

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Fábio Marchesoni Giansante

**A Responsabilidade Penal pelo produto em face dos Direitos e Garantias
Fundamentais**

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO
2013

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Fábio Marchesoni Giansante

**A Responsabilidade Penal pelo produto em face dos Direitos e Garantias
Fundamentais**

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito Processo Penal, sob a orientação do Professor Doutor Cláudio José Langroiva Pereira.

SÃO PAULO

2013

FÁBIO MARCHESONI GIANANTE

**A Responsabilidade Penal pelo produto em face dos Direitos e Garantias
Fundamentais**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito Processo Penal, sob a orientação do Professor Doutor Cláudio José Langroiva Pereira.

São Paulo, ____/____/2013.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Claudio José Langroiva Pereira –
PUC/SP (orientador)

Profa. Dr.
Instituição:

Profa. Dr.
Instituição:

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Cláudio José Langroiva Pereira, que nos anos de convivência, muito me ensinou, contribuindo para meu crescimento científico e intelectual. Obrigado pelo apoio, orientação e principalmente pela amizade fortalecida nesses anos de aprendizado. Faltam palavras para descrever minha gratidão.

Dirijo meus agradecimentos ao Prof. Dr. Marco Antonio Marques da Silva, pelas grandes reflexões obtidas nas aulas ministradas, me despertando um olhar crítico sob as verdades prontas dadas pelos conceitos jurídicos.

Ao Prof. Dr. Marcelo Erebella e ao Prof. Dr. Roberto Archanjo, pelos essenciais apontamentos durante o exame de qualificação, os quais colaboraram muito para o desenvolvimento deste trabalho.

Agradeço, ainda, ao Prof. Dr. Paulo de Barros e à Profa. Dra. Eloisa de Sousa Arruda, pela contribuição durante o processo de aprendizado e formação científica.

Ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq, pela concessão da bolsa de mestrado e pelo apoio financeiro para a realização desta pesquisa.

RESUMO

O presente trabalho trata da responsabilidade penal pelo produto com destaque em duas dificuldades: i) na imputação dos níveis superiores pela responsabilidade penal pelo produto nocivo ao consumo, diante da posição de garante ocupada na estrutura empresarial e ii) na comprovação probatória entre a causa e o resultado lesivo, na qual o *juízo de probabilidade* substitui o *juízo de certeza*. Percebe-se que não há uma distorção ou uma ampliação sobre os tradicionais conceitos de autoria e participação, mas um verdadeiro e notável câmbio metodológico do princípio da imputação penal. Parte-se da concepção dualista do tipo penal, na qual as *infrações de deveres* surgem como novo modelo de injusto penal aplicado aos *intrañeus* (relação especial dos níveis superiores com bens jurídicos – *deveres positivos*). Nesta há uma clara relativização dos direitos e garantias fundamentais individuais e, por consequência, uma ampliação da esfera de restrição à liberdade individual, em medida além da usual, daqueles que atuam no âmbito da colocação de produtos no mercado de consumo. Certo é que ao relativizar esses direitos o sistema jurídico penal e processual penal tradicional se vê francamente modificado. Na busca pela efetividade social da prevenção de produtos nocivos inseridos no mercado de consumo a garantia contra o engano, inata às ciências criminais principalmente no âmbito processual penal, se vê amplamente fragilizada. Mas até que ponto isto não significa dizer que os direitos fundamentais individuais na realidade são suprimidos de concretização? Nesse ponto parte da doutrina e jurisprudência, em decorrência da efetividade da segunda e terceira dimensão de direitos fundamentais, entende ser legítimo que os direitos fundamentais individuais sejam relativizados no processo de harmonização e acomodação entre os interesses sociais e direitos individuais na sociedade pós-moderna. Assim a pesquisa pretendeu identificar quais os direitos fundamentais individuais relativizados e, assim, analisar a possibilidade de aplicação desse novo modelo de imputação penal dos níveis superiores ao ordenamento jurídico pátrio, *lege lata*, de forma adequada ao atual paradigma dos direitos fundamentais.

Palavras-Chave: Responsabilidade penal pelo produto. Direitos e garantias fundamentais. Infração de dever. Omissão. Garante. Deveres positivos.

ABSTRACT

The present work deals with criminal liability due to its product being highlighted two difficulties: i) by inputting increased levels on criminal liability on harmful product to consumerism upon guaranteed positioning in an entrepreneur structure and ii) by enforceability probative between cause and injurious act result by which judgment of probability replaces certainty judgment. It can be verified that there is no distortion or broadening about traditional concepts from authorship and participation means – although real and brilliant methodological exchange coming from criminal input is. Dual conception from criminal origin, where breaches of law come up as a new model on applied criminal unjust act to *intra-neus* (special relationship on higher levels regarding legal rights – positive duties). In such scenario there is clear relationship on rights and fundamental assurances to individuals and, as a consequence, a broadening on a restriction design to individual freedom in a measure above what is commonly usual from what happens in product input on consumerism market. It is certain that, by turning it into a relation among such rights in criminal law and procedural criminal traditional one it can be seen truthfully a change in the search for social effectiveness towards inserted harmful products in consumerism market. Assurance against damage, innate to criminal sciences, specially on procedural environment, being very much in a sensitivity condition. Up to which level it means to say individual fundamental rights in reality are limited from concretization? In such point, doctrine and jurisprudence, due to effectiveness in the second and third dimensions on fundamental rights is understood to be legitimate that such issue is related to harmonization and fit process between social interest and also individual in post modern society. Thus, the present work aims in identifying which are relative individual fundamental rights and thus, analyze possibility of application in these criminal input models for higher levels to Brazilian law tools, *lege lata*, in such an appropriate way to current paradigm in fundamental rights.

Key-words: Product criminal responsibility. Fundamental assurances and rights; Duty offence. Mission. Assurance Positive duties.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 A AMPLIAÇÃO DO INJUSTO PENAL E A RESTRIÇÃO DA LIBERDADE INDIVIDUAL NA MEDIDA DO POSSÍVEL	13
2.1 <i>Neminem laedere</i> : um limite ético do Direito Penal?	13
2.2 <i>Neminem laedere</i> : suficiente à sociedade Pós-Moderna?	20
2.3 Sociedade Pós-Moderna e a ampliação da restrição da esfera da liberdade individual	25
2.4 Globalização e a “Sociedade de Risco”: reflexos no sistema jurídico penal	32
2.5 O protótipo do Direito Penal Moderno	35
3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NA RESPONSABILIDADE PENAL PELO PRODUTO: UMA ADEQUAÇÃO NA MEDIDA DO POSSÍVEL	40
3.1 Princípios constitucionais na Sociedade Pós-moderna	40
3.2 Mas o que são princípios?	42
3.3 Sistematização dos Direitos Fundamentais na responsabilidade penal pelo produto	51
4 RESPONSABILIDADE PENAL PELO PRODUTO DOS INTEGRANTES DA EMPRESA	65
4.1 Organização e Estrutura Empresarial	65
4.2 Contextualização da problemática	70
4.3 Modelo de baixo para cima (<i>botton-up model</i>) e outro de cima para baixo (<i>top-down model</i>)	74
4.3.1 Proposta por Autoria Mediata	77
4.3.1.1 Domínio da vontade - em virtude de mecanismos de poder organizados	77
4.3.2 Proposta por Coautoria	81
4.3.2.1 Domínio funcional	82
4.3.2.2 Domínio Social ou Normativo	85
4.3.3. Proposta por Participação	89

4.4	Infrações de Deveres	89
4.4.1	Contextualização das infrações de deveres	89
4.4.2	Paradigma Jurisprudencial	94
4.4.2.1	Caso “Caso Leder Spray”	94
4.4.2.2	Caso “Azeite del Colza”	98
4.4.3	Infração de Dever: Paradigma doutrinário	102
4.4.3.1	Perspectiva de Claus Roxin	102
4.4.3.2	Perspectiva de Günther Jakobs	104
4.5	Concepção dualista do tipo	108
4.6	Tipos de Conhecimento e Relações Empíricas necessárias a Causação do Dano na Responsabilidade Penal Pelo Produto	112
4.7	Fonte do dever jurídico positivo: teoria formal e teoria material	114
4.8	Delegações e o alcance do Dever de Garante	118
5 RESPONSABILIDADE PENAL PELO PRODUTO NO SISTEMA JURÍDICO PÁTRIO		
		121
5.1	Premissas básicas para a compreensão do sistema jurídico pátrio na Pós-Modernidade	121
5.1.1	Premissas penais	121
5.1.2	Premissas processuais	128
5.2	Casos Possíveis de imputar a responsabilidade penal dos níveis superiores em comissão por omissão de lesões a bens jurídicos individuais	135
6 CONCLUSÃO		150
REFERÊNCIAS		160

1 INTRODUÇÃO

A racionalidade de qualquer discurso jurídico penal dependerá necessariamente do seu caráter científico. As bases filosóficas e metodológicas adotadas devem corresponder às exigências materiais da ordem social vigente; assim a verificação do momento histórico faz-se imprescindível para legitimação de qualquer restrição na esfera da liberdade individual do cidadão.

Nesse sentido, entender que o caráter científico do Direito não se confunde com o sentido dado às ciências naturais é fundamental, pois, enquanto fenômeno cultural, a ciência jurídica penal moderna não pode depender exclusivamente de manifestações no plano natural.

A interdependência nas relações sociais faz com que o papel desempenhado nos diversos subsistemas sociais (investidor, administrador, fornecedor, consumidor, etc.) seja valorado no momento da tipificação penal. Isto se deve ao fato de a relação de confiança ser mais intensa em determinados contatos sociais, como ocorre na responsabilidade penal pelo produto.

Não se pretende desvincular totalmente o plano axiológico das bases ontológicas. No âmbito do Direito Penal Moderno, deve-se priorizar as relações sociais, relevando a relação do autor com o bem jurídico tutelado, o que inevitavelmente acarreta em uma priorização do plano normativo, do universo das valorações.

Nessa linha, a responsabilidade penal pelo produto torna-se um tema relevante, uma vez que demarca a ruptura do antigo com o novo, do clássico com o moderno e, como todo momento de transição, o receio ao novo justifica-se, mas não deve ser rechaçado de plano.

Questiona-se a modernização jurídica do sistema penal, visto que, ao priorizar o plano axiológico, se conduz a um método de tipificação ininteligível aos destinatários do Direito Penal, fazendo com que o papel fundamental exercido pelo conceito ontológico de conduta no controle da utilização arbitrária do *ius puniend* seja relativizado e haja, assim, uma perda notável na função garantia da conduta.

Numa sociedade globalizada, como a que se vive hoje, o apego ao plano natural como única fonte legitimadora do Direito Penal e Processual Penal acaba por

restringir o alcance da intervenção, excluindo *prima facie* possíveis lesões para as quais somente o plano jurídico apresenta-se como apto a oferecer instrumentos eficazes no controle preventivo e repressivo da criminalidade moderna.

Esse caminho não deve ser compreendido como criação deliberada para satisfazer os anseios de uma *Sociedade de Risco* que clama por segurança. Deve antes ser tratada como um problema de *irresponsabilidade penal*, diante do caráter estrutural da sociedade pós-moderna, é o que se vem denominando de *irresponsabilidade penal organizada*¹.

O surgimento de interesses coletivos e supra individuais e o desenvolvimento dos meios de lesão em massa a bens jurídicos individuais acabam por fragilizar a efetividade social do Direito Penal tradicional e a necessidade de um controle preventivo da criminalidade moderna impõe-se como grande missão dos juristas da atualidade.

O trabalho procurou avaliar como é levada a responsabilidade penal pelo produto à direção da organização, aos níveis superiores como responsáveis em última instância pela prática de comportamentos lesivos aos consumidores.

Pretendeu-se verificar em que medida esta nova forma de imputação penal da autoria relativiza os institutos penais e processuais penais tradicionais, relacionados com os direitos fundamentais de primeira dimensão.

Assim, transportando essa nova forma de imputação ao sistema penal e processual penal pátrio, analisou-se a possibilidade da aplicação da responsabilização penal pelo produto dos níveis superiores por condutas comissivas por omissão de acordo com ordenamento jurídico brasileiro.

Para atingir tal propósito, o primeiro capítulo se iniciou com uma análise filosófica, sociológica e jurídica sobre a noção do *neminem laedere*, como um limite para o sistema jurídico penal, para, então, ser analisado como o reconhecimento de novos valores influencia no conteúdo do injusto penal.

É necessário que se entenda o que é uma *ordem constitucional de valores*, pois a importância de determinados valores em sociedade é o caminho para entender por que alguns valores são juridicamente obrigados e outros não. Nesse

¹ SÁNCHEZ, Bernard Feijoo. **Imputación Objetiva en el Derecho Penal Económico**. Buenos Aires: Editorial Bdef, 2009, p. 14.

contexto, entender os valores na pós-modernidade é entender os porquês dos novos *deveres jurídicos*.

Neste contexto, o Estado passa a exigir condutas éticas de determinados cidadãos, que assumem papel de protagonismo social, não substituíveis por alternativas organizacionais, são os *deveres jurídicos positivos* destinados aos que atuam em subsistemas capazes de desestabilizar a estrutura social, com a finalidade de intensificar a confiança, a credibilidade e transparência nas relações humanas.

A análise da relevância dada aos princípios, como normas jurídicas, será feita no capítulo segundo. Os princípios e regras constitucionais entendidos como normas de direitos fundamentais enunciados na constituição indicam o limite e fundamento para a adoção de um posicionamento adequado e efetivo para a responsabilidade penal pelo produto no sistema penal e processual penal pós-moderno.

O terceiro capítulo contextualizou mais especificamente a estrutura empresarial e as formas de imputação dos níveis superiores. Através de uma visão doutrinária, faz-se um breve relato histórico acerca das teorias sobre autoria aplicadas no âmbito da responsabilidade penal pelo produto. O ponto central desse capítulo foi a análise da *infração de dever*, como nova modalidade de imputação penal apta a responsabilizar os níveis superiores pelos danos provenientes do produto que colocaram no mercado de consumo (concepção dualista dos tipos penais). Pretendeu-se abordar como a jurisprudência e a doutrinária têm se comportado na responsabilidade penal pelo produto, em que a individualização de condutas dentro da estrutura empresarial configura-se uma questão polêmica.

O quarto capítulo abordou o tema no cenário brasileiro, dentro do sistema penal e processual penal pátrio. Parte-se de premissas penais e processuais penais adotadas pelo sistema jurídico pátrio, adequado à efetividade de todas as dimensões de direitos fundamentais. Por fim, delimitou se casos possíveis de responsabilidade penal pelo produto dos níveis superiores frente ao ordenamento jurídico pátrio, relacionando com o paradigma apresentado pela doutrina e jurisprudência alemã e espanhola nos capítulos anteriores.

Ao final foram apresentadas as conclusões.

2 A AMPLIAÇÃO DO INJUSTO PENAL E A RESTRIÇÃO DA LIBERDADE INDIVIDUAL NA MEDIDA DO POSSÍVEL

2.1 *Neminem laedere*: um limite ético do Direito Penal?

Na filosofia antiga, em especial na Grécia, a ordem que regia as condutas humanas sobre o que deveria ser o correto, o agir respeitando os demais, era determinada por uma ordem cósmica, a sabedoria do que é viver de acordo com o bem guardava correspondência com a justiça cósmica². Após, com a vitória do cristianismo sob as filosofias pagãs, Deus passa a ser fonte da sabedoria, e, mais atualmente, se aponta que nos países de adoção do cristianismo percebe-se a crença externa no divino como caminho para entender o que é a coisa certa a se fazer em sociedade; nestes contextos os direitos fundamentais alcançaram maior efetividade.³

De um modo geral, a filosofia antiga procurava as repostas do agir corretamente em algo externo, não olhava para o próprio ser humano, mas sim para uma crença transcendental. Os indivíduos deveriam fazer a coisa certa porque o cosmo assim determinava, ou, quando o paradigma foi transferido para a religião, porque assim eram os mandamentos de Deus.

Com a revolução científica⁴ dos séculos XVI e XVII, todo o conhecimento produzido passa a ser questionado. O Humanismo é o termo para designar este período em que o homem se encontra só, privado do socorro do cosmo e de Deus, e recorre, então, à razão humana para entender por que determinados comportamentos devem ser regulados em sociedade. A filosofia é reconstruída, alterando-se o paradigma de viver corretamente em comunidade.⁵

A filosofia do Humanismo é fundada em três novas referências: *i) nova teoria*:

² FERRY, Luc. **Aprender a viver. Filosofia para os novos tempos**. Tradução de Vera Lúcia dos Reis. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007, p. 35 a 68.

³ *Ibidem*, p. 73 a 98.

⁴ Em 1543 - Copérnico "Sobre a revolução dos orbes celestes"; 1632 – Galileu "Diálogo sob os dois principais sistemas de mundo"; 1644 - Rene Descartes "Princípios de filosofia" e 1687- Newton "Principia mathematica". FERRY, Luc. **Aprender a viver. Filosofia para os novos tempos**. Tradução de Vera Lúcia dos Reis. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007, p. 116.

⁵ FERRY, Luc. **Aprender a viver. Filosofia para os novos tempos**. Tradução de Vera Lúcia dos Reis. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007, p. 116 a 118.

o cosmo não é um ser harmonioso, o universo é composto de forças contrapostas, um verdadeiro caos e, por ser aleatório, como explicam os físicos⁶, cabe ao homem entender os fenômenos através da racionalidade humana, não sendo dada pelo divino; *ii) nova ética*: se o mundo deve ser organizado pelo homem como mudança da teoria, a ética também deve ser delimitada pelo homem, já que ela deve imitar a realidade⁷; *iii) nova salvação*: não existe mais a salvação na crença do cosmo ou em Deus para o espírito esclarecido; através da racionalidade, a salvação está no próprio homem, pela lucidez, pelo espírito crítico, que ditará uma moral laica a ser seguida.⁸

Partindo dessa noção de que o homem é o responsável por organizar o mundo, abandona-se o caráter transcendental dos ensinamentos, de que o certo a se fazer em sociedade decorre dos mandamentos de um Deus, e passa-se para o paradigma imanentista da razão humana, no qual as leis dos homens - criadas pelos homens - são o meio adequado de organizar o contato social.

O homem é dotado de liberdade, possuindo a capacidade de construir sua própria história, não está preso a nenhum programa natural, tem opção de escolha, de autodeterminação. E, assim, diante dessa liberdade de escolha, os seres humanos optam por determinada conduta, podendo contrariar seus instintos, tornando-se responsáveis por essa escolha.⁹

Ao identificar na liberdade de escolha a raiz da diferença entre o homem e o animal, Jean-Jacques Rousseau¹⁰ descobre no homem a pedra angular sobre a qual será construída uma nova visão moral de mundo, a partir da qual, pela liberdade de se desprender do programa natural, o indivíduo pode construir uma nova sociedade voltada para o bem. Dessa forma, a mudança da filosofia em alocar o centro da salvação no homem, busca o agir para o bem dentro de cada indivíduo, imanente e não transcendente, não mais o cosmo ou Deus (natureza).¹¹

⁶ FERRY, Luc. **Aprender a viver. Filosofia para os novos tempos**. Tradução de Vera Lúcia dos Reis. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007, p. 118.

⁷ *Ibidem*, p. 119.

⁸ *Ibidem*, p. 120.

⁹ *Ibidem*, p. 128 a 136 e 142 a 145.

¹⁰ Liberdade entendida como perfectibilidade, faculdade de se aperfeiçoar ao longo da vida, que difere dos instintos (programa natural). *Ibidem*, p. 130. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Tradução Rolando Roque da Silva. Edição eletrônica: Editora Ridendo Castigat Mores (www.jahr.org). Acesso em 14 de agosto de 2013.

¹¹ FERRY, Luc. **Aprender a viver. Filosofia para os novos tempos**. Tradução de Vera Lúcia dos Reis. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007, p. 141 a 142.

Neste sentido, dando prosseguimento aos ideais humanistas, Samuel Pufendorf, Immanuel Kant e Arthur Schopenhauer possuem como traço comum, ao defenderem uma forma responsável de organizar o mundo em sociedade, a distinção entre *deveres negativos* e *deveres positivos*, ainda que haja peculiaridade quanto ao conteúdo¹².

Dentre todo o leque de comportamentos possíveis de serem regulados em sociedade seria permitido inferir que os *deveres negativos* seriam aqueles relacionados a uma abstenção comportamental, uma vez que o indivíduo, ao invés de abster-se, age, sendo sua ação a causa do processo causal que resulta na lesão a um terceiro. Ao passo que os *deveres positivos* seriam aqueles relacionados a comportamentos que envolvem uma atitude positiva, visto que o processo causal, responsável pela lesão, não tem relação alguma com o indivíduo que, ao invés de agir, se omite, deixando de realizar um comportamento que beneficiaria a terceiros.

Sob a ótica filosófica do jusnaturalismo, os *deveres negativos* são ramificações do prescrito na própria lei natural, em que todos os seres humanos, ao organizarem-se na busca da realização individual devem necessariamente evitar que de seu âmbito de organização proliferem resultados danosos a terceiros. Assim, a esfera de liberdade individual tem como limite a prática de qualquer comissão que venha a prejudicar ou impedir o exercício de direitos alheios¹³.

Já os *deveres positivos* consubstanciam-se na aplicação dos mandamentos da lei natural ligados à construção de um “mundo em comum”, na busca do bem estar coletivo, com a imposição de comandos de cooperação e fomento da preservação de um determinado bem social, figurando como verdadeiro dever de ajuda e de solidariedade e não poderiam integrar o campo dos deveres jurídicos¹⁴.

Apesar de partirem de premissas filosóficas completamente distintas, os pensamentos jusnaturalista e humanista têm em comum, ainda que por caminhos distintos, estabelecer um limite ao poder estatal em eleger comportamentos humanos em sociedade capazes de repercutir na esfera jurídica.

Este postulado referente aos deveres positivos e negativos reflete diretamente

¹² SÁNCHEZ-VERA, Javier. **Delitos de infracción de deber y participación delictiva**. Madrid: Marcial Pons, 2002, p. 83 e seguintes.

¹³ ORTEGA, Yván Figueroa. **Delitos de infracción de deber**. Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”. Madrid: Dykinson, 2008, p. 112.

¹⁴ Ibidem.

no pensamento jurídico e implica numa clara distinção entre o campo material do direito (*deveres negativos*) e o campo material da moral (*deveres positivos*). Desta forma, *a priori*, se estabelece um limite ao poder estatal em favor da liberdade individual, já que o campo material da moral individual não poderá ser submetido ao bel prazer do poder regulatório do Estado soberano.

Em decorrência, prioritariamente, cabe ao sistema jurídico regular em sociedade as condutas comissivas que prejudiquem a liberdade alheia, pois nestas prevalecem os aspectos sensoriais sobre os aspectos racionais; imediatamente a razão humana conhece, compreende e valora esta forma de atuar do indivíduo que coloca em marcha o processo causal originando o resultado lesivo¹⁵.

Os comportamentos voltados à busca do bem estar coletivo, como ajudar o próximo em situações de dificuldade, fazer o bem para aqueles que necessitam, apesar de socialmente relevante, integram exclusivamente o campo da moral, sem possibilidade de transmutação imediata para o campo dos deveres jurídicos e uso da imposição coativa do Estado¹⁶.

O princípio do *neminem laedere* está ligado ao mínimo possível que o Estado pode exigir dos indivíduos que abdicem de sua liberdade de autodeterminação moral quando convivam nos limites de sua soberania. É o fundamento da maioria dos deveres jurídicos na esfera jurídica, do qual decorre um rol básico destinado a todo cidadão, segundo o qual cada indivíduo tem a obrigação mínima de impedir que de seu âmbito de organização emanem processos causais danosos aos demais¹⁷.

Assim o princípio do *neminem laedere* consiste na obrigação originária de não causar dano a âmbitos de organização alheios, dever negativo, obrigação negativa por excelência e de caráter geral (vinculadas as instituições negativas). Figura como postulado mínimo, inerente à regulamentação dos comportamentos mais básicos em sociedade, fixa padrões jurídicos aceitáveis e toleráveis para interação nos diversos contatos sociais, destinado a todos os cidadãos que aderem ao contrato social, operando como premissa indisponível e fonte originária dos deveres de ordem jurídica¹⁸.

¹⁵ ORTEGA, Yván Figueroa. **Delitos de infracción de deber**. Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”. Madrid: Dykinson, 2008, p. 35 a 51.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Ibidem, p. 34.

¹⁸ Ibidem, p. 110.

Dessa forma, o princípio *neminem laedere* acaba por delimitar também o âmbito de organização juridicamente garantido de cada pessoa, ao definir o alcance dos direitos de cada indivíduo que podem ser lícitamente defendidos em face de outros indivíduos ou do próprio Estado.

É por esta razão que se afirma que o princípio *neminem laedere* é inato ao próprio surgimento da sociedade, ao reconhecimento de direitos fundamentais da pessoa humana, conscientizando os cidadãos da responsabilidade advinda em contrapartida à liberdade de se organizar de forma livre das interferências estatais. Nesta organização não podem proliferar processos causais aptos a lesionar âmbitos de organização alheios (*deveres negativos*); caso venha a causar danos, o indivíduo deve ter ciência das possíveis consequências coativas advindas desta conduta¹⁹.

E mais, o *neminem laedere* tem caráter permanente, indisponível, não temporal ou transitório e absolutamente indispensável no tempo, portanto, não há que se falar em sua derrogação ou suspensão, ao menos que a sociedade seja dissolvida²⁰.

A imposição dessa obrigação permite um mínimo necessário para que haja liberdade e segurança na sociedade, ao passo que

viver sem expectativas de condutas esperadas é o mesmo que viver na sombra da incerteza e desconfiança. Em que as relações humanas desencadeariam conflitos generalizados, na luta de todos contra todos, em que o mais forte gozaria das vantagens devido o predomínio da força bruta. (tradução livre)²¹

O postulado do *neminem laedere* tem norteado o mundo jurídico desde os seus primórdios, sendo fundamento comum da responsabilidade civil e penal (princípio do *neminem laedere*), ainda que sua manifestação seja distinta, já que na esfera civil se admita a responsabilidade objetiva (sem dolo ou culpa), ao passo que na esfera penal exige-se ao menos que o resultado seja praticado culposamente

¹⁹ ORTEGA, Yván Figueroa. **Delitos de infracción de deber**. Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”. Madrid: Dykinson, 2008, p. 108.

²⁰ Ibidem, p. 108-110.

²¹ “Vivir sin expectativas compartidas de conducta es lo mismo que vivir en las sombras de la incertidumbre y de la desconfianza. Las relaciones humanas, como he dicho, probablemente desembocarán en el conflicto generalizado, en la lucha de todos contra todos, en donde el más fuerte gozará de las mayores ventajas, debido al predominio de la fuerza bruta”. ORTEGA, Yván Figueroa. **Delitos de infracción de deber**. Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”. Madrid: Dykinson, 2008, p. 109.

(princípio da culpabilidade) ²².

O injusto penal deveria descrever, como regra, processos causais decorrentes de ações ao menos culposas e excepcionalmente omissões culposas. A liberdade de autodeterminação do indivíduo deve ser reduzida na menor medida do possível, para respeitar a norma penal comissiva. Para tanto, basta abster-se, porém, nas hipóteses em que a norma exige uma conduta omissiva o indivíduo, devendo agir para não incidir no tipo penal, ampliando-se a restrição da esfera de liberdade individual. Assim, os tipos penais omissivos são legítimos apenas no caso de extrema necessidade de se tutelar as omissões.

Nesse contexto, seria necessário um fundamento jurídico especial, não baseado no *neminem laedere*, para se exigir do indivíduo um atuar, um fazer para não desrespeitar a norma penal²³. Isto porque da causalidade naturalística exigida aos tipos penais, em regra, não se poderia deduzir a relevância da omissão.

É por esta razão que toda omissão seria menos grave que uma comissão e para tanto o seu conteúdo de injusto penal seria menos importante para o Direito Penal. Esta diferenciação decorre da natureza dos delitos de omissão, os quais são vinculados a um dever de solidariedade, não decorrendo da obrigação original de não originar processos causais danosos, implicando numa exigência mais intensa dos cidadãos²⁴.

Na realidade trata-se de um juízo de valor diferenciado em abstrato entre comissão e omissão, como esta sequer poderia ingressar na esfera jurídica por se tratar de um valor moral, quando levada à esfera jurídico-penal, o injusto penal necessariamente deve ser graduado em patamar inferior àquele que decorre de condutas ativas, devendo existir uma justificação prévia que sustente essa tutela estatal.

A razão dessa limitação decorre de Paul Johann Anselm von Feuerbach, para quem a obrigação originária de todo o cidadão estava vinculada a não causar violações ativas ao direito, logo, para se castigar a omissão, seria exigido um dever

²² MARTÍN, Adán Nieto. **Autoría y Participación en el Derecho Penal Económico**. Portal IberoAmericano de Derecho Penal. Disponível em: www.uclm.es/idp, 2002, p. 16.

²³ ORTEGA, Yván Figueroa. **Delitos de infracción de deber**. Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”. Madrid: Dykinson, 2008, p. 113.

²⁴ Ibidem, p. 60-61. Esse também é o posicionamento de Gunther Stratenwerth, Armin Kaufmann e Hans Welzel.

jurídico a mais, como no caso dos delitos de omissão de socorro e assistência, que embasasse a exigência da obrigação de atuar em prol de terceiros, quando não houvesse sido a causa do processo causal lesivo. Sem este especial fundamento jurídico a omissão delitiva seria uma obrigação meramente ética, não poderia ser jurídica (coativa)²⁵.

O ideal liberalista também incorpora esta baliza. Para seus adeptos, a autoridade estatal deve se restringir ao máximo ao exercício de suas competências, e tem como dever básico na imposição de medidas coativas a observância das menores restrições, na medida do possível, à esfera de liberdade individual, uma vez que o cidadão é detentor de direitos fundamentais de primeira dimensão (garantias individuais) os quais limitam a discricionariedade estatal²⁶.

Por esta razão, o Estado, no âmbito do sistema jurídico, e, principalmente, do Direito Penal, como regra, exigirá dos cidadãos *deveres negativos*, vinculados necessariamente a uma liberdade organizativa da qual não proliferem comissões que gere resultados danosos e ilegítimos a terceiros.

Desta forma, tão somente como medida excepcional, o Direito Penal poderia tratar as omissões como relevantes, a imposição de *deveres positivos* voltados à edificação de um “mundo em comum”, que impõe ao cidadão que este atue de forma solidária, com carga coercitiva do sistema jurídico penal, excederia os postulados fundamentais do Estado Liberal²⁷.

A forma mais adequada para este modelo liberal de Estado seria restringir, na menor medida do possível, a esfera de liberdade individual, pela exclusiva adoção dos *deveres negativos* como únicos capazes a transmutarem-se em deveres jurídicos de natureza penal.

O cidadão, dentro desta acepção, deverá empenhar-se na realização de um comportamento comissivo lesivo a âmbitos de organização alheios para ser responsabilizado criminalmente pelo Judiciário, de modo que se o indivíduo se abstém a vítima não seria lesionada²⁸.

Neste contexto, o *neminem laedere* opera claramente como um limite ético

²⁵ ORTEGA, Yván Figueroa. **Delitos de infracción de deber**. Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”. Madrid: Dykinson, 2008, p. 52 e 60.

²⁶ Ibidem, p. 113 a 114.

²⁷ Ibidem, p. 113 a 114.

²⁸ Ibidem, p. 114.

máximo para o Direito Penal, a liberdade individual, *a priori*, só será cerceada pelo Estado diante de comissões que gerarem processos causais danosos a terceiros.

2.2 *Neminem laedere*: suficiente à sociedade Pós-Moderna?

Com o passar dos tempos e a evolução da sociedade, percebe-se que a consciência social mudou, e não se preocupa tão somente com os valores vida, integridade saúde e liberdade individual. A sociedade pós-moderna²⁹ busca uma vida digna, em que se fala da *busca pela felicidade* como direito fundamental³⁰. A consciência do cidadão enquanto membro da sociedade passa a agregar aos valores sociais os valores morais³¹.

Um Estado Democrático de Direito não é apenas governado pela lei, deve ser compreendido como uma ordem de justiça, uma ordem de valores, sendo que o direito positivo deve guardar conformidade com essa ordem de valores, eleitos como fundamentais pela sociedade. E, assim, positivados pela ordem constitucional incorporam as decisões valorativas fundamentais; nesse sentido que a Constituição torna jurídicos os valores políticos e morais de uma sociedade³².

O Estado Democrático de Direito assegura esse estabelecimento de “*valores morais*” ao ter como um dos seus fundamentos o pluralismo político, de modo que todos os membros da sociedade devem respeitar os interesses das minorias, uma vez que estas são detentoras de direitos fundamentais e sua manifestação política divergente é essencial à democracia³³.

Assim, pode-se visualizar que essa mudança de consciência dos cidadãos, com a adoção de um “*sistema de valores morais*” em sociedade, nada mais é do que a busca pela construção de uma ética adequada ao atual contexto social³⁴.

Nas palavras de Marco Antonio Marques da Silva,

²⁹ FARIA, José Eduardo. **Direito e Globalização Econômica: Implicações e perspectivas**. 3ª triagem. São Paulo: Editora Malheiros, p. 15 a 27.

³⁰ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

³¹ SILVA, Marco Antonio Marques da. **Cidadania e Democracia: instrumentos para a efetivação da dignidade humana**. MIRANDA, Jorge, SILVA, Marco Antonio Marques da (coordenação). Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana - São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 226.

³² *Ibidem*, p. 226 a 231.

³³ *Ibidem*, p. 232.

³⁴ *Ibidem*, 2009, p. 231.

A ética social é o conteúdo moral exigido em nome da dignidade e da cidadania e tem como princípios a solidariedade, a justiça e a equidade, que devem ser buscados em todos os níveis da sociedade, sejam pelos entes públicos, sejam pelos particulares³⁵.

Esse sistema de valores morais é centrado na dignidade da pessoa humana, no livre desenvolvimento dentro da comunidade social e precisa ser entendido como uma decisão constitucional fundamental, que afeta todas as esferas do Poder, as ações legislativas, administrativas e judiciais.

Ao se falar em valor superior, o único admitido com essa característica seria a dignidade humana (neste sentido, a dignidade humana é a norma de reconhecimento, elemento superior, norte do sistema, princípio-matriz). Ainda assim, esta superioridade seria apenas em abstrato, visto que, no momento de concretização do direito, todos os princípios são sopesados em um mesmo nível e o determinante não será o peso de cada princípio em abstrato, mas sim o seu valor na situação fática, considerando as características individualizadas e as condições específicas³⁶.

Portanto, ao analisar-se a legitimidade jurídica de um valor em sociedade, está se referindo a uma *ordem constitucional de valores*, um aspecto objetivo do valor, o que não se confunde com a força social do valor. Esta, sim, é atrelada ao aspecto subjetivo, de como cada indivíduo sente, para si, aquele valor, e como este influencia a escolha individual de determinados comportamento ou não³⁷.

Por esta razão não se deve analisar os valores sob uma ótica subjetiva, já que o que um indivíduo sente muitas vezes não é o que seu próximo sentiria; se somente aquilo que aquele sentir fosse obrigatório teria-se o caos. Desta forma, deve-se compreender que os valores possuem um aspecto objetivo e podem obrigar

³⁵ SILVA, Marco Antonio Marques da. **Cidadania e Democracia: instrumentos para a efetivação da dignidade humana**. MIRANDA, Jorge, SILVA, Marco Antonio Marques da (coordenação). Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana - São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 232.

³⁶ MIRANDA, Jorge. **A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais**. MIRANDA, Jorge, SILVA, Marco Antonio Marques da (coordenação). Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana - São Paulo: Quartier Latin, 2009. PENTEADO, Jaques de Camargo. **A dignidade da pessoa humana e a Justiça Penal**. MIRANDA, Jorge, SILVA, Marco Antonio Marques da (coordenação). Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana - São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 886 a 887.

³⁷ Conclusão obtida nos estudos das aulas ministradas pelo Professor Marco Antonio Marques da Silva, na disciplina "Teoria Geral do Direito", semestre agosto-dezembro de 2012, no curso de Pós-Graduação, nível Mestrado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – SP.

determinados comportamentos, ordenando a sociedade civil a impedir a total desestabilização do sistema social³⁸.

Ao se mencionar a existência de uma *ordem constitucional de valores*, não se trata de uma ordem hierarquizada de valores dentro da constituição, mas apenas de afirmar que há uma prévia seleção de valores realizada pelo poder constituinte originário. O que também não implica dizer que esta seleção é estática, uma vez que o próprio poder constituinte originário já elegeu a forma de alterar a ordem constitucional concebendo a dinâmica necessária para a incorporação de novos valores – através do poder constituinte derivado³⁹.

Modernamente se entende que é o povo que deve eleger os princípios, ou seja, os princípios devem derivar das expectativas sociais (*autopoiesi* – de Niklas Luhmann)⁴⁰.

Os direitos fundamentais de terceira dimensão têm como característica marcante o valor fraternidade, no qual o solidarismo social passa a ser dever juridicamente assegurado e com força obrigatória⁴¹, pois é incorporado à *ordem constitucional de valores*⁴².

O agir fraternal passa a implicar necessariamente num comportamento além do simples não prejudicar ao próximo, impondo-se como comando um agir, não mais facultado a liberdade moral de cada indivíduo, mas agora tido como necessário quando em prol do “fazer o bem ao próximo” com a carga coercitiva do Direito Penal. Dessa forma, a solidariedade opera como verdadeiro dever jurídico em sociedade, expressão mais forte do valor fraternidade⁴³.

Neste sentido, concebe-se o solidarismo como uma atitude racional, voltada à busca de um objetivo comum em que os homens associam-se para obter vantagens

³⁸ Conclusão obtida nos estudos das aulas ministradas pelo Professor Marco Antonio Marques da Silva, na disciplina “Teoria Geral do Direito”, semestre agosto-dezembro de 2012, no curso de Pós-Graduação em Mestrado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – SP.

³⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p.158 a 163.

⁴⁰ LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entedimiento comunicativo**. Barcelona: Anthropos, 1997.

⁴¹ ORTEGA, Yván Figueroa. **Delitos de infracción de deber**. Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”. Madrid: Dykinson, 2008, p. 123 a 130.

⁴² PALAZZO, Francesco. **Valores Constitucionais e direito penal**. Tradução Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989.

⁴³ ORTEGA, Yván Figueroa. **Delitos de infracción de deber**. Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”. Madrid: Dykinson, 2008, p. 126.

sociais, ou seja, a sociedade nada mais é do que uma empresa regida pela solidariedade. Nesta acepção, a solidariedade configura verdadeiro dever fundamental em sociedade, na medida em que deixa de integrar o campo da moral convergindo-se em verdadeiro dever jurídico positivo⁴⁴.

Nas palavras de Yván Figueroa Ortega,

a solidariedade entra assim dentro da categoria dos deveres fundamentais, é o primogênito dos deveres fundamentais, nasceu daquela atitude, abertura para os outros, obrigando a manter-se em coerência com os demais, fazendo o aporte necessário para o bem estar de todos. (tradução livre)⁴⁵

Pode-se apontar o contrato social⁴⁶ como uma metáfora da união dos homens em prol do bem comum, uma manifestação concreta do ideal expressado pelo vocábulo fraternidade, em que os sentimentos individuais são abstraídos⁴⁷.

Desse modo, solidariedade, como reflexo da terceira dimensão de direitos fundamentais, deve ser entendida como um *dever jurídico constitucional*, implicando numa nova tomada de postura, voltada à prática prioritária de comportamentos benevolentes na busca do bem coletivo, em que o individualismo e a busca indiscriminada pelo lucro serão substituídos pela responsabilidade social⁴⁸.

Os *deveres positivos* seriam os valores fraternais decorrentes da terceira dimensão dos direitos fundamentais, e relacionam-se diretamente com o agir solidariamente em sociedade, obrigações até então meramente impostas pela moral individual, e que agora são exigidas como deveres jurídicos positivos em sociedade.

A busca pela construção de um “mundo em comum” está ligada aos papéis exercidos por determinados cidadãos no convívio social, decorrente da especial confiança (*princípio da confiança*)⁴⁹ depositada em suas atividades não substituíveis

⁴⁴ ORTEGA, Yván Figueroa. **Delitos de infracción de deber**. Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”. Madrid: Dykinson, 2008, p. 125.

⁴⁵ “La solidaridad entra así dentro de la categoría de los deberes fundamentales, es el primigenio de los deberes fundamentales, nacido de aquella actitud de apertura hacia los otros, obligando a mantenerse cohesionado con los demás, haciendo el aporte necesario para el bienestar de todos”. Ibidem.

⁴⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Tradução Rolando Roque da Silva. Edição eletrônica: Editora Ridendo Castigat Mores (www.jahr.org). Acesso em 14 de agosto de 2013.

⁴⁷ ORTEGA, Yván Figueroa. **Delitos de infracción de deber**. Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”. Madrid: Dykinson, 2008, p. 124.

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ ALBUQUERQUE, Mário Pimentel. **Princípio da Confiança no Direito Penal: Uma introdução ao**

por alternativas organizacionais, fazendo com que, em decorrência do princípio da isonomia (direito fundamental de segunda dimensão – valor igualdade), a premissa valorativa inicial de determinadas condutas seja diferenciada das dos demais indivíduos que atuam num rol básico destinado a todo cidadão.

O Estado passa a exigir, com carga coercitiva do sistema jurídico, valores que, *a priori*, estariam alocadas no campo da moral e da ética, impondo aos cidadãos condutas positivas, em benefício de terceiro, ainda que o processo causal naturalístico que ensejou o resultado lesivo não tenha se originado diretamente do âmbito de organização daquele que pode impedir o resultado lesivo se tomar as medidas adequando para contê-lo, tudo com a finalidade de manter a estabilidade social.

Os papéis de protagonismo social, como aqueles relacionados à economia de livre mercado, quando falham no cumprimento de seus deveres são capazes de desestabilizar toda a estrutura social.

Dessa forma, ainda que não haja como conceber-se a ordem social sem a adoção da máxima “*não gerar danos a âmbitos de organização alheios*”⁵⁰, decorrente dos *deveres negativos*, deve-se entender que estes não são suficientes a uma tutela jurídica efetiva em uma sociedade pós-moderna⁵¹, na qual o novo contexto social introduz uma nova realidade as relações humanas.

Com a complexidade das relações sociais, torna-se necessário também que o Estado exija condutas éticas de determinados cidadãos que assumem papel de protagonismo social, não substituíveis por alternativas organizacionais. São os *deveres jurídicos positivos* destinados aos que atuam em subsistemas capazes de desestabilizar a estrutura social, com a finalidade de intensificar a confiança nas relações humanas.

Assim, os *deveres negativos* constituem apenas a base de qualquer sociedade, sobre eles é construída toda uma *ordem de deveres positivos* intrinsecamente ligados ao estágio cultural de cada nação, traduzida pela ordem

Estudo do Sujeito em Face da Teoria da Imputação Objetiva Funcional. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 121/122.

⁵⁰ ORTEGA, Yván Figueroa. **Delitos de infracción de deber.** Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”. Madrid: Dykinson, 2008, p. 107.

⁵¹ FARIA, José Eduardo. **Direito e Globalização Econômica: Implicações e perspectivas.** 1ª edição, 3º triagem. São Paulo: Editora Malheiros, p. 15/27.

constitucional de cada Estado soberano.

Entender o que é uma *ordem constitucional de valores*⁵² passa necessariamente pela compreensão do que é o valor, pelo entendimento da importância de determinados valores em sociedade e por que uns valores são juridicamente obrigados e outros não.

2.3 Sociedade Pós-Moderna e a ampliação da restrição da esfera da liberdade individual

Se por um lado é inevitável a ampliação da restrição à esfera de liberdade individual, com o incremento dos deveres jurídicos pela incorporação ao sistema jurídico de valores dos deveres positivos e com a utilização da força coercitiva oriunda do Direito Penal, por outro, não se pode negar que esta ampliação da intervenção estatal somente será legítima quando sopesada frente às demais garantias constitucionais, em especial os direitos fundamentais⁵³, que, para a doutrina jusnaturalista, são os próprios “direito do homem”.

Segundo Canotilho,

que as expressões direito do homem e direitos fundamentais são frequentemente utilizadas como sinônimos. Segundo sua origem e seu significado, poderiam distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensões jus naturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria

⁵² PALAZZO, Francesco. **Valores Constitucionais e direito penal**. Tradução Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989.

