federal e da Holanda, do pequeno grupo de países europeus não socialistas que dispõem duma “codificação”, embora parcial, do Direito Penal Económico”. O autor acrescenta ainda que a doutrina estrangeira, onde se destacam os escritos de Klaus Tiedemann, “se lhe referiu em termos francamente encomiásticos”.

<sup>1559</sup> A figura do consumidor é expressamente referida no primeiro parágrafo do preâmbulo daquele Decreto-Lei (“os interesses superiores da economia nacional ou a própria saúde do público consumidor”), bem como na redacção dos artigos 17.º e 18.º daquele diploma.

<sup>1560</sup> Dispunha o artigo 17.º (Falsificação de géneros alimentícios):

“1. A falsificação de géneros alimentícios é punível:

- a) Com prisão de três dias a dois anos e multa quando os géneros falsificados sejam, por sua natureza, susceptíveis de prejudicar a saúde do consumidor;
- b) Com prisão de três dias a seis meses e multa quando, não sendo nocivos à saúde do consumidor, os géneros falsificados forem, todavia, impróprios para consumo;
- c) Com multa de 500\$ a 10.000\$ quando, sendo a falsificação (alteração) nociva à saúde, houver mera negligência do infractor.

2. Considera-se género alimentício toda a substância ou preparado usados como alimento ou bebida humana, exceptuadas as drogas medicinais, bem como toda a substância utilizada na preparação ou composição dos alimentos humanos, sem exclusão dos simples condimentos.

3. A falsificação compreende a substituição dos géneros alimentícios por substâncias, alimentares ou não, que imitem fraudulentamente as qualidades daqueles (contrafacção), e bem assim a modificação, capaz de induzir o consumidor em erro, da sua natureza, composição ou qualidade.”

O artigo 18.º (Comércio de géneros falsificados) tinha o seguinte conteúdo:

“1. A venda ou a exposição à venda, bem como a aquisição, transporte ou armazenamento para comércio de géneros alimentícios falsificados, avariados ou corruptos, são puníveis:

- a) Com prisão de três dias a dois anos e multa, se os géneros forem, por sua natureza, susceptíveis de prejudicar a saúde do consumidor;
- b) Com prisão de três a seis meses e multa, se forem simplesmente impróprios para consumo;

as incriminações distinguem um maior ou menor grau de ilicitude, assim como a pena aplicável, consoante a falsificação ou comércio de substâncias adulteradas seja susceptível ou não de prejudicar a saúde do consumidor. Por conseguinte, as alíneas daqueles artigos distinguem e punem de forma mais grave a *perigosidade* de bens alimentares adulterados em face da *impropriedade* de bens alimentares para o consumo.

Este Decreto revoga o referido artigo 251.º do Código Penal, anteriormente caracterizado nos seus traços essenciais, mantendo, no entanto, em vigor, o artigo 456.º referente à fraude nas vendas<sup>1561</sup>. Com efeito, como refere Silva Dias, os interesses económicos dos consumidores continuavam a ser protegidos por via daquele artigo ao punir a venda fraudulenta de qualquer mercadoria, incluindo géneros alimentícios que não fossem nocivos à saúde (elemento negativo do tipo do n.º 2 do artigo 456.º), nem impróprios para consumo (elemento negativo implícito no tipo do artigo 456.º, n.º 2, resultante da articulação com o n.º 1, alínea *b*), do artigo 18.º do Decreto-Lei n.º 41 204)<sup>1562</sup>.

Todavia, em nosso modo de ver, a revogação do artigo 251.º do Código Penal por aquele Decreto-Lei representou uma verdadeira restrição em termos de tutela penal da saúde do consumidor, uma vez que, contrariamente ao disposto

---

c) Com multa de 500\$ a 10.000\$, se o defeito for ignorado do respectivo responsável por negligência.

2. Presume-se que o transporte dos géneros alimentícios falsificados, avariados ou corruptos é feito para comércio sempre que os géneros sejam daqueles a cujo comércio se dedica o destinatário.

3. Consideram-se corruptos os géneros alimentícios que entraram em putrefacção ou decomposição, e bem assim aqueles que contêm gérmenes que possam ser nocivos à saúde, e avariados os géneros alimentícios que, por influência do meio, do tempo ou dos agentes a cuja acção estiveram expostos, se deterioraram ou sofreram modificações de natureza, composição ou qualidades que os tornam impróprios para consumo.”

Uma anotação a estas normas, com referências jurisprudenciais, pode encontrar-se em CHAVES, Eduardo Arala, *Delitos Contra a Saúde Pública...*, *op. cit.*, p. 52 e ss. Estes artigos viriam a ser posteriormente modificados por alguns diplomas legais, designadamente o Decreto-Lei n.º 45 279, de 30 de Setembro de 1963, que acrescentou às alíneas *a*) do n.º 1 do artigo 17.º e do artigo 18.º “ou não habitualmente usados para consumo público”. O Decreto-Lei n.º 340/73, de 6 de Julho, e o Decreto-Lei n.º 476/74, de 24 de Setembro, que agravaram as penas correspondentes àqueles ilícitos. De modo mais desenvolvido quanto a estas alterações, ROCHA, Manuel António Lopes, «Falsificação de produtos alimentares (Artigo 273.º do Código Penal)», *in: BMJ* 325 (1983), p. 39 e ss.

<sup>1561</sup> Muito embora não se refira expressamente a revogação daquele preceito no artigo 54.º deste diploma, julgamos ser essa uma das consequências da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 41 204, em concordância com DIAS, Augusto Silva, «Entre “comes e bebes”...», *op. cit.*, p. 533.

<sup>1562</sup> Cf. DIAS, Augusto Silva, «Entre “comes e bebes”...», *op. cit.*, p. 534.

naquele preceito normativo, deixa de ser punido o fabrico ou a venda de um bem – que não género alimentício – perigoso para a saúde. Com efeito, o artigo 251.º do Código Penal compreendia, no seu âmbito de proibição, o fabrico e venda de objectos cujo uso fosse necessariamente nocivo para saúde. Muito embora esta cláusula merecesse a crítica da doutrina pela amplitude com que era descrita no tipo legal, no seu espírito reconhecia-se a possibilidade de a saúde do consumidor poder ser igualmente lesada por via do consumo de outros bens que não de natureza alimentar. Com a revogação deste artigo pelo Decreto-Lei n.º 41 204, a tutela da saúde do consumidor passa a estar limitada à falsificação e comércio de géneros alimentícios, na medida em que entre os bens de consumo adulterados e prejudiciais à saúde do consumidor, o legislador apenas considera bens de natureza alimentar. Por conseguinte, ficam fora do alcance normativo a adulteração e a comercialização de bens de consumo que, embora perigosos para a saúde, não tenham aquela natureza. Esta restrição na tutela penal dos interesses dos consumidores manter-se-ia, quase incompreensivelmente, como veremos, até aos dias de hoje<sup>1563</sup>.

#### 1.4 O Código Penal de 1982 (versão originária)

O Decreto-Lei n.º 41 204 viria a ser revogado pelo Código Penal de 1982, nos termos do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro. No novo artigo 273.º, inserido na secção dos crimes contra a saúde (secção II, do capítulo III, referente aos crimes de perigo comum), incriminava-se a adulteração de substâncias alimentares ou para fins medicinais de forma a criar perigo para a vida e para a integridade física<sup>1564</sup>.

---

<sup>1563</sup> *Infra*, § 14, 2.

<sup>1564</sup> Dispunha o artigo 273.º (Corrupção de substâncias alimentares ou para fins medicinais) do Código Penal de 1982, na sua versão originária:

“1 - Quem, no aproveitamento, produção, confecção, fabrico, serviço, embalagem, transporte, tratamento ou outra qualquer actividade que sobre elas incida, de substâncias destinadas a consumo alheio, para serem comidas, mastigadas, bebidas, para fins medicinais ou cirúrgicos, as corromper, falsificar, alterar, reduzir o seu valor nutritivo ou terapêutico, ou lhes juntar ingredientes, de forma a criar perigo para a vida ou de grave lesão para a saúde e integridade física alheias, será punido com prisão de 2 a 6 anos e multa de 100 a 150 dias.

2 - Na mesma pena incorre quem importar, dissimular, vender, expuser à venda, tiver em depósito para venda ou, de qualquer forma, entregar ao consumo alheio:

O modo como esta norma incorporava o disposto nos revogados artigos 17.º e 18.º do Decreto-Lei n.º 41 204 gerou alguma discrepância doutrinal. A revogação daqueles preceitos, por um lado, e a restrição do tipo legal previsto no artigo 273.º do Código Penal a condutas adequadas *a criar perigo para a vida ou a saúde do consumidor*, por outro, lançava dúvidas sobre a existência de uma eventual infracção em casos de adulteração de substâncias alimentares não perigosas para a saúde humana<sup>1565</sup>. Deste modo, adensavam-se as interrogações em torno da relevância criminal dos bens impróprios para consumo, agora eliminada da ordem jurídico-penal por via da revogação dos artigos 17.º e 18.º do Decreto-Lei n.º 41 204.

Lopes Rocha pronunciou-se especificamente sobre esta questão em um estudo solicitado pela Procuradoria da República sobre uma eventual lacuna no sistema penal português, após a publicação do Código Penal de 1982<sup>1566</sup>. Rejeitando que esse vazio legal existisse no âmbito da tutela da saúde do consumidor, este autor entende que os géneros falsificados “impróprios” para consumo não podem deixar de constituir um perigo, ainda que remoto, para a saúde e, como tal, abrangidos já pelas normas incriminadoras dos artigos 17.º e 18.º do Decreto-Lei n.º 41 204,

---

a) As substâncias que forem objecto de qualquer das actividades referidas no número anterior;  
b) As substâncias com o destino e comportando o perigo referido no número anterior, na medida em que forem utilizadas depois do prazo da sua validade ou estiverem avariadas, corruptas ou alteradas pela mera acção do tempo ou dos agentes a cuja acção estão expostas.

3 - Se o perigo para a saúde ou integridade física a que se referem os números anteriores for de pequena gravidade, a pena será a de 6 meses a 2 anos ou multa até 100 dias.

4 - Se tal perigo for criado por negligência, a pena será, nos casos dos n.ºs 1 e 2 deste artigo, a de prisão de 3 meses a 2 anos e multa até 100 dias e, no caso do n.º 3, a de prisão até 1 ano ou multa até 50 dias.

5 - Se a conduta descrita nos números anteriores for levada a cabo por negligência, a pena será a de prisão até 1 ano e multa até 50 dias, nos casos dos n.ºs 1 e 2, e a de prisão até 6 meses ou multa até 20 dias, no caso do n.º 3 deste artigo.

6 - É aplicável aos casos referidos neste artigo o disposto nos artigos 267.º e 268.º.”

Sobre as diferenças entre este artigo e a sua redacção no Anteprojecto de Código Penal veja-se o comentário de BORGES, J. Marques, *Dos Crimes de Perigo Comum e dos Crimes Contra a Segurança das Comunicações*, Lisboa: Rei dos Livros, 1985, p. 181 e ss.

<sup>1565</sup> Dúvidas que chegariam à prática jurisprudencial, como evidencia o Acórdão do STJ, de 3 de Maio de 1984, em cujo sumário se refere que “no período de tempo compreendido entre as entradas em vigor do novo Código Penal – aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro – e dos Decretos-Lei n.º 191/83, de 16 de Maio, e n.º 28/84, de 20 de Janeiro, não foi punível como acto criminoso a falsificação de géneros alimentícios que não fossem susceptíveis de causar perigo para a vida ou grave lesão para a saúde ou integridade física do consumidor” (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

<sup>1566</sup> ROCHA, Manuel António Lopes, «Falsificação de produtos alimentares (Artigo 273.º do Código Penal)», *op. cit.*, p. 31-48.

como, agora, pela incriminação prevista no artigo 273.º do Código. Assim, da sua perspectiva, não faz sentido distinguir “entre susceptibilidade de prejuízo para a saúde (ou a nocividade), por um lado, e o não uso habitual para consumo público ou a impropriedade para consumo, por outro”<sup>1567</sup>, uma vez que em ambos os casos se tutela o mesmo bem jurídico, embora em estádios de perigosidade distintos. A lei, ao punir a falsificação de alimentos impróprios para consumo, “contenta-se com a falta de aptidão para consumo público, apenas porque vê aí um perigo remoto para a saúde do consumidor, ou seja, não tão próximo ou não tão ostensivo como naqueles casos em que a nocividade para a saúde do consumidor é, desde logo, uma probabilidade séria, em termos de um juízo de experiência e com base numa hipotética relação de causalidade adequada”<sup>1568</sup>.

A favor desta interpretação, o autor convoca desde logo o argumento sistemático, na medida em que o Decreto-Lei n.º 41 204, no propósito de coordenar e sistematizar a legislação dispersa, dividiu em dois grande grupos – infracções contra a saúde pública e infracções contra a economia – os crimes nele previstos, acantonando no primeiro grupo as situações de impropriedade para consumo. Ora, continua o autor “se a impropriedade para consumo nada tivesse que ver com o perigo para a saúde (ainda que mais remoto que o da susceptibilidade de, *por natureza*, prejudicarem esse interesse) isto é, se com a incriminação se quisesse proteger um interesse puramente *económico* do consumidor, então estaria indicado que ela se colocasse na subsecção das infracções económicas”<sup>1569</sup>. A partir desta argumentação, o autor conclui que a tutela da saúde pública concretizada no artigo 273.º da versão originária do Código Penal de 1982 integra as alíneas *a)* e *b)* do primeiro número dos artigos 17.º e 18.º do Decreto-Lei n.º 41 204. Não obstante, o autor reconhecia a existência de um hiato legislativo em matéria das infracções económicas, decorrente da revogação daquele diploma e da ausência de legislação prevista nesta matéria, a publicar em paralelo com o Código Penal<sup>1570</sup>. A lacuna na

---

<sup>1567</sup> Cf. «Falsificação de produtos alimentares (Artigo 273.º do Código Penal)», *op. cit.*, p. 37.

<sup>1568</sup> Cf. «Falsificação de produtos alimentares (artigo 273.º do Código Penal)», *op. cit.*, p. 38.

<sup>1569</sup> Cf. «Falsificação de produtos alimentares (artigo 273.º do Código Penal)», *op. cit.*, p. 39.

<sup>1570</sup> Nas palavras do autor: “interessa promover rapidamente a legislação destinada a colmatar a lacuna que resulta de não se ter publicado, a tempo e horas, o diploma que se propunha uma adequada protecção dos interesses económicos dos consumidores contra actos que lesem ou

protecção dos interesses económicos dos consumidores assumia especial evidência ao considerar-se que o crime de fraude nas vendas do artigo 456.º se via também revogado, sem que o novo código contemplasse um qualquer preceito semelhante<sup>1571</sup>.

Posição diversa é sustentada por Augusto Silva Dias. Muito embora este autor conceda que o artigo 273.º do Código Penal, na sua versão originária, recebeu a “herança” dos artigos 17.º e 18.º do Decreto-Lei n.º 41 204, entende que tal só sucedeu parcialmente. Da sua perspectiva, a norma codifica um crime de aptidão ou de perigo abstracto-concreto, sendo que “o tipo do artigo 273.º corresponde somente aos tipos da primeira parte da al. a), do n.º 1, dos preceitos citados (artigos 17.º e 18.º), pois só eles requerem a comprovação de que o género falsificado é ‘susceptível de lesar a saúde pública’. De fora ficam as situações em que os géneros alimentares, não sendo nocivos para a saúde, são ‘não habitualmente usados para consumo público’ e ‘impróprios para consumo’, a necessitar também de protecção jurídico-penal após a revogação daquele DL”<sup>1572</sup>.

Este autor distingue assim a impropriedade, enquanto “inadequação para o consumo”, da susceptibilidade para prejudicar a saúde do consumidor, considerando que apenas esta última é abrangida pelo referido artigo 273.º. A impropriedade refere-se à qualidade ou genuinidade do produto, apreciada em função do seu valor alimentar para o organismo humano, tendo em conta as legítimas expectativas dos consumidores e pressuposta a sua insusceptibilidade para lesar a saúde das pessoas.

---

ponham em perigo a genuinidade, qualidade ou composição dos géneros alimentícios quando tais actos não envolvam perigo para a vida ou grave lesão para a saúde ou integridade física alheias (aspectos de que cuida o Código penal em vigor), cf. «Falsificação de produtos alimentares (artigo 273.º do Código Penal), *op. cit.*, p. 43-44. Acrescenta DIAS, Augusto Silva, que esse diploma era, nem mais nem menos, o actual Decreto-Lei n.º 28/84, então existente sob a forma de Projecto, cf. «Entre “comes e bebes”...», *op. cit.*, p. 536. Uma solução intermédia seria preconizada pelo Decreto-Lei n.º 191/83, de 16 de Maio, através da previsão de um regime contra-ordenacional em matéria económica que, nas palavras preambulares do legislador, constituía “uma antecipação daquilo que se espera venha a ser o sistema coerente de normas disciplinadoras do conjunto de actividades económicas”.

<sup>1571</sup> Cf. DIAS, Augusto Silva, «Entre “comes e bebes”...», *op. cit.*, p. 536.

<sup>1572</sup> Cf. DIAS, Augusto Silva, «Entre “comes e bebes”...», *op. cit.*, p. 536. No sentido de que o novo artigo não abrangia os bens impróprios para consumo que não constituíssem perigo para a saúde ou para a integridade física se havia pronunciado também BORGES, J. Marques, *Dos Crimes de Perigo Comum...*, *op. cit.*, p. 183 e s. Este autor sublinha ainda que a genuinidade do produto e a sua higiene se situam fora do âmbito de protecção da norma, o que, da sua perspectiva, levava a “situações chocantes” posteriormente corrigidas pelo Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro de 1984.

Como tal, não é abrangida pelo artigo 273.º do Código Penal. Assim, em divergência com Lopes Rocha, este autor considera que “após a revogação do CP 1852/1886 e do DL n.º 41 204 pelo CP de 1982, não ficaram apenas desprotegidos os interesses económicos dos consumidores mas também essoutro interesse que se traduz na qualidade ou genuinidade dos produtos consumíveis”<sup>1573</sup>.

Silva Dias considera que a partir do Decreto-Lei n.º 41 204 as incriminações mais relevantes na área do consumo de géneros alimentares se dividem em três grupos: crimes contra a saúde pública; crimes contra a qualidade e a genuinidade de bens de consumo e o crime de fraude de vendas, que acautelava os interesses económicos dos consumidores. Esta trilogia foi desfeita no período que medeia entre a entrada em vigor do Código Penal (1 de Janeiro de 1983) e a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 28/84 (1 de Março de 1984), sendo posteriormente retomada, da perspectiva do autor, através da conjugação do actual artigo 282.º do Código Penal e dos artigos 23.º e 24.º daquele Decreto-Lei<sup>1574</sup>.

Temos algumas dúvidas que essa trilogia tenha sido integralmente retomada, pela legislação penal, no que respeita à saúde pública, em particular após a revisão de 1995. Antes de se avançar para a análise do actual regime de protecção dos interesses dos consumidores, julga-se importante antecipar uma reflexão suscitada pelo percurso histórico que se expôs e que se prende justamente com a exclusão da saúde pública do elenco de bens jurídicos protegidos pelo Código Penal.

Na versão originária do Código Penal de 1982, a tutela da saúde era autonomizada no âmbito dos crimes de perigo comum. O legislador reunia nos artigos 269.º a 275.º, numa secção autónoma, os crimes contra a saúde:

---

<sup>1573</sup> Cf. DIAS, Augusto Silva, «Entre “comes e bebes”...», *op. cit.*, p. 537.

<sup>1574</sup> Cf. DIAS, Augusto Silva, «Entre “comes e bebes”...», *op. cit.*, p. 537. No entanto, em página anterior (p. 489) o autor considera que o legislador de 1995 eliminou a tutela da saúde pública dos crimes de perigo comum e que “ao erradicar a saúde pública do domínio dos crimes de perigo comum, fez com que o desvalor das diversas incriminações deixasse de passar pelo crivo de um bem jurídico colectivo e, ao colocar o acento tónico de um tal desvalor no perigo concreto, exigiu o estabelecimento de um nexo de imputação entre este e o desvalor da acção. A aptidão da acção afere-se agora, não pelos efeitos da mesma sobre a saúde pública, enquanto bem colectivo, de largo espectro, prévio aos bens individuais, mas exclusivamente pelo modo como a acção se projecta sobre a vida e sobre a integridade física de um universo de pessoas”. Um pouco mais à frente o autor pronuncia-se no sentido de “a exclusão da saúde do número de bens jurídicos que figuram no ilícito típico do art. 282 – tomada definitivamente como saúde individual imersa na pluralidade” – não implicar uma verdadeira alteração do figurino da incriminação.

contaminação e envenenamento de água (artigo 269.º); propagação de doença contagiosa (artigo 270.º); difusão de epizootias (artigo 271.º); deterioração de alimentos destinados a animais (artigo 272.º); corrupção de substâncias alimentares ou para fins medicinais (artigo 273.º); alteração de análises (artigo 274.º); alteração de receituário (artigo 275.º); recusa de facultativo (artigo 276.º).

Silva Dias entende que nesta versão originária a saúde se apresentava efectivamente como um bem jurídico supra-individual, dotado de uma referência axiológica prévia e “desempenhando uma função instrumental relativamente à protecção dos bens jurídicos individuais que constituem objecto do perigo comum”. A própria organização sistemática revelava a intenção do legislador reunir no mesmo espaço normativo as incriminações que tutelam as condições de segurança e de saúde dos elementos (indeterminados) da comunidade. Assim, também desta perspectiva se evidencia a existência de um bem jurídico de natureza colectiva: a saúde pública.

Todavia, num acto de restrição da tutela deste interesse difuso, o legislador sujeitou a conduta típica do artigo 273.º à idoneidade para lesar determinados bens jurídicos individuais: a vida e a integridade física. Tomando por referente imediato aquele artigo, Silva Dias considera que “a previsão da saúde pública na secção II dos crimes de perigo comum permitia a qualificação daquelas normas incriminadoras simultaneamente como de lesão e de perigo, revelando-se a lesão na idoneidade da acção para prejudicar as condições que garantem a segurança da vida e da saúde dos consumidores (bem colectivo) e o perigo na adequação da mesma acção para colocar os bens jurídicos individuais numa situação de insegurança existencial”<sup>1575</sup>. O autor identifica uma relação de complementaridade entre o bem jurídico supra-individual e os bens jurídicos individuais, que implicava que a lesão do primeiro seja vista como uma condição necessária de colocação em perigo dos segundos; considera também que ambos funcionam como pontos de referência do desvalor da acção e critérios valorativos da norma incriminadora, dotados de uma margem de actuação autónoma e, por conseguinte, de um “determinado rendimento prático”. Não obstante, a seu ver, a sua tipificação conjunta, bem como esta dupla referência

---

<sup>1575</sup> Cf. «Entre “comes e bebes”...», *op. cit.*, p. 487.



axiológica, justifica-se pela dificuldade em comprovar a lesão daquele bem jurídico colectivo.

Muito embora esta seja uma interpretação possível e imediatamente sustentada pela localização sistemática desta incriminação, uma leitura comparada e englobante da norma prevista no artigo 273.º com a norma predecessora (artigo 251.º do Código Penal de 1886) e a norma sucessora (artigo 282.º, fruto da revisão de 1995) induz a uma conclusão no sentido de uma restrição, ou pelo menos, de uma perda de autonomia, da tutela da saúde (pública), que se concretiza, em 1995, com a revisão do Código Penal em dois momentos: num primeiro momento, de natureza estrutural e sistemática, na eliminação de uma secção autónoma intitulada “crimes contra a saúde” e a sua conseqüente diluição nos crimes de perigo comum; num segundo momento, na total erradicação da saúde pública do âmbito de tutela do crime de corrupção de substâncias alimentares<sup>1576</sup>.

Se, na verdade, uma tutela da saúde pública se realiza em diversas incriminações da secção a que pertence o artigo 273.º, uma análise isolada desta norma revela já como critério primário da ilicitude da conduta a sua idoneidade para lesar a integridade física e a vida, afastando do núcleo protegido o bem jurídico colectivo saúde pública e, do mesmo passo, abrindo uma solução de continuidade com a norma que antecedeu aquele artigo, prevista no Código de 1886. Com efeito, esta referência expressa à perigosidade da acção para os bens jurídicos individuais não constava do anterior artigo 251.º do Código de 1886, onde se exigia, de forma mais generalizada, que a conduta fosse nociva à saúde.

A formulação típica do artigo 273.º introduz a perigosidade para os bens jurídicos individuais vida e integridade física como nota distintiva e nuclear da incriminação. Nas palavras de Eduardo Correia, autor do Projecto da Parte Especial do Código, “a criação do perigo para a vida ou de grave lesão da saúde e integridade física alheia é um elemento permanente e fundamental do tipo de crime descrito no artigo 321.º”<sup>1577</sup> (norma do Projecto onde se previa o crime de Corrupção de substâncias alimentares ou para fins medicinais, correspondente ao artigo 273.º da

---

<sup>1576</sup> A erradicação da saúde pública do âmbito de tutela dos crimes de perigo comum pela revisão de 1995 é evidenciada pelo próprio Silva Dias, que aplaude a decisão legislativa.

<sup>1577</sup> *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal*, Parte Especial, Lisboa, 1979, p. 306.

versão codificada). O núcleo do ilícito criminal situa-se em torno da perigosidade da acção para aqueles bens jurídicos individuais. Resta saber se este perigo assume os contornos de um resultado de perigo concreto, cronologicamente posterior à acção, ou se se situa num momento temporal prévio, coincidente com a conduta idónea, em si mesma, a lesar os bens jurídicos defendidos pela norma.

Silva Dias concede especial atenção à caracterização do conceito de perigo pressuposto no artigo 273.º, reconstruindo aquela noção a partir das propostas teóricas de Eduardo Correia, autor do projecto onde se previa aquele delito. Muito embora, nas Actas das Sessões da Comissão Revisora, Eduardo Correia se refira ao perigo pressuposto nestas normas como sendo perigo concreto, a sua proposta teórica em torno da noção de perigo concreto parece abranger a susceptibilidade da acção para lesar bens jurídicos individuais<sup>1578</sup>. Por via do estudo da teoria do perigo do autor do Projecto, Silva Dias procura fundamentar a interpretação daquela norma no sentido de uma perigosidade coincidente com a idoneidade da conduta à lesão da vida e saúde alheias, aproximando-a de um delito abstracto-concreto. A seu ver, num paralelismo com Edmund Mezger, Eduardo Correia faz assentar a objectividade do perigo essencialmente num juízo de probabilidade baseado na experiência. “Para além das intervenções do autor no seio da Comissão Revisora, a relação entre a adequação e o perigo é muito claramente formulada no seu Manual. Interrogando-se sobre quando existe o perigo, o autor responde que existe ‘quando a acção tem idoneidade para produzir um certo resultado, idoneidade que se deve determinar segundo aqueles termos auxiliares do juízo de prognose que fixa os termos da causalidade adequada’. O perigo surge como resultado de uma ‘prognose póstuma’, ou seja, de um ‘juízo de idoneidade, referido ao momento em que a acção se realiza’, ou ainda, de um ‘juízo *ex ante*’ ”<sup>1579</sup>. Tendo em conta esta concepção de perigo, Silva Dias avança que existirá uma corrupção de substâncias alimentares e medicinais de forma a criar perigo, quando o juiz, ao colocar-se no momento da

---

<sup>1578</sup> A propósito da aprovação do crime de difusão de epizootias (artigo 319.º) e em resposta à observação de Figueiredo Dias de que a redacção do artigo apontava para um crime de perigo abstracto, não sendo necessário que o perigo se verificasse efectivamente, Eduardo Correia respondia que a cláusula “de natureza” (a causar dano) apontava já a ideia de perigo concreto, entendido como idoneidade da conduta para criar perigo, cf. *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal*, Parte Especial, Lisboa, 1979, p. 302.

<sup>1579</sup> Cf. «Entre “comes e bebes”...», *op. cit.*, p. 492.

acção e fazendo apelo aos dados científicos disponíveis (periciais) e às regras da experiência quotidiana, puder concluir que as substâncias, objecto daquelas condutas, são concretamente idóneas para lesar a vida ou a saúde de outrem. É precisamente esta interpretação que aproxima o artigo 273.º, na versão originária do Código, de um delito de aptidão, assente fundamentalmente na perigosidade, enquanto qualidade da própria acção e afastado da necessidade de um desvalor do resultado expresso pelo perigo concreto.

Em consonância com esta leitura, Silva Dias conclui que, na sua versão originária, o crime de adulteração de substâncias alimentares e para fins medicinais é um delito de perigo abstracto-concreto doloso (números 1, 2 e 3). Conclusão que merece a nossa concordância e que, em nossa opinião, afasta, também por esta via, a saúde pública enquanto objecto de protecção da norma incriminadora. Outrossim, clarifica que a materialidade da incriminação se desenvolve em torno da perigosidade da conduta para bens individuais e que, por isso, se consiga referir o tipo incriminador, na versão que lhe é dada pelo Código de 1982, a um delito de aptidão. Por conseguinte, só numa perspectiva longínqua, senão fora do horizonte de tutela da norma, se poderá considerar um qualquer bem jurídico de natureza supra-individual ou colectiva, como por exemplo, a saúde pública.

Por fim, ainda que dúvidas restassem sobre a fraca irradiação axiológica daquele bem colectivo sobre a incriminação, elas seriam totalmente eliminadas com a revisão do Código Penal de 1995. A eliminação do interesse saúde pública do âmbito de tutela daquela norma acabaria por se consumir, de forma definitiva, no novo artigo 282.º, ao exigir-se, para a consumação criminosa, que a conduta do agente coloque em perigo concreto a vida ou a integridade física de alguém.

### 1.5 O Decreto-Lei n.º 191/83, de 16 de Maio

Antes da análise da legislação actualmente em vigor em matéria de protecção penal do consumidor, é oportuna uma referência ao Decreto-Lei n.º 191/83, de 16 de Maio, seja pelos fins que motivaram a publicação, seja por ter sido uma

importante fonte legal do Decreto-Lei n.º 28/84, de 21 de Janeiro, tido como diploma fundamental em matéria de protecção do consumidor.

Como já se referiu, a entrada em vigor do novo Código Penal e a consequente revogação dos artigos 17.º e 18.º do Decreto-Lei n.º 41 204 teve por consequência a exclusão da impropriedade dos bens para o consumo da alçada punitiva. Esta lacuna foi, de alguma forma, colmatada pelo Decreto-Lei n.º 191/83, de 16 de Maio, provido, porém, de um âmbito de aplicação mais abrangente, voltado para o domínio económico<sup>1580</sup>.

Com efeito, o legislador optara pela não inclusão dos delitos económicos no Código Penal por considerar mais adequado o seu enquadramento em legislação especial, no domínio do direito penal secundário. Contudo, o atraso na publicação desse regime criava vazios punitivos no âmbito da delinquência económica, que suscitariam uma intervenção legislativa por via do direito de mera ordenação social. É justamente este propósito que motivou a publicação deste diploma em 1983, em clara antecipação daquilo que se esperava vir a ser “o sistema coerente de normas disciplinadoras do conjunto das actividades económicas”<sup>1581</sup>. Por conseguinte, o legislador optou por introduzir no ordenamento jurídico medidas sancionatórias, de natureza contra-ordenacional, como forma de prevenir actos económicos abusivos no contexto de transição da lei nova para a lei velha.

Após um primeiro capítulo dedicado a disposições gerais, entre as quais se destaca a previsão da responsabilidade das pessoas colectivas, elencavam-se no segundo capítulo as contra-ordenações. Ora, esta parte especial principiava com a infracção *contra a genuinidade, qualidade ou composição de géneros alimentícios e aditivos alimentares*, prevista no artigo 17.º, que viria a exercer uma clara influência no Decreto-Lei n.º 28/84: com efeito, tratava-se de uma norma muito próxima, na sua redacção e conteúdo, do crime e da contra-ordenação posteriormente tipificados

---

<sup>1580</sup> No entanto, persistiram problemas de aplicação da lei penal no tempo, uma vez que a revogação dos artigos 17.º e 18.º do Decreto-Lei n.º 41 204 implicou uma despenalização da conduta, posteriormente sancionada pelo diploma de 1983 mas a título contra-ordenacional. Desta forma, como decidiu o STJ em acórdão de 9 de Novembro de 1983 (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)), não pode o agente ser punido com uma coima ao abrigo do Decreto-Lei n.º 191/83, se o facto é anterior ao início da vigência deste diploma.

<sup>1581</sup> Cf. Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 191/83, de 16 de Maio.

nos artigos 24.º e 60.º daquele diploma<sup>1582</sup>. Acrescente-se ainda, para uma melhor contextualização do regime actualmente em vigor, que a própria definição e classificação de *género alimentício anormal* constava já do artigo 34.º do diploma de 1983 e transitaria, sem alterações, para o artigo 82.º do Decreto-Lei n.º 28/84, de cuja aprovação e vigência resultaria a revogação daquele regime contra-ordenacional<sup>1583</sup>.

## 2. Os crimes e os bens jurídicos protegidos: o Código Penal e o Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro

A tutela do consumidor viria a tornar-se tema incontornável do discurso jurídico da segunda metade do século XX. Com efeito, a protecção das relações de consumo mereceria especial destaque com o chamado “movimento consumerista”<sup>1584</sup> e com a exigência, por parte dos consumidores, da tutela dos seus direitos, num primeiro momento, essencialmente no plano civil. Os movimentos legislativos dos países anglo-saxónicos, designadamente nos EUA e na Inglaterra, foram decisivos na afirmação desses direitos. Como já se referiu, a protecção do consumidor acabaria, no entanto, por se afirmar na Europa a partir da década de 70, muito por influência da Carta do Conselho da Europa sobre protecção do Consumidor de 1973 e, posteriormente, por força das normas de direito comunitário de transposição obrigatória para os Estados-membros da União Europeia. Esta influência faz-se sentir não tanto por uma imposição directa de criminalização mas através das recomendações para a adopção de medidas

---

<sup>1582</sup> Na verdade, os tipos de ilícitos contra-ordenacionais previstos no Decreto-Lei n.º 191/83 acabariam por ser absorvidos pelo Decreto-Lei n.º 28/84, como aliás se refere no Preâmbulo desse diploma: “retomaram-se algumas soluções do Decreto-Lei n.º 191/83, de 16 de Maio, havendo o particular cuidado de extremar rigorosamente os campos dos dois ilícitos em presença, a fim de evitar sobreposições ou confusões entre as previsões dos correspondentes tipos legais. Quer isto dizer que se relegaram para o capítulo das contra-ordenações apenas aqueles comportamentos que não põem em causa interesses essenciais ou fundamentais da colectividade e que, por isso, carecem de verdadeira dignidade penal.” Nota-se, assim, uma clara continuidade entre os dois diplomas.

<sup>1583</sup> O artigo 85.º do Decreto-Lei n.º 28/84 expressamente revoga as disposições dos capítulos I e II do Decreto-Lei n.º 41 204, de 24 de Julho de 1957, do Decreto-Lei n.º 191/83, de 16 de Maio, e todas as disposições legais que punam factos constitutivos de crimes e contra-ordenações agora previstos naquele diploma.

<sup>1584</sup> MONTE, Mário Ferreira, *Da Protecção Penal do Consumidor*, *op. cit.*, p. 79.

sancionatórias adequadas<sup>1585</sup>. Por esta razão, os efeitos das políticas comunitárias adoptadas bem como a transposição daquelas normas realizou-se, na maioria das vezes, de forma diferente em cada estado-membro, derivando em regimes sancionatórios distintos no âmbito da protecção de interesses dos consumidores<sup>1586</sup>.

É pois chegado o momento de voltar a nossa análise para a ordem jurídica portuguesa e para o modo como nela se concretiza actualmente a tutela penal do consumidor. Em Portugal, a defesa penal desses interesses segue, de uma perspectiva comparada, uma tábua claramente minimalista. O legislador não seguiu a opção de fixar o direito penal do consumidor em uma lei autónoma, seja sob a forma de Código (*v. g.*, Código do Consumidor brasileiro) seja sob a forma de legislação extravagante (como acontece na Alemanha e na Áustria). Por outro lado, essas incriminações também não foram integralmente incluídas no Código Penal (opção seguida em Espanha). A escolha legislativa portuguesa, em grande parte resultado da evolução histórica que descrevemos e não de um qualquer propósito de tutela do consumidor, foi no sentido de assentar a defesa penal destes interesses, por um lado, em normas de direito criminal clássico previstas no Código Penal, como o *Homicídio* (artigos 131.º e ss.), as *Ofensas à integridade física* (artigos 143.º e ss.), a *Corrupção de substâncias alimentares* (artigo 182.º), e o *Uso de Pesos e Medidas Falsas* (artigo 270.º) e, por outro, em alguns artigos, envelhecidos por mais de duas décadas, previstos no Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, como o *Abate Clandestino* (artigo 22.º), a *Fraude sobre mercadorias* (artigo 23.º), e os crimes *Contra a genuinidade, qualidade ou composição de géneros alimentícios e aditivos alimentares* (artigo 24.º) e *Contra a genuinidade, qualidade ou composição de alimentos destinados a animais* (artigo 25.º).

De seguida, procurar-se-á pôr em relevo alguns dos principais problemas colocados pela análise destes tipos legais. Todavia, trata-se de uma análise fragmentada, mais próxima de breves notas marginais do que de um comentário analítico, condicionada e limitada às interrogações que lhe são lançadas pela responsabilidade criminal pelo produto e por isso, sem a preocupação de revisar

---

<sup>1585</sup> Cf. KERT, R., «Lebensmittelrecht und Strafrecht an der Wende vom LMG 1975 zum LMSVG», *in: Ebrnährung/Nutrition 9* (2006), p. 382.

<sup>1586</sup> Como exemplo desta diversidade, tome-se a análise realizada na Primeira Parte (§ 7. 1), a propósito dos bens jurídico-penais protegidos em matéria de responsabilidade criminal pelo produto em diferentes ordenamentos jurídicos.

todos os elementos e categorias da infracção. Esta é tarefa, de resto, já realizada pela doutrina penal<sup>1587</sup>.

## 2.1 A vida e a integridade física

### 2.1.1 *Homicídio e Ofensas à integridade física*

No âmbito da protecção do consumidor e, em particular, da responsabilidade criminal pelo produto são relevantes, de forma imediata e enquanto interesses que importa tutelar, a vida e a integridade física. Neste contexto, o Código Penal português prevê, para além das incriminações genéricas de homicídio e ofensa à integridade física, o delito de corrupção de substâncias alimentares ou medicinais. As duas primeiras incriminações são concebidas e por regra tomadas por qualquer manual ou estudo de direito penal como exemplo paradigmático de crimes de lesão, cujo integral preenchimento típico pressupõe o dano daqueles bens jurídicos. De modo paralelo, são igualmente apontadas como crimes materiais ou de resultado, exigindo-se um nexo de imputação, causalmente fundamentado, daquele resultado à conduta típica.

Trata-se de duas classificações distintas mas que, por vezes, se sobrepõem<sup>1588</sup>. Na primeira, o facto criminoso é medido pela consequência da acção sobre o objecto juridicamente protegido, distinguindo-se o crime de dano do crime de perigo; neste último caso distinguem-se ainda os diversos graus de perigo pressupostos pelo tipo legal: abstracto, abstracto-concreto e concreto. No que

---

<sup>1587</sup> Para uma análise dos crimes contra a vida e a integridade física veja-se, por exemplo, as respectivas anotações de DIAS, Jorge de Figueiredo / BRANDÃO, Nuno, «Artigo 131.º», *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 4 e ss.; FARIA, Paula Ribeiro de, «Artigo 143.º», *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 298 e ss. Também, GONÇALVES, Maia M., *Código Penal Português*, *op. cit.*, p. 437 e ss., p. 486 e ss., e DIAS, Augusto Silva, *Crimes contra a Vida e a Integridade Física*, Lisboa: AAFDL, 2007. Sobre as incriminações contra a saúde pública previstas no Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, veja-se, por todos, DIAS, Augusto Silva, *Protecção Jurídico-Penal de Interesses dos Consumidores*, IDPEE (policopiado), Coimbra, 2001, e, do mesmo autor, «Entre “comes e bebes”...», *op. cit.*, p. 529 e ss.; DIAS, Eliete / FERNANDES, Josefina / RAMOS, Santos *Comentário das Leis Penais Extravagantes* (org. Paulo Pinto de Albuquerque e José Branco), Vol. II, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, 2011, p. 70 e ss.

<sup>1588</sup> Sobre a interpretação do conceito de resultado na doutrina penal veja-se a § 9 desta dissertação.

respeita à distinção entre crime de resultado e crime de mera actividade, ela assenta na pressuposição de o tipo legal de crime exigir ou não um evento espaço-temporalmente separável da conduta e realizado no “mundo exterior” (*Außenwelt*). Na medida em que esse evento ou resultado se aproxima de uma alteração do mundo exterior, valorizada pela ordem jurídica como prejudicial ao interesse protegido, o delito de resultado (ou material) aproxima-se do delito de dano e do delito de perigo concreto (entendido no sentido de um resultado-perigo)<sup>1589</sup>.

Ora, no âmbito da responsabilidade pelo produto, umas das questões que se apresenta com elevado grau de dificuldade é a questão da prova do nexo causal entre as lesões da vida ou da integridade física e o produto consumido. Trata-se de um requisito indispensável à imputação daqueles crimes à conduta do produtor, distribuidor ou comerciante dos concretos bens de consumo. Foi justamente esta complexidade que esteve na base de algumas decisões jurisprudenciais defensoras de uma flexibilização dos critérios de imputação tradicionais no âmbito da responsabilidade criminal pelo produto. São exemplos os casos *Lederspray* e *Contergan* expostos no capítulo introdutório. Retomaremos esta questão no capítulo seguinte ao procurarmos aplicar o modelo causal por nós proposto aos delitos de resultado de homicídio e ofensas à integridade física, convocáveis pelas situações de responsabilidade pelo produto.

### 2.1.2 *Corrupção de substâncias alimentares ou medicinais*

No âmbito das normas do sistema jurídico-penal português voltadas para a protecção do consumo, assume particular relevo o disposto no artigo 282.º do Código Penal, referente ao crime de *Corrupção de substâncias alimentares ou medicinais*. A antecipação da tutela, característica dos crimes de perigo, constitui nota distintiva deste delito, em face dos crimes de *Ofensas à integridade física* e de *Homicídio*. Do ponto de vista sistemático, o artigo 282.º insere-se no âmbito dos crimes de perigo comum,

---

<sup>1589</sup> Cf. SCHÖNKE / SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, *op. cit.*, Vor. §13, nota marginal 130, acrescentando os autores a possibilidade longínqua de um delito de perigo abstracto referir a perigosidade abstracta para o bem jurídico à realização de um determinado resultado exterior, separável da conduta. Apresentam como exemplo o § 306a, I, da StGB, onde se exige que o resultado destruição total ou parcial se impute à conduta do incendiário.



previstos no Capítulo III do Título IV (*Crimes contra a vida em sociedade*) da Parte Especial do Código Penal<sup>1590</sup>. Trata-se, porém, de um tipo legal complexo, propício a dificuldades de interpretação que importa referir.

a) A categoria de delitos de perigo comum constitui, como já se referiu<sup>1591</sup>, uma das categorias mais discutidas no âmbito da doutrina penal, quer pelos problemas dogmáticos que convoca quer pela heterogeneidade dos crimes que integra<sup>1592</sup>. Reunidas, de uma perspectiva sistemática, sob o mesmo capítulo, aquelas incriminações têm em comum a perigosidade, concreta ou abstracta, para uma diversidade de bens jurídicos protegidos, indeterminada no seu potencial danoso<sup>1593</sup>. É justamente este carácter difuso do dano que fundamenta o alarme social associado a estas incriminações<sup>1594</sup>. Acentua-se o risco (potencialmente catastrófico) inerente à

---

<sup>1590</sup> Sobre o significado da classificação da infracção do artigo 282.º do Código Penal como crime de perigo comum veja-se DIAS, Augusto Silva Dias, «Entre “comes e bebes”...», *op. cit.*, p. 495 e ss.; CUNHA, J. M. Damião da, «Artigo 282.º», *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 999. Em geral sobre os crimes de perigo comum, COSTA, José de Faria, «Artigo 272.º», *op. cit.*, p. 866 e s. e, do mesmo autor, *O Perigo em Direito Penal*, *op. cit.*, p. 534 e s.; BORGES, J. Marques, *Dos Crimes de Perigo Comum...*, *op. cit.*, p. 21 e ss.; ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, «Crimes de perigo comum e contra a segurança das comunicações em face da revisão do Código Penal», *in: Jornadas de Direito Criminal. Revisão do Código Penal*, Vol. II, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1998, p. 254 e ss.; PATRÍCIO, Rui, *Erro sobre as Regras Legais, Regulamentares ou Técnicas nos Crimes de Perigo Comum no Actual Direito Português*, Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2000, p. 195 e ss.

<sup>1591</sup> Cf. *supra*, § 7, 1. 2.

<sup>1592</sup> Interessante notar que, já em 1966, Eduardo Correia fundamentava, a propósito do Anteprojecto do Código Penal por si proposto, a grande amplitude dada aos crimes de perigo comum “na necessidade de defender o homem e a sociedade das actividades perigosas, uma necessidade que torna cada vez mais urgente à medida que o progresso técnico desenvolve métodos e instrumentos tão eficazes quanto perigosos”, cf. *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal. Parte Especial*, Lisboa, 1979, p. 273. De igual modo, o Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro, que aprovou o Código Penal, sublinha, no n.º 31, que os crimes de perigo comum “constituem a consagração de uma linha de pensamento da política criminal que acha necessária a intromissão do direito penal para salvaguardar certos bens jurídicos que a nossa sociedade tecnológica põe em perigo”.

<sup>1593</sup> À semelhança da lei alemã, o legislador português optou pela designação de crimes de perigo comum em detrimento de outras possibilidades como crimes de perigo colectivo ou crimes que criam um perigo para a colectividade, cf. BORGES, J. Marques, *Dos Crimes de Perigo Comum...*, *op. cit.*, p. 21 e s. Esclarece DIAS, Augusto Silva, «Entre “comes e bebes”...», *op. cit.*, p. 496, que, numa perspectiva sistemática, “aquela expressão é usada para designar crimes que atentam contra uma pluralidade de bens jurídicos, sem que possa encontrar-se um critério racional para afirmar a prevalência de um deles, que torne possível a identificação do seu desvalor. Por isso, tais crimes são apelidados de “delitos vagabundos” e os Códigos Penais, quer clássicos (caso do alemão e italiano), quer modernos (caso do português e do espanhol) optam por arrumá-los num capítulo próprio ao arrepio do critério de sistematização habitualmente seguido – o bem jurídico”.

<sup>1594</sup> Cf. BORGES, J. Marques, *Dos Crimes de Perigo Comum...*, *op. cit.*, p. 22.

conduta, bastando-se a lei penal com a produção do perigo (abstracto ou concreto) para que se considere preenchido o tipo legal. Neste sentido, “o dano que se possa vir a desencadear não tem interesse dogmático imediato”<sup>1595</sup>. Com efeito, como sublinha Marques Borges, estas incriminações funcionam como uma “defesa prévia” de determinados interesses (vida, integridade física e saúde, bens alheios...), destinada a garantir um conjunto de condições que são indispensáveis à segurança comum de todas e de cada uma das pessoas que estão inseridas na comunidade<sup>1596</sup>.

Os delitos previstos neste capítulo antecipam a tutela daqueles interesses para um momento de perigo. Deve, no entanto, notar-se que a noção de perigo comum não se confunde com o perigo concreto ou o perigo abstracto tipicamente previsto. Com efeito, o perigo comum não se reporta a qualquer elemento típico constitutivo da norma incriminadora ou sequer se define a partir da natureza perigosa da conduta, pressuposta na teleologia da norma, mas antes se toma como característica comum a todas as incriminações traduzida numa perigosidade difusa: nas palavras de Faria Costa, trata-se de um “perigo para um número indiferenciado e indeterminado de objectos de acção sustentados por bens jurídicos”<sup>1597</sup>.

A partir desta primeira nota conceptual facilmente se antevê que o perigo comum compreende quer o perigo concreto quer o perigo abstracto, desde que dotado de uma potencialidade de largo espectro, idónea a abranger de modo massificado, indiferenciado e indeterminado o bem jurídico protegido pela incriminação<sup>1598</sup>. Segundo Figueiredo Dias, trata-se de um perigo para pessoa indeterminada e não para uma determinada pessoa (outra pessoa)<sup>1599</sup>.

---

<sup>1595</sup> Cf. Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro, n.º 31.

<sup>1596</sup> Cf. BORGES, J. Marques, *Dos Crimes de Perigo Comum...*, *op. cit.*, p. 22 e s.

<sup>1597</sup> COSTA, José de Faria, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Vol. II, p. 866-867.

<sup>1598</sup> Deste modo, perde-se, no contexto dos crimes de perigo comum, as funções interpretativa e sistemática do bem jurídico-penal, cumpridas na ordenação das normas incriminadoras que integram o Código Penal, por forma a conferir-lhe a necessária racionalidade e coerência interna. Só por esta via a Parte Especial daquele Código pode realizar, entre os seus fins, a “função descritiva das representações e valorações colectivas”, cf. COSTA, José de Faria, *Direito Penal Especial*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 27 e ss. Também SOUSA, Susana Aires de, *Os Crimes Fiscais...*, *op. cit.*, p. 172, nota 138.

<sup>1599</sup> Num dever de contextualização destas palavras, deve esclarecer-se que elas se referem à modificação que viria a realizar-se em 1995 ao artigo 268.º – norma que encabeça os crimes de perigo comum – substituindo-se a expressão “outra pessoa” pelo termo “outrem”, cf. *Código Penal. Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, Ministério da Justiça, Lisboa, 1993.

É justamente neste contexto de perigo massificado que se insere o artigo 282.º do Código Penal, norma que importa analisar no horizonte desta investigação. Em um contexto comercial em que o elevado volume e a celeridade de trocas comerciais fazem impender sobre os seus intervenientes o estatuto de consumidor anónimo, o de um entre muitos que podem ser afectados pela conduta de corrupção de substâncias alimentares ou medicinais, o legislador penal acrescenta, aos delitos de lesão da vida e da integridade física, um delito criado sobre o perigo concreto para estes bens.

Como sublinha Damiano da Cunha, não parece haver dúvidas que os bens jurídicos protegidos neste tipo de crime são os valores da vida e da integridade física<sup>1600</sup>. Neste sentido, no plano do interesse tutelado pela norma incriminadora – e em nota contrária à marcada indefinição dos interesses tutelados pelos crimes de perigo comum – o legislador assume um claro recorte individualizado. Por outras palavras, o contexto situacional conformador da norma permite imediatamente identificar dois elementos diferenciadores do modo como a norma tutela estes bens jurídicos individuais: em primeiro lugar, a protecção daqueles interesses individuais é realizada num contexto específico – o das relações de consumo – onde a adulteração de substâncias consumíveis adquire uma maior gravidade e perigosidade, decorrente desde logo da confiança que o consumidor deposita na segurança daqueles bens e da pluralidade de pessoas inerente ao consumo massificado da sociedade moderna; adicionalmente, o legislador basta-se, na delimitação da ilicitude da conduta, com o pôr em perigo concreto a vida ou integridade física de determinada pessoa, embora se trate apenas de uma das muitas que poderiam ter sido atingidas<sup>1601</sup>, pressuposto o alcance da conduta que se incrimina, a saber, a adulteração de substâncias alimentares e medicinais.

Assim, da perspectiva do interesse protegido, a análise da norma incriminadora deixa de fora do seu alcance a tutela directa de um bem jurídico de natureza colectiva, de que seria exemplo a saúde pública ou a segurança dos

---

<sup>1600</sup> Cf. *Comentário Conimbricense do Código Penal*, *op. cit.*, p. 999.

<sup>1601</sup> A este propósito DIAS, Augusto Silva, «Entre “comes e bebes”...», *op. cit.*, p. 499, refere-se à pessoa cuja vida ou integridade física se viu colocada em perigo como um representante da colectividade ameaçada. Neste sentido, também CUNHA, Damiano J. M. da, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, *op. cit.*, p. 999.

consumidores. Esta conclusão, além de constituir o resultado directo de uma apreciação dos elementos do delito na sua materialidade, deriva, em segunda linha e de modo definitivo, das alterações formais produzidas pela Reforma de 1995, designadamente da sua inclusão no âmbito dos crimes de perigo comum e, do mesmo passo, da eliminação da categoria dos delitos contra a saúde<sup>1602</sup>. Por sua vez, o resultado (normativo) de perigo (para a vida ou integridade física), previsto no tipo legal, tem de imputar-se a alguma das condutas nele referidas.

b) Numa análise prévia, sem preocupações imediatas de recorte fino, mas ordenada à fixação dos traços gerais que delimitam a incriminação, deve dizer-se que o legislador desenhou o tipo legal a partir de uma triangulação, concorrente na determinação dos seus limites, que de seguida se expõe.

De um primeiro ângulo, o tipo legal enquadra as condutas incriminadas nos diversos estádios do circuito económico referidos pelo legislador nas duas alíneas do n.º 1. A primeira daquelas alíneas toma por núcleo os diversos momentos do processo produtivo, abrangendo na sua descrição típica o aproveitamento, a produção, a confecção, o fabrico, a embalagem, o transporte, o tratamento ou outra actividade que incida sobre as substâncias a que se refere a incriminação. A alínea b) encontra o seu referente nuclear nos diversos momentos relativos à colocação no mercado daquelas substâncias, tomando sob a sua alçada a importação, a dissimulação, a venda, a exposição para venda, o depósito para venda ou qualquer outra forma destinada à entrega para consumo alheio<sup>1603</sup>.

De uma outra perspectiva, o tipo legal é estreitado a partir da eleição típica de um efeito ou modificação decorrente daquela conduta: corrupção, falsificação, alteração, redução do valor nutritivo ou terapêutico ou junção de ingredientes. Trata-se, portanto de uma modificação prejudicial da qualidade das substâncias

---

<sup>1602</sup> Sobre as principais modificações operadas pela Reforma de 1995 no crime de *Corrupção de substâncias alimentares* veja-se DIAS, Augusto Silva, «Entre “comes e bebes”...», *op. cit.*, p. 483 e ss.

<sup>1603</sup> De notar que o artigo apenas refere expressamente, na alínea b) do n.º 1, a actividade de importação, sem que se considere de modo explícito a actividade exportadora. Muito embora esta actividade se possa considerar abrangida pela expressão “por qualquer forma, entregar a consumo alheio”, não deixa de ser curiosa a indicação expressa da importação e a omissão do acto de exportar substâncias alimentares e medicinais que ponham em perigo a vida ou a integridade física de outrem.

consumíveis tornando-as nocivas para a saúde humana. Todavia, a tipicidade da conduta há-de ainda depender, agora no plano valorativo, da verificação do resultado concreto de perigo, para a vida ou saúde individual.

Por fim, a concretização legislativa realiza-se, num terceiro momento, por via da identificação das substâncias que constituem objecto daquelas condutas. A incriminação não contempla todos os bens ou objectos de consumo, tendo o legislador pormenorizado quais as substâncias cuja integridade quis preservar. Trata-se de substâncias (alimentares) destinadas a consumo alheio, para serem comidas, mastigadas e bebidas, bem como substâncias para fins medicinais ou cirúrgicos.

Este retrato genérico da incriminação deixa vislumbrar desde já uma primeira interrogação em torno da razão da limitação da incriminação a condutas de adulteração de substâncias destinadas à alimentação humana ou de substâncias para fins medicinais ou cirúrgicos. Em ambos os casos, trata-se de bens que têm em vista o consumo alheio, no sentido de, no seu percurso económico, terem por fim o comércio público<sup>1604</sup>. O legislador, conforme é sugerido na epígrafe do artigo, restringe a proibição à adulteração de determinadas substâncias: alimentares e medicinais. A razão material desta escolha parece assentar em primeira linha na relação directa e imediata daquelas substâncias com a integridade corporal daqueles que as consomem. Não podiam, assim, deixar de ser incluídas naquele espaço normativo.

Todavia, a interrogação que nos assola, e que por agora somente se enuncia, prende-se com a adequação de uma tal restrição à natureza da norma incriminadora enquanto delito de perigo comum, voltado para o considerável aumento do risco para um número indeterminado de pessoas decorrente do processo produtivo numa sociedade tecnologicamente desenvolvida. Neste contexto de relações massificadas de consumo nada impede que os bens jurídicos protegidos – vida e integridade física – possam ser tanto ou mais ameaçados por actos de corrupção ou adulteração de bens de consumo que não sejam especificamente alimentares (mastigados, comidos ou bebidos) ou medicinais.

---

<sup>1604</sup> Assim, CUNHA, J. M. Damião da, «Artigo 282.º», *op. cit.*, p. 1000.

c) Prosseguindo a caracterização da norma incriminadora e tomando por referência a tutela da vida e da integridade física, importa sublinhar a opção legislativa no sentido de um delito de perigo concreto. Por via da técnica legislativa usada, o integral preenchimento do tipo ocorre somente com a produção do evento jurídico de perigo. Na conformação típica, o legislador não se bastou com a perigosidade, empiricamente comprovável, da acção no sentido de um delito de aptidão. Antes estabeleceu um crime de perigo comum concreto cuja tipicidade exige que a conduta descrita se projecte, segundo uma relação de necessidade, num perigo concreto para a integridade física ou para a vida.

Assim, tendo em conta, por um lado, a perigosidade da acção inerente por definição aos crimes de perigo comum e, por outro, a técnica legislativa usada, cruzam-se no artigo 282.º duas noções diversas de perigo: a primeira assente no desvalor da acção, apta a lesar um número indeterminado de consumidores; a segunda assente no desvalor do resultado normativo, referente ao perigo concreto, para a vida ou a integridade física de um consumidor. Nas palavras de Silva Dias, o perigo comum não se queda pela perigosidade da acção, mas antes se materializa num resultado de perigo. “Essa materialização significa que a aptidão geral da acção se concretiza em pelo menos uma das pessoas casualmente abrangidas pelo seu raio, causando um abalo («Erschütterung») à sua vida ou integridade física”<sup>1605</sup>. Sobrepõem-se assim, na estrutura da incriminação, dois juízos de natureza distinta: o de imputação e o de perigo<sup>1606</sup>. O autor sublinha que “se trata de aspectos estruturalmente distintos, que podem coexistir (e coexistem nos crimes de perigo concreto) mas jamais coincidem: o juízo de imputação assenta sobre um nexos causal que supõe a existência de dois acontecimentos reais e a efectivação entre eles de uma relação de necessidade; o juízo de perigo tem por base um acontecimento real e um outro virtual e procura saber se é possível instituir entre ambos uma relação de probabilidade”.

Em jeito de acrescento às palavras de Silva Dias apenas se adianta que, da nossa perspectiva, aquele juízo de imputação próprio dos delitos de perigo concreto

---

<sup>1605</sup> Cf. «Entre “comes e bebes”...», *op. cit.*, p. 505.

<sup>1606</sup> A questão é desenvolvida de forma aprofundada por DIAS, Augusto Silva, «Entre “comes e bebes”...», *op. cit.*, p. 506.

se cumpre através da previsibilidade de lesão do bem jurídico e, neste sentido, através de um critério normativo (e não material) de imputação. Todavia, como bem sublinha aquele autor, o perigo assume neste contexto um duplo sentido, enquanto perigosidade comum e (resultado de) perigo concreto: o juízo de perigosidade há-de ter por referente nuclear e directo, no âmbito jurídico, o interesse valioso (o bem jurídico) a proteger; o juízo de imputação há-de conter entre os seus elementos uma previsibilidade lesiva do bem jurídico corporizado na vida ou na integridade física de alguém, fundamentada cientificamente numa relação de necessidade entre uma determinada acção e um determinado efeito. Assim, enquanto o juízo de perigosidade corresponde a um juízo de probabilidade, o juízo de imputação corresponde à possibilidade de realização concreta dessa probabilidade, materializada no nexos de necessidade que se estabelece entre a acção e o resultado (perigo), comprovável em concreto.

Para que o tipo legal se considere preenchido, será necessário afirmar, num plano abstracto, compreendida a incriminação no âmbito dos crimes de perigo comum, a perigosidade da acção para um conjunto determinado mas indeterminável de pessoas, a saber, os consumidores (perigosidade difusa da acção); será ainda indispensável, do ponto de vista típico, que essa perigosidade se concretize em circunstâncias fácticas valoráveis de uma perspectiva normativa como perigosas, em concreto, para os bens jurídicos protegidos – perigo esse que há-de imputar-se à acção por via de um juízo de previsibilidade de lesão para a vida ou para a saúde de pelo menos um dos elementos que integram aquele conjunto (juízo de imputação).

Deste modo, no momento de aplicação da norma, o julgador terá de indagar da verificação desta dupla exigência típica em torno do conceito de perigo, projectado, em abstracto, no desvalor da acção por via da sua perigosidade e, em concreto, num resultado valorado como perigoso para o bem jurídico protegido.

Esta opção legislativa no sentido da incriminação de perigo concreto eleva porém a complexidade típica e não escapa à crítica doutrinal. Neste contexto, não pode deixar de se referir a relevante análise jurisprudencial realizada por Augusto Silva Dias<sup>1607</sup>. Através desse estudo, e, em particular, do estudo do acórdão da

---

<sup>1607</sup> Cf. «Entre “comes e bebes”...», *op. cit.*, p. 477 e ss.

Relação de Coimbra, de 10 de Julho de 1996, este autor conclui que a prova da perigosidade da conduta, realizada pelo tribunal, é insuficiente (contrariamente ao que foi sustentado naquela decisão) para que se possa aplicar o artigo 282.º do Código, uma vez que se encontra referida à comprovação da idoneidade da conduta para lesar os bens jurídicos protegidos pela incriminação. O tipo legal exige que se vá para além da comprovação dessa idoneidade e se demonstre a criação de circunstâncias valoráveis como um perigo concreto para a saúde ou para a vida, prova que se perspectiva, em fenómenos de massa como as relações de consumo, como difícil e de complexa realização. O autor serve-se desta análise para apontar a desvantagem político-criminal, na tutela destes interesses, dos crimes de perigo comum relativamente às restantes modalidades de perigo e, muito particularmente, favorece a linguagem própria do crime de aptidão, opção por si concretizada na elaboração das infracções criminais previstas no Anteprojecto do Código do Consumidor, de 2006 <sup>1608</sup>.

d) Como já se referiu, o n.º 1 do artigo 282.º estrutura-se em torno de duas alíneas que, por sua vez, tomam por referência diferentes estádios do processo económico do bem alimentar ou medicinal: a alínea a) centra-se sobre a produção e o transporte; a alínea b) em torno da comercialização.

Em particular, uma correcta interpretação da alínea b) confronta-se com a questão de saber se através da expressão “substâncias *que foram objecto de actividades referidas na alínea anterior*”, o tipo legal exige uma necessária actuação directa do agente sobre os produtos ou se basta o conhecimento do acto de adulteração realizado por outrem. Eduardo Correia, nas actas da comissão revisora, referindo-se a uma estrutura formal do artigo diversa da actual versão do Código (na qual a divisão em números foi transformada numa separação em alíneas), entendia que aquela expressão pressupõe uma actuação do agente sobre os produtos <sup>1609</sup>. A esta

---

<sup>1608</sup> Com efeito, o uso de uma construção típica própria do crime de aptidão, assente sobre a idoneidade da conduta para a lesão dos bens jurídicos protegidos, mereceu da parte deste autor uma proposta de consagração legislativa, nas infracções criminais previstas no Anteprojecto do Código do Consumidor, cf. «Linhas gerais do regime jurídico dos crimes contra interesses dos consumidores...», *op. cit.*, p. 561.

<sup>1609</sup> Cf. *Actas das Sessões...*, *op. cit.*, p. 305.



interpretação se opôs Marques Borges, também no âmbito da versão originária do Código, ao considerar que deviam ser incriminados aqueles que comercializam estas substâncias conhecendo a sua adulteração em virtude de factores externos<sup>1610</sup>. Neste sentido se pronuncia também Augusto Silva Dias acrescentando, em referência ao uso daquela expressão na versão actual do artigo, um outro argumento, a nosso ver decisivo de uma perspectiva político-criminal: se a actuação de factores externos fosse restringida à segunda parte da alínea b), “resultaria atípica e, por isso, impune, a comercialização de géneros alimentares anteriormente corrompidos ou falsificados, sabendo o agente disso”<sup>1611</sup>.

Acrescente-se apenas a título de nota marginal que no nosso entendimento sempre restaria a possibilidade de este agente, que conhece os actos de corrupção de produtos alimentares ou medicinais, realizados anteriormente por outrem, poder ser punido por via participativa, designadamente através da figura da co-autoria sucessiva. Todavia, seria necessária a existência de uma decisão conjunta na prática criminosa, ainda que com a particularidade de se tratar de uma adesão posterior ao início de uma execução iniciada no acto de produção e continuada agora pelo agente por via da comercialização. Assim, pressuposta a complexidade desta via, julgamos ser de aderir à argumentação de Augusto Silva Dias. Ou seja, deve entender-se que por “actividades referidas na alínea anterior” se compreendem tanto os actos realizados pelo agente, como as práticas anteriores de adulteração realizada por terceiro e por ele conhecidas. Deste modo, o agente que comercializa produtos alimentares ou medicinais, que sabe terem sido adulterados por outrem, é autor imediato do crime previsto no artigo 282.º do Código Penal.

e) Da perspectiva do tipo subjectivo, o n.º 1 do artigo 282.º exige uma actuação dolosa do agente, bem como a representação do perigo que ela comporta para os bens jurídicos protegidos, estabelecendo como sanção a prisão de um a oito

---

<sup>1610</sup> Cf. BORGES, J. Marques, *Dos Crimes de Perigo Comum...*, *op. cit.*, p. 187. Também DIAS, Augusto Silva, «Entre “comes e bebes”...», *op. cit.*, p. 504, nota 69, tomando por referência um outro texto daquele mesmo autor, faz alusão a tal interpretação normativa numa passagem que ora se transcreve: “quem na actividade de comercialização tiver consciência da falta de genuinidade dos produtos alimentares tem responsabilidade criminal, uma vez que não se opõe, nem interrompe a circulação de produtos que podem pôr em causa a vida, a saúde e a integridade física alheia”.

<sup>1611</sup> Cf. «Entre “comes e bebes”...», *op. cit.*, p. 504.

anos. No entanto, o legislador entendeu punir, embora de forma menos severa, as situações em que o perigo foi criado por negligência. Trata-se da situação prevista no n.º 2 do artigo 282.º: se o agente representar que está a praticar uma conduta proibida mas acreditar erroneamente que não há perigo, isto é, se actuar com negligência quanto ao perigo criado, a pena é de prisão até cinco anos. Por último, sanciona-se, no n.º 3 daquele preceito, com pena de prisão até três anos ou pena de multa, os casos em que o autor não representa dolosamente que realiza uma das condutas previstas no tipo legal, e cria, por essa via, um perigo concreto para os bens jurídicos protegidos.

f) Na determinação do âmbito de protecção dos bens jurídicos vida e integridade física por via do artigo 282.º, é ainda necessário atender ao disposto no artigo 285.º do Código Penal. Esta norma refere-se à agravação pelo resultado morte ou ofensa à integridade física grave em consequência da prática dos crimes de perigo comum aí previstos, entre os quais se encontra o delito de *Corrupção de substâncias alimentares ou medicinais*. A articulação desta disposição com as várias possibilidades, de actuação dolosa ou negligente, previstas nos números 1, 2 e 3 do artigo 282.º, pode suscitar algumas dúvidas, em virtude de um eventual excesso punitivo da negligência. Com efeito, nos termos da disposição conjugada destas duas normas, pode dar-se uma agravação da pena do agente pela morte ou a ofensa à integridade física grave que resulta da criação de um mero perigo negligente, imputado, por sua vez, a uma conduta negligente do agente. Esta combinação de diversas negligências entra em claro desvio ao conceito tradicional de crime preterintencional<sup>1612</sup>, no quadro do qual a conduta base deve ser imputada ao agente a título doloso. Esta última era, na verdade, a solução seguida no projecto, na agravação prevista no artigo 322.º, por remissão para o artigo 315.º. Neste contexto, é clarificadora a resposta de Eduardo Correia a objecções levantadas pelo Conselheiro Bernardes de Miranda, no sentido de os factos agravantes previstos terem “sempre lugar através

---

<sup>1612</sup> Referimo-nos à concepção que toma como o crime base como um crime doloso, mais tarde alargada, pelo artigo 18.º do Código de 1982, com a evolução para o crime agravado pelo resultado, no sentido de a conduta base poder ser realizada somente a título negligente. Sobre esta evolução e sobre a distinção entre crime preterintencional e crime agravado pelo resultado, MONIZ, Helena, *Agravação pelo Resultado...*, *op. cit.*, p. 401.

dos crimes-base cometidos por dolo”<sup>1613</sup>. Não foi esta a opção seguida pelo legislador logo na versão originária do Código Penal de 1982, na disposição conjunta do artigo 273.º e 267.º, admitindo a possibilidade da agravação pelo resultado ainda que a conduta-base fosse negligente. Esta possibilidade manter-se-ia, como já se referiu, na actual redacção dos artigos 282.º e 285.º<sup>1614</sup>.

Em jeito de nota complementar, acrescente-se que seria justamente uma norma de agravação pelo resultado, semelhante à prevista no artigo 285.º, que conduziria, no contexto do ordenamento jurídico espanhol, à punição agravada de alguns intervenientes no caso do óleo de colza, cuja matéria de facto oportunamente se expôs<sup>1615</sup> na secção introdutória deste trabalho.

g) Por fim, na concretização dos contornos típicos do tipo legal de corrupção de substâncias alimentares, não pode deixar de se referir uma última nota no domínio da autoria criminosa decorrente da revisão do Código Penal realizada em Setembro de 2007. Em consequência das alterações introduzidas no artigo 11.º daquele diploma, o artigo 282.º viu alargar-se os limites referentes à autoria criminosa aos entes colectivos, admitindo-se assim como centro de imputação da responsabilidade, a par da conduta individual, o domínio organizativo<sup>1616</sup>. Com efeito, o n.º 2 daquele artigo introduz no código um catálogo de crimes pelos quais se pode responsabilizar a pessoa colectiva. Entre essas incriminações conta-se justamente o crime de *Corrupção de substâncias alimentares ou medicinais*. Independentemente da bondade da inclusão no código da responsabilidade criminal

---

<sup>1613</sup> Cf. *Actas das Sessões...*, *op. cit.*, p. 307 e p. 296.

<sup>1614</sup> Sublinhe-se, no entanto, que o artigo 263.º, referente à agravação, exigia que o resultado morte ou lesão corporal grave tivesse sido causado pelo agente com negligência. Esta referência à imputação do resultado agravante a título de negligência desapareceu, na versão actual do código, do artigo 285.º. Todavia, a sua exigência, tendo em vista eliminar-se a possibilidade de se estar perante uma agravação penal objectiva, fundamenta-se, desde logo, no artigo 18.º, nos termos do qual “quando a pena aplicável a um facto for agravada em função da produção de um resultado, a agravação é sempre condicionada pela possibilidade de imputação desse resultado ao agente pelo menos a título de negligência”. Sobre o contexto histórico conducente ao actual artigo 18.º do Código Penal, cf. MONIZ, Helena, *Agravação pelo Resultado*, *op. cit.*, p. 95 e ss.

<sup>1615</sup> Cf. *supra*, § 1, 2.4.

<sup>1616</sup> Sublinhando que esta mudança de paradigma no âmbito do direito penal clássico é em certa medida influência do direito penal secundário veja-se PALMA, Maria Fernanda, «Direito Penal Especial – O vértice do sistema penab», *in: Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 555.

dos entes colectivos, questão que não cabe neste contexto discutir, entende-se e justifica-se a inclusão deste crime naquele catálogo, pressuposto o contexto empresarial da sua prática.

## 2.2 A confiança na qualidade e autenticidade dos bens

Uma exposição sobre a relevância criminal reconhecida em Portugal à violação dos interesses dos consumidores por via da conduta de produção e comercialização de produtos adulterados ou defeituosos não pode ter-se como completa sem uma necessária referência ao Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, em particular ao artigo 23.º, referente ao crime de *Fraude sobre as mercadorias*, e ao artigo 24.º, onde se prevê o crime *contra a genuinidade, qualidade ou composição de géneros alimentícios e aditivos alimentares*. A importância desta análise é imediatamente denunciada pela proximidade, até textual, do artigo 282.º do Código Penal e do artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 28/84. Só uma consideração conjunta das duas normas permitirá definir com clareza o respectivo âmbito de actuação, bem como apontar eventuais lacunas decorrentes da sua articulação<sup>1617</sup>. É esta a razão pela qual, desrespeitando a ordem sistemática estabelecida pelo Decreto-Lei n.º 28/84, se atende, em primeiro lugar e de modo primário, ao disposto no artigo 24.º, ainda que nessa análise surjam já algumas referências ao crime de *Fraude sobre mercadorias*, necessárias à compreensão do objecto de tutela de ambas as normas.

### 2.2.1 O crime contra a genuinidade e qualidade dos géneros alimentícios e aditivos alimentares

Nas alíneas que se seguem procede-se à análise dos elementos principais constitutivos desta incriminação, em particular do seu recorte típico e do bem

---

<sup>1617</sup> A proximidade entre as duas incriminações é com frequência sublinhada pelas decisões jurisprudenciais, confrontadas com a subsunção jurídica dos factos sujeitos a julgamento. É o caso por exemplo do Acórdão do STJ de 18 de Maio de 1988 (tendo por referência o artigo 273.º do Código Penal, predecessor do actual artigo 282.º).

jurídico tutelado, justificada pela controvérsia doutrinal e jurisprudencial que tem vindo a suscitar.

a) Como já se referiu, o Decreto-Lei n.º 28/84 revogou parcialmente o anterior Decreto-Lei n.º 41 204, de 24 de Julho de 1957, bem como o Decreto-Lei n.º 191/83, de 16 de Maio, referente a matéria contra-ordenacional. As modificações mais relevantes projectaram-se não só no conteúdo material das novas incriminações, como também na alteração da sua estrutura sistemática. Em particular, no que respeita à incriminação que nos propomos analisar, o legislador de 1984 inseriu o crime contra a genuinidade, qualidade ou composição dos géneros alimentícios na subsecção referente aos crimes contra a economia. Este diploma afasta-se assim da estrutura normativa do Decreto-Lei n.º 41 204 – uma das suas matrizes históricas – no âmbito do qual o crime de falsificação de géneros alimentícios não nocivos à saúde do consumidor (artigo 17.º, al. b)) e a comercialização de géneros alimentícios falsificados, avariados ou corruptos somente impróprios para consumo (artigo 18.º, al. b)) constavam da subsecção referente às infracções contra a saúde pública.

Muito embora o Decreto-Lei n.º 28/84 tome como objecto as infracções contra a economia e contra a saúde pública e não obstante o uso do plural na subsecção referente aos crimes contra a saúde pública, apenas se prevê, neste segmento, uma única incriminação: o *Abate clandestino* (artigo 22.º)<sup>1618</sup>.

Deste modo, do ponto de vista sistemático, os interesses protegidos pelo artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 28/84 são de natureza económica<sup>1619</sup>, não obstante a proximidade, quer histórica quer literal, deste diploma ao artigo 282.º do Código Penal, marcado no seu objecto de tutela pelos interesses pessoais do consumidor.

---

<sup>1618</sup> Neste sentido, o direito penal secundário acompanhou a evolução legislativa do Código Penal no sentido da restrição da tutela penal do bem jurídico saúde pública.

<sup>1619</sup> A natureza económica do interesse protegido é referida no preâmbulo do diploma quando inclui entre as suas principais inovações a “introdução de alterações importantes na estrutura e penalização de infracções previstas no Decreto-Lei n.º 41 204, passando, assim, e salvo estando em causa os valores da vida, da saúde e da integridade física das pessoas - cuja protecção está assegurada na parte especial do Código Penal -, tais matérias a constituir infracções contra a genuinidade, qualidade e composição dos géneros alimentícios e aditivos alimentares, em que os valores protegidos são a confiança de quem entra em relação negocial com o agente e, reflexamente, o interesse patrimonial do adquirente ou do consumidor”.

Muito embora esta tenha sido uma das posições sufragadas na doutrina penal, ela não mereceu o reconhecimento unânime dos autores que voltaram o seu estudo à análise da norma prevista no Decreto-Lei n.º 28/84.

Em particular quanto ao bem jurídico protegido nos delitos incorporados naquele diploma, destaca-se um estudo de Costa Andrade, publicado logo em 1985<sup>1620</sup>. Com efeito, a nota principal apontada pelo autor àquele decreto legislativo, idónea a conferir-lhe uma específica diferença na comparação com o diploma de 1957, consiste no relevo concedido ao bem jurídico na classificação e sistematização das infracções<sup>1621</sup>.

A este propósito, Costa Andrade pronuncia-se especificamente sobre os artigos 23.º, 24.º e 25.º, artigos que abrem no diploma o conjunto das incriminações contra a economia e que, da sua perspectiva, concretizam condutas genericamente reconduzíveis à categoria de *Fraude sobre mercadorias*. Estabelecendo um paralelo com a figura da *Falsificação dos géneros alimentícios*, prevista no artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 41 204, o autor mostra-se profundamente crítico quanto à inserção destas normas numa secção referente aos crimes contra a saúde pública. Apoiando-se em Geerds, Costa Andrade sublinha ainda que a falsificação de géneros constitui uma forma de enganar o público, o consumidor, pelo que constitui, neste sentido, uma autêntica fraude, afastada de uma qualquer ideia de defesa da saúde pública. Assim, da sua perspectiva, o bem jurídico tutelado pelo crime de falsificação de géneros alimentícios tem uma natureza claramente económica e identifica-se com a “confiança da colectividade na lisura do tráfico jurídico, concretamente, na autenticidade e genuinidade dos géneros”. Com recurso às palavras de Geerds, acrescenta o autor que as condutas susceptíveis de preencher a factualidade daquele crime hão-de estar dotadas das “características que violam as expectativas reconhecidas dos consumidores em relação à mercadoria concreta. (...) isto pode

---

<sup>1620</sup> O estudo em causa intitula-se «A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro) à luz do conceito de “bem jurídico”», publicado pela primeira vez, em 1985, no *Ciclo de Estudos de Direito Penal Económico*, Centro de Estudos Judiciários, 1985, p. 69-105. Este texto foi posteriormente integrado na colectânea *Direito Penal Económico: Textos Doutrinários*, Vol. 1, p. 387-411.

<sup>1621</sup> Cf. «A nova lei dos crimes contra a economia...», *op. cit.*, p. 406

dar-se através de *imitações, produção defeituosa, contrafacção, redução quantitativa, etc.*”<sup>1622</sup> Costa Andrade sublinha também que já na vigência do Decreto-Lei n.º 41 204 a impropriedade para o consumo (a que se referia o artigo 18.º, acrescente-se) era frequentemente referida ao juízo de autenticidade, isto é, de correspondência entre os géneros produzidos ou vendidos e as qualidades exigidas por lei ou, na sua ausência, pelas normais expectativas criadas a propósito daquele bem. Esta interpretação extensiva do crime de falsificação de géneros conhece o seu fim com a sua tipificação, no quadro do Decreto-Lei n.º 28/84, entre os crimes contra a economia. Assim, o bem jurídico tutelado no artigo 24.º deste diploma coincide com a *confiança dos operadores económicos na genuinidade e autenticidade dos produtos*, neste caso, alimentares. Deste modo, se compreende que se prescindia de um qualquer perigo para a saúde<sup>1623</sup>.

Posição diferente é assumida por Silva Dias. Partindo de um enquadramento histórico das infracções contra os interesses pessoais e económicos dos consumidores, entende que a partir do Decreto-Lei n.º 41 204 as incriminações mais relevantes na área do consumo de géneros alimentícios se podem dividir em três grupos: crimes contra a saúde pública, crimes contra a qualidade e genuinidade de bens de consumo e o crime de fraude nas vendas que acautela interesses económicos dos consumidores. Embora esta trilogia tivesse sido desfeita no período que medeia entre a revogação daquele diploma pelo Código Penal de 1982 e a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 24/84, é convicção do autor que ela se mantém na actual legislação: “o crime de perigo comum do art. 282.º assegura a protecção da vida e da saúde dos consumidores; o crime do art. 24.º do Decreto-Lei n.º 28/84 tutela a qualidade dos géneros alimentícios; o crime do art. 23.º do mesmo diploma protege o interesse económico dos consumidores”<sup>1624</sup>.

No que diz respeito concretamente ao bem jurídico protegido pelo artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 28/84, Silva Dias afasta, num primeiro momento, a ligação

---

<sup>1622</sup> Cf. «A nova lei dos crimes contra a economia...», *op. cit.*, p. 407.

<sup>1623</sup> Interpretação algo diferente era sustentada por ROCHA, Manuel António Lopes, «Falsificação de produtos alimentares...», *op. cit.*, p. 39, no contexto do Decreto-Lei n.º 41 204, no sentido de que a impropriedade para o consumo não pode deixar de constituir um perigo, ainda que remoto, para a saúde pública, assim se compreendendo a sua inserção sistemática entre as infracções contra a saúde pública.

<sup>1624</sup> Cf. «Entre “comes e bebes”...», *op. cit.*, p. 537.

entre a impropriedade para o consumo e uma qualquer forma de tutela da saúde pública, como havia sido sustentado, ao abrigo da anterior legislação, por Lopes Rocha<sup>1625</sup>. Rejeita também, num segundo momento, que o interesse tutelado naquele artigo coincida, como defende Costa Andrade, com a confiança dos operadores económicos na autenticidade dos géneros alimentícios, afastando, por esta via, a sua inclusão na categoria genérica de crimes contra a economia, muito embora reconheça que a economia ou o quadro económico constitui o quadro temático daqueles comportamentos<sup>1626</sup>. O autor faz assentar esta sua posição numa análise comparativa desta incriminação não só com a *Fraude sobre mercadorias*, como também com incriminações próximas. Assim, entender como bem jurídico protegido a confiança dos operadores económicos não só impede que se possa distinguir os objectos de tutela dos artigos 23.º e 24.º, como dificilmente permite distinguir a *Fraude sobre mercadorias* de outras incriminações como o *Açambarcamento*, a *Destruição de bens e matérias-primas*, ou a *Especulação*, que igualmente tutelam a confiança dos operadores económicos (desta feita, no regular funcionamento do mercado e na estabilidade dos preços) e onde se concretizam autênticas formas de fraude sobre mercadorias (por exemplo, a venda de bens com peso inferior ao legalmente prescrito ou indicado nas embalagens ou recipientes, prevista no artigo 35.º, n.º 1, al. b))<sup>1627</sup>.

Na concretização do interesse tutelado, o autor acrescenta que o bem jurídico protegido nos artigos 23.º e 24.º (e também 25.º) se distingue da tutela do funcionamento do mercado pela sua referência aos direitos económico-sociais dos consumidores, constitucionalmente reconhecidos no artigo 60.º da Constituição e, em particular, no direito à qualidade dos bens e serviços. É por via desta referência constitucional que o autor estabelece uma diferença de sentido entre os bens jurídicos protegidos por intermédio daquelas normas e os interesses tutelados pelos crimes previstos nos artigos 28.º, 31.º e 35.º. Esta diferença “passa pela afectação daqueles à linguagem dos direitos (sociais) e, portanto, a um referente pessoal

---

<sup>1625</sup> Cf. «Entre “comes e bebes”...», *op. cit.*, p. 535 e ss. Também, do mesmo autor, «*Delicta in se*»... *op. cit.*, p. 817 e s.

<sup>1626</sup> Cf. «Entre “comes e bebes”...», *op. cit.*, p. 539 e «*Delicta in se*»... *op. cit.*, p. 852.

<sup>1627</sup> Cf. «Entre “comes e bebes”...», *op. cit.*, p. 539.



(difuso) e deste últimos ao funcionamento do sistema de economia de mercado, mais precisamente, aos subsistemas do abastecimento regular do mercado de primeira necessidade (artigos 28.º e 31.º) e estabilidade dos preços (artigo 35.º)”<sup>1628</sup>.

Desta perspectiva, Silva Dias faz coincidir o bem jurídico protegido pelos artigos 23.º e 24.º do Decreto-Lei n.º 28/84 com a qualidade e genuinidade dos bens de consumo. Na distinção entre estes dois ilícitos, denunciada desde logo pelo modelo de fraude seguido no artigo 23.º (e já não no artigo 24.º), o autor reconhece que por via da *Fraude sobre as mercadorias* se tutela, para além da autenticidade dos produtos, interesses económicos dos consumidores como a lealdade na produção, distribuição e venda de mercadorias<sup>1629</sup>. Já o artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 28/84 é concebido pelo autor como uma forma especial de tutela do bem jurídico supra-individual *qualidade e genuinidade dos géneros alimentares e aditivos alimentares*, na medida em que na sua ausência ficariam impunes as condutas de produção ou comércio de bens alimentares inadequados para o consumo em que não esteja presente a específica intenção de enganar. A sua dignidade penal há-de encontrar-se, segundo um escrito posterior do autor, numa danosidade social, capaz de ser experienciada pessoalmente, e constitui exemplo ilustrativo de um interesse supra-individual susceptível de ser considerado objecto de tutela penal, por oposição a interesses de natureza sistémica, como a confiança no regular funcionamento do mercado bolsista ou a confiança dos operadores no regular funcionamento do mercado e na estabilidade dos preços, ou ainda uma eventual confiança dos consumidores na qualidade dos géneros alimentares<sup>1630</sup>.

É interessante notar que estas duas posições – a de Costa Andrade, por um lado, e a de Silva Dias, por outro – se aproximam quanto ao bem jurídico intermédio protegido, uma vez que em ambas se faz coincidir o objecto de tutela com a autenticidade e a genuinidade dos géneros. Cumulativamente, ambas as perspectivas emparelham os crimes de *Fraude sobre mercadorias* e de *Adulteração dos géneros alimentares*. Todavia, divergem quanto ao fundamento daquela semelhança entre as incriminações. Costa Andrade refere a autenticidade dos bens de consumo,

---

<sup>1628</sup> «Entre “comes e bebes”...», *op. cit.*, p. 539-540.

<sup>1629</sup> Cf. «*Delicta in se*»..., *op. cit.*, p. 860.

<sup>1630</sup> Cf. «*Delicta in se*»..., *op. cit.*, p. 817 e ss.

tutelada por aqueles delitos, aos interesses económicos dos consumidores, conferindo-lhes, em congruência com a sua inserção sistemática, uma natureza económica. Por sua vez, Silva Dias recusa a tutela, a título principal, por via daquelas normas, de interesses económicos dos consumidores, fundamentando o bem jurídico autenticidade e genuinidade dos produtos nos direitos sociais dos consumidores.

A questão do bem jurídico tutelado por via desta incriminação tem igualmente dividido a jurisprudência. Algumas decisões judiciais que atendem ao interesse protegido pelo artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 28/84, tomam por referência o artigo 282.º do Código Penal. Por conseguinte, reconhecem ao bem jurídico um carácter pessoal que lhe advém da tutela de interesses como a vida e a integridade física. Todavia, a nota distintiva entre os dois delitos passaria pelo distinto juízo de perigo exigido pelas incriminações em causa: o perigo concreto no Código Penal e o perigo abstracto na legislação secundária. É este, por exemplo, o sentido do Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 2 de Maio de 2007,<sup>1631</sup> que, qualificando as duas incriminações como crimes de perigo comum, as diferencia por via do distinto juízo de perigo – concreto ou abstracto – pressuposto no tipo legal<sup>1632</sup>.

Uma outra orientação jurisprudencial é seguida pelo Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 11 de Novembro de 2007,<sup>1633</sup> no âmbito do qual a determinação do bem jurídico tutelado constitui uma das questões principais abordadas: entre os argumentos sustentados na motivação do recurso pelos arguidos condenados pela prática daquele crime em primeira instância, conta-se a prova de que os produtos apreendidos não eram susceptíveis de criar risco efectivo para a vida ou integridade física de terceiros consumidores, sendo que tal risco estaria pressuposto na intenção daquela norma incriminadora. Na senda de jurisprudência

---

<sup>1631</sup> Disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>1632</sup> No sentido da qualificação do artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 28/84 como um crime de perigo abstracto, também o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15 de Março de 1995 (cujo sumário está disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

<sup>1633</sup> Disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

anteriormente seguida naquele tribunal<sup>1634</sup>, os juízes desembargadores rejeitam a argumentação dos arguidos e consideram que o delito em causa tem a natureza de um crime contra a economia, identificando o bem jurídico protegido com a “confiança da sociedade na lisura do comércio jurídico, e mais concretamente na autenticidade e genuinidade dos produtos”. Neste sentido, entendeu-se que o tipo legal não exige o risco de criação de perigo para a saúde, como sustentavam os recorrentes.

Também o Tribunal da Relação de Lisboa, em acórdão datado de 23 de Março de 2000, reconhece ao bem jurídico protegido no artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 28/84 uma natureza colectiva ou supra-individual ao identificar o bem jurídico protegido com a “garantia da genuinidade e autenticidade dos produtos alimentares e da salvaguarda dos consumidores em geral”<sup>1635</sup>.

A questão do bem jurídico protegido pela incriminação prevista no artigo 24.º denota, nos termos expostos, alguma controvérsia doutrinal e jurisprudencial. Da nossa perspectiva, o tipo legal denuncia, através da própria redacção, que se procura acautelar a confiança dos consumidores na qualidade dos bens alimentares destinados ao consumo público, punindo-se a sua impropriedade para o consumo. Esta leitura é secundada materialmente no plano constitucional pelo reconhecimento naquele texto fundamental do direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, revestido de dignidade autónoma de modo expreso n.º 1 do artigo 60.º <sup>1636</sup>.

---

<sup>1634</sup> Nesta decisão cita-se a este propósito o Acórdão de 27 de Fevereiro de 2002, cujo sumário está igualmente disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>1635</sup> O sumário desta decisão está igualmente disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>1636</sup> Na origem do actual artigo 60.º está o artigo 110.º da Constituição, na versão de 1982. Todavia, esta última norma não se referia, de modo expreso, ao direito à qualidade dos bens e serviços consumidos. Tal inclusão é fruto da revisão constitucional de 1989. Ora, como é evidente, trata-se de uma alteração constitucional posterior à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 28/84, e que pela circunstância do tempo não pôde aqui ser considerada. A tradição constitucional, referida na parte inicial deste capítulo, no sentido da inclusão da protecção dos interesses dos consumidores no âmbito das regras constitucionais referentes à organização económica, constitui um factor explicativo, em coerência com o texto constitucional então vigente, da inclusão do artigo 24.º no âmbito dos delitos económicos, segundo a sistematização seguida pelo Decreto-Lei n.º 28/84. Todavia, as revisões do texto constitucional, bem como as modificações da realidade social e económica, com a progressiva exigência da autonomia dos interesses do consumidor, não foram acompanhadas por aquele diploma, em muitos aspectos à frente do seu tempo, mas entretanto ultrapassado por mais de um quarto de século de vigência, marcado por uma profunda turbulência económica e social.

Em causa está a tutela de um bem jurídico colectivo e autónomo, de titularidade difusa, denunciado e exigido pelos riscos próprios de uma sociedade (de consumo massificado) tecnologicamente desenvolvida. Com efeito, no contexto de relações de consumo de natureza massificada importa assegurar aos consumidores que os bens alimentares oferecidos são adequados ao consumo, dispondo da qualidade exigida pelas regras legais, ou na sua ausência, pela expectativa fundamentada criada em torno daquela qualidade. Neste sentido, através do artigo 24.º procura-se garantir a confiança dos consumidores na qualidade e adequação ao consumo dos bens alimentares.

Trata-se de uma outra perspectiva doutrinal que serve igualmente a autonomia deste bem jurídico colectivo, da tutela de interesses supra-individuais qualificados como “valores-meios” ao lado de bens essenciais como a vida, a integridade física, a liberdade, a propriedade ou o património, na medida em que se apresentam como sustentáculos da efectivação destes últimos<sup>1637</sup>. Em causa estão bens jurídicos cujo domínio de eleição se situa, mais das vezes, no âmbito do direito de mera ordenação-social, mas que, considerado o seu valor instrumental na protecção das condições essenciais da realização humana, assumem uma decisiva relevância penal, funcionando como meio de tutela antecipada daqueles valores-fins essenciais<sup>1638</sup>. Os sectores económicos e da ordem pública constituem o berço, por excelência, destes bens jurídicos instrumentais<sup>1639</sup>.

Ora, a qualidade dos bens de consumo constitui, da nossa perspectiva, exemplo paradigmático de um bem “jurídico-meio”, funcionalizado à tutela de valores fins, cuja autonomia se evidencia e ganha relevância no contexto de uma sociedade moderna, dominada pelo risco tecnológico e industrial. Temos para nós que os valores-fins a cuja protecção servem estes bens jurídicos são de uma dupla

---

<sup>1637</sup> Cf. SOUSA, Susana Aires de, *Os Crimes Fiscais...*, *op. cit.*, p. 215 e ss., com referências bibliográficas adicionais.

<sup>1638</sup> Cf. MANTOVANI, Ferrando, *Diritto Penale*, Padova: CEDAM, 2001, p. 208 e, do mesmo autor, «Principio di offensività tra dogmatica e politica criminale», *in: Il Diritto Penale alla Svolta di Fine Millennio*, Torino: G. Giappichelli Editore, 1998, p. 248.

<sup>1639</sup> O desenvolvimento doutrinário da teoria dos “valores-meios” foi entre nós realizado por COSTA, António Manuel de Almeida, nos estudos indicados na nota 211. Veja-se ainda, sobre esta teoria, SOUSA, Susana Aires de, *Os Crimes Fiscais...*, *op. cit.*, p. 215 e ss. e DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal (2007)*, *op. cit.*, p. 143 e s.

natureza: económica e pessoal. Neste sentido, a tutela da qualidade dos bens de consumo constitui uma protecção avançada de interesses como o património, a saúde e a segurança dos consumidores.

Esta ideia parece-nos particularmente evidente quanto ao bem jurídico tutelado pelo artigo 24.º. Com efeito, não vemos como possa afastar-se do âmbito de legitimidade da norma a tutela de interesses económicos do consumidor que compra uma substância adulterada, ainda que não nociva à saúde. Por outro lado, no contexto moderno de incerteza sobre a produção em massa em cenários tecnologicamente avançados, não pode minimizar-se a ideia de prevenção e de precaução de riscos para a segurança e saúde colectivas; o que legitimamente impõe que os bens consumíveis e muito concretamente os bens alimentares correspondam, na sua qualidade e fim, às expectativas de segurança da comunidade<sup>1640</sup>.

A saúde e a segurança, por um lado, e os interesses económicos dos consumidores, por outro, na impossibilidade de serem tomados, desde logo pela sua transversalidade, como bens jurídico-penais capazes de funcionar como padrão-crítico da incriminação, projectam-se na exigência de protecção de um autêntico bem jurídico-penal, a saber, a qualidade dos bens alimentares e a sua adequação para o consumo. Deste modo, a tutela penal deste interesse colectivo – entendida a ideia de qualidade dos bens no sentido de compreender a sua adequação para serem consumíveis –, ainda que funcionalizada à protecção de valores individuais dos consumidores (como o património ou a segurança no consumo dos bens), ganhou autonomia e, em face das modificações sociais que acompanharam a crescente densificação e autonomização dos interesses dos consumidores, reclama hoje uma revisão do Decreto-Lei n.º 28/84.

b) O legislador incrimina, no artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 28/84, a produção e comercialização, para consumo público, de bens alimentícios e aditivos alimentares anormais, não considerados susceptíveis de criar perigo para a vida ou

---

<sup>1640</sup> Não se trata de atribuir ao princípio da precaução uma qualquer função directamente legitimadora da incriminação, mas antes de sublinhar a ideia de que a prevenção de riscos para a saúde ou segurança pode constituir um contributo (que não único, mas coadjuvado por outros elementos nos termos expostos *supra*, § 3, 3) na concretização de “valores-meios”, ou bens jurídicos intermédios, ou ainda bens colectivos, a tutelar pelo direito penal.

para a saúde ou integridade física alheias. Daqui se conclui que o legislador delimita a incriminação quer por via das condutas que descreve, quer por via do objecto de acção, quer ainda pela inclusão de uma cláusula negativa referente à não nocividade dos produtos.

É justamente quanto à delimitação do âmbito de aplicação e de protecção do artigo 24.º que se podem apontar algumas reservas críticas, algumas das quais já relatadas pela doutrina<sup>1641</sup> e que de seguida se referem.

O legislador incrimina a produção e comercialização, para consumo público, de bens alimentícios e aditivos alimentares anormais. À semelhança do disposto no artigo 282.º do Código Penal, o artigo 24.º refere a conduta aos diversos momentos do circuito económico – produção, preparação, confecção, fabrico, transporte, armazenagem, deter em depósito, venda, existência ou exposição para venda, importação, exportação, ou qualquer outra transacção – mas limita-a aos casos de anormalidade dos géneros alimentícios ou aditivos alimentares.

Em obediência ao princípio da legalidade, na sua vertente de determinabilidade da lei penal, o capítulo IV do Decreto-Lei n.º 28/84 apresenta um conjunto de definições e, entre elas, a de género alimentício (artigo 81.º, n.º 1, al. *a*)) e a de aditivo alimentar. No artigo seguinte, o legislador optou por definir as situações em que considera o género alimentício anormal, concretizando assim o conceito indeterminado usado no tipo legal. Deste modo, por género alimentício entende-se “toda a substância, seja ou não tratada, destinada à alimentação humana, englobando as bebidas e os produtos do tipo das pastilhas elásticas, com todos os ingredientes utilizados no seu fabrico, preparação e tratamento”. E por género alimentício anormal entende-se, nos termos do n.º 1 do artigo 82.º, aquele que, sendo ou não susceptível de prejudicar a saúde do consumidor: “*a*) não seja genuíno; *b*) não se apresente em perfeitas condições de maturação, frescura, conservação, exposição à venda, acondicionamento ou outras indispensáveis à sua aptidão para consumo ou utilização; *c*) não satisfaça às características analíticas que lhe são próprias ou legalmente fixadas, sem excluir as organolépticas”. O número seguinte classifica os géneros alimentícios anormais em género alimentício falsificado,

---

<sup>1641</sup> Cf. DIAS, Augusto Silva, «Entre “comes e bebes”...», *op. cit.*, p. 538, nota 158.

corrupto, avariado ou com falta de requisitos (*v. g.*, por falta da indicação do prazo de validade).

A protecção da segurança do consumidor através da garantia de qualidade dos bens alimentares essenciais (*v. g.*, o pão) constitui, como já se referiu, uma das mais antigas medidas de protecção do consumidor (comprador) no ordenamento jurídico português<sup>1642</sup>. Com efeito, como refere Ferreira de Almeida, os alimentos “são os casos de tratamento mais comum e mais antigo, mesmo nas ordens jurídicas menos sensibilizadas para a problemática do consumidor”<sup>1643</sup>. As razões são imediatamente apreensíveis e relacionam-se com a natureza essencial dos alimentos, enquanto fonte de matéria e energia, ao desenvolvimento humano (e animal) e com a circunstância de, com essa finalidade, serem ingeridos, absorvidos ou assimilados pelo organismo. Ora, a produção em massa de géneros alimentícios, a introdução de novas técnicas de fabrico na sua produção, afastando cada vez mais os alimentos do seu estado primitivo e originário, e a adição de substâncias que potenciam a preservação da sua qualidade tiveram como consequência o aumento das regulações, nacionais e europeias, de modo a garantir que os riscos próprios dessas modificações permaneçam dentro do que é expectável pelo consumidor, tanto no plano da saúde como no âmbito da segurança. Todavia, em bom rigor, como nota Ferreira de Almeida, “a regulação das características dos produtos alimentares ultrapassa o domínio da protecção da saúde e da segurança. A sua composição pode revelar-se alterada ou empobrecida em relação a standards exigíveis, sem que corra risco a saúde dos consumidores”<sup>1644</sup>. Assim, a falta de qualidade dos bens pode afectar, nesta hipótese, os interesses patrimoniais individuais do consumidor ou, de forma mediata, o regular funcionamento do mercado de bens alimentares pela quebra da confiança dos consumidores na qualidade dos bens transaccionados, sublinhando-se assim, também por esta via, a natureza complexa do bem jurídico

---

<sup>1642</sup> Tal não constitui exemplo único no panorama dos países europeus, pois, como nos dá conta ALMEIDA, Carlos, Ferreira de, *Os Direitos dos Consumidores*, *op. cit.*, p. 49, nota 1, “no que diz respeito a alguns alimentos, já em 1266 existia em Inglaterra um regulamento sobre o pão e a cerveja (*Assise Panis et cervisiae*)”.

<sup>1643</sup> Cf. *Os Direitos dos Consumidores*, *op. cit.*, p. 51.

<sup>1644</sup> Cf. *Os Direitos dos Consumidores*, *op. cit.*, p. 52.

protegido pelo 24.º do Decreto-Lei n.º 28/84, coincidente, quanto a nós, com a confiança na qualidade dos bens de (e para o) consumo.

A reserva crítica de que se pretende dar conta prende-se com a circunstância de, por via da delimitação normativa, ficarem excluídos do âmbito da protecção legal outras substâncias (anormais) que não possam qualificar-se como géneros alimentícios (ou aditivos alimentares), apesar de com eles partilharem a qualidade de serem consumíveis.

Por outras palavras, a norma incriminatória restringe-se à impropriedade dos bens alimentares, enquanto objectos da acção típica, excluindo do seu âmbito outros bens impróprios para consumo. A relevância concedida aos alimentos pode justificar-se pela sua importância fundamental no consumo humano e pelo facto de, sendo bens absorvíveis pelo organismo, colocarem numa especial situação de vulnerabilidade aquele que os consome. Porém, não nos parece difícil descortinar bens com uma densidade valorativa semelhante e cuja impropriedade para o consumo possa contribuir de forma especialmente gravosa (ainda que indirectamente) para um aumento do risco para a saúde e para a vida humana, *v. g.*, um medicamento sem a substância activa e, como tal, inócuo em si mesmo, mas que tomado num contexto de doença pode potenciar o efeito lesivo dada a sua impropriedade para conter ou minorar o processo profiláctico.

Neste sentido, a impropriedade de substâncias medicamentosas, igualmente absorvíveis pelo organismo humano, tem do ponto de vista jurídico-penal a mesma dignidade e necessidade de pena. A ausência de tutela penal nestes casos constitui quanto a nós uma autêntica lacuna penal do sistema jurídico-português, agravada pelo compromisso internacional assumido pelo Estado português, em Outubro de 2011, com a assinatura da Convenção do Conselho da Europa sobre a criminalização da falsificação de medicamentos e outros crimes semelhantes que constituam ameaça à saúde pública<sup>1645</sup>.

---

<sup>1645</sup> A Convenção do Conselho da Europa sobre a criminalização da falsificação de medicamentos prevê, no seu segundo capítulo, com a epígrafe “Substantive criminal law”, um conjunto de incriminações no âmbito da produção e comercialização de medicamentos e bens equiparados, a integrar na legislação dos Estados-parte. As incriminações em causa, voltadas para a tutela da saúde pública, estão previstas nos artigos 5.º a 9.º deste tratado e são, em traços gerais, as seguintes: falsificação e adulteração de medicamentos (art. 5.º); comercialização e tráfico de medicamentos



Com efeito, nos termos da actual legislação, o uso de substâncias medicinais adulteradas ou falsificadas só encontra previsão legal por via da perigosidade concreta estabelecida no artigo 282.º ou ocorrendo a morte ou lesões corporais previstas como resultado típico dos crimes de *Homicídio* e *Ofensas à integridade física*. Pelo que, também por esta via, nos confrontamos com problemas de causalidade e de imputação objectiva pressupostos por estas incriminações. Ainda assim, o recurso a estas normas estaria liminarmente excluído em casos em que a falta da substância activa não importa perigosidade para aqueles bens, mas antes outro tipo de consequências para o consumidor. Tome-se como exemplo, a este propósito, a colocação no mercado por parte de uma empresa farmacêutica de um contraceptivo feminino sem a substância activa – factos reais, ocorridos em São Paulo, que ficariam conhecidos como o caso das pílulas de farinha<sup>1646</sup>.