⁵³ Dependendo da perspectiva que se analise o que é um direito fundamental se chega a soluções distintas. Acerca do conceito de direitos fundamentais há três critérios, apresentados por Robert Alexy, para defini-los: i) material, ii) formal e/ou iii) estrutural. Sob os aspectos materiais os direitos fundamentais seriam aqueles decorrentes dos direitos subjetivos e neste sentido se confundiriam com os direitos fundamentais de primeira dimensão, sob o enfoque formal seriam aqueles que estão assim definidos topologicamente na Constituição Federal e, por fim, o estrutural seriam aqueles decorrentes da estrutura estatal, da forma de Estado adotada. No Brasil entendo que o critério adotado foi o formal atrelado ao material. Como o critério formal decorre do enunciado pela Constituição Federal e como nesta os direitos individuais, coletivos, sociais, políticos nacionalidade e partidos políticos estão dispostos no Título dos “Direitos Fundamentais”, logo possuem essa natureza. Pelo critério material decorre dos assim chamados pelo STF “direitos fundamentais esparsos análogos aos direitos fundamentais individuais, de primeira dimensão”, como a anterioridade eleitoral e anterioridade tributária. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 66/69.

natureza humana e daí seu caráter inviolável, atemporal e universal; já os direitos fundamentais seriam direitos objetivamente vigentes em uma ordem concreta.

Neste mesmo sentido, indica-se o caráter de cunho predominantemente didático na divisão entre as expressões “direitos do homem”, “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, sendo a primeira de cunho jusnaturalista, ainda não positivados; a segunda relacionada à posituação no direito em âmbito internacional; e, a terceira, como direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado, nestas duas últimas prevalecem acepções de cunho humanista⁵⁴.

Com efeito, pode-se afirmar que os *direitos fundamentais* decorrem de um processo legislativo interno de um determinado país, que eleva os valores à posituação, sendo então um direito outorgado e/ou reconhecido. Já os *direitos dos homens* possuem caráter supranacional, desvinculados de qualquer legislação prescritiva, inatos à própria condição humana.

Como não existe uma distinção pragmática entre os termos direitos fundamentais insculpidos na ordem constitucional e os direitos humanos decorrentes da ordem internacionais, uma vez que, na realidade, são meras distinções de corte terminológico por significar a mesma coisa, “direitos dos homens” enquanto limite intransponível ao Estado Soberano, em que sua supressão acarretaria verdadeira violação à autonomia moral do cidadão, fator de individualização e de autodeterminação da pessoa humana em sociedade⁵⁵.

O respeito ao multiculturalismo mundial materializa-se pela coexistência pacífica das diversas ordens constitucionais existentes, em que cada país estabelece os valores de sua organização social na sua constituinte, sendo esta, portanto, a fonte originária e legitimadora do direito positivo. Entretanto, os direitos fundamentais não seriam limitados à opção do Estado soberano, pois transcendem suas fronteiras.

É neste ponto que o sociologismo jurídico, com base no materialismo histórico,

⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

⁵⁵ ORTEGA, Yván Figueroa. **Delitos de infracción de deber**. Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”. Madrid: Dykinson, 2008, p. 127.

apresenta-se como meio científico adequado a estruturar as ciências jurídicas na sociedade pós-moderna⁵⁶, marcada pelo multiculturalismo em que os valores fundamentais variam conforme o contexto social, cultural, ético e moral de cada Estado Soberano e, dessa forma, a concretização de todas as dimensões dos Direitos Fundamentais se dão de maneira completamente distinta nos limites de cada soberania.

Assim, o dever jurídico positivo de solidarismo social, como consequência da própria evolução das dimensões dos direitos fundamentais, necessariamente deverá produzir efeitos, ainda que distintos, em cada país⁵⁷. Como os valores inerentes a cada cultura demarcam o enfoque prestigiado aos direitos fundamentais em determinado momento histórico por uma nação específica, cada país perceberá os reflexos desta ampliação da restrição à esfera de liberdade conforme sua ordem constitucional de valores, conforme seu estágio cultural⁵⁸.

Dessa forma, os efeitos percebidos em sociedade variaram também conforme o modelo de Estado adotado na Constituição, constituições liberais enaltecem as garantias individuais (direitos fundamentais de primeira dimensão), razão pela qual poucos reflexos serão percebidos. Já nas constituições democráticas de direito e nas constituições sociais, voltadas ao bem estar da coletividade, haverá um grande aumento dos deveres jurídicos positivos, na medida em que este modelo busca harmonizar interesses individuais e coletivos, a fim de alcançar o bem comum.

Sem embargo, creio que o meio que a solidariedade desprenderá seus efeitos com maior eficácia, será no Estado Social e democrático de Direito, por ser o mais justo entrelace de princípios coletivistas e individualistas, dos interesses da sociedade e do indivíduo. Em efeito, existe uma conexão indissolúvel entre a ideia de democracia e a de interesse comum, é dizer, entre a participação e o benefício de todos. Em uma democracia liberal é onde se relacionaram com maior perfeição os interesses da sociedade com os direitos dos cidadãos, onde se encontrará e deverá defender-se um limite da intervenção da coletividade sobre a liberdade individual. (tradução livre)⁵⁹

⁵⁶ FARIA, José Eduardo. **Direito e Globalização Econômica: Implicações e perspectivas**. 1ª edição, 3º triagem. São Paulo: Editora Malheiros, p. 15 a 27.

⁵⁷ ORTEGA, Yván Figueroa. **Delitos de infracción de deber**. Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”. Madrid: Dykinson, 2008, p. 129.

⁵⁸ Ibidem, p. 128.

⁵⁹ “Sin embargo, creo que el medio en que la solidaridad desplegará sus efectos con mayor eficacia, será en el Estado social y democrático de Derecho, por ser el mas justo enlace de principios colectivistas e individualistas, de los intereses de La sociedad y del individuo. En efecto, existe una conexión indisoluble entre la idéa de democracia y la de interés común, es decir, entre la participación y el beneficio de todos. En una democracia liberal es donde se relacionarán con mayor

Nesta acepção e evolução os direitos e as garantias fundamentais ganham novos contornos: *i) a liberdade*, até então regida pela autonomia privada de contratação, é relativizada passando a ser denominada autonomia da vontade nos limites da lei, da moral e da ordem pública instalada (conteúdo valorativo); *ii) a igualdade* também foi relativizada pela isonomia substancial, igualdade aos iguais e desigualdade aos desiguais na medida de sua desigualdade, surge à proteção ao hipossuficiente e *iii) a fraternidade* evolui para a solidariedade constitucional, exige-se o equilíbrio nas relações sociais, regidas pela boa-fé objetiva e pela função social.

Dessa forma, o bem estar coletivo vai ao encontro dos direitos básicos do cidadão, sendo o Estado Democrático de Direito a estrutura mais adequada ao advento das sociedades pós-modernas, com premissas que buscam harmonizar postulados interventivos com liberais, interesses individuais com coletivos, razão pela qual há uma íntima ligação entre liberdade, igualdade e solidariedade com o exclusivo fim de viabilizar a vida digna⁶⁰.

A liberdade está vinculada com o respeito do Estado a certos direitos fundamentais, é dizer, com o Direito entendido como garantia ao cidadão. Por sua parte, a dignidade se relaciona com o respeito do homem como fim em si mesmo, e a igualdade com que se não se faça distinções ou discriminações entre os cidadãos. (tradução livre)
61

Ainda que outro seja o modelo de Estado adotado, o essencial é a caracterização da solidariedade como dever jurídico constitucional, de cunho obrigatório e passível de responsabilização pela ausência de um comportamento benevolente, de um agir em prol da coletividade, ainda que não tenha sido o responsável direto pela ocorrência do dano ou perigo⁶².

Assim, é latente e fundamental a discussão doutrinária levantada, e os reflexos da interferência da solidariedade como *dever jurídico positivo* na sociedade pós-

perfección los intereses de la sociedad con los derechos del ciudadano, donde se encontrará y deberá defenderse un límite a la intervención de la colectividad sobre la libertad individual ORTEGA, Yván Figueroa. **Delitos de infracción de deber**. Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”. Madrid: Dykinson, 2008, p. 127-128.

⁶⁰ Ibidem, p. 127.

⁶¹ “La libertad está vinculada con el respeto del Estado a ciertos derechos fundamentales, es decir, con el Derecho entendido como garantía al ciudadano. Por su parte, la dignidad se relaciona con el respeto del hombre como fin en si mismo, y la igualdad con que no se hagan distinciones o discriminaciones entre los ciudadanos”. Ibidem, p. 126.

⁶² ORTEGA, Yván Figueroa. **Delitos de infracción de deber**. Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”. Madrid: Dykinson, 2008, p. 128.

moderna, este altera radicalmente as relações entre direito e moral, repercutindo diretamente no conteúdo material de injusto penal.

O surgimento de novos bens jurídicos penais está umbilicalmente relacionado com “os gestores atípicos da moral”⁶³, em que o elevado poder persuasivo de ecologistas, feministas, consumidores, associações e sindicatos postulam uma expansão do Direito Penal em busca da proteção do interesse de uma coletividade ou grupos de pessoas, mesmo que em detrimento de direitos fundamentais individuais do cidadão “não representado”.

A análise dos tipos penais passa a relevar a relação de especial confiança em determinados posições sociais, na prevenção de danos e valora esta posição como ponto de partida da responsabilização criminal.

A racionalidade do discurso jurídico penal pós-moderno está diretamente ligada à constatação de que o indivíduo, quando atua em sociedade, se depara com posições jurídicas especiais nas quais os tipos penais não preveem apenas um “não gerar danos a terceiros” na sua liberdade de organização (*deveres negativos*).

Os valores sociais na sociedade pós-moderna superam este dever (negativo), impondo a obrigação de atuações positivas, em benefícios de outros âmbitos de organização (como a Administração Pública). São os *deveres positivos*, que na prática são deveres de colaboração, ao invés do mero respeito, é a responsabilidade social, decorrente do solidarismo social como *dever jurídico positivo fundamental* e de *ordem constitucional* permeando seus postulados na caracterização do injusto penal.

Os crimes são analisados como delitos especiais, próprios, impondo à necessidade de que o autor (*intraeus*), seja dotado de uma qualificação especial, devido a sua relação com o bem jurídico protegido, a qual é mais intensa que a dos demais cidadãos (*extraneus*)⁶⁴.

A construção de uma figura como delito especial supõe uma

⁶³ SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria. **La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales**. 2ª edición. Madri: Civitas, 2001.

⁶⁴ MARTÍN, Adán Nieto. **Autoría y Participación en el Derecho Penal Económico**. Portal Iberoamericano de Derecho Penal. Disponível em: www.uclm.es/idp, 2002, p. 01.

importante decisão valorativa por parte do legislador que vai ao encontro com o carácter fragmentário do direito penal. Pois com ele indica que de todo o espectro de comportamentos lesivos para o bem jurídico protegido unicamente o parece suficientemente graves os procedentes de sujeitos que tem um especial vínculo, uma especial relação com o bem jurídico protegido. (tradução livre) ⁶⁵

Não significa dizer que a dogmática jurídico-penal irá exclusivamente valorar diversamente condutas em razão de posições jurídicas pré-estabelecidas (rol especiais) ⁶⁶ para construir a esfera do profano, mas que não deve prescindir da especial confiança depositada em determinadas posições jurídicas ocupadas em sociedade.

O cidadão, ao desempenhar suas atividades não substituíveis por alternativas organizacionais, deve estar conscientizado da responsabilidade social oriunda de sua posição social de protagonismo, relação esta essencial para auferir o injusto penal nas sociedades pós-modernas.

Nesse sentido a doutrina, particularmente alemã, designa os delitos especiais como delitos consistentes em infrações de dever. E deles se extrai importantes consequências dogmáticas em matéria de autoria e participação. Nesse tipo de delitos o critério que determina a diferença entre autores e partícipes não é o domínio do fato – como ocorre com a generalidade de delitos (delitos de domínio) – mas sim a infração de dever. (tradução livre) ⁶⁷

Nesta ótica, para verificar a ocorrência do injusto penal, é imprescindível a análise da posição jurídica (rol jurídico) ocupada pelo agente, como premissa valorativa inicial no momento de definir a tipicidade ou atipicidade da conduta nos delitos especiais que tutelam bens jurídicos. A distinção entre ação e omissão torna-

⁶⁵ “La construcción de una figura como delito especial supone una importante decisión valorativa por parte del legislador que entronca con el carácter fragmentario del derecho penal. Pues con ello indica que de todo el espectro de los comportamientos lesivos para el bien jurídico protegido únicamente le parecen lo suficientemente graves los procedentes de sujetos que tienen un especial vínculo, una especial cercanía con el bien jurídico protegido”. MARTÍN, Adán Nieto. **Autoría y Participación en el Derecho Penal Económico**. Portal Iberoamericano de Derecho Penal. Disponível em: www.uclm.es/idp, 2002, p. 01.

⁶⁶ SÁNCHEZ, Bernard Feijoo. **Imputación Objetiva en el Derecho Penal Económico**. Buenos Aires: Editorial Bdef, p. 214/217.

⁶⁷ “En este sentido la doctrina, particularmente alemana, designa a los delitos especiales como delitos consistentes en la infracción de un deber. Y de ello extrae importantes consecuencias dogmáticas en materia de autoría y participación. En este tipo de delitos el criterio que determina la diferencia entre autores y partícipes no es el dominio del hecho – como ocurre en la generalidad de delitos (delitos de dominio) - sino la infracción del deber”. MARTÍN, Adán Nieto. **Autoría y Participación en el Derecho Penal Económico**. Portal Iberoamericano de Derecho Penal. Disponível em: www.uclm.es/idp, 2002, p. 02.

se um irrelevante para a dogmática dos delitos especiais, a confiança depositada nos ocupantes desses rols enseja responsabilidade em impedir que o resultado lesivo ocorra.

A ampliação material do injusto penal possibilita a responsabilidade penal diante do descumprimento aos regulamentos administrativos e as normativas extrapenais. São as denominadas *infrações de deveres*, tipos penais que indicam a existência de uma categoria de fatos puníveis decorrente da infração de deveres por sujeitos com características especiais. Nem todas as pessoas praticam esses delitos especiais, já que estes decorrem de uma especial condição identificada no autor (*intraneus*)⁶⁸.

Isto se deve primordialmente à maior valoração da conduta do *intraneus*, que condiciona a responsabilização criminal do agente ao especial dever de ajuda e de solidariedade, o que, por sua vez, implica numa ampliação da restrição da esfera de liberdade individual, das possibilidades de se autodeterminar moralmente do que a dos demais cidadãos (*extraneus*)⁶⁹.

A especial confiança depositada no exercício de atividades não substituíveis por alternativas organizacionais quando falham também são capazes de desestabilizar a estrutura social⁷⁰.

É impossível em uma sociedade não existir expectativas previsíveis, ou seja, “certa confiança em que a generalidade dos indivíduos irá agir de forma previsível em função tanto do “status social” de cada um, como das normas pelas quais pautam suas condutas”⁷¹. De acordo com a atribuição de funções, a sociedade delimita o âmbito de responsabilidade.

Cabe destacar que essa “confiança” adquire uma conotação mais lógica do que psicológica. Em uma sociedade globalizada e altamente desenvolvida não se espera esse nível de confiança em contatos sociais superficiais e temporários⁷².

⁶⁸ MARTÍN, Adán Nieto. **Autoría y Participación en el Derecho Penal Económico**. Portal Iberoamericano de Derecho Penal. Disponível em: www.uclm.es/idp, 2002, p. 01/03.

⁶⁹ Ibidem, p. 01/08.

⁷⁰ SÁNCHEZ, Bernard Feijoo. **Imputación Objetiva en el Derecho Penal Económico**. Buenos Aires: Editorial Bdef, p. 208.

⁷¹ ALBUQUERQUE, Mário Pimentel. **Princípio da Confiança no Direito Penal: Uma introdução ao Estudo do Sujeito em Face da Teoria da Imputação Objetiva Funcional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 119.

⁷² ALBUQUERQUE, Mário Pimentel. **Princípio da Confiança no Direito Penal: Uma introdução ao**

A credibilidade, transparência e confiança na conduta dos agentes ocupantes de rols especiais⁷³, papéis de protagonismos, são essenciais para manutenção de estabilidade social, a desconfiança no comportamento esperado intensifica ainda mais a insegurança, que já é condição inerente à sociedade globalizada, em que o risco, o perigo são eminentes, criando o cenário ideal para a “expansão do direito penal”⁷⁴.

2.4 Globalização e a “Sociedade de Risco”: reflexos no sistema jurídico penal

Com a globalização, a sociedade se caracteriza pelas relações de comunicação, em que o modelo social pós-industrial desenvolve uma complexa rede de processos comunicativos inovadores na economia, política, tecnologia e na cultura.

Basicamente caracterizada por uma macroeconomia, a globalização torna as estruturas sociais pós-industriais ainda mais complexas, abandona-se o perfil familiar nas empresas passando esta a constituir estruturas multinacionais. O advento da internet, dos meios de comunicação em tempo real, das novas formas de transporte e locomoção, do livre trânsito das pessoas, da velocidade do fluxo de informações transmitidas via satélite colaboram para o incremento do risco social, ou seja, é inegável a relação direta entre a globalização e a “Sociedade do Risco”⁷⁵.

A globalização⁷⁶, como fenômeno econômico empresarial, introduz um aparato organizacional que permite o crime adquirir uma grande capacidade de diversificação, de modo que não se pode mais identificar de forma clara o lugar, o tempo e a conduta delitiva. Uma opacidade marca essas novas condutas criminosas, invisíveis à identificação penal. “O crime é cada vez menos um ato e cada vez mais um conjunto de atos imperceptíveis como ilícitos e só a reconstituição

Estudo do Sujeito em Face da Teoria da Imputação Objetiva Funcional. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 121/122.

⁷³ SÁNCHEZ, Bernard Feijoo. **Imputación Objetiva en el Derecho Penal Económico.** Buenos Aires: Editorial Bdef, p. 214/217.

⁷⁴ SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria. **La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales.** 2ª edición. Madri: Civitas, 2001.

⁷⁵ BECK, Ulrich. **O que é a globalização.** Tradução André Carone. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1999.

⁷⁶ Ibidem.

do todo revela os traços de cada um das partes”⁷⁷.

A “criminalidade de massa” (centrada na vida, integridade, saúde e propriedade individualizada) dá lugar à expansiva “criminalidade moderna” (bens jurídicos supra individuais que constituem uma abstração conceitual para fazer referência a um conjunto de interesses individuais, destacando-se apenas pelo caráter coletivo do ataque e lesões massivas a bens jurídicos individuais), as novas relações sociais tornam-se novos padrões de criminalização. Nessa nova ordem, o Direito Penal não tutela propriamente a aquisição da propriedade, mas a periculosidade e o controle das consequências de seu uso (gerenciamento do capital)⁷⁸.

Neste novo contexto mundial, há duas espécies de criminalidade organizada que se aproveitam desta nova realidade e que são amplamente debatidos pela doutrina penal e processual: i) do tipo *organização criminal* e ii) do tipo *empresarial*.

A primeira ganhou notoriedade com as organizações criminosas do tipo mafiosa italianas, como a Cosa Nostra, Camorra e Stidda, alvo da Operação Mãos Limpas, e tem como características o apadrinhamento de novos integrantes, que, através de um ritual de iniciação, busca atingir o domínio local ou de uma região, onde a vítima é difusa. Pode surgir de quatro formas: i) na cadeia entre grupo de presos; ii) união de pequena quadrilha liderada por um chefão; iii) através de laços de sangue; iv) união de grupos que visam o monopólio de mercadorias. A segunda, à semelhança do tipo mafiosa, também tem como destinatário vítimas difusas, porém, diferencia-se desta por ser composta por uma estrutura totalmente empresarial, e se utiliza das facilidades advindas desta realidade complexa para praticar crimes e sair impune. Não busca outro objetivo senão o lucro financeiro, e seus integrantes são empresários, agentes políticos ou especialistas de algum segmento⁷⁹.

Importante ressaltar que não se trata de uma tentativa estagnada de classificar

⁷⁷ MIRANDA RODRIGUES, Anabela. **Globalização, Democracia e Crime**. Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais - Visão Luso-Brasileira - Coord. Costa, José de Faria & Silva, Marco Antonio Marques da - São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 284.

⁷⁸ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Criminalidade Moderna versus Criminalidade de Massa. Criminologia e os problemas da Atualidade**/ organizadores Alvinio Augusto de Sá, Sérgio Salomão Schecaira. São Paulo: Atlas, 2008, p. 146/147.

⁷⁹ MONTEIRO, Marcelo Valdir. **Crime Organizado e Criminologia. Criminologia e os problemas da Atualidade**/ organizadores Alvinio Augusto de Sá, Sérgio Salomão Schecaira. São Paulo: Atlas, 2008, 218/219.

a criminalidade e os delitos praticados por ele, apenas de retratar o contexto que elas incidem. Assim, a criminalidade moderna é a maneira pela qual a sociedade pós-moderna se representa criminalmente⁸⁰.

A criminalidade moderna vai diretamente ao encontro da criminalidade organizada, principalmente a *criminalidade organizada do tipo empresarial*. Percebe-se que da mesma forma como a sociedade, a criminalidade também evoluiu⁸¹.

Esta nova criminalidade utiliza as lógicas e as potencialidades da globalização para a organização do crime, permitindo que grupos criminosos homogêneos aproveitem as vantagens que oferece o novo espaço mundial, com a criação de zonas de comércio livre em algumas regiões do mundo, nas quais se produz uma permeabilização econômica das fronteiras nacionais e se reduzem os controles. Neste “mercado gigantesco” para que evoluiu a economia mundial, existe uma procura de bens proibidos que, agora por este motivo, o converte em idôneo para a proliferação de organizações criminosas.

Um cidadão de uma nação passa a ser cidadão do mundo, e esta quebra de barreiras gera uma delinquência transnacional, com motivação essencialmente econômica, que atinge vítimas difusas, podendo até violar a ordem econômica de toda a comunidade global, e não apenas de um Estado⁸²: “as vítimas não são mais individualizadas, não se limitando ao território nacional, tendo uma característica econômica e massificada”⁸³.

O surgimento de interesses supra individuais e as necessidades de uma tutela penal preventiva apresentam-se ineficazes frente à doutrina penal tradicional. A busca pela celeridade no Direito Processual Penal, bem como a necessidade de um controle efetivo da criminalidade moderna impõem-se como grande missão dos juristas da atualidade⁸⁴.

⁸⁰ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Criminalidade Moderna versus Criminalidade de Massa. Criminologia e os problemas da Atualidade/** organizadores Alvin August de Sá, Sérgio Salomão Schecaira. São Paulo: Atlas, 2008, p. 146/147.

⁸¹ MONTEIRO, Marcelo Valdir. **Crime Organizado e Criminologia. Criminologia e os problemas da Atualidade/** organizadores Alvin August de Sá, Sérgio Salomão Schecaira. São Paulo: Atlas, 2008, 217/219.

⁸² BECK, Ulrich. **O que é a globalização.** Tradução André Carone. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1999.

⁸³ SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito.** São Paulo: J. de Oliveira, 2001, p. 151.

⁸⁴ PEREIRA, Claudio José Langroiva. **O direito penal pós-moderno e a expansão econômica supra-nacional.** Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais - Visão Luso-

Ao ultrapassar fronteiras entre os países, não respeitando as normativas de nenhuma dessas nações, utilizando uma estrutura organizada permite uma interligação entre redes licitas e ilícitas, atuando na omissão legislativa dos países⁸⁵.

Todo esse cenário possibilita que a economia do livre mercado acabe por ocupar e readaptar os limites da soberania estatal, sem, contudo, negá-la⁸⁶. São os denominados “espaços livres” que não possuem existência no plano físico, são meras ficções, criadas pelo intelecto humano para explicar uma diferente forma de proceder nas relações intersubjetivas⁸⁷. Os estados soberanos não atuam na totalidade dos processos humanos, nos quais, por vezes, determinadas posições sociais adquirem uma relevância social (rols especiais) equiparadas em grau de importância ao Estado para a estabilidade da estrutura social.

Nesse trabalho será abordada especificamente a atuação da *criminalidade organizada do tipo empresarial* e suas repercussões no âmbito do Direito Penal Econômico, em particular no que se refere à responsabilidade penal pelo produto colocado no mercado de consumo.

2.5 O protótipo do Direito Penal Moderno

O discurso jurídico penal e processual penal somente será adequado e racional se produzido, conhecido e aplicado conforme a realidade social vigente, em razão da impossibilidade de desassociar o Direito Penal e Processual Penal de seu

Brasileira - Coord. Costa, José de Faria & Silva, Marco Antonio Marques da - São Paulo: Quartier Latin, 2006.

⁸⁵ Nessa linha Cláudio Pereira sugere quatro aspectos básicos que devem estar presentes na integração regional para o combate da criminalidade transnacional: 1- a criação de um sistema integrado entre direito penal, processo penal, execução de penas e força policial; 2- a eleição de bens jurídicos de caráter difuso, comum (Direito Penal Comunitário); 3- o reconhecimento da responsabilidade da Pessoa Jurídica, através de uma concepção restruturada da teoria do delito; 4- a adequação das legislações regionais no tocante aos bens jurídicos comuns. PEREIRA, Claudio José Langroiva. **O direito penal pós-moderno e a expansão econômica supra-nacional**. Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais - Visão Luso-Brasileira - Coord. Costa, José de Faria & Silva, Marco Antonio Marques da - São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 814.

⁸⁶ 3º CID - Congresso Internacional de Direito. Mesa de Debates 4 - O Direito Internacional e a Soberania dos Estados. Expositor: Prof. Kafft Kosta. Realizado nos dias 02 e 03 de dezembro de 2010.

⁸⁷ Conclusão obtida nos estudos das aulas ministradas pelo Professor Cláudio José Langroiva Pereira, na disciplina “Política Criminal e os fins do Processo Penal no Estado Democrático de Direito”, semestre agosto-dezembro de 2010, no curso de Pós-Graduação em Mestrado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – SP.

contexto histórico. Se a realidade apresenta-se como moderna, as condições impostas ao Direito Penal e Processual Penal são de que estes também se modernizem.

Nessa linha, a modernização do Direito Penal e Processual Penal torna-se um tema de grande repercussão mundial, na medida em que demarca a ruptura do antigo com o novo, do clássico com o moderno; como em todo momento de transição, o receio ao novo justifica-se, mas não deve ser rechaçado de plano.

Ao se expandir sob a justificativa de cumprir os ideais prevencionista, depara-se o Direito Penal e Processual Penal com dilemas estruturais internos, demandando uma mudança de paradigma no discurso jurídico-penal tradicional⁸⁸.

A constatação de problemas envolvendo o *déficit* de sistematização na tutela do subsistema econômico faz com que o Direito Penal tradicional passe a ser redesenhado na busca de um Direito Penal eficiente ao combate preventivo dos novos riscos, utilizando-se de um subsistema próprio, peculiar, hábil a controlar a criminalidade organizada do tipo empresarial, ainda que, neste caminho, garantias individuais, como os direitos fundamentais de primeira dimensão, sejam relativizados em benefícios dos anseios sociais de segurança⁸⁹.

O Direito Penal e Processual Penal, como sistema aberto, possibilita uma aplicação mais adequada e satisfatória aos problemas atuais, preservando os conhecimentos já adquiridos e respeitando diretrizes próprias do sistema penal tradicional, mas não de forma a impor um caminho definitivo e fechado, permitindo a aplicação que melhor se coadune com o caso concreto.

Busca-se a transformação da aplicação do direito, de uma lógica meramente formal para uma lógica argumentativa, sem o perigo de se reduzir a um subjetivismo ou de uma imprecisão científica. Neste sentido, o sistema penal não aspira a uma validade absoluta, mas deve estar de acordo com a estrutura ideológica-política geral, na qual foi elaborado e em função da qual deve operar⁹⁰.

A adoção de um sistema penal e processual penal aberto, permeável aos valores e princípios constitucionais, tem a missão de revalidação dos valores

⁸⁸ HASSEMER, Winfried. CONDE, Muñoz. **La Responsabilidad por El producto em derecho penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 1995, p. 139.

⁸⁹ Ibidem.

⁹⁰ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. **Sistema de Penas Dogmática Jurídico-Penal e Política Criminal**. São Paulo: Cultural paulista, 2002, p. 27.

vigentes em determinado momento histórico e, por consequência, se permite um maior dinamismo na a proteção de bens jurídicos na esfera penal.

Em nenhum momento, ao propor um sistema aberto ao Direito Penal, se pretende acabar com os tipos penais formulados pelo legislador, com toda a base estrutural lógico-objetiva da ciência penal; apenas significa ter um referencial a mais ao sistema penal, buscando uma aptidão prática para buscar argumentação em outros pilares dinâmicos, alcançando conclusões não fechadas à realidade moderna⁹¹.

Será do modelo econômico imposto pela ordem constitucional vigente que se desprenderá a legitimidade do Direito Penal Econômico (mandados de criminalização – artigo 170 CF), visando garantir a tutela dos indivíduos quando atuando em posições concretas na vida em sociedade, como o trabalhador, o consumidor, o investidor ou interagindo no meio ambiente; bem como a necessidade de que o Estado atue como poder financeiro na arrecadação e aplicação de recursos, intervindo para regulamentar juridicamente a atuação dos poderes econômicos⁹².

O universo jurídico, por ser uno e sistêmico, deve harmonizar-se, estando de um lado o Direito Penal tradicional, baseado nos direitos e garantias fundamentais individuais constitucionais, e de outro o Direito Penal microssistemizado, com sede constitucional, no entanto, fundamentado também nos direitos sociais e econômicos.

O Direito Penal composto por microssistemas afasta-se da rigidez do Direito Penal tradicional, e, criminalizando algumas condutas especiais, cria paradigmas particulares, causalidade particular, culpabilidade particular, imputação particular, tipicidade particular, surgindo uma nova forma de aplicação penal e processual penal no tocante a cada microssistema específico⁹³.

Em um primeiro momento a doutrina caracterizou o Direito Penal Econômico a partir da ideia da proteção de bens jurídicos: i) bens jurídicos supra individuais relativos à intervenção, organização e regulamentação estatal da ordem socioeconômica (teoria restritiva) ou ii) bens jurídicos relativos tanto a essa ordem

⁹¹ Ibidem, p. 190.

⁹² ZAPATERO, Luis Arroyo. **Delitos socioeconómicos**. En Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte Especial), Estudios de Derecho Judicial, 1996, p. 362.

⁹³ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. Direito Penal – sistemas, códigos e microssistemas jurídicos. Curitiba: Juruá, 2004, p. 83.

socioeconômica (supra individuais) como a bens individuais (teoria extensiva) ⁹⁴.

Assim, Direito Penal Econômico, em sentido estrito, seria aquele que protege exclusivamente bens jurídicos supra individuais, porquanto visa tutelas estatais relativas à intervenção na economia e organização na ordem socioeconômica. Os delitos econômicos seriam aqueles que violassem as bases do Estado Democrático de Direito, como a ordem econômica, a ordem tributária, o sistema financeiro nacional, a livre iniciativa, a soberania nacional, a livre concorrência, entre outras, que colocam em risco a economia estatal, o próprio Estado e a sociedade. Orientados por uma tutela supra individual são interesses da sociedade como um todo ⁹⁵.

Em sentido amplo, percebe-se que o Direito Penal Econômico altera seu enfoque sobre qual bem jurídico é violado, se de natureza supra individual (sentido restrito) ou individual e supra individual (sentido amplo), para uma análise no tocante à relação de confiança, transparência e credibilidade que envolve determinadas posições nas relações econômicas ⁹⁶.

Para Eduardo Demetrio Crespo o Direito Penal *na* Empresa ⁹⁷ possui esse caráter mais amplo do Direito Penal Econômico.

Atualmente a sociedade pós-moderna ⁹⁸ clama por um correto funcionamento nas relações de mercado, principalmente no tocante à colocação de produtos no mercado de consumo. Trata-se de uma nova necessidade social, a confiança, transparência e credibilidade passam a ser fatores decisivos; produtos nocivos expostos à venda podem gerar lesões massivas a bens jurídicos individuais, atingindo desde a integridade física, saúde e causando até mesmo mortes (vida), o que põe em cheque todo o sistema operacional da economia de livre mercado.

Para que um produto seja colocado no mercado de consumo, o processo de produção é dividido em várias tarefas exercidas por profissionais diversos, cada um

⁹⁴ SÁNCHEZ, Bernard Feijoo. **Imputación Objetiva en el Derecho Penal Económico**. Buenos Aires: Editorial Bdef, p. 206/209.

⁹⁵ Ibidem.

⁹⁶ Ibidem.

⁹⁷ CRESPO, Eduardo Demetrio. **Responsabilidad penal por omisión del empresário**. Madrid: Lustel, 2009, p. 01/02. O autor difere a “criminalidade *da* Empresa”, como aquela praticada no interesse da empresa, por um sujeito que participa do sistema econômico; da “criminalidade *na* empresa”, a qual tem lugar dentro da empresa por um de seus órgãos contra outros ou até mesmo contra si mesmo.

⁹⁸ FÁRIA, José Eduardo. **Direito e Globalização Econômica: Implicações e perspectivas**. 1ª edição, 3º triagem. São Paulo: Editora Malheiros, p. 15/27.

com sua função setorizada, formando uma unidade complexa. A organização através da divisão de tarefas, do ponto de vista estrutural nas relações empresárias, acaba por dificultar a responsabilidade penal pelo produto.

Nesse novo cenário, não há uma distorção ou uma ampliação sobre os tradicionais conceitos de autoria e participação, mas sim um verdadeiro e notável câmbio metodológico do princípio da imputação penal.

A adequação do sistema jurídico a esse novo método de imputação encontra fundamento na relativização dos princípios constitucionais. Os limites entre a responsabilização penal dos níveis superiores da estrutural empresarial pelo produto e a modernização do discurso jurídico penal e processual penal devem se guiar pela efetivação dos direitos fundamentais.

Assim, a legitimidade da responsabilidade penal pelo produto no âmbito da Direito Penal Econômico depende, para tanto, da adaptação desse subsistema com os princípios constitucionais, como a legalidade, culpabilidade, presunção de inocência e a individualização da pena, cristalizados no Estado de Direito, muitos desses valores sedimentados são necessários e adequados ao desenvolvimento de estratégias de intervenção penal no âmbito econômico.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NA RESPONSABILIDADE PENAL PELO PRODUTO: UMA ADEQUAÇÃO NA MEDIDA DO POSSÍVEL

3.1 Princípios constitucionais na Sociedade Pós-moderna

Antes o sistema jurídico era fechado, vigorava o mundo das regras, apenas diante de omissões legais o juiz poderia decidir sem vinculação a letra da lei⁹⁹. Essa ferramenta do positivismo apresenta-se como o mais primitivo e ingênuo resquício desse movimento¹⁰⁰. A fim de evitar esta visão simbólica do Direito, marcas do velho positivismo, o posicionamento pós-moderno utiliza a nova hermenêutica e a Teoria dos Direitos Fundamentais para alterar a função dos princípios¹⁰¹.

Os princípios ocupam um papel totalmente oposto da visão clássica, de fonte subsidiária do direito utilizada excepcionalmente diante de lacunas da lei, passa a ser aplicado como fonte primordial e essencial da aplicação do ordenamento jurídico. Refletindo diretamente em todo o ordenamento jurídico e no processo de formação do direito a superação dos princípios gerais pelo primado dos princípios constitucionais¹⁰².

Os princípios constitucionais ganham carga normativa, passando a vincular e a determinar as condutas humanas, são erigidos ao ápice do ordenamento jurídico, com força constitucional dotados de supremacia¹⁰³.

Trata-se de uma releitura do sistema jurídico, base para a modernização do discurso jurídico penal e processual penal, com a introdução de ideais de justiça e legitimidade.

O pós-positivismo não provoca a desconstrução de todo o conjunto de regras até então desenvolvido, superando-as no seu aspecto tradicional ao inovar com

⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 10ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 110/113.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 114/115.

¹⁰¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 53/65.

¹⁰² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 10ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 112/113.

¹⁰³ PEDRA, Anderson Sant'Ana. **Os fins sociais da norma e os princípios gerais de direito**. p. 03. Artigo disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3762>>. Acesso em 10 de outubro de 2011.

ideias mais preocupadas com a justiça e os fins sociais.

É como se as regras estivessem ligadas à subsunção - e com isso se daria razão ao positivismo -, e os princípios estivessem ligados às teorias argumentativas. Ou que os casos simples (*easy cases*) pudessem ser resolvidos por raciocínios causais-explicativos e os casos difíceis (*hard cases*) demandassem raciocínios mais complexos, como a ponderação.¹⁰⁴

Com efeito, no *positivismo*: i) o intérprete há de ter uma postura *neutra*, apenas *inferindo* o sentido já embutido no enunciado legal; ii) o sistema jurídico é visto como *fechado/completo*, marcando-se pela *unidisciplinariedade*; iii) dá-se a supremacia da *lei* (foco no *texto legal* – prevalência da *lex*), destacando-se a normatividade das *regras*; iv) trabalha-se no âmbito do *ser/dever ser*; v) a interpretação se dá *in abstracto*, ocorrendo a inconstitucionalidade da *norma*, esta encarada como *objeto* da interpretação (o preceito normativo é o *ponto de chegada* – o fato concreto não é valorizado); vi) reina na hermenêutica o método *subsuntivo/silogístico (ciência)*, com predomínio do valor *segurança*; vii) há *rigidez* na separação funcional do poder; viii) o papel do juiz é *passivo*, na função de mero *reprodutor* da *lei* (o juiz *descreve* a realidade).

Já no *pós-positivismo*: i) o intérprete há de ter uma postura *construtiva*, *atribuindo* sentido ao enunciado legal; ii) o sistema jurídico é visto como *aberto/complexo*, marcando-se pela *interdisciplinaridade*; iii) dá-se a supremacia da *Constituição* (foco no *contexto fático-jurídico* – prevalência do *jus*), destacando-se a normatividade dos *princípios*; iv) trabalha-se no âmbito do *poder ser*; v) a interpretação se dá *in concreto*, ocorrendo a possibilidade de inconstitucionalidade dos *efeitos* da norma, esta encarada como *resultado* da interpretação (o preceito normativo é o *ponto de partida* – o fato concreto é valorizado); vi) reina na hermenêutica o método *ponderativo (prudência)*, com predomínio do valor *justiça*; vii) há *flexibilidade* na separação funcional do poder; viii) o papel do juiz é *ativo*, na função de verdadeiro *produtor* do *direito* (o juiz *transforma* a realidade)¹⁰⁵.

A normatividade dos princípios eleva-os à categoria de fonte primária do

¹⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 10ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 116.

¹⁰⁵ MARANHÃO, Ney Stany Morais. **O fenômeno pós-positivista. Considerações gerais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2246, 25 ago. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13387>>. Acesso em: 14 mar. 2011.

Direito, utilizada em todo e qualquer caso concreto, acarretando a estes funções dentro do sistema jurídico (multifuncionais - sistema aberto). Por força da função *sistematizadora* dos princípios, é certo que outras normas jurídicas neles encontram o seu fundamento de validade, em que os princípios compõem o sistema jurídico pós-moderno, sendo também a base do subsistema penal e processual penal econômico.

Os princípios não só orientam a interpretação de todo o ordenamento jurídico (função hermenêutica), como também cumpre o papel de suprir eventuais lacunas do sistema (função supletiva ou integradora). Estes devem ser utilizados como vetores hermenêuticos na aplicação das normas constitucionais como das infraconstitucionais.

Assim, os princípios constitucionais devem nortear o Direito Penal e Processual Econômico, adequando estes subsistemas jurídicos à realidade social, a fim de que se alcance maior eficácia no combate a criminalidade organizada do tipo empresarial.

3.2 Mas o que são princípios?

Normalmente os direitos fundamentais decorrentes da ordem constitucional de valores são princípios, o que não significa dizer que todos os direitos fundamentais são necessariamente princípios.¹⁰⁶

O modelo de sistema jurídico normativo composto por princípios e regras surge em substituição ao modelo subsuntivo (subsunção fato a lei estrita - única resposta está na regra aplicável) e ao discricionário (na ausência de lei, lacuna legislativa, o juiz poderá decidir o caso concreto).

Conforme fundamenta Robert Alexy a norma jurídica é o gênero, do qual os princípios e as regras são espécies, ambos utilizados para fundamentar e decidir

¹⁰⁶ Alguns direitos fundamentais elencados na Constituição Federal, no Título II reservado aos Direitos Fundamentais, são regras, e não princípios, como o “Art. 5º, inciso XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis”. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 65/84.

casos concretos.¹⁰⁷ Diferentemente de Hans Kelsen, o qual repudia os princípios como fonte do direito, estes por não serem normas jurídicas não estão inseridos na estrutura escalonada do direito positivo – no sistema jurídico¹⁰⁸.

O termo “norma” é caracterizado pela variedade de sentidos, uma vez que tem se as normas religiosas, morais, políticas, etc., sendo, portanto, essencial compreender o que é norma para as ciências jurídicas, já que o sentido do seu conceito determinará suas consequências.¹⁰⁹

Para sua compreensão é essencial que se entenda a distinção entre “norma” e “enunciado normativo”¹¹⁰. Este é a forma linguística que expressa uma norma, ao passo que a norma é a significação construída com base no caso concreto e a partir de um enunciado normativo; assim, efetivamente, a norma jurídica designa algo que deve acontecer em concreto (plano do “dever ser” - deontológico), de uma determinada maneira¹¹¹.

Logo, o essencial é compreender que, ao se tratar de enunciados normativos jurídicos, se estará diante de princípios ou regras e, ainda, que cada espécie possua sua característica peculiar, ambas as espécies por serem enunciados normativos jurídicos se alocam no plano deontológico, ou seja, no plano das prescrições, do “dever ser”, que não se confunde com o plano do “ser”, plano ontológico, do que faticamente aconteceu, a realidade¹¹².

No plano empírico, somente pode-se inferir um *juízo de certeza* depois do fato ter ocorrido, somente com a experiência realizada é que se poderá dizer se é verdadeiro ou falso o juízo previamente expressado. Mas no plano deontológico não se fala em verdade ou falsidade e sim em validade, em que a norma jurídica é

¹⁰⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008 p. 85/179.

¹⁰⁸ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 51/52.

¹¹⁰ Esta forma de distinção terminológica é adotada por diversos autores, como Alf Ross, Hans J. Wolff, Georg H. V. Wrigth, Hans Kelsen, Robert Alexy, apesar de distinções na fundamentação e consequência. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 53.

¹¹¹ Ibidem, p. 53/65.

¹¹² CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, Linguagem e Método**. São Paulo: Noeses, 2008. VILANOVA, Lourival. *As estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo*. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2010.

avaliada segundo o modo ontológico da possibilidade (*juízo de possibilidade*) e não do que realmente ocorreu (*juízo de certeza*).¹¹³

Entretanto, existem vários outros sentidos de norma jurídica como em: Hans Kelsen – ato de vontade pelo qual se ordena o permitido, obrigado ou proibido; Nicklas Luhmann – expectativa de comportamento contrafaticamente estabelecido; John Austin – imperativo; Theodor Geiger – modelo de conduta respeitado ou quando não uma consequência, que é a reação social; H. L. A. Hart – regra social.¹¹⁴

Pontes de Miranda prefere falar simplesmente em incidência da regra de direito, não tendo se mostrado estimulado a compor uma teoria da norma¹¹⁵. A teoria da norma, para Paulo de Barros Carvalho, se refere àquela que se manifesta no plano deôntico, no arcabouço lógico, mas também em sua dimensão semântica e pragmática, analisando a norma num aspecto intranormativo e extranormativo.¹¹⁶

Robert Alexy inicia sua teoria sobre normas jurídicas apontando que a constituição é o local em que estão dispostos os *enunciados normativos* de direitos fundamentais¹¹⁷. Apesar da afirmação de que toda norma de direito fundamental é um princípio,¹¹⁸ a clara e sistemática diferenciação entre princípios e regras por ele proposta é essencial para compreender as possibilidades e os limites de se encontrar uma racionalidade na efetivação de todas as dimensões dos direitos fundamentais na sociedade pós-moderna,¹¹⁹ que pode ser aplicada, em especial, no âmbito da responsabilidade penal pelo produto.

Para o autor, a distinção entre princípios e regras é uma das colunas-mestres do edifício da Teoria dos Direitos Fundamentais e sinteticamente conclui que são possíveis três teses acerca da distinção entre regras e princípios: i) não há distinção entre eles, defende que qualquer tentativa de diferenciá-los seria fadada ao

¹¹³ VILANOVA, Lourival. **As estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo**. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2010.

¹¹⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 52.

¹¹⁵ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, t. I.

¹¹⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, Linguagem e Método**. São Paulo: Noeses, 2008.

¹¹⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 65.

¹¹⁸ Alguns direitos fundamentais elencados na Constituição Federal, no Título II reservado aos Direitos Fundamentais, são regras, e não princípios, como o “Art. 5º, inciso XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis”.

¹¹⁹ FARIA, José Eduardo. **Direito e Globalização Econômica: Implicações e perspectivas**. 1ª edição, 3º triagem. São Paulo: Editora Malheiros, p. 15/27.

fracasso, face à multiplicidade de fatores distintivos; ii) sustenta a distinção, apenas de grau, sendo determinante para fixar tal diferença o critério da generalidade; e iii) faz a distinção através de critérios qualitativos, e não de forma gradual (essa última é apontada por Robert Alexy como a ideal) ¹²⁰.

Segundo a distinção qualitativa, os princípios são *mandados de otimização*, ou seja, são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes ¹²¹.

Diferente dos princípios, as regras já consideram as possibilidades práticas e jurídicas na sua fixação e, portanto, devem ser cumpridas integralmente, sem questionar se seu cumprimento é juridicamente e praticamente possível.

As regras veiculam determinações que são cumpridas ou não, não há como se falar em cumprimento gradual, são normas que sempre são satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos ¹²².

A diferença nítida entre princípios e regras pode ser encontrada na forma de solução das colisões entre princípios e dos conflitos entre regras ¹²³.

O conflito entre regras é resolvido pela regra de validade, apenas uma delas poderá ser aplicada e considerada válida, a outra é retirada do ordenamento jurídico diante da sua declaração de invalidade ¹²⁴.

Assim o conceito de validade da norma jurídica não é gradual, ou uma regra é válida, ou não é, sendo que tal decisão acerca da validade de uma norma será apontada através de regras de solução de conflitos de normas: como “lei posterior revoga a lei anterior” (*lex posterior derogat legi priori*); “lei especial revoga lei geral” (*lex specialis derogat legi generali*) e também de acordo com a importância de cada regra ¹²⁵.

A colisão entre princípios diferentemente resolve-se pela regra de precedência, e não no plano da validade; os princípios, ao se colidirem, já são válidos. Haverá a

¹²⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 86/144.

¹²¹ Ibidem, p. 86-144.

¹²² Ibidem.

¹²³ Ibidem.

¹²⁴ Ibidem.

¹²⁵ Ibidem.

precedência de um princípio sobre o outro, considerando determinadas condições do caso concreto. A solução da colisão se dá através de um juízo de sopesamento entre os princípios, observando sempre o caso concreto, já que estes não se determinam em abstrato (ausência de hierarquia entre princípios *in abstracto*)¹²⁶.

Esta distinção é essencial para entender a forma como se vem procedendo diante da responsabilidade penal pelo produto, em que os direitos fundamentais individuais (primeira dimensão dos direitos fundamentais) dos níveis superiores da organização empresarial acabam por ser readaptados, para se acomodarem de forma harmônica a efetividade de todas as dimensões dos direitos fundamentais.

Como já afirmado, normalmente os direitos fundamentais de 2ª e 3ª dimensão, assim como os direitos fundamentais individuais (primeira dimensão de direitos fundamentais), são introduzidos no ordenamento pátrio por meio de enunciados normativos principiológicos. Esta forma de proceder tem fundamento na própria essência dos direitos fundamentais, no momento de serem efetivados no caso concreto exigem que os valores por eles representados sejam concretizados na maior medida do possível¹²⁷.

Isto porque um princípio nada mais é do que um valor constitucional. A única diferença, mencionada pelo autor, entre os princípios e os valores, está no fato de que na colisão entre princípios tem de se chegar ao devido (âmbito deontológico – são conceitos de dever, proibição, permissão e de direito a algo), enquanto na colisão de valores, ao que é melhor, ou seja, ao bom (âmbito axiológico – são conceitos de bom, não dever ser ou ser)¹²⁸.

Robert Alexy, ao relacionar a teoria dos princípios com a teoria dos valores, defende uma íntima relação entre ambos, podendo-se facilmente associá-los sem que com isso haja qualquer perda de conteúdo¹²⁹. É como se fossem estabelecidos dois blocos emparelhados, de um lado a norma deontológica dividida em regras e princípios e de outro a norma de valor dividida em regra de valoração e critérios de valoração¹³⁰.

¹²⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 86-144 e 163-179.

¹²⁷ Ibidem, p. 90.

¹²⁸ Ibidem, p. 144-158.

¹²⁹ Ibidem, p. 86-144.

¹³⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São

Mas esta única diferença é essencial para entender o atual paradigma da justiça da lei.

O problema dos aspectos valorativos está no fato do valor nada mais ser do que aquilo que cada ser humano sente; aquilo que o guia, que o direciona nas escolhas comportamentais individuais em sociedade. Assim, a efetividade de um valor sempre dependerá do quanto aquele valor pertence ao indivíduo, como o indivíduo sente o valor como um valor integrante de seu sistema de referência¹³¹.

O grande ganho do plano deontológico é retirar a carga de subjetividade do plano axiológico, o ser humano ao invés de sentir aquilo como seu valor para que inspire suas ações em sociedade, é introduzido o caráter objetivo do dever no direito, no sentido que o direito deve ser cumprido, deve pautar sua conduta independente de uma determinada pessoa entender como bom ou ruim, como certo ou errado.

Com o caráter de “dever” dos princípios jurídicos se substitui o subjetivismo individual do que cada ser humano entende ser bom ou ruim, certo ou errado, e assim se assegura que estes devem ser seguidos em sociedade. Na verdade, o valor passa a integrar o sistema jurídico transmutado em princípio (devido – dever ser – plano deontológico) e, portanto, passa a figurar como dever do órgão julgador a tarefa de usa-los para fundamentar decisões no caso concreto.

Assim quando se está diante de uma *ordem de valores constitucionais*, na realidade se está diante de uma *ordem de princípios constitucionais*, em que estes deixam de operar como mero norte do que seria certo e passam a figurar como devidos.

É a partir desta compreensão objetiva de que um valor é um princípio introduzido na ordem constitucional, que não se confundindo com o que cada um sente, com o que dá prazer, que se faz possível entender a legitimidade e obrigatoriedade do princípio (valor).

Dentro de uma ordem constitucional é perfeitamente possível identificar quais os valores eleitos por determinada sociedade e a partir destes harmonizar *na maior*

Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 86-144.

¹³¹ Conclusão obtida nos estudos das aulas ministradas pelo Professor Marco Antonio Marques da Silva, na disciplina “Teoria Geral do Direito”, semestre agosto-dezembro de 2012, no curso de Pós-Graduação em Mestrado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – SP.

medida do possível todas as dimensões de Direitos Fundamentais.

Se as dimensões dos direitos fundamentais apresentarem-se como interesses aparentemente colidentes, a ponderação opera como meio de acomodação de todos no caso concreto. Esta ponderação representa um balanceamento entre os interesses particulares, comunitários e públicos, e em razão da inviabilidade de atendimento pleno e concomitante a todos, a *máxima da proporcionalidade*¹³² surge como instrumento da justa harmonização destes¹³³.

Neste sentido, assinala Fábio Ramazzini Bechara:

Fala-se de relações intercorrentes entre indivíduos e comunidade e tal ponderação se substancia na medida dos direitos e deveres *ex part individui e ex part societatis*. Genericamente, pode-se notar que o critério da proporcionalidade vem utilizado para submeter à verificação das leis que produzem a colisão entre diversos direitos fundamentais individuais ou de grupo (...). A ponderação de bens constitui, enfim um processo racional.¹³⁴

Tradicionalmente, o que realmente legitima as sanções de natureza penal e o sistema penal é a plena efetivação das garantias fundamentais individuais (direitos fundamentais de primeira dimensão) no transcurso integral do processo penal¹³⁵.

Esta necessidade decorre do novo papel assumido pela atual fase do direito constitucional na era das democracias substanciais¹³⁶, a qual tem como implicação direta uma mudança de paradigma no campo das ciências jurídicas, os fins de todas as áreas do Direito são remodelados para atender aos fins do Estado Democrático, o que implica na busca pela efetivação de todas as dimensões dos direitos fundamentais¹³⁷.

¹³² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 116/120.

¹³³ BECHARA, Fabio Ramazzini. **Criminalidade Organizada e Procedimento Diferenciado: entre Eficiência e Garantismo**. COSTA, José de Faria & SILVA, Marco Antonio Marques da (coordenadores). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais - Visão Luso-Brasileira* - São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 933.

¹³⁴ Ibidem, p. 927.

¹³⁵ Conclusão obtida nos estudos das aulas ministradas pelos Professores Marco Antonio Marques da Silva e Cláudio José Langroiva Pereira, nas disciplinas do curso de Pós-Graduação em Mestrado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – SP (2011-2013).

¹³⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Editora: Livraria do Advogado, p. 33/61.

¹³⁷ A opção pelo *nomem iuris* “dimensões” se deve pelo sentido que a expressão origina no raciocínio, de indicar um todo, aplicado em conjunto e não como a expressão “geração” que aponto o sentido de que a segunda supera a primeira e a terceira a segunda.

Assim, a inter-relação entre as demais áreas do Direito (Penal, Civil, Administrativo, etc.) e destas com o Direito Constitucional implica na necessidade do sistema jurídico como um todo tutelar valores constitucionalmente consagrados. É neste sentido que se discute a normatividade deôntica¹³⁸, os valores constitucionais como princípios passam a operar como vetores a serem atendidos, sobre premência de declaração de inconstitucionalidade¹³⁹.

Mas, se os direitos fundamentais são dotados de uma alta carga de abstração¹⁴⁰, até que ponto, efetivamente, é realizado um balanceamento para se alcançar a justa solução e não são os valores (princípios) subjetivos do órgão julgador, que ao conhecerem determinada situação já decidem o caso concreto?

Este é o âmago da filosófica jurídica na atual conjectura, como impedir que valores subjetivos decorrentes de ideologias próprias e não eleitas pelo Estado, ou até mesmo eleitas, mas inadequadas para a situação em questão sejam levadas a cabo no momento da tomada de decisões¹⁴¹. É neste ponto que a hermenêutica dos direitos fundamentais entra em cena, tendo como finalidade primordial impedir que arbitrariedades sejam praticadas na interpretação do direito positivo válido.

Isto porque o que é textualmente escrito, seja na lei, seja na constituição, da mesma forma que foi utilizado para libertar já foi utilizado para escravizar e, portanto, não é a marca de tinta no papel que assegura ao homem a sua liberdade, mas sim os homens justos, pautados pela ética comportamental que no momento de interpretar estas marcas irão garantir concretamente a efetividade dos Direitos Fundamentais.

O sistema jurídico que considera o direito fundamental como princípio normativo ganha vantagem¹⁴², pois neste passa a ser obrigatório o uso deles para fundamentar decisões judiciais.

¹³⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 51.

¹³⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 153-155.

¹⁴⁰ Ibidem, p. 40.

¹⁴¹ “Imagina primeiro a solução que irá efetivamente dar ao caso, mas só depois de encontrada a solução por esta forma é que irá procurar dispositivos legais e autoridades doutrinárias ou princípios de direitos para fundamentá-la. Esta forma de raciocínio foi confessada por juizes da envergadura de Bártolo, Hutcheson, Kent, Cardozo e é aceita como correta por Jerome Frank, Lewellyn, Dualde, Recasens Siches, etc.” Ela contraria totalmente a doutrina clássica que vê na sentença um silogismo. Artigo: “**A Psicologia do Juiz**”. Luiz Guilherme Marques, lgm@artnet.com.br, 2004, pg. 06.

¹⁴² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 144-158.

Desta afirmação tem-se, como grande sacada, à compreensão de que o valor passa a integrar o sistema jurídico quando transmutado em princípio (devido – dever ser – plano deontológico) e, portanto, passa a figurar como dever do órgão julgador a tarefa de usá-los para fundamentar decisões no caso concreto, limitando a discricionariedade do legislador no momento de solucionar problemas valorativos, que na maioria das vezes envolvem relações entre Diretos Fundamentais com a interpretação dos dispositivos infraconstitucionais do direito positivo válido (casos complexos) ou com o preenchimento de lacunas¹⁴³.

Assim, a questão principiológica é fundamental na busca de soluções mais justas aos novos conflitos sociais pós-modernos, enunciados normativos desta natureza fornecem instrumentos maleáveis para análise no caso concreto e harmonização e acomodação de valores sociais e individuais de mesma importância, como ocorre em Estados Soberanos como o Brasileiro, em que se busca harmonizar os postulados interventivos do Estado Social com as garantias individuais (direitos fundamentais de primeira dimensão – liberdade) do estado liberal.

O intérprete do direito deve considerar os valores que cada princípio representa; as condições fáticas e jurídicas de sua realização no caso concreto, usando a ponderação como mecanismo para encontrar a solução mais justa. E considerando que os princípios não fornecem respostas prontas, a atividade de sopesar atribui certa responsabilidade aos magistrados na concretização da justiça, vez que cada vez mais se valoriza o argumento jurídico utilizado na fundamentação da decisão¹⁴⁴.

Os princípios constitucionais servem como parâmetros condicionantes e vinculantes para uma interpretação e aplicação do direito positivo justo e harmônico aos parâmetros dos direitos fundamentais, ou seja, serve como limite para a proporcional intervenção estatal na esfera de liberdade individual¹⁴⁵.

Esta contextualização do atual paradigma das normas jurídicas de direitos fundamentais se faz essencial diante dos reflexos penais e processuais na responsabilidade penal pelo produto dos níveis superiores.

¹⁴³ Ibidem, p. 34-36.

¹⁴⁴ Ibidem, p. 85-179.

¹⁴⁵ Ibidem, p. 51-179.

Uma reflexão muito cautelosa sobre os caminhos traçados pela jurisprudência e doutrina mundial (Alemanha e Espanha) é necessária, até que ponto utilizar argumentos jurídicos como a maior medida do possível não é mera retórica jurídica para falsear uma realidade em que direitos fundamentais individuais (primeira dimensão) são relativizados e até mesmo subtraídos de sua concretização no transcurso do processo penal.

3.3 Sistematização dos Direitos Fundamentais na responsabilidade penal pelo produto

Uma teoria ideal sob a perspectiva dos direitos fundamentais deve ter uma visão integradora das três dimensões, a fim de combiná-las, otimizando as necessidades sociais e individuais (liberdade, igualdade e fraternidade)¹⁴⁶.

O sistema jurídico-econômico, assim como o sistema pós-moderno, enseja a utilização das regras de hermenêutica através da interpretação jurídica visando a efetividade jurídica e social dos Direitos fundamentais (enunciados normativos jurídico que na maioria das vezes significa um princípio constitucional explícito)¹⁴⁷ e, desta forma, devem ser concretizados na maior medida do possível conforme as possibilidades fáticas e jurídicas.

A intervenção penal guiada pela máxima da proporcionalidade na responsabilidade penal pelo produto deve-se primordialmente averiguar dois aspectos: i) o primeiro voltado a verificar a necessidade e adequação de incrementar os meios preventivos menos gravoso, como o Direito Civil e o Administrativo, ou os repressivos como o Direito Penal; e ii) o segundo, dirigido à constatação de quais as

¹⁴⁶ Dessa forma deve relevar os problemas comuns a todas as dimensões de direitos fundamentais, ou seja, o que há de comum entre a primeira, a segunda e a terceira dimensão, mas também será necessário analisar os problemas decorrentes de uma determinada dimensão, como o que há de comum dentro dos direitos de primeira dimensão, ou da segunda dimensão, ou da terceira dimensão, mas estas não são suficientes, por último será essencial verificar a particularidade de um determinado direito fundamental, como por exemplo, quais seriam as especificidades dos direitos relacionados aos direitos de liberdade, os direitos de igualdade, os direitos de solidariedade. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 31/49.

¹⁴⁷ Alguns direitos fundamentais elencados na Constituição Federal, no Título II reservado aos Direitos Fundamentais, são regras, e não princípios, como o "Art. 5º, inciso XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis".

possibilidades e limites dos Direitos Fundamentais individuais no âmbito do processo penal¹⁴⁸ – proporcionalidade em *sentido stricto*¹⁴⁹.

Ao tratar do primeiro aspecto, deve-se ponderar para quem o incremento é menos gravoso, para o criminoso a ser sancionado ou para toda a coletividade. Esta pergunta faz-se fundamental no momento de ponderar a tensão entre incremento de meios preventivos ou repressivos¹⁵⁰.

Neste ponto cumpre ressaltar que o ônus, a onerosidade, a restrição à liberdade individual pela opção no incremento dos meios preventivos seria indubitavelmente, os deveres de todos os cidadãos aumentariam progressivamente, na medida do incremento destes meios através de regulamentações de natureza administrativa ou civis implica dizer, que haverá uma ampliação ainda maior da restrição à esfera de liberdade.

E desde este ponto de vista o incremento até limites extremos das medidas de prevenção ou de controle supõe uma limitação mais importante para a liberdade dos cidadãos do que a hipotética ameaça de pena. Por não mencionar os maiores custos econômicos que seguramente acarretaria por em marcha mecanismos preventivos alternativos ao direito penal como os descritos. (tradução livre)¹⁵¹.

Assim, segundo Luis Arroyo Zapatero, para verificar se a medida restritiva de natureza penal na responsabilidade penal pelo produto atende ao caráter subsidiário deste instrumento de controle social, deve-se constatar se a ameaça da sanção penal efetivamente se faz necessária para repelir as lesões aos bens jurídicos ameaçados¹⁵².

Já em relação ao segundo aspecto, novamente devido à natureza *ultima ratio* do Direito Penal, este deve ser o encarregado de aplicar as sanções mais gravosas

¹⁴⁸ ZAPATERO, Luis Arroyo. **Derecho Penal Económico y Constitución**. Revista Penal, vol. 1, Barcelona: 1998, p. 09.

¹⁴⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 116/120.

¹⁵⁰ HASSEMER, Winfried. CONDE, Muñoz. **La Responsabilidad por El producto em derecho penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 1995, p. 139.

¹⁵¹ “Y desde este punto de vista el incremento hasta límites insospechados de las medidas de prevención o de los controles supone una limitación más importante para la libertad de los ciudadanos que la hipotética amenaza de pena. Por no mencionar los mayores costes económicos que seguramente acarrearía poner en marcha mecanismos preventivos alternativos al derecho penal como los descritos”. ZAPATERO, Luis Arroyo. **Derecho Penal Económico y Constitución**. Revista Penal, vol. 1, Barcelona: 1998, p. 09.

¹⁵² ZAPATERO, Luis Arroyo. **Derecho Penal Económico y Constitución**. Revista Penal, vol. 1, Barcelona: 1998, p. 09

ao cidadão, demonstrando os limites máximos da intervenção do Estado na esfera de liberdade individual. Entretanto no campo da responsabilidade penal pelo produto percebe-se grande controvérsia quanto a estes limites, principalmente no que toca a efetivação dos Direitos Fundamentais Individuais no curso do processo penal, esta efetivação no modelo tradicional é condição necessária para que seja cerceado o direito de “ir” e “vir” (liberdade – direito fundamental de primeira dimensão – garantia individual).

Nesse sentido que se afirma que no âmbito da responsabilidade penal pelo produto a uma ampliação do injusto penal e por consequência uma relativização dos direitos fundamentais de primeira dimensão (garantias individuais) e por consequência uma ampliação da esfera de restrição à liberdade individual em medida além da usual para aqueles que atuam no âmbito da colocação de produtos no mercado de consumo. Mas isto não significa dizer que os direitos fundamentais individuais na realidade são cerceados de concretização?

Na responsabilidade penal pelo produto, como se trata de responsabilidade penal, e como neste o sistema jurídico impera a garantia contra o engano, deve sempre ser analisado sob a ótica da maior efetividade dos direitos fundamentais de primeira dimensão (garantias individuais). Em decorrência da efetividade da segunda e terceira dimensão de direitos fundamentais, parte da doutrina e jurisprudência entende legítimo que os direitos fundamentais de primeira dimensão (garantias individuais) sejam relativizados no processo de harmonização e acomodação entre os interesses sociais e individuais na sociedade pós-moderna¹⁵³.

Entretanto, nesse contexto é que o sistema jurídico penal e processual penal se vê francamente modificado, ao relativizar alguns institutos tradicionais, na busca pela efetividade social da prevenção e repressão de produtos nocivos no mercado de consumo é que claramente a garantia contra o engano inata às ciências criminais, principalmente no âmbito processual penal, se vê amplamente fragilizada.

A técnica da intervenção penal antecipada ao momento efetivo da lesão, e em particular no âmbito da responsabilidade penal pelo produto, se faz legítima, e mais, é necessária diante da nova realidade social em que bens jurídicos supraindividuais, como os que envolvem a saúde pública e a saúde dos consumidores, estes

¹⁵³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

constituem uma abstração conceitual para fazer referência a um conjunto de interesses individuais, destacando-se apenas pelo caráter coletivo do ataque¹⁵⁴.

Desta forma, não há como negar que no âmbito da responsabilidade penal pelo produto, com a introdução no ordenamento jurídico da proteção penal à saúde pública (bem jurídico imediato) incrementa a tutela dos bens jurídicos individuais (bem jurídico mediato) como a vida, integridade e saúde dos consumidores¹⁵⁵.

De forma que não há como negar a proteção a uma série de instituições fundamentais para a autorrealização do indivíduo em sociedade, a proteção penal pela colocação do produto no mercado de consumo apresenta-se como instrumento adequado e eficaz para minimizar os riscos nos contatos sociais¹⁵⁶. O Direito Penal e Processual Econômico na responsabilidade penal pelo produto alcança sua legitimidade na tutela de bens jurídicos supraindividuais e individuais atingidos pela colocação de produtos nocivos no mercado de consumo.

Em relação à relevância do bem jurídico supra individual, como no caso da tutela da saúde pública em sociedade, vem se argumentando que o delito de perigo abstrato se justifica devido ao alto risco da atividade de colocar produtos no mercado de consumo, mas esta técnica deve ser bem ponderada. Nela não se prova o dano, o que se prova é a nocividade do produto em relação à saúde pública da coletividade, bem jurídico supra individual¹⁵⁷.

Não se considera a nocividade em relação à determinada pessoa, mas perante toda a coletividade, exposta ao produto¹⁵⁸, por colocar em “risco” a saúde pública (bens jurídicos supraindividuais). Parte-se para o paradigma da periculosidade objetiva da atividade, especialmente no âmbito da responsabilidade penal pelo produto, em que se entende como condição suficiente para consumação do delito contra a saúde pública¹⁵⁹ o mero descumprimento dos deveres administrativos, ainda que não haja perigo concreto ou efetivas lesões a bens

¹⁵⁴ ZAPATERO, Luis Arroyo. **Derecho Penal Económico y Constitución**. Revista Penal, vol. 1, Barcelona: 1998, p. 05.

¹⁵⁵ Ibidem.

¹⁵⁶ Ibidem, p. 04/07.

¹⁵⁷ Ibidem, p. 04/07. PEREIRA, Claudio José Langroiva. *Proteção Jurídico-Penal e Direitos Universais - Tipo, Tipicidade e Bem Jurídico Universal*. 1ª. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

¹⁵⁸ HASSEMER, Winfried. CONDE, Muñoz. **La Responsabilidad por El producto em derecho penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 1995, p. 72 e 77/78.

¹⁵⁹ HASSEMER, Winfried. CONDE, Muñoz. **La Responsabilidad por El producto em derecho penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 1995, p. 72 e 77/78.

jurídicos individuais.

Assim, o tipo penal é objetivo, não importa a vontade dirigida em causar lesões a determinada ou determinado conjunto de pessoas, o importante é que se de tal conduta ocorrer a lesão, na realidade já se possibilitou a situação de perigo e como consequência a consumação do delito de perigo de lesão ao bem jurídico supra individual em concurso formal com a lesão ao bem jurídico individual.

A graduação da nocividade do produto implica que determinadas atividades sejam enquadradas como perigosas por si só, independente dos cuidados no momento de sua realização. Como o próprio ordenamento jurídico já presume a periculosidade de determinados produtos, nestes casos, não há necessidade de se provar no caso concreto que a conduta será idônea para lesionar a saúde pública, basta a infração extrapenal¹⁶⁰.

O problema dessa determinação prévia de atividade objetivamente perigosa ensejada na responsabilidade penal pelo grau de nocividade do produto decorre do fato de que ao se retirar a necessidade de produção de prova de um perigo concreto, altera-se o conteúdo do injusto penal material, deixa-se de analisar a intenção de lesionar e passa ao paradigma da mera infração de dever extrapenal associada a uma atividade de risco¹⁶¹.

É neste sentido que tipo penal na responsabilidade penal pelo produto é veiculado através de normas penais em branco. É permitido ao legislador penal fazer remissão as regularizações extrapenais sempre e quando não deixe de definir na própria lei penal à esfera de proibição da norma, de modo a delimitar os contornos da conduta delitiva¹⁶².

Se a esfera de proibição girar em torno da normativa remetida e não a um preceito previsto no Código Penal ou a leis penais extravagantes, o legislador estará violando o princípio da legalidade, por não cumprir com sua função de monopólio de criminalização, permitindo que o Poder Executivo invada e fixe a proibição punitiva através de regulamentos¹⁶³.

A normativa remetida deve ser condição necessária, mas não suficiente, para

¹⁶⁰ Ibidem.

¹⁶¹ Ibidem, p. 72 e 77-78.

¹⁶² Ibidem, p. 59 e 185-186.

¹⁶³ ZAPATERO, Luis Arroyo. **Derecho Penal Económico y Constitución**. Revista Penal, vol. 1, Barcelona: 1998.

delimitar a responsabilidade penal; a esfera de proibição necessariamente dever ser limitada pelo Legislativo, pois este é o encarregado de determinar os requisitos exigidos para que determinada conduta seja criminalizada e não pode deixar que o Executivo complementasse a fixação de tal esfera. Respeitando tal concepção, a lei penal em branco será totalmente compatível com a Constituição¹⁶⁴.

É a adoção de um sistema penal aberto que permite que o Direito Penal e Processual Econômico utilize das normativas administrativas para tutelar a segurança pública nas relações de mercado¹⁶⁵. Legitima-se a interação entre a seara criminal e seara administrativa em relação à responsabilidade penal pelo produto.

O Direito Penal, ao ser compreendido como sistema fechado, possui critérios de imputação baseados em circunstâncias pré-estabelecidas, não permitindo essa interação com outros setores do Direito¹⁶⁶.

O sistema penal aberto comunica-se com todos os demais ramos do Direito, perdendo sua essência hermética, e possibilitando que uma norma penal seja complementada por uma normativa extrapenal, sem que o princípio da legalidade (direito fundamental de primeira dimensão – garantia individual) seja violado, mas sim acomodado e harmonizado com uma perspectiva de efetividade de todas as dimensões de Direitos Fundamentais¹⁶⁷.

A doutrina pós-moderna no âmbito do Direito Penal Econômico critica a utilização demasiada de leis penais em branco no controle da criminalidade empresarial, com condutas puníveis por disposições extrapenais. O injusto penal é ampliado e legitimado para intervir diante das necessidades preventivas e repressivas a ponto de permitir que a liberdade de “ir” e “vir” (direito fundamental de primeira dimensão - garantia individual) seja cerceado em sociedade pela mera violação a infrações de deveres, normativas extrapenais¹⁶⁸.

Hassemer critica a perspectiva de que infração penal se equipare a mera infração administrativa, vez que torna o Direito Penal um cheque em branco para

¹⁶⁴ Ibidem.

¹⁶⁵ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. **Sistema de Penas Dogmática Jurídico-Penal e Política Criminal**. São Paulo: Cultural paulista, 2002.

¹⁶⁶ Ibidem.

¹⁶⁷ Ibidem.

¹⁶⁸ HASSEMER, Winfried. CONDE, Muñoz. **La Responsabilidad por El producto em derecho penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 1995, p. 184-197.

poder executivo¹⁶⁹. Para que a intervenção penal nesse sentido seja legítima, o autor entende ser necessária tanto a demonstração da ocorrência da infração de dever, como à exposição concreta de perigo à saúde pública. Exige-se a prova de probabilidade idônea de lesão concreta ao bem jurídico supra individual, que realmente se criou um risco naquela situação específica para a saúde pública, e não meramente presumido em abstrato, pela própria periculosidade objetiva da atividade¹⁷⁰.

Para muitos doutrinadores, esta é a única forma de se salvar a norma penal que veicula um mero descumprimento a um dever administrativo (infração de dever), uma vez que no caso concreto somente diante do perigo real e idôneo a lesionar a saúde pública, e não a mera periculosidade objetiva do produto e por consequência da atividade, é que se dará por consumado o delito contra a saúde pública¹⁷¹.

O real problema dos crimes de perigo concreto é a produção probatória no âmbito processual apta a fundamentar através de um juízo de certeza que a ação é idônea a lesionar a saúde pública. Em razão dessa dificuldade probatória dos delitos de perigo concreto se tem adotado os delitos de perigo abstrato nos delitos econômicos, quanto mais no âmbito daquelas atividades econômicas, como a colocação de produtos no mercado de consumo, que podem até mesmo gerar lesões em massa a bens jurídicos individuais como a vida, integridade corporal e a saúde¹⁷².

Por vezes será possível a identificação causal entre o resultado lesivo e o produto, ou seja, é perfeitamente possível o diagnóstico de qual o componente responsável pela nocividade do produto, que exposto no mercado de consumo causou danos a bens jurídicos individuais, como a vida e integridade física e saúde dos consumidores. Desse modo, também não há dificuldade na imputação do causador do dano e, por consequência, quem será o responsável penal pelo produto. Decorre de uma relação suficiente entre a lesão e o produto por questões empíricas¹⁷³.

Em outras situações não será possível identificar, através de uma perspectiva causal, se se tem um prognóstico do causador do dano, visto que não se consegue

¹⁶⁹ Ibidem, p. 66 e 184-197.

¹⁷⁰ Ibidem, p. 76-77.

¹⁷¹ Ibidem, 77-78.

¹⁷² Ibidem, p. 72-76.

¹⁷³ HASSEMER, Winfried. CONDE, Muñoz. **La Responsabilidad por El producto em derecho penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 1995, p. 125-133.

apontar qual substância foi modificada, e qual o setor responsável pela omissão das medidas necessária para impedir que o produto se tornasse nocivo ou colocado no mercado de consumo ¹⁷⁴.

Como não se pode apontar, através de um juízo de certeza, dentro da divisão de tarefas, no procedimento de produção do produto, qual foi o componente ou a atividade indevida que fez com que o produto torna-se nocivo para consumo, como se irá identificar qual agente é penalmente responsável pela lesão? Nesta, a dificuldade também existe em imputar a culpabilidade em sentido causal naturalístico do responsável pela lesão.

Isto porque a responsabilidade penal é individual, pessoal e intransferível, e somente através de certo grau de intervenção subjetiva na elaboração, e/ou distribuição do produto nocivo, é que poderá imputá-la, em decorrência do princípio da culpabilidade.

O Direito Penal tradicional, ao defender a proibição da responsabilidade penal objetiva, encontra fundamento no princípio da culpabilidade (direito fundamental individual),¹⁷⁵ o indivíduo deve ao menos praticar o resultado culposamente para ensejar responsabilidade penal pelo produto.

A jurisprudência e doutrina mundial fala em *responsabilidade* ao invés de *culpabilidade* ¹⁷⁶; na responsabilidade penal pelo produto se relativizou esta garantia individual (direito fundamental individual) para acomodá-la e harmonizá-la a perspectiva de efetividade de todas as dimensões dos direitos fundamentais, o que fez com que novos contornos expandissem as noções de culpa para o Direito Penal.

Para se apontar o *responsável* são elaborados os modelos diferenciados de distribuição de deveres dentro das empresas. Entende que, dessa forma, evita-se a responsabilidade penal objetiva vez que se limita a cadeia de envolvidos na rede de produção, distribuição e etc.¹⁷⁷.

Nesta ótica, o dolo e culpa são comprovados pelo mero descumprimento das normas extrapenais, o perigo presumido na colocação de produtos nocivos no mercado de consumo é condição suficiente para que ocorrido o descumprimento de

¹⁷⁴ Ibidem, p. 125-133.

¹⁷⁵ Ibidem, p. 52.

¹⁷⁶ Ibidem, p. 174.

¹⁷⁷ HASSEMER, Winfried. CONDE, Muñoz. **La Responsabilidad por El producto em derecho penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 1995, p. 174.

mera infração administrativa haja a consumação e violação ao menos culposa de bens jurídicos supra individuais. E mais, o dever extrapenal passa a ser condição suficiente para que a omissão no âmbito penal seja relevante nos casos em que o produto nocivo gerou lesões a bens jurídicos individuais, como a vida, integridade corporal e saúde, e os responsáveis pelo produto não adotaram as medidas adequadas quando podiam e deviam.

Esta ideia parece conduzir a caminhos nebulosos, permite presumir o dolo de lesão à bem jurídico individual pela demonstração do mero dolo de perigo¹⁷⁸, ainda que se tenha em vista sanar lacunas de impunidade decorrentes de problemas probatórios, em que se demonstrar, sob a égide do devido processo legal, a ocorrência do dolo ou culpa de lesão se faz muitas vezes um verdadeiro *trabalho de Sísifo*¹⁷⁹, não se justifica.

E, mais, esta postura acaba por relativizar o princípio do estado de inocência (direito fundamental de primeira dimensão - garantia individual) no processo penal a níveis no mínimo duvidosos, nos casos voltados à apuração de lesões a bens jurídicos individuais ocasionados pela colocação de produtos nocivos no mercado de consumo, em que se transfere um ônus probatório ao réu, maior do que o esperando no modelo *stander* do Direito Penal¹⁸⁰.

O processo penal, ao adotar a legitimidade dos delitos de perigo abstrato, na realidade relativiza direitos fundamentais de primeira dimensão (garantias individuais), em especial na questão probatória, retira-se a necessidade de produção de prova embasada em um juízo da certeza de que a infração de dever é idônea a lesionar a saúde pública no caso concreto¹⁸¹. E, pior, presumir a aceitação do resultado mais grave a partir desta violação é praticamente aceitar a responsabilidade penal objetiva.

¹⁷⁸ Ibidem, p. 114.

¹⁷⁹ Na Mitologia Grega, Sísifo torna-se conhecido por executar um trabalho rotineiro e cansativo. É um castigo para demonstrar que os mortais não possuem a liberdade dos deuses. Em razão de sua tentativa de enganar Hades, Sísifo foi condenado, por toda a eternidade, a rolar uma pedra grande de mármore com suas próprias mãos até o pico de uma montanha, sendo que toda vez que ele estava quase alcançando o topo, a pedra rolava novamente montanha abaixo até o ponto de partida. Assim, a tarefa que envolve esforços inúteis passou a ser chamada de "Trabalho de Sísifo", como referência ao mito.

¹⁸⁰ HASSEMER, Winfried. CONDE, Muñoz. **La Responsabilidad por El producto em derecho penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 1995, p. 184-197.

¹⁸¹ HASSEMER, Winfried. CONDE, Muñoz. **La Responsabilidad por El producto em derecho penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 1995, p. 74.

Assim, o paradigma da responsabilidade penal pelo produto afeta diretamente a presunção de inocência (direito fundamental de primeira dimensão - garantia individual) para acomodá-la e harmonizá-la a perspectiva de efetividade de todas as dimensões dos direitos fundamentais. Ao adotar a nocividade como critério suficiente para comprovar o dolo ou culpa e a aptidão abstrata para provocar perigo aos bens jurídicos supraindividuais e lesão aos individuais, no transcurso do processo bastará à acusação constituir um conjunto probatório baseado em presunções legais para que não seja mais presumida a inocência do acusado¹⁸².

Dessa forma, ainda que a defesa sustente a ocorrência de fatos impeditivos, modificativos e extintivos e houver fundadas dúvidas sobre suas existências, não se impõe mais a absolvição do réu, conforme a aplicação do *in dubio pro reo*, como regra de julgamento¹⁸³.

Um dos maiores problemas no âmbito da responsabilidade penal pelo produto é a subtração da regra de julgamento do *in dubio pro reo*, visto que a medida do possível da presunção de inocência dos níveis superiores permite que meros indícios, diante um alto grau de probabilidade, operem como condição suficiente para um juízo de condenação criminal¹⁸⁴.

A diferença entre provas indiretas (admissível no processo penal) e a mera aparência dos indícios seguros (inversão do ônus da prova) desaparece. Na responsabilidade pelo produto admite-se a prova meramente aparente no processo penal, se baseada numa prova de causalidade geral e apoiada num conjunto probatório composto por vários indícios, em que se permite excluir as demais possibilidades causais¹⁸⁵.

¹⁸² Ibidem, p. 77 e 138/139.

¹⁸³ Posicionamento filiado ao critério constitucional:

STJ – Superior Tribunal de Justiça - HC 27684/AM. HABEAS CORPUS nº 2003/0048823-0. Relator(a): Ministro PAULO MEDINA (1121). Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA. Data do Julgamento: 15/03/2007. Data da Publicação/Fonte: DJ 09/04/2007 p. 267– filiada ao processo penal constitucional.

STF – Supremo Tribunal Federal - HC 97701 / MS - MATO GROSSO DO SUL. HABEAS CORPUS. Relator(a): Min. AYRES BRITTO. Julgamento: 03/04/2012. Órgão Julgador: Segunda Turma – filiada ao processo penal constitucional. HC 84580 / SP - SÃO PAULO. HABEAS CORPUS. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 25/08/2009. Órgão Julgador: Segunda Turma – filiada ao processo penal constitucional.

¹⁸⁴ HASSEMER, Winfried. CONDE, Muñoz. **La Responsabilidad por El producto em derecho penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 1995, p. 151/153.

¹⁸⁵ HASSEMER, Winfried. CONDE, Muñoz. **La Responsabilidad por El producto em derecho penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 1995, p. 152/154.

Esta forma de proceder, por si só, é insegura¹⁸⁶ e normalmente figura como posição natural do Direito Civil e do Administrativo, mas nunca do Direito Penal.

Para Claus Roxin, a falta de prova direta, obrigatória, não pode ser substituída pelo subjetivismo do juiz na livre apreciação das provas na responsabilidade penal pelo produto¹⁸⁷.

É neste sentido que se entende que caso diminua as possibilidades de defesa do acusado¹⁸⁸, acaba-se por se reduzir a possibilidade de impedir uma decisão enganosa dada pela intuição do magistrado – relativização da garantia contra o engano¹⁸⁹ – e, por consequência, uma perda nos contornos do processo penal como garantia de efetividade dos direitos fundamentais de primeira dimensão (garantias individuais). A responsabilidade penal pelo produto substituiu o juízo de causalidade por um juízo de probabilidade. Aceita também uma desformalização do modelo *stander* dos conceitos jurídicos penais¹⁹⁰.

Esta postura jurídica decorre primordialmente da impossibilidade técnica de apontar qual componente que se tornou nocivo ao consumo; desta perspectiva, se faz essencial indagar como é possível identificar dentre as diversas etapas de produção do produto, quais foram àqueles responsáveis para que o produto tenha se tornado nocivo ao consumo¹⁹¹.

Não há como negar que o princípio da presunção de inocência é relativizado diante da subtração da regra de julgamento do *in dubio pro reo*. Por não haver como se atribuir uma causalidade naturalística em sentido tradicional a uma conduta específica, como se deduz uma imputação individualizada pela aparição dos danos? Mas até que ponto isto se faz correto?

A disciplina processual penal tem que ser reinterpretada e adequada a essa nova ordem social vigente, a fim de não se mostrar como um obstáculo aos anseios populares. Mas até que ponto proceder desta forma é legítimo frente ao paradigma dos direitos fundamentais de primeira dimensão (garantias individuais).

Para saciar o clamor popular, surge um novo método de imputação penal que

¹⁸⁶ Ibidem.

¹⁸⁷ Ibidem, p. 154.

¹⁸⁸ Ibidem, p. 155.

¹⁸⁹ Ibidem, p. 146.

¹⁹⁰ Ibidem, p. 184-197.

¹⁹¹ Ibidem, p. 192-194.

por essência é incompatível com a teoria do domínio do fato¹⁹², já que a valoração não é do sujeito agente (responsável pelo processo causal), mas sim a partir do responsável pela direção do fato delicto com base em regras de competência estrutural¹⁹³.

É por esta razão que não se busca responsabilizar o autor mais próximo do fato criminoso, apontando qual foi o âmbito de organizador que foi diretamente causador da materialização do resultado danoso; buscou-se transladar para os níveis mais altos – cúpula empresarial –, e este ponto é marcante na nova dogmática, segundo a qual se imputa a responsabilidade por deveres não cumpridos para os responsáveis pelas decisões, ou seja, os altos escalões da empresa o que inevitavelmente relativiza o direito penal do fato (direito fundamental de primeira dimensão - garantia individual) para acomodá-lo e harmonizá-lo à efetividade de todas as dimensões de direitos fundamentais.

Assim, não se busca o causador direto da lesão, mas sim quem será o responsável último pelo produto exposto no mercado de consumo ter causado danos aos consumidores¹⁹⁴. Na medida em que basta comprovar uma causalidade geral, associando o produto com as lesões a bens jurídicos individuais como condição suficiente para atribuir a lesão como fruto da unidade global da empresa, abrem-se novos horizontes na perspectiva da imputação penal¹⁹⁵.

Prosperam argumentos como a associação entre produtos e danos e a exclusão de outros fatores¹⁹⁶. Com isso, se dá por provada toda a relação de causalidade? A partir da convicção formada por dados objetivos, que se estabeleceram no processo, em que uma relação causal que indicou, mas não se diagnosticou.

Isto porque uma coisa é provar a causalidade do componente nocivo ao bem jurídico individual, outra complementemente diferente é provar que o produto final se associa aos resultados danosos a bens jurídicos individuais em todos os casos concretos.

¹⁹² HASSEMER, Winfried. CONDE, Muñoz. **La Responsabilidad por El producto em derecho penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 1995, p . 179.

¹⁹³ Ibidem.

¹⁹⁴ Ibidem, p. 174-175.

¹⁹⁵ Ibidem, p. 73-74, 92 e 140-144.

¹⁹⁶ Ibidem, p. 192.

Entretanto, a jurisprudência e doutrina da responsabilidade penal pelo produto têm indicado como perfeitamente possível, a partir destes preceitos indiciários, formular um conceito adequado a satisfazer a necessidade da relação causal, inclusive no âmbito penal, em que normalmente provar prognósticos como associações entre produto e lesão não é condição suficiente para formular um juízo de probabilidade quanto à condenação criminal¹⁹⁷.

Isto porque a maioria dos delitos nesta seara é comprovada no processo penal através de provas documentais (procedimentos adotados, divisão de deveres, livros obrigatórios), que estão em posse do responsável pela colocação do produto em que o dever de prestar informação (ata da deliberação do conselho diretivo) acaba por colidir com o direito de não produzir prova contra si mesmo (princípio do *nemo tenetur se detegere*). Mas, principalmente, em razão das provas impossíveis de serem produzidas desde uma perspectiva da causalidade tradicional no âmbito do processo penal e, mais, impossíveis de ser produzida com um juízo de certeza desde a perspectiva das ciências naturais vez que os métodos tecnológicos muitas vezes não permitem identificar qual o componente específico que gerou a nocividade para o consumidor – “*teoria da caixa preta*”.

Por esta razão que cada vez mais se relativiza a relevância do papel dos peritos na realização de provas que exigem conhecimento científico e alta especialização. Estes, apesar de influenciar de forma decisiva no momento do julgamento, não vinculam o magistrado a decidir conforme os laudos produzidos, apesar de não poderem ignorá-los¹⁹⁸. Esta forma de proceder está intimamente ligada à regra do livre convencimento motivado, se o juízo sobre a existência de uma relação de causalidade é objeto da livre valoração da prova, os fundamentos desta valoração repercutem diretamente na legitimidade da responsabilidade penal pelo produto.¹⁹⁹

Assim, na responsabilidade penal pelo produto, a dificuldade reside principalmente em dois aspectos: i) na imputação dos níveis superiores pela responsabilidade penal pelo produto nocivo ao consumo diante dessa especial

¹⁹⁷ HASSEMER, Winfried. CONDE, Muñoz. **La Responsabilidad por El producto em derecho penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 1995, p. 146-154.

¹⁹⁸ Ibidem, p. 80 e 125/130.