Muito embora o exemplo dos medicamentos seja o que de forma mais evidente expõe a deficiência da protecção jurídico-penal da qualidade dos bens de consumo, deve ainda referir-se a existência de outros produtos, para além dos

---

falsificados (art. 6.º); falsificação de documentos (art. 7.º); outros crimes semelhantes (artigo 8.º); punição de formas de participação e de tentativa (artigo 9.º), cf. *Council of Europe Convention on the counterfeiting of medical products and similar crimes involving threats to public health and explanatory report*, Moscow, 28-X-2011, Council of Europe Publishing, p. 7 e ss. No relatório justificativo deste segundo capítulo, refere-se expressamente que dada a gravidade das incriminações previstas, aqueles artigos devem valer para situações “em que seja detectada uma ameaça potencial à saúde pública, ainda que não se tenha materializado qualquer dano físico ou psicológico”, cf. *ibidem*, p. 33.

<sup>1646</sup> Os factos, amplamente divulgados pelos meios de comunicação social brasileiros, expõem-se de seguida em uma breve síntese. Em 1998, a Schering brasileira coloca no mercado um lote de embalagens do anticoncepcional Microvlar, por si produzido, sem princípio activo. Em consequência da entrada no mercado de cerca de 600 mil comprimidos, julga-se que aproximadamente 200 mulheres terão ficado grávidas, mas somente um número reduzido conseguiu fazer prova em tribunal do uso daquele medicamento, uma vez que muitas dessas mulheres já não dispunham da embalagem, o que dificultava a prova de que teriam usado aquele produto defeituoso. Segundo a empresa, as pílulas sem princípio activo teriam sido fabricadas para testar uma máquina embaladora do laboratório e, sem que a empresa consiga explicar como, acabaram por ser colocadas no mercado para consumo. Este caso daria origem, no plano civil, à condenação da farmacêutica, confirmada no final de 2007 pelo Superior Tribunal de Justiça. De acordo com esta decisão, o Laboratório Schering do Brasil, Química e Farmacêutica Ltda., foi condenado a pagar uma indemnização colectiva no valor de um milhão de reais por ter colocado no mercado aqueles lotes defeituosos, provocando gravidez indesejada em consumidoras. Trata-se do Acórdão 2006/0104394-9, de 6 de Dezembro de 2007, julgado pela terceira turma daquele tribunal e disponível em [https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200601043949&dt\\_publicacao=06/12/2007](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200601043949&dt_publicacao=06/12/2007). Acrescente-se, porém, que as decisões individuais sobre este caso continuam nos tribunais civis brasileiros até aos dias de hoje. Sublinhando a contribuição deste caso, pelo seu impacto na opinião pública, na discussão em torno da relevância da falsificação e adulteração de medicamentos veja-se ALBANEZ, Adriana Ruoppoli, «Falsificação de medicamentos», *XIX Seminário Nacional de Propriedade Intelectual 1999*, Associação Brasileira de Propriedade Intelectual, p. 63.

alimentos e de uma grande maioria de medicamentos, que são também ingeridos e absorvidos pelo organismo humano. Pense-se nos produtos cosméticos, enquanto preparados especialmente voltados para uma aplicação corpórea e para uma consequente absorção orgânica. A falta de qualidade destes bens surge, num grande número de situações, associada à lesão do património do consumidor mas também a uma eventual perigosidade para a sua saúde ou para a sua segurança.

Deve ainda acrescentar-se, alargando o campo de análise, que a perigosidade de bens de consumo só é acautelada pelo direito português, sob a forma de um perigo concreto, nos termos do artigo 282.º do Código Penal, quando em causa estejam substâncias alimentares e medicinais. Por sua vez, o artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 28/84 tutela a integridade de géneros alimentícios e de aditivos alimentares e pressupõe, para a penalização das condutas previstas, a verificação de um importante elemento negativo: a não criação de perigo através daquelas condutas para a vida, saúde e integridade física alheia. Deste modo, da conjugação destas normas resultam duas importantes observações críticas que de seguida se desenvolvem: a primeira referente à insuficiência legal na protecção de bens jurídicos fundamentais dos consumidores, resultante da específica comparação do artigo 282.º do Código Penal e do artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 28/84; e a segunda relativa à deficiência, no plano da protecção penal do consumo, do actual sistema jurídico-penal.

*i)* Em primeiro lugar, excluem-se do âmbito punitivo, como sublinha Augusto Silva Dias, as condutas idóneas a pôr em perigo a saúde e a vida. Com efeito, há aqui um hiato normativo que deixa fora do alcance sancionatório, por exemplo, o fabrico de substâncias perigosas para a saúde ou vida que, embora colocadas no mercado, não cheguem a causar perigo concreto à vida ou à integridade física alheia. Como já se referiu, esta lacuna resulta da revisão de 1995 do Código Penal, que alterou a natureza do perigo pressuposto no crime de corrupção de substâncias alimentares: de aptidão para o perigo concreto. Nas palavras daquele mesmo autor, “a inclusão na factualidade típica do crime de corrupção de substâncias alimentares do resultado de perigo, permanecendo intacto o tipo do

artigo 24.º, n.º 1, produziu inevitavelmente a dita «folga»<sup>1647</sup>. Da combinação das duas normas resulta que o sistema pune a produção (e comercialização) de géneros alimentícios anormais nocivos à saúde quando deles decorrer um perigo concreto para a vida e integridade física; também se incrimina a produção e comercialização de géneros alimentícios anormais que não ponham em perigo aqueles bens jurídicos; mas caem no vazio punitivo as condutas de produção e comercialização de géneros alimentícios susceptíveis ou idóneos a lesar aqueles bens. O autor sublinha a eventual violação do princípio da subsidiariedade ou *ultima ratio* que decorre deste quadro, na medida em que “o sistema qualificaria como facto punível as infracções mais grave e menos grave neste domínio e deixaria impune a infracção de gravidade intermédia, pois, de um ponto de vista dos direitos dos consumidores sempre será mais gravosa a produção de um produto alimentar cuja anormalidade o torne idóneo para lesar a saúde do que a produção de um produto anormal cuja anormalidade se fique por uma adulteração da qualidade alimentar”<sup>1648</sup>.

Como forma de contornar este curioso resultado, Silva Dias defende um esforço de interpretação do artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 28/84, sobretudo da cláusula negativa contida na parte final, no sentido de a norma comportar as situações em que a falsificação da genuinidade torna os bens alimentícios susceptíveis de pôr em perigo a saúde ou a vida dos consumidores. O autor faz assentar essa proposta na relação de gradação entre a protecção da qualidade dos produtos alimentares e a protecção da vida e da integridade física, que, como tal, justifica a compreensão do primeiro daqueles bens como um estágio antecipado de protecção do segundo. Neste sentido, um género alimentar alterado, susceptível de lesar a saúde, constitui o caso extremo de adulteração da qualidade e genuinidade do produto e neste sentido abarcável pelo artigo 24.º. Assim, a cláusula final prevista no artigo deve ser interpretada não como uma qualidade ou característica fáctica do produto, mas antes no sentido da perigosidade se considerar tipicamente irrelevante

---

<sup>1647</sup> «Entre “comes e bebes”...», *op. cit.*, p. 551.

<sup>1648</sup> «Entre “comes e bebes”...», *op. cit.*, p. 552.

no quadro do artigo 24.º, “arredando-a da apreciação da punibilidade das condutas”<sup>1649</sup>.

Muito embora este esforço de interpretação sirva um propósito de razoabilidade legal, confronta-se com dificuldades relativas à autonomia do interesse protegido, por um lado, e ao princípio da legalidade, por outro. Com efeito, uma interpretação deste tipo retira a autonomia ao bem jurídico protegido, tornando a sua densidade valorativa dependente em absoluto da tutela antecipada da saúde individual e da vida. Ora, da nossa perspectiva, a genuinidade ou autenticidade constitui um bem jurídico com valor próprio, autónomo, que lhe advém da protecção mediata de outros interesses que vão para além da vida e da integridade física e que se estendem a interesses colectivos, *n. g.*, a segurança e saúde colectiva, bem como os interesses económicos dos consumidores. Por outro lado, não vemos como possam superar-se as dificuldades em compatibilizar um tal esforço interpretativo, absolutamente meritório no sentido de conceder racionalidade e razoabilidade às imperfeições legislativas, com o teor literal da norma garantia, no sentido de alargar o leque de condutas abrangidas e, portanto, *contra reum*, com inegável prejuízo para o princípio da legalidade criminal, reduto fundamental do sistema jurídico-criminal.

Deste modo, o vazio punitivo deixado a claro pela determinação do âmbito de aplicação dos artigos 282.º e 24.º do Decreto-Lei n.º 28/84 só pode resolver-se por via de uma intervenção legislativa que ponha termo àquela lacuna de punibilidade.

As dificuldades decorrentes desta dissonância legal comunicam-se à prática jurisprudencial, como bem ilustra o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 2 de Maio de 2007 <sup>1650</sup>. Não obstante a questão central ser de natureza processual penal, os factos expõem, num primeiro passo, o distinto âmbito de aplicação daquelas normas jurídicas e, no segundo momento, desvelam aquela lacuna punitiva. O problema jurídico-processual levado ao tribunal de recurso prende-se com a alteração substancial dos factos constantes da acusação do Ministério Público em

---

<sup>1649</sup> «Entre “comes e bebes”...», *op. cit.*, p. 553.

<sup>1650</sup> Disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

virtude da prova produzida em julgamento. Com efeito, sobre o arguido pendia um despacho acusatório pela prática de um *crime contra a genuinidade, qualidade ou composição de géneros alimentícios e aditivos alimentares*, nos termos do artigo 24.º, n.º 1, al. *a)*, e n.º 4, do artigo 81.º, n.º 1, al. *a)*, e artigo 82.º, n.º 1, als. *b)* e *c)*, todos do Decreto-Lei n.º 28/84, pelo facto de ter ministrado clenbuterol em carne de bovino destinada à alimentação humana. Em audiência de julgamento fez-se prova da perigosidade daquela substância – facto que não constava do despacho de acusação. Por conseguinte, o tribunal de primeira instância entendeu que aquela conduta integraria não o tipo legal de que o arguido vinha acusado, mas antes a incriminação prevista no artigo 282.º do Código Penal, uma vez que o crime de que o arguido vinha acusado “implica que o género alimentício falsificado com a substância ministrada não seja susceptível de criar perigo para a vida ou para a saúde e integridade física alheias”. Em consequência, entendeu-se tratar-se de uma alteração substancial dos factos nos termos do artigo 1.º, n.º 1, al. *f)*, do Código de Processo Penal, e determinou-se o arquivamento dos autos e a subsequente comunicação dos novos factos ao Ministério Público a título de denúncia.

Desta decisão recorreu o Ministério Público por considerar que nos factos provados em audiência de julgamento não se logrou a verificação de qualquer perigo concreto para a vida e a integridade física de outrem pela ingestão da carne de bovino com clenbuterol – elemento típico constitutivo do crime previsto no artigo 282.º do Código Penal. Deste modo, entende aquela autoridade judiciária que “não tendo existido ou verificado, em concreto, tal perigo, deve entender-se com segurança suficiente que, em abstracto, a ingestão de tal carne não foi susceptível de causar perigo para a vida, a saúde ou a integridade física de outrem”, devendo, deste modo, prevalecer uma sentença condenatória pelo crime previsto no artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 28/84.

Ora, a distinta interpretação e qualificação jurídica dos factos pelo tribunal de julgamento e pelo Ministério Público resulta, quanto a nós, da falta de harmonia legislativa anteriormente referida: com efeito, a perigosidade da conduta para os bens jurídicos vida e integridade física não constitui elemento típico de qualquer um dos ilícitos, excluindo, por um lado, o tipo legal previsto no artigo 24.º e mostrando-

se insuficiente para preencher o tipo de ilícito previsto no artigo 282.º. Não obstante, o Tribunal da Relação de Coimbra acabaria por dar provimento ao recurso por entender que a prova da perigosidade do produto não constitui uma alteração substancial dos factos conducente a uma nova qualificação jurídico-penal. Em nosso modo de ver, a alteração factual – a perigosidade do bem para a vida e integridade física do consumidor – não pode conhecer uma nova qualificação jurídica pela simples razão de que ela não existe no quadro normativo das incriminações destinadas à protecção do consumidor.

ii) A segunda observação crítica a que atrás se aludiu, refere-se ao conjunto das normas incriminatórias que no sistema jurídico-penal português tutelam o consumo e conduz, em concordância com Silva Dias, à evidência de uma lacuna, extensível a toda a parte especial, referente “à protecção do direito à segurança dos consumidores contra o fabrico e a comercialização de bens ou a prestação de serviços que, em condições de normal utilização, se revelam altamente perigosos ou cuja perigosidade decorre da inobservância de regras de segurança legal ou regulamentarmente consignadas”<sup>1651</sup>. Com efeito, no quadro do nosso ordenamento jurídico não são contempladas por qualquer disposição jurídico-penal a comercialização e produção de bens que, em utilização normal, se mostrem perigosos para a saúde humana. Só a jusante, e perante a verificação de um dano na vida ou na integridade física, haverá lugar a uma responsabilidade criminal. Assume-se pois como fundamental e decisivo, também nestes casos, o problema da causalidade e da imputação do resultado danoso à conduta do produtor ou comerciante.

c) Deve ainda acrescentar-se uma última nota no sentido de dar conta que também os entes colectivos podem ser responsabilizados pelo crime *Contra a genuinidade, qualidade ou composição de géneros alimentícios e aditivos alimentares*. Com efeito, o artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 28/84 prevê a responsabilidade criminal das pessoas colectivas e equiparadas pelas infracções previstas neste diploma. Deste modo, esta

---

<sup>1651</sup> «Entre “comes e bebes”...», *op. cit.*, p. 538, nota 158.

nota é extensível às incriminações que serão objecto de análise nos pontos seguintes, igualmente previstas naquele Decreto-Lei.

Não será descabido acentuar que este diploma constituiu um marco fundamental no domínio da responsabilidade criminal das pessoas colectivas, situando a génese primária deste tipo de responsabilidade penal no combate à chamada criminalidade de empresa (*Unternehmensskriminalität*, ou em língua inglesa, *corporate crime*)<sup>1652</sup>. Reconhecendo-se, no preâmbulo daquele diploma, que esta era uma matéria “polémica em termos de dogmática jurídico-penal”, o legislador, pela primeira vez, cuidou em criar um modelo de imputação do facto criminal à pessoa colectiva<sup>1653</sup>. Assim, nos termos daquele artigo, essa responsabilidade depende de alguns pressupostos: em primeiro lugar, o facto há-de imputar-se a um órgão ou representante do ente colectivo exigindo-se, deste modo uma qualidade especial que traduza um forte vínculo entre aquele que actua e a pessoa colectiva; em segundo lugar, aquela actuação da pessoa singular há-de ser em nome e no interesse da pessoa colectiva, exigindo-se agora uma conexão objectiva no plano factual.

---

<sup>1652</sup> Cf. COSTA, José de Faria, «A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos», *in: Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 505; também MENDES, Paulo Sousa, «A responsabilidade de Pessoas Colectivas no âmbito da Criminalidade Informática em Portugal», *in: Direito da Informação*, Vol. IV, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 385 e ss., disponível em <http://www.uoc.edu/in3/dt/20078/20078.pdf>; ANTUNES, Maria João, «A responsabilidade criminal das pessoas colectivas entre o direito penal tradicional e o novo direito penal», *in: Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 458; e, sobre a dimensão organizacional do *corporate crime* no âmbito do crime de colarinho branco, SANTOS, Cláudia, *O Crime de Colarinho Branco (da Origem do Conceito e a sua Relevância Criminológica à Questão da Desigualdade na Administração da Justiça Penal)*, BFD, *Studia Iuridica* 56, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 281 e ss.

<sup>1653</sup> Não obstante a existência de manifestações anteriores de responsabilização criminal dos entes colectivos, o Decreto-Lei n.º 28/84 constitui a primeira tentativa de criação de um regime de responsabilidade criminal das pessoas colectivas. Exemplos avulsos de responsabilização criminal das pessoas colectivas podem encontrar-se na antiga lei de imprensa, prevista no Decreto-Lei n.º 85-C/75, de 26 de Fevereiro, cujo artigo 29.º, n.º 1, previa a responsabilidade das “empresas jornalísticas, editoriais e noticiosas” em cujas publicações ou notícias se cometessem crimes. Um outro exemplo é-nos dado pelo Decreto-Lei n.º 630/76, de 28 de Julho, relativo ao regime de operações cambiais abusivas, que no seu artigo 7.º punia com multa até metade do valor da mercadoria ou da transacção as pessoas colectivas ou sociedades que praticassem os actos ilícitos previstos naquele diploma. Também no domínio do direito eleitoral se encontra um novo exemplo desta responsabilidade, na Lei n.º 14/79, de 16 de Maio (Lei Eleitoral para a Assembleia da República), que punia com multa criminal as empresas proprietárias de estação de rádio que não cumprissem os direitos de antena legalmente estabelecidos (artigo 132.º) e os partidos políticos que aceitassem “contribuições de valor pecuniário destinadas à campanha eleitoral provenientes de empresas nacionais ou de pessoas singulares ou colectivas não nacionais (artigo 144.º e 76.º). Estes e outros exemplos podem encontrar-se em BRAVO, Jorge Reis, *Direito Penal de Entes Colectivos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 250 e ss.

A preocupação em enquadrar os termos em que a pessoa colectiva responde criminalmente é expressa ainda no n.º 2 daquele mesmo artigo, ao excluir-se a responsabilidade quando o agente tiver actuado contra ordens ou instruções expressas de quem de direito. Deste modo, os requisitos de imputação apontam claramente para um modelo de *hetero-responsabilidade* que funda a responsabilidade da pessoa colectiva no facto praticado por pessoas individuais a elas organicamente ligadas ou que actuam como seus representantes, em seu nome e no seu interesse.

Deste paradigma se afasta em certa medida o modelo de responsabilidade criminal previsto desde Setembro de 2007 no artigo 11.º do Código Penal, ao ampliar o círculo de sujeitos capazes de comprometer criminalmente a pessoa colectiva às pessoas que nela ocupem uma “posição de liderança” ou a quem aja sob a autoridade destas últimas “em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem” (alíneas *a*) e *b*) do n.º 2). O n.º 4 esclarece o que deve entender-se por posição de liderança: os órgãos e representantes da pessoa colectiva e *quem nela tiver autoridade para exercer o controlo da sua actividade*<sup>1654</sup>. Ora, esta maior abrangência prevista no Código Penal<sup>1655</sup> tem vindo a ser interpretada por alguma doutrina como uma concessão a um modelo de responsabilidade directa por *deficit* de organização, na senda da teoria de Klaus Tiedemann, na medida em que a responsabilidade se fundamenta agora, em primeira linha, numa deficiente

---

<sup>1654</sup> Uma possível interpretação destas normas pode ver-se em BRITO, Teresa Quintela de, «Responsabilidade criminal dos entes colectivos. Algumas questões em torno da interpretação do artigo 11.º do Código Penal», *RPCC 20 (2010)*, p. 55 e ss.

<sup>1655</sup> Deve, no entanto, acrescentar-se que um modelo mais amplo de imputação do crime à pessoa colectiva era já conhecido do ordenamento jurídico português por via de diplomas extravagantes como a Lei de Combate ao Terrorismo (Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto), que transpôs para o direito português a Decisão-quadro do Conselho, de 13 de Junho de 2002. Como salientam DIAS, Jorge de Figueiredo / CAEIRO, Pedro, «Lei de Combate ao Terrorismo (Lei n.º 22/2003, de 22 de Agosto). Sobre a transposição, para o direito português, da Decisão-quadro do Conselho, de 13 de Junho de 2002, relativa à luta contra o terrorismo», *in: Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 221, a Decisão-quadro cria um novo nexo de imputação do crime ao ente colectivo quando o facto seja praticado por qualquer pessoa sob a autoridade dos órgãos ou representantes, sempre que a falta de vigilância ou controlo por parte destes tenha possibilitado aquela prática. Esta nova hipótese de imputação foi concretizada na segunda parte do artigo 6.º daquele Decreto-Lei. Porém, esta norma seria modificada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Abril, que procedeu à revisão do Código Penal, no sentido de fazer responder criminalmente as pessoas colectivas nos termos gerais. Deste modo, no âmbito das actividades terroristas, o regime de responsabilidade criminal dos entes colectivos é aquele que está actualmente previsto no artigo 11.º do Código Penal.



organização da actividade desenvolvida na empresa que se concretiza na violação dos deveres de vigilância e de controlo por parte dos seus membros<sup>1656</sup>.

Mais do que a distinta fundamentação teórica dos dois modelos importa dedicar uma palavra à relevância prática que deles decorre. Tomando-se, mais uma vez, de empréstimo uma decisão jurisprudencial – agora do Tribunal da Relação do Porto, vertida no Acórdão de 6 de Julho de 2000 <sup>1657</sup> – tem-se por excluída a responsabilidade criminal da pessoa colectiva quando apenas se conseguiu apurar que os factos realizados e puníveis nos termos do artigo 24.º foram realizados por “responsáveis” da empresa sem que daqui se possa concluir que os arguidos tenham actuado enquanto órgãos ou representantes da sociedade. Ora, uma tal exclusão será questionável num modelo mais amplo que admita como critério de imputação o desempenho por parte do agente de uma posição de liderança, à semelhança do que veio a ser estabelecido no Código Penal. Com efeito, àquele que é considerado “responsável”, caberá em princípio *a autoridade para exercer o controlo da actividade* da pessoa colectiva no domínio de competências que lhe são atribuídas, ainda que não seja órgão ou representante da pessoa colectiva.

Assim, somos chegados a mais uma nota de desacordo entre as normas dedicadas à protecção penal do consumidor (e à responsabilidade pela distribuição e comercialização de produtos) no âmbito do código e aqueles preceitos que constam de legislação secundária. Desta feita, tal discordância concretiza-se no distinto modelo de responsabilidade criminal das pessoas colectivas previsto, por um lado, no artigo 11.º do Código Penal para as incriminações elencadas no n.º 2, onde se inclui o crime de *Corrupção de substâncias alimentares ou medicinais* (artigo 282.º) e, por outro lado, no regime consagrado no artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 28/84, válido para as incriminações nele tipificadas<sup>1658</sup>.

---

<sup>1656</sup> Assim BRAVO, Jorge Reis, *Direito Penal dos Entes Colectivos*, *op. cit.*, p. 196.

<sup>1657</sup> O sumário desta decisão está disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>1658</sup> A inarmonia existente entre o regime geral previsto no Código Penal e os regimes específicos estipulados no direito penal secundário, de que constitui exemplo o Decreto-Lei n.º 28/84, não se fica pelo distinto modelo de imputação dos factos ao ente colectivo. Com efeito, não é difícil apontar outros exemplos. Considere-se a exclusão no âmbito do Código Penal da responsabilidade criminal do Estado e das pessoas colectivas públicas. Não se prevê qualquer ressalva desse tipo no âmbito do direito penal secundário e, em particular, no Decreto-Lei n.º 28/84. Deve acrescentar-se que aquela exclusão da punição, com a amplitude que lhe é reconhecida pela definição de pessoa

### 2.2.2 A Fraude sobre Mercadorias

As lacunas referidas na tutela da qualidade dos bens de consumo também não são supridas pelo artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 28/84, referente à *Fraude sobre mercadorias*. Da nossa perspectiva, tal como está redigido, este artigo tutela, de modo semelhante ao artigo 24.º, a confiança na qualidade e autenticidade de bens que se destinam ao comércio (e não apenas ao consumo, conferindo assim uma tutela mais ampla do que a estabelecida neste último artigo). O legislador quis incriminar a comercialização fraudulenta de bens, contrária às legítimas expectativas dos compradores, ou, na expressão popular, a venda de “gato por lebre”<sup>1659</sup>.

Deste modo, na concretização da ilicitude material da norma está sempre presente um juízo comparativo do bem adquirido com a expectativa, objectivamente fundamentada, do adquirente sobre a integridade do bem transaccionado,

---

colectiva pública prevista no n.º 3 do artigo 11.º, mereceu a perplexidade e crítica doutrinal, cf. SILVA, Germano Marques da, «Responsabilidade penal das pessoas colectivas. Alterações ao Código Penal introduzidas pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro», *Jornadas sobre o Código Penal*, CEJ, 2007, p. 3 (disponível em <http://www.cej.mj.pt/cej/forma-continua/forma-continua-activid.php>); também ANDRADE, Manuel da Costa, «“Bruscamente no Verão passado”, a reforma do Código de Processo Penal – Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente», *RLJ 137 (2008)*, p. 275. Um outro exemplo da descontinuidade e disparidade existente entre aqueles regimes situa-se no plano punitivo, quanto ao elenco das sanções aplicáveis à pessoa colectiva, assumindo a mesma pena diferente natureza (principal, de substituição ou colectiva) consoante esteja tipificada no Código Penal ou em legislação extravagante: *v. g.*, a caução de boa conduta é prevista no Código Penal como pena de substituição (artigo 90.º-D) mas tida como sanção acessória no âmbito dos crimes económicos e contra a saúde pública (artigo 8.º, al. d)), com a inevitável consequência de acompanhar (e não de substituir) a pena principal; ou ainda a pena de admoestação, prevista no Código como pena de substituição (artigo 90.º-C) e no âmbito dos delitos económicos (artigo 7.º, al. a) do Decreto-Lei n.º 28/84) como pena principal. Adiante-se, porém, que no plano sancionatório os problemas ultrapassam o elenco das penas, como bem sublinham BRANDÃO, Nuno, «O regime sancionatório das pessoas colectivas na revisão do Código Penal», *in: Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 213 e ss. e BRAVO, Jorge Reis, *Direito Penal dos Entes Colectivos*, *op. cit.*, p. 213 e ss. Deste modo, continua por concretizar uma reivindicação antiga, já apontada por Figueiredo Dias em 1984: um regime geral de responsabilidade criminal dos entes colectivos e, em particular, do catálogo de sanções aplicáveis, cf. DIAS, Jorge de Figueiredo Dias, «Para uma Dogmática do Direito Penal Secundário» *in: Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários* (publicado originariamente na *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 16 (1983-84), p. 263 e ss. e Ano 17 (1984-1985), p. 7 e ss.), Vol. I, p. 69 e s.

<sup>1659</sup> Este artigo constituiu uma inovação do Decreto-Lei n.º 28/84 em face dos diplomas que o antecederam e na linha do crime de *Fraude na venda* tipificado no Código Penal de 1886. Ainda no preâmbulo, o legislador fundamenta esta norma incriminatória na insuficiente protecção das formas típicas de burla previstas no Código Penal para tutelar os valores da confiança e protecção do património daqueles que são lesados com a prática destes actos.

acentuando-se uma clara nota de protecção da confiança do adquirente do bem. Seguimos, deste modo, Costa Andrade quando considera que o artigo 23.º toma como bem jurídico protegido a “confiança dos operadores económicos na genuinidade e autenticidade dos produtos”, quer na sua qualidade, quer na sua quantidade<sup>1660</sup>. Trata-se de um bem jurídico supra-individual, reconhecido pelo legislador penal como meio de tutelar de forma mediata os interesses económicos e patrimoniais dos compradores, a sua segurança e, por último, o correcto funcionamento do mercado de transacção de bens. Deste modo, ao bem jurídico protegido pela norma incriminadora reconhece-se um alcance que ultrapassa o mero interesse patrimonial individual do adquirente do bem, nota que a distingue de outras incriminações previstas quer no Código Penal, como a *Burla*, quer em legislação extravagante, como por exemplo no Código da Propriedade Industrial onde se incrimina a *Contrafacção, imitação ou uso ilegal de marca* (artigo 323.º), bem como a *Venda de produtos contrafeitos* (artigo 324.º). Também a jurisprudência tem maioritariamente reconhecido ao bem jurídico protegido pelo artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 24/84 uma natureza colectiva ou supra-individual identificando-o, na senda da proposta de Costa Andrade, com a “confiança dos operadores económicos na genuinidade e autenticidade dos produtos”<sup>1661</sup>.

---

<sup>1660</sup> Em sentido diferente, DIAS, Augusto Silva, *Protecção dos Interesses dos Consumidores*, *op. cit.*, p. 91, entende que o bem jurídico coincide com a “informação veraz sobre a natureza e características das mercadorias postas no mercado e pelos interesses económicos dos adquirentes”. O autor rejeita que o bem jurídico possa coincidir com a confiança dos operadores económicos porque este interesse não serve como critério de distinção dos interesses tutelados em crimes previstos nessa mesma secção, como o açambarcamento, a destruição de matérias-primas, ou a especulação, onde também se protege a confiança dos operadores económicos no regular funcionamento do sistema. Todavia, da nossa perspectiva, o que caracteriza o bem jurídico tutelado não é a confiança em si mesma, mas o objecto a que ela se dirige, ou seja, no caso dos artigos 23.º e 24.º, a genuinidade e qualidade dos bens e portanto, um interesse que está longe de se confundir com um bem jurídico sistémico coincidente com o regular funcionamento do mercado.

<sup>1661</sup> Neste sentido, *n. g.*, o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10 de Março de 2010; o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 27 de Setembro de 2006; o acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 17 de Outubro de 2005. Porém, a jurisprudência tem conhecido maiores dificuldades, levando a decisões divergentes, no que respeita à determinação da natureza do concurso – aparente ou efectivo – entre os crimes de *Contrafacção e Venda de produtos contrafeitos* (artigos 323 e 324.º do Código da Propriedade Industrial) e o crime *Fraude sobre mercadorias*, previsto no artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 28/84. Em favor do concurso efectivo as decisões do Tribunal da Relação do Porto de 26 de Abril de 2006, de 12 de Outubro de 2005, de 7 de Janeiro de 2004, de 5 de Fevereiro de 2003, de 31 de Maio de 2000, de 16 de Dezembro de 1998, também a decisão do Tribunal da Relação de Coimbra de 27 de Setembro de 2006 e do Tribunal da Relação de Guimarães de 17 de Outubro de 2005 e de 17 de Março de 2003. No sentido do concurso aparente

Da descrição típica do crime de *Fraude sobre Mercadorias* resulta que o preceito incriminador se constrói em torno do engano em que incorre o comprador. Todavia, desse engano não tem de resultar um perigo concreto (e muito menos um dano) para qualquer bem jurídico individual, seja a saúde ou segurança do comprador, seja o seu património. Mais uma vez, pressupondo o legislador a amplitude do contexto comercial, constrói a incriminação em torno de um bem jurídico supra-individual ou colectivo.

Uma análise, ainda que breve, do artigo 23.º não pode deixar de apontar as características que o individualizam e distinguem do artigo 24.º do mesmo diploma. Muito embora, da nossa perspectiva, as normas em causa se aproximem quanto ao bem jurídico tutelado, coincidente com a qualidade ou autenticidade do produto, elas distinguem-se em vários dos seus elementos típicos constitutivos.

Em primeiro lugar, quanto ao seu âmbito de protecção, o artigo 23.º extravasa a protecção do consumidor, entendido como aquele usufrui o bem ou serviço para satisfação das suas necessidades, tendo por contexto situacional as relações negociais. Por esta via, e de modo diferente ao estabelecido na norma seguinte, protege-se essencialmente o comprador, independentemente de se tratar ou não do consumidor final.

Em segundo lugar, o objecto da acção também se distingue pela sua maior extensão no âmbito da *Fraude sobre mercadorias*. Se o artigo 24.º acautela a genuinidade dos bens e aditivos alimentares, o artigo 23.º não restringe o seu alcance a um específico bem ou mercadoria: o preceito exige que se trate de mercadorias contrafeitas, “pirata, falsificadas ou depreciadas, fazendo-as passar por autênticas, não alteradas ou intactas” (al. a)) ou de mercadorias “de natureza diferente ou de qualidade e quantidade inferiores às que afirmar possuírem ou aparentarem” (al. b)). Por fim, o artigo 23.º pressupõe, ao nível do tipo subjectivo, um elemento específico traduzido na “intenção de o agente enganar outrem nas relações negociais”, independentemente da motivação com que o faz – elemento de que o artigo 24.º

---

*vide* as decisões do Tribunal da Relação do Porto de 29 de Maio de 2002, de 27 de Fevereiro de 2002, de 12 de Julho de 2000, de 2 de Junho de 1999, bem como a decisão do tribunal da Relação de Lisboa de 27 de Março de 2001 (os acórdãos referidos estão disponíveis na base de dados do Ministério da Justiça em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

prescinde, dada a natureza dos bens que se destinam a consumo. Desta forma, a comercialização de bens que não sejam alimentares (ou aditivos), defeituosos, perigosos, falseados, depreciados, com qualidade ou quantidade inferior, que ocorra fora daquele quadro intencional de engano, não tem punição<sup>1662</sup>.

## 2.3 A saúde pública

### 2.3.1 O *Abate clandestino*

O abate clandestino é tido, na organização sistemática do Decreto-Lei n.º 28/84, como um crime contra a saúde pública, previsto e punido com prisão até 3 anos e multa não inferior a 100 dias.

O abate de reses impróprias para consumo ou em violação das regras sanitárias estava já previsto, com considerável amplitude, nos artigos 13.º, 14.º e 15.º do Decreto-Lei n.º 41 204. Em particular, o artigo 14.º previa o delito de matança clandestina para consumo público de animais da espécie bovina, ovina, caprina, suína ou equina sem a competente inspecção sanitária, punido com prisão de três dias a seis meses. O mesmo artigo punia ainda, no n.º 2, aquele que, tendo conhecimento do carácter clandestino da matança, adquirisse para consumo público a carne das reses abatidas ou os produtos com ela fabricados<sup>1663</sup>.

---

<sup>1662</sup> O legislador prevê, no n.º 2 do artigo 23.º, a punição por negligência. Todavia, o modelo de fraude usado na construção da incriminação dificilmente se compatibiliza com uma qualquer actuação negligente. A este propósito, DIAS, Augusto Silva, *Protecção dos Interesses dos Consumidores*, *op. cit.*, p. 99, defende uma interpretação restritiva do n.º 2 do artigo 23.º, no sentido de em causa estar “uma negligência profissional grave (*«Leichfertigkeiten»*) que engloba também as situações de dolo que não forem acompanhadas pela intenção específica”.

<sup>1663</sup> O artigo 13.º, com âmbito mais alargado, punia o abate, com conhecimento, de reses impróprias para consumo, sem necessidade de se tratar de consumo público. O segundo número deste artigo estabelecia a mesma pena – prisão de 3 dias a dois anos e multa – para aqueles que, por qualquer modo, aproveitassem para alimentação de outrem a carne das reses impróprias para consumo ou das que houvessem morrido de doença, desde que, num ou noutro caso, conhecessem o seu defeito. Por via desta norma, mais do que a protecção da saúde pública através da punição da inobservância das regras sanitárias, punia-se a impropriedade da carne dos animais abatidos para consumo, como forma antecipada de protecção da saúde dos consumidores. Uma previsão deste tipo não teve correspondência directa no Decreto-Lei n.º 28/84, sendo as condutas aí previstas somente parcialmente abrangidas, dada a exigência típica do destino dos bens para consumo público, pelo artigo 24.º daquele diploma. Também por esta via se percebe que esta norma, muito embora esteja incluída, do ponto de vista sistemático, entre os delitos contra a economia, tem uma

A tutela da saúde pública por via da criminalização da matança clandestina é importada pelo Decreto-Lei n.º 28/84, mas toma agora limites mais apertados. Na verdade, nos termos da estrutura sistemática seguida por aquele diploma, o artigo 22.º, referente ao crime de abate clandestino, esgota os crimes contra a saúde pública previstos naquele diploma<sup>1664</sup>. Com efeito, o legislador português concedeu ao direito das contra-ordenações a primazia na defesa da saúde pública. Uma das razões apontadas para a mínima tutela penal cabida à saúde pública prende-se, imediatamente, com a extensão e dificuldade de concretização da saúde pública enquanto bem jurídico-penal. À noção de saúde pública é imputada uma pluralidade de sentidos quer enquanto soma das saúdes individuais, quer como conjunto das condições de vida que asseguram e protegem a vida e a integridade física de uma pluralidade de pessoas, quer ainda como conjunto de regras sanitárias ou de higiene social<sup>1665</sup>. As alíneas *a) e b)* do n.º 1 do artigo 22.º do Decreto-Lei n.º 28/84 tomam este último sentido como objecto de tutela, punindo o abate de animais para consumo público sem a competente inspecção sanitária ou fora de matadouros licenciados ou recintos destinados a esse efeito pelas autoridades competentes<sup>1666</sup>. Já

---

incontornável dimensão na tutela antecipada de interesses pessoais e sociais dos consumidores como a segurança e a qualidade dos bens consumíveis.

<sup>1664</sup> O sistema jurídico português optou por conceder à saúde pública, entendida como protecção da saúde da comunidade, uma protecção dispersa por vários diplomas extravagantes, de que são exemplo máximo o Decreto-Lei n.º 28/84 e o Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, referente ao tráfico e consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas. Uma compreensão sistemática e estrutural inteiramente diferente é seguida pelo ordenamento jurídico espanhol, que inclui no Título XVIII, referente aos “*delitos contra la seguridad colectiva*”, um capítulo III dedicado aos “*delitos contra la salud pública*”, que compreende os artigos 359 a 378, onde se incriminam condutas que têm por objecto de acção principal substâncias nocivas, produtos químicos, medicamentos, alimentos e estupefacientes. Neles se tipificam condutas que têm em comum o ataque ao bem jurídico saúde pública, entendido como a saúde da comunidade enquanto conjunto de pessoas que convivem de maneira estruturada e interdependente, cf. *supra*, § 7, 1.3.

<sup>1665</sup> Cf. DIAS, Augusto Silva, *Protecção Jurídico-Penal dos Interesses dos Consumidores*, *op. cit.*, p. 87. Também GANZENMÜLLER ROIG, C. / FRIGOLA VALLINA, J. / ESCUDERO MORATELLA, J. F., *Delitos contra la Salud Pública (I)*, *op. cit.*, p. 23 e s. Sobre a noção de saúde pública enquanto bem jurídico-penal veja-se *supra*, § 7, 1.5.

<sup>1666</sup> A dignidade penal destas condutas é desde logo posta em causa por DIAS, Augusto Silva «Linhas gerais do regime jurídico dos crimes contra interesses dos consumidores», *op. cit.*, p. 564, que considera que o desvalor em causa na conduta de abate clandestino assenta exclusivamente na violação de um dever sanitário, “o que não se coaduna pois com as matrizes referenciais do ilícito penal”. Por esta razão, Silva Dias, na qualidade de autor do capítulo referente às infracções em matéria do consumo do Anteprojecto do Código do Consumo, trata o abate clandestino como contra-ordenação. A mesma posição era já defendida pelo autor em textos anteriores, cf. *Protecção dos Interesses dos Consumidores*, *op. cit.*, p. 87.

a alínea c) parece tutelar a qualidade ou propriedade dos bens destinados à alimentação ao proibir o abate para consumo público de espécies não habitualmente usadas para alimentação humana.

Ainda no que toca aos elementos típicos, sublinhe-se as divergências jurisprudenciais quanto à interpretação do que seja o “consumo público”<sup>1667</sup>. Na visão de Silva Dias, a figura da adequação social pode ser chamada a desempenhar um relevante papel ao excluir do tipo legal, por via hermenêutica, condutas socialmente aceites ou toleradas, como aquelas que são praticadas ao abrigo de certas tradições, usos ou hábitos sociais (*v. g.*, a matança do porco ou o abate do cabrito para a festa de família). Decisivo é, contudo, da perspectiva do autor e para que a adequação social possa ser relevante, que esta seja orientada por dois critérios fundamentais: a ausência de finalidade comercial ou lucrativa e a relação de amizade, camaradagem ou vizinhança<sup>1668</sup>.

O n.º 2 do artigo 22.º, de modo algo semelhante ao n.º 2 do artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 41 204, pune com a mesma pena que cabe ao abate clandestino a conduta daquele que adquira, para consumo público, carne dos animais abatidos ou produtos com ela fabricados.

Do lado do tipo subjectivo, está em causa uma actuação dolosa do agente. Porém, o n.º 3 do artigo 22.º prevê a punição do agente que actue de forma negligente. Esta previsão tem merecido a crítica doutrinal de Augusto Silva Dias. Entende o autor que “se a dignidade penal do abate clandestino é questionável na modalidade dolosa, mais o será naturalmente na modalidade negligente. A legitimidade da sua incriminação à luz dos princípios da exclusiva protecção de bens jurídicos e da subsidiariedade do Direito Penal impõe aqui uma justificação mais rigorosa, para a qual, sobretudo em condições de normalidade social, não há cabimento”<sup>1669</sup>.

---

<sup>1667</sup> Sobre as diferentes leituras jurisprudenciais acerca deste elemento típico veja-se DIAS, Augusto Silva, *Protecção dos Interesses dos Consumidores*, *op. cit.*, p. 88.

<sup>1668</sup> Cf. *Protecção Jurídico-Penal de Interesses dos Consumidores*, *op. cit.*, p. 90.

<sup>1669</sup> Cf. *Protecção Jurídico-Penal de Interesses dos Consumidores*, *op. cit.*, p. 91.

## 2.4 A tutela de interesses patrimoniais

### 2.4.1 *Burla e Usura*

a) Uma descrição da tutela do consumo no nosso ordenamento jurídico-penal só pode ter-se como completa após uma referência à tutela dos interesses patrimoniais e económicos dos consumidores. Neste contexto, paralelamente ao que se referiu quanto aos interesses de natureza pessoal, são de particular importância os crimes patrimoniais clássicos, como a burla e a usura, previstos, respectivamente, nos artigos 217.º e 226.º do Código Penal.

Como primeira nota comum deve apontar-se que se trata de incriminações voltadas para o contexto de relações patrimoniais individuais e não para as relações de massa como aquelas que são próprias das modernas relações de consumo. Assim, estas normas incriminatórias têm por referência um ofendido, uma vítima perfeitamente individualizada<sup>1670</sup> Neste sentido, a sua relevância no âmbito de trocas comerciais difusas e massificadas é necessariamente limitada. Ainda assim, a doutrina tem apontado algumas situações características, no plano do consumo individualizado, onde aquelas normas seriam de convocar.

No caso de crime de burla, Silva Dias assinala algumas situações abusivas de vendas agressivas, com recurso ao engano de consumidor, tais como as vendas ao domicílio, vendas por correspondência, por telefone e (podemos acrescentar sem trair o pensamento do autor) por recurso à via electrónica, ou ainda, no âmbito da construção civil, a venda de apartamentos em *time share* ou em planta quando o construtor sabe que não tem financiamento<sup>1671</sup>.

Para além do tipo matricial de burla, o Código Penal consagra, entre os artigos 217.º e 222.º, várias figuras de delito que supõem a estrutura fraudulenta de

---

<sup>1670</sup> No plano da vítima nota-se um certo paralelismo entre estas incriminações, dirigidas à tutela de interesses patrimoniais individualizados, e alguns regimes de responsabilidade civil de natureza contratual como o instituto da *Venda de coisas defeituosas* (*supra*, § 5, 2, a)), pressuposta evidentemente a diferente (e decisiva) natureza normativa. Com efeito, as normas incriminatórias partilham com aquelas normas civis a circunstância de não se referirem a uma protecção directa do consumidor mas antes considerarem como “vítima” um determinado sujeito, por regra participante numa concreta relação negocial.

<sup>1671</sup> Cf. *Protecção Jurídico-Penal de Interesses dos Consumidores*, *op. cit.*, p. 49.



burla, mas compreendem particulares circunstâncias que lhe concedem alguma especificidade<sup>1672</sup>. Algumas destas incriminações têm especial relevância no âmbito económico, mas nenhuma se refere concretamente à tutela penal do consumo<sup>1673</sup>.

A afirmação da responsabilidade criminal pela prática do crime de *Burla* está dependente da afirmação da complexa estrutura do seu ilícito, designadamente de uma manobra fraudulenta, com intenção de enriquecimento, capaz de induzir astuciosamente em erro ou engano o consumidor, determinando-o assim à prática de um acto que o prejudica patrimonialmente<sup>1674</sup>. Trata-se assim, de uma estrutura típica complexa de carácter geral e de relevância estreita no âmbito do direito penal do consumo.

b) O crime de *Usura* constitui, tal como o crime de *Burla*, um delito patrimonial clássico; contudo, se a punição do burlão se mostra historicamente inquestionável, o mesmo não vale para a actuação do usurário, questionada ao longo da história<sup>1675</sup>. Como refere Taipa de Carvalho, “sendo os bens jurídicos patrimoniais livremente disponíveis pelo seu titular e pressupondo o negócio usurário a vontade do usurado (vítima da exploração usurária), parece que faltam todos os fundamentos para incriminar o usurário, aquele que beneficia com o respectivo negócio”<sup>1676</sup>. Todavia, o direito interfere nesta relação contratual porque o seu pressuposto fundamental – a liberdade negocial – foi abalado. Ou seja, é a particular situação de necessidade ou de fragilidade do “usurado”, explorada pelo usurário, que diminui a capacidade daquele se auto-determinar contratualmente e o impele no sentido de aceitar as condições patrimoniais desvantajosas que lhe são

---

<sup>1672</sup> O artigo 218.º refere-se à *Burla qualificada*, o artigo 219.º incrimina a *Burla relativa a seguros*, no artigo 220.º prevê-se a *Burla para a obtenção de alimentos, bebidas ou serviços*, o artigo 221.º refere-se à *Burla informática e nas comunicações*, e, por fim, o artigo 222.º consagra a *Burla relativa a trabalho ou emprego*.

<sup>1673</sup> Talvez a excepção se possa concretizar na burla informática e nas comunicações, na medida em que o serviço seja fraudulentamente prestado.

<sup>1674</sup> Sobre os elementos típicos do crime de *Burla*, já vastamente estudados na doutrina, veja-se, a título de exemplo, COSTA, António Manuel Almeida, «Artigo 217.º», *op. cit.*, p. 274 e ss. Também, DIAS, Augusto Silva, *Protecção Jurídico-Penal de Interesses dos Consumidores*, *op. cit.*, p. 49 e ss.

<sup>1675</sup> Sobre a história da incriminação e dos elementos característicos, CARVALHO, Américo Taipa de, «Artigo 226.º», *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 384 e ss. Em particular, sobre a relevância deste delito no âmbito das relações de consumo, DIAS, Augusto Silva, *Protecção Jurídico-penal dos Interesses dos Consumidores*, *op. cit.*, p. 54 e ss.

<sup>1676</sup> Cf. «Artigo 226.º», *op. cit.*, p. 385.

propostas. É neste constrangimento que assenta em primeira linha a anulabilidade do negócio no plano jurídico-civil (artigo 226.º) e, a montante, a censura penal.

Dado o contexto negocial que o envolve, este tipo legal tem sido também convocado no âmbito das relações de consumo, designadamente para tutelar o crédito ao consumo. A doutrina tem entendido que, na sequência da revisão em 1995 do Código Penal, apenas a usura individual, por contraponto à usura social, é abrangida pelo tipo incriminador previsto no artigo 226.º. Nas palavras de Silva Dias, em referência ao particular cenário das relações de consumo, “a diferença entre ambas reside na situação em que o devedor se encontra e em que consente nas condições contratuais: na usura social, que se traduz em práticas de concessão de crédito rápida e desformalizada em condições desvantajosas para o consumidor, este aceita as ditas condições em situação de plena liberdade; na usura individual, o consumidor encontra-se em situação de necessidade, anomalia psíquica, incapacidade, inépcia, inexperiência ou fraqueza de carácter, nos termos do art. 226.º, n.º 1, portanto, constelações que traduzem falta de liberdade, e o vendedor aproveita-se disso, para alcançar benefício patrimonial”<sup>1677</sup>.

#### 2.4.2 A especificidade do crime de *Peso e medidas falsas*

Historicamente, o crime de peso e medidas falsas associa-se de modo praticamente exclusivo à protecção dos interesses patrimoniais do comprador<sup>1678</sup>. No Código Penal de 1886 esta conduta estava prevista no parágrafo terceiro do artigo 456.º, integrado no título referente aos crimes contra a propriedade, capítulo das quebras, burlas e outras defraudações, e na secção dos abusos de confiança, simulação e outras espécies de fraude<sup>1679</sup>. A conduta era concebida como uma

---

<sup>1677</sup> Cf. *Protecção Jurídico-penal dos Interesses dos Consumidores*, *op. cit.*, p. 54-55. Sobre esta distinção, também CARVALHO, Américo Taípa de, «Artigo 226.º», *op. cit.*, p. 390.

<sup>1678</sup> Sobre a história da incriminação veja-se MONTEIRO, Cristina Líbano, «Artigo 270.º», *op. cit.*, p. 844.

<sup>1679</sup> O artigo 456.º, no seu terceiro parágrafo, dispunha o seguinte:

«Será punido com um mês a um ano de prisão e multa correspondente:

(...)

3.º O que, usando de pesos falsos ou medidas falsas enganar o comprador.

particular espécie de burla ou fraude realizada no contexto de trocas comerciais, integrando como elemento típico o engano por meio da viciação dos instrumentos de medida. Todavia, esta conformação típica em torno dos interesses patrimoniais do comprador é abandonada pelo Código de 1982, onde, tanto na sua versão originária<sup>1680</sup> como após a revisão de 1995 se concede privilégio na construção da norma incriminadora ao meio através do qual o agente causa prejuízo patrimonial, isto é, à falsificação. Deste modo, a incriminação, concretizada no artigo 270.º do Código Penal, foi inserida pelo legislador do actual código no capítulo das falsificações, indicando uma viragem político-criminal e dogmática, como bem sublinha Cristina Líbano Monteiro<sup>1681</sup>.

Por conseguinte, a doutrina tem entendido que o bem jurídico protegido tem uma natureza supra-individual mediatizada à tutela de interesses individuais, designadamente os interesses patrimoniais dos consumidores. O objecto de protecção da norma coincide, segundo Cristina Líbano Monteiro, com a

---

§1.º Se for ourives de ouro ou de prata, que cometa a falsificação, metendo nas obras que fizer para vender alguma liga que por a lei, bondade e valia do oiro ou prata seja alterada, ou engastando ou pondo pedra falsa ou contrafeita, ou que engane o comprador sobre o peso ou toque de ouro ou prata, ou sobre a qualidade de alguma pedra, a pena será a prisão de três meses a dois anos e multa correspondente.

§ 2.º A simples detenção de falsos pesos ou de falsas medidas nos armazéns, fábricas, casas de comércio ou em qualquer lugar em que as mercadorias estão expostas à venda, será punida com a multa de 1\$000 réis a 5\$000 réis.

§ 3.º Consideram-se como falsos os pesos e medidas que a lei não autorisa.

§ 4.º Os objectos do crime, se pertencerem ainda ao vendedor, serão perdidos a favor do Estado, e bem assim serão perdidos e inutilizados os pesos e medidas falsas.»

<sup>1680</sup> O artigo 248.º do Código Penal de 1982, na sua versão originária, tem por epígrafe *Dos pesos e medidas falsas*. A norma faz parte do Capítulo II referente à *Falsificação de documentos, moeda, pesos e medidas*, que por sua vez integra o Título III, *Dos crimes contra valores e interesses da vida em sociedade*. Não é clara a proveniência desta norma, uma vez que não tem correspondência no Projecto da Parte Especial de Eduardo Correia, onde somente se previa, no artigo 280.º, o crime de *Fabrico ou Falsificação de notação técnica*, compreendendo o conceito de notação técnica a notação de um peso ou de uma medida (n.º 3), cf. *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal*, *op. cit.*, p. 238.

<sup>1681</sup> MONTEIRO, Cristina Líbano, «Artigo 270.º», *op. cit.*, p. 845. Também ALMEIDA, Carlota Pizarro de, «Direito penal do consumo. Algumas questões», *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, Vol. 1, Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 273. Esta viragem sistemática e político-criminal é também sublinhada pelo Acórdão do TC 340/2005, de 22 de Julho de 2005, publicado no *DR, II Série*, de 29 de Julho de 2005, p. 10 917, que, referindo-se aos crimes que comportam na sua ilicitude um elemento de falsidade, esclarece que “o Código Penal de 1982 eliminou o capítulo antes designado por «Das falsidades» e procedeu a uma reorganização sistemática dos crimes que nele se incluíam. Passou, então, a distinguir entre, por um lado, aqueles crimes que — tal como os de falsificação de documentos, moeda, pesos e medidas — são considerados *crimes contra valores e interesses da vida em sociedade* (capítulo II do título IV) e, por outro, aqueles que são considerados «crimes contra a realização da justiça», e como tal incluídos no título dos «crimes contra o Estado» (capítulo III do título V).

intangibilidade ou integridade do sistema legal de operações de medição<sup>1682</sup> ou, nas palavras de Carlota Pizarro de Almeida, com a “credibilidade dos instrumentos de medição em geral”<sup>1683</sup>.