¹⁹⁹ HASSEMER, Winfried. CONDE, Muñoz. **La Responsabilidad por El producto em derecho penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 1995, p. 149.

posição ocupada na estrutura empresarial (imputação objetiva - organograma empresarial) e ii) na comprovação probatória entre a causa e o resultado lesivo que se relativiza para um juízo de probabilidade, ao invés de juízo de certeza.

4 RESPONSABILIDADE PENAL PELO PRODUTO DOS INTEGRANTES DA EMPRESA

4.1 Organização e Estrutura Empresarial

A sociedade de organização empresarial, conforme a sociologia moderna, é marcada pelas atividades compostas por estruturas complexas e caracterizadas por divisões horizontais e verticais, numa intensa descentralização de tarefas e funções²⁰⁰. Esta realidade não deve ser compreendida como fruto da criação humana maléfica, mas sim um próprio resultado da globalização e do desenvolvimento social.

A atividade empresarial lícita pós-moderna possui como fundamentos estruturais os seguintes planos principiológicos: i) *plano horizontal*, é a divisão que implica na especialização dos indivíduos e necessidade de complementariedade de seus comportamentos para o produto final (princípio de divisão de trabalho) e ii) *plano vertical*, é uma organização hierárquica em que os indivíduos possuem relação de supra ou subordinação (princípio da hierarquia)²⁰¹.

Este reparto de poder tem lugar em primeiro lugar horizontalmente: cada dirigente da Empresa somente tem atribuída um parcela de responsabilidade (contabilidade, venda, produção, saldo laboral etc. (...)). Pelo que não se pode decidir que tudo seja assunto ou competência de todos igualmente. O reparto de função se produz verticalmente: o superior pode delegar e repartir sua competência entre vários subdelegados, que a sua vez pode fazer o mesmo. É dizer que pode existir sucessivas cadeias de delegações.” (tradução livre)²⁰²

O princípio da divisão do trabalho tem como consequência relevante que os elementos do tipo objetivo do delitivo se repartam entre diferentes sujeitos, de tal forma, que nunca recaia exclusivamente a um único agente, quebrando a tese

²⁰⁰ SÁNCHEZ, Bernard Feijoo. **Imputación Objetiva en el Derecho Penal Económico**. Buenos Aires: Editorial Bdef, 2009, p. 50.

²⁰¹ MARTÍN, Adán Nieto. **Autoría y Participación en el Derecho Penal Económico**. Portal Iberoamericano de Derecho Penal. Disponível em: www.uclm.es/idp, 2002, p. 13.

²⁰² “El reparto de poder tiene lugar en primer lugar horizontalmente: cada dirigente de La empresa suele tener atribuída una parcela de responsabilidade (contabilidad, ventas, producción, saldo laboral etc ...). Por lo que no puede decirse que todo sea asunto o competencia de todos igualmente. El reparto de funciones se produce verticalmente: el superior puede delegar y repartir su competencia entre varios subdelegados, que a su vez pueden hacer lo mismo. Es decir que pueden existir sucesivas cadenas de delegación. Ibidem.

tradicional da tipicidade, na qual o sujeito deve praticar todos os elementos do injusto (responsabilidade penal individual)²⁰³.

Segundo Garcia Martín, “A moderna atividade empresarial se leva a cabo de acordo com os princípios da divisão e da especialização do trabalho, da complementariedade das contribuições de todos os intervenientes no processo e da hierarquia”. (tradução livre).²⁰⁴

O princípio da hierarquia considera que a vontade volitiva (dolo) da prática delitativa recai sobre um sujeito inicial, integrantes da cúpula empresarial, que por vezes manipulam, outras ocultam e até mesmo compartilham a fraude com os demais subordinados envolvidos no processo de produção. Acaba-se por culminar na ocorrência de crimes, sem que estes níveis superiores realizem atos materiais integrante do núcleo do tipo objetivo, o que interfere diretamente na imputação penal individualizada. Não obstante que algum dos inferiores que cumprem as ordens tenha conhecimento dessa fraude, apesar da possibilidade, não é necessária a sua ocorrência²⁰⁵.

É neste ponto que o princípio da confiança tem fundamental relevância no desenvolvimento das atividades empresariais: tanto nos fenômenos das divisões horizontais, entre iguais; bem como em divisões verticais, entre níveis superiores e inferiores da organização.

Para Bernardo Feijoo é fundamental a delimitação objetiva dos âmbitos de organização no âmbito das atividades realizadas por empresa, visto que nas estruturas empresariais mais modernas tem-se na maioria das vezes uma completa autonomia dos diferentes setores que a integra; sendo assim, o princípio da confiança é o elemento necessário de toda atividade realizada, por meio da divisão do trabalho, estabelecendo onde está permitido ou é legítimo confiar²⁰⁶.

Desta forma, o nível de confiança permitido não é igual para todos dentro da estrutura empresarial, a responsabilidade penal decorrente dos deveres, dependerá

²⁰³ MARTÍN, Luis Gracia. **La responsabilidad penal de los Administradores y representantes de la empresa por delitos especiales**. Cuestiones Actuales de Derecho Penal Empresarial - Coord. José Ramon Serrano-Piedecabras & Eduardo Demetrio Crespo. Madrid: Editora Colex, 2010, p. 88.

²⁰⁴ “*La moderna actividad empresarial se lleva a cabo de acuerdo con los principios de la división y de especialización del trabajo, de complementariedad de las aportaciones de todos los intervenientes en el proceso, y de jerarquía*”. Ibidem.

²⁰⁵ Ibidem.

²⁰⁶ SÁNCHEZ, Bernard Feijoo. **Imputación Objetiva en el Derecho Penal Económico**. Buenos Aires: Editorial Bdef, 2009, p. 25/30.

do plano que atua a pessoa e a posição que ocupa dentro da organização. O princípio da confiança encontra-se estreitamente relacionado com a delimitação de âmbitos de organização e responsabilidade²⁰⁷.

No plano horizontal, a divisão de trabalho, pressupõe uma relação de igualdade e os deveres decorrem da posição que se ocupe no plano coletivo para realização do ilícito, opera como verdadeiro limitador da responsabilidade penal ao âmbito de organização próprio²⁰⁸.

Já no plano vertical são relações de supra ou subordinação à eficácia do princípio varia conforme a legitimidade da delegação, dessa forma constatado o despreparo e a inexperiência do subordinado, maior será o dever de supervisão do superior e, portanto, menor será o alcance do princípio da confiança; em sentido inverso, quanto maior a qualificação do subordinado maior será o alcance do princípio, restringindo a responsabilização do superior na esfera penal²⁰⁹.

Estas considerações nos vinculam com uma ideia geral: nos supostos de divisão vertical do trabalho, o princípio da confiança tem um alcance muito mais limitado para o superior hierárquico que nos supostos de divisão horizontal nos que existem uma relação de igualdade. Os deveres dependem decisivamente da posição que se ocupe em um ente coletivo e os deveres de garantia que se derivam dessa posição. (tradução livre)²¹⁰

Outra grande constatação da sociologia é o fenômeno da descentralização nas grandes empresas em razão de sua complexidade, o que impõe a necessidade de divisões conforme determinadas funções e tarefas em setores com efetiva autonomia em relação aos demais.

A produção final do produto requer o trabalho integrado dos vários setores atuantes no organograma empresarial, em que se ressalta a relevância fundamental da distribuição e canalização da informação entre os distintos departamentos, visto

²⁰⁷ SÁNCHEZ, Bernard Feijoo. **Imputación Objetiva en el Derecho Penal Económico**. Buenos Aires: Editorial Bdef, 2009, p. 25/30.

²⁰⁸ Ibidem, p. 26.

²⁰⁹ Ibidem.

²¹⁰ “Estas consideraciones nos vinculan con una idea general: en los supuestos de división vertical del trabajo, el principio de confianza tiene un alcance mucho más limitado para el “superior jerárquico” que en los supuestos de división horizontal, en los que existe una relación de igualdad. Los deberes dependen decisivamente de la posición que se ocupe en un colectivo y los deberes de garantía que se derivan dicha posición”. Ibidem, p. 26.

que, muitas vezes, as informações não são repassadas ou até mesmo podem ser falseadas²¹¹.

Bernardo Feijoo observa:

A teoria dos vasos comunicantes não serve para as organizações empresariais. A teoria e sociologia da organização tem deixado evidente o problema dos fluxos de informação, da segmentação da informação dentro das grandes empresas. (tradução livre)²¹²

Após determinado grau de complexidade empresarial, é inviável supor que a cúpula empresarial acumule uma informação global sobre toda a atividade realizada nos mais diversos setores²¹³.

Ainda para o Feijoo:

Os diretivos e administradores tem uma visão demasiadamente global e os que percebem diretamente os efeitos da atividade empresarial carecem de uma visão de conjunto necessária para entender a periculosidade que ensejam determinadas atividades industriais ou empresariais. (tradução livre)²¹⁴

Nas grandes organizações empresariais, os deveres do vértice hierárquico superior estão relacionados à organização da empresa, para que os distintos setores sejam supridos com as necessárias informações para o desenvolvimento de suas atividades. Deve-se evitar que não haja lacuna de informação na comunicação. Quanto mais complexas são as empresas, mais importantes são os deveres de organização em geral, tendo como consequências a responsabilização penal dos superiores que não cumpriram com estes deveres.

Já em relação aos deveres de informação da base da pirâmide hierárquica, estes vão se reduzindo quanto mais baixo se está, o que inevitavelmente nos conduzirá a situações em que tais subordinados, até mesmo não terão consciência

²¹¹ SÁNCHEZ, Bernard Feijoo. **Imputación Objetiva en el Derecho Penal Económico**. Buenos Aires: Editorial Bdef, 2009, p. 04.

²¹² “*La teoría de los vasos comunicantes no sirve para las organizaciones empresariales. La teoría y sociología de organización han dejado en evidencia el problema de los flujos de información, de la segmentación de la información dentro de las grandes empresas*”. Ibidem, p. 04.

²¹³ Ibidem, p. 03.

²¹⁴ “*Los directivos y administradores tienen una visión demasiado global y los que perciben directamente los efectos de la actividad empresarial carecen de la visión de conjunto necesaria para entender la peligrosidad que encierran determinadas actividades industriales o empresariales*”. Ibidem, p. 03.

da prática delitiva em razão da ausência de informação global, o que proporciona um vasto campo de atuação dos erros de tipo, proibição e situações de instrumentalização que fundamentam a autoria mediata. E quanto mais se compartilham as realizações de funções organizativas, mais difícil torna-se encontrar na dogmática uma resposta eficaz e harmônica para resolver tal complexidade ²¹⁵.

Assim, é inegável que esta nova forma de organização social fragiliza a tradicional imputação penal individualizada frente a lesões a bens jurídicos, oriundos desta nova realidade. Este fenômeno mundial foi denominado pela doutrina penal de *“irresponsabilidade penal organizada”* ²¹⁶.

E mais, no setor empresarial, visto que a distância entre o momento da conduta e da materialização da efetiva lesão, visto que a distância entre o momento da materialização efetiva da lesão, os autores principais perdem seu protagonismo progressivamente, devido aos processos empresariais. Com mais frequência não são as pessoas responsáveis pela aparição do crime, fazendo surgir um sentimento de impunidade na sociedade ²¹⁷.

Neste ponto, é inegável que tal modelo organizativo contribua substancialmente para incremento das lacunas jurídicas de impunidade emergida da liberdade de organização no âmbito empresarial, as quais geram as mais diversas frustrações no seio social, tanto do ponto de vista político-criminal, como da dogmática penal.

Como explicar ao cidadão que num acontecimento de um grande dano à saúde pública, no qual um número expressivo de consumidores foi efetivamente lesionado em razão da colocação de produto nocivo no mercado, o autor do crime é o mero funcionário responsável pela fabricação do produto e não todos aqueles dirigentes que, na ânsia por lucro, se esquecem da responsabilidade social? E mais, como explicar que quando possível de condenar os grandes dirigentes da cúpula empresarial, na maioria das vezes estes seriam meros partícipes?

²¹⁵ SÁNCHEZ, Bernard Feijoo. **Imputación Objetiva en el Derecho Penal Económico**. Buenos Aires: Editorial Bdef, 2009, p. 31.

²¹⁶ Ibidem, p. 14.

²¹⁷ Ibidem, p. 38.

4.2 Contextualização da problemática

Um sujeito pode ser coautor de um delito empresarial: por intervenção igual a dos outros sujeitos ou por divisão de funções. A coautoria é nada mais que uma consequência direta do sistema de divisão horizontal do trabalho, no qual os vários agentes integrantes da ação criminosa dividem uma multiplicidade de tarefas (multiplicidade de condutas), visando o mesmo objetivo delituoso (identidade de infração), sendo que cada uma das funções é fundamental à realização deste (relação de causalidade), inexistindo qualquer relação de acessoriedade (participação).²¹⁸

A pluralidade de autores na prática de delitos sempre foi matéria importante para o Direito Penal, mas nunca esteve tão em pauta, destacando-se a dificuldade em aplicar os requisitos clássicos de responsabilização penal individual aos delitos oriundos da *criminalidade organizada do tipo empresarial*.²¹⁹

Cenário no qual, em razão da divisão de trabalho, os elementos do tipo objetivo do delitivo também se repartam entre diferentes sujeitos, de tal forma, que nunca recaia exclusivamente sobre um único agente, quebrando com a tese tradicional da responsabilidade penal individual, na qual o sujeito deve praticar todos os elementos do injusto (objetivos e subjetivos) para poder ser imputado como seu responsável.²²⁰

As teorias clássicas da autoria, apesar de fundamentais nessa linha evolutiva, atualmente recebem inúmeras críticas no tocante a responsabilização penal dos integrantes da estrutura empresarial, isto porque, apresentam-se como insuficientes

²¹⁸ PEÑARANDA, Enrique Ramos. **Autoría y Participación en la Empresa**. Cuestiones Actuales de Derecho Penal Empresarial - Coord. José Ramon Serrano-Piedecabras & Eduardo Demetrio Crespo. Madrid: Editora Colex, 2008, p. 161-165.

Conclusão obtida nos estudos das aulas ministradas no curso de Pós-Graduação em Direito Penal Econômico (Derecho Penal Económico y de la Empresa), realizado pela UCLM - Universidad Castilla-La Mancha – Toledo – Espanha, Coordenação de Eduardo Crespo Demetrio, José Ramón Serrano-Piedecabras Fernández, entre 10 a 28 de janeiro de 2010.

²¹⁹ SÁNCHEZ, Bernard Feijoo. **Imputación Objetiva en el Derecho Penal Económico**. Buenos Aires: Editorial Bdef, 2009, p. 01-15. Conclusão obtida nos estudos das aulas ministradas no curso de Pós-Graduação em Direito Penal Econômico (Derecho Penal Económico y de la Empresa), realizado pela UCLM - Universidad Castilla-La Mancha – Toledo – Espanha, Coordenação de Eduardo Crespo Demetrio, José Ramón Serrano-Piedecabras Fernández, entre 10 a 28 de janeiro de 2010.

²²⁰ Conclusão obtida nos estudos das aulas ministradas no curso de Pós-Graduação em Direito Penal Econômico (Derecho Penal Económico y de la Empresa), realizado pela UCLM - Universidad Castilla-La Mancha – Toledo – Espanha, Coordenação de Eduardo Crespo Demetrio, José Ramón Serrano-Piedecabras Fernández, entre 10 a 28 de janeiro de 2010.

e ineficazes ao controle da *criminalidade organizada do tipo empresarial*, em especial nas condutas cometidas através de divisões de tarefas.²²¹

A aplicação dessas teorias, muitas vezes, levaria a responsabilidade penal dos trabalhadores que executam diretamente a prática delitiva, mesmo que em cumprimento de uma ordem superior. São “autores”, pois, muitas vezes, podem entender o caráter ilícito de sua conduta, porém, agem no cumprimento de sua função profissional.²²²

A grande questão seria avaliar a necessidade de que a responsabilidade deve ser elevada a direção da organização, aqueles que para muitos são os verdadeiros responsáveis em última instância pela prática de tais comportamentos.

É neste contexto que, no âmbito do Direito Penal Econômico, e principalmente na esfera da responsabilidade penal pelo produto, se percebe lesionado o sentimento de justiça e confiança, manifestado pela opinião pública, que gostariam de verem castigados pelo peso da lei os principais responsáveis (integrante da cúpula empresarial), como autores dos delitos e não como meras figuras secundárias, como os partícipes ou cúmplices.

Assim cada vez mais ganha relevo a problemática acerca dos critérios de imputação clássicos geralmente admitidos em matéria de autoria e participação, os quais geram consequências muito negativas no âmbito das atividades empresariais.²²³

Percebe-se que a impossibilidade técnica de apontar o componente do produto responsável pela lesão ao bem jurídico individual, em razão da divisão de tarefas nas empresas organizadas de forma mais ou menos hierárquicas, em virtude da sucessiva delegação de função, divisão e organização do trabalho, propicia uma

²²¹ SÁNCHEZ, Bernard Feijoo. **Imputación Objetiva en el Derecho Penal Económico**. Buenos Aires: Editorial Bdef, 2009, p. 01/15.

Conclusão obtida nos estudos das aulas ministradas no curso de Pós-Graduação em Direito Penal Econômico (Derecho Penal Económico y de la Empresa), realizado pela UCLM - Universidad Castilla-La Mancha – Toledo – Espanha, Coordenação de Eduardo Crespo Demetrio, José Ramón Serrano-Piedecabras Fernández, entre 10 a 28 de janeiro de 2010.

²²² Conclusão obtida nos estudos das aulas ministradas no curso de Pós-Graduação em Direito Penal Econômico (Derecho Penal Económico y de la Empresa), realizado pela UCLM - Universidad Castilla-La Mancha – Toledo – Espanha, Coordenação de Eduardo Crespo Demetrio, José Ramón Serrano-Piedecabras Fernández, entre 10 a 28 de janeiro de 2010.

²²³ Conclusão obtida nos estudos das aulas ministradas no curso de Pós-Graduação em Direito Penal Econômico (Derecho Penal Económico y de la Empresa), realizado pela UCLM - Universidad Castilla-La Mancha – Toledo – Espanha, Coordenação de Eduardo Crespo Demetrio, José Ramón Serrano-Piedecabras Fernández, entre 10 a 28 de janeiro de 2010.

separação muito significativa entre a colocação do produto no mercado de consumo e a responsabilidade pelas atividades empresariais, acarretando grandes reflexões no que tange aos limites da responsabilidade penal pelo produto dos níveis superiores e subordinados das estruturas empresariais ²²⁴.

Ao encontrar com problemas de participação complexa, como os que decorrem do Direito Penal da Empresa, a jurisprudência tem optado em lugar de determinar quem é o mais próximo do fato, para transferir a responsabilidade diretamente aos níveis mais alto da direção da empresa. Inclusive, situados na responsabilidade pela imediata alta direção na empresa, chama também a atenção que todos os diretivos respondam por igual, ainda que o delito não seja cometido em concreto no seu âmbito de responsabilidade, utilizando como argumento que esta limitação da responsabilidade cesse em situações excepcionais ou de crise (tradução livre) ²²⁵.

Uma das questões mais problemáticas na atual conjectura consiste em determinar a responsabilidade dos níveis superiores da estrutura empresarial, já que estes não praticam atos de execução, não dão ensejo a processos causais naturalísticos, mas que caso agissem poderiam impedir resultados danosos à bem jurídicos, dos quais juridicamente, *a priori*, não são responsáveis pela lesão de forma ao menos culposa.²²⁶

Atualmente percebe-se que a doutrina e jurisprudência mundial cada vez mais rejeitam o modelo de responsabilidade *botton-up*, uma vez que a responsabilidade penal não deve se restringir aos níveis inferiores. Deve-se também estendê-la aos níveis superiores, ao menos naqueles casos em que se comprove o dolo (ou culpa quando houver a previsão), e ficar demonstrado que o titular ou o diretivo da

²²⁴ Conclusão obtida nos estudos das aulas ministradas no curso de Pós-Graduação em Direito Penal Econômico (Derecho Penal Económico y de la Empresa), realizado pela UCLM - Universidad Castilla-La Mancha – Toledo – Espanha, Coordenação de Eduardo Crespo Demetrio, José Ramón Serrano-Piedecabras Fernández, entre 10 a 28 de janeiro de 2010.

²²⁵ “Al encontrarse con problemas de participación compleja, como los que suelen acaecer en el Derecho penal de la empresa, la jurisprudencia ha optado en lugar de determinar cuál es el autor más próximo al hecho, por trasladar la responsabilidad directamente hacía los niveles más altos de dirección de la empresa. Incluso, situados ya en la responsabilidad inmediata de la alta dirección de la empresa, llama también la atención el que todos los directivos respondan por igual, pese a que el delito no haya sido cometido en su concreto ámbito de responsabilidad, utilizando como argumento el que esta limitación de la responsabilidad cesa en situaciones excepcionales o de crisis”. ZAPATERO, Luis Arroyo. **Derecho Penal Econômico y Constitución**. Revista Penal, vol. 1, Barcelona: 1998, p. 24.

²²⁶ Conclusão obtida nos estudos das aulas ministradas no curso de Pós-Graduação em Direito Penal Econômico (Derecho Penal Económico y de la Empresa), realizado pela UCLM - Universidad Castilla-La Mancha – Toledo – Espanha, Coordenação de Eduardo Crespo Demetrio, José Ramón Serrano-Piedecabras Fernández, entre 10 a 28 de janeiro de 2010.

empresa não fez o que era possível ou exigível para evitar sua execução ²²⁷.

O principal foco de discussão tem recaído na responsabilidade penal sobre o produtor, quando, mesmo que não se tenha comprovado que tenha se comportado de forma reprovável, irá responder a título de dolo ou culpa por sua omissão em advertir eventuais consumidores do risco que surgiu da utilização do produto (*ex post*) e até mesmo em não retirar o produto impróprio do mercado ²²⁸.

A imputação tem como pressuposto a posição de garante dos níveis superiores, em decorrência de um dever de vigilância sobre fontes de perigo de caráter pessoal, material ou de proteção a determinados bens jurídicos. Trata de um dever especial de manter o baixo risco dos perigos que podem originar do âmbito de organização empresarial, ou seja, dos produtos colocados no mercado de consumo.

Dentro da posição favorável, a principal argumentação aponta o fato do domínio dos níveis superiores sobre a base hierárquica da empresa, já que com o poder de ordem e transmissão de informação o delito praticado pelo autor imediato poderá ser vinculado à empresa como um todo, qualificado como delito de grupo, o qual se imputa aos responsáveis pela direção da empresa. O que não significa que ele tenha atuado no interesse da empresa ²²⁹.

Por outro lado aponta-se a incoerência em aceitar uma posição geral de garante dos proprietários da empresa, afirmando a impossibilidade de deduzir um dever desta natureza das disposições prescritas no ordenamento vigente ²³⁰.

Essa ideia de contrapartida do modelo democrático de organização política, no qual os órgãos diretivos assumem a posição de garante com fundamento da liberdade fundamental de organizar-se da forma que melhor atenda seu interesse

²²⁷ SÁNCHEZ, Bernard Feijoo. **Imputación Objetiva en el Derecho Penal Económico**. Buenos Aires: Editorial Bdef, 2009, p. 38.p. 08. PEÑARANDA, Enrique Ramos. **Autoría y Participación en la Empresa**. Cuestiones Actuales de Derecho Penal Empresarial - Coord. José Ramon Serrano-Piedecabras & Eduardo Demetrio Crespo. Madrid: Editora Colex, 2008, p. 164.

Conclusão obtida nos estudos das aulas ministradas no curso de Pós-Graduação em Direito Penal Econômico (Derecho Penal Económico y de la Empresa), realizado pela UCLM - Universidad Castilla-La Mancha – Toledo – Espanha, Coordenação de Eduardo Crespo Demetrio, José Ramón Serrano-Piedecabras Fernández, entre 10 a 28 de janeiro de 2010.

²²⁸ CRESPO, Eduardo Demetrio. **Responsabilidad penal por omisión del empresario**. Madrid: Iustel, 2009, p. 43/46.

²²⁹ SÁNCHEZ, Bernard Feijoo. **Imputación Objetiva en el Derecho Penal Económico**. Buenos Aires: Editorial Bdef, 2009, p. 33/38.

²³⁰ CRESPO, Eduardo Demetrio. **Responsabilidad penal por omisión del empresario**. Madrid: Iustel, 2009, p. 47. HASSEMER, Winfried. CONDE, Muñoz. **La Responsabilidad por El producto em derecho penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 1995.

desde que não cause processos causais danosos, quando colocada a termos numa teoria garantista do Direito Penal do Estado de Direito, nas melhores das hipóteses será controversa ²³¹.

4.3 Modelo de baixo para cima (*botton-up model*) e outro de cima para baixo (*top-down model*)

A doutrina apresenta dois modelos de configuração de autoria e participação jurídico-penal nas estruturas empresariais: um modelo de baixo para cima (*botton-up model*) e outro de cima para baixo (*top-down model*)²³².

O primeiro modelo, ideal para a delinquência tradicional, parte de uma responsabilidade daqueles que atuam em último lugar, os executores materiais do crime, que seguem tendo uma maior responsabilidade em relação àqueles que só prestaram contribuições alheias à execução.

Nesta linha, a teoria do “domínio da ação”, como aplicação da teoria do domínio do fato em sua concepção tradicional, está ligada ao modelo *botton-up*, em que são responsáveis os últimos que executam a conduta delituosa, possibilitando nas estruturas empresariais apenas a responsabilização penal dos integrantes inferiores da cadeia estrutural, e, portanto, deve-se ser evitada como critério geral de aplicação na busca por uma solução adequada a imputação penal dentro das estruturas empresariais, por levar a uma impunidade dos níveis superiores ²³³.

A teoria do domínio do fato acaba por imputar a responsabilidade delitiva em um caminho paralelo ao pretendido pela doutrina e jurisprudência mundial, uma vez que os responsáveis diretos pelos delitos empresariais seriam, nesse caso, os integrantes dos níveis inferiores, não sendo atingidos os ocupantes dos níveis superiores, em razão do distanciamento entre a aparição fenomenológica do delito e a ordem emanada.

²³¹ CRESPO, Eduardo Demetrio. **Responsabilidad penal por omisión del empresário**. Madrid: lustel, 2009, p. 48.

²³² SÁNCHEZ, Bernard Feijoo. **Imputación Objetiva en el Derecho Penal Económico**. Buenos Aires: Editorial Bdef, 2009, p. 06/08. PEÑARANDA, Enrique Ramos. **Autoría y Participación en la Empresa**. Cuestiones Actuales de Derecho Penal Empresarial - Coord. José Ramon Serrano-Piedecabras & Eduardo Demetrio Crespo. Madrid: Editora Colex, 2008, p. 164.

²³³ Ibidem, p. 33.

Assim, a doutrina pós-moderna fundamenta que não há como aplicar a teoria do domínio do fato às estruturas empresarias já que não há como exercer “domínio”, “controle fático” ou quaisquer outras situações de cunho fenomenológico pelo “homem de trás”, por estar este distante do momento da execução delitiva²³⁴.

Desse modo, segundo a doutrina pós-moderna, a teoria do domínio do fato não é apta a solucionar a *criminalidade organizada do tipo empresarial*²³⁵. Constatou-se uma inoperância da teoria em imputar o delito ao “homem de trás”, aos níveis superiores da estrutura empresarial.

A transferência da responsabilidade criminal aos níveis superiores da estrutura empresarial, na qualidade de autores, faz-se necessária sob um ponto de vista político-criminal, porém complicado sob uma perspectiva jurídico-dogmática.

Para Bernardo Feijoo, “a teoria do domínio do fato não permite explicar de forma adequada esta opção judicial amplamente aceita pela doutrina. A dogmática tradicional da autoria bate frontalmente com a realidade social”²³⁶.

A perspectiva do *botton-up model* tem como ponto de partida a responsabilidade preferente dos administradores ou diretivos da empresa, amplia o conceito de autor, mas dentro de certos limites, enquanto aos mandos intermediários os empregados se apresentarão em distintos graus.

A responsabilidade dos mandos intermediários que simplesmente transitem ordens vem sendo apontado por parte da doutrina como um pressuposto que integra a autoria (autores, coautores ou autores mediatos) e pela outra como participação (induzir, instigar ou auxiliar), visto que a decisão vem de cima e a execução de baixo²³⁷.

É possível identificar nas grandes empresas mandos intermediários que na realidade possuem grande grau de autonomia e capacidade de decisão. Os escalões superiores não se incumbem de tomar decisões sobre fatos concretos,

²³⁴ Conclusão obtida nos estudos das aulas ministradas no curso de Pós-Graduação em Direito Penal Econômico (Derecho Penal Económico y de la Empresa), realizado pela UCLM - Universidad Castilla-La Mancha – Toledo – Espanha, Coordenação de Eduardo Crespo Demetrio, José Ramón Serrano-Piedecasas Fernández, entre 10 a 28 de janeiro de 2010.

²³⁵ SÁNCHEZ, Bernard Feijoo. **Imputación Objetiva en el Derecho Penal Económico**. Buenos Aires: Editorial Bdef, 2009, p. 07 e 38.

²³⁶ Ibidem, p. 07.

²³⁷ CRESPO, Eduardo Demetrio. **Responsabilidad penal por omisión del empresario**. Madrid: Iustel, 2009, p. 32.

mas apenas se destinam a controlar e supervisionar os cargos intermediários e, portanto, não se deve assumir um *juízo a priori* de que sempre será correto transladar a responsabilidade criminal para a cúpula empresarial indistintamente²³⁸.

Por fim, no que se relaciona aos escalões inferiores, a doutrina também diverge quanto à responsabilidade penal dos subordinados que praticam fatos criminosos tendo conhecimento de sua ilicitude, ainda que em cumprimento de uma ordem do superior hierárquico.

Parte defende a impunidade sustentando que não lhe seria exigível agir de outra forma, outro segmento indica que este deve responder como autor do crime por ter executado e para uma terceira corrente deveria responder como coautor do delito em conjunto com os níveis superiores²³⁹.

Parece existir na doutrina um acordo amplo acerca das necessidades de formular novas construções teóricas que permitam realizar uma imputação direta como autor, e não como partícipe para aqueles que ocupam níveis superiores ou intermediários nas empresas, não havendo, entretanto, um consenso quanto ao fundamento adequado para este novo método de imputação, mas o caminho da utilização da comissão por omissão vem sendo seguido como opção preferencial²⁴⁰.

A questão em princípio não teria porque ser demasiadamente complicada, enquanto se pode considerar autor o subordinado e o indutor, cooperador necessário ou cúmplice o superior que ordena, tolera ou conhece os atos. Não obstante, este modo de proceder nem sempre conduz a resultados aceitáveis. Por isso na doutrina mais recente e na jurisprudência propõe considerar o superior autor mediato, coautor ou autor em comissão por omissão. (tradução livre)

²⁴¹

A principal questão deste estudo é compreender como interpretar a

²³⁸ CRESPO, Eduardo Demetrio. **Responsabilidad penal por omisión del empresario**. Madrid: Iustel, 2009, p. 33.

²³⁹ Ibidem, p. 32.

²⁴⁰ Ibidem, p. 166.

²⁴¹ “*La cuestión en principio no tendría porqué ser demasiado complicado, en cuanto que puede considerarse autor al subordinado e inductor, cooperador necesario o cómplice al superior que ordena, tolera o conoce los hechos. No obstante, este modo de proceder no siempre conduce a resultados aceptables. Por ello en la doctrina más reciente y en la jurisprudencia se ha propuesto considerar al superior autor mediato, coautor o autor en comisión por omisión*”. MARTÍN, Adán Nieto. **El Derecho Penal Económico Español**. Instituto de Derecho Penal Europeu e Internacional Universidad Castilla La Mancha, Disponível em: www.uclm.es/idp, 2002, p. 10.

criminalidade proveniente de uma organização empresarial que não se destina exclusivamente à prática de delitos, mas que, em decorrência das facilidades de um mundo globalizado, qualitativamente diferente, acaba por vezes sendo a grande causadora de consequências danosas para toda a sociedade, ainda que não tenham esse fim.

Seria realmente necessária uma mudança de paradigma na dogmática penal? E essa mudança atende satisfatoriamente a necessidade de efetivar os direitos fundamentais de primeira dimensão (garantias individuais) no curso da marcha processual?

4.3.1 Proposta por Autoria Mediata

4.3.1.1 Domínio da vontade - em virtude de mecanismos de poder organizados

A peculiaridade desta modalidade da teoria do domínio do fato pelo domínio da vontade consiste na existência de um autor imediato plenamente responsável, não pressupondo obstáculos algum para a consideração do “sujeito de trás” como autor mediato da prática delituosa²⁴².

A autoria não se fundamenta pelo domínio exercido sobre o executor, como se fosse um simples instrumento, mas num domínio próprio de aparatos organizativos em que o executor se insere de modo que ambos os agentes mediatos e intermediários poderão ser igualmente responsabilizados, e mais precisamente na qualidade de autores, estaremos falando assim diante desses pressupostos do “autor atrás do autor”²⁴³.

Claus Roxin, seu criador, tinha em mente que o campo principal de atuação dessa construção seria as organizações políticas, militares ou policiais que se apoderaram do aparato de Estado e utilizam dele com fins ilícitos. Admitindo a possibilidade de sua aplicação adequada para organizações criminais, como ocorre

²⁴² A autoria por domínios de aparato de poder foi aplicada em 26 de julho de 1994 e condenou os antigos cargos da empresa RDA na Alemanha.

²⁴³ PEÑARANDA, Enrique Ramos. **Autoría y Participación en la Empresa**. Cuestiones Actuales de Derecho Penal Empresarial - Coord. José Ramon Serrano-Piedecabras & Eduardo Demetrio Crespo. Madrid: Editora Colex, 2008, p. 167.

com o terrorismo ou os mafiosos que enfrentam o próprio Estado²⁴⁴.

Assim para se falar no “homem de trás”, que possui o controle da organização, seria necessário o cumprimento de três requisitos: a) *uma estrutura fortemente hierarquizada* (um aparato organizado de poder) através da qual um ou vários “homens de trás” exercem um poder de mando, com grande pressão sobre os integrantes para que cumpra as ordens; b) *a intercambialidade dos executores individuais*, ou seja, a fungibilidade como se fossem peças substituíveis do aparato, vez que restringindo a sua liberdade de vontade; c) *desvinculação da organização como um todo do ordenamento jurídico*, desvinculação total do aparato, ou seja, deve estar à margem do Direito²⁴⁵.

A teoria equaciona o problema jurídico dos criminosos nazistas, ante a figura do *domínio de vontade por estruturas organizadas de poder*; não soluciona a contento, porém, a questão da responsabilidade penal nas empresas.

Desde sua primeira aplicação, percebeu-se que a dita construção não deveria estar limitada a aparatos organizados de poder de caráter estatal, podendo ser aplicada a estruturas organizadas entre elas as empresas. Esta extensão da tese de autoria mediata por domínios de organização foi recebida pela doutrina com grande desconfiança, vez que o próprio Claus Roxin havia assinalado a difícil compatibilidade da desvinculação ao ordenamento jurídico com as hipóteses de criminalidade empresarial²⁴⁶.

Assim, não haveria problema em aplicá-las para as empresas de caráter terrorista ou mafioso, constituídas especialmente para comissões de delitos, o que demonstra nitidamente a possibilidade de se afirmar sua desvinculação como todo do ordenamento jurídico²⁴⁷.

²⁴⁴ CRESPO, Eduardo Demetrio. **Responsabilidad penal por omisión del empresario**. Madrid: Iustel, 2009, p. 35/38. PEÑARANDA, Enrique Ramos. **Autoría y Participación en la Empresa**. Cuestiones Actuales de Derecho Penal Empresarial - Coord. José Ramon Serrano-Piedecabras & Eduardo Demetrio Crespo. Madrid: Editora Colex, 2008, p. 167/173.

²⁴⁵ CRESPO, Eduardo Demetrio. **Responsabilidad penal por omisión del empresario**. Madrid: Iustel, 2009, p. 35/38. PEÑARANDA, Enrique Ramos. **Autoría y Participación en la Empresa**. Cuestiones Actuales de Derecho Penal Empresarial - Coord. José Ramon Serrano-Piedecabras & Eduardo Demetrio Crespo. Madrid: Editora Colex, 2008, p. 167/173

²⁴⁶ *Ibidem*.

Conclusão obtida nos estudos das aulas ministradas no curso de Pós-Graduação em Direito Penal Econômico (Derecho Penal Económico y de la Empresa), realizado pela UCLM - Universidad Castilla-La Mancha – Toledo – Espanha, Coordenação de Eduardo Crespo Demetrio, José Ramón Serrano-Piedecabras Fernández, entre 10 a 28 de janeiro de 2010.

²⁴⁷ CRESPO, Eduardo Demetrio. **Responsabilidad penal por omisión del empresario**. Madrid:

Entretanto, esta completa desvinculação não se dá naquelas empresas constituídas com finalidades lícitas, as quais, de forma mediana atendem às exigências do Direito. E, por esta razão, grande parte da doutrina encontra obstáculos para a translação destes critérios para as empresas.

Como consequência disso, a autoria citada só crer ser possível admitir esta forma de autoria mediata, cumpridas as condições restantes da mesma, nas organizações delitivas de caráter estatal ou paraestatal e naquelas empresas que se dedicam a comissão de delitos como atividade exclusiva ou, ao menos, principal (e não quando se trata de atividade meramente ocasional ou secundárias, como será, sem dúvida, o caso mais habitual). (tradução livre)²⁴⁸

Na realidade a exigência da desvinculação do Direito foi um problema até mesmo na aplicação original dessa figura, obrigando o próprio Claus Roxin a suavizá-la o que não é a mesma coisa que aceitar sua aplicação no âmbito da criminalidade organizada sem fins exclusivamente ilícitos. Segundo o autor para apreciar tal desvinculação poderia ser suficiente que uma organização criminal pretendesse não a infração massiva do Código Penal ou de amplos setores do mesmo, mas sim a comissão de uma classe específica de delitos²⁴⁹.

Outra dificuldade é em relação ao requisito da hierarquia, vez que se tem observado que as grandes empresas modernas opõem-se a qualquer estruturação de poder estritamente hierarquizada. Percebendo-se também uma tendência de descentralização dos processos de tomada de decisão e de execução das tarefas.

Iustel, 2009, p. 35/38. PEÑARANDA, Enrique Ramos. **Autoría y Participación en la Empresa**. Cuestiones Actuales de Derecho Penal Empresarial - Coord. José Ramon Serrano-Piedecabras & Eduardo Demetrio Crespo. Madrid: Editora Colex, 2008, p. 167/173.

Conclusão obtida nos estudos das aulas ministradas no curso de Pós-Graduação em Direito Penal Econômico (Derecho Penal Económico y de la Empresa), realizado pela UCLM - Universidad Castilla-La Mancha – Toledo – Espanha, Coordenação de Eduardo Crespo Demetrio, José Ramón Serrano-Piedecabras Fernández, entre 10 a 28 de janeiro de 2010.

²⁴⁸ “Como consecuencia de ello, la autoria citada so lo cree posible admitir esta forma de autoria mediata, cumplidas las restantes condiciones de la misma, en las organización delictivas de carácter estatal o paraestatal y en aquellas empresas que se dedican a la comisión de delitos como actividad exclusiva o, al menos, principal (y no cuando se trate de actividades meramente ocasionales o secundarias, como será, sin duda, el caso más habitual)”. PEÑARANDA, Enrique Ramos. **Autoría y Participación en la Empresa**. Cuestiones Actuales de Derecho Penal Empresarial - Coord. José Ramon Serrano-Piedecabras & Eduardo Demetrio Crespo. Madrid: Editora Colex, 2008, p. 170.

²⁴⁹ Ibidem, p. 167/173.

Conclusão obtida nos estudos das aulas ministradas no curso de Pós-Graduação em Direito Penal Econômico (Derecho Penal Económico y de la Empresa), realizado pela UCLM - Universidad Castilla-La Mancha – Toledo – Espanha, Coordenação de Eduardo Crespo Demetrio, José Ramón Serrano-Piedecabras Fernández, entre 10 a 28 de janeiro de 2010.

Nas empresas vinculadas as regras do Direito torna-se insustentável a aplicação desta teoria, uma vez que se a ordem do superior for ilícita o subordinado não está obrigado a cumpri-la, podendo socorrer-se ao Judiciário ²⁵⁰.

Sustenta-se, por outro lado, que a intercambialidade e fungibilidade dos seus trabalhadores, dentro de um aparato, estaria prejudicada. Devido aos graus de qualificações exigidas por esses trabalhadores que devem ser especializados e altamente capacitados, o que não poderia ser substituído pela simples manifestação da vontade. Outro dado diferencial desta figura esta na hesitação de um dos órgãos de execução no cumprimento da ordem superior não prejudica, em absoluto, o plano global, pois há sempre um “executor de reserva”²⁵¹.

Portanto, para a doutrina pós-moderna majoritária, só é possível falar de uma autoria mediata por *domínio de aparatos organizados de poder nas empresas* que na realidade se associam para delinquir com foco principal de suas atividades, pois somente a completa desvinculação do ordenamento jurídico garante o funcionamento automático do aparato²⁵².

Com isso é plenamente possível, de acordo com os ditames anteriormente expostos, balizados na teoria de Claus Roxin, uma atribuição da responsabilidade penal do crime de tráfico ilícito de substância entorpecente, de pessoas e armas por exemplos, aos dirigentes de um cartel de narcotraficantes, visto que a referida organização existe com o objetivo de realizar tal crime determinado.

Já na delinquência econômica empresarial ocasional, não convergindo no crime organizado acima mencionado, prevalecem mundialmente as teses que buscam fundamentar a responsabilidade penal dos mandos superiores através de uma coautoria nos delitos dolosos, sem que haja a necessidade de que os níveis superiores ou intermediários estejam presentes no momento da prática dos atos de execução material do crime (aspecto objetivo do tipo penal), fundamentando-se na

²⁵⁰ CRESPO, Eduardo Demetrio. **Responsabilidad penal por omisión del empresario**. Madrid: Iustel, 2009, p. 35/38. PEÑARANDA, Enrique Ramos. **Autoría y Participación en la Empresa**. Cuestiones Actuales de Derecho Penal Empresarial - Coord. José Ramon Serrano-Piedecabras & Eduardo Demetrio Crespo. Madrid: Editora Colex, 2008, p. 167/173.

Conclusão obtida nos estudos das aulas ministradas no curso de Pós-Graduação em Direito Penal Econômico (Derecho Penal Económico y de la Empresa), realizado pela UCLM - Universidad Castilla-La Mancha – Toledo – Espanha, Coordenação de Eduardo Crespo Demetrio, José Ramón Serrano-Piedecabras Fernández, entre 10 a 28 de janeiro de 2010.

²⁵¹ Ibidem.

²⁵² Ibidem.

estrutura organizada de poder conferida a cúpula empresarial.

As dificuldades de transladar esta teoria para as empresas que atuam sob a vigência do ordenamento jurídico, para admitir como instrumento o sujeito que atua de modo plenamente responsável tem conduzido o setor da doutrina mundial a postular uma construção alternativa, de uma coautoria entre o subordinado e seu superior, tendo duas vertentes distintas: a primeira é o domínio funcional da ação, iniciado por Claus Roxin; e a segunda o domínio social ou normativo da ação, defendida por Bernardo Feijoo²⁵³.

Não se coloca, aqui, como próprio do instituto da coautoria, uma relação horizontal, onde aqueles que repartem o domínio do fato encontram-se numa mesma esfera, mas, ao contrário, existe um relacionamento vertical, o qual normalmente se traduz na fórmula instrumental da autoria mediata.

4.3.2 Proposta por Coautoria

Os adeptos da responsabilização dos integrantes de empresas em seus diversos níveis, considerando a divisão de tarefas e condutas delitivas fracionadas, através do instituto da coautoria apresentam como fundamento a *teoria do domínio funcional* ou *teoria do domínio social ou normativo*. Assim, tanto os níveis superiores como os níveis intermediários e, ainda, os níveis subordinados responderiam como coautores da prática delitiva, mesmo que a conduta central, núcleo do tipo fosse realizada de maneira exclusiva por uns e da perspectiva causal naturalística, irrelevante para outros, analisa-se o comportamento global entre os coautores²⁵⁴.

²⁵³ CRESPO, Eduardo Demetrio. **Responsabilidad penal por omisión del empresario**. Madrid: Iustel, 2009, p. 33/35. PEÑARANDA, Enrique Ramos. *Autoría y Participación en la Empresa*. Cuestiones Actuales de Derecho Penal Empresarial - Coord. José Ramon Serrano-Piedecabras & Eduardo Demetrio Crespo. Madrid: Editora Colex, 2008, p. 167/173.