No artigo 270.º do Código Penal, o legislador pune, com pena de prisão até dois anos ou pena de multa até 240 dias, as condutas previstas nas três alíneas do corpo do artigo, às quais Cristina Líbano Monteiro faz corresponder três crimes de dano, com desigual conteúdo de ilícito: contrafacção ou falsificação de punção (al. *a*)); alteração de instrumentos de medição (al. *b*) e utilização de instrumentos de medição alterados ou com punção contrafeita ou falsificada (al. *c*)<sup>1684</sup>.

Deste modo, a conformação típica dada ao artigo 270.º extravasa largamente a tutela penal do consumo. Com efeito, como sublinha Carlota Pizarro de Almeida, não é possível relacionar a protecção do consumidor com o controlo de aparelhos tão díspares como os que se destinam à medição dos gases de escape de veículos ou à medição de radiações ionizantes<sup>1685</sup>. Destaca-se, desta forma, a falsificação como elemento estruturante daquelas três alíneas, seja directamente, como acontece nas duas primeiras alíneas, seja de forma mediata, por exemplo através do uso de instrumentos de medição alterados ou com punção falsificada, previsto na alínea *c*).

Na maioria das vezes, o prejuízo patrimonial do comprador realiza-se com a utilização do instrumento falsificado, nos termos da alínea *c*) deste artigo. Nestes casos, a conduta pode preencher simultaneamente a tipicidade própria do crime de *Burla* ou mesmo do crime de *Fraude sobre mercadorias*, a que nos referimos anteriormente, dando origem a problemas de concurso. Acentuando a natureza claramente preparatória do crime de *Pesos e medidas falsas*, Cristina Líbano Monteiro entende que se trata de uma aparência de concurso, segundo as regras gerais da consunção. Entende esta autora não ser adequado punir o agente por dois crimes quando um se mostra “como clara preparação do outro, ou o último desenvolvimento lógico do primeiro”<sup>1686</sup>. Deste entendimento discorda Carlota Pizarro de Almeida que, acentuando os diferentes bens jurídicos tutelados pela

---

<sup>1682</sup> Cf. MONTEIRO, Cristina Líbano, «Artigo 270.º», p. 848.

<sup>1683</sup> Cf. ALMEIDA, Carlota Pizarro de, «Direito Penal do consumo...», *op. cit.*, p. 273.

<sup>1684</sup> MONTEIRO, Cristina Líbano, «Artigo 270.º», *op. cit.*, p. 849 e ss.

<sup>1685</sup> Cf. ALMEIDA, Carlota Pizarro de, «Direito Penal do consumo...», *op. cit.*, p. 273.

<sup>1686</sup> Cf. «Artigo 270.º», *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II, *op. cit.*, p. 856.

falsificação e utilização de instrumento falsificado e o crime de burla, defende o concurso efectivo, devendo agente ser punido pelos dois crimes. Da perspectiva da autora só por esta via se pode considerar o desvalor dos dois resultados, “independentemente de um dos crimes ser, de algum modo, instrumental relativamente ao outro”<sup>1687</sup>.

Trata-se de um problema que não é novo, mas foi já amplamente discutido na doutrina e na jurisprudência a propósito da natureza do concurso entre um acto de falsificação (*v. g.*, de documentos) tendo por fim burlar outrem. É conhecido o sentido jurisprudencial fixado pelo STJ, no Assento n.º 8/2000, de 4 de Maio, em favor do “concurso real ou efectivo de crimes”<sup>1688</sup>.

Como refere Figueiredo Dias, nos casos em que a utilização do documento ou – em nosso acrescento – do instrumento de medida ou peso falsificado surge como o meio de realização da burla, dificilmente uma valoração autónoma e integral do crime-meio, em concurso efectivo, não representaria “uma violação da proibição jurídico-constitucional da dupla valoração”<sup>1689</sup>. E não se argumente no sentido de que a solução pelo concurso impuro contraria o mandamento (também constitucional) da esgotante apreciação da matéria submetida a julgamento, uma vez que o delito dominado tem de ser considerado (de forma esgotante) pelo julgador na determinação da pena concreta cabida ao agente. Assim, acompanhamos Cristina Libano Monteiro e Figueiredo Dias na conclusão de princípio favorável a um concurso aparente nos casos em que o acto de falsificação esgota a sua danosidade social na burla realizada pelo autor. É que, nestas situações, o crime de burla impõe-se ao sentir comunitário como ilícito predominante.

#### 2.4.3 O alcance limitado da tutela penal dos interesses patrimoniais

Não é propósito deste estudo apresentar uma análise pormenorizada dos elementos jurídico-penais que compõem estas incriminações – tarefa já cumprida

---

<sup>1687</sup> «Direito Penal do consumo...», *op. cit.*, p. 274.

<sup>1688</sup> Publicado em *DR*, I Série-A, de 23 de Maio de 2000. Já anteriormente o STJ se tinha pronunciado neste mesmo sentido por via dos acórdãos do plenário de 19 de Fevereiro de 1992 e de 9 de Abril de 1992.

<sup>1689</sup> Cf. *Direito Penal* (2007), *op. cit.*, p. 1018 e s.

pela doutrina que amplamente se tem vindo a citar. O seu registo deve-se somente ao contributo que podem desempenhar na tutela do património do consumidor individual. No entanto, cabe sublinhar que este contributo surge, no quadro da natureza generalizadora das relações de consumo, como muito limitado. Os tipos legais de burla e de usura (e também o crime de pesos e medidas falsas na sua referência patrimonial, ainda que mediata) mostram-se desadequados à realidade de um consumo massificado, desde logo, porque o sentido social que os domina pressupõe uma relação individualizada<sup>1690</sup>.

Com efeito, os crimes contra o património individual apresentam-se visivelmente limitados na prevenção de condutas que não se dirijam concretamente contra um ou vários patrimónios individuais, mas antes afectem um número ilimitado de sujeitos<sup>1691</sup>. Ora, a sociedade global transporta-nos do cenário das relações individuais para o contexto de um consumidor anónimo, representativo de um número indeterminado de relações de consumo, onde para além da sua protecção patrimonial individual se averigua da protecção supra-individual dos seus interesses económicos.

Acresce ainda que ao âmbito de protecção dos crimes de *Usura* e de *Burla*, escapa (e deve escapar) a voragem da evolução económica. Tal não significa que dela se possa demitir ou alhear o direito penal, ainda que, no nosso entendimento, se deva afastar suficientemente de modo a garantir o integral cumprimento de princípios estruturantes como o princípio da *ultima ratio*. Isto é, deve negar-se a intervenção penal na medida em que, em obediência à subsidiariedade que caracteriza as normas penais, as sanções civis ou administrativas possam cumprir uma efectiva tutela dos interesses económicos dos consumidores. Todavia, nos casos particulares em que essa tutela se mostra insuficiente na tutela dos bens jurídicos de natureza económica, o recurso ao direito penal pode impor-se como uma resposta necessária aos ataques mais graves àqueles interesses. No quadro assim traçado, não nos parece que as formas de tutela tradicional do património

---

<sup>1690</sup> Sobre estas dificuldades, DIAS, Augusto Silva Dias, *Protecção Jurídico-penal dos Interesses dos Consumidores*, *op. cit.*, p. 82 e s. Também, tendo por referência o delito de “estafa” no ordenamento jurídico espanhol, PUENTE ABA, Luz Maria, *Delitos Económicos contra los Consumidores...*, *op. cit.*, p. 30.

<sup>1691</sup> Cf. PUENTE ABA, Luz Maria, *Delitos Económicos contra los Consumidores...*, *op. cit.*, p. 30

individual do consumidor possam ser suficientemente eficazes, quando delas se exige uma resposta num referente situacional e temporal totalmente diverso daquele que pressupõem, exigindo-se-lhes o que não podem dar. Como exemplo do que se pretende sustentar, basta pensar nos casos mais graves de lesão dos interesses económicos dos consumidores de produtos financeiros, para os quais os tipos patrimoniais clássicos se mostram à primeira vista desadequados.

## 2.5 A tutela de interesses económicos?

A expressão “interesses económicos dos consumidores” congrega um conjunto diversos de casos que têm em comum o prejuízo efectivo ou potencial da situação económica do consumidor, enquanto agente económico adquirente de bens e serviços, em consequência do funcionamento do mercado e da actuação de outros agentes económicos, designadamente dos produtores. Trata-se de um cenário amplo, coincidente com o sistema económico e com os modelos explicativos das tendências de mercado e das condutas daqueles que nele intervêm, assentes numa racionalidade própria que resulta não de opções individuais mas de determinadas escolhas consideradas na sua dimensão colectiva.

Com efeito, na base da organização económica de qualquer sociedade humana, podem ser identificadas três questões fundamentais. Como referem Samuelson e Nordhaus, qualquer sociedade tem de ter um modo para determinar *que* bens são produzidos, *como* são produzidos e *para quem* são produzidos<sup>1692</sup>. Assim, na base do circuito económico, surgem como actores principais, na veste de produtores, as empresas, e na veste de consumidores, as famílias. As regras jurídicas desempenham actualmente um papel importante e fundamental na concretização e conformação destas relações económicas<sup>1693</sup>.

É justamente neste contexto que tem vindo a assumir particular relevância a protecção dos direitos económicos dos consumidores, que podemos enquadrar em

---

<sup>1692</sup> SAMUELSON, Paul A. / NORDHAUS, William D., *Economia*, Lisboa: McGraw-Hill, 1999, p. 8.

<sup>1693</sup> A relação entre o direito e a ordem económica, longe de ser pacífica, reflectiu as concepções ideológicas dominantes em cada tempo, como claramente ilustra a ideia de liberdade de mercado própria do liberalismo económico em oposição à requisição da intervenção das regras jurídicas como forma de colmatar os excessos e defeitos do mercado

dois planos distintos: nos momentos que se referem à contratação em sentido amplo, englobando a fase preliminar e a respectiva execução, através, por exemplo, da proibição de publicidade enganosa, de métodos agressivos de venda, do estabelecimento de cláusulas contratuais gerais, de sistemas de contratação à distância; ou, num plano mais alargado, atendendo ao consumidor como operador económico sujeito às regras do mercado, em que se aponta como exemplo primeiro a defesa da concorrência, sancionando práticas restritivas da concorrência ou abusos de posição dominante<sup>1694</sup>.

É justamente neste contexto que o Código Penal espanhol incluiu entre os seus artigos, desde 1995, os “delitos socioeconómicos do consumo”, que sancionam determinados comportamentos realizados no mercado com prejuízo económico para um número considerável de consumidores. Trata-se dos artigos 281 a 283, inseridos na secção dos “*Delitos relativos al mercado y a los consumidores*”, que incriminam os delitos de publicidade falsa, facturação ilícita e açambarcamento de matérias-primas.

Um outro exemplo de incriminação de condutas que prejudicam interesses económicos dos consumidores é dado pelo ordenamento jurídico alemão. Contrariamente ao direito espanhol que integra estes delitos no Código Penal, a lei alemã assenta a tutela do consumidor num conjunto de leis especiais que integram o direito penal secundário, entre as quais se destaca a *Lebensmittel-, Bedarfsgegenstände- und Futtermittelgesetzbuch (LFGB)*<sup>1695</sup>. Esta lei reúne os ilícitos criminais e administrativos em matéria de protecção dos produtos alimentares. A título de exemplo, incrimina-se no § 59 (1), 7, 11, 13, 18, com pena de prisão até um ano ou pena de multa, a publicidade ou informação enganosa sobre alimentos, alimentos

---

<sup>1694</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada, op. cit.*, p. 782.

<sup>1695</sup> Trata-se de uma lei de 1 de Setembro de 2005, já revista por diversos diplomas legais, que julgamos poder traduzir por *Código dos Alimentos, Bens de Consumo e Alimentos destinados a animais*. Fora deste diploma estão os delitos no âmbito do consumo de medicamentos, previstos na Lei dos Medicamentos (*Arzneimittelgesetz*), que data de 1976 mas tem sido objecto de constantes revisões e que nos parágrafos 95, 96 e 97 prevê ilícitos criminais e administrativos no âmbito da produção e comercialização de medicamentos. Um estudo detalhado da responsabilidade criminal por danos causados por medicamentos e, em particular, uma análise destas normas, é feito por MAYER, Michael, *Strafrechtliche Produktverantwortung bei Arzneimittelschäden*, Berlin / Heidelberg: Springer, 2008.



destinados a animais, cosméticos e outros bens de consumo<sup>1696</sup>. No que se refere à publicidade enganosa, deve acrescentar-se que o ordenamento alemão prevê uma incriminação com carácter genérico, inserida na Lei contra a concorrência desleal (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*), de 2004. Trata-se do § 16 que pune, com pena até dois anos de prisão ou pena de multa, aquele que, com intenção de criar a aparência de uma oferta especialmente vantajosa, faça publicidade enganosa através de falsas informações destinadas ao público ou a um extenso conjunto de pessoas.

Deste modo, é interessante notar que a publicidade enganosa seja incriminada em duas ordens jurídicas que constroem a protecção penal do consumidor sobre perspectivas tão distintas: a primeira claramente mais fragmentária, construída da perspectiva do sujeito-consumidor e inserida no próprio Código Penal, a segunda procurando estruturar em leis extravagantes os ilícitos mais relevantes em matéria do consumo e tomando como referência os bens de consumo enquanto objectos de acção.

No quadro da ordem jurídica portuguesa, a tutela destes interesses económicos dos consumidores é essencialmente realizada pelo ilícito administrativo<sup>1697</sup>. A protecção penal destes interesses assume em Portugal uma dimensão muito residual e fragmentária. Com efeito, ela é reduzida à incriminação de algumas condutas no âmbito do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, referente aos delitos contra a saúde e a economia, designadamente por via de ilícitos como o açambarcamento (artigo 28.º) ou a especulação (artigo 35.º) e, de forma ainda mais indirecta e incidental, no Decreto-Lei n.º 36/2003, de 5 de Março, relativo aos crimes contra a propriedade industrial, que tutela nas suas

---

<sup>1696</sup> Acrescente-se que a incriminação do engano criado pela publicidade do produto estava já prevista na lei anterior de 1993, *Lebensmittel- und Bedarfsgegenständegesetz*. Em concreto sobre esta lei e a incriminação da publicidade enganosa, da perspectiva do direito alemão e europeu, HECKER, Bernd, *Strafbare Produktwerbung im Lichte des Gemeinschaftsrechts*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2001.

<sup>1697</sup> É o caso de algumas das contra-ordenações previstas no Código da Propriedade Industrial (Decreto-Lei n.º 36/2003, de 5 de Março), cujo artigo 337.º estabelece que “é punido com coima de (euro) 3000 a (euro) 30 000, caso se trate de pessoa colectiva, e de (euro) 750 a (euro) 3740, caso se trate de pessoa singular, quem, ilegítimamente, usar no nome ou na insígnia do seu estabelecimento, ou no logótipo, registado ou não, a firma ou a denominação social que não pertença ao requerente, ou apenas parte característica das mesmas, se for susceptível de induzir o consumidor em erro ou confusão, salvo se se provar o consentimento ou a legitimidade do seu uso”.

incriminações, em primeira linha, os interesses daqueles que têm a seu favor o registo ou a patente e não os interesses dos consumidores<sup>1698</sup>.

O Decreto-Lei n.º 28/84 previa, na sua versão originária, o delito de publicidade fraudulenta. De facto, o artigo 40.º punia, com pena de prisão até um ano e multa não inferior a 50 dias, condutas de publicidade enganosa ou fraudulenta em violação de disposições especiais ou por via de declarações falsas ou comparações enganosas ou depreciativas relativas a bens e serviços. Todavia, o Código da Publicidade, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 330/1990, de 23 de Outubro, acabaria por conceder à publicidade enganosa a natureza de ilícito administrativo, sancionado no âmbito das contra-ordenações aí estabelecidas. Não obstante, o artigo 40.º do Decreto-Lei n.º 28/84 permaneceria em vigor, sendo revogado cinco anos mais tarde por via do Decreto-Lei n.º 6/95, de 17 de Janeiro. Assim, durante aquele período de tempo, as mesmas condutas de publicidade enganosa, tiveram, incompreensivelmente, uma dupla natureza criminal e contra-ordenacional. A publicidade enganosa é hoje qualificada como ilícito administrativo, nos termos do artigo 11.º do Código da Publicidade, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de Outubro, e do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março, referente às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores.

Em nosso modo de ver, em concordância com a posição doutrinária dominante, os interesses económicos dos consumidores devem ser tutelados em primeira linha por via das sanções administrativas, reservando-se a intervenção penal

---

<sup>1698</sup> A defesa em primeira linha dos interesses dos consumidores por via destas normas era mais clara no Código da Propriedade Industrial estabelecido pelo Decreto-Lei n.º 16/95, de 24 de Janeiro, revogado pela lei actualmente em vigor. Com efeito, o artigo 264.º tipificava como crime de contrafacção, imitação e uso ilegal de marca, a conduta daquele que usasse a sua marca registada em produtos alheios de modo a iludir o consumidor sobre a origem dos mesmos produtos, punida com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 120 dias. Nas incriminações previstas no actual Código da Propriedade Industrial não se faz qualquer referência directa ao consumidor. Esta nota distintiva tem sido também acentuada por alguma jurisprudência que considera que a fronteira entre a norma incriminatória do Código da Propriedade Industrial e o crime de *Fraude sobre mercadorias*, previsto no artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 28/84, passa pelo diferente objecto de tutela e respectiva titularidade: naquela primeira norma, tutela-se o interesse patrimonial do detentor da marca; já a segunda procura acautelar a confiança na autenticidade e qualidade do bem por parte do adquirente (consumidor ou comprador) do bem. Com efeito, o distinto bem jurídico tutelado por estas incriminações tem sido um dos principais argumentos usados pela jurisprudência, que se tem pronunciado em sentido favorável à existência de concurso efectivo de crimes nos casos em que com a sua conduta o agente preenche ambos os tipos legais, cf. *supra*, § 14, 2.2.2.

aos casos justificados pelos princípios da necessidade e da oportunidade<sup>1699</sup>. Todavia, não deve esquecer-se que há interesses que exigem e sustentam a intervenção penal, tanto pela sua valia imediata e mediata, como pela necessidade de uma sua efectiva protecção, como ainda pelo grau de gravidade e censurabilidade das condutas que os ofendem. Pensamos nos casos mais graves de publicidade ou divulgação de informação enganosa susceptível de induzir em erro o consumidor e, como tal, lesiva em primeira linha do direito à informação que lhe é reconhecido constitucionalmente e apta, em segunda linha, a prejudicar não só os seus interesses económicos, como até, em situações mais graves, a pôr em causa a sua própria saúde.

Da nossa perspectiva, é possível identificar neste contexto um bem jurídico supra-individual referido mediatemente aos interesses económicos e patrimoniais dos consumidores, coincidente com a veracidade da informação relativa ao bens de consumo, cujos ataques mais graves sustentam e justificam a intervenção penal, à semelhança do que acontece em ordenamentos jurídicos muito próximos dos princípios que estruturam o nosso sistema penal, como é o caso dos ordenamentos

---

<sup>1699</sup> Neste sentido, DIAS, Augusto Silva, *Protecção Jurídico-Penal dos Interesses dos Consumidores*, *op. cit.*, p. 105. O autor vai mais longe e condiciona mesmo a intervenção penal no âmbito económico à protecção de bens jurídicos dotados de uma referência pessoal, isto é “que apresente um núcleo personalizável que possa ser assumido por um titular, mesmo difuso”. Muito embora reconheça que a confiança em subsistemas faz parte dos processos económicos próprios de um mercado complexo e que o seu funcionamento depende em grande parte da protecção da confiança que nele se deposita, rejeita que essa tutela possa ser cumprida pelo direito penal. A protecção da confiança em subsistemas redundaria na protecção de funções. Ora, a tutela penal de funções colide, a seu ver, com a estrutura da validade jurídico-penal, nomeadamente com os princípios da ofensividade, da subsidiariedade e da culpa, e centra-se exclusivamente sobre o desvalor da acção, dada a inexistência de uma lesão que possa ser intersubjectivamente experimentada, constituindo as respectivas incriminações autênticas “*delicta mere prohibita*”. O autor rejeita assim a sanção penal para condutas meramente disfuncionais ao sistema económico, âmbito por excelência do direito das contra-ordenações. Cf. «*Delicta in se*»..., *op. cit.*, p. 852 e ss. Esta questão prende-se, naturalmente, com a concepção do ilícito penal no âmbito da esfera económica, bem como com a compreensão do que seja um bem jurídico colectivo capaz de sustentar e justificar a criminalização da conduta. O âmbito económico é fértil na composição de bens jurídicos sistémicos (*v. g.*, o funcionamento do mercado dos valores mobiliários ou a lealdade na concorrência empresarial), assentes na confiança que a sociedade deposita no funcionamento daqueles bens. Sobre estes bens veja-se, HEFENDEHL, Roland, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Köln / München: Carl Heymanns, 2002. Desta perspectiva, a confiança torna-se um autêntico bem jurídico carente de protecção penal enquanto a sociedade reclame a confiança no funcionamento daquele sistema ou instituição. Sobre a discussão em torno da protecção penal de bens jurídicos colectivos veja-se, de modo mais desenvolvido, SOUSA, Susana Aires de, *Os Crimes Fiscais*..., *op. cit.*, p. 201 e ss.

jurídicos espanhol e alemão<sup>1700</sup>. A veracidade da informação sobre o produto é assim um bem jurídico colectivo ou supra-individual, de titularidade difusa, que ganha a sua mais-valia por via dos interesses pessoais, económicos e patrimoniais dos consumidores que antecipadamente protege e que deve ser tutelado perante condutas fraudulentas no âmbito da sua produção ou comercialização. É justamente este carácter de fraude, de criação ou exploração dolosa do engano em que incorre o consumidor, que concede à conduta um desvalor ético capaz de suportar a censura penal e a afasta do desvalor próprio dos ilícitos puramente proibitivos de natureza contra-ordenacional.

Assim, em nosso modo de ver, a legitimidade desta incriminação resulta da identificação de um autêntico bem jurídico-penal – a veracidade da informação divulgada ou publicitada no âmbito do consumo – que merece protecção penal. Todavia, a respectiva tutela penal não deve cobrir toda a sua plenitude ou extensão, mas referir-se apenas aos ataques mais gravosos que lhe são dirigidos. Neste contexto, um critério para determinar essa gravidade é justamente a criação do erro através do engano, dominando-se por essa via a formação da vontade não de um determinado comprador mas antes dos consumidores em geral, com prejuízo dos seus interesses pessoais ou patrimoniais. Trata-se de uma forma jurídico-penal muito semelhante ao ilícito de burla, em que se prescinde do seu carácter patrimonial ou da intenção de enriquecimento do agente<sup>1701</sup> e em que se acrescenta uma nota característica importada e adaptada dos crimes de perigo comum, traduzida na indeterminabilidade do número potencial de vítimas.

---

<sup>1700</sup> Numa perspectiva mais restrita do que aquela que propomos, DIAS, Augusto Silva, *Protecção Jurídico-penal de Interesses dos Consumidores*, *op. cit.*, p. 106-107, admite a possibilidade de incriminar a publicidade, desde que condicionada à defesa da saúde e segurança dos consumidores, como, por exemplo, no caso de publicidade que induz o consumidor à prática de actos que ponham em perigo a saúde e segurança (*v. g.*, a publicidade a um automóvel todo o terreno que, de uma forma realista, sugerisse modos de utilização temerários que colocassem em sério risco quem os experimentasse). Já num sentido mais amplo, concebendo a incriminação da publicidade enganosa como um crime de perigo abstracto, MONTE, Mário, *Da Protecção Penal do Consumidor...*, *op. cit.*, p. 305.

<sup>1701</sup> Ideia já antecipada por DIAS, Augusto Silva, *Protecção Jurídico-Penal de Interesses dos Consumidores*, *op. cit.*, p. 107.

## Referência conclusiva

No âmbito do ordenamento jurídico português concede-se tutela penal (fragmentária) a alguns dos interesses fundamentais do consumidor, consolidados a partir da segunda metade do século XX e reconhecidos pelo legislador constitucional no artigo 60.º, n.º 1, da Constituição, e pelo legislador ordinário, de modo fundamental, na Lei de Defesa do Consumidor.

Por sua vez, o legislador penal, por via de tipos legais previstos no Código Penal, como o *Homicídio*, a *Ofensa à integridade física*, ou a *Corrupção de substâncias alimentares e medicinais*, protege o direito à saúde e segurança dos consumidores. Também o direito à qualidade dos produtos merece tutela penal nos artigos 23.º e 24.º do Decreto-Lei n.º 28/84. No mesmo diploma, tutela-se ainda a saúde pública através da incriminação do abate clandestino de animais. Acrescente-se ainda que os interesses patrimoniais individuais, no plano das relações de consumo, merecem tutela penal através de incriminações genéricas próprias do direito penal clássico como a *Burla* e a *Usura*.

Deste modo, alguns dos direitos fundamentais reconhecidos constitucionalmente ao consumidor são protegidos por incriminações genéricas previstas no Código Penal; outros, porém, são objecto de tutela específica como é o caso do direito à qualidade dos bens, reflectido, por exemplo, num dos bens jurídicos tutelados pelo Decreto-Lei n.º 28/84: a confiança na qualidade e autenticidade dos bens adquiridos.

Todavia, o quadro legal dedicado à protecção penal do consumidor apresenta fragilidades que, pela sua relevância, impõem como necessária uma intervenção legislativa. Essas debilidades manifestam-se na insuficiente e desactualizada tutela penal de alguns interesses fundamentais dos consumidores, por exemplo no âmbito dos seus interesses económicos. Contudo, além do carácter desactualizado de algumas incriminações em face do cenário complexo e massificado em que se desenvolvem as relações de consumo, as principais debilidades do sistema penal de protecção do consumidor concretizam-se numa técnica legislativa desadequada e em vazios legislativos que estão na origem de ostensivas lacunas de punição.

Mais uma vez a título meramente exemplificativo, considera-se a ausência de tipificação de condutas de adulteração de substâncias alimentares perigosas para a vida e saúde humanas decorrente do vazio legislativo exposto pela contraposição do âmbito de aplicação dos artigos 282.º do Código Penal e 24.º do Decreto-Lei n.º 28/84: o primeiro exigindo um evento jurídico de perigo concreto para a vida ou integridade física de um consumidor, o segundo exigindo no tipo de garantia o carácter não perigoso daquelas substâncias. Deste enredo legislativo não tem escapado a jurisprudência confrontada com a qualificação jurídico-penal de condutas perigosas à vida e à saúde dos consumidores.

As lacunas punitivas no âmbito da tutela da saúde e da segurança do consumidor estendem-se ainda, da nossa perspectiva, à produção e comercialização de bens de consumo perigosos, uma vez que apenas se reconhece relevância penal à adulteração de bens alimentares e de substâncias medicinais no artigo 282.º do Código Penal – norma que é objecto de diversas reservas do ponto de vista dogmático e político-criminal.

Por conseguinte, fora daquele quadro legal, não existe na ordem jurídico-penal portuguesa uma específica previsão normativa referente à produção e distribuição de bens perigosos para a saúde dos consumidores. A intervenção penal pressupõe antes a lesão de bens jurídicos fundamentais. Ou seja, a protecção da vida e da integridade física do consumidor faz-se essencialmente por via dos delitos de resultado: *Homicídio* e *Ofensas à integridade física*.

A responsabilidade criminal por produtos perigosos está deste modo limitada àqueles tipos legais, o que suscita diversas questões problemáticas, designadamente no plano da causalidade e da imputação objectiva do resultado. Importa assim relacionar o problema – a produção de bens perigosos – com a resposta dada pela lei penal à protecção do consumidor, de modo a aferir da sua suficiência e adequação na resolução do problema e, em um segundo momento, de forma a apresentar eventuais soluções. É justamente esta dupla análise que se realiza no capítulo seguinte.

## CAPÍTULO II

### O JUÍZO DE IMPUTAÇÃO NO ÂMBITO DA PRODUÇÃO DE BENS E O RETORNO CRÍTICO À LEI PENAL: SOLUÇÕES

#### § 15. *De iure constituto*: a insuficiência da resposta legal

##### 1. Os crimes de homicídio e ofensas à integridade física

O primeiro pressuposto de uma norma incriminatória que se pretenda juridicamente legitimada é a sua referência à tutela de interesses e bens reconhecidos como valiosos pela comunidade jurídica. Trata-se de bens jurídicos fundamentais, protegidos criminalmente em obediência a um conjunto de princípios e regras que integram o direito penal enquanto disciplina jurídica das sanções mais graves conhecidas pelo ordenamento jurídico. Neste sentido, o comportamento criminoso há-de ter por essência uma *modificação prejudicial* do bem jurídico-penal que se quis proteger, contrariando o comando normativo dirigido ao agente do facto.

Todavia, importa salientar que, de um ponto de vista técnico, o legislador penal dispõe, na estrita observância das regras e limites do discurso criminalizador, de várias possibilidades de concretização daquela “modificação prejudicial”. Neste sentido, o ilícito criminal pode construir-se, na sua forma mais esgotante, em torno da lesão do interesse protegido, ou quedar-se pela sua mera colocação em perigo. Numa outra classificação técnico-jurídica, que se cruza com o critério anterior mas que com ele não se confunde, pode construir-se a incriminação em torno da concreta conduta do agente (delito formal) ou, ao invés, exigir-se a realização de um determinado evento, concretizado numa alteração da realidade, causalmente ligado à conduta do agente (delito material ou de resultado).

Assim, ao direito penal cabe prevenir condutas humanas voltadas para uma modificação prejudicial do substrato que suporta aquele interesse valioso tutelado pela norma. Neste sentido, o comando jurídico normativo que proíbe alguém de matar outrem procura, por via do efeito que exerce nos seus destinatários, prevenir comportamentos que importem uma modificação lesiva – ou seja, prejudicial – da vida de alguém, enquanto portador do bem jurídico-vida, protegido pela incriminação<sup>1702</sup>. O resultado pressuposto pelos delitos de homicídio e de ofensas à integridade física coincide assim com uma modificação exterior negativa, perceptível no mundo empírico, do substrato referencial de um bem jurídico: uma concreta vida, no caso do bem jurídico vida, ou a integridade corporal de alguém, no exemplo do bem jurídico integridade física.

Ora, o problema da ligação de um resultado – daquela alteração empírica – à conduta humana tem sido, com maior ou menor veemência, uma interrogação constante dirigida à dogmática criminal. A união entre o resultado-objecto tido como desvalioso pela ordem jurídica e um sujeito foi um problema que ocupou diversos saberes como a filosofia, a epistemologia ou o direito. Entre os juristas, os requisitos, conteúdo e limites a que deve obedecer esta referência mereceu as mais distintas compreensões, as quais se procuraram expor no segundo capítulo da segunda parte desta dissertação. Todavia, esta não é uma questão exclusiva da literatura penal e cedo confrontou do mesmo modo a jurisprudência. Da nossa perspectiva, ganhou nova relevância no domínio penal, como se descreveu na primeira parte deste trabalho, por efeito dos problemas trazidos pelo avanço da ciência e da tecnologia, e de modo muito particular no âmbito da protecção do consumidor pelos danos causados pelo uso de bens e produtos.

Surpreendida pela mudança social e tecnológica, a jurisprudência penal viu-se obrigada a um esforço de adaptação das soluções legais à nova realidade problemática. A lesão de bens jurídicos fundamentais como a vida e a saúde das pessoas impôs uma primeira tentativa de resposta à necessidade político-criminal por via dos delitos de resultado como o homicídio e as ofensas à integridade física.

---

<sup>1702</sup> Neste sentido, KINDHÄUSER, Urs, «Aumento de risco e diminuição de risco», *op. cit.*, p. 14 e s.



Deste modo, o problema da responsabilidade criminal pelo produto cruza-se, em primeira linha, com um dos problemas clássicos da doutrina penal e exige que se estabeleça desde logo um modelo de imputação do evento material que permita averiguar donexo causal entre a conduta e o resultado. Foi justamente um modelo causal deste tipo que se procurou construir nas últimas páginas da segunda parte. Encontrado um modelo importa determinar a possibilidade da sua aplicação no âmbito da responsabilidade pelo produto e da tutela penal do consumidor.

No âmbito da legislação portuguesa, analisada no capítulo anterior, o enquadramento jurídico-penal das situações de responsabilidade criminal pelo produto não seria muito diferente. Os casos de responsabilidade pelo produto convocam em primeira linha tipos legais de resultado, como o homicídio ou as ofensas à integridade física.

Julgamos, pois, ser este o momento oportuno para concretizar o modelo delineado no final da segunda parte, de modo a verificar se estes delitos de resultado constituem a resposta jurídico-criminal mais adequada aos casos de produção e comercialização de bens e produtos prejudiciais à vida e à saúde humana.

### 1.1 A aplicação do modelo jurídico-causal proposto

a) O estudo e a reflexão sobre o conceito de causalidade, que apresentámos no segundo capítulo da Parte II, permitiram não só elencar os principais problemas com que se confrontam as diversas soluções doutrinárias como também, através do debate por elas proporcionado, encontrar critérios de determinação da causalidade no âmbito de processos causais complexos. A teoria da *condicio sine qua non* teve o mérito inegável de propor um critério metodológico para aferir a causalidade no contexto da responsabilidade jurídico-penal por resultados desvaliosos. Trata-se do método da eliminação (mental) da condição cuja capacidade causal se quer determinar e que não pode ser suprimida sem que se desvaneça o resultado. Todavia, tal método mostra-se insuficiente para fundamentar um juízo causal afirmativo, uma vez que nada adianta sobre a materialidade da causa, sendo necessário averiguar e conhecer o que realmente ocorreu do ponto de vista causal.

Neste sentido, o método proposto necessita de um complemento que o torne adequado aos complexos processos causais da modernidade e que há-de ir buscar-se, na sua origem, a outro importante contributo doutrinal nesta matéria, a saber, a teoria das condições ajustadas às leis da natureza<sup>1703</sup>.

b) A contraposição entre o primeiro e o segundo capítulo permitiu-nos também chegar a uma nota conclusiva. O estudo da causalidade jurídico-penal é, em bom rigor, o estudo do nexo de causal. Torna-se importante distinguir entre o conceito de causa e o conceito de relação causal, uma vez que só este último integra a tipicidade penal nos crimes de resultado. Trata-se, no entanto, de categorias dependentes, na medida em que a relação que entre elas se estabelece é regida por um princípio de não contradição. São realidades inseridas em contextos distintos, subordinadas a diferentes fins e sujeitas a fundamentações distintas: a afirmação de um nexo causal em termos jurídico-penais não se confunde com a determinação do conceito material de causa ou sequer com a fundamentação científica sobre a origem daquele efeito. O estabelecimento daquele nexo, no contexto de uma responsabilidade jurídica, obedece a uma finalidade atributiva por um resultado exteriormente manifestado num momento temporal cronologicamente posterior à conduta. Assim, de uma perspectiva jurídico-penal, importa fundamentar que aquele resultado surge de uma manifestação exterior daquela conduta e não que aquela conduta desencadeia um determinado mecanismo causal que é integralmente conhecido e explicável no plano científico. Neste sentido, o propósito jurídico-penal revela-se muito mais modesto e limitado quer no objecto a que se refere, quer na fundamentação que exige, quer ainda no método que prossegue. O objecto é a manifestação exterior coincidente com um resultado previsto num tipo legal de crime; a fundamentação há-de aferir-se de acordo com leis causais e seguindo um método exigido pelas regras do sistema jurídico.

---

<sup>1703</sup> Neste sentido, GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Causalidad, Imputación y Qualificación por el Resultado...*, *op. cit.*, p. 28.

c) Deve acrescentar-se uma outra nota no contexto da ligação entre uma conduta e um resultado previsto no tipo, ligada à ideia de o pensamento causal em direito penal estar marcado por uma natureza atributiva. Isso mesmo é claramente destacado pelas doutrinas da imputação objectiva. Delas resulta o mérito evidente de sublinhar que no âmbito penal o resultado desvalioso exigido no tipo legal produzido tem de ligar-se objectivamente à conduta do agente num duplo sentido: por via da sua explicação causal, permitida pelas leis científicas, e por via de uma previsibilidade que pode exigir-se ao agente. É essa previsibilidade do resultado que possibilita que a ordem jurídica lhe exija uma actuação no sentido de o evitar e, por outro lado, fundamenta que aquele resultado lhe seja imputado. Esta nota afasta decisivamente a compreensão jurídico-penal de uma concepção jurídico-civilista da responsabilidade pelo produto. Se em direito civil o ressarcimento do dano pode admitir-se com a afirmação de um nexos causal objectivo, em direito penal a atribuição objectiva da responsabilidade há-de depender ainda da possibilidade de se poder afirmar a previsibilidade objectiva do dano causado. Trata-se de um elemento objectivo que não se confunde com o juízo de censurabilidade que possa eventualmente dirigir-se ao agente.

d) Nos delitos de resultado como o homicídio e as ofensas à integridade física, a punição pressupõe uma relação causal entre a conduta e o resultado descrito no tipo legal. De acordo com o modelo proposto, esta conexão constitui um elemento de concretização necessário, naqueles delitos, ao juízo de imputação objectiva. Afirmada uma conduta típica, criadora de um risco não permitido porque violador de uma regra de cuidado, a atribuição do resultado àquela conduta exige, num segundo momento normativo, que o concreto evento corresponda à materialização do risco proibido e não de qualquer outro. Tal juízo de concretização é auxiliado, na sua aferição, pela afirmação do nexos causal entre a conduta e o resultado, no sentido de que é o processo de desenvolvimento daquele risco proibido, aumentado ou criado pela conduta do agente, que desemboca num evento concreto subsumível ao resultado descrito no tipo legal. Importa pois averiguar se entre a conduta do agente e o resultado concreto existe um nexos deste tipo.

Todavia, essa relação causal só ganha relevância jurídico-penal quando corresponda à concretização do risco proibido criado pela conduta do agente. Assim, o estabelecimento de um nexos causal entre a conduta típica e o evento constitui um poderoso instrumento para que se possa afirmar que o risco criado pela conduta foi aquele que se concretizou no resultado, na medida em que permite explicar o modo como o concreto resultado se liga à conduta. Estabelece-se assim uma relação dialéctica de mútua influência entre o momento empírico (causal) e o juízo normativo próprio da imputação.

Porém, a explicação causal pressupõe uma referência à dimensão ontológica do juízo de causalidade que tome por parâmetro as regras da experiência e as leis da natureza. O critério de determinação do nexos causal entre uma conduta e um resultado há-de encontrar-se nas leis empíricas, a que o julgador acede, quando necessário, por via da prova pericial admitida em processo penal. Deste modo a afirmação daquele nexos pressupõe a sua referência ao conjunto de leis de natureza que ligam causalmente os fenómenos e que são formuladas pelo nosso conhecimento. Por sua vez, estas leis referem-se a processos regulares dotados de força suficiente para sustentar cientificamente o axioma causal. A sua consolidação potencia a construção do conhecimento e a evolução do pensamento científico e tecnológico. Muito embora a inacessibilidade das categorias do pensamento à coisa em si e às regularidades que a acompanham, o ser humano pode aceder a uma certa representação delas com validade científica através do conhecimento. Estas são leis da natureza que se tornam conhecidas do ser humano, que delas se socorre na explicação dos fenómenos. Todavia, o conhecimento humano das *coisas* não é acabado, mas antes vai sendo construído, desvelando, do mesmo passo, o seu carácter limitado. Assim se compreende que a par daquelas leis científicas tidas como universalmente válidas se afirmem outras leis imperfeitas na sua explicação científica. Tal não retira a estas últimas, como bem sublinha Gómez Benítez, o seu valor causal, ainda que parte do seu conhecimento permaneça na sombra e que, neste sentido, “a sua explicação científico-natural não se mostre assegurada, seja imperfeita ou não esteja genericamente reconhecida. Assim, torna-se claro que a verificação fáctica garantida, ou seja assegurada cientificamente, de que um

fenómeno produz sempre um determinado efeito, é independente da capacidade científico-natural existente para explicar o mecanismo por meio do qual se dá aquele nexos causal<sup>1704</sup>.

Deste modo, a lei causal geral formulada como meio de explicação do evento tem de ter validade científica. Tal não significa uma demonstrabilidade absoluta – desde logo porque os limites que se impõem ao conhecimento científico não o permitem. Essa validade fundamenta-se, como sublinha Ingeborg Puppe, no reconhecimento científico que lhe é concedido por um grupo representativo de cientistas com provas dadas na área. Porém, a validade da lei científica explicativa extravasa o domínio do direito penal, constituindo somente um pressuposto a que o julgador há-de atender na formulação do juízo causal.

Avançando-se metodologicamente no processo de explicação causal do evento (que concretiza no plano empírico a colocação em perigo ou a lesão do bem jurídico), o processo causal concreto há-de referir-se, por intermédio de um juízo de subsunção, à lei geral causal dotada de validade científica, afirmada pelos peritos. Caberá depois ao julgador, através da reunião dos conhecimentos oferecidos pelos peritos, indagar da relevância jurídica do nexos de causalidade, ou seja, determinar se o resultado se liga causalmente ao risco proibido criado pela conduta do agente. Por outras palavras, aferir se aquele risco proibido integra o factor causante do resultado e elemento essencial à explicação causal empírica do resultado. Desta forma, afirma-se o nexos de causalidade, tido como elemento típico (normativo) integrante do juízo de imputação objectiva (a causalidade não é pressuposto autónomo e separável da imputação objectiva mas sim parte integrante da realização desse juízo atributivo).

e) A aplicação deste modelo de imputação próprio dos delitos de resultado no âmbito da casuística da responsabilidade pelo produto revela alguma complexidade. Se no âmbito da produção e comercialização de bens ocorrerem resultados desvaliosos como a morte ou a ofensa à integridade física dos consumidores de produtos, haverá que indagar da relação entre esses danos e a aquisição e conseqüente uso dos bens. Todavia, tratando-se de delitos de resultado, o juízo

---

<sup>1704</sup> Cf. *Causalidad, Imputación y Qualificación por el Resultado...*, *op. cit.*, p. 29.

sobre a eventual imputação daqueles danos mostra-se um juízo complexo, desdobrável em distintos momentos ou dimensões, todas elas bastante problemáticas. Os problemas referentes à imputação estendem-se, como vimos na primeira parte, muito para além do juízo de imputação objectiva e da causalidade: o cenário empresarial em que toma lugar a responsabilidade do produto coloca outras questões complexas à imputação derivadas, *v. g.*, da pluralidade de agentes na realização do facto ou da emergência de um dever de garantia que fundamente uma responsabilidade por omissão. Todavia, atendendo à delimitação do objecto do nosso estudo, apenas se consideram, de seguida, as questões inerentes ao juízo objectivo de imputação no âmbito dos delitos de resultado.

f) Em primeiro lugar, uma eventual responsabilidade pelo resultado morte ou ofensa à integridade física impõe, no plano da imputação, que se possa afirmar um nexo de causalidade entre a produção ou comercialização do bem e os danos sofridos pelo consumidor. Ora, como clarificam a casuística exposta e analisada na primeira parte deste trabalho, o problema causal é talvez a questão mais complexa no âmbito da responsabilidade pelo produto. Da nossa perspectiva, algumas das dificuldades têm a sua origem a montante, na falta de concordância doutrinária em torno de um critério de aferição da causalidade. Porém, também a jusante, no plano processual, o contexto da modernidade e do desenvolvimento tecnológico impõem complexas questões probatórias inerentes àquela ligação causal e, consequentemente, dificuldades que se mostram por vezes insuperáveis.

A determinação da causalidade jurídico-penalmente relevante há-de fazer-se de acordo com o critério seguido e proposto no âmbito dos delitos de resultado. Excluem-se assim, as tendências “flexibilizadoras” do critério causal que têm sido apontadas por alguma doutrina e jurisprudência referente à responsabilidade criminal pelo produto.

Conforme tem sido sublinhado por alguma doutrina<sup>1705</sup>, os casos paradigmáticos de responsabilidade criminal pelo produto que expusemos na

---

<sup>1705</sup> Cf. PIERGALINI, Carlo, *Danno da Prodotto e Responsabilità Penal...*, *op. cit.*, p. 198; também DI SALVO, Emanuele, *Causalità e Responsabilità Penale*, *op. cit.*, p. 13.

introdução, revelam, por vezes, um modelo causal alternativo ao modelo dominante assente de natureza condicional-nomológica<sup>1706</sup>. Este novo modelo assenta essencialmente sobre dois elementos fundamentais: por um lado, a relação temporalmente próxima entre a conduta e os resultados danosos; por outro lado, a ausência de explicações causais alternativas. Não se exige também o conhecimento do concreto mecanismo causal, sendo suficiente a convicção, sustentada naqueles dois elementos, de que a causa do evento lesivo do bem jurídico ou do seu substrato foi a conduta do imputado<sup>1707</sup>. Por conseguinte, a determinação do mecanismo causal é uma questão especificamente científica que extravasa o escopo da norma penal. Desta perspectiva, ao direito penal importa determinar se uma particular conduta causou um dano e não descrever o concreto mecanismo de natureza científica pressuposto por aquele nexos causal. Gimbernat Ordeig reforça esta ideia referindo que nos crimes de resultado a tipicidade exige somente *que* o autor tenha causado o resultado e não que se determine *como* foi causado esse resultado<sup>1708</sup>.

Um modelo deste tipo visa contornar as dificuldades decorrentes da incerteza ou controvérsia científicas sobre uma lei de cobertura que permita explicar causalmente o resultado. Torna-se possível, em consequência, a tutela penal em domínios caracterizados por uma intensidade lesiva, mais das vezes generalizada a um número elevado de pessoas, de que constitui exemplo por excelência a produção e distribuição de produtos<sup>1709</sup>.

Porém, da nossa perspectiva, uma construção deste tipo não serve as exigências próprias dos delitos de resultado. Por via destes modelos a causalidade negativa torna-se ela própria elemento integrante do *explanans*. Ora, não pode aceitar-se a ausência de outras explicações como elemento integrante de uma explicação causal. Desde logo, pela falta da materialidade e conteúdo necessário à compreensão e explicação do concreto fenómeno. Ela pode servir como um dos parâmetros críticos para testar o grau de credibilidade de uma explicação causal, concedendo-lhe maior ou menor racionalidade, mas não para sustentar esta

---

<sup>1706</sup> Sobre as principais características de um modelo dedutivo-nomológico veja-se § 8, 3.1.

<sup>1707</sup> DI SALVO, Emanuele, *Causalità e Responsabilità Penale...*, *op. cit.*, p. 13.

<sup>1708</sup> Cf. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Ensayos Penales...*, *op. cit.*, p. 331 e s.

<sup>1709</sup> Cf. DI SALVO, Emanuele, *Causalità e Responsabilità Penale...*, *op. cit.*, p. 14.

explicação em si mesma. Por outro lado, seriam as dificuldades probatórias – designadamente ao nível da prova pericial – a ditar a alteração de uma categoria jurídico-penal em sentido material, ou seja, o conceito material de causalidade.

Da nossa perspectiva, a determinação da causalidade no âmbito dos delitos de resultado há-de buscar-se no modelo da imputação causal que anteriormente propusemos. Deste modo, para que o resultado morte ou ofensa à integridade física se possa imputar ao produtor de um bem, é necessário relacionar causalmente aquela modificação exterior com a conduta de produção ou distribuição do agente. Excluída a superveniência de processos causais ulteriores, por exemplo com origem no mau uso do bem por parte do consumidor, torna-se necessário que da explicação do dano conste o bem consumido como factor causal. Isto é, que de acordo com as regras da experiência e da ciência, por um lado, e atendendo ao conjunto de factos sucedidos, por outro, se pudesse estabelecer uma relação causal entre o uso do produto, tal como ele foi produzido ou distribuído, e os danos que a pessoa sofreu na vida ou saúde. A determinação no plano jurídico do nexo de causalidade pressupõe, como se referiu, uma explicação causal ontológica determinada de acordo com as leis empíricas e, sendo necessário, com recurso ao conhecimento de peritos na matéria. Neste sentido, esta explicação do concreto evento há-se subsumir-se numa lei geral (hipótese causal) configurada com base no conhecimento científico e tomada como válida pelos peritos ou por um sector representativo e reconhecido daquele sector científico.

Porém, na impossibilidade de se apresentar essa lei causal geral, falha a premissa necessária e fundamental à concreta explicação. Trata-se de uma lacuna no plano do conhecimento ontológico que não pode ser suprida pelo conhecimento jurídico, sob pena de se ficcionar uma realidade inexistente. Neste sentido, não pode o juiz substituir-se ao perito e formular uma lei geral de carácter científico. Resta ao julgador aplicar os princípios fundamentais do direito penal e, na dúvida sobre uma questão de facto desfavorável ao arguido, dar tal facto como não provado seguindo o princípio *in dubio pro reo*.

Rejeita-se assim a possibilidade levantada por alguns autores, no âmbito da responsabilidade pelo produto, de o juízo de imputação próprio dos delitos de



resultado se bastar com a afirmação de uma causalidade geral, prescindindo-se da afirmação da causalidade concreta por referência à geral. Uma solução deste tipo não se compadece com a exigência típica de um resultado material próprio dos delitos materiais, como o homicídio ou a integridade física. O preenchimento típico do nexa causal exige a verificação de uma relação causal concreta, isto é, de uma relação de necessidade entre a conduta do agente e um efeito exterior subsumível no resultado típico, requisito que não pode cumprir-se por via do recurso a uma causalidade afirmada em abstracto. Acrescente-se, no entanto, que na afirmação dessa relação concreta não deve exigir, em nosso modo de ver, a certeza e o conhecimento absoluto sobre o concreto mecanismo causal, sob pena de em último termo se exigir à ciência aquilo que ela não pode dar. Cabe aos peritos formular uma hipótese concreta de explicação causal, fundamentada cientificamente e reconhecida como uma hipótese científica válida. Se os conhecimentos científicos não permitem avançar com uma hipótese de explicação causal reconhecida por um sector representativo de peritos mas apenas como uma conjectura não suficientemente sustentada e apoiada pela comunidade científica, então não poderá afirmar-se a dimensão ontológica da causalidade, prejudicando-se, do mesmo passo, a afirmação de um nexa causal, enquanto elemento típico, por parte do juiz. Neste sentido, afastamo-nos de decisões que, na linha do caso *Contergan*, preenchem aquela lacuna explicativa, de matriz ontológica, com o critério jurídico-processual da livre convicção do julgador. Não cabe ao julgador suprir as insuficiências do conhecimento científico através da sua livre convicção. Na verdade, tratando-se de uma questão de facto insuprível, deve funcionar, como se referiu, o princípio *in dubio pro reo*.

A afirmação do concreto nexa de causalidade entre a conduta do produtor ou distribuidor e o resultado morte ou ofensa à integridade física é elemento constitutivo e necessário do juízo de imputação mas não condição suficiente, de acordo com o modelo que se propôs. Com efeito, importa ainda verificar, para que se atribua aquele resultado ao agente, se a sua conduta era típica.

g) A conduta do produtor ou distribuidor de bens, causalmente ligada a resultados lesivos da vida ou da integridade física, só tem relevância criminal, nos termos do modelo proposto, nos casos em que é criado um risco proibido pelo direito penal. Desta forma, ficam fora da tipicidade penal condutas que, embora perigosas para aqueles bens jurídicos, se mostrem permitidas ou adequadas socialmente.

No contexto do desenvolvimento tecnológico torna-se por vezes difícil encontrar um critério de delimitação entre o risco proibido e o risco permitido. Com efeito, o progresso técnico e o aperfeiçoamento dos processos produtivos constituem hoje uma exigência da competitividade entre as diversas economias, quer no plano interno quer numa dimensão internacional. Numa perspectiva macroeconómica, o progresso técnico pode igualmente reflectir-se numa diminuição dos custos e dos preços para o consumidor, quer aumentando o seu poder de compra e estimulando o mercado através da procura de novos bens, quer por via do investimento em meios financeiros disponíveis para formação, criando assim capital humano adicional e essencial ao impulso tecnológico, conforme sublinha Andreas Hoyer<sup>1710</sup>.

Todavia, o avanço e utilização da técnica é objecto de uma valoração cultural pautada, nos riscos que implica, por regras éticas e jurídicas. Com efeito, em algumas das áreas de especial perigosidade o legislador preocupa-se em criar, através de regras jurídicas, uma relação jurídico-positiva entre o desenvolvimento tecnológico e o risco permitido, *v. g.*, sujeitando o acto a uma autorização administrativa. Neste cenário, ao analisar as normas de direito positivo, coincidentes com delitos de perigo, referentes à delimitação do risco admissível do inadmissível, Hoyer identifica, na legislação penal alemã, um sistema de três níveis ou pontos de partida possíveis: as regras técnicas reconhecidas em geral; o estado da técnica actual e o estado da ciência. Cumprindo uma ideia de sistematicidade e racionalidade, estes critérios correspondem a distintos níveis de perigosidade: nas típicas colocações em perigo de carácter individual atende-se às regras técnicas reconhecidas em geral, dando o autor como exemplo a execução defeituosa de uma obra (§ 319 do Código

---

<sup>1710</sup> «Risco permitido e desenvolvimento tecnológico», *op. cit.*, p. 350.

Penal alemão); quando a potencial colocação em perigo se dirija às condições de vida da generalidade da população, como na hipótese, entre outras, de infracção da lei de controlo das emissões poluentes (§ 5 da *BImSchG*), então eleva-se o nível de segurança tomando como critério de determinação do risco permitido o “estado da técnica”. Pode, inclusivamente, ultrapassar-se o plano da técnica, recorrendo-se ao plano da ciência unicamente quando se ameça lesar a vida ou a integridade física de um número indeterminado de pessoas, como por exemplo mediante a libertação de radioactividade ou organismos modificados geneticamente, mas também por via de uma incauta distribuição de um medicamento com efeitos secundários, como ao seu tempo aconteceu com o medicamento *Contergan*<sup>1711</sup>. Ainda que se possa argumentar que este sistema triádico corresponde a uma mera casualidade terminológica não pretendida pelo legislador, ele vincula, por força do princípio da legalidade, o intérprete, a quem cabe concretizar materialmente estes critérios legais. Na verdade, esta sistematização, referida aos três planos assinalados – regras técnicas reconhecidas em geral, estado da técnica e estado da ciência – correspondem a elementos normativos típicos usados pelo legislador alemão. Caberá ao juiz, na aplicação do direito, concretizá-los materialmente. Assim, a título exemplificativo, caberá ao julgador aferir do reconhecimento geral de uma regra técnica a observar pelo produtor de bens no âmbito de um processo produtivo. Se um determinado produtor infringe, no âmbito daquele processo, regras técnicas reconhecidas em geral no sector, tal significa que esse produtor desatendeu ao dever de cuidado tido como necessário na sua área de actuação.

Contudo, em determinados sectores de ponta, a inovação tecnológica antecipa-se à afirmação e consolidação de regras de cuidado, exigindo a adopção de outros critérios de determinação objectiva do risco permitido quando possa estar em causa um perigo generalizado. Neste sentido, uma sistematização de critérios daquele tipo, não obstante a sua primária natureza formal, constitui, da nossa perspectiva, um ponto de apoio fundamental na construção de um sistema material que auxilie a delimitação do risco permitido em face do risco proibido. Tais parâmetros representam um poderoso contributo na delimitação da autorização de

---

<sup>1711</sup> HOYER, Andreas, «Risco permitido e desenvolvimento tecnológico», *op. cit.*, p. 358 e ss.

determinados processos produtivos cujos riscos não são em geral reconhecidos no sector, mas são determináveis do ponto de vista do mais recente conhecimento técnico ou científico<sup>1712</sup>. Nestes casos, o legislador sujeita com frequência tais condutas a uma autorização por parte das autoridades administrativas, a quem cabe aferir aquele perigo atendendo aos mais recentes conhecimentos científicos. O recurso ao estado da técnica e da ciência, em situações de insegurança e perigosidade, como meio de determinação do carácter autorizável da conduta requerida pelo agente permite evitar o carácter obsoleto imprimido por um desenvolvimento tecnológico imparável às exigências de estabilidade requeridas pela sedimentação e reconhecimento de regras num determinado sector produtivo.

Deste modo, como refere Hoyer, a conduta não deverá ser permitida ou autorizada pela autoridade competente no caso de ser previsível uma actuação negligente danosa por parte de um hipotético agente provido dos mais recentes conhecimentos científicos. A não autorização constitui elemento suficiente para a criação objectiva de um risco permitido, não sendo necessário que o agente real represente a concreta perigosidade até porque ele não disporá dos conhecimentos científicos ou técnicos necessários para aferir daquela perigosidade.

A determinação do risco proibido revela maior complexidade naqueles casos em que não se exige qualquer autorização para a conduta e dela vem a resultar um evento lesivo de morte ou ofensa à integridade física. Ora, para que possa imputar-se aquele resultado ao agente há que indagar que tipo de prognose sobre o risco é exigido pela norma (de homicídio ou de ofensas à integridade física) ao agente enquanto critério de determinação e de proibição de condutas. A base necessária ao juízo de prognose de perigo exigido pela norma, relativamente à produção de bens

---

<sup>1712</sup> A diferença entre o estado da técnica e o estado da ciência enquanto critério de aferição da violação de um dever de cuidado capaz de fundamentar uma actuação negligente reside somente no facto de, segundo HOYER, Andreas, «Risco permitido e desenvolvimento tecnológico», *op. cit.*, p. 364, “relativamente à primeira, a negligência se deduzir de uma comparação da actuação arriscada com outras alternativas de acção menos arriscadas, enquanto através do estado da ciência se compara, diversamente, a actuação arriscada com os benefícios que dela decorrem”. Assim, quando se atende ao estado da técnica está em causa a escolha do método que se mostra menos arriscado entre os diversos métodos possíveis; o recurso ao estado da ciência toma apenas em consideração, na ausência de técnicas alternativas, os benefícios e custos sociais que resultam de uma determinada acção. A não existência de medidas de precaução que tornem aquele risco aceitável conduz à não autorização da acção.

não sujeita a autorização, não pode ser o estado objectivo da técnica e da ciência. Ainda que, no intuito de aumentar a segurança, se exigisse no plano objectivo a exclusão do perigo pelo perito científico que domina aquela matéria, é impossível neste caso exigir-se esta representação ao agente que não dispõe daqueles conhecimentos. Tal exigência só pode advir da previsão de uma autorização ou de uma referência normativa expressa uma vez que, em regra, o agente “não se encontra em situação de reconhecer subjectivamente sequer a pertinência de um tal parâmetro de segurança”<sup>1713</sup>. Não pode por via daquela norma exigir-se ao agente um conhecimento que lhe é inacessível, sob pena de incumprir a sua função de determinação de comportamentos.

Também por esta via se afirma a incapacidade dos clássicos delitos de resultado no âmbito dos processos produtivos complexos e tecnologicamente avançados. Do mesmo passo resulta sublinhada a necessidade de normas incriminatórias especiais (de perigo).

b) No contexto da delimitação do risco proibido, importa ainda referir uma função que deve reconhecer-se ao princípio da precaução que desenvolvemos no primeiro capítulo da primeira parte desta dissertação<sup>1714</sup>. Conforme se referiu aí, este princípio não serve, pela situação de incerteza científica a que se refere, como fundamento directo da incriminação, *rectius* como fundamento directo de um risco proibido. A mera dúvida sobre os efeitos da conduta não pode fazer impender sobre o produtor um dever de não actuar, sob pena da completa paralisação do conhecimento científico e do avanço tecnológico. Todavia, num quadro de incerteza científica sobre eventuais efeitos danosos, uma actuação pode justificar a adopção de medidas cautelares. Isto é, aquele princípio pode concretizar-se em regras de cuidado de observância obrigatória para o produtor, designadamente a sujeição à necessidade de uma autorização administrativa. Neste sentido, estas regras remetem, na aferição do risco proibido/permitido, para o estado da ciência (ou da técnica) na sua constante evolução. Desta forma, a concessão da autorização é indexada aos

---

<sup>1713</sup> HOYER, Andreas, «Risco permitido e desenvolvimento tecnológico», *op. cit.*, p. 369.

<sup>1714</sup> *Supra*, § 3.

mais recentes conhecimentos científicos naquela matéria. Assim, a não autorização do acto requerido pelo agente confere à sua prática a natureza de um risco proibido. A conduta penetra, assim, no risco proibido e torna-se, por isso, típica.

¿) Por último, o juízo de imputação só poderá afirmar-se se o risco proibido criado pela conduta do agente for efectivamente aquele que se realiza no resultado. A afirmação deste último requisito do juízo de imputação pressupõe os dois momentos anteriores: por um lado, a concreta identificação do risco proibido pela norma e, por outro, a explicação da sua concretização no resultado e, como tal, a reconstrução do concreto encadeamento causal que antecede aquele evento. Por esta via se cruza o juízo normativo com o juízo causal, enquanto requisito próprio e característico dos delitos de resultado.

## 1.2 A insuficiência de um direito penal do resultado

Os delitos de resultado, de que constituem paradigma o homicídio e as ofensas à integridade física, mostram-se assim desadequados às especificidades fenomenológicas apresentadas pela casuística relativa à responsabilidade criminal pelo produto. As dificuldades resultam particularmente da exigência, no plano ontológico, da demonstração de uma relação de causalidade concreta entre a conduta activa de produção ou distribuição de bens ou produtos e os danos sofridos na integridade física e saúde dos consumidores. Tais obstáculos advêm tanto da complexidade própria de um contexto de produção e consumo massificado, como das dificuldades em demonstrar o concreto percurso causal que liga a conduta ao efeito, mais das vezes longínquo mas lesivo da integridade física ou vida de um concreto consumidor, como ainda da complexa delimitação do risco proibido no contexto do desenvolvimento tecnológico. A este elenco de questões juntam-se ainda, a jusante, sobretudo em situações de especial complexidade tecnológica e científica, as dificuldades probatórias inerentes a processos causais complexos.

Desta forma se evidencia a insuficiência e inadequação dos clássicos delitos de resultado de homicídio e de ofensas corporais para responder em primeira linha

aos novos problemas trazidos pelos casos que integram a chamada responsabilidade criminal pelo produto.

Deve acrescentar-se que, apesar das dificuldades no plano do juízo de imputação e da causalidade entre as condutas (activas) de colocação, produção ou distribuição dos bens no mercado, que impedem uma responsabilidade do produtor por aquela acção, fica ainda a possibilidade de o avanço dos conhecimentos em torno do produto fundamentar um dever de cuidado que imponha aos produtores e distribuidores a retirada do produto do mercado, por forma a garantir que tais efeitos danosos não venham a acontecer. A violação desse dever de cuidado, na medida em que constitui um risco proibido, dá origem a uma possível responsabilidade pelos resultados morte e ofensa de integridade física, por via da omissão e do juízo normativo de equiparação que consta do artigo 10.º do Código Penal.

Perante a impossibilidade ontológica em concretizar uma ligação causal entre uma omissão e um determinado resultado empírico, o legislador sentiu necessidade de expressamente criar uma equiparação normativa entre o resultado realizado por uma acção e aquele que pode ligar-se normativamente a uma omissão. Trata-se neste caso de um juízo normativo assente na ideia de causalidade adequada, expresso no artigo 10.º do Código Penal português. Como refere Faria Costa, o *omittere* é “uma manifestação inequívoca do modo-de-ser humano, um comportamento que, como tal deve ser lido e valorado mas que não desencadeia, não causa, só por si, alterações ao mundo exterior, alterações ao real verdadeiro”<sup>1715</sup>. Neste sentido, da nossa perspectiva, o resultado a que se refere aquele artigo não pode ser exclusivamente referido ao nexos ontológico causa-efeito, mas compreende também o juízo normativo de imputação de um evento material em casos de omissão. Ora, a necessidade da equiparação legal advém justamente da impossibilidade de uma concepção naturalística causal no domínio da omissão, obrigando-se o legislador a estatuir a equiparação no plano jurídico, assente sobre o juízo de perigosidade quer da acção quer da omissão.

---

<sup>1715</sup> COSTA, José de Faria, «Omissão (Reflexões em redor da Omissão Imprópria)», *BFD LXXII (1996)*, p. 392.

De quanto se referiu, poder-se-ia adivinhar a maior adequação a esta tutela do juízo de imputação próprio dos delitos de perigo. Trata-se de uma possibilidade que deve ser analisada. Adianta-se, porém, uma nota de cepticismo quanto à possibilidade de o artigo 282.º do Código Penal poder constituir uma resposta adequada e suficiente às situações de responsabilidade pelo produto.

## **2. O crime de corrupção de substâncias alimentares e medicinais**

Tivemos já ocasião de analisar com alguma profundidade a história, natureza e conteúdo do delito de corrupção de substâncias alimentares e medicinais, previsto no artigo 282.º do Código Penal<sup>1716</sup>. Importa agora, num passo adicional, relacionar este delito com a problemática da responsabilidade criminal pelo produto, uma vez que no âmbito do ordenamento jurídico português será esta a incriminação mais próxima de uma tutela penal da adulteração e comercialização de bens perigosos à saúde dos consumidores.

Tal como se acentuou nessa análise, esta norma incriminadora, não obstante a nota de perigosidade abstracta que lhe advém da sua inclusão no âmbito dos crimes de perigo comum, toma por referência axiológica não tanto os concretos interesses e direitos dos consumidores, mas sim, numa perspectiva bem mais restrita, a tutela dos bens jurídicos individuais vida e ofensa à integridade física. A ligação aos casos paradigmáticos de responsabilidade pelo produto advém do contexto de perigo massificado próprio dos delitos de perigo comum, em que se insere o artigo 282.º do Código Penal.

Temos para nós que, na sua teleologia e âmbito de protecção, esta norma é claramente insuficiente para responder de forma adequada às necessidades político-criminais impostas pelo circunstancialismo fáctico inerente às situações de responsabilidade pelo produto. Essas limitações, de distinta natureza, apontam-se de seguida.

---

<sup>1716</sup> *Supra*, § 14, 2.1.2.



a) Do ponto de vista dos elementos que circunscrevem o tipo legal, ressalta desde logo a limitação da relevância penal à adulteração de determinadas substâncias: os bens alimentares e as substâncias medicinais. Retomando um problema já enunciado no capítulo anterior, deve destacar-se o carácter demasiadamente estreito da incriminação, quando perspectivado a partir das situações que estão na origem de uma responsabilidade criminal pelo produto.

Tendo como pressupostos o carácter vincadamente consumista da sociedade moderna e o considerável aumento do risco sofrido pelo processo produtivo numa sociedade de base tecnológica como a actual, a norma reveste-se de um pendôr demasiadamente estreito no que toca ao *objecto das condutas* incriminadas, designadamente se considerada a partir dos bens jurídicos que procura tutelar.

Com efeito, dificilmente se compreende aquela restrição, ainda mais se se considerar que, de um ponto de vista teleológico, a norma em análise assenta na protecção dos bens jurídicos vida e integridade física no contexto de um consumo de larga escala. Ora, estes interesses podem ser lesados pela modificação qualitativa de outros bens de consumo, que não apenas alimentares ou medicinais. De forma algo incompreensível, exclui-se do âmbito da incriminação a colocação em perigo da vida ou saúde de um número indeterminado de consumidores através da adulteração de um bem de consumo de outra natureza (que não alimentar ou medicinal)<sup>1717</sup>. Assim, por exemplo, a inclusão em um bem de consumo duradouro de uma substância proibida no espaço europeu, por mais intensa e ampla que seja a sua perigosidade, está excluída do âmbito desta norma e consequentemente do âmbito dos crimes de perigo comum<sup>1718</sup>. Era justamente uma situação deste tipo que

---

<sup>1717</sup> Situação contemplada, um tanto paradoxalmente se tivermos em conta a evolução tecnológica deste nosso tempo e os novos riscos a ele associados, pelo artigo 251.º dos Códigos Penais de 1852 e 1886, conforme se referiu anteriormente no § 14, 1.2.

<sup>1718</sup> Tome-se como exemplo ilustrativo, entre vários, o caso noticiado pela revista *Visão* n.º 889 (18 de Março de 2010). A partir de um caso passado em Portugal, o artigo dava conta das reacções alérgicas causadas pelo uso de sofás e sapatos de fabrico chinês por conterem dimetilfumarato (DMF), uma substância cuja importação para a Europa está proibida. A multinacional que comercializava aquele tipo de sofás, a Conforama, viu-se obrigada a retirar aquele produto do mercado após queixas dos consumidores em França, onde a sua comercialização terá provocado cerca de trinta hospitalizações. Num desses casos, o doente chegou a ser tratado com quimioterapia, devido ao receio do médico de se tratar de um cancro de pele. Estes factos ocorridos em França, em 2008, bem como em outros países do espaço europeu como a Finlândia, Reino Unido, Polónia e Suécia, teriam por consequência uma Decisão da Comissão Europeia de 17 de

constituía o núcleo de um dos casos paradigmáticos da responsabilidade criminal pelo produto a que nos referimos no capítulo introdutório: o caso *Lederspray* ou *Holzschutzmittel*. Da nossa perspectiva, a restrição do artigo 282.º às substâncias alimentares e medicinais importa lacunas na protecção da vida e da integridade física suficientemente graves para justificar uma revisão daquele preceito normativo.

b) Em segundo lugar, outro dos problemas convocados pela norma incriminatória, nos termos prescritos pelo legislador, situa-se no plano da imputação e refere-se à exigência de um perigo concreto para os bens jurídicos individuais protegidos.

Por via da técnica legislativa usada, o integral preenchimento do tipo ocorre somente com a produção do evento (normativo) de perigo para os bens tutelados. Na conformação típica, o legislador não se bastou com a perigosidade, empiricamente comprovável, da acção, considerando insuficiente para fundamentar uma criminalização quer a perigosidade abstracta própria do crime de perigo abstracto, quer a formulação de uma conduta concretamente perigosa e idónea à lesão dos bens jurídicos individuais vida e integridade física, no sentido de um delito de aptidão. Antes se estabelece um crime de perigo comum concreto cuja tipicidade exige que a conduta descrita se projecte, segundo uma relação de necessidade, num perigo concreto para a integridade física ou para a vida. Tendo em conta a perigosidade da acção inerente por definição aos crimes de perigo comum e a técnica legislativa usada, cruzam-se no artigo 282.º duas noções diversas de perigo: a

---

Março de 2009, nos termos da qual se requer, provisoriamente, por um prazo renovável de um ano a partir de 1 de Maio de 2009, que os estados membros assegurem a não colocação no mercado de produtos que contenham aquela substância, cf. Decisão 2009/251/EC, de 17 de Março de 2009, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:074:0032:0034:EN:PDF>. Acrescente-se que o uso desta substância no tratamento de produtos de consumo era já proibida na União Europeia, através da Directiva 98/8/EC, transposta para o direito português pelo Decreto-Lei n.º 121/2002, de 3 de Maio de 2002, relativa à colocação no mercado de produtos biocidas, e que a questão permanecia em aberto para os produtos importados de países terceiros. O artigo 35.º daquele Decreto-Lei estabelece que “a concessão de uma autorização, bem como todas as restantes medidas adoptadas, ao abrigo do presente diploma não isentam o fabricante e, se for caso disso, o responsável pela colocação no mercado ou pela utilização do produto biocida da responsabilidade civil e *penal* nos termos da lei geral” (it. nosso). Todavia, a casos como este e pese embora a amplitude da sua perigosidade, não é reconhecida actualmente relevância criminal, a não ser pelos tipos legais (de resultado) de ofensa à integridade física ou de homicídio, com os inerentes problemas causais que a sua aplicação suscita.

primeira assente no desvalor da acção, apta a lesar um número indeterminado de consumidores; a segunda assente na valoração de um conjunto de circunstâncias como concretamente perigosas para a vida e a integridade física de alguém.

O legislador prescinde assim de uma tutela antecipada da segurança e da saúde dos consumidores e aguarda até que seja colocada em perigo a concreta vida ou integridade física de uma das pessoas que integram o círculo indeterminado de potenciais vítimas. Para que o tipo legal se considere preenchido será necessário afirmar, num plano abstracto, e compreendida a incriminação no âmbito dos crimes de perigo comum, a perigosidade da acção para um conjunto indeterminável de pessoas, a saber, os consumidores. Será ainda indispensável, do ponto de vista típico, que essa perigosidade se concretize em circunstâncias fácticas valoráveis normativamente como perigosas (evento jurídico de perigo) para os bens jurídicos vida ou saúde de pelo menos um dos elementos que integram aquele conjunto. Por fim, no plano da imputação, embora o tipo prescindia da prova do nexo de causalidade entre a conduta e a modificação prejudicial do substrato dos bens jurídicos protegidos (nos termos exigidos pelo tipos legais de resultado) o preenchimento do tipo legal exige a realização de um evento jurídico concretizado numa situação de perigo concreto para o interesse protegido. Na sua tipicidade, o delito previsto no artigo 282.º do Código Penal não se basta com a potencialidade lesiva da acção mas exige a concretização da perigosidade abstracta da conduta numa alteração do estado de perigo dos bens jurídicos vida ou integridade física. Trata-se de um juízo normativo de perigo a realizar pelo julgador a partir da valoração de um conjunto de circunstâncias fácticas. Nesse juízo de valoração há-de pressupor-se como critério a previsibilidade de lesão dos bens jurídicos segundo um juízo de adequação da conduta para, segundo as regras da experiência e os conhecimentos adquiridos, lesar os bens tutelados<sup>1719</sup>.

---

<sup>1719</sup> É esta referência ao perigo concreto para bens jurídicos individuais – vida e integridade física – que permite distinguir esta norma incriminadora de outros delitos próximos. Desde logo, como já se referiu anteriormente, permite contrapor a actual incriminação ao artigo 273.º do Código Penal, na sua versão original, tido como predecessor da norma actual e construído em torno de um perigo para a saúde colectiva. Por outro lado, é também a forma de delito de perigo concreto para bens jurídicos que afasta esta norma do crime contra a genuinidade, qualidade ou composição de géneros alimentícios e aditivos alimentares previsto no artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 28/84. Na verdade, a fronteira entre estas duas normas é questão recorrente na prática jurisprudencial, tanto na primeira

Deste modo, no momento de aplicação da norma o julgador não pode quedar-se pela idoneidade da conduta para lesar aqueles interesses, devendo aferir se da conduta resultou um evento jurídico projectado num concreto perigo de lesão para alguém. Por conseguinte, à perigosidade da acção há-de adicionar-se um juízo de perigo concreto realizado pela conduta do agente e concretizado numa situação de perigo para o bem jurídico tutelado.

Ora, nos casos paradigmáticos de responsabilidade pelo produto, a realização deste juízo de perigo concreto, assente na previsibilidade objectiva de lesão do bem jurídico, torna-se mais das vezes difícil ou impossível, na medida em que se mostram parcos ou mesmo inexistentes os conhecimentos necessários à efectivação daquela previsibilidade. Tal é particularmente evidente no domínio da inovação tecnológica, no qual escasseiam conhecimentos adquiridos que permitam aferir de um concreto perigo para um particular consumidor, decorrente da conduta de produção ou distribuição dos bens. Como tem vindo a ser sublinhado por Augusto Silva Dias<sup>1720</sup>, a prova da perigosidade da conduta é insuficiente para que se possa aplicar o artigo 282.º do Código, uma vez que ela se refere à comprovação da idoneidade da conduta para lesar os bens jurídicos protegidos pela incriminação. O tipo legal exige que se vá além da comprovação dessa idoneidade e se demonstre a criação de circunstâncias valoráveis como um perigo concreto para a saúde ou a vida – prova que se perspectiva, em fenómenos de massa como as relações de consumo, de difícil e complexa realização.

Deste modo, às outras dificuldades decorrentes da técnica legislativa usada e do recorte típico da incriminação referidos no capítulo anterior, acrescenta-se agora, no plano da imputação, a inadequação da estrutura própria dos delitos de perigo concreto às situações de responsabilidade criminal pelo produto.

No âmbito desta análise, Silva Dias aponta a desvantagem político-criminal, na tutela destes interesses, dos crimes de perigo comum relativamente às restantes modalidades de perigo e, muito particularmente, favorece a linguagem própria do

---

instância como em tribunais superiores, como mostram por exemplo os Acórdãos do Tribunal da Relação de Coimbra de 2 de Maio de 2007 ou, do mesmo tribunal, o Acórdão de 28 de Abril de 2010, ou ainda, no âmbito das decisões do STJ, o Acórdão de 17 de Fevereiro de 1999 (todos disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

<sup>1720</sup> Cf. «Entre “comes e bebes”...», *op. cit.*, p. 477 e ss.

crime de aptidão, opção por si concretizada na elaboração das infracções criminais previstas no Anteprojecto do Código do Consumidor<sup>1721</sup>.

### § 16. *De iure constituendo*: propostas de solução

É hoje unanimemente reconhecida a necessidade de revisão das normas criminais que tutelam os interesses dos consumidores. Essa carência manifesta-se, em primeiro lugar, pela análise realizada à evolução legislativa. Com efeito, as normas que tutelam os interesses dos consumidores resultaram essencialmente de reformas mais abrangentes, tendo por fim uma revisão do diploma principal em matéria criminal substantiva – o Código Penal –, ou então, resultante da tentativa de criar uma lei-quadro que estabelecesse os pilares do direito penal económico – como foi o caso do Decreto-Lei n.º 28/84. Deste modo, as normas que até hoje protegem os interesses dos consumidores não resultam de uma qualquer iniciativa intencionalmente voltada ao estudo e tutela desses interesses, ao contrário do que acontece em outros países, seja por via da sua codificação na própria lei penal primária, seja através da criação de regimes específicos de tutela do consumo no âmbito do direito penal secundário.

À disformidade e assistemática das normas que protegem os interesses dos consumidores deve adicionar-se a sua desactualização. Basta ter em conta que os artigos que integram o Decreto-Lei n.º 28/84, que constitui um diploma fundamental nesta matéria, ultrapassam já o quarto de século, sendo fácil encontrar soluções legais que não resistem à crítica dogmática, de que constitui exemplo claro a subsistência no plano das sanções da pena de multa cumulativa ou complementar<sup>1722</sup>.

---

<sup>1721</sup> Com efeito, o uso de uma construção típica, própria do crime de aptidão, assente sobre a idoneidade da conduta para a lesão dos bens jurídicos protegidos, merece da parte do autor uma proposta de consagração legislativa, nas infracções criminais previstas no Anteprojecto do Código do Consumidor, cf. «Linhas gerais do regime jurídico dos crimes contra interesses dos consumidores...», *op. cit.*, p. 561.

<sup>1722</sup> Como refere DIAS, Augusto Silva, «Linhas gerais do regime jurídico...», *op. cit.*, p. 559, encontram-se neste diploma soluções punitivas ultrapassadas e de constitucionalidade duvidosa, como é o caso da prescrição cumulativa de penas de prisão e de multa e a previsão de crimes

## 1. A reforma em matéria do direito penal do consumo e o Anteprojecto do Código do Consumidor

Em outros momentos deste estudo já se referiu que a protecção dos direitos do consumidor tem seguido, em alguns ordenamentos jurídicos, a via da codificação, com o propósito de uma ordenação racional e sistemática dos principais institutos que disciplinam as relações de consumo<sup>1723</sup>. Também em Portugal se procurou trilhar este caminho, através da elaboração de uma proposta de Código de Consumidor tornada pública em 2006 <sup>1724</sup>, mas que não conheceu até hoje consagração legislativa<sup>1725</sup>. Todavia, no contexto do presente trabalho, mais do que uma análise do percurso histórico e dos respectivos obstáculos enfrentados por esta proposta<sup>1726</sup>, cabe destacar a inclusão, no título referente ao exercício e tutela dos interesses dos consumidores, de um capítulo sobre as infracções contra estes interesses. Desde logo, porque nele se concretiza uma tentativa de revisão do direito penal do consumo que, pela sua coerência dogmática e oportunidade político-

---

próprios de uma economia colectivista como a destruição de bens próprios com relevante interesse para a economia nacional.

<sup>1723</sup> A opção pela codificação da matéria relativa ao consumidor reúne argumentos favoráveis e contrários, questão de que não se cuidará neste contexto. Veja-se, porém, a este propósito MONTEIRO, António Pinto, «O Anteprojecto do Código do Consumidor, *RLJ 135 (2006)*, n.º 3937, p. 193 e ss.; e, do mesmo autor, «Sobre o direito do consumidor em Portugal...», *op. cit.*, p. 253 e s. Também, ainda que de forma incidental, DIAS, Augusto Silva, «Linhas gerais do regime jurídico...», *op. cit.*, p. 557 e ss.

<sup>1724</sup> Disponível online em [http://www.portugal.gov.pt/pt/Documentos/Governo/MEI/Anteprojecto\\_Codigo\\_Consumidor.pdf](http://www.portugal.gov.pt/pt/Documentos/Governo/MEI/Anteprojecto_Codigo_Consumidor.pdf). Este anteprojecto revestiria, em 2008, a forma de Projecto do Código de Consumidor, ainda não publicada. Por esta razão, a nossa análise toma como referência a versão do Anteprojecto, tanto mais que as alterações aos crimes em especial foram muito reduzidas. Far-se-á referência às disposições do Projecto sempre que tal se justifique em razão da sua importância ou actualização. A este propósito, não podemos deixar de agradecer ao Senhor Professor Doutor António Pinto Monteiro, Presidente da Comissão do Código do Consumidor, e ao Senhor Professor Doutor Augusto Silva Dias, membro da mesma Comissão, terem-nos facultado o acesso àquele Projecto legislativo.

<sup>1725</sup> Entre as razões apontadas para a petrificação da iniciativa legislativa, além das contingências políticas inerentes a um processo legislativo, aponta-se a oposição de algumas associações de consumidores por considerarem que uma tal codificação fragilizaria os direitos dos consumidores. É o caso da DECO. Veja-se em <http://www.deco.proteste.pt/anteprojecto-do-codigo-do-consumidor-a-posicao-da-deco-s430411.htm>.

<sup>1726</sup> Sobre a estrutura, racionalidade e sistematicidade do Anteprojecto do Código do Consumidor veja-se MONTEIRO, António Pinto, «O Anteprojecto do Código do Consumidor», *op. cit.*, p. 190-196; e, do mesmo autor, «Sobre o direito do consumidor em Portugal...», *op. cit.*, p. 245 e ss.

criminal, constitui um marco inevitável para qualquer investigação doutrinal nesta matéria e simultaneamente para qualquer iniciativa legislativa que venha a ter lugar, seja sob a forma de um Código do Consumidor ou outra.

Às normas incriminatórias em matéria de consumo foi dada, pela primeira vez, uma arrumação sistemática própria, ordenada segundo critérios de racionalidade e de organização material, no Capítulo I do Título II do Anteprojecto. Não se pretende, neste contexto, efectuar uma análise ou comentário, de resto já realizado pelo próprio autor às normas aí previstas <sup>1727</sup>, mas somente dar conta das principais inovações e, sobretudo, do enquadramento normativo dado à responsabilidade criminal pelo produto.

a) O catálogo das incriminações pauta-se por um princípio geral de mínima intervenção penal em obediência ao princípio da *ultima ratio*, reduzindo-se a cinco o número de delitos matriciais previstos, estruturados numa divisão tripartida<sup>1728</sup>. Assim, o primeiro grupo refere-se aos crimes contra a saúde e segurança e integra os crimes de *Produção, distribuição ou comercialização de bens e serviços nocivos à saúde* (artigo 428.º) e de *Recusa em retirar do mercado bens e serviços nocivos à saúde ou à segurança* (artigo 431.º); do segundo grupo, relativo aos crimes contra a qualidade de bens de consumo, faz parte o crime de *Produção, distribuição ou comercialização de bens impróprios para consumo* (artigo 432.º); por fim, a terceira divisão, referente aos crimes contra os interesses patrimoniais, é composta pelos crimes de *Fraude na produção e no comércio* (artigo 434.º) e de *Aproveitamento de situação de ingenuidade, ignorância ou debilidade psíquica* (artigo 435.º).

Estas incriminações têm em comum o propósito de tutelar penalmente bens jurídicos dos consumidores dotados de natureza supra-individual, com fundamento

---

<sup>1727</sup> DIAS, Augusto Silva, «Linhas gerais do regime jurídico...», *op. cit.*, p. 557 a 575.

<sup>1728</sup> Esta divisão tripartida era já proposta por Augusto Silva Dias em 1998, como se expôs anteriormente, *supra*, § 14, 2. 2. 1. a). Exclui-se, por exemplo, do âmbito criminal o abate clandestino, que neste Anteprojecto assume a natureza de ilícito administrativo (artigo 448.º). A este propósito refere DIAS, Augusto Silva, «Linhas gerais do regime jurídico...», *op. cit.*, p. 564, que “este ilícito cautelar, assente na violação de um dever sanitário, não se coaduna pois com as matrizes referenciais do ilícito penal”. Acrescente-se ainda que do Anteprojecto não constam quaisquer ilícitos criminais referentes à tutela da saúde pública. A protecção deste interesse jurídico fica reservado exclusivamente para o âmbito das contra-ordenações.

constitucional no artigo 60.º da Constituição, e que partilham, segundo o seu autor, “as qualidades ou atributos de objecto de direitos sociais, de interesses difusos e de bens colectivos. São eles a saúde e a segurança, a qualidade dos bens de consumo assimiláveis pelo organismo humano e ainda os interesses patrimoniais dos consumidores”<sup>1729</sup>.

A tutela penal do consumidor, quanto aos seus interesses individuais, pessoais e patrimoniais, seria ainda assegurada pelos delitos previstos no Código Penal. Fora do Código do Consumidor permaneceriam também as incriminações previstas no Decreto-Lei n.º 28/84 (com excepção do artigo 24.º, a revogar pelo novo diploma).

Em particular no que se refere especificamente à temática que constitui objecto nuclear desta dissertação, prevê-se nesta proposta de Código do Consumidor um enquadramento jurídico-penal para certas formas de responsabilidade pelo produto perigoso e defeituoso<sup>1730</sup>. Com efeito, consagra-se no anteprojecto uma responsabilidade criminal por produtos perigosos, no crime de *Produção, distribuição e comercialização de bens e serviços nocivos à saúde e segurança* (artigo 428.º)<sup>1731</sup> e por produtos defeituosos, por intermédio dos delitos de *Produção,*

---

<sup>1729</sup> DIAS, Augusto Silva, «Linhas gerais do regime jurídico...», *op. cit.*, p. 560.

<sup>1730</sup> São várias as disposições que, no âmbito das contra-ordenações previstas no Anteprojecto, tutelam a produção ou comercialização de produtos defeituosos ou perigosos. Ao ilícito criminal reservaram-se apenas os casos mais graves.

<sup>1731</sup> Segundo DIAS, Augusto Silva, «Linhas gerais do regime jurídico...», *op. cit.*, p. 561, nota 10, esta norma, que de seguida se transcreve, tem por fonte o artigo 251.º do Código Penal de 1852/1886 e os artigos 17.º, n.º 1, al. a) e 18, n.º 1, al. a), do Decreto-Lei n.º 41 204.

“Artigo 428.º (*Produção, distribuição ou comercialização de bens e serviços nocivos à saúde ou à segurança*):

1. Quem produzir, armazenar, distribuir, comercializar ou transaccionar por qualquer forma bens destinados ao consumo alheio impróprios para esse efeito e susceptíveis de lesar a saúde de outrem, será punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.
2. A mesma pena será aplicável a quem fornecer serviços utilizando substâncias ou materiais não autorizados, ou em quantidades não autorizadas, susceptíveis de lesar a saúde ou a segurança de outrem.
3. A pena prescrita no n.º 1 será aplicável a quem produzir, armazenar, distribuir, comercializar ou transaccionar por qualquer forma produtos ou objectos de uso que, por serem vendidos juntamente com bens de consumo e poderem ser facilmente confundidos com estes, se tornam susceptíveis de lesar a saúde ou a segurança das pessoas.
4. Se as condutas previstas nos números anteriores forem realizadas por negligência, será aplicável ao agente pena de prisão até 1 ano ou pena de multa até 240 dias.”

Em jeito de nota de actualização, acrescenta-se que no Projecto do Código do Consumidor se acrescenta, no correspondente artigo 439.º, um novo n.º 5 com o seguinte conteúdo:

“O comportamento previsto no n.º 3 não é punido se, através de avisos colocados nas embalagens ou nos rótulos dos bens de consumo, o produtor ou o fornecedor informarem adequadamente os



*distribuição e comercialização de bens impróprios para o consumo* (artigo 432.º)<sup>1732</sup> e de *Fraude na produção e no comércio* (artigo 434.º)<sup>1733</sup>.

b) Entre as notas distintivas destes preceitos sobressaem, por um lado, o concreto bem jurídico protegido e, por outro, o tipo de bens abrangidos pela descrição típica na qualidade de objectos da acção. Assim, no artigo 428.º protege-se a saúde e segurança dos consumidores através da incriminação de condutas de produção, distribuição ou comercialização de bens e serviços susceptíveis de lesar a

---

consumidores acerca das características dos produtos ou objectos vendidos juntamente com aqueles”.

Assinale-se ainda uma ligeira alteração ao n.º 2 do artigo, substituindo-se a referência a substâncias ou materiais não autorizados por *substâncias ou materiais proibidos*.

<sup>1732</sup> Como fonte deste artigo, DIAS, Augusto Silva, «Linhas gerais do regime jurídico...», *op. cit.*, p. 561, nota 12, aponta, além do artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 28/84, os artigos 17, n.º1, al. b) e 18.º, n.º 1 al. b) do Decreto-Lei n.º 41 204.

“Artigo 432.º (*Produção, distribuição ou comercialização de bens impróprios para consumo*):

1. Será punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa até 360 dias quem produzir, armazenar, distribuir, comercializar ou transaccionar por qualquer forma bens destinados ao consumo alheio que, não sendo susceptíveis de lesar a saúde ou a segurança de outrem, são todavia impróprios para aquele efeito, devendo entender-se como tal, designadamente:

- a) Géneros alimentícios ou aditivos alimentares falsificados, corruptos ou avariados;
- b) Produtos inassimiláveis ou de difícil assimilação pelo organismo humano;
- c) Produtos resultantes de espécies não usadas habitualmente na alimentação humana;
- d) Produtos que contêm substâncias não autorizadas ou em quantidades não autorizadas.

2. Se as condutas previstas no número anterior forem praticadas por negligência, será aplicável ao agente pena de prisão até 6 meses ou pena de multa até 120 dias.”

Na versão do Projecto do Código do Consumidor há ligeiras modificações nas alíneas c) e d): na primeira acrescentou-se a referência a produtos resultantes de *espécies animais ou vegetais* não usadas habitualmente na alimentação humana; a segunda passa a referir-se a *substâncias proibidas ou em quantidades proibidas*.

<sup>1733</sup> Fontes normativas deste artigo são, para além do artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 28/84, o artigo 456.º do Código Penal de 1852/1886, cf. DIAS, Augusto Silva, «Linhas gerais do regime jurídico...», *op. cit.*, p. 562, nota 14.

“Artigo 434.º (*Fraude na produção e no comércio*):

1. Será punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 270 dias quem, no exercício de actividade industrial ou comercial e com intenção de obter para si ou para outrem vantagem patrimonial ilegítima, induzir alguém em erro ou engano:

- a) Produzindo ou comercializando bens de consumo de natureza diferente ou de qualidade e quantidade inferiores às que aparentam ou deviam possuir;
- b) Produzindo ou comercializando bens de consumo contrafeitos, falsificados ou depreciados, fazendo-os passar por autênticos, não alterados ou intactos;
- c) Fornecendo como perfeito, serviço executado com violação grosseira das «leges artis» correspondentes;
- d) Simulando ou fazendo crer que pratica preço inferior ao do mercado.

2. O procedimento criminal depende de queixa.”

Na versão do Projecto do Código do Consumidor, o n.º 2 deste artigo caiu, modificando-se a natureza deste crime de semi-público para público.

saúde dos consumidores. Alarga-se assim a tutela a todos os bens de consumo (e objectos de uso equiparáveis a bens de consumo) que ostentem uma natureza perigosa. Colmatam-se por via desta norma diversas lacunas já anteriormente apontadas ao sistema vigente. Desde logo, é de aplaudir a opção pelo crime de aptidão, característica comum à maioria das incriminações previstas neste Anteprojecto. Esta escolha permite, como sublinha o seu autor, resolver o hiato existente entre o artigo 282.º do Código Penal e o artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 28/84<sup>1734</sup>.

A opção pela forma de delito de aptidão é, da nossa perspectiva, aquela que melhor se adequa à natureza dos interesses protegidos: a segurança e saúde dos consumidores. Ao construir-se a incriminação sobre a concreta perigosidade da conduta, prescindindo de um resultado lesivo, eliminam-se os problemas causais colocados pelos delitos de resultado no âmbito da responsabilidade criminal pelo produto e evitam-se, do mesmo passo, as questões de imputação do resultado de perigo próprio dos delitos de perigo concreto, sem que no entanto se prescinda da danosidade social que deve presidir a qualquer incriminação – aqui exigida pela natureza perigosa do bem produzido, distribuído ou comercializado. Por esta via, consegue-se atingir o difícil equilíbrio entre o princípio da ofensividade que, nos termos do artigo 18.º, n.º 2, do texto constitucional deve pautar uma qualquer incriminação, e os desafios que a sociedade de consumo contemporânea lança a um direito penal do consumidor<sup>1735</sup>.

Acrescente-se ainda ao elenco de virtudes desta incriminação a ampliação do catálogo de substâncias que constituem o objecto da acção muito para além dos bens alimentares ou substâncias medicinais<sup>1736</sup>: incluem-se na previsão típica todos os bens de consumo (n.º 1), serviços perigosos para a saúde ou segurança (n.º 2) e outros produtos e objectos de uso equiparados a bens de consumo (n.º 3). Desta forma rectifica-se outra das graves lacunas anteriormente referidas a propósito do

---

<sup>1734</sup> Cf. DIAS, Augusto Silva, «Linhas gerais do regime jurídico...», *op. cit.*, p. 561.

<sup>1735</sup> Assim, DIAS, Augusto Silva, «Linhas gerais do regime jurídico...», *op. cit.*, p. 564.

<sup>1736</sup> A circunstância de se tratar de um bem alimentar ou de um medicamento é tida como agravante da sanção, nos termos do artigo 429.º, alínea a).

âmbito normativo do artigo 282.º do Código Penal, aproximando-se esta norma da incriminação prevista no artigo 251.º do Código Penal de 1852/1886.

c) A propósito da conjugação do artigo 282.º do Código Penal e do artigo 428.º do Anteprojecto do Código de Consumidor deve acrescentar-se, no entanto, uma outra observação. Optou-se, na nova proposta, por não revogar aquele artigo do Código Penal, sublinhando Augusto Silva Dias que “a articulação entre os crimes dos arts. 428.º, 432 do Anteprojecto e 282.º do CP passa a formar uma rede protectora sem rupturas, que vai da tutela supra-individual à protecção (multi)individual do consumidor”<sup>1737</sup>. Da nossa perspectiva, o âmbito de protecção da norma agora prevista no Anteprojecto absorve em grande medida o espaço de tutela típico atribuído ao artigo 282.º do Código, retirando-lhe grande parte da sua relevância. É assim quer da perspectiva do bem jurídico protegido quer da própria conformação típica dada às duas normas.

Com efeito, os interesses supra-individuais saúde e segurança dos consumidores têm na sua base axiológica e legitimadora a protecção de interesses fundamentais individuais como a vida, a saúde ou o património – valores a que estão funcionalizados e cuja tutela antecipam. Por outro lado, muito embora o âmbito típico do artigo 282.º seja mais restrito, na medida em que nele se contempla somente a adulteração de substâncias alimentares e medicinais, encontra-se aqui pressuposto um processo de realização criminosa semelhante ao estabelecido no artigo 428.º, uma vez que estão em causa estádios evolutivos distintos: no primeiro caso, mais próximo da lesão de bens jurídicos individuais ao exigir-se o perigo concreto, ao passo que no segundo caso se antecipa aquela tutela para uma fase anterior coincidente com a perigosidade da conduta para aqueles interesses.

Deste modo, à conduta do agente corresponde uma pluralidade (dualidade) de tipos legais violados, dando origem a questões complexas no plano do concurso de infracções. Da nossa perspectiva e socorrendo-nos da terminologia de Figueiredo Dias, a hipótese que ora se considera corresponderia não tanto a um concurso de infracções, mas mais claramente a um caso de unidade de norma ou de lei

---

<sup>1737</sup> DIAS, Augusto Silva, «Linhas gerais do regime jurídico...», *op. cit.*, p. 562.

fundamentada numa relação de *subsidiariedade implícita* inerente ao binómio perigosidade abstracta/perigo concreto pressuposto por aqueles tipos legais. Como esclarece Figueiredo Dias, de “subsidiariedade implícita (ou tácita) fala-se naqueles casos em que, apesar do silêncio da lei a propósito, o legislador entendeu criar, para alargamento ou reforço da tutela, tipos legais abrangentes de factos que se representam ou como estádios evolutivos antecipados ou intermédios de um crime consumado; ou como formas menos intensivas de agressão ao mesmo bem jurídico”<sup>1738</sup>. Ora, entre o crime de corrupção de substâncias alimentares e o crime de produção, comercialização e distribuição de bens e serviços nocivos à saúde verificar-se-ia uma relação deste segundo tipo. Muito embora à partida se pudesse argumentar que em causa está a tutela de bens jurídicos distintos, é certo que a tutela da saúde e da segurança está funcionalizada à tutela dos interesses individuais – vida e integridade física – protegidos pelo artigo 282.º do Código Penal. Atendendo a que o preenchimento típico desta norma implica do mesmo passo o preenchimento em abstracto do artigo 428.º, não vemos como possa negar-se uma relação “lógico-jurídica” ou de hierarquia entre as normas, prevalecendo a aplicação de uma delas. Desta forma, não sobrarão espaço para uma aplicação em concreto dos dois tipos legais concorrentes, seja sob a forma de concurso aparente ou de concurso efectivo.

Assim, se se atender, por um lado, às fragilidades já denunciadas do artigo 282.º e, por outro lado, às dificuldades em articular estas duas normas, resta perguntar se não se alcançaria um resultado semelhante na tutela dos bens jurídicos fundamentais do consumidor através de uma única previsão normativa. Esta solução, que consideraremos no número seguinte, ganha ainda maior relevância perante a paralisação da iniciativa legislativa em torno do Código do Consumidor, justificando-se, quer do ponto de vista dogmático quer da perspectiva da prática jurisprudencial, uma urgente revisão do artigo 282.º do Código Penal.

d) Os artigos 432.º e 434.º pressupõem, por sua vez, não a perigosidade mas antes o carácter defeituoso do produto. A natureza defeituosa do bem altera a sua qualidade tornando-o impróprio para consumo (artigo 432.º) ou desconforme às

---

<sup>1738</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal* (2007), *op. cit.*, p. 999.

fundadas expectativas do consumidor (artigo 434.º). Deste modo, ambas as normas tutelam a qualidade dos bens. Porém, segundo o seu autor, por via do artigo 432.º apenas se procura acautelar a qualidade de um tipo específico de bens: aqueles que são assimiláveis pelo organismo humano. Desta forma, o preceito em causa não só absorve como alarga a tutela penal cabida ao artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 28/84, tendo esta proposta legislativa optado por revogar esta última norma.

Já o crime do artigo 434.º visa proteger os interesses patrimoniais dos consumidores de quaisquer produtos (bens de consumo e serviços) defeituosos<sup>1739</sup>.

Deste modo, estas normas pressupõem um distinto significado de qualidade do bem: a primeira entendida “na relação do produto com o organismo humano”; a segunda na “relação com o bolso e as expectativas económicas legítimas do consumidor”.

Augusto Silva Dias justifica a autonomização da qualidade dos bens de consumo assimiláveis pelo organismo humano pela sua proximidade com a protecção da saúde e da segurança dos consumidores, defendendo uma relação de continuidade entre o produto impróprio para consumo e o produto nocivo à saúde. É esta a nota que distingue o interesse protegido no artigo 432.º daquele que se tutela através do artigo 434.º, pois nesta última norma abrange-se o defeito de quaisquer bens de consumo ou serviços tendo somente em vista os interesses patrimoniais dos consumidores.

Esta visão tripartida enfrenta, quanto a nós, algumas dificuldades. Caso o defeito do bem (ou serviço) se apresente como perigoso, então deve ser tipificado por via de uma norma incriminatória voltada para a tutela da segurança e da saúde dos consumidores. Caso esse defeito não constitua qualquer perigo, segundo as regras da experiência e os conhecimentos científicos disponíveis, antes concretizando uma violação das expectativas do consumidor quanto à qualidade esperada daquele bem, o interesse posto em causa é a confiança na qualidade do bem – interesse que merece ser protegido penalmente. Trata-se de um bem jurídico colectivo, com valor autónomo, cuja protecção serve de forma imediata um

---

<sup>1739</sup> A protecção dos interesses patrimoniais dos consumidores fundamenta ainda a incriminação, no artigo seguinte, do aproveitamento de situação de ingenuidade, ignorância ou debilidade psíquica, com pena de prisão até dois anos ou multa até 270 dias.

conjunto de interesses juridicamente valiosos: desde logo os interesses patrimoniais do consumidor, mas também os interesses económicos inerentes ao funcionamento do mercado, uma vez que a falta de qualidade do produto pode alterar as escolhas e os comportamentos dos consumidores e lesar os interesses económicos em determinado sector produtivo (*v. g.*, induzindo à opção por um produto sucedâneo ou, em circunstâncias mais extremas, eliminando-se totalmente a procura e a subsistência do produto no mercado).

Ao fundamentar-se a tutela penal da falta de qualidade de um bem de forma directa numa incerteza sobre os seus efeitos para a saúde ou segurança dos consumidores, aproxima-se perigosamente esse delito de uma ideia de cautela própria da sociedade do risco, incorrendo no perigo de se tomar como fundamento único e exclusivo da incriminação o princípio da precaução – solução a que nos opusemos anteriormente<sup>1740</sup>. Este princípio é, aliás, recusado em matéria criminal pelo próprio autor destas normas, sendo um dos argumentos por si utilizados para sustentar a despenalização do abate clandestino proposta neste anteprojecto<sup>1741</sup>. A remissão do princípio da precaução enquanto fundamento directo da incriminação para o domínio das contra-ordenações – ideia que Augusto Silva Dias defende – merece a nossa concordância e aplauso<sup>1742</sup>. Por esta razão mais se estranha uma concepção do bem jurídico qualidade dos bens de consumo (assimiláveis pelo organismo humano) firmada na ameaça do risco para a saúde e segurança dos consumidores<sup>1743</sup>.

Desta forma, ainda que se opte por autonomizar a impropriedade dos bens para consumo, há-de ter-se por bem jurídico protegido a legítima confiança na qualidade do bem ou serviço consumido, fundada na expectativa do consumidor sobre a adequação dos bens e serviços à satisfação das necessidades a que o produto

---

<sup>1740</sup> *Supra*, § 3, 3.

<sup>1741</sup> DIAS, Augusto Silva, «Linhas gerais do regime jurídico...», *op. cit.*, p. 564.

<sup>1742</sup> DIAS, Augusto Silva, «Linhas gerais do regime jurídico...», *op. cit.*, p. 563.

<sup>1743</sup> Parece ser este o sentido das palavras de DIAS, Augusto Silva, «Linhas gerais do regime jurídico...», *op. cit.*, p. 561-562: “Embora se trate de bens jurídicos diferentes há certos pontos de contacto entre a protecção da qualidade de produtos assimiláveis pelo organismo humano e a protecção da saúde e segurança. À uma, ambos relevam das ameaças para a existência humana geradas pela dinâmica das sociedades contemporâneas vistas como sociedades do risco. À outra, mantêm entre si uma relação de continuidade”.

se destina, e, em consequência, na ausência de defeitos de funcionamento ou adulteração ou deterioração das suas características<sup>1744</sup>.

Ora, no anteprojecto do Código do Consumidor optou-se justamente por autonomizar a impropriedade para consumo de alguns bens. Seguindo uma técnica exemplificativa, a incriminação assenta sobre a impropriedade de bens assimiláveis pelo organismo humano: géneros alimentícios ou aditivos alimentares (al. *a*)); produtos inassimiláveis ou de difícil assimilação pelo organismo humano (al. *b*)) produtos de espécie não usadas habitualmente na alimentação humana (al. *c*)) e produtos que contêm substâncias não autorizadas ou em quantidades não autorizadas (al. *d*)). Não se incluem neste elenco as substâncias medicamentosas<sup>1745</sup>, mantendo-se assim como válidas para esta norma as observações críticas que formulámos anteriormente a propósito do artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 28/84<sup>1746</sup>.