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 173-177.

Conclusão obtida nos estudos das aulas ministradas no curso de Pós-Graduação em Direito Penal Econômico (Derecho Penal Económico y de la Empresa), realizado pela UCLM - Universidad Castilla-La Mancha – Toledo – Espanha, Coordenação de Eduardo Crespo Demetrio, José Ramón Serrano-Piedecabras Fernández, entre 10 a 28 de janeiro de 2010.

4.3.2.1 Domínio funcional

Essa posição evoca noções de *divisão de trabalho*, em que cada interveniente age conforme a *divisão de papéis* mais adequada para a consecução do fim criminoso, esses integrantes desempenham suas funções típicas dentro das quais já lhe são previamente atribuídas²⁵⁵.

Todos os envolvidos devem participar da decisão delitiva conjunta, em que cada um realiza uma significativa intervenção, além de meros atos preparatórios; ainda que não pratique o núcleo do tipo será considerado coautor se sua colaboração for necessária para execução do plano delitivo conforme a prévia divisão de trabalho racionalmente determinada²⁵⁶.

Todos os integrantes envolvidos na prática delitiva responderão na condição de coautores, devido ao caráter essencial de cada contribuição para a produção do resultado, exigindo-se uma vinculação subjetiva entre os intervenientes acerca da prática delitiva global, demonstrada por meio de um acordo conjunto entre os integrantes dos diferentes níveis na produção do mesmo resultado danoso²⁵⁷.

Na responsabilidade penal pelo produto, parcela da doutrina vem sustentando que a colaboração pode recair sobre atos iniciais (fase preparatória) desde que essencial para a execução do plano global²⁵⁸. Muñoz Conde sustenta que a intervenção em fase executiva é requisito prescindível para a existência de um condomínio da ação, na opinião do autor não é fundamental para caracterizar a coautoria, figurando na realidade como um simples resíduo da errônea teoria objetivo-formal²⁵⁹.

²⁵⁵ CRESPO, Eduardo Demetrio. **Responsabilidad penal por omisión del empresario**. Madrid: Iustel, 2009, p. 38/42. PEÑARANDA, Enrique Ramos. **Autoría y Participación en la Empresa**. Cuestiones Actuales de Derecho Penal Empresarial - Coord. José Ramon Serrano-Piedecabras & Eduardo Demetrio Crespo. Madrid: Editora Colex, 2008, p. 173/177.

Conclusão obtida nos estudos das aulas ministradas no curso de Pós-Graduação em Direito Penal Econômico (Derecho Penal Económico y de la Empresa), realizado pela UCLM - Universidad Castilla-La Mancha – Toledo – Espanha, Coordenação de Eduardo Crespo Demetrio, José Ramón Serrano-Piedecabras Fernández, entre 10 a 28 de janeiro de 2010.

²⁵⁶ Ibidem;

²⁵⁷ CRESPO, Eduardo Demetrio. **Responsabilidad penal por omisión del empresario**. Madrid: Iustel, 2009, p. 39.

²⁵⁸ Ibidem, p. 38.

²⁵⁹ PEÑARANDA, Enrique Ramos. **Autoría y Participación en la Empresa**. Cuestiones Actuales de Derecho Penal Empresarial - Coord. José Ramon Serrano-Piedecabras & Eduardo Demetrio Crespo. Madrid: Editora Colex, 2008, p. 173.

A doutrina que defende uma solução para o problema da “*irresponsabilidade organizada*” entende que a imputação dos integrantes de empresas, através da aplicação do instituto da coautoria por domínio funcional do fato entre os níveis superiores e os níveis subordinados é a solução adequada pra a responsabilidade penal pelo produto. Argumenta que os níveis superiores da estrutura empresarial dominam a prática do fato material, como o domínio da decisão²⁶⁰. Tendo os níveis subordinados ao domínio da ação. Ambas são condutas necessárias para a produção do fato delitivo, cada qual colabora com seu papel dentro da estrutura empresarial.

Esta postura justifica-se pelo fato que os órgãos diretivos (níveis superiores) não levam a cabo os atos executórios em sentido estrito das práticas delitivas, entretanto são responsáveis diretos pela tomada de decisão – detêm o domínio do fato material como domínio da decisão. De modo que também devem ser responsabilizados mesmo que sua conduta fracionada não desenvolva nenhum ato executório. A adequada e correta imputação dos órgãos diretivos legitima-se no domínio da decisão emanada²⁶¹.

Assim, haverá coautoria, ainda que uma dada contribuição não ingresse formalmente no marco da ação típica, mas quando desempenhada torna-se essencial para a aparição fenomenológica do delito²⁶².

E ainda que haja separação temporal entre as intervenções realizadas entre o diretivo e o executor, se entende que estes estão vinculados por motivos de divisão de trabalho, o que dentro da ótica empresarial configura o acordo comum. A decisão conjunta é entendida como integrar uma organização, devido a coordenação consciente das partes e a filiação conjunta de objetivos²⁶³.

²⁶⁰ CRESPO, Eduardo Demetrio. **Responsabilidad penal por omisión del empresario**. Madrid: Iustel, 2009, p. 38.

²⁶¹ CRESPO, Eduardo Demetrio. **Responsabilidad penal por omisión del empresario**. Madrid: Iustel, 2009. Conclusão obtida nos estudos das aulas ministradas no curso de Pós-Graduação em Direito Penal Econômico (Derecho Penal Económico y de la Empresa), realizado pela UCLM - Universidad Castilla-La Mancha – Toledo – Espanha, Coordenação de Eduardo Crespo Demetrio, José Ramón Serrano-Piedecabras Fernández, entre 10 a 28 de janeiro de 2010.

²⁶² CRESPO, Eduardo Demetrio. **Responsabilidad penal por omisión del empresario**. Madrid: Iustel, 2009. Conclusão obtida nos estudos das aulas ministradas no curso de Pós-Graduação em Direito Penal Econômico (Derecho Penal Económico y de la Empresa), realizado pela UCLM - Universidad Castilla-La Mancha – Toledo – Espanha, Coordenação de Eduardo Crespo Demetrio, José Ramón Serrano-Piedecabras Fernández, entre 10 a 28 de janeiro de 2010.

²⁶³ CRESPO, Eduardo Demetrio. **Responsabilidad penal por omisión del empresario**. Madrid: Iustel, 2009. Conclusão obtida nos estudos das aulas ministradas no curso de Pós-Graduação em

Claus Roxin aponta como falhas na adoção dessa teoria na estrutura empresarial: i) falta da decisão de realização conjunta do fato (pressuposto da atuação em coautoria); ii) ausência de execução comum (elemento constitutivo da coautoria) e por fim iii) quebra da diferença estrutural entre autoria mediata (vertical) e a coautoria (horizontal) ²⁶⁴.

Desta forma, a perda dos contornos fundamentais desconstitui a teoria, de forma que esta perde sua essência, a dispensabilidade do requisito da “decisão conjunta” priva a figura da coautoria de seu perfil mais característico. Ao desvincular a coautoria da exigência da contribuição na fase executiva inviabilizaria sua diferenciação com as figuras da participação. Faltaria nesses casos a horizontalidade, ou seja, a simultaneidade e equivalência das contribuições a um fim comum, fator essencial a configuração da coautoria, ao contrário nas relações empresarias na realidade há uma relação vertical, em decorrência da divisão de tarefas, entre as contribuições dos integrantes, característica própria da autoria mediata.

À margem de todas estas críticas cumpre ainda assinalar que a teoria funcional não tem o condão de contrariar que cada coautor só domina verdadeiramente de um modo positivo sua própria contribuição; em respeito às demais contribuições, somente existiria, na melhor das hipóteses, um domínio de caráter negativo, como ocorre nas hipóteses de indução e participação, se eles se comportam de forma livre e consciente ²⁶⁵.

Tem-se, portanto, que essas teorias pretendem uma verdadeira ampliação do conceito de autoria, não estando, assim, à altura de fornecer conceitos minimamente precisos para delimitar a diferença entre uma realização conjunta e as colaborações de menor intensidade; pretendendo incluir, nesta ampla noção, todas as condutas dos intervenientes, acarretara a mesma confusão ocasionada pelas teorias subjetivas da ação. Se adotado um modelo de imputação como proposto por estas teorias implicará em uma normatização da teoria do domínio do fato, resultando

Direito Penal Econômico (Derecho Penal Económico y de la Empresa), realizado pela UCLM - Universidad Castilla-La Mancha – Toledo – Espanha, Coordenação de Eduardo Crespo Demetrio, José Ramón Serrano-Piedecabras Fernández, entre 10 a 28 de janeiro de 2010.

²⁶⁴ Ibidem, p. 41.

²⁶⁵ PEÑARANDA, Enrique Ramos. **Autoría y Participación en la Empresa**. Cuestiones Actuales de Derecho Penal Empresarial - Coord. José Ramon Serrano-Piedecabras & Eduardo Demetrio Crespo. Madrid: Editora Colex, 2008, p. 175.

numa confusão entre as figuras de participação e coautoria²⁶⁶. Trata-se de uma espiritualização da coautoria²⁶⁷. Vincular as distintas contribuições reputando-se como coautores de uma ação unitária por realização conjunta, requer uma explicação de que a teoria do domínio funcional somente proporciona pelo aspecto normativo, ou seja, mera solução aparente. Dado o distanciamento entre o momento da manifestação do crime e a intervenção do órgão diretivo não se pode atribuir um domínio, um controle fático ao “homem de trás”.

E, por esta razão, a forma de proceder da jurisprudência e da doutrina mundial diante da “responsabilidade por produtos perigosos” se faz temerária. Por mais que os intuitos de prevenção sejam os mais nobres possíveis, querer sanar lacunas de impunidade com a total descaracterização da teoria do domínio do fato, não se faz permitido. Ou se admite o câmbio metodológico, e um novo método de imputação diverso do que tem como base na teoria do domínio do fato, ou caminharemos para um rumo em que a mera retórica jurídica é suficiente para falsear o que se faz na realidade.

Alguns adeptos ao domínio funcional da ação, ainda denominado domínio da ação adicionando o adjetivo social ou normativo, deixando claro que o fator decisivo não é mais o domínio fático, real ou empírico da ação. Para esta corrente com o passar do tempo o desempenho de um determinado papel (rol social) está estritamente ligado a uma posição de dever ou exercício de uma determinada competência. A partir deste ponto surgem diversas soluções²⁶⁸.

4.3.2.2 Domínio Social ou Normativo

Por domínio normativo deve-se entender o “domínio da competência para o fato”, e não comum um domínio objetivo-causal do fato e assim o domínio não é domínio psicofísico de processos causais. O que é importante é determinar a quem

²⁶⁶ CRESPO, Eduardo Demetrio. **Responsabilidad penal por omisión del empresario**. Madrid: Iustel, 2009, p. 39.

²⁶⁷ CRESPO, Eduardo Demetrio. **Responsabilidad penal por omisión del empresario**. Madrid: Iustel, 2009, p. 39.

²⁶⁸ PEÑARANDA, Enrique Ramos. **Autoría y Participación en la Empresa**. Cuestiones Actuales de Derecho Penal Empresarial - Coord. José Ramon Serrano-Piedecabras & Eduardo Demetrio Crespo. Madrid: Editora Colex, 2008, p. 174.

seria a incumbência/ não incumbência sobre o sucesso de um determinado fato ²⁶⁹.

Neste sentido, as ideias de “domínio” e “controle” sobre a determinação objetiva do fato deixam de ser relevantes no âmbito das estruturas empresariais, como já mencionado as contribuições emanados pelos dos órgãos diretivos se dão em momento temporal distinto da aparição fenomenológica do crime, devido aos processos empresarias que fazem com que progressivamente a cúpula da estrutura perca seu protagonismo, fator impeditivo de atribuição de um domínio, de um controle fático ou quaisquer circunstâncias de um corte fenomenológico ao “homem de trás”²⁷⁰.

Como ponto de partida para a responsabilidade penal individual é importante determinar quem é objetivamente imputável no âmbito de organização da empresa. Verificada tal premissa, deve-se delimitar quais são as pessoas físicas, dentro da estrutura corporativa, às quais será atribuível a condição de autores ou partícipes.

É a delimitação dos âmbitos de organização e de responsabilidade dentro de uma estrutura empresarial que indicará quem tem o “dever de cuidado”, como se sucede nos demais âmbitos de organização alheios à empresa. Na expressão de Jackobs, “nem tudo que ocorre dentro de uma empresa é assunto de todos”²⁷¹.

Segundo Bernardo Feijoo, “os deveres são prestações altamente pessoais, e, portanto, a infração de dever deve ser determinada e imputada de forma individualizada, tendo em conta a estrutura e organização da empresa.” (tradução livre) ²⁷².

Modifica-se, assim, a ideia de “domínio” sobre os atos de empresa para uma ideia de “competência” entre os distintos setores autônomos que fundamentaram as diversas responsabilidades penais. O processo de descentralização das tomadas de decisão utilizado pelas grandes empresas poderia culminar em uma inevitável responsabilidade objetiva²⁷³.

²⁶⁹ SÁNCHEZ, Bernard Feijoo. **Imputación Objetiva en el Derecho Penal Económico**. Buenos Aires: Editorial Bdef, 2009, p. 37.

²⁷⁰ Ibidem, p. 38.

²⁷¹ SÁNCHEZ, Bernard Feijoo. **Imputación Objetiva en el Derecho Penal Económico**. Buenos Aires: Editorial Bdef, 2009, p. 17-18.

²⁷² “Los deberes son prestaciones altamente personales y, portanto, la infracción de un deber debe ser determinada y imputada de forma individualizada, teniendo en cuenta la estructura y organización de la empresa”Ibidem.

²⁷³ SÁNCHEZ, Bernard Feijoo. **Imputación Objetiva en el Derecho Penal Económico**. Buenos

Deve se buscar os responsáveis pelo âmbito de organização responsável pela lesão ou exposição à lesão. Por último, deve se verificar quais são as pessoas no âmbito de organização previamente delimitado que são responsáveis por infringir seus deveres.

Bernado Feijoo, adepto ao domínio social, parte de um câmbio da plena responsabilidade do subordinado, e fundamenta uma coautoria em razão do caráter complementar ou de conjunto das intervenções realizadas entre os mais diversos níveis da organização para que os efeitos lesivos se produzam externamente²⁷⁴.

Para o autor, “a organização empresarial moderna é uma realidade social emergencial que não pode ser tratada como uma mera soma de sujeitos individuais, mas si uma nova realidade distinta daquela” (tradução livre).²⁷⁵

Portanto, a empresa possui uma posição de garante original que é assumida por diretivos e administradores que vão gerando uma cadeia de delegação de deveres parciais; aqui, o princípio da confiança é um critério de grande ajuda para determinar quais destas pessoas infringiram seus deveres no trabalho em equipe ou dentro de uma organização²⁷⁶.

Nestas empresas, os dirigentes somente responderão se não houverem sido cuidadosos num momento de organizar internamente a empresa, para controlar os perigos oriundos de suas atividades²⁷⁷.

Para a teoria do domínio social/normativa da ação é inaceitável que se conceba que os indivíduos nos níveis inferiores como absolutamente privados da característica da autorresponsabilização; desta forma, seu âmbito de competência, apesar de muito pequeno, não é inexistente²⁷⁸.

Sem embargos, não é evidente que se seus deveres de cuidado são limitados isto implica que carecem absolutamente de deveres dentro da organização. O decisivo é, pois, determinar se a parte da

Aires: Editorial Bdef, 2009, p. 17-18.

²⁷⁴ Ibidem, p. 02.

²⁷⁵ “*La organización empresarial moderna es una realidad social emergencial que no puede ser tratada sin más como una suma de sujetos individuales, sino que supone una nueva realidad distinta a éstos*” Ibidem.

²⁷⁶ Ibidem.

²⁷⁷ Ibidem.

²⁷⁸ Ibidem, p. 34-35.

organização que resulta perigosa é de sua competência, é dizer, se de sua competência dentro da empresa se derivam deveres de evitação ou de cuidado.” (tradução livre)²⁷⁹

Portanto, o trabalhador tem o seu âmbito de deveres de informação e conhecimento reduzido, mas não todos os deveres, como se fosse uma coisa e não uma pessoa responsável.

Para Bernard Feijoo, não haveria assim problemas dogmáticos em afirmar a existência de uma coautoria baseada fenomenologicamente em um autor de trás do autor e não um autor ao lado de um autor, devido à existência de uma competência compartilhada por vários sujeitos. Neste sentido é que a autoria passa a ideia de domínio normativo em que o relevante não é o domínio/não domínio psicofísico de processos causais, mas a incumbência/ ou não incumbência pela realização de determinada prática²⁸⁰.

Portanto, nesse sentido, as teorias do domínio da ação devem dar passo as teorias da competência por âmbitos de organização empresarial complexa.

Com esta proposta de estender-se a coautoria, inclusive com as intervenções realizadas em fase meramente preparatória, surgem diversos opositores, com as mesmas objeções apontadas para a teoria do domínio funcional do fato na responsabilidade penal pelo produto, e que são tão pertinentes neste âmbito quanto no já mencionado.

Desta forma, o importante é o papel que ocupa na organização empresarial, e não funções fáticas, não é um domínio psicofísico, mas sim a quem incumbia tal função, quem era o responsável; Günther Jakobs foi de grande influência para essa corrente.

Com isso, na realidade, se abandona por completo o critério do domínio como requisito base da imputação no âmbito da responsabilidade penal pelo produto para analisar a partir da perspectiva dos deveres de cuidado infringidos. Ao alegar o domínio do âmbito de organização na verdade, não se pode falar em domínio e, portanto, como imperativo da honestidade intelectual, se faz correto entender e

²⁷⁹ “Sin embargo, no es evidente que si sus deberes de cuidado son limitados ello implique que carecen absolutamente de deberes dentro de la organización. Lo decisivo es, pues, determinar si la parte de la organización que resulta peligrosa es de su competencia, es decidir, si de su competencia dentro de la empresa se derivan deberes de evitación o de cuidado”.Ibidem.

²⁸⁰ Ibidem, p. 174.

aceitar que, na verdade, no domínio social ou normativo adota um novo critério de imputação, sem qualquer referência a uma possibilidade de domínio, mas baseada nas infrações de deveres.

4.3.3. Proposta por Participação

As soluções através de participação não se apresentam como via adequada à responsabilização dos integrantes de estrutura empresarial, uma vez que aqueles que integram os níveis superiores e possuem um domínio essencial do acontecer típico são imputados numa qualidade acessória. Mas aqueles entendem esta modalidade de intervenção como via adequada, e, nessa qualidade, dividem-se se responderiam como: indutor, instigador ou auxiliar ²⁸¹.

Ainda que do ponto de vista técnico a pena do partícipe possa ser maior que a pena referente ao autor, segundo a peculiaridade de alguns sistemas jurídicos não trazer previsão normativa obrigatória de redução da pena diante de participação, o principal obstáculo na realidade é a repercussão que a figura da participação tem de representar uma conduta menos grave em comparação com a figura do autor, pouco importando, numa visão social, a quantidade da pena.

4.4 Infrações de Deveres

4.4.1 Contextualização das infrações de deveres

Frente a todas as dificuldades assinaladas - de uma admissão de uma autoria ou coautoria e ainda uma participação ativa dos órgãos diretivos, administradores ou sócios de uma empresa lícita na ocorrência de um ilícito penal - cumpre ressaltar que neste cenário a comissão por omissão se oferece como uma via possível para a

²⁸¹ CRESPO, Eduardo Demetrio. **Responsabilidad penal por omisión del empresario**. Madrid: Iustel, 2009, p. 42/43.

Conclusão obtida nos estudos das aulas ministradas no curso de Pós-Graduação em Direito Penal Econômico (Derecho Penal Económico y de la Empresa), realizado pela UCLM - Universidad Castilla-La Mancha – Toledo – Espanha, Coordenação de Eduardo Crespo Demetrio, José Ramón Serrano-Piedecabras Fernández, entre 10 a 28 de janeiro de 2010.

imputação de responsabilidade criminal por delitos empresariais praticados imediatamente pelos subordinados ou decorrentes dos produtos, meios e processos de produção que causem lesões a bens jurídicos penalmente relevantes ²⁸².

Um dos capítulos mais obscuros e discutidos na dogmática penal em sua parte geral refere-se aos delitos de omissão imprópria e em particular na equivalência entre ação e omissão a partir da posição de garante ²⁸³.

Os delitos de omissão imprópria são os denominados delitos de comissão por omissão (também chamados de tipos perceptivos de garante) em que o sujeito ativo não executa o tipo formal, mas se castiga tal comportamento como se ativamente houvesse praticado com sua ação (comissão). Sua omissão de dever de evitar o resultado quando podia teria o mesmo desvalor que praticá-lo ativamente, ainda que sua relevância jurídica não decorra da causalidade natural das ciências físico-naturais ²⁸⁴. Dito de outra forma, só haverá relevância na omissão quando podia e devia evitar o resultado ou sua causação, no caso de restar provado que se o autor tivesse realizado a ação devida o resultado não teria ocorrido ²⁸⁵.

Trata-se de uma causalidade normativa (imputação deontica) ²⁸⁶, a qual tem como elemento básico a posição de garante, ou seja, uma obrigação jurídica de proteger bens contra lesão.

Assim, pela perspectiva da dogmática da comissão por omissão, é incontroversa a equivalência entre ação e omissão devido ao amplo domínio do plano normativo sobre a realidade, razão pela qual não se trata de domínio ativo da ação, levando ao empobrecimento do plano fático ²⁸⁷. As omissões impróprias não podem decorrer de uma relação causal naturalística, como ciência natural, “do nada, nada se cria” (*ex nihilo nihil fit*).

²⁸² CRESPO, Eduardo Demetrio. **Responsabilidad penal por omisión del empresário**. Madrid: lustel, 2009, p. 65.

Conclusão obtida nos estudos das aulas ministradas no curso de Pós-Graduação em Direito Penal Econômico (Derecho Penal Económico y de la Empresa), realizado pela UCLM - Universidad Castilla-La Mancha – Toledo – Espanha, Coordenação de Eduardo Crespo Demetrio, José Ramón Serrano-Piedecabras Fernández, entre 10 a 28 de janeiro de 2010.

²⁸³ Ibidem, p. 65.

²⁸⁴ ORTEGA, Yván Figueroa. **Delitos de infracción de deber**. Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”. Madrid: Dykinson, 2008, p. 74/76.

²⁸⁵ Ibidem, p. 76.

²⁸⁶ Na Espanha e na Alemanha quando se trata da imputação deontica a doutrina se refere à imputação objetiva.

²⁸⁷ PEÑARANDA, Enrique Ramos. **Autoría y Participación en la Empresa**. Cuestiones Actuales de Derecho Penal Empresarial - Coord. José Ramon Serrano-Piedecabras & Eduardo Demetrio Crespo. Madrid: Editora Colex, 2008, p. 179.

É por esta razão que para muitos a causalidade deixa de ser um elemento natural destes delitos, entretanto, outra parte da doutrina, mais criteriosa, aponta que esta passa a constituir um momento lógico imprescindível devido à exigência de se comprovar que a ação exigida haveria impedido o resultado, o que repercute diretamente no ônus da prova na esfera processual ²⁸⁸.

Assim como momento lógico imprescindível deve se entender que só será imputado como se o resultado houvesse causado a quem infringiu o dever quando restar demonstrado com base num “juízo de certeza” que caso houvesse realizado a ação exigida o resultado não ocorreria. Neste ponto que a “teoria do incremento do risco” proposta por parte da doutrina altera radicalmente as balizas até então postas.

Conforme tal teoria, se se demonstrar que a ação omitida diminuiu o risco de aparição do resultado, isto será suficiente para imputar ao garante o resultado como se ele praticasse o crime, o que quer dizer processualmente que, provados indícios suficientes de autoria e prova da materialidade, caberá ao réu provar sua inocência ²⁸⁹.

Entretanto, para muitos não se pode entender um delito de resultado como um delito de simples incremento do risco, visto que passaria apenas a contemplar o desvalor da ação como mera condição objetiva de punibilidade, convertendo o delito material em crime de perigo ²⁹⁰. Na realidade, através de uma visão garantista do direito penal e processual penal, haveria uma clara violação ao princípio da presunção de inocência nestes moldes.

Inicialmente os delitos de omissão imprópria surgiram da prática jurisprudencial, o que, de pronto, fez com que surgissem diversas objeções quanto a sua constitucionalidade, na medida em que afronta, numa primeira análise, princípios como da legalidade e analogia *in mallan partem*. Com o objetivo de encerrar essa polêmica, os diplomas legais incluíram em suas disposições um complemento a todos os tipos da parte especial, em que se introduz na esfera penal a relevância da omissão para pratica dos delitos tradicionalmente realizados por comissão ²⁹¹.

²⁸⁸ CRESPO, Eduardo Demetrio. **Responsabilidad penal por omisión del empresário**. Madrid: Iustel, 2009, p. 66.

²⁸⁹ Ibidem, p. 67.

²⁹⁰ Ibidem, p. 68.

²⁹¹ ORTEGA, Yván Figueroa. **Delitos de infracción de deber**. Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”.

Ainda que não houvesse previsão expressa nos textos legais, parte da doutrina mundial, como em Jackobs, se tem entendido que a obrigação originária, *neminem laedere*, também abarcaria as omissões dentro de sua estrutura originária.

A partir desta noção, unida ao sentido mais prescritivo o tipo penal e não descritivo, não seriam necessários artigos no diploma penal positivando a relevância da omissão, uma vez que neste contexto, mesmo sem ele, seria igualmente permitido justificar o castigo da omissão imprópria sem que houvesse perigo de analogia²⁹².

Destas perspectivas, pode-se perceber que todos os tipos penais têm em comum o objetivo social evitar condutas socialmente danosas, seja por ação, seja por omissão, portanto, as normas não se encontrariam restringidas à proibição de meras ações, já que, por meio de uma omissão, também pode se produzir um resultado danoso, é o caso da ingerência.

Entretanto, se adotada a perspectiva da distinção ontológica entre ação e omissão, com base na tese de que a obrigação originária (*neminem laedere*) consiste apenas em proibição de ações, e somente excepcionalmente seria possível punir as omissões, quando decorrentes da existência e de um fundamento jurídico especial, não existindo o preceito que equipara as omissões a ações, como esta não decorre da causalidade natural exigida aos tipos penais em regra, não se pode deduzir a relevância da omissão como a da ação²⁹³.

Mas, o mais importante é ressaltar a parte da doutrina que indica que mesmo havendo o dispositivo que introduz a relevância da omissão na esfera penal, essa postura choca-se frontalmente com os pressupostos do Estado de Direito, como a imprecisão e insegurança jurídica são inerentes às omissões impróprias, como seu injusto total será construído pelo seu intérprete e não pela lei, as possibilidades de flagrantes violações ao princípio da legalidade no aspecto formal da taxatividade devido a sua indeterminação como direito fundamental de primeira dimensão (garantia individual) se vê francamente relativizado.

Pela indeterminação, tem-se que a lei penal deve permitir ao cidadão conhecer o que realmente é proibido, a esfera do profano, ou seja, um enunciado

Madrid: Dykinson, 2008, p. 77.

²⁹² Ibidem, p. 79.

²⁹³ Ibidem, p. 79.

normativo do qual não se permita inferir esta proibição faz com que o Direito Penal perca seus contornos de garantia, deixando a porta aberta ao autoritarismo. Parcela da doutrina alega que as omissões impróprias são tipos penais abertos, não estabelecendo a conduta proibida, sobretudo o dever de garante, por esta razão indicam que toda punição por omissão imprópria, ainda que haja artigo expresso de equivalência, é inconstitucional por indeterminação.

Jescheck aponta que o artigo 13 STBG (Alemanha) apenas serve para especificar a exigência de um dever jurídico e não moral, e que em nada interfere tal disposição quanto a uma possível determinação do que se proíbe nas omissões impróprias²⁹⁴.

Por outro lado, os adeptos à não violação da indeterminação pelos tipos omissivos impróprios sustentam que os tipos abertos são legítimos por trazerem um conteúdo mínimo, sendo que a complementação é dada pelo intérprete, sobretudo pelo magistrado, ao conformar o fato concreto à norma jurídica. Encontram seu fundamento na harmonização e acomodação de todas as dimensões dos direitos fundamentais, como recurso para evitar que o texto legal tenha que ser alterado a todo o momento pelo dinamismo da evolução da sociedade pós-moderna²⁹⁵, permite-se complementação valorativa no caso concreto.

Encerrada essa discussão no que tange à inconstitucionalidade da omissão imprópria, uma vez que os tipos penais são prescritivos, o que lhes atribui um mero contorno mínimo, notas iniciais que permitem ao julgador deduzir os elementos acessórios da infração no caso concreto, mas que já delimitam a esfera do profano, a jurisprudência e doutrina ampliaram o uso de em comissão por omissão para imputar uma autoria aos níveis superiores da estrutura empresarial, a “autoria” diante da “responsabilidade penal por produtos perigosos”²⁹⁶.

4.4.2 Paradigma Jurisprudencial

²⁹⁴ ORTEGA, Yván Figueroa. **Delitos de infracción de deber**. Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”. Madrid: Dykinson, 2008, p. 81.

²⁹⁵ FARIA, José Eduardo. **Direito e Globalização Econômica: Implicações e perspectivas**. 1ª edição, 3ª triagem. São Paulo: Editora Malheiros, p. 15/27.

²⁹⁶ ORTEGA, Yván Figueroa. **Delitos de infracción de deber**. Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”. Madrid: Dykinson, 2008, p. 82.

4.4.2.1 Caso “Caso Leder Spray”

O julgamento do Tribunal Federal Alemão (BGH), em 06 de julho de 1990, no famoso “Caso Leder Spray”, tornou-se marco na doutrina mundial no tocante a responsabilidade penal pelo produto ao condenar como autores os administradores de uma empresa pelas lesões causadas a saúde pública e a bens jurídicos individuais dos consumidores de seus produtos ²⁹⁷.

Em Outubro de 1980 foi detectado o dano à saúde de consumidores que utilizaram o produto spray de couro, e a empresa espontaneamente alterou a fórmula do produto diante da mera possibilidade dos danos advirem do uso de seu produto. Mesmo assim, em alguns casos, continuou-se a utilizar a fórmula anterior, sem alteração, como ficou provado em relação aos produtos fabricados em 14/02/1981 ²⁹⁸.

O Conselho Diretor da Empresa se reuniu em 12/05/1981 para deliberar exclusivamente sobre o tema da nocividade do produto. Ficou decidido, por unanimidade, pela não retirada do produto do mercado de consumo, por não restar clara que a origem das lesões era causada pelo uso do produto ²⁹⁹.

Os membros do Conselho foram responsabilizados em infrações de deveres como autores dos quatro crimes ocorridos entre 14/02/1981 a 12/05/1981 em comissão por omissão imprudente e pelos trinta e oito casos produzidos após 12/05/1981 em comissão por omissão dolosa ³⁰⁰.

Assim, a empresa introduziu no mercado de consumo um spray, destinado à limpeza de artigos de couro, o qual mesmo após provocar uma série de edemas pulmonares nos consumidores não foi retirado de circulação por deliberação unânime do Conselho Diretivo, e mais, permitiram que a empresa prosseguisse com a fabricação e comercialização do produto, mesmo cientes da possibilidade de que este fosse nocivo à saúde dos seus usuários.

Um primeiro ponto, entre vários que tornou o “Caso Spray de Couro”, foi a

²⁹⁷ HASSEMER, Winfried. CONDE, Muñoz. **La Responsabilidad por El producto em derecho penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 1995, p. 122-169.

²⁹⁸ Ibidem.

²⁹⁹ Ibidem, p. 137.

³⁰⁰ HASSEMER, Winfried. CONDE, Muñoz. **La Responsabilidad por El producto em derecho penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 1995, p. 122-169.

não identificação, sob uma análise causal-naturalística, do componente integrante do produto que causou as lesões e as mortes. Por esse motivo a relação causal suficiente para a condenação fundamentou-se numa associação entre o uso do produto e as lesões causadas, em que os demais indícios demonstrados no curso processual permitiram excluir as demais possibilidades causais³⁰¹.

Existe a constatação de que o produto gerou o dano (causalidade geral), ainda que não se possa identificar qual o componente que, utilizado na combinação total do produto, gerou o dano em questão (causalidade específica). O certo é que foi um componente presente no produto que causou a nocividade deste, ainda que não se tenha certeza qual ele seja.

Esta forma de proceder do Tribunal Alemão faz com que não seja mais necessário comprovar, segundo critérios da ciência físico-natural, qual o componente nocivo no produto causou a lesão à saúde do consumidor; basta se alcançar uma causalidade geral, com base em juízo de probabilidade, entre o uso do produto e o dano causado³⁰².

Isso só foi possível pelo fato de o Tribunal, no que tange à responsabilidade penal pelo produto, admitir a demonstração da relação de causalidade com base na prova indireta³⁰³.

Outro ponto marcante no “Caso Spray de Couro” relaciona-se à responsabilidade dos administradores por conduta omissiva, consistente na não retirada do produto do mercado de consumo, mesmo cientes das lesões e das mortes.

Ocorre que não havia nessa época nenhuma normativa administrativa que obrigasse essa conduta a fim de embasar a responsabilidade penal.

Como em nenhum momento ficou comprovado que as lesões e mortes culposas e dolosas imputadas pela omissão relevante do conselho em retirada os produtos do mercado foram causadas pelo spray produzido em 14/02/1981 com a fórmula não alterada ou pelo uso de produtos colocado após a reunião de 12/05/1981, tal decisão alemã sofreu várias críticas, segundo parte da doutrina estas

³⁰¹ Ibidem, p. 133.

³⁰² Ibidem, p. 132.

³⁰³ Na decisão do “Caso Spray de Couro” as possíveis dúvidas que existiram sobre a causalidade não foram relevadas no momento de valorar a prova, não se aplicou o princípio do *in dubio pro reo*. Ibidem, p. 122/155.

extremamente pertinentes, já que tais administradores não exerceram nenhum ato positivo que se possa imputar a produção e distribuição, considerando que o produto já se encontrava em curso, no mercado de consumo quando aparição da nocividade, portanto não poderiam responder por seus resultados “*ex post*”.

Assim, as críticas alegam, nesse caso, que o risco permitido não foi excedido numa perspectiva “*ex ant*”, uma vez que, no momento da produção e distribuição do produto, sua periculosidade era desconhecida.

Entretanto, percebe-se que nesta decisão o Superior Tribunal da Alemanha abdicou da exigência de comportamento prévio contrário ao dever nas hipóteses de “responsabilidade por produtos perigosos”. Indicou a possibilidade de condenar os responsáveis pela colocação do produto no mercado, ainda que a periculosidade somente venha a ser conhecida por uma perspectiva “*ex post*” quando dotados de periculosidade objetiva, caso tenham conhecimento desta possibilidade e não adotem as medidas necessárias para impedir ou minimizar as consequências.

Para se chegar a essa conclusão, o Tribunal acabou por modificar a dogmática pela responsabilidade por omissão, no particular o que tange a posição de garante ³⁰⁴. Ficou decidido que a produção e distribuição de produtos, no que tange as regras de S/A, são atribuíveis aos órgãos diretivos como ações próprias, essa normativa administrativa ou civil é que fundamenta do dever jurídico desses diretivos em tomar medidas necessárias para impedir que os consumidores sejam lesionados pelo uso do produto ³⁰⁵. Essa normativa da S/A serviu de complemento ao tipo penal para possibilitar a responsabilidade penal pelo produto nocivo. Alegou-se que na distribuição das funções dentro da S/A não altera a responsabilidade individual na direção global, qual seja, o órgão dirigente da empresa ³⁰⁶. Os diretivos responderam como garante como decorrência da própria política de distribuição das informações de uma S/A ³⁰⁷.

Assim, a decisão do “Caso Spray” afastou a necessidade do atuar prévio infringindo dever relevante, como pressuposto do dever de garante. Considerou-se o dever de garante decorrente do “*dever geral de vigilância dos produtos*”, previsto no

³⁰⁴ HASSEMER, Winfried. CONDE, Muñoz. **La Responsabilidad por El producto em derecho penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 1995, p. 157-158.

³⁰⁵ HASSEMER, Winfried. CONDE, Muñoz. **La Responsabilidad por El producto em derecho penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 1995, , p. 157-158.

³⁰⁶ Ibidem.

³⁰⁷ Ibidem.

ordenamento civil com base suficiente para a responsabilidade penal pelo produto³⁰⁸.

O Tribunal aceitou a possibilidade de se infringir objetivamente um dever de cuidado, ou seja, mesmo atuando dentro do nível de risco permitido, caso o produto cause lesões, será responsável criminalmente aquele que colocou o produto no mercado e se omitiu em realizar as medida necessária quando podia para evitar o resultado danoso em razão do dever de vigilância dos seus produtos³⁰⁹.

Conclui-se, pois, que o “Caso Spray de Couro” provocou uma desformalização dos pressupostos de imputação tradicional penal, e mais, com a adoção da causalidade geral, através da aceitação de provas indiretas, e um juízo de probabilidade permitiu-se imputar aos responsáveis pelo produto o resultado danoso. Outro fator diferenciador é o reconhecimento da responsabilidade pela conduta omissiva, de não retirar o produto do mercado, mesmo sem a existência de uma normativa extrapenal que torne obrigatória tal conduta, por violar a saúde pública³¹⁰. A decisão fundamentou a responsabilidade pela violação de um dever geral de vigilância pela criação do risco, mesmo que o dano seja “*ex post*”.

4.4.2.2 Caso “Azeite del Colza”

Outro caso paradigma na responsabilidade penal pelo produto foi o “Caso del Azeite de Colza”, julgado em 23 de abril de 1992. O Tribunal Supremo Espanhol (STS) foi mais comedido que o alemão, ao impor que o atuar precedente deve superar o nível do “risco permitido” para que figure como critério apto a sustentar uma autoria na responsabilidade penal em comissão por omissão dos níveis superiores.

O mercado de azeite nessa época era controlado por mafiosos, o que tornava o mercado em si muito perigoso, e mais, constatava-se uma importação de azeite para fins industriais além do necessário para o mercado interno espanhol. Alguns

³⁰⁸ Ibidem, p. 166.

³⁰⁹ CRESPO, Eduardo Demetrio. **Responsabilidad penal por omisión del empresario**. Madrid: Iustel, 2009, p. 127/130.

³¹⁰ PEÑARANDA, Enrique Ramos. **Autoría y Participación en la Empresa**. Cuestiones Actuales de Derecho Penal Empresarial - Coord. José Ramon Serrano-Piedecabras & Eduardo Demetrio Crespo. Madrid: Editora Colex, 2008, p. 180.

desses azeites industriais foram destinados ao refino, depois misturados com azeite de oliva e de semente (uso comestível) e colocados no mercado de consumo. Esses produtos nocivos foram vendidos a diversos indivíduos, das mais variadas classes sociais, conforme se espera da cadeia de consumo.

Os primeiros sintomas ocorreram em 1981, culminando na síndrome do azeite tóxico, com 30.000 afetados, provocada pelo consumo de azeite descaracterizado para consumo humano. A sentença foi proferida 11 anos depois da aparição dos primeiros casos ³¹¹.

Segundo o nível do risco exigido, conforme o conhecimento científico na época dos fatos, não havia dever de fiscalizar azeite comestível, se haveria a presença da substância anilina no azeite destinado ao consumo alimentar. Não havia obrigação administrativa ou civil nesse sentido, sequer havia método científico possível de auferir a existência dessas substâncias ³¹².

O Tribunal fundamentou a responsabilidade no descumprimento de um dever de cuidado e aumento do risco além do permitido. O delito no seu aspecto objetivo se comprovou pela mescla, alteração de um produto destinado ao consumo, e quanto ao aspecto subjetivo se concedeu pelo dolo eventual, conhecimento da nocividade na composição do azeite industrial caso destinados para consumo na alimentação de pessoas ³¹³.

Prosperou argumentos de que havia um conhecimento daqueles que atuavam na importação, refinamento e venda de azeite do caráter venenoso do azeite industrial. O conhecimento do caráter tóxico do produto em âmbito processual foi aceito com base no costume, no sentido de que é um costume daqueles que atuam nesse ramo perigoso ter ciência da periculosidade dessa substância para o consumo humano. Os acusados se defenderam alegando que não tinham conhecimento da nocividade do produto ³¹⁴.

³¹¹ CRESPO, Eduardo Demetrio. **Responsabilidad penal por omisión del empresario**. Madrid: Lustel, 2009, p. 127/130.

³¹² HASSEMER, Winfried. CONDE, Muñoz. **La Responsabilidad por El producto em derecho penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 1995, p. 96.

³¹³ Ibidem, p.103-104.

³¹⁴ Entretanto, perfeitamente aceitável, desde as perspectivas dos importadores, que estes não tem como saber o destino que será concebido ao produto. É a própria aplicação do princípio da confiança em que estes importadores acreditam que o uso dado ao seu produto será conforme os fins esperados. No mínimo caso fosse usado para outros fins, após a realização dos devidos procedimentos de depuração dos agentes tóxicos – interrupção do nexo causal por intervenção de

No “Caso Azeite” não houve dúvida do Tribunal reconhecer que os importadores de azeite destinados a fins industriais criaram um risco não permitido ao vender azeite industrial para empresas que se dedicavam ao refinamento para fins de consumo humano. Por sua vez, estes refinadores também excederam o risco quando confiaram que poderiam eliminar as substâncias nocivas (anilina), quando submetidos aos procedimentos de refinamento. Vários vendedores conscientes das técnicas de manipulação também extrapolaram o risco permitido ao colocá-los à venda no mercado de consumo, como se fossem azeites de oliva e semilha aptos a consumo, ocultando-se, assim, a verdadeira natureza do produto dos consumidores ³¹⁵.

A decisão fixou, assim, responsabilidade pelo produto nocivo a todos aqueles que estavam relacionados à importação, fabricação e venda do produto, já que estes adquirem em relação ao produto uma posição de garante, devendo evitar danos a terceiros ³¹⁶.

No caso em questão, ficou ainda delimitado que o sócio administrador Fernando B., responsável pelo setor de armazenamento e fabricação, embora não tenha participado diretamente da adulteração do azeite colocado para o consumo alimentar, como no caso do outro sócio administrador Juan Miguel B., também delito contra a saúde pública e as lesões a vida e integridade corporal (bem jurídico individual), uma vez que era perfeitamente possível e devido que Fernando B. impedisse a colocação do produto no mercado por expressa disposição legal e estatutária que impõe o dever a todos os sócios ³¹⁷.

Assim, Fernando B. respondeu por infração de dever como autor imprudente em comissão por omissão por não evitar a atuação dolosa de Juan Miguel B. sobre o foco de perigo “o azeite” *dever de vigilância de uma fonte de perigo*, cuja ingestão foi à

terceiro (causalidade adequada) entre a ação originária de venda do azeite industrial e a realizada pelos estabelecimentos que abastecem o mercado de consumo. Os empresários que realizaram o refinamento defendem-se apontando que nessa época não havia normativa administrativa que obrigasse a detectar a presença da substância anilina. Os que colocaram no mercado alegaram que não tinham como saber o caráter tóxico da substância vez que só se dedicavam ao comércio de azeite dos produtos que compravam, por mais que vendessem com etiquetas de produtos que não correspondiam com o real conteúdo. *Ibidem*, p. 98.

³¹⁵ HASSEMER, Winfried. CONDE, Muñoz. **La Responsabilidad por El producto em derecho penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 1995, p. 98/99.

³¹⁶ CRESPO, Eduardo Demetrio. **Responsabilidad penal por omisión del empresário**. Madrid: Iustel, 2009, p. 44.

³¹⁷ CRESPO, Eduardo Demetrio. **Responsabilidad penal por omisión del empresário**. Madrid: Iustel, 2009, p. 44/46.

causa definitiva de inúmeras mortes e lesões sobrevindas aos consumidores ³¹⁸.

Encontra-se fundamento no dever de vigilância de uma fonte de perigo, mas este dever é construído no caso concreto conforme as normativas extrapenais.

Ainda que seja estabelecida a posição de garante, cabe definir se a comissão por omissão foi dolosa ou culposa, o que será determinado pelo conhecimento das circunstâncias que geram o dever de atuar, de forma que aquele que o conhece e mesmo assim o desrespeita age dolosamente, ao passo que aquele que poderia conhecer, caso fosse diligente, responderá na forma culposa por delitos contra.