*e*) Ainda no âmbito da problemática referente à responsabilidade criminal pelo produto, deve sublinhar-se a opção pela agravação pelo resultado, prevista no artigo 430.º, nos casos em que da produção, comercialização e distribuição de bens perigosos ocorra a morte ou a ofensa à integridade física grave. Não obstante a dificuldade colocada pelos delitos agravados pelo resultado, parece-nos ser esta uma boa solução que permite superar alguns dos problemas colocados pelos delitos de resultado (homicídio e ofensas à integridade física) sobretudo no plano da imputação subjectiva.

*f*) Uma outra nota com relevância no âmbito da responsabilidade criminal pelo produto relaciona-se com a incriminação prevista no artigo 431.º: recusa em retirar do mercado bens e serviços nocivos à saúde humana ou à segurança, após

---

<sup>1744</sup> Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, *op. cit.*, p. 781.

<sup>1745</sup> É certo que no elenco das substâncias abrangidas pela norma se usa a expressão adverbial “designadamente”, sugerindo a possibilidade de compreender outras substâncias para além das descritas no texto legal. Ainda assim, sendo conhecidas, no plano da técnica legislativa, as dificuldades colocadas pela regra dos exemplos padrão do ponto de vista da observância do princípio da legalidade criminal, e atendendo-se à importância e significado do consumo de medicamentos, não deveria deixar de ser feita uma referência expressa, isenta de quaisquer dúvidas.

<sup>1746</sup> *Supra*, § 14, 2. 2. 1. *b*), e notas 1645 e 1646.

intimação de autoridade competente. Com efeito, a omissão da retirada dos produtos do mercado constituiu uma das principais questões colocada por alguns dos casos paradigmáticos analisados na primeira parte deste estudo, de que é exemplo evidente a decisão *Lederspray*. Desta forma, a previsão legal do dever de retirada dos produtos nocivos ao consumidor permite eliminar algumas das dificuldades inerentes à determinação de um dever de garante do produtor e distribuidor de bens de consumo, decorrente da ausência de um preceito normativo que expressamente preveja tal dever de garante no domínio empresarial, remetendo-se a sua fundamentação para a cláusula geral estabelecida no artigo 10.º do Código Penal<sup>1747</sup>. Deste modo, a norma agora prevista no Anteprojecto do Código de Consumidor não só permite contornar alguns dos problemas suscitados por aquela cláusula geral<sup>1748</sup>, como constitui um poderoso auxílio à afirmação de uma posição de garantia do produtor e distribuidor de bens, muito embora não resolva de forma definitiva esta questão.

Com efeito, à norma geral do Código e ao preceito especial previsto no Anteprojecto correspondem distintos âmbitos de aplicação. Em primeiro lugar, porque a equiparação normativa prevista no artigo 10.º do Código Penal vale apenas para a imputação de resultados em regra produzidos activamente. Ora, a previsão estabelecida no artigo 431.º não tem em vista a imputação de resultados: aproximando-se de uma incriminação de desobediência, a conduta do agente consiste em não cumprir a intimação de autoridade competente para retirar o produto susceptível de lesar a saúde ou segurança dos consumidores. Acrescente-se porém que, muito embora a conduta corresponda formalmente a um acto de desobediência, é a perigosidade do bem que lhe confere a necessária danosidade social própria de uma actuação criminosa, afastando quaisquer dúvidas quanto à

---

<sup>1747</sup> Sobre a discussão doutrinal referente à posição de garantia na empresa veja-se o importante estudo de SCHÜNEMANN, Bernd, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns Verlag, 1979, p. 77. Mais referências bibliográficas sobre esta questão em SOUSA, Susana Aires de, «A responsabilidade criminal do dirigente...», *op. cit.*, p.1030 e ss.

<sup>1748</sup> Em geral sobre o artigo 10.º do Código Penal, na doutrina portuguesa, veja-se, por todos, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal* (2007), p. 905 e ss.; COSTA, José de Faria, «Omissão (Reflexões em redor da Omissão Imprópria)», *op. cit.*, p. 391 e ss.; também LEITE, André Lamas, *As "Posições de Garantia" na Omissão Impura*, *op. cit.*, *passim*.



legitimidade da incriminação<sup>1749</sup>. Em segundo lugar, a previsão expressa deste dever de obediência não afasta uma eventual posição de garante, nos termos do artigo 10.º, que venha a consolidar-se na esfera do agente em momento anterior a uma qualquer notificação por parte da autoridade competente, renovando-se assim a problemática da omissão penalmente relevante no quadro empresarial<sup>1750</sup>.

g) A análise do Anteprojecto do Código do Consumidor até agora realizada centrou-se sobre os delitos previstos e a sua relevância em matéria de responsabilidade criminal pelo produto. Acrescentam-se apenas duas últimas notas de carácter geral que se nos afiguram de alguma relevância.

A primeira refere-se à responsabilidade criminal das pessoas colectivas, também prevista no artigo 408.º do Anteprojecto do Código do Consumidor. Consagra-se um regime especial, distinto quer do regime geral previsto, desde 2007, no artigo 11.º do Código Penal, quer do regime especial previsto no artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 28/84. Muito embora o Anteprojecto seja anterior às alterações realizadas ao artigo 11.º, na revisão do Código Penal realizada em 2007, era já conhecido à altura o Anteprojecto de Revisão do Código Penal que, entre as alterações mais relevantes, inclui a previsão no Código de um regime de responsabilidade das pessoas colectivas para determinados crimes. Optou-se porém por consagrar um regime próprio no âmbito do direito penal do consumo:

---

<sup>1749</sup> Situação distinta, como sublinha o autor do anteprojecto, é a omissão da retirada de produtos impróprios para consumo ou objecto de fraude, remetida para o âmbito contra-ordenacional, cf. DIAS, Augusto Silva, «Linhas gerais do regime jurídico...», *op. cit.*, p. 569.

<sup>1750</sup> Tivemos já oportunidade de sustentar, na linha das propostas de Schünemann, que o fundamento e alcance da posição de garantia do dirigente empresarial há-de encontrar-se no quadro de competências assumido pelo dirigente ou superior hierárquico e no domínio dos riscos que integram o seu *espaço individual de responsabilidade*. Segundo cremos, a afirmação de um dever de garantia concretiza-se por intermédio destes dois parâmetros: através da determinação do quadro de funções e competências organicamente atribuídos ao cargo empresarial, que permite delimitar o âmbito e a extensão da posição de garantia; e, em segundo lugar, pela possibilidade de cumprimento desses deveres, designadamente controlando ou, na expressão de Schünemann, “*dominando*” os factos que ocorrem no seu espaço de responsabilidade, capazes de colocar em perigo o bem jurídico-penal. Assim, só da cumulativa verificação destes requisitos resulta possível afirmar o *domínio potencial* do facto omissivo por parte do agente, cf. SOUSA, Susana Aires de, «A responsabilidade criminal do dirigente...», *op. cit.*, p. 1034 e ss. Tal entendimento mostra-se assim em consonância com o critério da autoria omissiva seguido por DIAS, Jorge de, *Direito Penal* (2007), *op. cit.*, p. 971, segundo o qual “é autor (...) aquele que detinha a possibilidade fáctica de intervenção no (e de domínio do) acontecimento e, apesar de sobre ele recair um dever jurídico de acção (dever de garante), não fez uso de tal possibilidade”.

afastaram-se algumas das dificuldades colocadas pelo regime geral, *v. g.*, recusa-se, no artigo 408.º, como modelo de imputação a culpa *in vigilando* dos dirigentes por factos praticados pelos seus subordinados prevista na al. *b)* do n.º 2 do artigo 11.º do Código Penal<sup>1751</sup>; também se atribui, nos n.ºs 5 e 6 daquele artigo, uma natureza civil à responsabilidade subsidiária dos dirigentes pelas indemnizações, sanções não penais e coimas aplicadas às pessoas colectivas, eliminando-se, deste modo, a controvérsia que envolve o n.º 9 do artigo 11.º ao responsabilizar aqueles dirigentes pelas *multas* em que seja condenada a pessoa colectiva<sup>1752</sup>. Por outro lado, o regime proposto também se distancia do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 28/84, desde logo no plano das sanções, acrescentando-se ao elenco das penas principais a interdição temporária da actividade (artigo 414.º, n.º 1) e prevendo-se um distinto elenco de penas que assumem uma dupla natureza: de penas acessórias e de penas de substituição (artigo 418.º)<sup>1753</sup>.

Não é nosso propósito levar a cabo uma apreciação do regime penal de responsabilidade das pessoas colectivas no âmbito do direito penal do consumo<sup>1754</sup>. Apenas se pretende sublinhar que a falta de harmonia e uniformidade inerente a um regime de responsabilidade penal disperso por vários diplomas se comunica por via do Anteprojecto ao específico âmbito do direito penal do consumo. Com efeito, no âmbito do consumo e das relações económicas afirmar-se-ia com o Código do

---

<sup>1751</sup> Sobre esta questão em concreto, DIAS, Augusto Silva, «Linhas gerais do regime jurídico...», *op. cit.*, p. 572.

<sup>1752</sup> A responsabilidade dos dirigentes empresariais pelas sanções em que foram condenadas as pessoas colectivas tem gerado uma forte controvérsia doutrinal e jurisprudencial. No centro de tal controvérsia tem estado o regime estabelecido pelo artigo 8.º do RGIT, cuja interpretação tem dado origem a divergências doutrinárias. SILVA, Germano Marques da, *Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus Administradores e Representantes*, Lisboa: Verbo, 2009, p. 443, nota 50, entende não haver qualquer tipo de inconstitucionalidade naquele regime. Posição contrária, no sentido da inconstitucionalidade daquele norma, é defendida por SOUSA, Jorge Lopes de / SANTOS, Manuel Simas, *Regime Geral da Infracções Tributárias*, Lisboa: Áreas Editora, 2010, p. 90 e ss. Também o Tribunal Constitucional manifestou alguma oscilação na apreciação da constitucionalidade desta norma, manifestada nos Acórdãos n.º 129/2009 e n.º 150/2009 pela conformidade constitucional daquela norma e, em sentido oposto, nos Acórdãos n.º 481/2010, n.º 24/2011 e n.º 26/2011. A jurisprudência constitucional conhecerá, porém, uniformização no sentido da não inconstitucionalidade do artigo 8.º do RGIT nos Acórdãos n.º 437/2011 e 561/2011. Todos os acórdãos referidos estão disponíveis em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

<sup>1753</sup> Mais desenvolvidamente, a propósito desta dupla natureza de algumas penas, cf. DIAS, Augusto Silva, «Linhas gerais do regime jurídico...», *op. cit.*, p. 574 e s.

<sup>1754</sup> Sobre esta questão, voltando a sua análise essencialmente para o ordenamento jurídico francês, onde se admite aquele tipo de responsabilidade criminal, veja-se ENDRÖS, Florian, «Die strafrechtliche Produkthaftung des Unternehmens in Frankreich», *PHi 3 (2002)*, p. 82 e ss.

Consumidor um triplo regime de responsabilidade criminal das pessoas colectivas: para o crime de *Corrupção de substâncias alimentares* (artigo 282.º do Código Penal) em que valeriam as regras sancionatórias previstas no Código Penal; os delitos económicos previstos no Decreto-Lei n.º 28/84 estariam vinculados ao regime de responsabilidade das pessoas colectivas consagrado nesse diploma; e, por fim, quanto aos específicos delitos do consumo, as pessoas colectivas responderiam nos termos previstos no Código do Consumidor. Para além de um claro prejuízo formal, por si só pouco ou nada relevante, desvelam-se evidentes inarmonias materiais: por crimes de natureza semelhante as pessoas colectivas respondem em termos diferentes e são sujeitas a distintos regimes sancionatórios<sup>1755</sup>.

b) Por último, uma consideração mais alargada referente à tutela penal do consumo, e muito particularmente dos interesses patrimoniais e económicos dos consumidores. O Anteprojecto refere-se somente à tutela dos interesses patrimoniais no artigo 434.º. Todavia, a incriminação da fraude na produção e no comércio não depende de um prejuízo no património individual, sendo suficiente que o agente, no exercício da actividade industrial ou comercial e com intenção de obter vantagem patrimonial ilegítima para si ou para terceiro, induza alguém em erro ou engano, produzindo ou comercializando bens de qualidade ou quantidades inferiores, falsificados, contrafeitos ou depreciados, fornecendo serviço imperfeito ou simulando praticar preço inferior ao do mercado. Fica fora do âmbito do artigo a publicidade enganosa ou fraudulenta. Com efeito, o Anteprojecto compreende uma divisão específica referente às contra-ordenações no âmbito da publicidade, entre as quais se prevê, no artigo 494.º, a publicidade enganosa. Pelas razões anteriormente expostas, excluir da tutela penal o recurso à publicidade enganosa corresponde a

---

<sup>1755</sup> Acrescente-se, no entanto, que na versão do Projecto do Código do Consumidor de 2008 se procurou aproximar o modelo de responsabilidade criminal das pessoas colectivas do modelo previsto no Código Penal, ao incluir-se entre as pessoas individuais que podem vincular criminalmente as pessoas colectivas as infracções cometidas “por quem aja sob a autoridade ou as instruções das pessoas referidas na alínea anterior [membros dos órgãos directivos], tendo estas violado os deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem”. Não obstante esta aproximação, desejável do ponto de vista da uniformidade de regimes, permanecem no Projecto soluções diversas, designadamente no âmbito das sanções previstas.

abdicar de uma tutela, antecipada mas justificada nas situações mais graves, de bens pessoais e patrimoniais do consumidor<sup>1756</sup>.

Deste modo, muito embora no Anteprojecto se resolvam questões fundamentais e lacunas graves existentes no ordenamento jurídico português, parece-nos que persistem alguns problemas e omissões na tutela penal dos interesses dos consumidores (*v. g.*, quanto à responsabilidade criminal por medicamentos defeituosos). Todavia, uma vez que este Anteprojecto do Código do Consumidor, já concluído em 2006, não avançou ainda em termos de iniciativa legislativa, cumpre sublinhar, novamente, a necessidade de rever as normas penais vigentes em matéria dos interesses dos consumidores para que se possa responder de forma adequada à responsabilidade pela produção, distribuição e comercialização de produtos perigosos e defeituosos. Uma das respostas possíveis passa, em nosso modo de ver, por uma revisão do artigo 282.º do Código Penal.

## **2. A solução no âmbito do direito penal clássico: proposta de uma incriminação**

a) Não obstante a controvérsia doutrinal que um regime de responsabilidade criminal pelo produto suscita, ninguém contesta a necessidade da intervenção criminal no âmbito da produção e comercialização de produtos perigosos para a vida, saúde e segurança dos consumidores. Uma das soluções possíveis passa pela sua inclusão no Código Penal, no âmbito dos delitos de perigo comum: a sua potencialidade danosa no contexto da sociedade contemporânea assente, no plano económico, sobre o carácter difuso e anónimo das relações de consumo, confere-lhe a natureza própria daquele tipo de incriminação.

A protecção do consumidor por via do diploma geral das incriminações não é estranha à tradição jurídica portuguesa, como se pode verificar através da análise da evolução legislativa efectuada no capítulo anterior. Com efeito, os Códigos Penais de 1852/1886 incluíam, entre as suas disposições, normas relativas à protecção do consumidor e, sem que o problema se colocasse ainda nos termos

---

<sup>1756</sup> *Supra*, § 14, 2.5.

contemporâneos, consagrava-se já, ainda que de forma embrionária, uma responsabilidade criminal por produtos defeituosos e perigosos. Em causa estão os artigos 249.º e 251.º: a primeira daquelas normas referente à responsabilidade criminal do boticário que vendesse ou aplicasse medicamentos deteriorados; a segunda relativa à alteração de géneros destinados ao consumo bem como ao fabrico e venda de objectos de uso nocivo à saúde. As duas incriminações inscreviam-se, no âmbito do Código de 1886, nos delitos contra a saúde pública. Porém, se no âmbito do artigo 251.º se exigia o carácter nocivo dos géneros ou bens de consumo, o artigo 249.º bastava-se com o defeito do medicamento e prescindia de uma referência expressa à natureza perigosa dos medicamentos alterados, estando no entanto esta pressuposta na motivação do legislador. Desta forma, conclui-se não ser estranha à tradição jurídico-penal portuguesa a codificação de formas de responsabilidade por produtos perigosos e defeituosos.

Se esta primeira argumentação assume uma clara natureza histórica, também de uma perspectiva teleológica e sistemática se afigura pertinente a inclusão daquelas formas de responsabilidade criminal no Código. A reforma de 1995 do Código Penal de 1982 abandonou a consagração num capítulo autónomo dos delitos contra a saúde pública, a favor da sua dispersão nos delitos de perigo comum. Como se referiu, esta categoria de crimes tem como principais notas características a inclusão sob o mesmo capítulo de incriminações dotadas de uma perigosidade, indeterminada nas suas consequências, para uma diversidade de bens jurídicos (vida, saúde, património). Este carácter difuso do dano e das potenciais vítimas suscita o alarme social que contribui e fundamenta uma tutela antecipada daqueles interesses jurídicos para o momento da perigosidade. Ora, as situações de responsabilidade pelo produto carentes de tutela penal desenvolvem-se, nas sociedades contemporâneas, em contextos de relações comerciais difusas e massificadas. A noção de consumidor refere-se ao conjunto indeterminado e anónimo de pessoas que adquirem bens ou serviços, produzidos de modo profissional, para a satisfação das suas necessidades. Esta natureza anónima e difusa das relações de consumo potencia o risco criado pela produção e distribuição de bens para interesses jurídicos fundamentais como a vida, a saúde ou património. Deste modo, reconhecida, no

âmbito da produção e comercialização de produtos perigosos e defeituosos, a existência de um risco potencialmente catastrófico inerente à conduta, afigura-se como adequada a protecção antecipada daqueles bens jurídicos através de um delito de perigo comum.

Esta é, aliás, a solução já preconizada de algum modo pelo crime de *Corrupção de substâncias alimentares e medicinais*, previsto no artigo 282.º do Código Penal. As reservas atrás apontadas a esta incriminação justificam uma revisão da norma que permita pôr fim às principais fragilidades anteriormente apontadas e muito particularmente aos vazios legislativos detectados. Uma primeira concretização do âmbito normativo deve distinguir as condutas de produção e comercialização de bens que encerram em si um carácter perigoso daquelas em que está tão-somente em causa uma impropriedade para o consumo lesiva da expectativa de qualidade legitimamente esperada pelo consumidor. Só as primeiras contêm o carácter de perigosidade pressuposto pelos delitos de perigo comum previstos no Código Penal.

Por conseguinte, uma revisão do artigo 282.º do Código Penal, no sentido de incluir as condutas de produção e comercialização dos produtos perigosos para a saúde e segurança dos consumidores no âmbito dos delitos de perigo comum, mostra-se justificada de uma perspectiva axiológica, assente numa adequada tutela da saúde e segurança dos consumidores e também de um prisma histórico, sistemático e teleológico.

b) Importa pois avançar com uma proposta de concretização normativa. Ora, uma revisão do artigo 282.º e consequente reconstrução da incriminação deve socorrer-se de contributos resultantes de ensaios normativos colhidas quer na experiência legislativa portuguesa anteriormente analisada quer no direito comparado a que se aludiu na primeira parte desta investigação. De modo particular, o esforço de concretização normativa realizado por Augusto Silva Dias no Anteprojecto do Código do Consumidor quanto à produção e comercialização de produtos perigosos deve, da nossa perspectiva, ser adaptado e transposto para o Código Penal. É esse ensaio de adaptação que de seguida se procura concretizar, acrescentando, na linha das considerações formuladas, algumas modificações e

propostas tendo em vista essencialmente um propósito de simplificação e adequação normativa.

Neste sentido, mantêm-se no essencial as condutas tipificadas no artigo 428.º do Anteprojecto bem como as penas aí previstas para a actuação dolosa e negligente<sup>1757</sup>; no plano da técnica legislativa acolhe-se igualmente a forma do delito de aptidão. As principais diferenças passam pela inclusão da referência ao uso normal do produto, pela equiparação no mesmo artigo da conduta activa de produção, distribuição e comercialização de bens e serviços com as equivalentes condutas omissivas de retirada daqueles bens e cessação da prestação de serviços, e por um alargamento das substâncias abrangidas. Apresenta-se de seguida a proposta normativa e algumas palavras de fundamentação quanto a estas opções.

### ***Artigo 282.º Produção, distribuição ou comercialização de bens e serviços***

*1. Quem produzir, armazenar, distribuir, comercializar ou transaccionar por qualquer forma bens destinados ao consumo alheio susceptíveis de, em condições de uso normal, lesar a saúde ou segurança de outrem, será punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.*

*2. A mesma pena será aplicável:*

*a) a quem fornecer bens ou serviços utilizando substâncias ou materiais proibidos ou não autorizados, ou em quantidades proibidas ou não autorizadas, susceptíveis de lesar a saúde ou a segurança de outrem;*

*b) a quem produzir, armazenar, distribuir, comercializar ou transaccionar por qualquer forma produtos, objectos de uso ou serviços, em violação das regras técnicas em geral reconhecidas, susceptíveis de lesar a saúde ou a segurança das pessoas;*

---

<sup>1757</sup> A opção de manter as penas previstas no Anteprojecto do Código de Consumidor representa uma diminuição da sanção aplicável: nos termos do artigo 282.º do Código Penal, a conduta dolosa do agente é punido com pena de prisão de um a oito anos; se porém o perigo concreto for criado por negligência prevê-se uma pena de prisão até cinco anos; se a conduta for ela própria negligente, o agente é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa. A escolha de uma pena menos grave encontra justificação numa ideia de proporcionalidade uma vez que nesta proposta se antecipa a punição, sob forma de delito de aptidão, para o momento da perigosidade da conduta, prescindindo-se do resultado de perigo exigido actualmente pelo artigo 282.º.

*c) a quem, dedicando-se a alguma das actividades referidas no número anterior e após ter tido conhecimento do carácter perigoso do bem ou após intimação da autoridade competente, não adoptar as medidas necessárias para pôr fim àquele estado de perigosidade.*

*3. Se as condutas previstas nos números anteriores forem realizadas por negligência, será aplicável ao agente pena de prisão até 1 ano ou pena de multa até 240 dias.*

i) A opção pela construção da incriminação em torno da perigosidade da conduta, seguindo a estrutura de um delito de aptidão, justifica-se desde logo pela incapacidade de resposta e desadequação dos clássicos delitos de resultado (homicídio e ofensas à integridade física). A estrutura complexa das relações de consumo não se compadece com o dano individual pressuposto por aqueles delitos e menos ainda com a prova de um nexo de causalidade entre uma conduta e uma lesão longínqua no tempo, no espaço e, na maioria dos casos, com a interferência de outros agentes económicos intervenientes na relação de consumo. Também por esta razão, a escolha, no plano da técnica legislativa, pela forma de delito de aptidão em torno da perigosidade da conduta é a solução que melhor se adequa ao desejado equilíbrio entre a necessidade de protecção daqueles interesses fundamentais, por um lado, e as especificidades impostas pela moderna sociedade de consumo, por outro.

Deste modo, a previsão no âmbito dos delitos de perigo comum, sob a forma de delito de aptidão, da responsabilidade criminal pela produção, distribuição ou comercialização de produtos perigosos, ao mesmo tempo que garante uma efectiva tutela da segurança e saúde do consumidor, permite simultaneamente completar a protecção penal dos bens jurídicos individuais, pondo fim às lacunas de punição assinaladas ao regime vigente no Código Penal.

Ainda no plano da caracterização geral da norma proposta, importa salientar um argumento adicional favorável à inclusão de uma norma deste tipo no Código Penal. Atendendo ao contexto empresarial em que se realizam na sua quase totalidade as condutas tipificadas, a responsabilidade dos entes colectivos seguiria, quer no plano da imputação, quer no domínio sancionatório, o regime geral previsto no Código Penal, privilegiando-se assim a desejada uniformidade nesta matéria.



*ii)* De modo específico, como já se referiu, toma-se por base e fonte principal da incriminação proposta o artigo 428.º do Anteprojecto do Código do Consumidor. Impõem-se, porém, algumas considerações justificativas das modificações introduzidas.

Em primeiro lugar, optou-se por incluir na previsão normativa um novo elemento típico que refere a perigosidade do bem à sua utilização normal de acordo com a satisfação das necessidades a que se destina. Esta cláusula típica é comum na legislação civil referente à protecção do consumidor, designadamente no artigo 5.º, n.º 1 da Lei de Defesa do Consumidor, onde se consagra o direito à protecção da saúde e da segurança física, e no artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 69/2005, de 17 de Março, que define “produto seguro” para efeitos de segurança geral dos produtos<sup>1758</sup>. Pretende-se, através desta cláusula, deixar claro que para o preenchimento típico não basta o mero carácter perigoso do bem<sup>1759</sup>. O âmbito de protecção normativa deve tomar como modelo o uso que é normalmente atribuído ao bem e a observância das regras normais de segurança na sua utilização, nelas se fundamentando a confiança do consumidor no uso seguro do produto. Esta ideia ganha ainda maior relevância em face da assimetria de informação existente em determinados sectores que exigem conhecimentos específicos, *v. g.*, técnicos, de que em regra o consumidor não dispõe. É esta desigualdade informativa que faz impender sobre o produtor a formulação de um conjunto de normas claras de segurança que acompanham o produto, sob pena de colocar no mercado um produto perigoso. No reverso da medalha, o uso anormal do bem ou em violação das regras de segurança por parte do consumidor exclui a verificação típica da norma.

---

<sup>1758</sup> Expressões equivalentes surgem em outros diplomas, como por exemplo no Decreto-Lei n.º 383/89, que no seu artigo 4.º, ao apresentar uma noção de produto defeituoso enuncia por critério a “utilização que dele razoavelmente possa ser feita”.

<sup>1759</sup> Desde logo porque existem no mercado produtos por natureza perigosos que exigem especiais cautelas e que com frequência são objecto de legislação especial quanto à sua produção e transporte, mas cuja produção e comercialização é permitida legalmente.

*iii)* Todavia, a natureza perigosa do bem pode ser conhecida somente após a sua entrada no mercado. Este conhecimento superveniente da perigosidade do produto pode resultar de uma variedade de circunstâncias. Pode acontecer que ao tempo da introdução no mercado o produto fosse inofensivo, resultando a sua perigosidade de uma ulterior alteração na sua composição ou no seu processo produtivo. Uma outra situação será aquela em que os conhecimentos técnicos e científicos disponíveis ao tempo do fabrico e comercialização não permitissem aferir daquela perigosidade. Tal tenderá a acontecer por exemplo em sectores apostados na inovação tecnológica. Como tivemos oportunidade de defender, a incerteza científica não pode constituir fundamento autónomo e directo de criminalização: nestes casos compete às autoridades administrativas competentes definir as regras de comercialização do produto. Todavia, confirmadas as suspeitas de perigosidade ou atingido o limite do risco permitido, cabe a essas autoridades ordenar a retirada do produto do mercado.

Ora, quer na hipótese em que o conhecimento da perigosidade do produto chega directamente ao responsável pela produção, distribuição ou comercialização (*v. g.*, através das queixas dos clientes) ou por ordem da autoridade competente<sup>1760</sup>, impende sobre ele o dever de adoptar as medidas necessárias a pôr fim aquela situação de perigo, de entre as quais se destaca, pela sua relevância, a retirada do bem do mercado<sup>1761</sup>. Caso não o faça, trata-se de uma conduta omissiva dotada de um grau de perigosidade equivalente ao pressuposto pela conduta activa. Por esta razão, optou-se pela sua equiparação normativa, realizada na alínea *c)* do n.º 2 do preceito que ora se propõe. Da nossa perspectiva, uma solução deste tipo apresenta diversas vantagens. Em primeiro lugar, confere-se consagração legislativa expressa a um dever de garante daquele que na sua actividade comercial se confronta com a oferta de produtos perigosos para o consumidor, ultrapassando-se as dificuldades em delimitar no contexto empresarial uma posição de garantia com fundamento no artigo 10.º do Código Penal. Em segundo lugar, em sentido diverso ao proposto no

---

<sup>1760</sup> Por exemplo, no cumprimento do disposto no artigo 5.º, n.os 2 e 3 da Lei de Defesa do Consumidor ou do artigo 4.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 69/2005, referente à segurança geral dos produtos.

<sup>1761</sup> Este dever decorre da obrigação que o Decreto-Lei n.º 69/2005 faz impender sobre o produtor (artigo 6.º, al. *b*) e distribuidor (artigo 7.º, al. *d*) em matéria de segurança geral dos produtos.

Anteprojecto – onde a tónica recai na desobediência à ordem de retirada do produto proveniente de autoridade competente prevista num tipo legal autónomo (artigo 431.º)<sup>1762</sup> – optou-se por fundar directamente a ilicitude material da conduta no seu carácter perigoso para os bens jurídicos protegidos e não tanto no acto de desobediência à autoridade pública (administrativa ou judicial). Evita-se assim a controversa questão doutrinal que envolve os crimes contra a autoridade e em particular o delito de desobediência, “nem sempre imunes à extensão de bens de natureza mais ou menos instrumental, de duvidosa constitucionalidade face aos princípios da necessidade e da *ultima ratio*”<sup>1763</sup>. Em terceiro lugar, uma tal equiparação permite dar alguma resposta às situações anteriormente referidas de inicial incerteza científica quanto à perigosidade do produto: na medida em que o avanço científico e tecnológico permita fundamentar a natureza perigosa do bem, recai sobre o agente o dever de adoptar as medidas adequadas e, sendo necessário, a retirada do produto do mercado. Acrescente-se, por último, que se considera adequada aquela medida que se mostre apta a pôr fim de forma imediata ao estado de perigosidade existente para os bens jurídicos protegidos. Em regra, a prossecução desse fim implica a retirada do produto do mercado. Porém, optou-se por não se especificar no tipo legal esta medida por se considerar que no juízo de adequação se deve ponderar as especificidades do caso concreto. Com efeito, tais circunstancialismos podem determinar a insuficiência da retirada do bem do mercado impondo-se, por exemplo, a imediata advertência dos consumidores quanto ao perigo que decorre daquele bem; ou a maior adequação de outro tipo de

---

<sup>1762</sup> Acrescente-se, no entanto, que no âmbito do Anteprojecto a desobediência à intimação de retirar os produtos do mercado só constitui crime quando em causa estão bens e serviços nocivos à saúde, o que aponta para a maior gravidade por via da perigosidade que representam para o consumidor. Como refere o autor do projecto, “se se tratar apenas de produtos impróprios para consumo ou objecto de fraude a situação não é tão grave e urgente que justifique a cominação da desobediência qualificada para o incumprimento da intimação pelo arguido”, cf. DIAS, Augusto Silva, «Linhas gerais do regime jurídico...», *op. cit.*, p. 569.

<sup>1763</sup> Cf. MOTA, José Luís Lopes da, «Crimes contra a autoridade pública», *in: Jornadas de Direito Criminal II, Revisão do Código Penal: Alterações ao Sistema Sancionatório e Parte Especial*, 2.º Vol., p. 424. Estas dificuldades, conjugadas com o desmedido alargamento da autonomia intencional do Estado, permitem compreender quer uma significativa resistência da legislação penal de matriz europeia na sua consagração legislativa, quer algumas das dúvidas sobre a bondade da sua manutenção na ordem jurídico-penal portuguesa, como nos dá conta MONTEIRO, Cristina Líbano, «Artigo 348.º», *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Tomo III, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 349.

medidas que causem menor alarme social ou impliquem menor custo não obstante a sua igual eficácia na contenção do perigo, *v. g.*, a reparação do bem<sup>1764</sup>.

*ii)* Propõe-se ainda o alargamento da protecção normativa a todos os bens e objecto de uso. Porém, este alargamento é compensado pela exigência legal de uma violação das regras em geral reconhecidas no sector. Pressupõe-se que qualquer bem ou produto só possa ser comercializado ou distribuído na medida em que tenha sido elaborado segundo as regras técnicas reconhecidas no sector, de modo a proteger-se o consumidor quer dos perigos de um processo produtivo defeituoso quer de um bem defeituoso capaz de pôr em causa a sua saúde e segurança. Assim, de modo diferente ao estabelecido na alínea *a)* do n.º 2, em que o parâmetro de segurança objectivo é dado pela autorização administrativa, submetida em regra ao estado da ciência e da técnica, remete-se na alínea *b)* para um critério de segurança menos exigente: o parâmetro coincide agora com o limiar das regras em geral reconhecidas no concreto sector produtivo<sup>1765</sup>.

*c)* A previsão no Código Penal de uma incriminação como aquela que ora se propõe permite, da nossa perspectiva, resolver grande parte das questões suscitadas pelos casos de responsabilidade criminal pelo produto analisados na primeira parte e, de modo particular, os problemas de causalidade transversais a todas as situações que aí se expuseram. Todavia, uma norma deste tipo é incapaz por si só de resolver todos os problemas que elencámos, quer no âmbito específico da responsabilidade criminal por produtos (designadamente, defeituosos), quer a propósito da tutela penal do consumidor em geral, impondo-se normas adicionais. Em particular, fora do âmbito de protecção da norma ficariam interesses fundamentais do consumidor, já por nós qualificados e caracterizados como bens jurídicos dignos de protecção penal. Pensa-se, em particular, na tutela da confiança dos consumidores na

---

<sup>1764</sup> Referindo-se ao leque de medidas a que o produtor está obrigado e às dificuldades na sua concretização veja-se KUHLEN, Lothar, «Necesidad y limites de la responsabilidad penal por el producto», *op. cit.*, p. 82 e ss.

<sup>1765</sup> Excluem-se assim da responsabilidade penal, por via desta alínea, os danos ocorridos em virtude dos chamados defeitos de desenvolvimento, beneficiando-se também de uma nota de coerência entre este regime penal e o regime civil válido em matéria de responsabilidade objectiva do produtor, cf. § 5, 3.

qualidade dos bens e na protecção dos interesses económicos dos consumidores. A tutela destes interesses é hoje acautelada em legislação extravagante essencialmente por via do Decreto-Lei n.º 28/84.

### **3. Da necessária revisão do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro**

Como já se assinalou por diversas vezes, o Decreto-Lei n.º 28/84 foi um diploma a diversos títulos inovador no âmbito do direito penal secundário, servindo o propósito de criação de um regime geral em matéria de infracções económicas. É também um exemplo raro de longevidade de um texto legal no ordenamento jurídico português. Porém, o decurso do tempo e a evolução da matéria real a que as suas normas se referem imprimem-lhe uma natureza obsoleta em muitos dos seus aspectos legais, quer no plano da factualidade típica quer no domínio das sanções nele previstas: é de referir, por exemplo, ser este diploma um dos últimos redutos da figura da multa cumulativa ou complementar, cujos inconvenientes há muito são apontados pela doutrina penal.

Este diploma tem por objecto um amplo conjunto de incriminações essencialmente de carácter económico. Como já se referiu, entre as normas que aí se prevêem contam-se algumas disposições relevantes em matéria de protecção do consumidor e, em especial, em matéria de responsabilidade criminal por produtos defeituosos. Quanto a estas disposições importa, no contexto da presente investigação, dar resposta às fragilidades anteriormente assinaladas. Justifica-se, deste modo, a apresentação de algumas considerações sobre os artigos relevantes nesta matéria, afirmando contudo ser nossa convicção a viabilidade deste diploma na tutela dos interesses do consumidor. Para tal seria suficiente uma actualização da factualidade típica de delitos nele previstos, sem que se modificasse a teleologia subjacente à incriminação. Em particular, uma adequada tutela dos interesses dos consumidores no âmbito da produção e comercialização de produtos inapropriados ao consumo seria, da nossa perspectiva, conseguida através de ligeiras modificações, mantendo-se em vigor um Decreto-Lei há muito assumido pela jurisprudência nesta matéria. É, pois, chegado o tempo de apontar algumas sugestões de revisão,

prossequindo o propósito de contribuir para colmatar as referidas fragilidades no âmbito da responsabilidade por produtos.

São duas as incriminações voltadas para a tutela da confiança na qualidade dos bens oferecidos ao consumidor: trata-se do artigo 23.º e do artigo 24.º daquele diploma, disposições já anteriormente analisadas. Estas normas têm, porém, âmbitos de aplicação distintos: à primeira corresponde uma tutela mais abrangente, extensiva a todas as trocas comerciais e não apenas às relações de consumo, bem como à qualidade de quaisquer mercadorias transaccionáveis; a segunda é restrita à qualidade dos géneros alimentares destinados ao consumo público.

a) A autonomização da impropriedade dos bens alimentares para consumo compreende-se quer pela tradição jurídica, quer pela natureza destes bens, indispensáveis à sobrevivência por via da assimilação pelo organismo humano. Ora, é justamente a este propósito que se impõe a primeira consideração. Seguindo mais uma vez a linha do Anteprojecto do Código de Consumidor, julga-se preferível alargar o elenco de bens abrangidos pelo tipo legal referindo-o a substâncias que se destinam a ser assimiladas pelo organismo humano. Todavia, da nossa perspectiva, merece particular referência a qualidade das substâncias medicinais, que pressupõem uma especial confiança do consumidor na sua qualidade, dado o contexto de fragilidade em virtude da doença que motiva o seu consumo. Na verdade, a protecção penal da qualidade dos medicamentos é reconhecida na maioria dos ordenamentos jurídicos analisados na primeira parte deste trabalho, impondo-se uma referência expressa no tipo legal, actualmente renovada pelas obrigações assumidas pelo Estado português, com a assinatura da Convenção do Conselho da Europa sobre a criminalização da falsificação de medicamentos e outros crimes semelhantes que constituam ameaça à saúde pública<sup>1766</sup>.

Para além dos bens alimentares e das substâncias medicinais e seguindo a mesma razão de ser, o âmbito de tutela da norma deve alargar-se a outras substâncias assimiláveis pelo organismo humano (*v. g.*, cosméticos, protectores

---

<sup>1766</sup> *Supra*, nota 1645.

solares, repelentes de insectos, etc.) que integrem substâncias proibidas ou não autorizadas (por exemplo, no âmbito da União Europeia).

*b)* Uma proposta de incriminação voltada para a autonomização da impropriedade dos bens de consumo assimiláveis pelo organismo humano está concretizada no artigo 432.º do Anteprojecto do Código do Consumidor<sup>1767</sup>.

Todavia, na sequência da alínea anterior, sugerem-se ligeiras modificações a esta norma, entre quais se destaca, pela importância que se referiu anteriormente, a expressa referência no tipo legal aos medicamentos impróprios para consumo.

Constituem alterações de menor relevância a proposta de eliminação das alíneas *b)* e *c)* do n.º 1 daquele artigo 432.º. A primeira refere-se aos “produtos inassimiláveis ou de difícil assimilação pelo organismo humano”: não obstante se compreender o sentido desta alínea, a sua não inclusão fundamenta-se na possibilidade de a não assimilação pelo organismo humano não ser necessariamente correspondente à impropriedade para o consumo, na medida em que há bens perfeitamente adequados ao consumo que não são assimilados pelo organismo humano (*v. g.*, no âmbito dos géneros alimentícios, as fibras alimentares). Por sua vez, a alínea *c)* refere-se aos “produtos resultantes de espécies não usadas habitualmente na alimentação humana”. Esta referência compreende-se desde logo em situações extremas e significativas como é o caso da antropofagia. Porém, uma inclusão tão genérica perde muita da sua força valorativa no contexto de uma sociedade multicultural e globalizada onde hábitos de alimentação muito distintos se vão progressivamente introduzindo e aceitando em outras comunidades. Daqui não resulta que os produtos referidos nestas duas alíneas sejam sem mais admitidos pela norma. Antes se considera que a proibição do uso desses bens, pela sua impropriedade para consumo, decorre de um juízo valorativo de equiparação aos bens previstos nos exemplos-padrão e tipificados em alguma das outras alíneas, designadamente, por se tratar de bens equivalentes a produtos não autorizados ou que incluem substâncias não autorizadas. Tendo em conta as alterações referidas ao

---

<sup>1767</sup> Sobre este artigo, na versão do Anteprojecto e do Projecto do Código do Consumidor, veja-se a nota 1732.

artigo 432.º, uma eventual norma substitutiva do artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 28/84 teria o seguinte conteúdo<sup>1768</sup>:

***Produção, distribuição e comercialização de bens impróprios para o consumo humano:***

*1. Quem produzir, armazenar, distribuir, comercializar ou transaccionar por qualquer forma bens destinados ao consumo alheio que, não sendo susceptíveis de lesar a saúde ou a segurança de outrem, sejam impróprios para aquele efeito é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa.*

*2. Consideram-se impróprios para consumo, designadamente:*

- a) Géneros alimentícios ou aditivos alimentares falsificados, corruptos ou avariados;*
- b) Medicamentos falsificados, corruptos ou avariados;*
- c) Produtos que contêm substâncias proibidas ou não autorizadas ou em quantidades proibidas ou não autorizadas.*

*2. Se as condutas previstas no número anterior forem praticadas por negligência, será aplicável ao agente pena de prisão até 6 meses ou pena de multa até 120 dias.”*

c) Uma última reflexão justificada pela tutela adequada das relações comerciais e de consumo, é dedicada ao artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 28/84 e refere-se à inclusão no âmbito daquela incriminação dos serviços prestados de forma defeituosa e fraudulenta, à semelhança do disposto no artigo 434.º do Anteprojecto do Código de Consumidor<sup>1769</sup>. Com efeito, a restrição do âmbito de aplicação daquele artigo às mercadorias não se compreende num contexto económico em que a qualidade do serviço prestado tem igual ou mesmo valor superior à transacção de mercadorias. Basta ter em consideração a realização de serviços que exijam especiais conhecimentos do prestador daquele bem e que, por isso, se situam fora do alcance do consumidor ou do adquirente do serviço. A especialidade dos conhecimentos ou monopólio do serviço prestado constitui uma

---

<sup>1768</sup> A inclusão de um preceito deste tipo no Decreto-Lei n.º 28/84 implicaria um esforço adicional de revisão de todo o diploma, de forma a atingir-se uma desejada uniformidade e proporcionalidade entre as sanções previstas, mas também pelas necessárias alterações que esta norma directamente exigiria por exemplo nos artigos 81.º e seguintes.

<sup>1769</sup> *Supra*, nota 1733.



das características fenomenológicas favorecedoras da prática de actos fraudulentos com estrutura valorativa semelhante aos actos tipificados naquele artigo<sup>1770</sup>.

### **Referência conclusiva**

No ordenamento jurídico português, as situações de lesão na saúde dos consumidores provocada pela produção e comercialização de bens perigosos ou defeituosos é acautelada em primeira linha pelos tipos legais de *Homicídio*, de *Ofensas à integridade física* e de *Corrupção de substâncias alimentares e medicinais*.

Os primeiros são delitos materiais ou de resultado que no seu preenchimento típico exigem a prova de umnexo causal entre a conduta (de produção ou comercialização dos bens) e a modificação da realidade concretizada no resultado morte ou ofensas corporais.

De acordo com o modelo de imputação causal proposto, afirmada uma conduta típica criadora de um risco não permitido cabe indagar se a concreta ofensa realizada corresponde à materialização daquele risco.

A determinação do carácter proibido da conduta assenta em primeira linha na violação de um dever por parte do produtor. Porém, a concretização daquele dever no âmbito de processos produtivos mostra-se particularmente difícil. Ainda que se recorra de modo analógico ao auxílio de critérios avançados pelo legislador, como as regras em geral reconhecidas no sector, o recurso ao estado da ciência e da técnica, ou a necessidade de autorização da conduta, não cessam as dificuldades, agora no plano da imputação do resultado.

Tais delitos de resultado exigem, como elemento típico necessário ao juízo de atribuição ou imputação do evento, a concretização daquele risco numa relação causal entre conduta e resultado. A comprovação e explicação desta ligação só são possíveis com recurso às leis empíricas. Perante a impossibilidade de apresentar uma hipótese causal cientificamente fundamentada e com força explicativa, falha a

---

<sup>1770</sup> As modificações a introduzir no artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 28/84 seriam, deste modo, mínimas e passariam pela modificação da epígrafe (*Fraude sobre mercadorias e serviços*) e pela inclusão de uma nova alínea referente à prestação de serviço defeituoso ou imperfeito. Seria ainda necessário um esforço de uniformização e de actualização da sanção aplicável.

premissa necessária à fundamentação daquela conexão e conseqüentemente impede-se que a conduta do produtor integre os factores explicativos da realização daquele evento. A ausência de uma lei causal geral não pode ser suprida pelo julgador, que na dúvida sobre uma questão de facto deve aplicar o princípio *in dubio pro reo*. Assim, os delitos de resultado, como o *Homicídio* e as *Ofensas à integridade física* mostram-se inadequados às especificidades casuísticas próprias da responsabilidade criminal pelo produto.

Também o delito de *Corrupção e substâncias alimentares e medicinais*, inserido no âmbito dos crimes de perigo comum, se mostra claramente insuficiente e limitado, desde logo pelo seu objecto de protecção, na resposta às necessidades político-criminais suscitadas pela produção e comercialização de bens perigosos à saúde dos consumidores.

Em face da limitada resposta da lei penal ao problema da responsabilidade criminal pelo produto, adensa-se a necessidade de colmatar os vazios punitivos nesta matéria por intermédio da intervenção legislativa. Neste sentido, como resultado da análise realizada e tomando como ponto de partida as incriminações previstas no Anteprojecto do Código de Consumidor de 2006, avança-se com a proposta de uma incriminação específica, onde expressamente se contemple a problemática da responsabilidade criminal pelo produto, por via de uma revisão do artigo 282.º do Código Penal. Na redacção proposta pune-se com pena de prisão de um a cinco anos as condutas de produção, distribuição ou comercialização de bens e serviços, susceptíveis de, em condições de uso normal, lesar a saúde e segurança de outrem.

Por último, no plano do direito constituído, é devida uma referência ao Decreto-Lei n.º 28/84, cuja análise dos tipos legais deixa a descoberto a necessidade de uma intervenção legislativa no sentido da sua actualização, designadamente no plano da factualidade típica e no domínio das sanções aí previstas.

“No hagas muchas pragmáticas, y si las hicieres, procura que sean buenas, y sobre todo que se guarden y cumplan, que las pragmáticas que no se guardan lo mismo es que si no lo fuesen, antes dan a entender que el príncipe que tuvo discreción y autoridad para hacerlas no tuvo valor para hacer que se guardasen; y las leyes que atemorizan y no se ejecutan, vienen a ser como la viga, rey de las ranas, que al principio las espantó, y con el tiempo la menospreciaron y se subieron sobre ella.”

(Da *Carta de Don Quijote de la Mancha a Sancho Panza, Gobernador de la Ínsula Barataria*)

Miguel de Cervantes, *Don Quijote de la Mancha*

## § 17. CONCLUSÕES FINAIS

O tema da responsabilidade pelo produto conheceu amplo desenvolvimento no âmbito do direito civil, onde foi sujeito a intensa discussão, tendo-se estabelecido um regime específico e um aparelho conceptual próprio em alguns ordenamentos jurídicos, entre os quais se inclui o português. Todavia, os casos de responsabilidade pelo produto mostraram em algumas ocasiões, face à dimensão das suas consequências, a necessidade de recurso ao direito penal.

Ainda que o direito civil se tome como ponto de partida, os conceitos desenvolvidos pelo direito privado não devem ser importados no seu significado para o domínio penal; ao tomarem parte de uma norma incriminadora na qualidade de elemento típico, ganham novos contornos valorativos e como tal novo significado. Neste sentido, há um conjunto de definições e conceitos estabilizados pelo direito civil que podem ser úteis ao direito penal mas que ao serem por este tomados são reconstruídos em obediência a um novo sistema axiológico, dotado de um fim e de um sentido próprios. Assim, em matéria de responsabilidade pelo produto, a resposta que deve exigir-se ao direito criminal há-de ser muito distinta daquela que lhe cabe no direito civil.

O tema da responsabilidade criminal pelo produto ganhou nova importância e renovado interesse no contexto de uma sociedade industrializada e tecnologicamente desenvolvida, onde surge associado por alguma doutrina penal ao conceito dos “novos riscos” próprios daquela que Ulrich Beck designou de “segunda modernidade”. Contudo, o problema da responsabilidade penal pela produção de bens deve situar-se historicamente num momento anterior. Com efeito, a tolerância reconhecida a actividades arriscadas no âmbito empresarial constituiu uma das questões primárias da doutrina da adequação social e da teoria do risco permitido. Deve no entanto reconhecer-se que o avanço do conhecimento e das potencialidades técnicas progressivamente adquiridas nas últimas décadas do século XX tomaram o processo produtivo como âmbito primordial de aplicação. Neste sentido, também no contexto da produção e do consumo se torna possível identificar riscos potencialmente catastróficos e incertos quanto às suas consequências.

A amplitude e a extensão dos efeitos lesivos destes “novos riscos” reforçaram e legitimaram as propostas em torno de uma ética da responsabilidade e, no plano jurídico, impuseram um conjunto de novos princípios, com particular destaque para o princípio da precaução de clara matriz política, que mereceu consagração formal em diversos ordenamentos jurídicos. A sua relevância em matéria penal é contudo limitada a um reflexo mediato, reduzida a determinadas categorias jurídico-penais, sendo nula a sua capacidade para fundamentar de forma directa qualquer incriminação, designadamente em matéria de responsabilidade criminal pelo produto, onde se mostra incompatível com o modelo de previsibilidade exigido à intervenção penal.

A responsabilidade criminal pelo produto está referida em primeira linha a uma responsabilidade pelo *modo de produção* e não pelo *tipo de produção*. Ou seja, pretende prevenir-se a ocorrência de defeitos ao longo dos processos de produção e comercialização que ponham em causa a saúde e vida dos consumidores e não tanto evitar, através do direito penal, actividades que se mostram como potencialmente perigosas. A intervenção penal há-de ter por fim a prevenção de condutas ofensivas de bens jurídicos por via de erros no processo de concepção, de produção, de

conservação ou de comercialização dos bens. Deste modo, no âmbito da responsabilidade criminal pelo produto estão sobretudo em causa defeitos de concepção, de fabrico e de informação. Fora do alcance da intervenção penal ficarão, por princípio, os defeitos de desenvolvimento. Por conseguinte, a existência de danos decorrentes da produção e comercialização de bens não fundamenta por si só uma responsabilidade criminal, na medida em que tais condutas estejam cobertas por um risco permitido.

As dificuldades em torno da fixação de contornos e de limites daquela responsabilidade criminal são agravadas ainda devido à sua natureza transversal às categorias da infracção criminal tal como esta tem vindo a ser concebida a partir das bases dogmáticas estabelecidas pela escola clássica de direito penal. Com efeito, a responsabilidade penal dos produtores e distribuidores de bens de consumo pela lesão ou colocação em perigo de bens jurídicos fundamentais dos consumidores levanta questões complexas, *v. g.*, na concretização típica da protecção daqueles interesses juridicamente valiosos, na determinação da tipicidade e da ilicitude da conduta, na individualização da responsabilidade em contextos empresariais, na fundamentação e delimitação de um dever de garantia do produtor, na materialização de parâmetros que auxiliem a concretização dos deveres de cuidado.

De entre os problemas suscitados nos tribunais – uma vez que se trata de uma figura com berço jurisprudencial que transitou para a discussão doutrinária – tomou-se como principal objecto de estudo a questão da determinação do nexo causal entre a conduta e os resultados danosos para bens com dignidade penal uma vez que, na sua maioria, as decisões judiciais tomaram como referência as incriminações que tutelam a vida e a saúde. A razão para esta escolha reside não só na circunstância de esta ser uma questão comum aos casos paradigmáticos nesta matéria, relatados nos seus traços essenciais nas considerações introdutórias a este trabalho, mas também nas dificuldades enfrentadas pela jurisprudência na determinação de um critério causal adequado à imputação de resultados no contexto empresarial e de inovação tecnológica. Deste modo, uma resposta adequada à solução daquelas dificuldades implicou o estudo da causalidade enquanto tema clássico do direito penal, tarefa realizada ao longo da segunda parte deste trabalho.