A questão da causalidade geral também foi debatida nesse caso já que não foi identificado, segundo critérios da ciência empírica (juízo de certeza), que o agente causador das lesões, substância anilina, foi encontrado na composição do produto ³¹⁹.

Mas isto não foi óbice para que a sentença comprovasse a relação de causalidade geral entre consumo do azeite e lesões aos bem jurídicos individuais. A prova pericial toxicológica não determinou a causalidade de qual componente do produto tornou-se nocivo gerando lesões, o que se comprovou foi que todos aqueles que sofreram lesões ou morte ingeriram o azeite (prova indireta).

Segundo a decisão, uma vez verificada a causalidade naturalística (perspectiva da causalidade geral) unida a outros indícios, tem-se a comprovação da “*causalidade positiva*”, como condição suficiente para formular um juízo de probabilidade que permita descartar outras possibilidades de causalidade (causalidade negativa) ³²⁰. O Tribunal considerou suficiente o conjunto probatório baseado em provas indiretas ligadas à causalidade geral ³²¹.

Assim, o “Caso Azeite” também abdicou de uma postura tradicional na imputação da responsabilidade penal pelo produto, adotou a causalidade geral, com base em provas indiretas, para imputar aos responsáveis às lesões causadas pelo produto nocivo. Mas, diferenciada do caso do spray para couro, uma vez que o fundamento da condenação foi à conduta prévia perigosa, desde a perspectiva “*ex ante*”, excederam o nível do risco permitido.

³¹⁸ Ibidem, p. 135.

³¹⁹ Ibidem, p. 88.

³²⁰ HASSEMER, Winfried. CONDE, Muñoz. **La Responsabilidad por El producto em derecho penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 1995, p. 91.

³²¹ Ibidem, p. 89.

Essas decisões iniciaram várias fundamentações na doutrina no tocante à responsabilidade penal pelo produto, na medida em que permitem uma flexibilização dos direitos fundamentais de primeira dimensão (garantias individuais) sob pretexto de acomodá-los e harmonizá-los a todas as dimensões de direitos fundamentais, em especial à terceira.

Através das posturas adotadas na solução dos referidos casos, pode-se notar que o Direito Penal e o Processual Penal passam a atuar utilizando instrumentos preventivos e repressivos na responsabilidade pelo produto. Questão polêmica, surgida com essa decisão, é a de se analisar até que ponto torna-se legítima a aceitação de alterações na tradicional metodologia de imputação para se atender os fins prelecionistas na seara penal, até que ponto se faz legítima diante do atual paradigma dos direitos fundamentais.

Na realidade, não há problema da dogmática jurídica se adequar aos problemas pós-modernos, mas sim em exigir que os fins prevencionista do Direito Penal sobreponha em medida desproporcional a garantia contra o engano exigida pela ciência jurídica penal, ou seja, que direitos fundamentais de primeira dimensão sejam suprimidos de efetivação no processo penal.

Esta questão é fundamental na reflexão dos problemas pós-modernos, quando a imediatidade exigida pelas pressões sociais, a força política dos gestores atípicos da moral ³²², muitas vezes são contrárias à concretização de direitos fundamentais de primeira dimensão (garantias individuais) ³²³.

4.4.3 Infração de Dever: Paradigma doutrinário

4.4.3.1 Perspectiva de Claus Roxin

Quem primeiro mencionou a expressão “delitos de infração de dever” foi Claus Roxin, em seu manual, para indicar a existência de uma categoria de fatos

³²² SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria. **La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales**. 2ª edición. Madri: Civitas, 2001.

³²³ HASSEMER, Winfried. CONDE, Muñoz. **La Responsabilidad por El producto em derecho penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 1995, p. 139.

puníveis decorrente da infração de deveres com características especiais, em que nem todas as pessoas poderiam praticar esses delitos, já que estes decorrem de uma especial condição identificada no autor (*intraneus*)³²⁴.

Para o autor, a classe de delito de dever exclui a possibilidade da determinação da autoria através do “domínio do fato”, adotando como critério determinante a infração de um dever especial³²⁵.

Nos delitos de infração de dever, o círculo do autor é restrito a certas pessoas que detém determinadas qualidades e, portanto, não é qualquer pessoa que pode ser autor das infrações de deveres. Ao passo que os delitos de domínio não exigem qualificações especiais para a configuração da autoria, abrangendo qualquer indivíduo como sujeito ativo. Assim, a diferença entre delitos de domínio e delitos de infração de dever é meramente formal e depende da especial característica atribuída ao autor (*intraneus*)³²⁶.

Isto se deve primordialmente ao fato da maior valoração da conduta do *intraneus* que condiciona a responsabilização criminal do agente, fundamentar-se num especial dever para com o bem jurídico, mais intenso que o dos demais cidadãos (*extraneus*), devido a uma especial relação de confiança (princípio da confiança) de uma classe de pessoas com os bens jurídicos.

Apona ainda que nas infrações de deveres a autoria seria delimitada pela inobservância de um dever extrapenal de impedir a consumação, destinado a pessoas específicas, qualificando-as como infração de deveres de proteção e conservação derivados do Direito Civil e do Direito Público ou até mesmo oriundos dos costumes valorados como infração normativa penal. Enquanto os delitos de domínio tão somente se originam da inobservância da norma penal, razão pela qual a autoria se dá pelo domínio do fato³²⁷.

O autor limita-se a concluir que todo delito especial será delito de infração de dever quando a qualidade exigida no tipo penal se fundamente em um dever

³²⁴ ORTEGA, Yván Figueroa. **Delitos de infracción de deber**. Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”. Madrid: Dykinson, 2008, p. 25.

³²⁵ Ibidem.

³²⁶ ORTEGA, Yván Figueroa. **Delitos de infracción de deber**. Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”. Madrid: Dykinson, 2008, p. 27.

³²⁷ ORTEGA, Yván Figueroa. **Delitos de infracción de deber**. Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”. Madrid: Dykinson, 2008, p. 27.

extrapenal sem, contudo, discorrer como se interpretar a origem destes deveres ³²⁸.

Claus Roxin ainda afirma que todos os delitos de omissão (imprópria e própria) são delitos de infração de dever, seja pela própria conformação típica ou em virtude da natureza extrapenal do dever de evitar o resultado, o que, por via reflexa, implica dizer que todo delito de omissão própria seria um delito especial, já que toda infração de dever assim foi caracterizada pelo autor.

O que gera enorme confusão, uma vez que nos delitos especiais deve haver a figura do *intraeus*, mas todo cidadão é sujeito a ser responsabilizado pelo crime de omissão de socorro e não apenas aquele *intraeus*, no máximo teria um *intraeus* determinado pelas condições fáticas e não em abstrato, pelo ordenamento jurídico.

Segundo o autor, devido à natureza de infração de dever dos delitos, faz-se impossível delimitar a autoria nos crimes omissivos pelo “domínio do fato”, visto que quem se omite não é autor por possuir o domínio sobre a realidade fática, decorrendo essa responsabilização da quebra de um dever de impedir um resultado lesivo. A infração de dever são critérios determinantes para a imputação penal. Ressalva, entretanto, que todos os “delitos de domínio” podem converter-se em “infrações de deveres”, na medida em que podem ser praticados em comissão por omissão (estrutura dualista dos tipos penais).

Conforme pensamento de Claus Roxin,

nas omissões os pressupostos comissivos destinados a delitos de domínio se transformam em delitos de infração de dever, de maneira que todos os delitos da parte geral podem ser executados por omissão, apresentam uma estrutura dupla, são delitos de domínio e infração de dever e sujeitos a uma delimitação completamente distinta as conceituações das formas de autoria e participação.³²⁹

No plano das infrações de dever não existe diferenças estruturais entre a ação e a omissão e, portanto, não haveriam distinções entre mandados e proibições, razão pela qual torna se irrelevante se o dever é quebrado por meio de um fazer ou um não fazer, o essencial é que o dever seja quebrado conscientemente ou quando possível de se alcançar esta consciência para que se atribua a autoria do fato

³²⁸ Ibidem.

³²⁹ ORTEGA, Yván Figueroa. **Delitos de infracción de deber**. Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”. Madrid: Dykinson, 2008, p. 29.

criminoso. Dessa forma, pouco importa o domínio do fato, do processo causal, mais importante é analisar se o garante podia e devia agir para impedir o resultado.

Claus Roxin defende que nos delitos de infração de dever o domínio do fato deve ser entendido na possibilidade da intervenção, impedindo o curso causal, ou seja, seria um pressuposto da punibilidade da omissão, mas nunca um critério diferenciador da autoria e da participação³³⁰.

4.4.3.2 Perspectiva de Günther Jakobs

Günther Jakobs aponta que a responsabilidade penal é sempre institucional, fundada em instituições sociais, e dependendo da natureza destas instituições é que decorre a distinção dos deveres a elas inerentes. Dessa forma para manter a paz social a restrição da liberdade poderá decorrer de uma instituição social negativa (delitos de responsabilidade por organização) ou por uma instituição social positiva (infrações de dever)³³¹.

Nos delitos de infração de dever não se tem relação com lesão a bens jurídicos individuais ou perigo de lesão a bens jurídicos supraindividuais, mas essencialmente se daria na quebra de um dever positivo, para que o resultado seja imputado na qualidade de autor e não mero partícipe, ainda que sequer tenha intervindo na fase de execução.

Dessa forma afirma Günther Jakobs que nesses delitos não se aplica a teoria do bem jurídico, indicando apenas que uma instituição social não cumpriu sua função³³².

A posição de garante dos níveis superiores é o fundamento da autoria na responsabilidade penal pelo produto por infrações de dever, de modo que esta posição de garantidor se deva sempre ao dever de impedir quando podia e devia danos a outrem, sendo utilizada a teoria da imputação objetiva como forma de desvencilhar o garante desse dever. Somente não será responsabilizado quando

³³⁰ Ibidem, p. 89.

³³¹ ORTEGA, Yván Figueroa. **Delitos de infracción de deber**. Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”. Madrid: Dykinson, 2008, p. 46.

³³² ORTEGA, Yván Figueroa. **Delitos de infracción de deber**. Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”. Madrid: Dykinson, 2008, p. 32.

pelos critérios de imputação objetiva restar afastada a posição de garante ³³³.

Assim a posição de garante implica num câmbio metodológico na imputação, vez que, qualquer fato punível da parte geral poderá ser imputado por infração de dever (concepção dualista do tipo penal). Nesta, independe do resultado ser provocado por ação ou por omissão, por não se avaliar a existência de uma força em movimento, mas sim o âmbito de competência do autor, do que juridicamente se esperava conforme o seu rol social, é que não se tem como sustentar um domínio do fato.

Na relevância da omissão penal basta o descumprimento do dever jurídico geral de controlar danos provenientes de seu âmbito de organização, tais como os advindos da colocação de produtos nocivos, ainda que *ex post* no mercado de consumo; frustrando uma expectativa meramente normativa, em que se quebra um rol social ³³⁴.

Tecnicamente um rol é um sistema de papéis, posições definidas de forma normativa, ocupada por indivíduos intercambiáveis, orientados em atenção às pessoas ³³⁵.

Para Günther Jakobs os rols “gerais” são destinados a todos os cidadãos, no sentido de que não devem deixar que de seu âmbito de organização proliferassem processos causais danosos, por esta razão estão ligados aos delitos de responsabilidade por organização, ligados à instituições negativas ³³⁶. Esses rols gerais decorrem do princípio do “*neminem laedere*”.

De acordo com Günther Jakobs a característica marcante dos rols “especiais” é que apenas alguns cidadãos estão vinculados à obrigação de configurar um “mundo em comum”, isto é, exige-se a realização de determinadas prestações para um âmbito de organização alheio, sempre que sejam necessárias, com independência de onde resida a causa desta necessidade, ligadas a instituições positivas ³³⁷. E, portanto, está ligado aos delitos de infração de dever. Esses rols especiais decorrem das instituições positivas.

³³³ Ibidem, p. 63.

³³⁴ Ibidem, p. 55.

³³⁵ Ibidem, p. 31.

³³⁶ Ibidem, p. 35.

³³⁷ ORTEGA, Yván Figueroa. **Delitos de infracción de deber**. Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”. Madrid: Dykinson, 2008, p. 33.

O autor aponta que o princípio que permite identificar uma instituição como positiva é o que sua importância social não seja inferior ao *neminem laedere*, em que estas instituições cumprem mediatamente a função de proteger bens jurídicos individuais ³³⁸.

Classificam-se como instituições positivas a paternidade, nas suas relações no tocante aos seus deveres com seus filhos; o Estado nas suas relações com os cidadãos e pós modernamente, no que tange as obrigações essenciais; os pressupostos de confiança especial do titular de determinado rol.

Nesse sentido, toda norma jurídica passa a ser entendida como “expectativa normativa”, ou seja, “expectativa social institucionalizada”, os rols asseguram essas expectativas, criando a segurança na sociedade de que quem figure nesses rols desempenhe suas funções de modo a não quebrar seus deveres, devido à confiança que a sociedade deposita nesta ocupação ³³⁹.

Para Günther Jakobs o “*neminem laedere*” apresenta como estrutura mínima os comandos de mandados e proibições como se fossem uma proibição geral de não causar lesões ³⁴⁰.

Assim, o “*neminem laedere*”, enquanto proibição original, de não causar danos, abarcará a ação e a omissão, de forma equivalente para este autor, não havendo a necessidade de uma norma que sirva de fundamento jurídico dispendo sobre a equivalência da ação e da omissão, já que essa equiparação decorreria da própria estrutura do “*neminem laedere*”.

Dessa forma para o autor o “*neminem laedere*” seria a obrigação originária de não danar terceiros, pouco importa que este dano surja de uma ação ou de uma omissão. Nesse sentido a liberdade individual teria como limite âmbitos de organizações alheios ³⁴¹.

Nos *delitos de responsabilidade por organização*, como todo cidadão ocupa um rol geral, são garantes de não permitir que de seu âmbito de organização surjam processos causais com consequência danosas, assim o sujeito ativo do delito poderá responder como autor ou como partícipe, dependendo da situação fática.

³³⁸ Ibidem, p. 63.

³³⁹ Ibidem,, p. 37.

³⁴⁰ Ibidem, p. 54.

³⁴¹ ORTEGA, Yván Figueroa. **Delitos de infracción de deber**. Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”. Madrid: Dykinson, 2008, p. 47 e 53.

Desta forma, contribuições de caráter imprescindível à execução do delito sempre serão imputadas com autoria ao passo que condutas acessórias, em fase que antecedem a aparição fenomenológica do delito serão caracterizadoras da participação, vez que, o domínio do fato é a principal característica da autoria nos delitos de responsabilidade por organização que decorrem dos deveres negativos, e por esta razão a autoria e participação serão delimitadas conforme a intervenção de cada cidadão responsável pelo seu âmbito de organização.

Ao passo que nos *delitos de infração de dever* como a posição de garante decorre de um rol especial, o qual impõe uma obrigação de edificar um “mundo em comum”, decorrente do dever de solidariedade, em que a confiança (princípio da confiança) de que determinados papéis de protagonismo social devem prevenir lesões a bens jurídicos, ainda que não sejam os causadores, em sentido causal naturalístico, e caso não o façam serão sempre imputados quando podia e devia impedir as consequências danosas sempre como autor e nunca como partícipes ³⁴².

Assim o detentor do dever positivo que fundamenta a posição de garante sempre será imputado como autor desses delitos, independe de sua colaboração ter sido menos importante para o delito ou em fase previa a execução e sem caráter essencial, e devido a especial relação de confiança que o une de maneira personalíssima ao fato, basta ao autor quebrar o rol especial. Haveria participação apenas em relação a terceiro (*extraneus* obrigatoriamente terão uma pena inferior) que colabora sem ocupar o rol especial ³⁴³.

³⁴² Ibidem, p. 57.

³⁴³ A concepção de infrações de dever para Günther Jakobs é diversa da apresentada por Claus Roxin, diferenciam se principalmente em quatro pontos. Primeiro ponto para Claus Roxin todos os delitos de omissão são infrações de dever, o sujeito pratica o delito infringindo um dever e não por ter o domínio do fato (delitos de domínio), ao passo que para Günther Jakobs nem todos os delitos omissivos serão infrações de dever, sendo que algumas hipóteses a omissão quebrará um dever negativo decorrente do *neminem laedere* é o típico caso de delito de responsabilidade por organização (delitos de domínio) decorrente da ingerência. O segundo ponto é a diferença quanto ao conteúdo da obrigação originária. Claus Roxin parte da obrigação originária consistente na proibição de não causar danos alheios através de conduta ativas (decorrem apenas obrigações), de modo que para um comportamento omissivo ser responsabilizado pelo Direito Penal é necessário que essa omissão esteja relacionada com um fundamento jurídico especial. Enquanto para Günther Jakobs a estrutura do próprio *neminem laedere* abarca tanto os comportamentos comissivos, como os omissivos, já que a ação equivale à omissão (decorrem tanto obrigações como mandados), podendo ser violada o conteúdo da obrigação originária de não causar danos alheios seja por uma ação, seja por uma omissão, o resultado danoso é atingido da mesma forma. Em terceiro o ponto consiste que para Claus Roxin as infrações de deveres podem ser praticadas tanto por ação como por omissão, já que nos delitos omissivos a ação equipara-se a omissão considerando a análise no plano deontológico, postura que não adota nos delitos de domínio os quais apenas são praticados através de conduta ativa, vez que existe uma diferença ontológica entre um fazer e um não fazer. Já para

4.5 Concepção dualista do tipo

A discussão da concepção dualista do tipo penal está relacionada com a natureza dos deveres jurídicos que fundamentam o tipo penal (injusto), é uma das questões mais controversas da atualidade ganhando relevo ainda maior diante de práticas criminais por meio de atividades empresariais no âmbito da responsabilidade penal pelo produto³⁴⁴.

Os critérios normativos para definir qual é a figura central desses dois modelos serão diversos. Não há que se falar em superação de um dever pelo outro, trata-se de uma concepção dualista do injusto penal. Ao se adotar as infração de deveres como modelo de imputação dos níveis de responsabilidade, é importante apontar quais os fundamentos do injusto penal³⁴⁵.

Existem dois modelos para se auferir o injusto penal e imputar o resultado descrito na norma: i) o primeiro modelo tem como premissa a liberdade de organização desde que não se gere danos a terceiros (*deveres negativos*), baseado no princípio do *neminem laedere*; e ii) o segundo também tem como premissa a liberdade de organização, entretanto esta está vinculada a um dever de contribuição, de especial solidarismo social advindo da especial confiança (princípio da confiança) de determinados papéis sociais com bens jurídicos (*deveres positivos*), excedendo assim o mero não lesionar (*neminem laedere*)³⁴⁶.

A polêmica surge em relação ao segundo modelo, amplamente utilizado pelo moderno Direito Penal que tem como verdadeiro protótipo o Direito Penal Econômico, em que a construção dos tipos penais em muitas ocasiões tem como ponto de partida os vínculos jurídicos que excedam meros deveres básicos de

Günther Jakobs, por adotar uma estrutura mais abrangente da obrigação originária, incluindo nessa tanto as condutas comissivas como omissivas, todos os delitos, sejam delitos de responsabilidade por organização (delitos de domínio) sejam delitos de infração de dever, podem ser praticadas pela ação ou pela omissão. Por está razão Claus Roxin defende a exigência de uma norma obrigatória que equipare juridicamente a ação e omissão no caso dos delitos omissivos (como o artigo 13 do Código Penal), enquanto para Günther Jakobs não haverá essa necessidade de normativa expressa, já que tal equivalência para ele decorre da aplicação do "*neminem laedere*" (*deveres negativos*), abrangendo tanto as condutas comissivas como omissivas. *Ibidem*, p. 93/101.

³⁴⁴ SÁNCHEZ, Bernard Feijoo. **Imputación Objetiva en el Derecho Penal Económico**. Buenos Aires: Editorial Bdef, 2009, p. 228.

³⁴⁵ SÁNCHEZ, Bernard Feijoo. **Imputación Objetiva en el Derecho Penal Económico**. Buenos Aires: Editorial Bdef, 2009, p. 229.

³⁴⁶ SÁNCHEZ, Bernard Feijoo. **Imputación Objetiva en el Derecho Penal Económico**. Buenos Aires: Editorial Bdef, 2009, p. 214/217, 229 e 224.

respeito a não causar mal a outrem ³⁴⁷.

Na realidade todos os tipos penais estão ligados a uma liberdade organizativa lesiva a terceiros, ³⁴⁸ entretanto, em algumas situações somente desencadeia como comando um dever negativo de não gerar riscos não razoáveis, já em outros também desencadeia um comando de deveres, mas positivos, de organizar de forma solidária a outros âmbitos de organização ³⁴⁹.

Desta maneira os delitos baseados num *dever positivo*, de colaboração, de especial solidarismo social, decorrentes de uma posição ou rol jurídico diferenciado em sociedade, possuem tanto o conteúdo material dos *deveres negativos* como o conteúdo material dos *deveres positivos* ³⁵⁰.

Os *deveres negativos* se destinam a todo e qualquer cidadão que atue no ambiente social, isto é, as pessoas devem atuar em sociedade sem prejudicar terceiros. Ao passo que os deveres positivos, de especial solidarismo, de colaboração, apresentam um rol limitado de destinatários, vez que apenas detêm tais deveres aquelas pessoas que ocupam um lugar de protagonismo em sociedade, em razão da especial confiança na prevenção de lesão a bens jurídicos que esses papéis desempenham na economia de livre mercado, decorrente da importância que assumem diante dos espaços livres, como fruto da globalização.

O rol de *deveres positivos* trata-se de deveres a mais, os quais excedem o “*neminem laedere*”, ou seja, o cuidado básico exigido de todo e qualquer cidadão. Tal característica peculiar não fere o princípio da isonomia, vez que encontra respaldo na solidariedade como dever jurídico fundamental, materializada através da responsabilidade social decorrente da importância que assumem na prevenção de lesões a bens jurídicos, essenciais para manter a estabilidade social e merecedores de especial tutela por parte do Direito Penal ³⁵¹.

A necessidade social de confiar em determinados papéis de protagonismo social não substituíveis por alternativas organizacionais tem caráter fundamental na

³⁴⁷ Ibidem, p. 215.

³⁴⁸ Ibidem, p. 235.

³⁴⁹ Ibidem, p. 235.

³⁵⁰ Ibidem, p. 235.

³⁵¹ SÁNCHEZ, Bernard Feijoo. **Imputación Objetiva en el Derecho Penal Económico**. Buenos Aires: Editorial Bdef, 2009, p. 231/232.

sociedade Pós-Moderna³⁵². Com advento de novas e perigosas formas de ataque a bens jurídicos tradicionais e ainda surgimento de novos bens, como os supraindividuais, condiciona o discurso jurídico penal a priorizar no campo processual as relações de probabilidade e de coerência, meramente normativas, verificadas no plano deontológico, entretanto não se desapega totalmente das bases ontológicas, essenciais a qualquer Estado de Direito que se pretenda impor como garantidor dos direitos fundamentais de primeira dimensão (garantias individuais).

Em geral quando diante do Direito Penal Econômico, e por consequência, na responsabilidade penal pelo produto, verificar-se posições jurídicas que os tipos penais não preveem apenas um “não gerar danos a terceiros” na sua liberdade de organização (deveres negativos). Superam este dever impondo a obrigação de atuações positivas, em benefícios de outros âmbitos de organização (como a Administração Pública, consumidores, trabalhadores, etc.), ou ao menos de uma colaboração ao invés do mero respeito, é a responsabilidade social, decorrente do solidarismo social (deveres positivos).

Nas palavras de Bernardo Feijoo Sánchez

a pretensão de explicar dogmaticamente todo o Direito Penal Econômico a partir da exclusiva existência de deveres de não lesionar o patrimônio alheio ou funções estatais de ordenação da economia é, em minha opinião, uma empresa condenada ao fracasso. (tradução livre)³⁵³.

Portanto no momento de definição da tipicidade ou atipicidade da conduta no Direito Penal Econômico é impossível prescindir em sua análise da posição jurídica ou rol jurídico em que o agente em questão atuou como premissa valorativa inicial.

Não significa dizer que o Direito Penal Econômico valora diversamente condutas em razão de posições jurídicas pré-estabelecidas, mas sim que este não deve prescindir da relevância que determinadas posições jurídicas ocupam no marco da economia de livre mercado, razão pela qual deve se sempre relevá-la no momento de auferir o injusto penal³⁵⁴.

³⁵² FARIA, José Eduardo. **Direito e Globalização Econômica: Implicações e perspectivas**. 1ª edição, 3ª triagem. São Paulo: Editora Malheiros, p. 15/27.

³⁵³ “La pretensión de explicar dogmaticamente todo el Derecho Penal Económico a partir de la exclusiva existencia de deberes de no lesionar el patrimonio ajeno o funciones estatales de ordenación de la economía es, en mi opinión, una empresa condenada al fracasso” SÁNCHEZ, Bernard Feijoo. **Imputación Objetiva en el Derecho Penal Económico**. Buenos Aires: Editorial Bdef, 2009, p. 68.

³⁵⁴ Ibidem, p. 225.

Invariavelmente a criminalidade econômica decorre da *criminalidade organizada do tipo empresarial*, de modo que diante do Direito Penal Econômico, faz-se essencial um estudo aprofundado desta estrutura social, sempre tendo em visto os rolos de deveres positivo ou negativos decorrentes, a relação de papéis de protagonismo com bens jurídicos essenciais a sociedade.

Verifica-se tal situação nas posições de garante exercidas por gerentes, diretores, titulares da empresa, que ao ocuparem tais cargos adquirem simultaneamente com o mesmo um dever de colaboração a mais, além daqueles já exigidos por serem cidadãos. O que atribui de forma inequívoca uma amplitude da responsabilidade penal desses garantes, os quais responderão também por atos que não executaram, mais tinham o dever especial de impedir os resultados.

Não há como compreender a forma como a doutrina e jurisprudência da responsabilidade penal pelo produto se comportam se não entender que os delitos no âmbito do Direito penal Econômico não se baseiam na explicação exclusiva da liberdade de se organizar/dever de não lesionar, deve-se ir além. Deve-se compreender que nesta seara existem deveres positivos, de colaboração, de especial solidarismo social, cuja infração equivale normativamente a lesionar ou expor a perigo, legitimando uma extensão do instituto da comissão por omissão naquelas hipóteses em que a confiança, a transparência e credibilidade do papel social ocupado se fazem necessária a manutenção da estabilidade da estrutura social.

4.6 Tipos de Conhecimento e Relações Empíricas necessárias a Causação do Dano na Responsabilidade Penal Pelo Produto

Sabe-se que o produto tem uma relação suficiente com determinado dano, e que outros fatores podem ser excluídos com facilidade e confiança, ainda que não se saiba qual o fator nocivo dentro dos componentes do produto responsável pela lesão.³⁵⁵ Seria esta constatação condição suficiente para se estabelecer a causalidade geral como comprovada do ponto vista jurídico penal?

³⁵⁵ HASSEMER, Winfried. CONDE, Muñoz. **La Responsabilidad por El producto em derecho penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 1995, p. 131/133.

Na responsabilidade pelo produto se exige menos o conhecimento certo e desta forma o juízo de certeza científica natural não é mais necessário. Mas até que ponto é permitido renunciar a essa certeza científica no âmbito processual?

Se as provas produzidas pelos peritos possibilitarem tanto a condenação como a absolvição, qual deles receberá mais crédito na valoração da prova? Existem casos fáceis, o método técnico científico em si não é observado pelo perito na análise técnica, mas muitas vezes, o que se percebe na prática é que mesmo observadas as regras e metodologias científicas, conforme determinados critérios subjetivos de avaliação, os laudos chegam a realidades completamente distintas.³⁵⁶ E o pior, por vezes os próprios métodos científicos disponíveis não são aptos a indicar qual o componente do produto que se tornou nocivo ao consumo.

É neste sentido que vem se utilizando a verdade cultural³⁵⁷ como forma de solução mais justa ao caso concreto. Mesmo diante da impossibilidade de eliminar a dúvida na responsabilidade penal pelo produto desde uma perspectiva da verdade científica natural, dada a divergência entre profissionais do ramo ou impossibilidade de se identificar no produto qual o componente responsável pela lesão é que os Tribunais vem se embasando no livre convencimento motivado que aparentemente não se contradiz com uma valoração relativa da causalidade naturalística.

A estrutura da causalidade é alterada para um conceito de *causalidade geral* em que a uma relação de probabilidade decorrente do caso concreto unidas a demais indícios se permite excluir a dúvida sobre as demais possibilidades causais. Esta forma relativizada da causalidade vem suprir as lacunas da causalidade específica (naturalística) e na realidade serve para legitimar as punições na responsabilidade penal pelo produto colocado no mercado (“Black Box”, teoria da caixa preta ou *out pot. lesivo*)³⁵⁸.

No direito positivo se adota a causalidade empírica, decorrente das relações naturais, mas a doutrina e a jurisprudência relativizam esse conceito, passando a adotar uma causalidade geral, sob pré-texto de efetivar todas as dimensões dos direitos fundamentais.

³⁵⁶ Ibidem, p. 127/130.

³⁵⁷ TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A prova no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2005, Capítulo I, itens 1.1 a 1.9 e 1.9.3.

³⁵⁸ HASSEMER, Winfried. CONDE, Muñoz. **La Responsabilidad por El producto em derecho penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 1995, p. 133/146.

Mas se das leis da experiência não se pode provar a causalidade específica, porque não se deve aplicar o *in dubio pro reo*?

Dadas as imprecisões de ordem técnica em determinar a causalidade específica, é que se começa a procurar novos caminhos e permitir esse novo rumo no âmbito material (direito penal) acaba por impossibilitar no aspecto processual a aplicação do *in dubio pro reo* ³⁵⁹.

Não se exige mais comprovar a causalidade específica que gerou o dano, basta apontar com segurança mera associação do uso do produto por todos aqueles que tiveram lesões ou morte, ainda que embasados por um conjunto probatório baseado em meros indícios para que seja possível atribuir a responsabilidade penal pelo produto a todos aquele envolvido no processo de produção (*Black Box*) ³⁶⁰.

Essa forma de proceder retira do Direito Penal a ideia de que ele se constrói no máximo possível como garantia contra o engano, ³⁶¹ na medida em que o prestígio a efetividade dos direitos fundamentais individuais - primeira dimensão (princípio da presunção de inocência) é que lhe confere esta natureza?

Como pode excluir de forma confiável fatores causais externos, quando não se conhece de forma confiável qual foi o componente que causou a nocividade para os bens jurídicos individuais.

Apesar de efetivamente ocorrido no “Caso Spray”, ainda que se tenham vários indícios o juiz nunca poderá destacar com segurança que as lesões não se relacionam com fatores externos ao uso do spray. Nunca se terá a certeza. Fator que sobrepõe à esfera de domínio do acusado.

Sob a ótica dos direitos fundamentais individuais para Hassemer não pode exigir do acusado esse ônus probatório, esse paradigma é contrário ao da garantia contra o engano vez que acaba por subjetivar a valoração da prova ³⁶².

Isto porque na responsabilidade penal pelo produto a *causalidade geral* nada mais é do que um *juízo de causalidade* relativizado, para efetivar todas as dimensões dos direitos fundamentais, passa-se para o paradigma do *juízo de*

³⁵⁹ Ibidem, p. 147/149.

³⁶⁰ Ibidem, p.133/146.

³⁶¹ Ibidem, p. 146.

³⁶² HASSEMER, Winfried. CONDE, Muñoz. **La Responsabilidad por El producto em derecho penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 1995, p. 146.

*probabilidade*³⁶³.

Se não se pode determinar qual o componente responsável pela nocividade do produto, como apontar quem deveria ter responsabilidade. Mas não só, a existência de uma relação de causalidade positiva é objeto de livre valoração da prova o que inevitavelmente diminui as oportunidades defensivas dos envolvidos na responsabilidade penal pelo produto.

Dada a diferença ontológica entre as ciências naturais e as ciências jurídicas não há nada que impeça o convencimento jurídico por meio de provas indiretas e, por isso, que a prova no processo penal também é relativizada³⁶⁴.

Passa se ao paradigma da delimitação de quais seriam os deveres dos responsáveis pela colocação e manutenção do produto no mercado de consumo? A doutrina mundial pós-moderna se ocupa em delimitar a natureza, o conteúdo e os limites da “posição de garante” que recai sobre os administradores e diretores empresariais a fim de restringir a cadeia de envolvidos no processo de produção na responsabilidade penal pelo produto.

4.7 Fonte do dever jurídico positivo: teoria formal e teoria material

A doutrina diverge quanto à fonte do dever jurídico como fundamento da posição de garante apta a imputar a responsabilidade penal pelo produto quando um bem jurídico é violado.

Para uma teoria formal do dever jurídico somente a lei, o contrato e o atuar prévio (ingerência) seriam fundamentos para sustentar o dever de evitar o resultado, exigindo-se assim para imputar a posição de garante que haja previa disposição no ordenamento jurídico regulando a relevância da omissão na esfera penal.

Qualquer interpretação em sentido contrário a essas fontes formais seria dita como interpretação extensiva do tipo ou analogia *in malam partem* fundamentadora da pena, ampliando-se, assim, a vontade normativa expressa. O que para os

³⁶³ Ibidem, p. 155.

³⁶⁴ Ibidem, p. 136/137.

adeptos da teoria formal seria uma interpretação maléfica ao réu ³⁶⁵.

Um marco relevante na interpretação dogmática moderna quanto à fonte do dever jurídico é a superação da teoria formal pela teoria material.

Para a teoria material dos deveres jurídicos a posição de garante decorre da relação funcional material existente entre o sujeito e o bem jurídico, analisa-se o plano da realidade, extrai-se das relações sociais à posição de garante ³⁶⁶.

Uma vez identificado o dever jurídico decorrente das relações sociais (e não simplesmente da lei, do contrato ou da ingerência), passa-se a identificar as hipóteses em que seria legítima a posição do garante. Há dois pressupostos para a incidência da posição de garante: i) somente responderá pelo resultado se houver violado deveres de cuidados e ii) somente responderá pelo resultado se demonstrado que poderia evitá-lo.

Partindo de uma teoria material quanto à fonte do dever jurídico, a doutrina basicamente reconduzida ao pensamento de Armin Kaufmann, tem entendido que se deve distinguir a *posição de garante de proteção de determinados bens jurídicos* e a *posição de garante de vigilância de determinadas fontes de perigo* ³⁶⁷. Dessa forma o dever de evitar o resultado danoso decorre da relação material com o bem jurídico e não do mero costume.

Uma pessoa pode ser colocada a *proteger um bem jurídico contra determinada classe de ataques* e também a *vigiar uma determinada fonte de perigo*, neste último caso não importa o bem jurídico concretamente posto em perigo.

A fundamentação de dever de garante do titular da empresa e de seus órgãos, como reverso do poder de organização juridicamente reconhecido, como um dever geral de vigilância também oferece uma base sólida para no âmbito da responsabilidade penal pelo produto, oferecer instrumentos compatíveis às estruturas empresariais desenvolvidas pela sociedade pós-moderna ³⁶⁸.

³⁶⁵ CRESPO, Eduardo Demetrio. **Responsabilidad penal por omisión del empresario**. Madrid: Iustel, 2009, p. 85/86.

³⁶⁶ ORTEGA, Yván Figueroa. **Delitos de infracción de deber**. Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”. Madrid: Dykinson, 2008, p. 88.

³⁶⁷ CRESPO, Eduardo Demetrio. **Responsabilidad penal por omisión del empresario**. Madrid: Iustel, 2009, p. 83.

³⁶⁸ PEÑARANDA, Enrique Ramos. **Autoría y Participación en la Empresa**. Cuestiones Actuales de Derecho Penal Empresarial - Coord. José Ramon Serrano-Piedecabras & Eduardo Demetrio Crespo. Madrid: Editora Colex, 2008, p. 179.

Na doutrina espanhola Zapatero (medidas de vigilância), Gracia Martín (domínio social), Bacigalupo (função de vigilância no âmbito empresarial) e alemã principalmente Günther Jakobs (âmbito de competência) defendem uma relação de senhorio das estruturas empresarias gerando um dever geral de vigilância e uma responsabilidade atribuída aos níveis superiores, já que tem a função de suprir a empresa como uma visão global, coordenando os setores de modo a ter um controle global de prevenção de risco, em especial que o produto cause danos a seus consumidores (dever geral de vigilância) ³⁶⁹.

Assim, as fontes da posição de garante não estão expressamente prevista na lei, entende-se como implicitamente consagradas nas mesmas, razão pela qual serão determinadas mediante interpretação judicial, com ajuda da doutrina e da jurisprudência.

Na Alemanha admite-se a interpretação material, sem maiores dificuldades já que a norma não traz nenhum rol restrito a uma interpretação formal, apenas dispõe sobre a relevância da omissão, equiparando-a a realização ativa do tipo penal ³⁷⁰.

Já na Espanha o cenário jurídico traz divergência, as doutrinas espanholas defendem a adoção da interpretação formal, ainda que por justificativas distintas. Para elas do ponto de vista dogmático o artigo 11 CP Espanhol exigiria que as situações de garante recaíssem sobre uma lei, um contrato ou um atuar prévio perigoso (aspecto formal) ³⁷¹.

Uma parte da doutrina espanhola fundamenta que a norma é composta por duas partes, numa análise estanque poderia se deduzir que a primeira introduz os preceitos de uma teoria material (relevância da omissão), já a segunda relaciona-se a uma teoria formal (rol de fontes formais de dever). Entretanto o processo de interpretação exige que ambas as disposições sejam analisadas em complementariedade e não como hipóteses alternativas, suficientes por si só. Dessa

³⁶⁹ Ibidem, p.181.

³⁷⁰ “Artigo § 13 STGB: Comissão por omissão – quem omite evitar um resultado pertencente a um tipo penal, só é punível segundo esta lei se for juridicamente responsável pela não aparição do resultado, e a omissão equivale à realização ativa do tipo penal”. CRESPO DEMETRIO, Eduardo. **Responsabilidad penal por omisión del empresário**. Madrid: lustel, 2009, p. 84.

³⁷¹ “Artigo 11 CP Espanhol. Os delitos ou faltas que consistam na produção de um resultado somente se entende cometido por omissão quando a não evitação do mesmo, por infringir um especial dever jurídico do autor, equivale, segundo o sentido do texto da lei, a sua causação. A tal efeito equipara a omissão e a ação: quando exista uma específica obrigação legal ou contratual de atuar, quando o omitente criou um risco par o bem jurídico protegido mediante uma ação ou omissão”. Ibidem, p. 89/90.

forma somente quando a lei, o contrato e a ingerência incidir sobre uma fonte material haverá a legitimação do dever jurídico apto a fundamentar a posição de garante. Não se admitindo qualquer interpretação ampliativa desse rol.

Outra parte da doutrina espanhola defende que a norma deve ser analisada tão somente sobre o aspecto formal, sendo que a primeira parte apenas traz a equivalência entre a ação e a omissão no plano da lógica valorativa. Caso não houvesse essa previsão qualquer interpretação que considere relevante a omissão configuraria uma analogia.

Dessa forma para a doutrina espanhola sob um aspecto dogmático, plano do direito positivo a posição de garante somente alcançaria os casos que passassem pelo filtro formal do artigo mencionado, limitando a posição de garante a existência de lei, contrato ou ingerência, já o que fundamenta o campo material é *posición de garante de protección de determinados bens jurídicos* e a *posición de garante de vigilancia de determinadas fuentes de peligro*³⁷².

Desta forma, somente no plano da ciência do Direito Penal seria possível uma interpretação material do dispositivo mencionado, abrindo portas para a identificação de situações fáticas em que os deveres de proteção e deveres de vigilância fundamentam a posição de garante dos níveis superiores, ao passo que no campo da dogmática, a posição de garante seria restringida às situações expressamente elencadas no artigo 11 CP Espanhol: lei, contrato e um atuar prévio.

Apesar desta perspectiva teórica do direito positivo apresentar fundamentos jurídicos incontestáveis sob a perspectiva garantista, não se pode negar o que ocorre na prática jurídica, esta tem apontada a possibilidade da interpretação material, permitida pelo próprio alcance do campo material da norma em inúmeras situações, sem que se fale em interpretação extensiva do texto normativo.

Isto porque são raras as hipóteses em que existe um contrato entre o diretivo da empresa e o titular do bem jurídico, tão pouco são os casos de ingerência, sendo difícil imaginar que um empresário dolosamente contrate terceiros sabendo que esses irão cometer delitos³⁷³.

³⁷² CRESPO, Eduardo Demetrio. **Responsabilidad penal por omisión del empresário**. Madrid: lustel, 2009, p. 121.

³⁷³ CRESPO, Eduardo Demetrio. **Responsabilidad penal por omisión del empresário**. Madrid: lustel, 2009, p. 121.

Dessa forma a prática jurídica entende que dada à natureza das coisas não se exige que a lei elenque um catálogo exaustivo, incluindo todas as posições de garante possíveis, razão pela qual cabe ao intérprete identificá-las, considerando a relação funcional entre o sujeito e o bem jurídico. Considera-se, assim, que o dispositivo elenca um rol exemplificativo, tratam-se de *numerus abertus*³⁷⁴.

A doutrina defende que a postura restrita ao formalismo legal encontra-se inadequada frente ao pensamento pós-moderno adequado às novas relações sociais. Não há necessidade de existir um elenco expresso, taxativo, que limita a fonte de dever jurídico, deve ser compreendida como um rol exemplificativo, que traz algumas situações latentes de produção de deveres, sem, contudo, fechar esse elenco.

O Brasil prevê sua norma quanto à relevância da omissão, no artigo 13 do Código Penal, semelhante à redação espanhola. Em uma primeira parte equipara a ação com a omissão, atribuindo à conduta omissiva a mesma relevância que a comissiva, assim como em sua segunda parte traz um rol de hipóteses que existia esse dever jurídico de agir para evitar o resultado na esfera penal, quais sejam a lei, o contrato e a ingerência.

4.8 Delegações e o alcance do Dever de Garante

A introdução de outras pessoas no funcionamento da empresa, mediante a delegação de tarefas, que incumbem originalmente ao seu titular da empresa, tão pouco dá lugar a um câmbio radical nessa situação.

Os fenômenos de delegação semelhantes se dão em outros âmbitos não empresariais de atividades com consequências idênticas³⁷⁵.

É certo que o dever originário, que incumbe ao titular da empresa ou aos seus órgãos diretivos, não se extingue com a delegação. Certamente uma delegação validamente realizada implica na libertação das próprias obrigações enquanto que seu cumprimento resta “confiado” - Princípio da confiança - a outras pessoas.

³⁷⁴ Ibidem, p. 83/84.

³⁷⁵ PEÑARANDA, Enrique Ramos. **Autoría y Participación en la Empresa**. Cuestiones Actuales de Derecho Penal Empresarial - Coord. José Ramon Serrano-Piedecabras & Eduardo Demetrio Crespo. Madrid: Editora Colex, 2008, p. 182.

O conteúdo do *dever originário* será modificado gerando outros deveres (secundários ou derivados): como de supervisão e de controle da atividade delegada, de verificação da capacidade técnica e da disposição para desenvolver adequadamente as funções delegadas aos subordinados ³⁷⁶.

De qualquer forma a delegação não extingue o núcleo primário e originário garantindo o cuidado necessário para evitar, na medida do possível, e do exigível que do círculo organizacional da empresa proliferem se lesões a terceiros ³⁷⁷. Assim deve acompanhar as exigências técnicas, surgindo novos padrões de risco permitido a serem respeitados.

Diante de situações em que não se pode confiar no cumprimento adequado das funções delegadas, o conteúdo do dever originário será restaurado, indiferente se a delegação produziu via delegação direta de um superior, no marco do acordo do Conselho de Administração ou, ainda, sob a repartição de áreas de competência específicas de cada um de seus membros ³⁷⁸.

Se acolhido o entendimento de que *“qualquer fato realizado por um delegado ou subordinado no âmbito de competência passa a constituir um ato que se realiza no próprio círculo de organização do delegando ou quem sucessivamente ocupa os níveis superiores da estrutura empresarial”*, a posição de garante dos níveis superiores no âmbito das delegações passa a ser justificada, também são responsabilizados por se omitirem em evitar a prática de delitos por seus subordinados, sendo imputados como autores da prática delitiva, não simplesmente como cúmplices ou partícipes desse delito ³⁷⁹.

Partindo-se da premissa que as ações realizadas no marco das atividades empresariais são sempre ações que se enquadram no círculo de organização de seu titular é que os fundamentos dos deveres no âmbito das estruturas empresariais apresentam relevantes consequências.