O conceito de causa enquanto instrumento fundamental de explicação de fenómenos é tomado por distintos saberes como a filosofia, a ciência ou o direito, que lhe reconhecem conteúdos distintos, adequados à respectiva matriz axiológica. Neste sentido, a causa jurídico-penal há-de estar condicionada ao juízo normativo de atribuição ou imputação de resultados, sem que se trate porém de um conceito enclausurado, fechado à evolução do conhecimento. Sob pena de se cair no relativismo causal, é necessário encontrar denominadores comuns que permitam o diálogo entre os diversos saberes a concretizar-se em dois sentidos principais: por um lado, a aferição do nexos causal pressuposto e utilizado no âmbito do direito penal há-de ser auxiliada, quando necessário, pelo conhecimento científico estabelecido; por outro lado, o conhecimento científico há-de impor-se como limite negativo às conclusões jurídico-causais.

É com base nestes pressupostos e nos elementos recolhidos da análise e estudo das posições doutrinárias dominantes no âmbito da imputação de resultados, oscilantes entre um modelo causalista e um modelo normativista, que se apresenta a proposta de um modelo de atribuição de resultados que designámos de modelo de imputação causal, segundo o qual a causalidade jurídica constitui um dos momentos de realização da imputação objectiva de resultados específico dos delitos materiais ou de resultado.

A atribuição de responsabilidade penal pressupõe em primeiro lugar a determinação de uma conduta típica através da criação de um risco juridicamente desaprovado. Na determinação da norma incriminadora, o legislador, cumprindo os princípios normativos que dão conteúdo às normas criminais, pode (deve) concretizar a forma de realização dessa perigosidade. Entre as formas possíveis de realização daquele perigo pode exigir-se a sua concretização, no âmbito dos delitos de perigo ou de dano, num evento jurídico. Mas pode também exigir-se uma conexão empírica entre a conduta e um evento material, assumindo o tipo legal a forma de delito de resultado. Neste último caso, o risco juridicamente desaprovado tem de materializar-se não apenas numa alteração da realidade jurídica (como acontece nos crimes de perigo) mas também numa alteração da realidade empírica (*v. g.*, a morte da vítima), assim se concretizando a dimensão ontológica que deve

reconhecer-se à causalidade. Tal modificação exterior só pode imputar-se à conduta se se puder provar em juízo o nexo de causalidade concreto entre a conduta do agente e o resultado lesivo. Esta ligação há-de estabelecer-se com recurso às leis empíricas, materializando-se por esta via o necessário diálogo entre a realização do direito e o conhecimento adquirido pela ciência.

Deste modo, a afirmação do nexo de causalidade no caso concreto exige uma dupla referência. De um lado, uma dimensão ontológica nos termos da qual uma concreta ligação de necessidade há-de referir-se a uma lei causal geral tida como elemento fundamental na prova da causalidade em tribunal. Neste sentido, os delitos de resultado correspondem às construções legais onde a dimensão ontológica da causalidade tem a sua máxima expressão enquanto concretização no mundo exterior do risco proibido criado pela conduta. De outro lado, uma dimensão normativa ligada à realização do juízo de imputação próprio dos delitos materiais. Neste segundo sentido, o nexo causal constitui um elemento típico dos crimes de resultado que enquadra e limita aquela dimensão ontológica. Assim, na senda de Engisch, consideramos que o nexo de causalidade constitui um elemento típico dos crimes de resultado, exteriorizado, no caso concreto, numa dimensão ontológica que há-de ser aferida de acordo com as leis empíricas.

Apresentado o modelo causal seguido, procurou-se averiguar da sua possível aplicação às situações de produção e comercialização de bens perigosos e defeituosos, de modo a indagar da suficiência de um direito penal do resultado, assente em delitos como o *Homicídio* ou as *Ofensas à integridade física*, na tutela dos interesses do consumidor. Esta questão assume maior relevância perante a ausência, no âmbito da lei penal portuguesa, de uma específica norma voltada para a prevenção de danos na saúde e na vida por via da produção e comercialização de bens perigosos (com a exceção do artigo 282.º do Código Penal, limitado aos bens alimentares e medicinais).

A comprovação do nexo de causalidade entre a conduta de produção ou comercialização de bens e os resultados tidos como juridicamente desvaliosos revela especiais dificuldades no âmbito de processos causais complexos quando, no cumprimento da dimensão ontológica que lhe é reconhecida, não seja possível

formular uma lei causal geral cientificamente suportada. Tal ausência não pode ser suprida pelo julgador que, na dúvida quanto à matéria de facto, deve apoiar a sua decisão nos princípios fundamentais do processo penal, designadamente no princípio *in dubio pro reo*. Na verdade, do estudo efectuado resultam, quanto a nós, fortes reservas quanto à adequação dos delitos de resultado clássicos às necessidades de protecção suscitadas no contexto de produção e comercialização de produtos perigosos, realizadas mais das vezes no âmbito de relações de consumo massificadas e padronizadas.

Tendo em conta as especificidades destas situações, parece-nos mais adequado situar a resposta jurídico-penal no âmbito da normatividade de perigo. Contudo, a análise do delito de *Corrupção de substâncias alimentares*, inserido nos delitos de perigo comum, revelou as limitações daquela norma na prossecução de uma tutela adequada dos interesses dos consumidores.

Em rigor, o estudo mais alargado do ordenamento jurídico português em matéria de protecção dos interesses dos consumidores revela vazios punitivos que carecem de revisão legislativa. Entre as debilidades encontradas destaca-se a não punição da produção ou comercialização de bens perigosos à saúde e à vida dos consumidores que não tenham natureza alimentar ou medicinal, ou a ausência de tutela penal quanto a medicamentos que não detenham as qualidades fundadamente esperadas pelo consumidor. De referir ainda, no plano da técnica legislativa, a existência de um vazio punitivo entre o artigo 282.º do Código Penal e o artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 28/84, que tem vindo a ser denunciado pela doutrina e pela prática jurisprudencial. Da combinação das duas normas resulta que o sistema pune actualmente a produção (e comercialização) de géneros alimentícios anormais nocivos à saúde quando deles decorrer um perigo concreto para a vida e a integridade física; também se incrimina a produção e comercialização de géneros alimentícios anormais que não ponham em perigo aqueles bens jurídicos; mas caem no vazio punitivo as condutas de produção e comercialização de géneros alimentícios susceptíveis ou idóneas a lesar aqueles bens. Deste modo, punem-se as condutas extremas, ignorando-se a perigosidade que medeia entre esses limites.



Assim, é por demais evidente a necessidade de uma reforma legislativa nesta matéria. Numa tentativa de dar resposta a alguns dos vazios legislativos identificados, apresenta-se, de *iure condendo*, uma proposta normativa onde se consagra uma responsabilidade criminal pelo produto. A norma incriminadora enquadra-se no âmbito dos delitos de perigo comum, revestindo a forma de delito de aptidão, centrado sobre a concreta perigosidade das condutas, tendo por fim uma necessária revisão do actual artigo 282.º do Código Penal. Toma-se como ponto de partida as incriminações previstas no Anteprojecto do Código do Consumidor, de 2006, muito embora se proponham alterações de alguma relevância no tipo legal.

Uma tutela adequada dos interesses dos consumidores impõe ainda uma necessária revisão do Decreto-Lei n.º 28/84, cuja longevidade é de louvar mas que se encontra ultrapassado pelo tempo em muitas das soluções nele vertidas, quer no plano da factualidade típica quer no domínio das sanções.

Do percurso realizado resulta como conclusão evidente a necessidade de uma intervenção legislativa em matéria de protecção penal dos consumidores. Tal justifica-se não apenas pela necessidade de actualização de algumas normas, como também pela incapacidade de resposta da actual legislação penal em situações ocorridas num contexto moderno de relações de consumo de natureza massificada, dominadas por uma assimetria na informação dos bens e tituladas por consumidores anónimos e indeterminados. Exemplos disto mesmo são, da nossa perspectiva, as situações que integram a chamada responsabilidade criminal pelo produto que, pela gravidade das suas consequências, fundamenta e requer uma intervenção penal adequada às suas especificidades. Tal solução, sem quaisquer pretensões reformadoras ou revisionistas do Código Penal, basta-se com a inclusão destas situações entre os crimes de perigo comum, por via de uma necessária revisão do artigo 282.º, perseguindo-se, desta forma, o sensato alvitre de Dom Quixote que introduz estas considerações finais.



## BIBLIOGRAFIA

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, «El estado actual de la discusión sobre la teoría de la imputación objetiva», *XVI Congreso Latinoamericano, VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología*, UNMSM 22 a 25 de Setembro de 2004, Lima, 2004, p. 7-36.

*Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal*, Parte Especial, Lisboa, 1979.

AGUADO LÓPEZ, Sara, «Consecuencias jurídicas en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto, en especial en los delitos de fraude alimentario», *ADPCP*, Vol. LVIII (2005), p. 57-93.

ALBANEZ, Adriana Ruoppoli, «Falsificação de medicamentos», *XIX Seminário Nacional de Propriedade Intelectual 1999*, Associação Brasileira de Propriedade Intelectual, p. 63-64.

ALBERGARIA, Pedro Soares de, «A posição de garante dos dirigentes da empresa», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 9 (1999), p. 605-626.

ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de, «Crimes de perigo comum e contra a segurança das comunicações em face da revisão do Código Penal», *in: Jornadas de Direito Criminal. Revisão do Código Penal*, Vol. II, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1998, p. 253-315.

ALEMANNI, Alberto, «The shaping of the precautionary principle by european courts. From scientific uncertainty to legal certainty», *The Jean Monnet Working Papers* 18 (2008), p. 1-2 (disponível em [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1325770](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1325770))

ALMEIDA, Carlota Pizarro de, *O Dever de Cuidado como Modelo de Gestão de Risco*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Dissertação de Doutoramento (policopiado), 2010.

———, «Direito penal do consumo. Algumas questões», *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, Vol. 1, Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 255-278.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Os Direitos dos Consumidores*, Coimbra: Livraria Almedina, 1982.

AMBOS, Kai, *A Parte Geral do Direito Penal Internacional*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

———, «100 años de la “teoría del delito” de Beling. Renacimiento del concepto causal de delito en el ámbito internacional?», *RECPC 09-05* (2007) (disponível em <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-05.pdf>).

———, «Dominio por organización. Estado de la discusión», *RP 6* (2000), p. 104-114.

———, «Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones», *RDPC*, n.º 3 (1999), p. 133-165.

ANARTE BORRALLO, Enrique, *Causalidad e Imputación Objetiva*, Huelva: Universidad de Huelva, 2002.

ANDRADE, José Carlos Vieira de, «Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976», *Estudos de Direito do Consumidor 5* (2003), Centro de Direito do Consumo, Coimbra, p. 139-161.

ANDRADE, Manuel da Costa, «“Bruscamente no Verão passado”, a reforma do Código de Processo Penal – Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente», *RLJ 137 (2008)*, n.º 3948, p. 134-151; n.º 3949, p. 215-239; n.º 3950, p. 262-285; n.º 3951, p. 318-355.

——, «A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referência de uma doutrina teleológico-racional do crime», *RPCC 2 (1992)*, p. 173-205

——, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

——, «A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-Lei 28/84, de 20 de Janeiro) à luz do conceito de “bem jurídico”», *in: Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 387-411 (originariamente publicado *in: Centro de Estudos Judiciários, Ciclo de Estudos de Direito Penal Económico (1985)*, p. 69-105).

ANDORNO, Roberto, «Validez del principio de precaución como instrumento jurídico para la prevención y la gestión de riesgos», *in: Principio de Precaución, Biotecnología y Derecho* (org. Carlos María Romeo Casabona), Bilbao-Granada: Editorial Comares, 2004, p. 17-33.

ANTOLISEI, Francesco, *Il Rapporto di Causalità nel Diritto Penale*, Padova: CEDAM, 1934.

ANTUNES, Maria João, «A constituição e os princípios penais», XIII Conferência Trilateral Itália, Espanha, Portugal (Relatório português), 2011 (disponível em [http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/content/files/conferencias/ctri\\_13\\_2011\\_madrid.pdf](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/content/files/conferencias/ctri_13_2011_madrid.pdf)).

——, «A responsabilidade criminal das pessoas colectivas entre o direito penal tradicional e o novo direito penal», *in: Direito Penal Económico e Europeu: Textos*

*Doutrinários*, Vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 457-459 (originariamente publicado in: *Lusíada*, n.ºs 1 e 2 (2005), p. 359-361).

ARAGÃO, Maria Alexandra, «Dimensões Europeias do Princípio da Precaução», *RFDUP*, *Ano VII* (2010), p. 243-291.

——, «Princípio da precaução: manual de instruções», *RevCedoua*, n.º 22 (2008), p. 9-57.

BAR, Carl Ludwig von, *Gesetz und Schuld im Strafrecht. Fragen des geltenden deutschen Strafrechts und seiner Reform*, Berlin: J. Guttentag, 1907.

——, «Zur Lehre von der Culpa und dem Causalzusammenhang im Straf- und Civilrecht», *Grünhut's Zeitschrift*, *Bd. IV* (1877), p. 21- 90.

——, *Die Lehre vom Causalzusammenhange im Recht, besonders im Strafrecht*, Leipzig: Tauchnitz, 1871 (também disponível uma reedição deste texto em <http://dlib-pr.mpiet.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/books/%22101657%22>);

BELING, Ernst v., *Die Lehre vom Tatbestand*, Tübingen: Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1930.

——, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen: Verlag von J. E. B Mohr (Paul Siebeck) 1906.

——, *Esquema de Derecho Penal* (trad. Sebastian Soler), Buenos Aires: Editorial Depalma, 1994.

BECK, Ulrich, «The Terrorist Threat. World Risk Society Revisited», *Theory, Culture & Society* 19 (2002), p. 39-55.

——, «Retorno a la teoría de la “sociedad del riesgo”», *Boletín de la A.G.E.* 30 (2000), p. 9-20.

——, *La Sociedad del Riesgo. Hacia una Nueva Modernidad*, Barcelona, Buenos Aires, México: Paidós, 1998.

——, *Risk Society: Towards a New Modernity*, Sage Publications: London, California, New Delhi, 1992.

——, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp Verlag: Frankfurt a. M., 1986.

BELEZA, Tereza Pizarro, *Direito Penal*, 2.º Vol., Lisboa: AAFDL, 2003 (reimp.).

BELLANTONI, Domenico, *Trattato di Diritto Penale Degli Alimenti*, Padova: CEDAM, 1993.

BERNARDI, Alessandro, «La regulación penal italiana en materia de alimentos tras la despenalización de 1999», *in: Responsabilidad Penal por Defectos en Productos Destinados a los Consumidores*, (org. Javier BOIX REIG / Alessandro BERNARDI) Madrid: Iustel, 2005, p. 321-341.

——, «La responsabilidad por el producto en el sistema italiano: notas sancionadoras», *in: Protección Penal del Consumidor en la Unión Europea* (cord. Nicolás García Rivas), Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2005, p. 47-90.

——, «La responsabilità da prodotto nel sistema italiano: profili sanzionatori», *RTDPE XVI* (2003), p. 1-45.

BERRUEZO, Rafael, *Responsabilidad Penal en la Estructura de la Empresa. Imputación Jurídico-penal sobre la Base de Roles*, Montevideo, Buenos Aires: Editorial IBdeF, 2007.

BEULKE, Werner / BACHMANN, Gregor, «„Die Lederspray-Entscheidung“ – BGHSt 37, 106», *JuS* 1992, Heft 9, p. 737-744.

BINNS, Martin, *Inus-bedingungen und strafrechtlicher Kausalbegriff – J. L. Mackies Kausalanalyse und ihre Übertragung auf das Strafrecht*, Baden-Baden: Nomos, 2001.

BIRKMEYER, Karl v., «Über Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang im Strafrecht», *Gerichtssaal* 37 (1885), p. 257-357.

BLOCK, Florian, *Atypische Kausalverläufe in objektiver Zurechnung und subjektivem Tatbestand*, Berlin: Dunker & Humblot, 2008.

BOCK, Barbara, *Produktkriminalität und Unterlassen*, Aachen: Shaker Verlag, 1997.

BODE, Bernd-Dieter, «Zur strafrechtlichen Produkthaftung», *in: Festschrift aus Anlaß des fünfzigjährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof*, Geiß / Nehm / Brandner / Hagen (org.), Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns Verlag, 2000, p. 515-528.

BOIX REIG, Javier / BERNARDI, Alessandro (co-directores), *Responsabilidad Penal por Defectos en Productos Destinados a los Consumidores*, Madrid: Iustel, 2005.

BORGES, J. Marques, *Dos Crimes de Perigo Comum e dos Crimes Contra a Segurança das Comunicações*, Lisboa: Rei dos Livros, 1985.

BOTINI, Pierpaolo Cruz, *Crimes de Perigo Abstrato e Princípio da Precaução na Sociedade de Risco*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.



BRAMMSEN, Jörg, «Kausalitäts- und Täterschaftsfragen bei Produkt Fehlern», *Jura*, 1991, p. 533-538.

BRANDÃO, Nuno, «O regime sancionatório das pessoas colectivas na revisão do Código Penal», in: *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 461- 472.

BRAUM, Stefan, «Strafrechtliche Produkthaftung. Anmerkung zum Urteil im sogenannten Holzschutzmittelverfahren», *KritV* 77 (1994), p. 179-186.

BRAVO, Jorge Reis, *Direito Penal de Entes Colectivos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

BRICOLA, Franco, «Responsabilità penale per il tipo e il modo di produzione», in: *La Responsabilità dell'impresa per i Danni all'ambiente e ai Consumatori*, Milano: Giuffrè Editore, 1978, p. 75-90.

BRITO, Teresa Quintela de, «Responsabilidade criminal dos entes colectivos. Algumas questões em torno da interpretação do artigo 11.º do Código Penal», *RPCC* 20 (2010), p. 41-71.

BRUNS, Hans-Jürgen, «Ungeklärte materielle-rechtliche fragen des Contergan-Prozess», in: *Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag*, Berlin: W de G, 1972, p. 317-340.

——, «Ungeklärte verfahrensrechtliche Fragen des Contergan-Prozesses», *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, Karlsruhe : Verlag C. F. Müller, 1972, p. 469-486.

BURI, Maximilian v., «Zur Kausalitätsfrage», *Beiträge zur Theorie des Strafrechts und zum Strafgesetzbuche*, Leipzig: Verlag von Veit & Comp. 1894, p. 69-89.

——, *Die Kausalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen*, Stuttgart, 1885.

——, *Causalität und deren Verantwortung*, Leipzig: J. M Gebhardt, 1873.

——, *Über Kausalität und deren Verantwortung*, Leipzig, 1873 (disponível em <http://www.archive.org/stream/uebercausalittu00burigoog#page/n11/mode/1up>).

——, «Über Kausalzusammenhang und dessen Zurechnung», *GA 14* (1866), p. 608-616 e 717-728.

——, «Zur Lehre von der Tödtung», in: *GA 11 (1863)*, p. 753-765, 797-806 e *GA 12 (1864)*, p. 3-10.

CAEIRO, Pedro, *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado. O Caso Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

CANAUD, Bernard, «Performance liquid test as cause for sudden deaths of dialysis patients: perfluorohydrocarbon, a previously unrecognized hazard for dialysis patients», in: *Nephrol Dial Transplant 17 (2002)*, p. 545-548 (disponível em <http://ndt.oxfordjournals.org/content/17/4/545.full.pdf>).

CANOTILHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CARDENAL MURILLO, Alfonso, *La Responsabilidad por el Resultado en Derecho Penal*, Madrid: Edersa, 1990.

CARLUCCI, Aída Kemelmajer, «Responsabilidad civil, principio de precaución y transgénicos», in: *Principio de Precaución, Biotecnología y Derecho* (org. Carlos María Romeo Casabona), Bilbao-Granada: Editorial Comares, 2004, p. 319-381.

CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal. Parte Geral*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

—, «Artigo 226.º», *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 384-401.

CASTRONUOVO, Donato, «La normativa europea in materia di tutela della salute dei consumatori e dei lavoratori», *La Riforma dei Reati contro la Salute Pubblica* (org. Massimo Donini e Donato Castronuovo), Padova: CEDAM, 2007, p. 3-8.

—, «Sicurezza alimentare», *La Riforma dei Reati contro la Salute Pubblica*, (org. Massimo Donini e Donato Castronuovo), Padova: CEDAM, 2007, p. 21-39.

—, «Responsabilidad por el producto y estructura del hecho imprudente», *in: Responsabilidad Penal por Defectos en Productos Destinados a los Consumidores*, (org. Javier BOIX REIG / Alessandro BERNARDI) Madrid: Iustel, 2005, p. 193-245.

—, «Responsabilità da prodotto e struttura del fatto colposo», *RIDPP XLVIII (2005)*, p. 301-340.

CHAVES, Eduardo Arala, *Delitos Contra a Saúde Pública e contra a Economia Nacional*, Coimbra: Coimbra Editora, 1961.

*Código Penal. Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, Ministério da Justiça, Lisboa, 1993.

*Código Penal de 1852*, disponível em <http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1829.pdf>

*Código Penal de 1886*, disponível em <http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1274.pdf>

COELHO, Francisco Manuel Pereira, *O Problema da Causa Virtual em Direito Civil*, Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

——, «O nexo de causalidade na responsabilidade civil», *BFD (Suplemento IX, 1951)*  
p. 65-242

COLUSSI, Marc, *Produzentenkriminalität und strafrechtliche Verantwortung*, Frankfurt am  
Main: Peter Lang, 2003.

CONTI, Luigi, *Tratatto di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia – Il Diritto  
Penale dell'Impresa*, Padova: Cedam, 2001.

*Convention on the counterfeiting of medical products and similar crimes involving threats to public  
health and explanatory report*, Moscow, 28-X-2011, Council of Europe Publishing.

CORCOY BISADOLO, Mirentxu, «Delitos contra la salud de los consumidores y  
responsabilidad por el producto», *in: Cuestiones actuales de Derecho Penal Empresarial*,  
Madrid: Colex, 2010, p. 177-220.

——, *Delitos de Peligro y Protección de Bienes Jurídico-penales Supraindividuales*, Valencia:  
Tirant lo Blanch, 1999.

——, «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. Mir Puig / Luzón Peña),  
Barcelona: José María Bosch Editor, 1996, p. 247-261.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu / MIR PUIG, Santiago, *Comentarios al Código Penal*,  
Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal I*, Coimbra: Livraria Almedina, 1996 (reimp).

—, «Les problèmes posés, en droit pénal moderne, par le développement des infractions non intentionnelles (par faute)», *BMJ* 109 (1961), p. 19-32.

CORTINA, Adela, «Fundamentos filosóficos del principio de precaución», *in: Principio de Precaución, Biotecnología y Derecho* (org. Carlos María Romeo Casabona), Bilbao-Granada: Editorial Comares, 2004, p. 3-16.

COSTA, António Manuel de Almeida, «A propósito do novo Código do Trabalho: bem jurídico e pluralidade de infracções no âmbito das contra-ordenações relativas ao “trabalho suplementar” – Subsídio para uma dogmática do direito de mera-ordenação-social-laboral», *in: Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 1035-1066.

—, «Artigo 217.º», *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II, Coimbra. Coimbra Editora, 1999, p. 274-310.

—, «Sobre o crime de corrupção. Breve Retrospectiva histórica. Corrupção e concussão. Autonomia “típica” das corrupções “activa” e “passiva”. Análise dogmática destes dois delitos», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, BFD*, Vol. I, 1984, p. 55-193.

COSTA, José de Faria, «O fenómeno da globalização e o direito penal económico», *in: Direito Penal e Globalização. Reflexões não Locais e pouco Globais*, Coimbra: Coimbra Editora / Wolters Kluwer, 2010.

—, «Apontamentos para umas reflexões mínimas e tempestivas sobre o direito penal de hoje», *RLJ* 139 (2009), p. 48-55.

—, *Noções Fundamentais de Direito Penal*, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

- , «Bioética e direito penal (reflexões possíveis em tempos de incerteza)», *in: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, BFD, Studia Iuridica 98 (2009)*, Vol. I, p. 109-125.
- , «Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal», *in: Linhas de Direito Penal e de Filosofia*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 205-235.
- , *Direito Penal Especial*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- , «Ilícito típico, resultado e hermenêutica (ou o retorno à limpidez do essencial)», *RPCC 12 (2002)*, p. 7-23.
- , *O Perigo em Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2000 (reimp.).
- , «Artigo 272.º», *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 865-883.
- , «Omissão (Reflexões em redor da Omissão Imprópria)», *BFD LXXII (1996)*, p. 391-402.
- , «A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos», *in: Direito Penal Económico e Europeu. Textos Doutrinários*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 501-517 (publicado originariamente na *RPCC 2 (1992)*, p. 537-559).
- , «Tentativa e dolo eventual», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, BFD 1984* (separata).
- , «Aspectos fundamentais da problemática da responsabilidade objectiva no direito penal português», *in: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro, BFD 1983*, p. 351-405.

CRESPI / STELLA / ZUCCALÀ, *Commentario Breve al Codice Penale*, Padova: CEDAM, 1999.

CRUZ SANDOVAL, Judith, *La Crisis y su Influencia en las Estratégias de Comunicación Organizacional*, Universidad Autónoma de Barcelona, 2004, p. 23 (disponível em <http://www.tesisenxarxa.net>)

CUADRADO RUIZ, M.<sup>a</sup> Ángeles, *La Responsabilidad por Omisión de los Deberes del Empresario*, Barcelona: Bosch, 1998.

CUNHA, Conceição, «*Constituição e Crime*». *Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*, Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

CUNHA, J. M. Damião da Cunha, «Artigo 282.º», *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 998-1005.

—, «Artigo 283.º», *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 1006-1016.

DEUTSCHER, Jörg / KÖRNER, Peter, «Die strafrechtliche Produktverantwortung von Mitgliedern Kollegialer Geschäftsleitungsorgane. Eine Einführung unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des BGH», *Wistra* 1996, p. 292-302 e p. 333-327.

DI SALVO, Emanuele, *Causalità e Responsabilità Penale. Problematiche Attuali e Nuove Prospettive*, Milanofiori Assago: Utet, 2007.

DIAS, Augusto Silva, «Linhas gerais do regime jurídico dos crimes contra os interesses dos consumidores no anteprojecto de Código do Consumidor», *in: Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. III, Coimbra: Coimbra Editora,

2009, p. 557-575 (publicado originariamente *in: Estudos de Direito do Consumidor 2005*, Centro do Direito do Consumo, Coimbra, p. 315-340).

—, «Entre “comes e bebes”»: debate de algumas questões polémicas no âmbito da protecção jurídico-penal do consumidor (a propósito do Acórdão da relação de Coimbra de 10 de Julho de 1996), *in: Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 475-556 (publicado originariamente na *RPCC 8, 1998*, p. 515-592 e continuado em *RPCC 9, 1999*, p. 45-83.)

—, «*Delicta in se*» e «*Delicta Mere Prohibita*». *Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

—, *Ramos Emergentes do Direito Penal Relacionados com a Protecção do Futuro (Ambiente, Consumo e Genética Humana)*, Lisboa, 2008.

—, *Crimes contra a Vida e a Integridade Física*, Lisboa: AAFDL, 2007.

—, *Protecção Jurídico-Penal de Interesses dos Consumidores*, IDPEE (policopiado), Coimbra, 2001.

DIAS, Eliete / FERNANDES, Josefina / RAMOS, Santos, *Comentário das Leis Penais Extravagantes* (org. Paulo Pinto de Albuquerque e José Branco), Vol. II, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, 2011, p. 56-121.

DIAS, Jorge de Figueiredo DIAS, «O "Direito Penal do Bem Jurídico" como princípio constitucional», *XXV Anos de Jurisprudência Penal Portuguesa*, Colóquio Comemorativo do XXV Aniversário do Tribunal Constitucional, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 31-46.



- , *Direito Penal*, 2.<sup>a</sup> ed, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- , «O papel do direito penal na protecção das gerações futuras», *BFD*, Volume Comemorativo do 75.º tomo, Coimbra, 2003, p. 1123-1138.
- , «O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, *BFD, Studia Iuridica 61 (2001)*, Coimbra: Coimbra Editora, p. 583-613.
- , «Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente – um quarto de século depois», *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, (separata) Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- , «Para uma Dogmática do Direito Penal Secundário» *in: Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários* Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 35-74 (publicado originariamente na *RLJ*, Ano 16, 1983-84, p. 263 e ss. e Ano 17, 1984-1985, p. 7 e ss.).
- , «Sobre a autonomia dogmática do direito penal económico. – Uma reflexão à luz do novo direito penal económico português», *EPC*, IX (1986), p. 37-69.
- , «Os novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro», *ROA*, ano 43 (1983), p. 5-40.
- , *Direito Penal*, Coimbra, 1975.
- , «A reforma do direito penal português. Princípio e orientações fundamentais», *BFD XLVIII (1972)*, Separata.
- , «Crime preterintencional, causalidade adequada e questão-de-facto», *RDES XVII (1971)*, Separata.

——, *Responsabilidade pelo Resultado e Crimes Preterintencionais*, Coimbra, 1961.

DIAS, Jorge de Figueiredo / ANDRADE, Manuel da Costa, «Problemática geral das infracções contra a economia nacional», *in: Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 319-346 (publicado originariamente no *BMJ* 262, 1977, p. 5-50).

DIAS, Jorge de Figueiredo / BRANDÃO, Nuno, «Artigo 131.º», *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 35-46.

DIAS, Jorge de Figueiredo / CAEIRO, Pedro, «Lei de Combate ao Terrorismo (Lei n.º 22/2003, de 22 de Agosto). Sobre a transposição, para o direito português, da Decisão-quadro do Conselho, de 13 de Junho de 2002, relativa à luta contra o terrorismo», *in: Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 199-226 (publicado originariamente na *RLJ* 135, 2005, p. 70-89).

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio, *El Derecho Penal ante los Fraudes Alimentarios. Responsabilidad por el Producto en la Moderna Sociedad del Riesgo*, Cizur Menor: Civitas / Thomson Reuters, 2010.

DIEDERICHSEN, Uwe, «Wohin treibt die Produzentenhaftung?», *NJW* 1978, Heft 27, p. 1281-1291.

DONINI, Massimo, «Modelli di illecito penale minore. Un contributo alla riforma dei reati di pericolo contro la salute pubblica», *La Riforma dei Reati contro la Salute Pubblica*, (org. Massimo Donini e Donato Castronuovo), Padova: Cedam, 2007, p. 201-332.

——, *Imputazione Oggettiva dell'Evento*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2006.

EBERT, Udo / KÜHL, Kristian, «Kausalität und objektive Zurechnung», *Jura* 1979, Heft 11, p. 561-576.

EICHINGER, Harald, *Die strafrechtliche Produkthaftung im deutschem im Vergleich zum anglo-amerikanischen Recht*, Frankfurt am Main/Berlin/Bern/New York/Paris: Peter Lang, 1997.

EINSTEIN, Albert, «Sobre a Electrodinâmica dos corpos em movimento», *in: O Princípio da Relatividade, Textos Fundamentais da Física Moderna I* (trad. Mário José Saraiva), Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 47-86

ENDRÖS, Florian, «Die strafrechtliche Produkthaftung des Unternehmens in Frankreich», *PHi* 3(2002), p. 82-86 (disponível em [http://www.eba-avocats.com/de/voe/Rechtsprechung\\_Endroes.pdf](http://www.eba-avocats.com/de/voe/Rechtsprechung_Endroes.pdf)).

ENGISCH, Karl, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Tübingen: Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1931.

—, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlin: Verlag Otto Liebmann, 1930.

ERB, Volker, «Die Zurechnung von Erfolgen im Strafrecht», *JuS* 1994, p. 449-456.

ESPINOSA CEBALLOS, Elena B. Marín de, *Criminalidad de Empresa. La Responsabilidad Penal de las Estructuras Jerárquicamente Organizadas*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

FARALDO CABANA, Patricia, *Responsabilidad Penal del Dirigente en Estructuras Jerárquicas: la Autoría Mediata con Aparatos Organizados de Poder*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

FARIA, António Lobato, «A saúde pública para lá da prevenção: o princípio da precaução», *RPSP* 19 (2001), p. 3-4.

FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de, «Artigo 143.º», *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 298-337.

—, *A Adequação Social da Conduta no Direito Penal*, Porto: Publicações da Universidade Católica, 2005.

—, «Artigo 275.º», *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 889-902.

—, «Artigo 277.º», *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 911-931.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, «Sobre la ‘Administrativización’ del derecho penal en la ‘sociedad del riesgo’. Um apunte sobre la política criminal a principios del siglo XXI», in: *Derecho y Justicia Penal en el Siglo XXI. Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar García*, (coord. J. Díaz-Maroto Villarejo), Madrid: Colex, 2006, p. 137-176.

—, «Delitos contra la seguridad colectiva», *Comentarios al Código Penal* (org. Gonzalo Rodríguez Mourullo / Agustín Jorge Barreiro), Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 985-1038.

FERRÃO, Francisco António Fernandes da Silva, *Theoria do Direito Penal aplicada ao Código Penal Português*, vol. VIII, Lisboa: Imprensa Nacional, 1854.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal. Parte Geral*, Vol. I, Lisboa: Editorial Verbo, 1992.

—, *Direito Penal Português*, Lisboa: Verbo, 1982.

—, *Direito Penal, Apontamentos das Lições Proferidas ao 5.º ano Jurídico*, Lisboa: AAFDL, 1969.

FEYNMAN, Richard P., *O que é uma Lei Física?*, (trad. Carlos Fiolhais) Lisboa: Gradiva, 1989.

FIANDACA, G. / ALBEGGIANI, F., *Casi e Questioni di Diritto Penale*, Milano: Giuffrè Editore, 1996.

FIERRO, Guillermo Julio, *Causalidad e Imputación*, Buenos Aires: Astrea, 2002.

FISHER, Elizabeth, «Opening Pandora's Box: Contextualising the precautionary principle in the European Union», University of Oxford Faculty of Law Legal, p. 4, disponível em [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=956952](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=956952)

FOFFANI, Luigi, «Responsabilità per il prodotto e diritto comunitario: verso un nuovo diritto penale del rischio? Note comparatistiche sugli ordenamenti italiano e spagnolo», *La Riforma dei Reati contro la Salute Pubblica*, (org. Massimo Donini e Donato Castronuovo), Padova: Cedam, 2007, p. 145-154.

FRANCO, Alberto Silva, «Há produto novo na praça», *Boletim IBCCrim* 70 (1998), p. 5-6.

FREUND, Georg, «Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit in pharmazeutischen Unternehmen», *Die Haftung der Unternehmensleitung. Risiken und ihre Vermeidung* (Hrsg. Meurer Dieter), Frankfurt am Main: PMI, 1999, p. 67-128.

—, «Der Entwurf eines 6. Gesetzes zur Reform des Strafrechts», *ZStW* 109 (1997), Heft 3, p. 456-489.

FRISCH, Wolfgang, *Comportamiento Típico e Imputación del Resultado*, (trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González Murillo) Madrid: Marcial Pons, 2004.

——, «Faszinierendes Berechtigtes und Problematisches der Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolgs», *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, Berlin, New York: Walter De Gruyter, 2001, p. 213-238.

——, «La imputación objetiva: estado de la cuestión», *Sobre el Estado de la Teoría del Delito*, Seminario en la Universitat Pompeu Fabra, Madrid: Civitas, 2000, p. 21-67.

——, *Tatbestandsmäßig Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, 1988.

FRISCH, Wolfgang / ROBLES PLANAS, Ricardo, *Desvalorar e Imputar*, Montevideo, Buenos Aires: Editorial IBdeF, 2006.

GALAVOTTI, Maria Carla, «Problemi epistemologici del nesso causalità-probabilità-spiegazione», *in: Il Nesso di Causalità*, Padova: CEDAM, 2007, p. 3-21.

GANZENMÜLLER ROIG, C. / FRIGOLA VALLINA, J. / ESCUDERO MORATALLA, J. F., *Delitos contra la Salud Pública (I)*, Barcelona: Bosch, 2000.

GARCÍA RIVAS, Nicolás, «Influencia del principio de precaución sobre los delitos contra la seguridad alimentaria», *RDPC 15* (2005), p. 55-94.

——, *Protección Penal del Consumidor en la Unión Europea*, Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2005.

GEERDS, Friedrich, «Herstellen und Absatz gesundheitsgefährdender Ver- und Gebrauchsgüter. Zu strafrechtlichen und kriminologischen Problemen eines

bedeutsamen, jedoch mißglückten Typs eines Sozialdelikts (§§ 319, 320 StGB)», *in: Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989*, (hrsg. Jescheck, Vogler), Berlin, New York: De Gruyter, 1989, p. 241-263.

GIESEN, Ivo / LOOS, Marco B. M. «Liability for defective products and services: The Netherlands», *Electronical Journal of Comparative Law*, Vol. 6.4 (2002), p. 75-122 (disponível em <http://www.ejcl.org/64/art64-6.html>).

GIL GIL, Alicia, *El Delito Imprudente*, Barcelona: Atelier, 2007.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Las exigencias dogmáticas fundamentales hasta ahora vigentes de una parte general son idóneas para satisfacer la actual situación de la criminalidad, de la medición de la pena y del sistema de sanciones?» (Responsabilidad por el producto, accesoriad administrativa del derecho Penal y decisiones colegiadas), *Más Derecho? IV* (2004), p. 149-170.

——, *Ensayos Penales*, Madrid: Tecnos, 1999.

——, «La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición», *ADPCP*, vol. L (1997), p. 5-112.

——, *Delitos Cualificados por el Resultado y Causalidad*, Madrid: Instituto Editorial Reus, 1966.

——, «La causalidad en derecho penal», *ADPCP*, vol. XV (1962), p. 543-579.

GLASER, Julius, *Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrecht. Erster Band*, Wien: Verlag von Tendler & Comp., 1858 (disponível em [http://books.google.pt/books?id=ZUCMAAAAYAAJ&dq=glaser+abhandlungen+aus&source=gbs\\_navlinks\\_s](http://books.google.pt/books?id=ZUCMAAAAYAAJ&dq=glaser+abhandlungen+aus&source=gbs_navlinks_s))

GREEN, Michael D., «The future of proportional liability: the lessons of toxic substances causation», *in: Exploring Tort Law, in: Exploring Tort Law* (ed. M. Stuart Madden), Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo: Cambridge University Press, 2005, p. 352-399.

GOLL / WINKELBAUER, *in: WESTPHALEN, Graf von, Produkthaftungsbandbuch*, München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1997, p. 749-811.

GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Causalidad, Imputación y Cualificación por el Resultado*, Madrid: Ministerio de Justicia, 1988.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, «Responsabilidad penal de los directivos de empresa en virtud de su dominio de la organización? Algunas consideraciones críticas», *Revista Brasileira de Ciências Criminas* 68 (2007), p. 141-181.

—, «Responsabilidad penal de los directivos de empresa en virtud de su dominio de la organización? Algunas consideraciones críticas», *Cuadernos de Política Criminal*, 2006, n. 88, p. 119-153.

GONÇALVES, M. Maia, *Código Penal Português*, 12.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

GOYENS, Monique, (ed.), *La Directive 85/374/CEE relative à la Responsabilité du Fait des Produits: Dix Ans Après*, Louvain-la-Neuve: Centre de Droit de la Consommation, 1996.

GRAÇA, Luís, «A Saúde Pública e as respostas sociais (e inteligentes) à crise», *RPSP* 27 (2009), p. 3-6

HAMM, Rainer, «Der Strafprozessuale Beweis der Kausalität und seine revisionsrechtliche Überprüfung», *StV* 1997, p. 159-164.



——, «Strafrechtliche Produktverantwortung», *PHI* 1985, p. 15-20.

HART / HONORÉ, *Causation in the Law*, Oxford: at the Clarendon Press, 1985.

HARTMANN, Erich, *Das Kausalproblem im Strafrecht*, Breslau: Schletter'sche Buchhandlung, 1900.

HASSEMER, Winfried, «Sicherheit durch Strafrecht», *HRRS* 7 (2006), n. 4, p. 130-143 (disponível em <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/06-04/hrrs-4-06.pdf>)

——, «Das Symbolische am symbolischen Strafrecht», *in: Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, Berlin, New York: De Gruyter, 2001, p. 1001-1020.

——, *Persona, Mundo y Responsabilidad*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

——, «Rasgos y crisis del derecho penal moderno», *ADPCP* 1992, p. 235-249.

——, «Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz», *NStZ* 1989, p. 553-559.

HASSEMER, Winfried / MUÑOZ CONDE, Francisco, *La Responsabilidad por el Producto en Derecho Penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.

HECKER, Bernd, *Strafbare Produktwerbung im Lichte des Gemeinschaftsrechts*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2001.

HEFENDEHL, Roland, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Köln / Berlin / Bonn / München: Carl Heymanns Verlag KG, 2002.

HEINE, Günther, «Lebensmittelstrafrecht – Grundzüge und Grundprobleme», *in: Wirtschaftskriminalität und Wirtschaftsstrafrecht in einem Europa auf dem Weg zu Demokratie und Privatisierung*, Leipziger Universitätsverlag, Leipzig, 1998, p. 148-158.

HERNÁNDEZ, Héctor, «El problema de la “causalidad general” en el derecho penal chileno (con ocasión del art. 232 del Anteproyecto de Nuevo Código Penal) *Polit. Crim.* n.º 1 (2006), p. 1-33.

HILGENDORF, Eric, «Wozu brauchen wir die „Objektive Zurechnung“? Skeptische Überlegungen am Beispiel der Strafrechtlichen Produkthaftung» *in: Festschrift für Ulrich Weber*, Bielefeld: Giesecking Verlag, 2004.

——, «Relación de causalidad e imputación objetiva a través del ejemplo de la responsabilidad penal por el producto», *ADPCP*, vol. LV (2002), p. 90-108.

——, «Strafprozessuale Probleme im Licht der modernen Kausallehre am Beispiel der jüngsten Produkthaftungsfälle», *in: Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag* München: C.H. Beck'sche, 1998, p. 699-719.

——, «Fragen der Kausalität bei Gremienentscheidungen am Beispiel des Lederspray-Urteils», *NStZ* 1994, p. 561-566.

——, «Zur Kausalität im Arzneimittelstrafrecht», *PharmR* 1994, p. 303-307.

——, *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der „Risikogesellschaft“*, Berlin: Duncker & Humblot, 1993.

——, «Gibt es ein „Strafrecht der Risikogesellschaft“?», *NStZ* 1993, p. 10-16.

HIPPEL, Robert v., *Deutsches Strafrechts*, Berlin: Verlag von Julius Springer, 1930.

HIRSCH, Hans Joachim, «Sistemática y límites de los delitos de peligro», *RDP* 2008, *Delitos de Peligro II*, p. 9-35.

——, *Derecho Penal*, Tomo I, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999.

HÖHFELD, Hendrick, *Strafrechtliche Produktverantwortung und Zivilrecht*, Berlin: Springer, 1999.

HOLTERMANN, Christian, *Neue Lösungsansätze zur strafrechtlichen Produkthaftung*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2007.

HONIG, Richard, «Kausalität und objektive Zurechnung», *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag 16. August 1930*, Tübingen: Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1930, p. 174-201.

HORN, Eckhard, «Strafrechtliche Haftung für die Produktion von und den Handel mit vergifteten Gegenständen Zur Auslegung des § STGB § 319 StGB», *NJW* 1986, p. 153-157.

HORN, Richard, *Der Causalitätsbegriff in der Philosophie und im Strafrecht*, Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1893.

HOYER, Andreas, «Die traditionelle Strafrechtsdogmatik vor neuen Herausforderungen: Probleme der strafrechtlichen Produkthaftung», *GA* 1996, p.160-178 (tradução portuguesa publicada em *RPCC* 20 (2010), p. 347-374).

HUME, David, *Tratado da Natureza Humana*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001 (trad. do texto inglês *A Treatise of Human Nature*, segundo a edição da Oxford University Press, Oxford, 1888).

ÍÑIGO CORROZA, Maria Elena, *La Responsabilidad Penal del Fabricante por Productos Defectuosos*, Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2001.

—— «El caso del “Holzschutzmittel” (producto protector de la madera», *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal* 5 (1999), p. 979-1012.

——, «El caso del “producto protector de la madera” (holzschutzmittel), síntesis y breve comentario de la sentencia del tribunal supremo alemán», *Actualidad penal*, n.º 20 (1997), p. 439-460.

JAKOBS, Günther, *A Imputação Penal da Ação e da Omissão*, São Paulo: Coleção Estudos de Direito Penal, 2003.

——, *Ação e Omissão no Direito Penal*, Barueri, São Paulo: Editora Manole, 2003.

——, *Teoria e Prática da Intervenção*, São Paulo: Coleção Estudos de Direito Penal, 2003.

——, «Imputación juridicopenal. Desarrollo del sistema a partir de las condiciones de vigencia de la norma», *in: Problemas Capitales del Derecho Penal Moderno*, Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1998, p. 33-55.

——, *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*, (trad. Carlos Suárez González, / Manuel Cancio Meliá), Madrid: Editorial Civitas, 1996.

——, *Derecho Penal. Parte General* (trad. Joaquin Cuello Conteras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo), Madrid: Marcial Pons, 1995.

——, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin: Walter de Gruyter, 1983.

JESCHECK / WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

JONAS, Hans, *Das Prinzip Verantwortung. Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*, Frankfurt am Main: 1984, p. 28 (tradução em espanhol: *El Principio de*

*Responsabilidad. Ensayo de una Ética para la civilización tecnológica*, Barcelona: Editorial Herder, 1995).

JORDÃO, Levy Maria, *Commentario ao Código Penal Português*, Tomo IV, Lisboa: Tipografia de José Baptista Morando, 1854.

JUANATEY DORADO, Carmen, «Responsabilidad penal omisiva del fabricante o productor por los daños a la salud derivados de productos introducidos correctamente en el mercado», *ADPCP*, vol. LVII (2004), p. 53-75.

JULIO FIERRO, Guillermo, *Causalidad e Imputación*, Buenos Aires: Editorial Astrea, 2002.

KANT, Immanuel, *Prolegómenos a toda a Metafísica Futura*, (trad. Artur Morão), Lisboa: Edições 70, 1988.

KARHS, Hans Jürgen, *Die condicio-sine-qua-non Formel im Strafrecht und Zivilrecht und der Verlust einer Chance zur Vermeidung des schädlichen Erfolges*, Bremen: Donat Verlag, 2008.

KAUFMANN, Armin, «“Atribución objetiva” en el delito doloso?», *ADPCP* 1985, p. 807-826.

———, «Tatbestandmäßigkeit und Verursachung im Contergan-Verfahren», *JZ* 1971, p. 569-576.

KICKBUSCH, Ilona, «In search of the public health paradigm for the 21<sup>st</sup> century: the political dimensions of public health», *RPSP*, Número especial 25 anos (2009), p. 11-19.

KELSEN, Hans, —, *A Justiça e o Direito Fundamental*, (trad. e prefácio de João Baptista Machado) Coimbra: Livraria Almedina, 2009 (reimp.).

—, «Causality and retribution», *in: What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*, New Jersey: The Lawbook Exchange, 6.<sup>a</sup> ed. (2008), p. 303-323.

—, «Causality and imputation», *in: What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*, New Jersey: The Lawbook Exchange, 6.<sup>a</sup> ed. (2008), p. 324-349. (com tradução em língua espanhola, «Causalidad e imputación», disponível em <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/19/pr/pr12.pdf>)

—, «The natural-Law doctrine before the tribunal of science», *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*, New Jersey: The Lawbook Exchange, 6.<sup>a</sup> ed. (2008), p. 137-173.

—, *Teoria Pura do Direito*, Coimbra: Livraria Almedina, 2008.

—, *Vergeltung und Kausalität*, The Hague: W. P. van Stockum & Zoon, 1941.

KENNEDY, J. F., *Special Message to the Congress on Protecting the Consumer Interest*, disponível em <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/index.php?pid=9108>.

KERT, Robert, «Lebensmittelrecht und Strafrecht an der Wende vom LMG 1975 zum LMSVG», *in: Ebrnährung/Nutrition 9 (2006)*, p. 382-391 (disponível em [http://www.ernaehrung-nutrition.at/cms/nutrition/attachments/9/2/6/CH0163/CMS1234174811128/kert\\_e9\\_2006.pdf](http://www.ernaehrung-nutrition.at/cms/nutrition/attachments/9/2/6/CH0163/CMS1234174811128/kert_e9_2006.pdf)).

KINDHÄUSER, Urs, «Aumento do risco e diminuição do risco», *RPCC 20 (2010)*, p. 11-39.

—, «Zum strafrechtlichen Handlungsbegriff», in: *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Berlin: Dunker & Humblot, 2011, p. 38-63.

KINDHÄUSER / NEUMANN / PAEFFGEN, *NomosKommentar*, Bd. 2, 3. Auflage, Baden-Baden: Nomos, 2010.

KOCH, H. J. / RÜBMANN, H., *Juristische Begründungslehre*, München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1982.

KÖCK, Wolfgang, «Kausalität und Zurechnung im Haftungsrecht klassische und moderne Problemkontesllationen», in: Weyma Lübbe (org.) *Kausalität und Zurechnung: über Verantwortung in komplexen und kulturellen Prozessen*, Berlin, New York: de Gruyter, 1994, p. 9-40.

KORIATH, Heinz, *Kausalität und objektive Zurechnung*, Zürich: Dike, 2007.

KRIES, Johannes v., «Über die Begriff der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrecht», *ZStW* 1889, p. 528-537.

—, «Über den Begriff der objektiven Möglichkeit und einige Anwendung desselben», *Separatabdruck aus der „Vierteljahresschrift für wissenschaftliche Philosophie“*, XII Band, Leipzig: Fues's Verlag (R. Reisland), 1888.

KÜHL, Kristian, «Anmerkung zum Urteil des BGH vom 15-10-1981 – 4 StR 398/81 (BGHSt.)», *JR* 1983, p. 30- 35.

KUHLEN, Lothar, «Die Pflicht zum Rückruf in der strafrechtlichen Produkthaftung», in: *Festschrift für Albin Eser*, München: C. H. Beck, 2005, p. 359-372.

——, «Necesidad y límites de la responsabilidad penal por el producto», *ADPCP*, vol. LV (2002), p. 67-108.

——, «Strafrechtliche Produkthaftung», *in: 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, Band IV, Verlag CH Beck München, 2000, p. 647-673.

——, «Strafhaftung bei unterlassen Rückruf gesundheitsgefährdender Produkte», *NStZ 1990*, Heft 12, p. 566-570.

——, *Fragen einer strafrechtlicher Produkthaftung*, Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, 1989.

KÜHNE, Hans-Heiner, «Strafrechtliche Produkthaftung in Deutschland», *NJW 1997*, Heft 30, p. 1951-1954.

KULLMAN, Hans-Josef, «Die Rechtsprechung des BGH zum Produkthaftung in den Jahren 1994-1995», *NJW 1996*, Heft 1, p. 18-26.

LACKNER / KÜHL, *StGB*, 27. Auflage, München: Verlag C. H. Beck, 2011.

LAMPE, Ernst-Joachim, «Die Kausalität und ihre strafrechtliche Funktion», *in: Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns Verlag, 1989, p. 189-212.

LAPLACE, Pierre Simon de, *Essai Philosophique sur Les Probabilités*, Bruxelles: H. Remy, Imprimeur-Libraire, 1829, (disponível em <http://books.google.pt/books>).

LARENZ, Karl, «Zum heutigen Stand der Lehre von der objektiven Schadenersatzrecht», *Festschrift für Richard M. Honig*, Göttingen: O. Schwartz, 1970, p. 79-90.



——, «Tatzurechnung und ‘Unterbrechung des Kausalzusammenhanges’», *NJW* 1955, p. 1009-1013.

——, *Hegelszurechnungslehre und der Begriff der Objektive Zurechnung. Ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus und zur der Lehre von der ‘juristischen Kausalität’*, Lucka i. Th., 1927 (esta obra seria editada, no mesmo ano, nas publicações da universidade de Göttingen com a seguinte referência: *Abhandlungen der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Georg-August-Universität, Göttingen, Leipzig: A. Deichertsche Verlagsbuchhandlung Dr. Werner Scholl, 1927*).

LEITÃO, Luís Menezes (coord.), *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, Vol. I, Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

——, *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, Vol. II, Coimbra: Livraria Almedina, 2005.

LEITE, André Lamas, *As «Posições de Garantia» na Omissão Impura. Em Especial a Questão da Determinabilidade Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

LISZT, Franz v., *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, 21. und 22. Auflage, Berlin und Leipzig: Walter de Gruyter & Co., 1919.

——, *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, 16. und 17. Auflage, Berlin: J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, 1908.

——, *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, 10. Auflage, Berlin: J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, 1900.