A sociologia aponta a existência de âmbitos separados de responsabilidade dentro das empresas, o que se torna fundamental para impedir uma responsabilidade objetiva na esfera penal por delegações mal efetuadas em setores

³⁷⁶ Ibidem, p. 179/184.

³⁷⁷ Ibidem, p.182.

³⁷⁸ Ibidem, p. 183.

³⁷⁹ Ibidem, p. 184.

estanques. É o âmbito de responsabilidade que irá delimitar a atribuição da autoria ou participação na prática criminosa³⁸⁰.

Nas palavras de Henrique Ramos Peñaranda “se não se admite este limite, as fronteiras entre as distintas formas de intervenção no delito apresentam-se de forma confusa e desaparecerão, como de fato está sucedendo, a disposição de qualquer consideração político-criminal” (tradução livre)³⁸¹.

A transferência da imputação de autoria aos titulares da empresa ou seus órgãos por ações cometidas por seus subordinados pode-se chocar frontalmente com o princípio da responsabilidade penal subjetiva. O sujeito é uma pessoa responsável e não uma peça intercambiável através de estruturas empresariais mais ou menos complexas.

Assim é essencial encontrar limites que possam justificar dogmaticamente a qualidade de autor na responsabilidade penal pelo produto, uma responsabilidade penal generalizada por autoria indistintamente é contrária a efetividade dos direitos fundamentais.

³⁸⁰ Ibidem, p. 185.

³⁸¹ “Si no se admite este límite, las fronteras entre las distintas formas de intervención en el delito se habrán de volver borrosas y quedarán, como de hecho está sucedendo, a disposición de cualesquiera consideraciones político-criminales” Ibidem, p. 186.

5 RESPONSABILIDADE PENAL PELO PRODUTO NO SISTEMA JURÍDICO PÁTRIO

5.1 Premissas básicas para a compreensão do sistema jurídico pátrio na Pós-Modernidade

5.1.1 Premissas penais

Tradicionalmente as formas de concorrer para a ocorrência do crime são identificadas pela doutrina nacional como coautoria e participação ³⁸². Entre as diversas teorias sobre autoria ³⁸³, a teoria do domínio do fato tem sua origem em

³⁸² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria Geral do Delito**. BITENCOURT, Cezar Roberto. CONDE, Francisco Muñoz. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

O Código Penal pátrio em sua redação original utilizava a nomenclatura “coautoria” para definir o concurso eventual de pessoas, valendo-se equivocadamente da espécie para tratar do gênero, já que a codelinquência também abarca a forma de participação. Tal postura permitia que a doutrina defendesse a adoção da teoria extensiva quanto ao conceito de autor, a qual não faz qualquer distinção entre autoria e participação, todo aquele que, de qualquer forma, contribui para o crime será considerado autor, rechaçando qualquer análise da importância da contribuição para o resultado delitivo. A Reforma de 1984 que passou a referir-se a terminologia “concurso de pessoas”, mais abrangente e adequada a evitar decisões injustas, pacificou esse assunto ao dispor claramente sobre a pretensão da nova redação em adotar a teoria restritiva acerca do conceito de autor, passando, assim, a distinguir claramente as modalidades de autoria e participação.

O item 25 da Exposição de Motivos da Reforma de 1984 retira qualquer dúvida acerca da adoção distinção entre as formas de autoria e participação. A análise do artigo 29 do Código Penal, bem como de seus parágrafos, também.

³⁸³ Teorias sobre a autoria: i) *teoria extensiva*; ii) *teoria restritiva* e iii) *teoria do domínio do fato* e, em seguida, as teorias acerca da participação: i) *teoria da acessoriedade mínima*; ii) *teoria da acessoriedade limitada*; iii) *teoria da acessoriedade extremada* e iv) *teoria da hiperacessoriedade*.

i) Teoria Extensiva: encontra fundamento na doutrina causal da “*conditio sine quo non*” teoria da equivalência dos antecedentes, segundo a qual autor é todo aquele que, de qualquer forma, dá causa ao resultado, não existindo diferença entre as figuras do autor e a do partícipe. Não faz nenhuma distinção no plano objetivo entre a contribuição causal de um ou de outro, não há maior ou menor cooperação para o delito, qualquer causa que contribua para o resultado criminoso será tratada pela lei como autoria para fins de responsabilização penal. A distinção estaria somente na realidade das coisas, devendo ser alcançada através de critérios subjetivos, razão pela qual a teoria extensiva de autor busca complemento na teoria subjetiva da participação.

A crítica que recai sobre essa teoria é a de que o sujeito que apesar de não praticar materialmente o fato poderia ser considerado seu autor, podendo ser considerado partícipe o sujeito que, mesmo exercendo a conduta núcleo do tipo, quisesse o fato como alheio a sua vontade. Implicando-se em responsabilizar como partícipe os agentes que realizam diretamente os elementos do tipo penal e como autor aqueles que não tiveram qualquer intervenção material com ao fato danoso.

ii) Teoria restritiva: Restritivamente indica que somente haverá autoria caso a conduta proibida descrita no núcleo do tipo penal tenha o elemento subjetivo praticado por um agente penalmente imputável. Separa, assim, as figuras de autor e partícipe, sendo que este responderá por, de qualquer modo, ter concorrido para o resultado danoso, sem, contudo, ter praticado materialmente o núcleo do tipo penal. A responsabilização da participação seria uma “causa de extensão da punibilidade” já que

Hans Welzel em 1939, que, ao criar o finalismo também introduz a ideia de uma teoria intermediária entre as teorias objetiva e subjetiva, conceituando autor como aquele que tem o controle sob o domínio final do fato ³⁸⁴.

Parte-se do critério objetivo-subjetivo para conceituar autor como aquele que tem o controle final do fato e suas circunstâncias, apesar de não necessariamente realizar o núcleo do tipo, assenta em princípios relacionados principalmente com a conduta.

A teoria em questão amplia o conceito de autor ao dispensar a exigência literal que este realize o núcleo do tipo previsto na norma, ao passo que também admite a figura do partícipe sendo este um colaborador acessório do crime, não realizando a descrição típica nem possuindo o controle finalístico do fato ³⁸⁵.

Nessa ampliação do conceito de autor este não é apenas aquele que executa

não integra a descrição típica, necessitando de norma de extensão da conduta para fundamentar sua tipicidade, senão constituiria comportamento não punível. Permite-se, portanto, concluir que a distinção entre autor e partícipe reside na análise de critérios objetivos, presentes formalmente na lei. A teoria restritiva de autor deve ser complementada pela teoria objetiva da participação, visto que distingue as hipóteses de autoria e participação por critérios objetivos. Divide-se em teoria objetivo-formal e teoria objetivo-material.

a) Teoria objetivo-formal Todo aquele que com seu comportamento enquadra-se no círculo de abrangência do núcleo do tipo será considerado seu autor, sendo considerado partícipe o comportamento que de qualquer forma concorre para o delito, ligando-se ao tipo de forma mediata, seja por instigação, induzimento ou auxílio, sem realizar diretamente a descrição típica da lei.

b) Teoria objetivo-material Distingue as figuras do autor e do partícipe considerando o critério da maior ou menor relevância da conduta para realização do núcleo do tipo, o critério diferenciador é material já que analisa esse grau de concorrência, não se limitando ao aspecto formal relacionado ao núcleo do tipo da norma incriminadora, já que o indivíduo pode ser autor sem praticar o núcleo do tipo desde que sua contribuição tenha sido mais relevante.

iii) Teoria do Domínio do Fato ou Objetivo-Subjetiva Claus Roxin sistematizou a teoria do domínio do fato, criada por Hans Welzel, ganhando relevância denominados os *níveis de autor*, escalonados em *graus*, conforme a natureza e a intensidade da dominação da seguinte forma:

i) domínio da ação: característica da autoria única, direta, realização pessoal e plenamente responsável de todos os elementos do tipo (objetivos e subjetivos) fundamentam a autoria direta e as infrações penais de mão própria;

ii) domínio de vontade, volição e cognição: característica da autoria medita, também é autor quem executa o fato empregando outrem como instrumento;

iii) domínio funcional: característica da coautoria, aquele que realiza uma parte necessária do plano global, desde que o faça pré-disposto a resolução delitativa comum e, ainda, quando não descrita a sua conduta no preceito penal primário. PEÑARANDA, Enrique Ramos. **Autoría y Participación en la Empresa**. Cuestiones Actuales de Derecho Penal Empresarial - Coord. José Ramon Serrano-Piedecasas & Eduardo Demetrio Crespo. Madrid: Editora Colex, 2008, p. 167/168.

³⁸⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria Geral do Delito**. BITENCOURT, Cezar Roberto. CONDE, Francisco Muñoz. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

³⁸⁵ O comportamento do partícipe por não realizar o núcleo do tipo tem caráter acessório, de modo que apenas ganha relevância para a responsabilização penal quando adere à conduta principal praticada pelo autor. A natureza de acessoriedade da participação pode ser extraída da análise do artigo 31 do Código Penal ao dispor que o ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio não são puníveis se o crime não chega pelo menos a ser tentado. De acordo com o grau de acessoriedade surgem as teorias da participação: i) acessoriedade mínima; ii) acessoriedade limitada; iii) acessoriedade extrema e iv) hiperacessoriedade.

o ato principal descrito na lei (autoria propriamente dita), mas também aquele age em essencial colaboração recíproca e voluntária com outro (ou outros) para a realização do núcleo do tipo (coautoria) ou aquele que se utiliza de outrem, como instrumento, para a execução da infração penal (autoria mediata) ou, ainda, aquele que controla o curso dos fatos mediante planificação e gestões intelectuais (autoria intelectual)³⁸⁶.

A teoria do domínio do fato, apesar de não ter previsão legal no ordenamento pátrio, vem sendo adotada pelos Tribunais, em especial pelo Supremo Tribunal Federal (traço do pós-positivismo), o qual ao acolher a teoria como fundamento de diversas decisões traz em seus votos alguns paradigmas para a definição jurídica da atuação do mandante à luz da teoria do domínio do fato³⁸⁷.

Importante ressaltar que a teoria do domínio amplamente aceita nas doutrinas e tribunais atuais, apesar de suas colaborações para a responsabilização e definição do conceito de autor, padece da deficiência ao ser aplicada no âmbito da responsabilidade penal pelo produto.

A dificuldade em imputar a responsabilidade penal dos diversos envolvidos na responsabilidade penal pelo produto, bem como individualizar suas colaborações para o resultado danoso, em decorrência do alto grau de profissionalismo exigido através da divisão de tarefas, por vezes, impossibilita uma imputação individualizada hábil a configuração da responsabilidade penal pelo resultado criminoso na colocação de produtos no mercado de consumo.

O problema do círculo de imputáveis no âmbito da responsabilidade penal pelo produto é atribuído à divisão de tarefas e a *caixa preta*. Dado que a empresa se organiza em vários órgãos, dotados de certos graus de autonomia e independência dos demais setores, apenas pode se afirmar que o produto se tornou perigoso no mercado de consumo – *Black Box*, mas sem apontar qual foi o componente responsável pelas lesões e, por consequência, o núcleo de responsável pela omissão nas medidas de cuidado necessárias e adequadas³⁸⁸.

³⁸⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria Geral do Delito**. BITENCOURT, Cezar Roberto. CONDE, Francisco Muñoz. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

³⁸⁷ Acórdão nº 1453402 STF – Ação Penal 481 – Pará. DJE 29/06/2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 1453402. Acesso em: 01/05/2013.

³⁸⁸ HASSEMER, Winfried. CONDE, Muñoz. **La Responsabilidad por El producto em derecho penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 1995, p. 170.

Se fosse aplicada a teoria do domínio do fato seria necessário demonstrar que os níveis superiores tinham o controle final, em um sentido causal-naturalístico, sobre a conduta delitiva a fim de ensejaria tal responsabilização. Tarefa impossível já que em razão da estrutura empresarial não se é possível identificar quem foi o causador específico do dano, a divisão de tarefa torna a causação do resultado fragmentada, apenas podendo ser analisada como uma produção global lesiva.

No contexto da estrutura empresarial primeiro se identifica a responsabilidade penal da Empresa pelo produto nas lesões a bens jurídicos individuais se dá perante a relação de associação entre consumo do produto e lesões, esta acaba por alcançar a todos os envolvidos no processo de produção, desde as importadoras, fabricantes, montadoras e vendedora, por serem garante do produto.

Diante dessa estrutura empresarial inerente a produção e colocação de produtos no mercado de consumo a imputação parte para o cenário da repartição dos deveres – com a análise do âmbito de competência de cada um,³⁸⁹ ao invés do autor ser aquele mais próximo ao fato, busca-se transferir a responsabilidade para os núcleos superiores – mais distantes dos fatos, mas com responsabilidade de organizar a sua empresa de tal forma que os produtos colocados no mercado de consumo não sejam nocivos aos seus consumidores.

A posição de *garante* exercida por gerentes, diretivos, titulares da empresa, surge como contrapartida à aquisição de tais cargos e, simultaneamente, nasce um dever de colaboração a mais, além daqueles já exigidos por serem cidadãos (excesso ao *neminem laedere* – dever jurídico positivo). O que atribui, de forma inequívoca, uma amplitude na responsabilidade penal pelo produto dos garantes, estes responderão também pelos atos que por suas condutas não deram origem ao processo causal danoso, mas tinham o dever especial de cuidado.

Nesse sentido a imputação legítima e eficaz dos níveis superiores acerca da responsabilidade do produto utiliza-se das chamadas *infrações de deveres*, as quais imputam se ao *garante* as lesões provocadas pela não observância de um *dever de vigilância dos produtos colocados no mercado de consumo*.

No caso pátrio a posição de garante pode decorre da lei, do contrato ou da ingerência, já que o artigo 13 do Código Penal Brasileiro ao tratar da relevância da

³⁸⁹ HASSEMER, Winfried. CONDE, Muñoz. **La Responsabilidad por El producto em derecho penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 1995, p. 174.

omissão, sob o aspecto dogmático formal, delimita o campo material a fundamentar a *posição de garante* no ordenamento pátrio, alcançando os casos que passem pelo filtro formal do artigo mencionado, limitando a posição de garante a existência de lei, contrato ou ingerência – critério formal.

No âmbito de decisões de órgãos colegiados, independente da vontade coletiva se sobrepor a individual, o Diretor (pessoa física) que pretende excluir eventual responsabilidade penal pela omissão do órgão colegiado na adoção de medidas necessárias e adequadas, ainda que atue contra o interesse da pessoa jurídica, deve efetivamente buscar minorar ou impedir os resultados lesivos ³⁹⁰.

Em um primeiro momento os órgãos diretivos são os primeiros a serem responsabilizados pelo produto impróprio. Em um segundo momento ao se analisar o organograma empresarial podendo ser possível identificar individualmente o responsável. Na hipótese da empresa, como pessoa jurídica, estar passando por problemas estruturais, em crise, quem responderá por essa falha setorizada e individualizada será sempre os órgãos diretivos em razão de um dever especial de fiscalização em períodos de instabilidade.³⁹¹ A jurisprudência tem elaborado modelos diferenciados de distribuição de deveres dentro das empresas ³⁹².

Assim para auferir a responsabilidade (conceito expandido de culpabilidade em decorrência da efetivação de todas as dimensões de direitos fundamentais) penal pelo produto será necessário analisar o organograma empresarial, considerando as funções e deveres de cada um, delimitando o âmbito de competência.

Neste cenário não há uma distorção ou uma ampliação sobre os tradicionais conceitos de autoria, mas sim um verdadeiro e notável câmbio metodológico do

³⁹⁰ CDC - Art. 10. O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança.

§ 1º O fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários. (grifo nosso).

§ 2º Os anúncios publicitários a que se refere o parágrafo anterior serão veiculados na imprensa, rádio e televisão, às expensas do fornecedor do produto ou serviço.

§ 3º Sempre que tiverem conhecimento de periculosidade de produtos ou serviços à saúde ou segurança dos consumidores, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão informá-los a respeito.

³⁹¹ HASSEMER, Winfried. CONDE, Muñoz. **La Responsabilidad por El producto em derecho penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 1995, p. 175/176.

³⁹² Ibidem, p. 174.

princípio da imputação penal,³⁹³ para que crimes praticados por uma coletividade de pessoas, especialmente na responsabilização por produtos, não saiam impunes devidos sua alta sofisticação.

O artigo 5º, inciso XXXII, CF, a Lei nº 8.078/90 - Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.137/90 – Define crimes contra a ordem tributária e a relação de consumo, Código Penal e Código de Processo Penal, destas normativas que se infere o microsistema da responsabilidade penal pelo produto no ordenamento pátrio.

Dessa forma uma série de crimes contra a saúde pública enseja situações como essa, prevista no Código Penal pátrio, no Título VIII – “Dos crimes contra a incolumidade pública”, os seguintes crimes: Epidemia, Infração de medida sanitária preventiva, Omissão de notificação de doença, Envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, Corrupção ou poluição de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de substância ou produtos alimentícios, Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, Emprego de processo proibido ou de substância não permitida, Invólucro ou recipiente com falsa indicação, Produto ou substância nas condições dos dois artigos anteriores (arts. 274 e 275), Substância destinada à falsificação, Outras substâncias nocivas à saúde pública, Medicamento em desacordo com receita médica, Exercício ilegal de medicina, arte dentária ou farmacêutica, Charlatanismo e Curandeirismo.

A saúde pública pode ser violada individual ou coletivamente; no primeiro caso a lesão ou o perigo de lesão pode atingir várias pessoas, mas elas são determinadas, no segundo, o perigo abstrato ou concreto deve apresentar-se a um número indeterminado de pessoas, sem embargo de vir a ocorrer lesão em uma ou mais pessoas determinadas.

Na responsabilidade pelo produto a tutela de bem jurídicos supra individuais exige a nocividade do produto em violar a saúde pública, perante toda coletividade, ainda que também possa atingir um bem jurídico individual³⁹⁴.

³⁹³ HASSEMER, Winfried. CONDE, Muñoz. **La Responsabilidad por El producto em derecho penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 1995, p. 176.

³⁹⁴ Ibidem, p. 78.

A nocividade não é dita como mera possibilidade intelectual, impõe a sua comprovação como um fator real, a periculosidade é relativa, depende do produto e do destinatário, o caso concreto é que irá delimitar as consequências advindas.

No cenário da responsabilidade penal pelo produto no tocante a lesões individuais, o campo material é aquele em que a lesão a um bem jurídico individual vem a ocorrer concretamente. Se tutelar a saúde pública da coletividade para incrementar a proteção de bens jurídicos individuais expostos ao consumo de produtos nocivos.

No Código Penal Brasileiro os tipos penais são *crimes vagos*, aqueles em que o sujeito passivo é a coletividade, um número indeterminado de pessoas. Todos os tipos penais que violam a saúde pública assim se classificam, muito embora também seja possível identificar as pessoas lesadas individualmente (arts. 267, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 278, 279, 280, 282, 283).

O perigo é presumido nos tipos penais dos artigos 268, 269, 270 e §1º, 271, 272 e §1º-A, 273 e §§1º e 1º-B, 274, 275, 276, 277, 280, 282, 283, 284. Nos artigos 272 e 278 exigem-se a comprovação do perigo concreto.

Outro ponto em comum nas condutas tipificadas que violam a saúde pública é a utilização de forma do dolo eventual, como nos artigos 267, 270, 271, 272, 273, 278 e 280, e também na forma preterdolosa, em que o agente responde pelo resultado lesão corporal grave ou morte se ficar provado ao menos a culpa pelo resultado mais grave.

Nos crimes contra a saúde pública se exige o dolo de perigo, o agente deve ter consciência de sua omissão em observar as normativas extrapenais é condição suficiente para sua conduta criar perigo para a saúde pública. Decorre de uma ação ligada a uma fonte de perigo e dever de vigilância e produção de um resultado ao menos culposos.

Aplica-se essa regra quando a pena pelo concurso material de crimes for menor.

Há previsão de crimes na proteção à saúde pública em diversas leis extravagantes, como a Lei n. 8.974, de 05.01.95, que estabelece normas para o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados, prevê crimes, em que a objetividade jurídica abrange a

vida e a saúde do homem, dos animais e das plantas, bem como do meio ambiente (Art. 13); a Lei n. 9.263, de 12.01.96, que regula o planejamento familiar, estabelece algumas figuras penais (arts. 15 a 17); a Lei n. 9.605, de 12.02.98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, traz, nos arts. 54 e 56, o perigo de dano à saúde humana como elemento do tipo; a Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, que dispõe sobre a proteção do consumidor, prevê crimes contra consumidor nos artigos 61 a 74, entre outras.

Há crimes que tutelam a relação de consumo como a Lei nº 8.137/90 – Define crimes contra a ordem tributária e a relação de consumo.

Dessa forma, *lege lata*, seria perfeitamente aceito pelo ordenamento jurídico brasileiro a aplicação do instituto da comissão por omissão ao garante na responsabilidade penal pelo produto, o que inevitavelmente implica em alargar o âmbito da responsabilidade penal dos níveis superiores, os quais responderão também por atos que não exerceram influência, que não originaram o processo causal danoso, mas que deveriam evitá-los devido a sua posição de garante.

5.1.2 Premissas processuais

Como o processo penal reflete diretamente na restrição da liberdade humana qualquer Estado que se pretende por Democrático de Direito, deve necessariamente respeitar os direitos fundamentais, especialmente os individuais (direito fundamental de primeira dimensão) .³⁹⁵

O ordenamento processual pátrio também reflete esta necessidade, e encontra fundamento nos princípios (valores) constitucionalmente consagrados. No âmbito penal tais princípios cumprem função limitar a intervenção do Estado o que em matéria processual penal, o que implica entender que os princípios constitucionais priorizam a efetividade dos direitos fundamentais de primeira dimensão, ou seja, fixa como dever na esfera penal que o devido processo seja o mais rigoroso possível no sentido de conferir ao acusado o maior número de

³⁹⁵ FERNADES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 22.

possibilidades de defesa (ampla defesa) para se reduzir a possibilidade de uma decisão enganosa dada pela intuição do magistrado.

No contexto da sociedade pós-moderna ³⁹⁶ e a evolução do direito na busca de uma maior efetividade o sistema processual penal pátrio depara-se com várias *questões inoportunas* ³⁹⁷, as quais requerem uma flexibilização do sistema processual. Ganham destaque no cenário econômico duas dessas questões, as quais serão analisadas a seguir: i) *o ônus da prova* e ii) *a flexibilização no uso de provas indiciárias*.

Através de uma visão tradicional, com base na lei (positivismo), cabe à acusação provar os fatos constitutivos de seu direito e à defesa provar os fatos impeditivos (atipicidade), modificativos (excludentes de ilicitude) ou extintivos (extinção da punibilidade) do direito do autor, conforme se infere do artigo 156 do Código de Processo Penal. ³⁹⁸

A aplicação literal do referido artigo afasta a efetividade dos direitos fundamentais de primeira dimensão, acabando por aproximar o Processo Penal ao Processo Civil no que se refere à produção e o ônus da prova, vez que ainda que não seja provada a ocorrência de fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito, mas em decorrência desses hajam fundadas dúvidas, o acusado não será absolvido vez que detinha o ônus de provar estes fatos no processo penal.

Segundo uma postura baseada no processo penal constitucional ³⁹⁹ (pós-positivismo), afirma-se que não haveria qualquer ônus ao acusado em matéria probatória de processo penal, cabendo exclusivamente ao encarregado de *persecutio criminis* esclarecer os fatos levados a juízo, sendo que em caso de dúvida diante de falta de provas o magistrado deverá absolver o réu, em respeito ao

³⁹⁶ FARIA, José Eduardo. **Direito e Globalização Econômica: Implicações e perspectivas**. 1ª edição, 3ª triagem. São Paulo: Editora Malheiros, p. 15/27.

³⁹⁷ PEREIRA, Cláudio José Langroiva. **Questões Inoportunas. Balanço – o sistema jurídico não estava preparado para as novas interpretações**. Artigo Carta Capital. Acesso em 27 de outubro de 2012. Disponível em: www.cartacapital.com.br.

³⁹⁸ Artigo 156 CPP: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.”

³⁹⁹ FERNADES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

princípio da presunção de inocência e da regra do *in dubio pro reo*.⁴⁰⁰ Ainda mais com a previsão expressa dada pela Lei n. 11.690/2008 que alterou e acrescentou os incisos VI e VII do artigo 386, do Código Processo Penal, que para parcela da doutrina é a positivação da regra do *in dubio pro reo*⁴⁰¹. “Dessa forma não precisa provar que é inocente, uma vez que já está presumido”.⁴⁰²

Na falta de demonstração dos fatos alegados ou dúvida relevante quanto aos fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito deverá sempre resultar em prejuízo a parte que tem o ônus material da prova e, por não haver uma repartição formal quanto à produção probatória no processo penal constitucional, esta será atribuída substancialmente a acusação, ou seja, cabe a este integralmente o ônus da prova.

Se o elenco probatório permitir a dúvida, a sentença deverá beneficiar o réu, em respeito ao princípio da presunção de inocência e da regra do *in dubio pro reo*.⁴⁰³ O que faz com que o réu não tenha que provar nada, pode ter interesse em produzir provas em sua defesa, mas não tem qualquer ônus.⁴⁰⁴

Tal postura da prevalência do princípio da inocência diante da dúvida no processo penal, prestigiando também a regra do *in dubio pro reo*, passa por uma

⁴⁰⁰ Neste ponto, inicialmente, cumpre destacar a diferença existente entre a disciplina do ônus da prova no processo penal e no processo civil. No processo civil, através de um juízo de igualdade entre as partes, a distribuição do ônus se dá de forma paritária: incumbindo-se ao autor fazer prova quanto aos fatos constitutivos do direito pretendido, enquanto ao réu os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos de tal direito. Tal transposição ao processo penal mostra-se inócua quando o objetivo passa a ser a busca pela verdade e pela justiça, e não simplesmente a solução de litígios envolvendo, em sua maioria, direitos privados e disponíveis.

⁴⁰¹ Posicionamento filiado ao critério constitucional:

STJ – Superior Tribunal de Justiça - Processo: HC 27684/AM. HABEAS CORPUS nº 2003/0048823-0. Relator(a): Ministro PAULO MEDINA (1121). Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA. Data do Julgamento: 15/03/2007. Data da Publicação/Fonte: DJ 09/04/2007 p. 267– filiada ao processo penal constitucional.

STF – Supremo Tribunal Federal - HC 97701 / MS - MATO GROSSO DO SUL. ../jurisprudencia/

HC97701 / MS - N HABEAS CORPUS. Relator(a): Min. AYRES BRITTO. Julgamento: 03/04/2012. Órgão Julgador: Segunda Turma – filiada ao processo penal constitucional. HC 84580 / SP - SÃO

PAULO. ../jurisprudencia/ HC84580 / SP - S HABEAS CORPUS. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 25/08/2009. Órgão Julgador: Segunda Turma – filiada ao processo penal constitucional.

⁴⁰² PEREIRA, Cláudio José Langroiva. **Questões Inoportunas. Balanço – o sistema jurídico não estava preparado para as novas interpretações.** Artigo Carta Capital. Acesso em 27 de outubro de 2012. Disponível em: www.cartacapital.com.br.

⁴⁰³ FILHO, Antonio Magalhães Gomes. **Significado da Presunção de Inocência.** Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais - Visão Luso-Brasileira - Coord. Costa, José de Faria & Silva, Marco Antonio Marques da - São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 326.

⁴⁰⁴ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 13ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. Esta visão já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no HC 73.338/RJ.

relativização perante as doutrinas e jurisprudências alemã e espanhola da responsabilidade penal pelo produto, o que não é diferente no sistema processual penal pátrio.

A inversão do ônus da prova, por exemplo, muitas vezes apresenta-se como um caminho hábil e coerente frente a criminalidade econômica, organizada, a qual na maioria das vezes por possuir uma estrutura organizacional complexamente estabelecida dificulta o produção de provas por parte da acusação, a divisão de tarefas torna-se um empecilho na imputação dos fatos, enfim, aspectos que se não forem revistos e adequados a essa nova sistemática moderna permitirão que a impunidade prevaleça.

Passa-se para a ideia de que a acusação somente deve provar a tipicidade, desconsiderando-se a antijuridicidade ou a culpabilidade, pois as causas de exclusão de culpabilidade e antijuridicidade já estão a cargo de quem as alega, restando assim sua existência como uma presunção *iuris tantum*.⁴⁰⁵

Ainda que essa relativização fosse restrita a responsabilidade penal pelo produto, justificada pela especial relação de confiança entre o consumidor e a empresa que coloca o produto no mercado, deve ser encarada como uma redução da efetividade dos direitos fundamentais individuais no transcurso da marcha processual.

Esta redução decorre da efetivação de todas as dimensões dos direitos fundamentais. A especial confiança decorrente de um dever jurídico de solidarismo social, eleito como valor fraternidade integrante da *ordem constitucional de valor*, permite essa relativização frente à responsabilidade penal do produto.

A questão principal é entender em que medida esta relativização se faz necessária, até que ponto retira a garantia do engano do sistema processual penal é legítimo para se atender anseios prevenção de “perigos” na sociedade do risco. *No processo penal não é admissível reduzir os deveres da acusação e atribuir ao acusado o ônus de provar que as alegações contra ele não são verdadeiras.*⁴⁰⁶

Isto porque *“cabará ao cidadão provar que o Estado errou em processá-lo (e*

⁴⁰⁵ PEREIRA, Claudio José Langroiva. **O direito penal pós-moderno e a expansão econômica supra-nacional.** Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais - Visão Luso-Brasileira - Coord. Costa, José de Faria & Silva, Marco Antonio Marques da - São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 816.

⁴⁰⁶ Ibidem.

não mais ao Estado provar que o cidadão é culpado)".⁴⁰⁷

Em relação à segunda questão inoportuna é importante ressaltar que sistema processual penal brasileiro estabelece a inexistência de hierarquia entre as provas ao adotar o sistema do livre convencimento motivado, previsto no art. 155, Código de Processo Penal⁴⁰⁸, em que o juiz é livre para valorar as provas desde que sempre aponte suas motivações e o meio pelo qual chegou a sua decisão (art. 93, X, CF).

O princípio orientador do juiz brasileiro na valoração das provas no sistema processual penal é o princípio da verdade real, no sentido de alcançar um alto *grau de certeza* para que a prova traduza a verdade fática, porém o que se percebe na prática é que nem sempre as regras do devido processo penal permitem alcançar esta verdade real.

Neste passo, tem-se que na hipótese de uma persecução penal eivada do vício da inconstitucionalidade, por exemplo, com a obtenção de prova ilícita, o indivíduo acusado, ainda que efetivamente responsável pelo delito imputado, será necessariamente absolvido se não houver outras provas, com patente desconformidade entre as verdades processual e fática. Percebe-se, assim, que ao observar os limites fixados por um Estado Democrático de Direito, no processo penal, nem sempre a verdade real será concretizada ao fim da demanda, para dar vez a uma *verdade processualmente válida*.⁴⁰⁹

A verdade real não pode ser acolhida de forma empírica, como ocorre nas ciências físicas, mas a valoração dos elementos de prova determina que se busque uma correta análise dos fatos deduzida do que podemos denominar de verdade judicial, ou como denomina Gomes Filho, verdade processual, que não é extorquida inquisitorialmente.⁴¹⁰

⁴⁰⁷ Ibidem.

⁴⁰⁸ Há três sistemas em relação a valoração das provas:

a) Íntima convicção ou Certeza moral do julgador: é decidir sem precisar fundamentar, ainda encontra-se resquício desse modelo no Tribunal do Júri pelos votos dos jurados.

b) Prova legal, tarifada ou certeza moral do legislador: o legislador processual fixa como deve ser a produção da prova, bem como aponta qual o valor que cada prova terá.

c) Livre Convencimento, Convencimento motivado ou Persuasão Racional: este sistema foi o adotado pelo sistema processual pátrio, tal princípio decorre do artigo 157, CPP, e art. 93, IX, CF.

⁴⁰⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

⁴¹⁰ SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito / Marco Antonio Marques da Silva**. São Paulo: J. de Oliveira, 2001, p. 35.

Nesse sentido Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarence Fernandes e Antonio Gomes Filho sugerem o emprego da terminologia *verdade processual* ou *verdade real possível* - atingível ou realizável - a qual se caracteriza pela conformidade do julgado com os fatos apurados no processo, sendo certo, ainda, que dita verdade processual buscar a aproximação, tanto quanto possível, com a verdade do delito ou verdade do fato criminoso.⁴¹¹

A verdade processual deve ser considerada como necessariamente aproximativa, considera-se em parte como verdade fática e em parte como verdade jurídica.

(...) verdade fática, enquanto seja comprovável pela prova da ocorrência do fato e de sua imputação ao sujeito incriminado; verdade jurídica, enquanto seja comprovável por meio da interpretação do significado dos enunciados normativos que qualificam o fato como delito.⁴¹²

Mas se toda verdade obtida através de reconstrução histórica é necessariamente falha em razão da impossibilidade de reconstrução exata dos eventos, seja através dos livros de história, seja através da tradição verbal, seja através do processo,⁴¹³ então as condenações dão-se sempre em hipóteses de dúvida? Se vigorar no Processo Penal o império da dúvida a presunção de inocência será então só uma “fachada”?

A resposta só pode ser negativa. Evitar a “ingenuidade epistemológica” e afirmar que toda verdade histórica, inclusive a processual, é aproximativa, não impede que se chegue a um *juízo de certeza* que permita a condenação.

Aceitar a limitação da verdade processual, como verdade aproximativa, probabilística, não significa aceitar a dúvida no processo penal como sucedâneo da verdade. Se a verdade processual não conduzir ao convencimento quanto à culpabilidade, prevalece o *in dubio pro reo*.⁴¹⁴

A princípio o uso da prova indireta na responsabilização pelo produto nocivo

⁴¹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 156.

⁴¹² ALMEIDA, Gabriel Bertin de. **Os Limites da Presunção no Processo Penal**. Artigo IBCCRIM Revista Liberdades - nº 3 - janeiro-abril de 2010.

⁴¹³ Ibidem.

⁴¹⁴ Ibidem.

nas decisões pátrias não violaria o sistema processual penal no tocante a valoração da prova.⁴¹⁵ Considerando que a própria verdade processual já é um *juízo de probabilidade*, não há que se falar em problemas decorrentes da incerteza decorrente dos juízos de probabilidade no âmbito da responsabilidade penal pelo produto.

O problema é que diante da responsabilidade penal pelo produto tem-se a subtração da regra do *in dubio pro reo*, o que acaba por subjetivar por completo a valoração da prova vez que será o livre convencimento motivado do magistrado que irá fundamentar o juízo condenatório, ainda que baseado em provas indiretas.

Assim se toda prova tem valor relativo e não há distinção sob a perspectiva da valoração das provas entre provas diretas e indiretas, estão abertas as portas para caminhos obscuros, em que provas indiciárias, indiretas operem como condição suficiente para formular um juízo de condenação, desde que devidamente motivados pelo magistrado.⁴¹⁶ Ainda mais diante da exclusão da regra do *in dubio pro reo* na análise da prova, neste cenário se estabelece a total subjetivação do juízo de condenação na esfera criminal. Qual o grau de probabilidade para que seja suficiente a responsabilidade penal pelo produto? Qual o nível de indícios para que se tenha concretamente um alto grau de probabilidade ⁴¹⁷?

É neste sentido que a fiabilidade da justiça decisão penal é controvertida ⁴¹⁸ e Cláudio José Langroiva Pereira alerta que a:

relativização de provas indiciárias para alcançar a condenação na ação penal mostra-se como uma sombria realidade para o futuro do processo penal no País, em que a simples participação em

⁴¹⁵ Código de Processo Penal, Artigo 239 – “*Considera indício a situação conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias*”.

⁴¹⁶ Ação Penal 470 – “Caso Mensalão” - Tem-se, portanto, que as teorias da autoria, utilizadas nos moldes pretendidos pelo STF, pretendem uma verdadeira ampliação do conceito de autoria (teoria do domínio do fato), assim não estão a altura de fornecer conceitos minimamente precisos a delimitação de uma realização conjunta pretendendo incluir nesta ampla noção todas as condutas dos intervenientes que acarretaram a prática delitativa, o qual por sua vez implica em uma normatização da teoria do domínio do fato, resultando numa confusão entre as figuras de participação e coautoria. Trata-se uma espiritualização da coautoria. Os julgadores trabalharam com **provas indiretas** = são indícios que tratam de circunstâncias e levam a conclusão de outras circunstâncias sem, na realidade, recriar fatos. Apenas indicar sua existência de forma indireta. PEREIRA, Cláudio José Langroiva. **Questões Inoportunas. Balanço – o sistema jurídico não estava preparado para as novas interpretações**. Artigo Carta Capital. Acesso em 27 de outubro de 2012. Disponível em: www.cartacapital.com.br.

⁴¹⁷ HASSEMER, Winfried. CONDE, Muñoz. **La Responsabilidad por El producto em derecho penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 1995, p. 151 e 152.

⁴¹⁸ Ibidem, p. 145.

sociedade empresarial poderá resultar em uma possível condenação⁴¹⁹.

Destaque para o voto do Ministro Lewandowski proferido em um julgamento de 2006:

Não cabe ao Poder Judiciário pressupor ou tecer conjecturas sobre a prática de eventual crime, mas sobre a ausência de provas cabais. III – A abertura de sociedade empresária, por si só, representa o exercício lícito de um direito assegurado a todos os cidadãos.⁴²⁰

Através de uma visão pós-moderna o sistema processo penal passa por uma releitura, seus institutos clássicos por vezes são relativizados na persecução penal de uma *criminalidade organizada do tipo empresarial*, abandonando-se uma concepção garantista para dar espaço a flexibilizações, em que o paradigma probatório passa a indicar que um âmbito de organização não adotou as medidas necessárias e, portanto, todos que podiam e deviam tomá-las podem ser condenados no caso concreto.

5.2 Casos Possíveis de imputar a responsabilidade penal dos níveis superiores em comissão por omissão de lesões a bens jurídicos individuais

Passa-se, por fim, para a análise das circunstâncias possíveis em que incidirá a responsabilidade penal pelo produto por omissão imprópria, com o enfoque para quatro situações básicas, em especial da responsabilidade dos níveis superiores na qualidade de autor diante de lesões a bens jurídicos individuais em face do sistema jurídico pátrio.

C1 - o perigo tem procedência direta dos meios materiais que a empresa utiliza na produção ou dos produtos que coloca no mercado⁴²¹;

C2 - defeito na estrutura organizacional nos processos de produção, apesar dos subordinados serem os causadores diretos da lesão aos bens jurídicos atuam

⁴¹⁹ PEREIRA, Cláudio José Langroiva. **Questões Inoportunas. Balanço – o sistema jurídico não estava preparado para as novas interpretações**. Artigo Carta Capital. Acesso em 27 de outubro de 2012. Disponível em: www.cartacapital.com.br.

⁴²⁰ HC 88344, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 12/12/2006, D.J 23-02-2007 PP-00025 EMENT VOL-02265-02 PP-00322.

⁴²¹ MARTÍN, Adán Nieto. **Autoría y Participación en el Derecho Penal Económico**. Portal Iberoamericano de Derecho Penal. Disponível em: www.uclm.es/idp, 2002, p. 14/15.

sem culpabilidade ou em situações de erro, provocada pela má organização nos processos de produção ⁴²²;

C3 - comportamentos imprudentes dos subordinados ⁴²³;

C4 - comportamentos dolosos dos subordinados ⁴²⁴;

Em uma primeira análise pode-se entender razoável a responsabilidade dos níveis superiores na qualidade de autor nos casos C1 e C2, desarrazoado e contrário aos ideais garantistas nas hipóteses C3 e C4, já que nessa linha o Direito Penal não atribui a autoria se o resultado for praticado por condutas de terceiros, ao menos o resultado deve ter sido produzido por uma conduta culposa daquele que irá responder por ela ⁴²⁵.

As situações apresentadas em C1 e C2 tem como ponto em comum uma desorganização em decorrência da péssima estruturação empresarial, a qual gera danos provenientes de meios materiais (C1) ou por subordinados inculpáveis ou em erro (C2) ⁴²⁶. Por esta razão que a responsabilidade pelos danos causados será imputada aos níveis superiores, responsáveis diretos pela estruturação e canalização de informações na empresa e, portanto, o processo causal danoso tem origem na conduta previa dos níveis superiores.

O primeiro passo seria determinar se os cursos causais que provocaram os danos são provenientes da empresa, o que será verificado pela associação entre o consumo do produto e as lesões a bens jurídicos individuais (*causalidade geral*).

Neste momento todos os envolvidos na colocação do produto no mercado serão objetos de investigação criminal com possibilidade de indiciamento, desde figuras como o importador, fabricante, montadora, vendedor. Na responsabilidade penal pelo produto todos os envolvidos são garantes do produto colocado no mercado de consumo.

Após, para restringir a cadeia dos possíveis denunciados pela colocação do produto impróprio no mercado de consumo, deve-se avaliar a *responsabilidade* pelo

⁴²² MARTÍN, Adán Nieto. **Autoría y Participación en el Derecho Penal Económico**. Portal Iberoamericano de Derecho Penal. Disponível em: www.uclm.es/idp, 2002, p. 14/15.

⁴²³ Ibidem, 14/15.

⁴²⁴ Ibidem, 14/15.

⁴²⁵ Ibidem, p. 15.

⁴²⁶ Ibidem, 15.

cumprimento ou não dos *deveres de cuidado*.⁴²⁷ Caso reste demonstrado que a empresa seguiu todas as diretrizes de *deveres de cuidado* não há porque seguir adiante, já que não haverá responsabilidade da empresa (ausência de culpabilidade – direito fundamental primeira dimensão – garantia individual).

O artigo 11, parágrafo único, da Lei n. 8.137/90⁴²⁸ (define crimes contra a ordem tributária e a relação de consumo) delimita os âmbitos de responsabilidade penal, como na exclusão da responsabilidade do distribuidor e do revendedor diante da hipótese legal – segue todas as diretrizes de deveres de cuidado.

Os deveres de cuidados são estabelecidos como direitos básicos dos consumidores, previstos em diplomas normativos como os do Ministério da Saúde, ANVISA, INMETRO, além das Lei n. 8.078/90 e Lei n. 8.137/90 e Código Penal. O responsável pela colocação no mercado de consumo deve respeitar os direitos básicos do consumidor, conforme previsto no artigo 6º, Código de Defesa do Consumidor, em especial a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos.

A Lei n. 6.044/76 – Lei de Sociedade Anônima, em seu artigo 138 estabelece que a administração da empresa fica a cargo, conforme estabelecer o estatuto, do Conselho de Administração e da Diretoria ou apenas da Diretoria⁴²⁹.

Neste contexto as hipóteses C1 e C2 o pressuposto da responsabilidade por infração de dever dos níveis superiores está diretamente atrelado ao comportamento prévio deles, seja por comissão ou por omissão infringiram um *dever de cuidado*, gerando um risco não permitido pela desorganização relacionada aos produtos, meios e processos de produção responsáveis pelo produto colocado no mercado de consumo (Artigo 13, § 2º, c, CP).

⁴²⁷ Ibidem, p.15/16.

⁴²⁸ Lei nº 8.137/90 - Art. 11. Quem, de qualquer modo, inclusive por meio de pessoa jurídica, concorre para os crimes definidos nesta lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida de sua culpabilidade.

Parágrafo único. Quando a venda ao consumidor for efetuada por sistema de entrega ao consumo ou por intermédio de outro em que o preço ao consumidor é estabelecido ou sugerido pelo fabricante ou concedente, o ato por este praticado não alcança o distribuidor ou revendedor.

⁴²⁹ Lei S/A - Art. 138. A administração da companhia competirá, conforme dispuser o estatuto, ao conselho de administração e à diretoria, ou somente à diretoria.

§ 1º O conselho de administração é órgão de deliberação colegiada, sendo a representação da companhia privativa dos diretores.

§ 2º As companhias abertas e as de capital autorizado terão, obrigatoriamente, conselho de administração.

No campo da dogmática penal os delitos de infração de dever de cuidado podem ocorrer tanto dolosa como culposamente, dependendo da quebra do dever de cuidado e da criação de um risco não permitido. De modo que se não for verificada a ocorrência desses dois pressupostos não haverá responsabilidade penal (responsabilidade penal subjetiva – culpabilidade – proibição da *versare in re illicita*). Ressaltando, também, que a imputação da responsabilidade por infração de dever admite-se comportamentos omissivos e comissivos ⁴³⁰.