——, *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, 8. Auflage, Berlin: J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, 1897.

—, *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, 4. Auflage, Berlin: J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, 1891.

LONGO, Giuseppe O., «La società del rischio», disponível em [http://www.fondazionebassetti.org/it/focus/2008/02/la\\_societa\\_del\\_rischio.html](http://www.fondazionebassetti.org/it/focus/2008/02/la_societa_del_rischio.html)

LOUREIRO, João, «Da sociedade técnica de massas à sociedade de risco: prevenção, precaução e tecnociência. Algumas questões juspublicísticas», *BFD, Studia Iuridica 61 (2001)*, p. 797-891.

LUHMANN, Niklas, *Sociología del Riesgo* (trad. Silvia Pappé, Brunhilde Erker, Luis Felipe Segura), Mexico: Universidad Iberoamericana, 2006.

MACKIE, J. L., *The Cement of the Universe. A Study of Causation*, Oxford: Oxford University Press, 2002.

—, «Causes and conditions», *in: Causation* (org. Ernest Sosa and Michael Tooley), Oxford: Oxford University Press, 1993, p. 33-55.

MAGLIE, Cristina de / SEMINARA, Sergio (org.) *Scienza e Causalità*, Padova: Cedam, 2006.

MAIWALD, Manfred, *Kausalität und Strafrecht*, Göttingen: Verlag Otto Schwartz, 1980.

MALAGUTI, Cristian, «Sulla convergenza di norme nel diritto punitivo alimentare», *RTDPE*, ano XVII (2004), n. 3-4, p. 1102-1121.

MANTOVANI, Ferrando, *Diritto Penale*, Padova: CEDAM, 2001.

—, «Principio di offensività tra dogmatica e politica criminale», *in: Il Diritto Penale alla Svolta di Fine Millennio*, Torino: G. Giappichelli Editore, 1998, p. 244-256.

MARINUCCI, Giorgio, «Non c'è dolo senza colpa. Morte della “imputazione oggettiva dell'evento” e trasfigurazione della colpevolezza», *RIDPP XXXIV* (1991), p. 3-39.

MARINUCCI, Giorgio / DOLCINI, Emilio, *Diritto Penale. Parte Generale*, Milano: Giuffrè Editore, 2002.

MARINUCCI, Giorgio / DOLCINI, Emilio, *Codice Penale Commentato*, Milano: Ipsoa, 1999.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La Imputación Objetiva del Resultado*, Madrid: Edersa, 1992.

MASSONI, Neusa Teresinha, «Ilya Prigogine: uma contribuição à filosofia da ciência», *Revista Brasileira de Ensino de Física*, v. 30, n. 2, (2008), p. 2038 e ss. (disponível em <http://www.sbfisica.org.br/rbef/pdf/302308.pdf>).

MAURACH / SCHRÖDER / MAIWALD, *Strafrecht Besonderer Teil 2*, 9. Auflage, Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2005.

MAURACH / ZIPF, *Strafrecht AT*, Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, 8. Auflage, 1992.

MAYER, Max Ernst, *Der Causalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht. Eine rechtsphilosophische Untersuchung*, Freiburg I. B., Leipzig und Tübingen: Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1899.

MAYER, Michael, «Die strafrechtliche Rückrufpflicht des pharmazeutischen Unternehmers», *PharmR* 5 (2008), p. 236-252.

———, *Strafrechtliche Produktverantwortung bei Arzneimittelschäden*, Berlin: Springer, 2008.

MEIER, Bernd-Dieter, «Verbraucherschutz durch Strafrecht? Überlegungen zur strafrechtlichen Produkthaftung nach der “Lederspay” – Entscheidung des BGH», *NJW* 1992, Heft 50, p. 3194-3199.

MENDES, Paulo Sousa, *O Torto Intrinsecamente Culposos como Condição Necessária da Imputação da Pena*, Coimbra: Coimbra Editora: 2007.

———, *Sobre a Capacidade de Rendimento da Ideia de Diminuição do Risco*, Lisboa: AAFDL, 2007.

———, «A responsabilidade de Pessoas Colectivas no âmbito da Criminalidade Informática em Portugal», *in: Direito da Informação*, Vol. IV, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 385 e ss. (disponível em <http://www.uoc.edu/in3/dt/20078/20078.pdf>).

MENDES, Paulo de Sousa / MIRANDA, António João, «A causalidade como critério heurístico – uma demonstração através do exemplo da manipulação de cotações no mercado financeiro», *RPCC* 15 (2005), p. 167-208.

MENDOZA BUERGO, Blanca, «Principio de precaución, derecho penal del riesgo y delitos de peligro», *in: Principio de Precaución, Biotecnología y Derecho* (org. Carlos María Romeo Casabona), Bilbao-Granada: Editorial Comares, 2004, p. 435-473.

———, *Límites Dogmáticos y Político-criminales de los Delitos de Peligro Abstracto*, Granada: Editorial Comares, 2001.

MENDOZA CALDERÓN, Silvia, *La Responsabilidad Penal por Medicamentos Defectuosos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

MERKEL, Adolf, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Stuttgart: Verlag von Ferdinand Enke, 1889 (existe tradução em língua espanhola por Pedro Dorado Monteiro, Buenos Aires: B de F, 2004).

MERKEL, Reinhard, «Über einige vernachlässigte Probleme des Kausalitätsbegriffs im Strafrecht und Ingeborg Pupes Lehren dazu», in: *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Berlin: Dunker & Humblot, 2011, p. 151-169.

MEZGER, Edmund, *Strafrecht*, Berlin und München: Verlag von Duncker & Humblot, 1949.

MILL, John Stuart, *Auguste Comte and Positivism*, 1865 (<http://www.gutenberg.org/files/16833/16833-h/16833-h.htm>).

———, *A System of Logic, Ratiocinative and Inductive*, New-York: Harper & Brothers Publishers, 1846, Livro III, Cap. V, § 3 (disponível em <http://books.google.pt/>).

MIR PUIG, S. / LUZÓN PEÑA, D. M. (org.), *Responsabilidad Penal de las Empresas y sus Órganos y Responsabilidad por el Producto*, Barcelona: J. M. Bosch, 1996.

MONIZ, Helena, *Agravação pelo Resultado. Contributo para uma Autonomização Dogmática do Crime Agravado pelo Resultado*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

———, «Aspectos do resultado em direito penal», in: *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 541-570.

MONTE, Mário Ferreira, *Da Protecção Penal do Consumidor*, Coimbra: Livraria Almedina, 1996.

MONTEIRO, António Pinto, «O Anteprojecto do Código do Consumidor», *RLJ 135 (2006)*, n.º 3937, p. 190-196.

—, «Sobre o direito do consumidor em Portugal e o anteprojecto do Código do Consumidor», *in: Estudos de Direito do Consumidor 7 (2005)*, Centro de Direito do Consumo, Coimbra, p. 245-262.

—, «Garantias na venda de bens de consumo. A transposição da Directiva 1999/44/CE para o direito português», *Estudos de Direito do Consumidor 5 (2003)*, Centro de Direito do Consumo, Coimbra, p. 123-137.

—, «Responsabilité du fait des produits au Portugal», *in: GOYENS, Monique, (ed.), La Directive 85/374/CEE relative à la Responsabilité du Fait des Produits: Dix Ans Après*, Louvain-la-Neuve: Centre de Droit de la Consommation, 1996, p. 181-194.

MONTEIRO, Cristina Líbano, «Artigo 348.º», *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Tomo III, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 349-359.

—, «Artigo 270.º», *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 844-856.

MONTEIRO, Jorge Sinde / PEREIRA, André, «Multiple Tortfeasors under Portuguese Law», *in: Unification of Tort Law: Multiple Tortfeasors*, The Hague: Kluwer Law International, 2004, p. 167-173.

MOORE, Michael S., *Causalidad y Responsabilidad* (trad. Tobías J. Schleider), Madrid / Barcelona / Buenos Aires: Marcial Pons, 2011.

MORALES FUENTES, Ivelin / REYES GIL, Rosa, «Mercúrio y salud en la odontología», *Revista de Saúde Pública*, vol. 37 (2003), n.º 2, p. 263-265.

MORALES ROMERO, Marta Muñoz, *El Legislador Penal Europeo: Legitimidad y Racionalidad*, Cizur Menor: Civitas / Thomson Reuters, 2011.

MORENO ALCÁZAR, Miguel Ángel, «Relevancia de la admisibilidad de un dolo eventual de peligro en la responsabilidad penal por la comercialización de productos defectuosos», *in: Responsabilidad Penal por Defectos en Productos Destinados a los Consumidores*, (org. Javier BOIX REIG / Alessandro BERNARDI) Madrid: Iustel, 2005, p. 159-192.

MOTA, José Luís Lopes da, «Crimes contra a autoridade pública», *Jornadas de Direito Criminal. Revisão do Código Penal: Alterações ao Sistema Sancionatório e Parte Especial*, 2.º vol., p. 409-461.

MUÑOZ CONDE, Francisco, «Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones ‘no desvinculadas del Derecho?’» *RP*, n.º 6 (2000), p. 104-114.

NAPPI, Aniello, «I Delitti contro la salute pubblica», *in: Codice Penal, Parte Speciale*, Utet, 1996, p. 649-671.

NEHM, Kay, «Produkthaftung im Strafrecht», *in: Produkthaftung: straf- und versicherungsrechtliche Fragen*, Bonn: Deutscher Anwaltverlag, 2001, p. 7-26.

NEVES, João Curado, *Comportamento Lícito Alternativo e Concurso de Riscos*, Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1989.

OANTA, Gabriela Alexandra, *La Política de Seguridad Alimentaria en la Unión Europea*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

OLIVEIRA, Ana Paz Ferreira Perestrelo de, «A imputação da responsabilidade individual na criminalidade de empresa: a aplicabilidade da figura da autoria mediata

por domínio da organização», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa* 46 (2005), p. 721-773.

OTTO, Harro, «Die strafrechtliche Verantwortung für die Verletzung von Sicherungspflichten in Unternehmen, *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2006, p. 339-356.

——, «Täterschaft kraft organisatorischen Machtapparates», *Jura, Heft 11 (2001)*, p. 753-759.

——, «Die Strafrechtliche Haftung für die Auslieferung gefährlicher Produkte» *in: Festschrift für Hans Joachim Hirsch*, Berlin, New York: Walter de Gruyter, 1999, p. 291-312.

——, «Grundsätze der strafrechtlichen Produkthaftung nach dem „Holzschutzmittel“-Urteil, *WiB* 23 (1995), p. 929-976.

——, «Die objektive Zurechnung eines Erfolges im Strafrecht», *Jura* 1992, Heft 2, p. 90-99.

——, «Kausaldiagnose und Erfolgzurechnung im Strafrecht», *Festschrift für Reinhard Maurach zum 70. Geburtstag*, Karlsruhe: Verlag C. F. Müller, 1972, p. 91-105.

*Ordenações Filipinas*, disponíveis em <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/>

*Ordenações Manuelinas*, disponíveis em <http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/>

PACILEO, Vincenzo, *Il Diritto degli Alimenti. Profili Civili, Penali ed amministrativi*, Padova: Cedam, 2003.

PAIS, Abraham, *Os Génios da Ciência* (trad. Manuel Fernandes Thomaz), Lisboa: Gradiva, 2000.



——, *A Vida e o Pensamento de Albert Einstein* (trad. Fernando Parente e Viriato Esteves), Círculo de Leitores, 1992.

PALMA, Maria Fernanda, *Direito Constitucional Penal*, Coimbra: Livraria Almedina, 2006.

——, «Direito Penal Especial – O vértice do sistema penal», *in: Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 545-558.

——, «A teoria do crime como teoria da decisão penal (reflexão sobre o método e o ensino do direito penal)», *RPCC 9 (1999)*, p. 523-603.

——, «Do sentido histórico do ensino do direito penal na universidade portuguesa à actual questão metodológica», *RPCC 9 (1999)*, p. 351-447.

PAREDES CASTAÑON, José Manuel, «Límites de la responsabilidad penal individual en supuestos de comercialización de productos defectuosos: algunas observaciones acerca del “caso de la colza”», *Poder Judicial 33 (1994)*, p. 421-438.

——, «De nuevo sobre el “caso de la colza”: una réplica», *RDPC 5 (2000)*, p. 87-170.

PAREDES CASTAÑON, José Manuel / RODRÍGUEZ MONTANÉS, Teresa, *El Caso de la Colza: Responsabilidad Penal por Productos Adulterados o Defectuosos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.

PARRA LUCÁN, María Angeles, *Daños por Productos y Protección del Consumidor*, Barcelona: Jose Maria Boch Editor, 1990.

PATRÍCIO, Rui, *Erro sobre as Regras Legais, Regulamentares ou Técnicas nos Crimes de Perigo Comum no Actual Direito Português*, Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2000.

PEDRO, Manuel José Miranda, «Algumas notas sobre a imputação objectiva no direito penal português – mais Roxin, menos Jakobs», *RPCC 17 (2007)*, p. 7-51.

PIGHI, Giuseppe, «Sicurezza generale dei prodotti di consumo e dei prodotti farmaceutici», *La Riforma dei Reati contro la Salute Pubblica* (org. Massimo Donini e Donato Castronuovo), Padova: Cedam, 2007, p. 41-52.

———, «Danos por productos y posibles distorsiones de los delitos de peligro», *in: Responsabilidad Penal por Defectos en Productos Destinados a los Consumidores*, (org. Javier BOIX REIG / Alessandro BERNARDI) Madrid: Iustel, 2005, p. 283-303.

PINTO, Paulo Mota, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Coimbra: Coimbra Editora: 2008.

———, «O anteprojecto de Código do Consumidor e a venda de bens de consumo», *in: Estudos de Direito do Consumidor 7 (2005)*, Centro de Direito do Consumo, Coimbra, p. 263-278.

———, *Cumprimento Defeituoso do Contrato de Compra e Venda. Anteprojecto de Transposição da Directiva 1999/44/CE para o Direito Português*, Lisboa: Instituto do Consumidor, 2002.

———, «Anteprojecto de diploma de transposição da Directiva 1999/44CE para o direito português. Exposição de motivos e articulado», *in: Estudos de Direito do Consumidor 3 (2001)*, Centro do Direito do Consumo, Coimbra, p. 165-279.

PIERGALINI, Carlo, «La regola dell' "oltre ragionevole dubbio" al banco di prova de un ordenamiento de civil law», *RIDPP 2007*, p. 593-647.

——, *Danno da Prodotto e Responsabilità Penale. Profili Dommatici e Politico-criminali*, Milano: Giuffrè Editore, 2004.

——, «Depenalizzazione e riforma del sistema sanzionatorio nella materia degli alimenti», *RTDPP 2000*, p. 1450-1472.

——, «Attività produttive e imputazione per colpa: prove tecniche di "diritto penale del rischio"», *RTDPP 1997*, p. 1448-1495.

——, «La responsabilità del produttore: avamposto o Sackgasse del diritto penale», *RIDPP 1996*, p. 352-370.

PLANCK, Max, "Über das Gesetz der Energieverteilung im Normalspectrum", *Annalen Der Physik*, vol. 309, n. 3 (1901), p. 553-563.

PONGILUPPI, Caterina, «Principio di precauzione e reati alimentari. Riflessioni sul rapporto 'a distanza' tra disvalore d'azione e disvalore d'evento», *RTDPE XXIII (2010)*, p. 225-270.

POPPER, Karl, «O mito do contexto», in: *O Mito do Contexto. Em Defesa da Ciência e da Racionalidade* (trad. Paula Taipas), Lisboa: Edições 70, 2009.

——, *Quantum Theory and the Schism in Physics. From the Postscript to the Logic of Scientific Discovery*, London /New York: Routledge, 2005.

PRITTWITZ, Cornelius, «O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal», *RBCC 47 (2004)*, p. 31-45.

*Produkthaftung: Straf-, haftungs- und versicherungsrechtliche Fragen*, Bonn: Dt. Anwaltverlag, 2001.

PUENTE ABA, María Luz, *Delitos Económicos contra los Consumidores y Delito Publicitario*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

PUPPE, Ingeborg, *Strafrecht AT*, 2. Auflage, Baden-Baden: Nomos, 2011.

——, «Lob der Conditio-sine qua-non Formel», *GA 2010*, p. 551-569.

——, *Strafgesetzbuch*, Baden-Baden: Nomos, 2005.

——, *La Imputación Objetiva*, Granada: Editorial Comares, 2001.

——, «Brauchen wir eine Risikoerhöhungstheorie?», *Festschrift Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15 Mai 2001*, Berlin, New York: Walter de Gruyter, 2001, p. 287-306.

——, «Die Lehre von der objektiven Zurechnung», *Jura 1997 (Heft 8)*, p. 408- 519; *(Heft 9)* p. 513-519; *(Heft 12)*, p. 624-631; *Jura 1998 (Heft 1)*, p. 21-31.

——, «Problemas de imputación del resultado en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto», *in: Responsabilidad Penal de las Empresas y sus Órganos y Responsabilidad por el Producto*, Barcelona: J. M. Bosch, 1996, p. 215-229.

——, «Vertrieb von vergiftetem Speiseöl in Spanien», *NStZ 1994*, Heft 1, p. 37-39.

——, «Naturgesetze” vor Gericht», *JZ 1994*, 1147-1151.

——, «Anmerkung zum Urteil des BGH v. 6-7-1990 – 2 StR 49/89», *JR 1992*, p. 27-32.

——, «Causalidad», *ADPCP*, Tomo XLV (1992), p. 681-694.

——, «Die Beziehung zwischen Sorgfaltswidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten», *ZStW 99* (1987), p. 595-615.

——, «Zurechnung und Wahrscheinlichkeit», *ZStW 33* (1983), p. 287-315

——, «Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht», *ZStW 92* (1980), p. 863-911 (com tradução em língua espanhola de Marcelo D. Lerman e Marcelo A. Sancinetti: «El resultado y su explicación causal en Derecho Penal», *InDret 4* (2008), disponível em [www.indret.com](http://www.indret.com)).

RABIN, Robert L., «Past as prelude: the legacy of five landmarks of twentieth-century injury law or the futures of torts», *in: Exploring Tort Law* (ed. M. Stuart Madden), Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo: Cambridge University Press, 2005, p. 52-77.

RADBRUCH, Gustav, *Die Lehre von der adäquaten Verursachung*, Berlin: J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, 1902.

RADTKE, Henning, *Münchener Kommentar StGB*, Bd. 4, 1. Auflage 2006, Vor. § 306.

RAMÓN RIBAS, Eduardo, *El Delito de Lesiones al Feto. Incidencia en el Sistema de Tutela Penal de la Vida y la Salud*, Granada, 2002.

RAMOS GONZÁLEZ, Sonia, *Responsabilidad Civil por Medicamento: Defecto de Fabricación, de Diseño y en las Advertencias o Instrucciones*, Madrid: Civitas, 2004.

RENZIKOWSKI, Joachim, «Ist psychische Kausalität dem Begriff nach möglich?», *in: Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Berlin: Dunker & Humblot, 2011, p. 201-1058.

REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación Objetiva*, Bogotá: Editorial Temis, 2005.

REYES LÓPEZ, María José, *Seguridad de Productos y Responsabilidad del Fabricante. Otro Supuesto de Responsabilidad Civil Especial: La del Fabricante por Productos Defectuosos. (Análisis de la Ley 22/1994, de 6 de Julio). Cuestiones Materiales y Procesales. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial*, Valencia: Editorial Práctica de Derecho, 1998.

ROCHA, Manuel António Lopes, «Falsificação de produtos alimentares (Artigo 273.º do Código Penal)», *in: BMJ 325* (1983), p. 31-48.

RODRIGUES, Anabela Miranda, «Política criminal – Novos desafios, velhos rumos», *in: Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 207-234.

———, «Artigo 279.º», *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 944-978.

———, «Artigo 280.º», *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 979-987.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, «Incidencia dogmática de la jurisprudencia del caso de la colza y otros casos en materia de productos defectuosos», *in: Responsabilidad Penal por Defectos en Productos Destinados a los Consumidores*, (org. Javier BOIX REIG / Alessandro BERNARDI) Madrid: Iustel, 2005, p. 115-132.

———, «El caso de la colza: la responsabilidad de la administración (Comentario a la STS 26 de septiembre de 1997)», *RDPC 3* (1999), p. 360-387.

—, «Problemas de responsabilidad penal por comercialización de productos adulterados: algunas observaciones acerca del “caso de la colza”, *in: Responsabilidad Penal de las Empresas y sus Órganos y Responsabilidad por el Producto*, Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1996, p. 263-287.

ROHLAND, W. v., *Die Kausallehre des Strafrechts. Ein Beitrag zur praktischen Kausallehre*, Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1903.

ROMEO CASABONA, Carlos María, *Conducta Peligrosa e Imprudencia en la Sociedad de Riesgo*, Granada: Editorial Comares, 2005.

—, «El principio de precaución en las actividades de riesgo», *in: La Responsabilidad Penal de las Actividades de Riesgo*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2002, p. 13-60.

RÖNNAU, Thomas, «Strafrechtliche Produkthaftung und der Grundsatz des freien Warenverkehrs (Art. 30 – 37 EGV)», *Wistra* 1994, p. 203-211.

RÖNNAU / FAUST / FEHLING, «Durchblick: Kausalität und objektive Zurechnung», *JuS* 2004, Heft 2, p. 113-118.

ROTSCH, Thomas, «Objektive Zurechnung bei „alternativer Kausalität“», *in: Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag*, Berlin / New York: De Gruyter, 2011, p. 377-395

ROXIN, Claus, *Strafrecht I*, München: Verlag C. H. Beck, 2006.

—, «Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit», *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2006, p. 387-400.

——, «El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata», *Revista Penal* 18 (2006), p. 242-248.

——, «Autoria mediata através de domínio da Organização», *Lusíada*, n.º 3 (2005), p. 41-54.

——, «Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht», *in: Festschrift für Richard M. Honig*, Göttingen, 1970, p. 133-150, com tradução portuguesa: «Reflexões sobre a problemática da imputação em direito penal», *in: Problemas Fundamentais de Direito Penal*, Lisboa: Veja, 3.ª ed, 2004, p.145-168.

——, «Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten», *ZStW* 74 (1962), p. 411-444 (com tradução em língua portuguesa: “Violação do dever e resultado nos crimes negligentes», *in: Problemas Fundamentais de Direito Penal*, Lisboa: Veja, 3.ª ed, 2004, p. 235- 272).

——, *Strafrecht II*, München: Verlag C. H. Beck, 2003.

——, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, (trad. Joaquín Cuello Contreras / Jose Luis Serrano González de Murillo), 7.ª edição, Madrid: Marcial Pons, 2000.

——, «Probleme von Täterschaft und Teilnahme bei der organisierten Kriminalität», *Festschrift für Gerald Grunwald*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, p. 550-561.

——, *Teoría del Tipo Penal. Tipos Abiertos y Elementos del deber Jurídico*, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1979.

——, «Straftaten im Rahmen organisatorischer Machapparate», *GA*, 1963, p. 197-207.



RUDOLPHI, Hans-Joachim, *Causalidad y Imputación Objetiva*, Universidad Externado de Colombia, Bogota, 1998.

RUEDA MARTIN, María Ángeles, *La Teoría de la Imputación Objetiva del Resultado en el Delito Doloso de Acción*, Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2001.

SACK, Rolf, «Produzenthftung und Produktbeobachtungspflicht», *BB 1985*, p. 813-819.

SAKELLARIDES, Constantino, «Saúde pública prospectiva», *RPSP 21 (2003)*, p. 3-4.

SALMON, Wesley C., *Causality and Explanation*, New York: Oxford University Press, 1998.

———, «Probabilistic causality», *in: Causation* (org. Ernest Sosa and Michael Tooley), Oxford: Oxford University Press, 1993, p. 137-153.

SAMSON, Erich, «Inus-Bedingung und strafrechtlicher Kausalbegriff», *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*, Neuwied: Luchterhand, 2004, p. 259-267.

———, *Cursos Causales Hipotéticos en el Derecho Penal. Una Contribución sobre la Causalidad de la Complicidad*, Buenos Aires: Hammurabi, 2003.

———, «Erfolgzurechnung und Risiko», *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2002, p. 587-598.

———, «Probleme strafrechtlicher Produkthftung», *STV 1991*, p. 184-186.

SAMUELSON, Paul A. / NORDHAUS, William D., *Economía*, Lisboa: McGraw-Hill, 1999

SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, «Ist die „objektive Zurechung objektiv und zurechnend?», *in: Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag*, Berlin / New York: De Gruyter, 2011, p. 361-375.

———, *Imputación y Teoría del Delito. La Doctrina Kantiana de la Imputación y su Recepción en el Pensamiento Jurídico-Penal Contemporáneo*, Montevideo / Buenos Aires: Editorial BdeF, 2008.

SANTIS, Giovanni, «La causalità penale al cospetto della scienza: morte e palingenesi di un dogma», *in: Il Nesso di Causalità*, Padova: CEDAM, 2007, p. 23-92.

SANTOS, Cláudia, *O Crime de Colarinho Branco (da Origem do Conceito e a sua Relevância Criminológica à Questão da Desigualdade na Administração da Justiça Penal)*, BFD, *Studia Iuridica* 56, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

SARRABAYROUSE, Eugenio, «Algunas soluciones a los problemas que plantea la responsabilidad por el producto en el derecho penal argentino», *RBCC* 18 (2010), n.º 83, p. 53-92.

———, *Responsabilidad Penal por el Producto*, Buenos Aires: Ad Hoc, 2007.

SCHAFFER, Jonathan, «Contrastive causation in the law», *Legal Theory* 16 (2010), p. 259-297.

SCHMID, Niklaus, «Von der zivilrechtlichen zur strafrechtlichen Produktehaftung», *Festschrift für Max Keller*, Zurich: Schulthess, 1989, p. 647-660.

SCHLÜCHTER, Ellen, «Grundfälle zur Lehre von der Kausalität», *JuS* 1976, p. 312-315; 378-382; 518-522; 793-797; *Jus* 1977, p. 104-108.

SCHMIDT-SALZER, Joachim, «Konkretisierungen der strafrechtlichen Produkt- und Umweltverantwortung», *NJW* 1996, Heft 1, p. 1-8.

——, «Massenproduktion, lean production und Arbeitsteilung - organisationssoziologisch und - rechtlich betrachtet», *BB* 1992, p. 1866-1876.

——, «Strafrechtliche Produktverantwortung», *NJW* 1990, Heft 47, p. 2966-2972.

——, «Strafrechtliche Produktverantwortung. Das Lederspray-Urteil des BGH», *NJW* 1990, p. 2966-2972.

——, «Strafrechtliche Verantwortung von Hersteller, Vorgesetzten und Mitarbeitern für das Inverkehrbringen fehlerhafter Arzneimittel», *Pharma Recht* 1989, p. 20-25.

——, *Produkthaftung, Band I: Strafrecht*, Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 1988.

——, *Entscheidungssammlung Produkthaftung*, Band IV, München: J. Schweitzer Verlag, 1982.

——, «Produkthaftung, Produkthaftpflichtversicherung Betriebsorganisation und risk management», *BB* 1972, p. 1430-1437.

SCHMÖLLER, Kurt, «Die Kategorie der Kausalität und der naturwissenschaftliche Kausalverlauf im Lichte strafrechtlicher Tatbestände», *ÖJZ* 17 (1982), p. 449-456 e 487-493.

SCHMUCKER, Andrea, *Die "Dogmatik" einer strafrechtlichen Produktverantwortung*, Frankfurt am Main: Peter Lang, 2001.

SCHNEIDER, Anne, «Corporate Liability for Manslaughter – A comparison between English and German Law», *ZIS 1/2009*, p. 35 (disponível em [http://www.zis-online.com/dat/ausgabe/2009\\_1\\_ger.pdf](http://www.zis-online.com/dat/ausgabe/2009_1_ger.pdf))

SCHOMBERG, René von, «The precautionary principle and its normative challenges», in: *Implementing the Precautionary Principle. Perspectives and Prospects* (org. Elizabeth Fischer, Judith Jones, René von Schomberg), Cheltenham: Edward Elgar, 2006, p. 19-41.

SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, 28. Auflage, München: Verlag CH Beck, 2010.

SCHROEDER, Friedrich-Christian, «Principio de precaución, Derecho Penal y riesgo», in: *Principio de Precaución, Biotecnología y Derecho*, (org. Carlos María Romeo Casabona), Bilbao-Granada: Editorial Comares, 2004, p. 423-433.

SCHULZ, Lorenz, «Strafrechtliche Produkthaftung: „Holzschutzmittel“», *JA 1996*, p. 185-189.

———, «Strafrechtliche Produkthaftung bei Holzschutzmitteln», *ZUR 1994*, p. 26-31.

———, «Kausalität und strafrechtliche Produkthaftung. Materiell -und Prozeßrechtliche Aspekte», in: LÜBBE, Weima (org.), *Kausalität und Zurechnung: über Verantwortung in komplexen und kulturellen Prozessen*, Berlin, New York: de Gruyter, 1994, p. 41-90.

SCHÜNEMANN, Bernd, «Brennpunkte des Strafrechts in der entwickelten Industriegesellschaft», in: *Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus. Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag*, Köln, Berlin, München: Carl Heymanns Verlag, 2005, p. 105-134

——, «El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro», *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra: Aranzadi, 2005, p. 981-1005.

——, *Delincuencia Empresarial: Cuestiones Dogmáticas y de Política Criminal*, Buenos Aires: Fabian J. Di Plácido, 2004.

——, *Temas Actuales y Permanentes del Derecho Penal después del Milenio*, Madrid: Editorial Tecnos, 2002.

——, «Unzulänglichkeiten des Fahrlässigkeitsdeliktes in der modernem Industriegesellschaft», *Gedächtnisschrift für Dieter Meurer*, Berlin: De Gryter Recht, 2002, p. 37-63.

——, «Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación», *ADPCP*, vol. LV (2002), p. 9-38.

——, «Über die objektive Zurechnung», *GA* 1999, p. 207-229.

——, «Anmerkung BGH, Beschl., v. 3-5-1984», *StV* 6 (1985), p. 229-233.

——, *Unternehmens-kriminalität und Strafrecht*, Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns Verlag, 1979.

——, *Grund und Grenzen der Unechten Unterlassungsdelikte*, Göttingen: Verlag Otto Schwartz, 1971.

SCHÜNEMANN, Bernd / DIAS, Jorge de Figueiredo (coord.), *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal*, Barcelona: J. B. Bosch Editor, 1995.

SCHWARTZ, Martina, *Strafrechtliche Produkthaftung. Grundlagen, Grenzen und Alternativen*, Frankfurt am Main/Berlin/Bern/New York/Paris/Wien: Peter Lang, 1998.

SEHER, Gerhard, «Herstellung oder Vertrieb gesundheitsgefährdender Produkte: Ein Fall des § 314 StGB? Versuch der Aufhellung einer neu gefaßten „Dunkelnorm“», *NJW* 2004, Heft 3, p. 113-117.

SEIÇA, Alberto Medina de, «Artigo 360.º», *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo III, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 460-490.

SERRA, Teresa, «A autoria mediata através do domínio de um aparelho organizado de poder», *RPCC* 5 (1995), p.303-328.

SERRANO GOMEZ, Alfonso / SERRANO MAILLO, Alfonso, *Derecho Penal. Parte Especial*, Madrid: Dykinson, 1996.

SILVA, João Calvão da, *Compra e Venda de Coisas Defeituosas (Conformidade e Segurança)*, Coimbra: Livraria Almedina, 2006.

———, *Responsabilidade Civil do Produtor*, Coimbra, Livraria Almedina, 1990.

SILVA, Germano Marques da, *Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus Administradores e Representantes*, Lisboa: Verbo, 2009.

———, «Responsabilidade penal das pessoas colectivas. Alterações ao Código Penal introduzidas pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro», *Jornadas sobre o Código Penal*, CEJ, 2007, p. 3 (disponível em <http://www.cej.mj.pt/cej/forma-continua/forma-continua-activid.php>).

———, *Direito Penal Português*, Vol. II, Lisboa: Verbo, 2005.

SILVEIRA, Diana Montenegro da, *Responsabilidade por Danos Causados por Medicamentos Defeituosos*, Centro de Direito Biomédico, Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

SÓLIS, Luis Alberto Tisnado, «Responsabilidad penal por productos defectuosos», disponível em <http://new.pensamientopenal.com.ar/15052007/doctrina05.pdf>

SOUSA, Joaquim José Caetano Pereira e, *Classes dos crimes por ordem systemática com as penas correspondentes segundo a legislação actual*, Lisboa: Regia Officina Typografica, 1803, p. 190 (disponível em <http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/986.pdf>).

SOUSA, Jorge Lopes de / SANTOS, Manuel Simas, *Regime Geral da Infracções Tributárias*, Lisboa: Áreas Editora, 2010.

SOUSA, Susana Aires de, «Sociedade do risco: *requiem* pelo bem jurídico?», *RBCC 86 (2010)*, p. 231-246.

—, «A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoria e comparticipação no contexto empresarial», *in: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, BFD, Studia Iuridica 98 (2009)*, Vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, p. 1005-1037.

—, «Medicamentos e responsabilidade criminal: problemas jurídico-criminais suscitados a partir de uma análise casuística», *Lex Medicinæ 5 (2008)*, p. 81-94.

—, *Os Crimes Fiscais. Análise Dogmática e Reflexão sobre a Legitimidade do Discurso Criminalizador*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

SPENDEL, Günther, «Der Conditio-sine-qua-non-Gedanke als Strafmilderungsgrund», *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1969, p. 509-527.

——, *Die Kausalität der Bedingungstheorie für die Handlungsdelikte. Eine kritische Untersuchung der Conditio-sine-qua-non Formel im Strafrecht*, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde der Hohen Juristischen Fakultät der Ruprecht-Karl-Universität zu Heidelberg, 1948.

STELLA, Federico, *Il Giudice Corpuscolariano*, Milano: Giuffrè Editore, 2006.

——, «Il contesto nella spiegazione causale: il processo penale», *Scienza e Causalità* (org. Cristina de Maglie e Sergio Seminara), Padova: CEDAM, 2006.

——, «Causation in product liability and exposure to toxic substances: an European view», *in: Exploring Tort Law* (ed. M. Stuart Madden), Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo: Cambridge University Press, 2005, p. 403-425.

——, *Giustizia e Modernità. La Protezione dell'innocente e la Tutela delle Vittime*, Milano: Giuffrè Editore, 2002.

——, *Leggi Scientifiche e Spiegazione Causale nel Diritto Penale*, Milano: Giuffrè Editore, 2000.

STRATENWERTH, Günther, *Derecho Penal Parte General I*, Navarra: Civitas, 2005.

SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos / CANCIO MELIÁ, Manuel, «Estudio preliminar», *in: Jakobs, Günther, La Imputación Objetiva en Derecho Penal*, Madrid: Editorial Civitas, 1996.

SUPPES, Patrick, «Problems of Causal Analysis in the Social Sciences», *in: Epistemologia V (1982)*, p. 242 (disponível em <http://suppes-corpus.stanford.edu>).



——, «Self-profile», *in*: R. J. Bogdan (org.), *Patrick Suppes*. Dordrecht: Reidel, 1979, p. 24-25 (disponível em <http://suppes-corpus.stanford.edu/article.html?id=201>).

——, *A Probabilistic Theory of Causality*, Amsterdam: North-Holland Publishing Company, 1970.

TARNOWSKI, Hans, *Die systematische Bedeutung der adaequaten Kausalitätstheorie für den Aufbau des Verbrechensbegriffs*, Berlin e Leipzig: Walter de Gruyter & Co, 1927.

TERRADILLOS BASOCO, Juan, «Responsabilidad por el producto. Una lectura jurisprudencial», *in*: *Cuestiones Actuales de Derecho Penal Empresarial*, Madrid: Colex, 2010, p. 107-136.

——, *Derecho Penal de la Empresa*, Madrid: Editorial Trotta, 1995.

TEIXEIRA, Lúcia / FREIRE, Luciana, *História da Talidomida: do seu Dramático Passado ao seu Futuro Promissor*, *in*: [www.ff.up.pt/toxicologia/monografias/ano0506/talidomida/histria.htm](http://www.ff.up.pt/toxicologia/monografias/ano0506/talidomida/histria.htm), consultado em Janeiro de 2008.

*The Precautionary Principle*, United Nations Educational Scientific and Cultural Organization, COMEST (Commission on the Ethics of Scientific Knowledge and Technology), 2005.

TIEDEMANN, Klaus, «Lesiones corporales y responsabilidad penal por el producto», *RFDUG*, n.º 3 (2000), p. 51-63 (disponível em <http://www.unifr.ch/ddp1/derecho-penal/articulos/pdf/tiedemann0205.pdf>)

——, «Körperverletzung und strafrechtliche Produktverantwortung», *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag*, Berlin, New York: Walter de Gruyter, 1999, p. 765-778.

TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio, «La responsabilidad penal por el producto. Un estudio general», *Revista Peruana de Ciencias Penales* 17 (2005), p. 469-498.

—, «Algunas cuestiones sobre autoría, participación, tentativa, peligro e imprudencia, a propósito de “la responsabilidad penal por el producto”», *in: Estudios Penales en Recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 825-858.

TORIO LOPEZ, Angel, «Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva», *ADPCP*, 1986, p. 3-48.

—, «Cursos causales no verificables en Derecho penal», *ADPCC, Tomo XXXXVI* (1983), p. 221-238.

TRAEGER, Ludwig, *Der Kausalbegriff im Straf-und Zivilrecht. Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des BGB* Marburg: N. G. Elwert'sch Verlagsbuchhandlung, 1904 (también disponible em [http://dlib-pr.mpier.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/smallpage/%22212428\\_00000001%22](http://dlib-pr.mpier.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/smallpage/%22212428_00000001%22))

TRÖNDLE / FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 54. Auflage, Verlag C. H. Beck: München, 2007.

VALDÁGUA, Maria da Conceição, «Autoria mediata em virtude do domínio da organização ou autoria mediata em virtude da subordinação voluntária do executor à decisão do agente mediato», *in: Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 651-672.

—, «Figura central, aliciamento e autoria mediata», *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 917-938.

VARGAS PINTO, Tatiana, *Delitos de Peligro Abstracto e Resultado. Determinación de la Incertidumbre Penalmente Relevante*, Pamplona: Editorial Aranzadi, 2007.

VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, Coimbra: Livraria Almedina, 1996.

VICENTE RAMESAL, Javier / GARCÍA MOSQUERA, Marta, «Algunos aspectos esenciales del fraude alimentario (a propósito de unos supuestos de comercialización de vieiras contaminadas)», *in: Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho. Libro Homenaje a Santiago Mir Puig*, Las Rozas (Madrid): La Ley, 2010, p. 797-839.

VIDAL MARTÍNEZ, Jaime, «El principio de precaución, Biotecnología y Derechos inherentes a la persona», *in: Principio de Precaución, Biotecnología y Derecho*, (org. Carlos María Romeo Casabona), Bilbao-Granada: Editorial Comares, 2004, p. 35-82.

VIEWEG, Klaus / SCHRENK, Christoph, «Produktrückruf als Instrument präventiven Verbraucherschutzes», *Jura 1997*, p. 561-569.

VIVES ANTÓN, Tomás / ORTS BERENGUER, Enrique / CARBONELL MATEU, Juan Carlos / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis / MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

VOGEL, Joachim, «How to determine individual criminal responsibility in systemic contexts: twelve models», *in: Cahiers de Defense Social*, 2002, p. 151-169.

———, «La responsabilidad penal por el producto en Alemania: Situación actual e perspectivas de futuro», *Revista Penal 8 (2001)*, p. 95-104.

———, «Stand und Entwicklung der strafrechtlichen Produkthaftung», *in: Festschrift für Werner Lorenz*, München: Sellier. European Law Publishers, 2001 p. 65-82.

——, «Verbraucherschutz durch strafrechtliche Produkthaftung – Kriminologische und funktionale Aspekte», *GA* 1990, p. 241-262.

——, *Leipziger Kommentar StGB*, 12 Auflage, § 15.

VORHOLT, André Große, *Behördliche Stellungnahmen in der strafrechtlichen Produkthaftung*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1997.

WEIBER, Bettina, *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme bei der strafrechtlichen Würdigung pflichtwidriger Kollegialentscheidungen*, Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

WESTPHALEN, Graf von, *Produkthaftungsbandbuch*, Band 1, München: C. H. Beck'sche Verlagbuchhandlung, 1997.

WELZEL, Hans, *Estudios de Derecho Penal*, (trad. Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw), Montevideo, Buenos Aires: IBdeF, 2002, p. 121-145).

——, *Das Deutsche Strafrecht*, Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1969.

## DECISÕES JUDICIAIS NO ÂMBITO DA RESPONSABILIDADE CRIMINAL PELO PRODUTO

(seguindo a ordem de referência no capítulo introdutório)

LG Aachen, decisão de 18-12-1970 (*Caso Contergan*), *JZ* 1971, p. 507-521.

BGH, decisão de 6-7-1990 (*Caso Lederspray*), *BGHSt* 37 (1992), p. 106-135; também *in: NStZ* 1990, Heft 12, p. 588-594.

BGH, decisão de 2-8-1995 (*Caso Holzschutzmittel*), *BGHSt* 41 (1996), 206-219; *NStZ* 1995, Heft 12, p. 590-592; *NJW* 1995, Heft 44, p. 2930-2931; LG Frankfurt am Main, *NJW* 1997, Heft 30, p. 1994-1995.

Tribunal Supremo Espanhol, decisão de 23 de Abril de 1992 (caso *Óleo de Colza*), sentença n.º 1996, correspondente ao recurso de cassação n.º 3654/1992.

Tribunal de *Cassazione Penale* italiano, decisão de 16 de Abril de 1993 (Caso do pára-quadras defeituoso), *in: RIDPP XXXIV* (1996), p. 352-354.

BGH, decisão de 4 de Maio de 1988 (*Mandelbienenstich*), disponível *in: Lebensmittelrecht Rechtsprechung*, 1988, 29, Beck online. Foi publicada também em *BGH NStE* § 223 StGB Nr. 5.

LG München, decisão de 21 de Abril de 1978 (caso *Monza Steel*), SCHMIDT-SALZER, Joachim, *Entscheidungssammlung Produkthaftung*, Band IV, München: J. Schweitzer Verlag, 1982, p. 296-337.

Decisão 65 Js 17084.4/91, de 31 de Maio de 1996 (*Caso Degussa*), disponível em [www.toxxcenter.de/artikel/Amalgamurteil gegen Degussa.php](http://www.toxxcenter.de/artikel/Amalgamurteil%20gegen%20Degussa.php) e [www.ase.lautre.net/jugement96.htm](http://www.ase.lautre.net/jugement96.htm) (consultados em 18-02-2008).

Acórdão do Tribunal da Moita, de 9 de Setembro de 2008 (caso do *Álcool Adulterado*), Processo nº 7/01.0TAAND.

## ÍNDICE

RESUMO.....	5
ABSTRACT.....	7
ABREVIATURAS.....	9
§ 1. Objecto de estudo e método de investigação.....	11
1. Considerações introdutórias.....	11
2. Os casos paradigmáticos.....	14
2.1 O Caso <i>Contergan</i> .....	14
2.2 O Caso <i>Lederspray</i> .....	17
2.3 O caso <i>Holzschutzmittel</i> .....	19
2.4 O Caso do Óleo de Colza.....	25
2.5 Outros casos.....	30
3. Estrutura, objecto de estudo e método de investigação.....	39

## PARTE I

### O PROBLEMA: A RESPONSABILIDADE PELO PRODUTO

#### CAPÍTULO I

##### O CONTEXTO: DA PREVENÇÃO À PRECAUÇÃO

§ 2. Da responsabilidade pelo risco à ética da responsabilidade.....	47
§ 3. O princípio da precaução.....	59
1. Noção, origem e fundamento.....	59
2. A consagração formal do princípio da precaução.....	63
3. Princípio da precaução e direito penal.....	75
Referência conclusiva.....	93

## CAPÍTULO II

### APROXIMAÇÃO AO PROBLEMA: A RESPONSABILIDADE PELO PRODUTO

§ 4. Aproximação conceitual.....	95
1. Produto.....	98
2. Responsabilidade pelo <i>tipo</i> e pelo <i>modo</i> de produção .....	102
3. Tipologia de defeitos.....	105
§ 5. Elementos de uma responsabilidade civil do produtor.....	109
1. O contexto histórico e a <i>strict liability</i> .....	109
2. As insuficiências do regime comum de responsabilidade civil .....	117
3. Linhas principais da responsabilidade objectiva do produtor.....	122
4. A responsabilidade objectiva do produtor na Lei de Defesa do Consumidor.....	128
5. A responsabilidade directa do produtor no âmbito do Decreto-Lei n.º 67/2003.....	131
6. A obrigação geral de segurança dos produtos e o Decreto-Lei n.º 69/2005 .....	136
Referência conclusiva .....	138

## CAPÍTULO III

### RESPONSABILIDADE CRIMINAL PELO PRODUTO

§ 6. Noção e contextualização histórica .....	141
1. Noção .....	141
2. Contextualização histórica .....	149
2.1 A tolerância social.....	149
2.2 O desequilíbrio na relação produtor-consumidor.....	151
2.3 A massificação do risco na “segunda modernidade” .....	153
2.4 A responsabilidade pelo produto e a moderna evolução do direito penal .....	155
2.4.1 Perspectiva favorável à responsabilidade criminal.....	156
2.4.2 Perspectiva crítica à responsabilidade criminal.....	160
2.4.3 Algumas considerações.....	164
§ 7. Transversalidade sistemática .....	167
1. Os bens jurídico-penais .....	167
1.1 A tutela de bens individuais: a saúde e a vida .....	167
1.2 Os crimes de perigo: a experiência alemã.....	169
1.3 A tutela da saúde pública: a experiência espanhola .....	177



1.4 A tutela da saúde pública: a experiência italiana.....	187
1.5 Excurso: responsabilidade pelo produto como tutela da saúde pública?.....	195
2. A autoria e a pluralidade de agentes na estrutura empresarial .....	205
3. A posição de garantia do produtor .....	215
4. A determinação do dever de cuidado penalmente relevante.....	229
5. A causalidade .....	237
5.1 Horizonte problemático .....	237
5.2 O conceito de causalidade e a jurisprudência sobre responsabilidade criminal pelo produto .....	244
Referência conclusiva: materialização do problema.....	269

## PARTE II

### O CRITÉRIO: CAUSALIDADE E IMPUTAÇÃO DE RESULTADOS

#### CAPÍTULO I

##### A CAUSALIDADE E O DISCURSO CIENTÍFICO E EPISTEMOLÓGICO

§ 8. O problema causal: entre o determinismo e a incerteza .....	275
1. Introdução e nota explicativa.....	275
2. A causalidade como categoria compreensiva.....	276
2.1 A “concepção personalista” da natureza na sociedade primitiva .....	278
2.2 A “mudança causal” .....	280
2.3 A regularidade enquanto fundamento da causalidade moderna.....	283
2.4 O paradigma positivista e o determinismo causal.....	289
2.5 A crise “causal” no pensamento científico do século XX.....	294
3. A causalidade como categoria epistémica.....	300
3.1 O modelo dedutivo-nomológico .....	301
3.2 O modelo da relevância estatística.....	306
3.3 O modelo da relevância do contexto .....	308
4. A causalidade como categoria atributiva: a incerteza causal e o direito penal.....	310
Referência conclusiva .....	317

## CAPÍTULO II

### A CAUSALIDADE E O DISCURSO JURÍDICO-PENAL

§ 9. Conduta e evento.....	319
§ 10. O juízo de imputação: entre um modelo causalista e um modelo normativo .....	331
1. A teoria das condições causais.....	331
1.1 A teoria da equivalência das condições.....	331
1.2 A fórmula da <i>condicio sine qua non</i> .....	335
1.3 Excurso: a concepção causalista de delito .....	340
1.3.1 Franz v. Liszt.....	343
1.3.2 Ernst Beling.....	347
1.4 A crítica à teoria das condições .....	351
2. Teorias individualizadoras.....	359
3. A teoria do resultado na sua configuração concreta e as correcções à teoria da <i>condicio</i>	363
4. A teoria da condição conforme às leis da natureza.....	371
5. A teoria da adequação ou da causalidade adequada.....	376
5.1 As origens .....	376
5.2 A determinação da base ontológica do juízo de adequação .....	386
5.3 O conhecimento nomológico e as regras da experiência .....	389
5.4 A crítica à causalidade adequada .....	390
6. A teoria da relevância jurídica de Mezger.....	394
7. A imputação normativa .....	398
7.1 Antecedentes: a crítica ao dogma causal.....	401
7.2 A moderna teoria da imputação objectiva.....	415
7.2.1 Roxin e a teoria do incremento do risco .....	417
7.2.2 Wolfgang Frisch e o conceito de conduta típica.....	428
7.2.3 Günther Jakobs e a imputação do comportamento .....	433
8. O retorno à ideia de causalidade: o modelo da explicação causal em Ingeborg Puppe .	438
§ 11. Causalidade e imputação no direito criminal português .....	446
1. O domínio da teoria da causalidade adequada.....	446
2. Objecções e alternativas à teoria da causalidade adequada.....	458
§ 12. Posição adoptada.....	464
1. A causalidade como categoria jurídico-penal.....	464
2. O nexo causal e a sua necessária dimensão ontológica.....	468

2.1 Função e conteúdo da lei causal.....	475
3. Causalidade e imputação nos delitos de resultado ou materiais – proposta de um modelo .....	481
3.1 Síntese dos principais modelos .....	481
3.2 O modelo da imputação causal.....	484
Referência conclusiva.....	493

### PARTE III

#### A LEI PENAL: ENTRE VELHAS E NOVAS SOLUÇÕES

#### CAPÍTULO I

##### A TUTELA PENAL DOS INTERESSES DO CONSUMIDOR NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

§ 13. Sobre os direitos do consumidor.....	497
1. O domínio do mercado e a afirmação dos direitos do consumidor .....	497
2. A consagração no plano constitucional e legal .....	505
§ 14. Sobre a protecção penal do consumo.....	510
1. Breve evolução histórica.....	513
1.1 Ao tempo das Ordenações.....	514
1.2 Os Códigos Penais de 1852 e 1886 .....	516
1.3 O Decreto-Lei n.º 41 204, de 24 de Julho de 1957.....	520
1.4 O Código Penal de 1982 (versão originária).....	523
1.5 O Decreto-Lei n.º 191/83, de 16 de Maio .....	531
2. Os crimes e os bens jurídicos protegidos: o Código Penal e o Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro .....	533
2.1 A vida e a integridade física .....	535
2.1.1 <i>Homicídio e Ofensas à integridade física</i> .....	535
2.1.2 <i>Corrupção de substâncias alimentares ou medicinais</i> .....	536
2.2 A confiança na qualidade e autenticidade dos bens.....	548
2.2.1 <i>O crime contra a genuinidade e qualidade dos géneros alimentícios e aditivos alimentares</i> .....	548
2.2.2 <i>A Fraude sobre Mercadorias</i> .....	570
2.3 A saúde pública.....	573
2.3.1 <i>O Abate clandestino</i> .....	573

2.4 A tutela de interesses patrimoniais .....	576
2.4.1 <i>Burla e Usura</i> .....	576
2.4.2 A especificidade do crime de <i>Peso e medidas falsas</i> .....	578
2.4.3 O alcance limitado da tutela penal dos interesses patrimoniais.....	581
2.5 A tutela de interesses económicos? .....	583
Referência conclusiva .....	589

## CAPÍTULO II

### O JUÍZO DE IMPUTAÇÃO NO ÂMBITO DA PRODUÇÃO DE BENS E O RETORNO CRÍTICO À LEI PENAL: SOLUÇÕES

§ 15. <i>De iure constituto</i> : a insuficiência da resposta legal .....	591
1. Os crimes de homicídio e ofensas à integridade física .....	591
1.1 A aplicação do modelo jurídico-causal proposto .....	593
1.2 A insuficiência de um direito penal do resultado .....	606
2. O crime de corrupção de substâncias alimentares e medicinais .....	608
§ 16. <i>De iure constituendo</i> : propostas de solução .....	613
1. A reforma em matéria do direito penal do consumo e o Anteprojecto do Código do Consumidor .....	614
2. A solução no âmbito do direito penal clássico: proposta de uma incriminação .....	628
3. Da necessária revisão do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro .....	637
Referência conclusiva .....	641
§ 17. CONCLUSÕES FINAIS.....	643
BIBLIOGRAFIA.....	651