Nas infrações de deveres a omissão será dolosa ao infringir intencionalmente seu dever ou culposa, se constatada a imperícia pela ausência de conhecimento dos seus deveres, o que será analisado conforme o caso concreto. O comportamento comissivo ao menos culposo por parte do superior hierárquico que gera a responsabilidade em comissão por omissão tem como campo material de grande incidência as hipóteses *por delegação defeituosa de função* ou *por organização defeituosa nos seus processos produtivos*, impedindo o subordinado de agir de acordo com seu dever de cuidado ⁴³¹. Haverá assim a posição de garante do superior decorrente da *ingerência, em que o agente cria o risco com seu comportamento prévio* ⁴³².

Como o Direito Penal é regido pelo princípio da intervenção mínima, em especial, na sua vertente da fragmentariedade, ⁴³³ é preciso destacar que esse caráter fragmentário deve ser utilizado como premissa na escolha de quais normas de cuidados ensejariam condutas delitivas, ainda mais diante da natureza extrapenal dessas normas (regulamentos, portarias sobre instalação física, hidráulica, e elétrica); legalidade (direito fundamental individual – primeira dimensão) relativizada para efetivar todas as dimensões de direitos fundamentais no âmbito da responsabilidade penal pelo produto.

A gravidade da violação da norma de cuidado se dá perante uma ponderação entre a utilidade social da conduta e a importância dos bens jurídicos, apontando os deveres de cuidados mais relevantes, no caso de ataques intoleráveis aos bens

⁴³⁰ MARTÍN, Adán Nieto. **Autoría y Participación en el Derecho Penal Económico**. Portal IberoAmericano de Derecho Penal. Disponível em: www.uclm.es/idp, 2002, p. 17.

⁴³¹ Ibidem, p. 21.

⁴³² Para quem adota que o *neminem laedere* é composto por uma estrutura dupla (Jackobs), abrangendo tanto as omissões como as ações não haveria necessidade da previsão do artigo 13 CP para se responsabilizar as condutas de não agir para evitar o resultado, nestes casos.

⁴³³ SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito / Marco Antonio Marques da Silva**. São Paulo: J. de Oliveira, 2001, p. 09.

jurídicos que impedem a manutenção da ordem social ⁴³⁴.

Nesse contexto, o mais importante é entender que a infração de dever decorre da obrigação originária (*neminem ledere*), vez que a causa do processo causal lesivo a consumidores decorre do comportamento prévio dos níveis superiores, os quais infringem deveres de cuidados, provada pela desorganização estrutural empresarial e, portanto, criam o risco além do permitido pelo ordenamento jurídico. Dessa forma será o âmbito de organização dos níveis superiores que diante da desorganização causou a lesão a bens jurídicos individuais ⁴³⁵.

A *priori* apresenta-se possível imputar aos níveis superiores a autoria (em comissão por omissão) de crimes contra a integridade corporal, saúde e a vida humana dos consumidores, por um atuar prévio que violou o dever de cuidado relevante criando um risco não permitido. ⁴³⁶ Nessa perspectiva não se analisa o dolo conforme a visão tradicional.

Diante *infração de dever* que gera uma violação a um bem jurídico individual analisa-se o dolo de lesão (bens jurídicos individuais) como dolo de perigo (bens jurídicos supraindividuais) pela quebra dos *deveres de cuidados*, assim presume-se o dolo eventual de lesão pela mera consumação do dolo de perigo. No processo penal pátrio o dolo de lesão deve ser demonstrado e não presumido.

Segundo Winfried Hassemer esta forma de proceder aproximaria o Direito Penal ao Direito Civil, no tocante a regra de ônus da prova, admitida tal presunção caberá ao acusado provar a ausência de dolo ou culpa ⁴³⁷. Na realidade o que se faz é inverter o ônus da prova e desta forma se subtrai a regra do *in dubio pro reu*. O que inevitavelmente implica dizer que as possibilidades de uma decisão enganosa são amplamente reduzidas.

No Direito Civil não há problemas em admitir uma responsabilidade como esta, mas na esfera penal o cenário se faz tormentoso pela perspectiva da

⁴³⁴ MARTÍN, Adán Nieto. **Autoría y Participación en el Derecho Penal Económico**. Portal Iberoamericano de Derecho Penal. Disponível em: www.uclm.es/idp, 2002, p. 16. Entretanto caso não seja provado no processo penal que a omissão dessas medidas adequadas a minora ou impedir as lesões a bens jurídicos individuais seriam efetivas, os níveis superiores não poderam ser responsabilizados em comissão por omissão pelos danos causados.

⁴³⁵ Entende-se que a ingerência integra o *neminem ledere*.

⁴³⁶ Entretanto caso não seja provado no processo penal que a omissão dessas medidas adequadas a minora ou impedir as lesões a bens jurídicos individuais seriam efetivas, os níveis superiores não poderam ser responsabilizados em comissão por omissão pelos danos causados.

⁴³⁷ HASSEMER, Winfried. CONDE, Muñoz. *La Responsabilidad por El producto em derecho penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 1995, p.152/1543.

dogmática penal, ainda que útil dentro de uma perspectiva político-criminal.

Exigindo-se a demonstração da presença do dolo ou culpa de lesão no modelo *stander* do Direito Penal para imputar a responsabilidade penal pelo produto na qualidade de autor aos níveis superiores, cria-se também uma barreira na aplicação da responsabilidade penal por infração objetiva do dever de cuidado nas hipóteses em que a nocividade é “*ex post*”.

No âmbito da responsabilidade penal pelo produto o dolo do crime qualificado pelo resultado (lesão a bens jurídicos individuais), apesar de autônomo, estaria baseado no conhecimento do risco da ação. A análise do campo da produção de um risco, como na situação em que se respeitam todas as normativas de cuidado, agindo dentro do risco permitido na colocação do produto no mercado de consumo e mesmo assim há a produção de um dano “*ex post*” apresenta-se como nebulosa perante os direitos e garantias fundamentais individuais, mas perfeitamente possível dentro de uma perspectiva positivista ⁴³⁸.

O ordenamento jurídico pátrio por um lado permite certas condutas produtoras de riscos, por outro impõe o dever em tomar as medidas necessárias para evitar resultados lesivos.

A posição de *garante* exercida por gerentes, diretivos, titulares da empresa, surge como contrapartida à aquisição de tais cargos e, simultaneamente, nasce um dever de colaboração a mais, além daqueles já exigidos por serem cidadãos (excesso ao *neminem laedere* – dever jurídico positivo).

O dever jurídico positivo dos níveis superiores nas relações de consumo e, portanto, na colocação de produtos no mercado de consumo se infere do artigo 75 do Código de Defesa do Consumidor ⁴³⁹. Em sua segunda parte, delimita a qualidade de *intraneus* aos administradores, gerentes, diretores da pessoa jurídica. Assim o modelo de imputação é analisado através da *infração de dever*.

O artigo 153 da Lei n. 6.044/76 – Lei de Sociedade Anônima estabelece

⁴³⁸ MARTÍN, Adán Nieto. **Autoría y Participación en el Derecho Penal Económico**. Portal IberoAmericano de Derecho Penal. Disponível em: www.uclm.es/idp, 2002, p. 18.

⁴³⁹ CDC – Artigo 75. Quem, de qualquer forma, concorrer para os crimes referidos neste código, incide as penas a esses cominadas na medida de sua culpabilidade, bem como o diretor, administrador ou gerente da pessoa jurídica que promover, permitir ou por qualquer modo aprovar o fornecimento, oferta, exposição à venda ou manutenção em depósito de produtos ou a oferta e prestação de serviços nas condições por ele proibidas.

também a posição de garantidor do membro do Conselho Administrativo, impondo a este o dever de proteção e vigilância ⁴⁴⁰. Dessa forma pela posição que ocupa dentro do organograma empresarial, presume-se o dever de garante do Conselho de Administração em relação ao bem jurídico que foi exposto a perigo ou lesionado ⁴⁴¹.

O que atribui, de forma inequívoca, uma amplitude na responsabilidade penal pelo produto dos garantes, estes responderão também pelos atos que por suas condutas não deram origem ao processo causal danoso, mas tinham o dever especial de atuar na prevenção dos danos decorrentes da responsabilidade social de seus cargos (analisa-se o dolo/culpa não pela vontade dirigida ao resultado danoso, mas através do comportamento dos níveis superiores de não evitar a lesão).

E mais, o Código de Defesa do Consumidor em seus artigos 8º a 10º, ao tornar obrigatório o dever de vigilância dos produtos com alta nocividade, regulando a retirada e a publicidade dessa nocividade – *recall*. ⁴⁴² Inclusive há crime específico contra o consumidor no caso de omissão das medidas repressivas de nocividade *ex post*, como pela ausência de comunicação aos órgãos estatais e ao consumidor, bem como por não retirar o produto do mercado de consumo (artigo 64 CDC).

⁴⁴⁰ Lei S/A- Art. 153. O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios.

⁴⁴¹ Artigo 173, § 5º e artigo 225, § 3º, CF – fundamentos constitucionais para a responsabilidade dos Diretores, de modo que a reponsabilidade da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade dos dirigentes.

⁴⁴² CAPÍTULO IV - Da Qualidade de Produtos e Serviços, da Prevenção e da Reparação dos Danos. SEÇÃO I - Da Proteção à Saúde e Segurança.

Art. 8º Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.

Parágrafo único. Em se tratando de produto industrial, ao fabricante cabe prestar as informações a que se refere este artigo, através de impressos apropriados que devam acompanhar o produto.

Art. 9º O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto.

Art. 10. O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança.

§ 1º O fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários. (grifo nosso).

§ 2º Os anúncios publicitários a que se refere o parágrafo anterior serão veiculados na imprensa, rádio e televisão, às expensas do fornecedor do produto ou serviço.

§ 3º Sempre que tiverem conhecimento de periculosidade de produtos ou serviços à saúde ou segurança dos consumidores, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão informá-los a respeito.

O artigo 18, §3º, do Código de Defesa do Consumidor elenca presunções legais nas quais o produto torna-se impróprio para o consumo. Nesse ponto a doutrina tradicional exige para incidência de responsabilidade penal pelo produto impróprio a prova pericial que ao menos demonstre um perigo concreto de lesão, não admite a presunção da impropriedade da norma consumerista em matéria penal.

Neste cenário analisa-se em que condição pode-se equiparar a situação na qual o indivíduo viola o *dever de cuidado* e outra que não há qualquer violação ao dever de cuidado, mas mesmo assim o resultado danoso surge. Como responsabilizar penalmente ambas as hipóteses nos mesmos moldes?

O artigo 13 do Código Penal Brasileiro ao tratar da relevância da omissão, sob o aspecto dogmático formal, delimita o campo material a fundamentar a *posição de garante* no ordenamento pátrio, alcançando neste caso relevância a omissão pela posição de garante decorrente da *lei, em que o agente, mesmo “posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários”*⁴⁴³ (dever jurídico positivo – excesso ao *neaminem leadere*).

Nesse contexto, o mais importante é entender que a infração penal decorre do excesso ao *neaminem leadere* (obrigação originária), vez que a causa do processo causal lesivo aos consumidores não decorre do comportamento prévio dos níveis superiores, estes não infringem deveres de cuidados e, portanto, não criam o risco além do permitido pelo ordenamento. Dessa forma, o dever de solidarismo social impõe que o âmbito de organização dos níveis superiores atue em conjunto com o Estado, na prevenção de lesão a bens jurídicos individuais em razão da especial confiança depositada naqueles que atuam na colocação de produtos no mercado de consumo.

Desse modo se não agir conforme a lei diz, será responsabilizado pelas lesões que advirem dessa conduta omissiva, quando podia e devia agir para evitar o resultado. A principal forma de agir é a comunicação das autoridades públicas e da

⁴⁴³ CDC, Artigo 10, § 1º: O fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários.

sociedade civil e a retirada imediata do produto do mercado de consumo após a constatação da probabilidade de lesão a bens jurídicos individuais pelo uso do produto e caso não faça, *a priori*, poderá responder por lesões “*ex post*” a integridade corporal e vida dos consumidores quando demonstrado o conhecimento desta alta nocividade e a omissão das medidas.

Entretanto caso não seja provado no processo penal que estas medidas seriam adequadas a minorar ou impedir as lesões a bens jurídicos individuais, os níveis superiores não serão responsabilizados em comissão por omissão pelos danos causados pela nocividade “*ex post*”. Somente assim não se permitia o mero incremento do risco, teoria que na realidade inverte o ônus da prova novamente em desfavor do acusado.

Se o produto não for altamente nocivo para seus consumidores não se aplica a referida lei, já que o Código de Defesa do Consumidor restringe sua previsão à hipótese de alta nocividade (lei). Normalmente não existem contratos que impõe aos níveis superiores o dever de retirada do produto nocivo do mercado de consumo (contrato). Para se usar o filtro formal da responsabilidade em comissão por omissão por ingerência a uma infração de dever *ex ante*, nesse contexto a omissão relevante é baseada no agir prévio perigoso, devendo exceder o nível do risco permitido, o que não ocorre na nocividade “*ex post*”.

Assim percebe-se que em relação à imputação da causação do resultado danoso aos níveis superiores na condição de autor, em comissão por omissão em decorrência da posição de garante, nas hipóteses C1 e C2, o ordenamento penal pátrio apresenta-se como adequado e suficiente à aplicação da responsabilização penal pelo produto pelas lesões a bens jurídicos individuais numa perspectiva *lege lata*.

Os casos apresentados em C3 e C4 tem como ponto em comum a responsabilidade dos níveis superiores por danos provenientes de comportamentos de terceiros ⁴⁴⁴. Nessas hipóteses não há uma desorganização prévia na estrutura empresarial, como em C1 e C2, são casos que a lesão decorre da conduta culpável dos níveis inferiores e, portanto, o processo causal danoso não tem origem na conduta previa dos níveis superiores.

⁴⁴⁴ MARTÍN, Adán Nieto. **Autoría y Participación en el Derecho Penal Económico**. Portal Iberoamericano de Derecho Penal. Disponível em: www.uclm.es/idp, 2002, p. 20.

A responsabilidade penal individual exclui *a priori* a responsabilidade por comportamentos de terceiros, prevendo algumas exceções, como o pai sobre os filhos por deter o pátrio poder, no caso do marido tendo a possibilidade de agir nada faz para impedir que sua esposa mate seu filho, nesta hipótese é perfeitamente aceita a responsabilidade penal do pai como autor do crime de homicídio praticado pela sua esposa devido a sua posição de garante.

Da mesma forma haverá situações na responsabilidade penal pelo produto em que o superior será responsável em comissão por omissão por não evitar as condutas puníveis de seus funcionários⁴⁴⁵.

Uma objeção dirigida à posição de garante do empresário nesses casos se relaciona à atuação penalmente responsável dos seus subordinados, ou seja, pelo fato de atuarem de forma consciente são responsáveis por suas condutas criminosas, não podendo se falar num poder absoluto de vigilância os níveis superiores sob seus subordinados, aqueles não tem como controlar o comportamento de seus subordinados em todas as situações fáticas⁴⁴⁶.

Nos casos C3 e C4 para que haja responsabilização por autoria do superior por comissão por omissão, respondendo pelos comportamentos de terceiros subordinados são necessários os seguintes pressupostos: i) que superior ocupe a posição *de garante de vigilância de uma fonte de perigo* ou *de garante de proteção de um determinado bem jurídico alheio* e ii) que o superior tenha quebrado esse dever de cuidado e não tenha evitado o resultado quando podia.⁴⁴⁷

O Código de Defesa do Consumidor, no tocante a responsabilidade penal pelo produto, pode ser utilizado como normativa extrapenal a indicar o dever *de garante de proteção à saúde e segurança* dos consumidores aos fornecedores⁴⁴⁸ de produto no mercado de consumo (*dever jurídico positivo*).⁴⁴⁹

A posição de garante dos níveis superiores deriva do domínio vinculado a empresa, existindo um dever *de garante de proteção de um determinado bem*

⁴⁴⁵ CRESPO, Eduardo Demetrio. **Responsabilidad penal por omisión del empresário**. Madrid: lustel, 2009, p. 95.

⁴⁴⁶ MARTÍN, Adán Nieto. **Autoría y Participación en el Derecho Penal Económico**. Portal IberoAmericano de Derecho Penal. Disponível em: www.uclm.es/idp, 2002, p. 23.

⁴⁴⁷ Ibidem, p. 24.

⁴⁴⁸ CDC, Art. 10. O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança.

⁴⁴⁹ Ibidem.

jurídico alheio a partir de um domínio da organização empresarial. Neste sentido se tem entendido que a posição de garante é totalmente compatível com a responsabilidade penal individual, ainda que estes subordinados atuem de forma dolosa ou culposa, ambos serão responsabilizados, os níveis superiores por infração de dever e os níveis subordinados por praticar o núcleo do tipo penal.

Discute-se se até que ponto em face dos direitos fundamentais individuais se faz legítima a posição de garante pelo produto colocado no mercado de consumo decorrente da infração de um dever geral de proteção de produtos altamente nocivos.

Dessa forma, o dever de solidarismo social impõe que o âmbito de organização dos níveis superiores atue em conjunto com o Estado na prevenção de lesão a bens jurídicos individuais em razão da especial confiança depositada naqueles que atuam na colocação de produtos no mercado de consumo, que devem impedir comportamentos dolosos ou culposos de seus subordinados.

Nesse contexto, o mais importante é entender que a infração penal decorre do excesso ao *neaminem leadere* (obrigação originária) vez que a causa do processo causal lesivo aos consumidores não decorre do comportamento prévio dos níveis superiores.

A doutrina garantista critica a posição de garante dos níveis superiores decorrente de um dever geral de proteção, o que os obrigaria a impedir qualquer delito no seu âmbito de organização de sua empresa.

Nesse ponto passa a ser importante delimitar o campo material da obrigação de evitar delitos provenientes da organização empresarial e causado por comportamentos culposos de seus subordinados⁴⁵⁰. Considerar o subordinado como fonte de perigo em si mesmo, em que os níveis superiores são garantes de vigilância ou proteção e, portanto, devem controlar o comportamento de seus funcionários, como se estes fossem uma máquina é no mínimo controvertido⁴⁵¹.

Neste sentido, diante dos casos C3 e C4 também é necessário à análise do filtro do artigo 13 Código Penal, não há que se falar na aplicação da regra da ingerência porque a simples conduta de contratar um funcionário não pode ser

⁴⁵⁰ MARTÍN, Adán Nieto. **Autoría y Participación en el Derecho Penal Económico**. Portal IberoAmericano de Derecho Penal. Disponível em: www.uclm.es/idp, 2002, p. 26.

⁴⁵¹ *Ibidem*, p. 25/26.

classificada como criação de um risco. Diferentemente das hipóteses C1 e C2 em que há a prévia violação de dever de cuidado pelo comportamento anterior dos níveis superiores.⁴⁵²

Diante dos casos C3 e C4 também não há previsões no ordenamento pátrio de que os níveis superiores devem evitar comportamentos delitivos de seus empregados (lei), muito menos contratos que tenham este tipo de disposição.⁴⁵³

Assim por questões de segurança jurídica, *lege ferenda*, para não suprimir por completa a esfera da taxatividade do princípio da legalidade (direito fundamental individual) na responsabilidade penal pelo produto para se legitimar a responsabilidade penal nessas situações deve-se introduzir um tipo penal especial⁴⁵⁴ que regule um dever de vigilância dos níveis superiores sobre seus empregados.⁴⁵⁵

E, mais, ainda que se entenda o Código de Defesa do Consumidor serve para indicar o dever *de garante de proteção à saúde e segurança* dos consumidores aos fornecedores⁴⁵⁶ de produto no mercado de consumo, este dever jurídico positivo é demasiadamente genérico, vez que será impossível inferir quais serão as condutas que individualizadas devem ser fiscalizadas, controladas e supervisionadas na colocação de produtos no mercado de consumo pelos níveis superiores. Não se pode admitir que danos causados pelo produto nocivo ao consumo, mas que diretamente não guarda relação de dever específico atribuído aos níveis superiores sejam de responsabilidade destes com intuito de sanar lacunas de impunidade.

A Lei de S/A também traz a posição de garante ao administrador que tem o dever de vigilância e proteção no exercício de sua profissão.⁴⁵⁷ A crítica surge no

⁴⁵² Ibidem, p. 27.

⁴⁵³ MARTÍN, Adán Nieto. **Autoría y Participación en el Derecho Penal Económico**. Portal IberoAmericano de Derecho Penal. Disponível em: www.uclm.es/idp, 2002, p. 26.

⁴⁵⁴ Ibidem, p. 26.

⁴⁵⁵ É absolutamente dominante na doutrina que o princípio da responsabilidade penal individual não se contrapõe ao dever do empresário de impedir que os integrantes da empresa pratiquem delitos fazendo uso de determinadas fontes de perigo, dever de vigilância de fontes de perigo. Penalmente só se poderia falar num dever de vigilância do empresário sobre seus subordinados quando este pratica o crime utilizando objetos perigosos pertencentes à empresa, tais como na hipótese de manipulação de produtos perigosos, nas atividades que podem lesar o meio ambiente, o mercado de consumo, entre outras atividades perigosas. CRESPO, Eduardo Demetrio. **Responsabilidad penal por omisión del empresario**. Madrid: Lustel, 2009, p. 96 e 97.

⁴⁵⁶ CDC, Art. 10. O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança.

⁴⁵⁷ Lei S/A - Art. 153. O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus

tocante a previsão abrangente de dever de cuidado de vigilância dos seus subordinados.

Esta forma de proceder acaba por suprimir o princípio da legalidade (direito fundamental de primeira dimensão - garantia individual), na esfera da taxatividade, o complemento deve ser positivado em normativas que regulamentem deveres de cuidados específicos e precisos, hábeis a possibilitar o conhecimento prévio dos níveis superiores de que caso infrinjam tais deveres serão responsabilizados penalmente pelo produto.

Não se pretende expandir desenfreadamente a intervenção penal, reconhecendo na realidade como sancionável uma série de deveres extrapenais, como deveres de cuidado, os quais são agregados aos tipos penais da parte especial, tornando-os uma espécie de tipo penal em branco. Os deveres de cuidado são normalmente fixados pelas normas de experiência e técnica de segurança, bem como nos códigos de conduta, ambos compreendidos em textos legais e regulamentários alheios ao Direito Penal, assim como o uso do costume, quando claro e notório; tal como vem ocorrendo no caso de responsabilidade penal por produtos nocivos.

A rigorosidade do princípio da legalidade (direito fundamental de primeira dimensão) na esfera da taxatividade culmina por atenuada, isto deve-se ao fato da essencial importância conferida aos deveres positivos que fundamentam a posição de garante de proteção ou vigilância dos níveis superiores das estruturas empresariais e no momento de delimitar sua responsabilidade penal acabam por criar um novo modelo de imputação.

Não se trata, portanto, de afirmar simplesmente que existem tipos penais que protegem deveres extrapenais, mas sim de que a partir da constatação de que existem em nosso Direito positivo tipos penais que protegem bem jurídicos – individuais – supra individuais – mediante a legítima estratégia de garantir o cumprimento de deveres especiais que tem sua origem no desempenho de determinados rois jurídicos econômicos (Conselho Executivo de uma sociedade cotista na bolsa, sujeito passivo do imposto de renda obrigado a pagar, etc.). Não se trata de assumir como “curioso” ponto de partida que o Direito positivo protege deveres extrapenais com penas, mas sim de constatar como, em ocasiões, as normas penais estabelecem um castigo com base em uma imputação de fatos socialmente lesivos fundamentada em critérios normativos alheios ao elementar princípio

da convivência “não cause prejuízo a terceiros. (tradução livre) ⁴⁵⁸.

Se se assume uma posição material como a sustentada aqui a questão passa a ser a identificação na parte especial dos delitos que, excepcionalmente, tem há ver com deveres que excedam o *neminem laedere*. Portanto, se existem figuras delitivas com estas características no âmbito do Direito Penal Econômico, isto condiciona “o alcance do tipo”, a “determinação da conduta típica” ou a “permissão de condutas”. (tradução livre) ⁴⁵⁹.

As consequências, para o conceito de autoria, introduzidas pela adoção da infração de deveres que excedam o *neminem laedere* como fundamentos do injusto penal são mundialmente questionadas, entretanto assumem fundamental importância no campo do Direito Penal Econômico e em especial na responsabilidade penal pelo produto.

Se por um lado gera uma grande ampliação no campo material da autoria pela adoção de um novo modelo de imputação, por outro esta será limitada pela necessidade da especial qualidade do autor (*intraneus*).

A responsabilidade pelos delitos comissivos por omissão, que sempre está atrelada a estreitos limites de aplicação, está sofrendo uma transformação quando se trata de aplicá-los nos delitos de empresa ou de estruturas organizadas, como infração do dever de vigilância. Num mesmo caminho pode seguir a questão da imputação subjetiva onde a complexa distinção entre culpa consciente e dolo eventual pode ser abarcada pela figura da *recklessness*. A tendência de uma inexistência de distinção entre a autoria e outras formas de participação”. (tradução livre) ⁴⁶⁰.

⁴⁵⁸ “No se trata, portanto, de afirmar simplemente que existen tipos penales que protegen deberes extra-penales, si no de partir constatación de que existen en nuestro Derecho positivo tipos penales que protegen biens jurídicos-individuales o supra-individuales - mediante la legitima estratégia de garantizar el cumplimiento de deberes especiales que tiene su origen en el desempeño de determinados roles jurídicos económicos (consejero ejecutivo de una sociedad que cotiza en bolsa, sujeto passivo del impuesto de la renda obligado a pagar, etc). No si trata de asumir como “curioso” punto de partida que el Derecho positivo protege deberes extra-penales con penas, si no de constatar cómo, en ocasiones, las normas penales establecen un castigo con base en una imputación de hechos socialmente lesivos fundamentada en criterios normativos ajenos al elemental principio da convivência “no cause prejuízos a terceiros”. SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. **Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico**. Buenos Aires: Euros Editora BdeF, 2009, p. 232.

⁴⁵⁹ “Si se asume una posición material como la sostenida aquí, la cuestión pasa a se la identificación en la parte especial de los delitos que, excepcionalmente, tiene que ver con deberes que exceden el *neminem laedere*. Pero, si existen figuras delictivas de estas características en el ámbito del Derecho Penal Económico, ello condiciona “el alcance del tipo”, la “determinación de la conducta típica” o la “permisión de conductas”. Ibidem, p. 244.

⁴⁶⁰ SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito / Marco Antonio Marques da Silva**. São Paulo: J. de Oliveira, 2001, p. 139.

A grande questão para se viabilizar uma efetiva responsabilidade penal pelo produto não decorre apenas da possibilidade do Direito Penal autorizar a imputação dos níveis superiores da estrutura empresarial, mas no fato dessa nova forma de imputação penal se harmonizar com os direitos fundamentais, mas o que se percebe claramente é que em razão do enorme potencial perigoso das ações nesse âmbito empresarial, os direitos fundamentais de primeira dimensão - garantias individuais são amplamente relativizados, e um futuro nebuloso paira sob a dinâmica processual penal.

6 CONCLUSÃO

O injusto penal deveria descrever, como regra, processos causais decorrentes de comissões ao menos culposas e excepcionalmente omissões culposas, somente nas hipóteses em que haja extrema necessidade de tutelar as omissões, justificaria o tipo penal omissivo. Isto faz com que a liberdade de autodeterminação do indivíduo seja reduzida na menor medida do possível, já que este para respeitar a norma penal basta abster-se.

Com a complexidade das relações sociais torna-se necessário também que o Estado exija condutas morais de determinados cidadãos, que assumem papel de protagonismo social, não substituíveis por alternativas organizacionais.

Esta necessidade decorre da verticalização dos direitos fundamentais, não se deve entender o Estado como um ser onipresente, ainda que exista a tutela administrativa estatal (Administração Pública) sobre o mercado de consumo, esta não é unicamente satisfatória na segurança das relações de consumo, as agências reguladoras, como a ANVISA limita-se a analisar documentação enviada pelas empresas (análise formal), não verifica o alegado nas informações prestadas pela empresa encontra-se presente no momento da fabricação e comercialização do produto.

Por vezes a disparidade entre a informação veiculada e o produto ofertado no mercado de consumo apenas é descoberta quando ocasionar lesões individuais, quando o produto já está inserido no mercado de consumo e gerando danos aos consumidores. Dessa forma a responsabilidade social daqueles que atuam na colocação de produtos no mercado de consumo impõe um incremento dos deveres de cuidado e vigilância dos níveis superiores das estruturas empresariais – deveres positivos.

Assim é latente e fundamental a discussão doutrinária da temática levantada, os reflexos da interferência da solidariedade como *dever jurídico positivo* na sociedade pós-moderna altera radicalmente as relações entre direito e moral, repercutindo diretamente no conteúdo material de injusto penal.

O surgimento de novos bens jurídicos penais está umbilicalmente relacionado com “os gestores atípicos da moral”, a análise dos tipos penais passa a relevar a

relação de especial confiança em determinadas posições sociais na prevenção de danos e valora esta posição como ponto de partida da responsabilização criminal.

A racionalidade do discurso jurídico penal pós-moderno esta diretamente ligada à constatação de que o indivíduo quando atua em sociedade depara com posições jurídicas especiais, em que os tipos penais não preveem apenas um “não gerar danos a terceiros” na sua liberdade de organização (*deveres negativos*).

Os valores sociais na sociedade pós-moderna superam este dever (negativo), impondo a obrigação de atuações positivas, trata-se da responsabilidade social, decorrente do solidarismo social como *dever jurídico positivo fundamental* e de *ordem constitucional* permeando seus postulados na caracterização do injusto penal.

Os crimes são analisados como delitos especiais, próprios, impondo à necessidade de que o autor (*intraeus*), seja dotado de uma qualificação especial, devido a sua relação com o bem jurídico protegido, a qual é mais intensa que a dos demais cidadãos (*extraneus*).

Assim os *deveres negativos* constituem a base de qualquer sociedade, sobre eles é construída toda uma *ordem de deveres positivos* intrinsecamente ligados ao estágio cultural de cada nação, traduzida pela ordem constitucional de cada Estado soberano.

Entender o que é uma *ordem constitucional de valores* passa necessariamente pela compreensão do que é o valor, da importância de determinados valores em sociedade e do porque uns valores são juridicamente obrigados e outros não.

Pode-se visualizar que essa mudança de consciência dos cidadãos, com a adoção de um “*sistema de valores morais*” em sociedade, nada mais é do que a busca por construir uma ética adequada ao atual contexto social.

O Estado Democrático de Direito assegura esse estabelecimento de “*valores morais*” ao ter como um dos seus fundamentos o pluralismo político, de modo que todos os membros da sociedade devem respeitar os interesses das minorias, vez que estas são detentoras de direitos fundamentais e sua manifestação política divergente é essencial à democracia.

Se por um lado é inevitável a ampliação da restrição à esfera de liberdade

individual, com o incremento dos deveres jurídicos pela incorporação ao sistema jurídico de valores, de deveres positivos e com a utilização da força coercitiva oriunda do Direito Penal, por outro, não se pode negar que esta ampliação da intervenção estatal somente será legítima quando sopesada frente aos direitos fundamentais.

Nesse contexto o sistema jurídico penal e processual penal se vê francamente modificado, ao relativizar alguns institutos tradicionais, na busca pela efetividade social da prevenção e repressão de produtos nocivos no mercado de consumo é que claramente a garantia contra o engano inata às ciências criminais, principalmente no âmbito processual penal, se vê amplamente fragilizada.

A ampliação material do injusto penal possibilita a responsabilidade penal diante do descumprimento aos regulamentos administrativos e as normativas extrapenais. São as denominadas *infrações de deveres*, tipos penais que indicam a existência de uma categoria de fatos puníveis decorrente da infração de deveres por sujeitos com características especiais, nem todas as pessoas poderiam praticar esses delitos, já que estes decorrem de uma especial condição identificada no autor (*intraneus*).

Não se busca responsabilizar o autor mais do próximo do fato criminoso, apontando qual foi o *âmbito de organização* que foi diretamente causador da materialização do resultado danoso, a responsabilidade penal é transladada para os níveis mais altos – cúpula empresarial. Ponto marcante nessa nova dogmática ao imputa-se a responsabilidade por deveres não cumpridos para os responsáveis pela tomada de decisões dentro da empresa.

O órgão colegiado, como normalmente é o encarregado das decisões de organização no âmbito empresarial, passa a ser o foco principal da responsabilidade penal pelo produto. Nas deliberações cada sócio votante pode votar num determinado sentido, essa dificuldade é que irá influenciar na imputação individual penal. Devido essa dificuldade utilizam as regras de Direito Empresarial, compreendendo o órgão colegiado como uma pluralidade de diretivos, sem relevar o modo que cada integrante se manifestou, considerando todos responsáveis pela vontade vencida, com exceção dos que realizam todas as medidas necessárias adequadas para impedir ou minimizar os resultados lesivos como levar a conhecimento das autoridades competentes o que se foi decidido no conselho

deliberativo.

Logo a imputação de diversas cadeias de envolvidos é consequência natural dos complexos processos de produção empresarial e envolvidos na tomada de decisão no âmbito de órgãos colegiados.

Nessa perspectiva esse método de imputação é incompatível com a teoria do domínio do fato, já que a valoração não é do sujeito agente (responsável pelo processo causal), mas sim do responsável pela direção do fato delitivo, com base em regras de competência estrutural.

A periculosidade “*ex ante*” justifica a responsabilidade penal pelo produto diante da criação ou aumento do risco permitido. Há uma conduta prévia que colabora para a causação do dano, nesse contexto, o mais importante é entender que a infração de dever decorre da obrigação originária (*neaminem leadere*), vez que a causa do processo causal lesivo a consumidores decorre do comportamento prévio dos níveis superiores, os quais infringem deveres de cuidados, provada pela desorganização estrutural empresarial e, portanto, criam o risco além do permitido pelo ordenamento jurídico. Dessa forma será o âmbito de organização dos níveis superiores que diante da desorganização causou a lesão a bens jurídicos individuais.

Porém quando verificada a periculosidade *ex post* qual seria o fundamento para se imputar a responsabilidade penal pelo produto, o mais importante é entender que a infração penal decorre do excesso ao *neaminem leadere* (obrigação originária), vez que a causa do processo causal lesivo aos consumidores não decorre do comportamento prévio dos níveis superiores, estes não infringem deveres de cuidados e, portanto, não criam o risco além do permitido pelo ordenamento. Dessa forma, o dever de solidarismo social impõe que o âmbito de organização dos níveis superiores atue em conjunto com o Estado, na prevenção de lesão a bens jurídicos individuais em razão da especial confiança depositada naqueles que atuam na colocação de produtos no mercado de consumo.

A responsabilidade pelo produto por danos *ex post*, diante da conduta omissiva de evitar o dano, mesmo após conhecer a periculosidade, como não retirar o produto do mercado ou não informar as consequências lesivas aos consumidores, extrapola para parte da doutrina, principalmente Hassemer, a medida do possível,

ao reduzir direitos fundamentais individuais a níveis incompatíveis com a natureza das ciências jurídicas criminal.

Esse novo método de imputação plurissubjetiva por omissão prescinde da prova da participação ativa, na produção do fato delituoso. Juízo de reprovabilidade criminal basta a omissão em adotar medidas que poderiam impedir ou minimizar as lesões. Dessa forma se analisa quem dentre os diversos intervenientes deveria ter adota as medidas necessárias e quais poderiam ser tomadas para evitar o resultado esperado. Coloca-se em condições de igualdade aquele que conhece o profano e aquele que o desconhece, a análise parte do *out put* lesivo e porque não agiu para minorar as consequências lesivas.

Percebe-se que diante de comportamentos omissivos o problema está em determinar a relevância da omissão, hábil a incidir à responsabilização dos órgãos diretivos e dos administradores da empresa e a imputação em comissão por omissão oriunda da “posição de garante” socorre-se ao dever extrapenal como condição suficiente para que a omissão seja relevante para responder criminalmente como se houvesse praticado a infração penal, ou seja, ocorre uma clara relativização do princípio da legalidade na esfera da taxatividade (direito fundamental individual de primeira dimensão – garantia individual).

Questiona-se se a flexibilização do princípio da culpabilidade (direito fundamental individual de primeira dimensão – garantia individual) seria um retorno a *versare in re illicita*, vez que da atividade perigosa se presume a aceitação dos resultados lesivos dela proveniente. Uma coisa seria identificar uma fonte de perigo (atividade perigosa) e outra seria aceitar o resultado ao menos culposos.

O dolo eventual exige a consciência da ação perigosa e a aceitação dos resultados, a culpa apesar de exigir essa consciência como devida, não foi alcançada no caso concreto e as lesões e morte foram produzidas. Nesse sentido como subentender de forma legítima que aquele que busca o lucro é igual a aceitar o resultado lesivo produzido pelo produto inserido no mercado de consumo.

Logo, nos casos de produtos mesclados, adulterados seria claro e incontroverso falar em delito doloso contra a saúde pública e fraude patrimonial e no máximo delito qualificado pelo resultado morte culposos (e não doloso), nos caso em que se presume o dolo de lesão da mesma forma que o dolo de perigo, mas para se

imputar a morte a título de dolo eventual exige-se algo mais, exige-se o elemento volitivo. Perda da complexa distinção entre culpa consciente e dolo eventual pode ser abarcada pela figura da *recklessness*.

Nas *infrações de deveres* baseadas em *deveres de cuidado* de caráter geral, havendo a assunção do risco inerente a ação praticada (colocar produtos no mercado), o dolo do crime qualificado pelo resultado, apesar de autônomo, estaria baseado no conhecimento do risco da ação.

Em que sentido pode se inferir que o indivíduo ao infringir um dever de cuidado culposamente atingindo um dolo de perigo também pratica a infração de lesão individual (ao menos culposamente). Como afirmar que o responsável pelo produto que se tornou nocivo, com tal comportamento, queria também a produção de lesão a bens jurídicos individuais, como morte ou lesão.

O que se pode afirmar efetivamente é que o dolo de perigo não se pode converter em dolo de lesão, como se nota ao inferir o dolo do resultado mais grave (morte/lesão) pela simples aceitação dos riscos inerentes a ação. A imputação penal seria um método e não uma valoração material. Uma coisa é o método outra coisa é a gravidade das infrações. Seria o retorno da *versare in re illicita*.

O paradigma da responsabilidade penal pelo produto afeta diretamente a presunção de inocência (direito fundamental de primeira dimensão - garantia individual) ao adotar a nocividade como critério suficiente para comprovar o dolo ou culpa e a aptidão abstrata para provocar perigo aos bens jurídicos supraindividuais e lesão aos individuais bastará à acusação constituir um conjunto probatório baseado em presunções legais para que não seja mais presumida a inocência do acusado. Ainda que a defesa sustente a ocorrência de fatos impeditivos, modificativos e extintivos e houver fundadas dúvidas sobre suas existências, não se impõe mais a absolvição do réu, conforme a aplicação do *in dubio pro reo*, como regra de julgamento.

Um dos problemas no âmbito da responsabilidade penal pelo produto é a subtração da regra de julgamento do *in dubio pro reo*, visto que a medida do possível da presunção de inocência dos níveis superiores permite que meros indícios, diante um alto grau de probabilidade, operem como condição suficiente para um juízo de condenação criminal.

A diferença entre provas indiretas (admissível no processo penal) e a mera aparência dos indícios seguros (inversão do ônus da prova) desaparece. Na responsabilidade pelo produto admite-se a prova meramente aparente no processo penal, se baseada numa prova de causalidade geral e apoiada num conjunto probatório composto por vários indícios, em que se permite excluir as demais possibilidades causais.

Esta forma de proceder, por si só, é insegura e normalmente figura como posição natural do Direito Civil e do Administrativo, mas nunca do Direito Penal, a falta de prova direta, obrigatória, não pode ser substituída pelo subjetivismo do juiz na livre apreciação das provas na responsabilidade penal pelo produto.

É neste sentido que se entende que caso diminua as possibilidades de defesa do acusado, acaba-se por se reduzir a possibilidade de impedir uma decisão enganosa dada pela intuição do magistrado – relativização da garantia contra o engano – e, por consequência, uma perda nos contornos do processo penal como garantia de efetividade dos direitos fundamentais de primeira dimensão (garantias individuais).

A responsabilidade penal pelo produto aceita desformalização do modelo *stander* dos conceitos jurídicos penais. Seria adequado aos direitos e garantias fundamentais reduzir a esfera de restrição da liberdade individual em face da tutela preventiva em sociedade?

Apesar de não ser madura a jurisprudência brasileira da responsabilidade penal pelo produto opera um câmbio metodológico na imputação que acaba por repercutir diretamente na distinção entre infração primária e infração de deveres de organização. E, ainda, que no Brasil não venha sendo aplicada nos moldes da doutrina e jurisprudência alemã e espanhola, o que se pode notar, ainda que incipientes, muitas dessas premissas estão presentes na posição assumida Supremo Tribunal Federal no tocante ao julgamento do “Caso Mensalão” (AP 470).

Sempre a imputação penal foi regida por princípios e garantias tradicionais (direitos fundamentais de primeira dimensão), que tem sido levado ao limite do aceitável e por vezes chega até mesmo a impedir sua efetivação, para tratar com justiça o fenômeno da responsabilidade penal pelo produto.

Qual a consequência para os envolvidos na responsabilidade penal pelo

produto, uma significativa diminuição nas possibilidades defensivas o que em muito reduz as expectativas de segurança do modelo standard do direito penal.

O direito penal justo, dentro de uma perspectiva constitucional e garantista, não pode ser regido por metas prevencionistas.

Relativizar os princípios da legalidade a função limitadora do princípio da culpabilidade, os princípio da presunção de inocência que culminou na subtração da regra do *in dubio pro reo* e clara redução da garantia contra o engano inata às ciências criminais.

Através de uma visão pós-moderna o sistema processo penal passa por uma releitura, seus institutos clássicos por vezes são mitigados na persecução de uma *criminalidade organizada do tipo empresarial*, abandonando-se uma concepção garantista para dar espaço a flexibilizações que permitem um maior alcance da função do Direito Penal e do Processo Penal em sociedade.

Sem que os princípios sejam adequados à realidade vigente ter-se-ia um cenário de grande impunidade, no qual todo maquinário judicial seria utilizado com mero intuito de usar o processo penal como um fim em si mesmo, vez que o conteúdo probatório não seria suficiente a comprovar um juízo de certeza quanto à culpabilidade dos garantes. Do que adianta uma previsão abstrata de responsabilidade dos integrantes de empresa se esta não refletir em condenações no caso concreto. Assim se pretende utilizar o sistema penal na prevenção de riscos e repressão de lesões causados pela colocação do produto no mercado de consumo acaba-se por relativizar a efetivação dos princípios penais e processuais penais.

Porém essa flexibilização necessária não pode ser aplicada além dos limites impostos pelos direitos fundamentais individuais. A medida do possível para adequá-los às demais dimensões dos direitos fundamentais não pode ser utilizada como retórica jurídica. Um futuro nebuloso paira sobre a dinâmica processual penal.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. **História da Filosofia, O Neo-empirismo**. Lisboa: Editorial Presença, 1969: Volume XIV.
- ALBUQUERQUE, Mário Pimentel. **Princípio da Confiança no Direito Penal**. Uma introdução ao Estudo do Sujeito em Face da Teoria da Imputação Objetiva Funcional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- ALMEIDA, Gabriel Bertin de. **Os Limites da Presunção no Processo Penal**. Artigo IBCCRIM Revista Liberdades - nº 3 - janeiro-abril de 2010.
- APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2010.
- BARROSO, Luis Roberto. **A nova interpretação constitucional**. São Paulo: Renovar, 2008.
- BECHARA, Fabio Ramazzini. **Criminalidade Organizada e Procedimento Diferenciado: entre Eficiência e Garantismo**. COSTA, José de Faria & SILVA, Marco Antonio Marques da (coordenadores). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais - Visão Luso-Brasileira* - São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria Geral do Delito**. BITENCOURT, Cezar Roberto. CONDE, Francisco Muñoz. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Barueri: Manole, 2007.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 2 ed. São Paulo: Edipro, 2001.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa - por um Direito Constitucional de Luta e Resistência, por uma nova Hermenêutica, por uma Repolitização da Legitimidade**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Derivação e positivação no direito tributário. Volume I**. São Paulo: Noeses, 2011.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, Linguagem e Método**. São Paulo: Noeses, 2008.
- CEREZO MIR, José. **Derecho Penal – Parte General**. São Paulo: Revista dos Tribunais/ Lima: ARA Editores, 2007.

COPI, Irving M. Copi. **Introdução à Lógica**. Tradução de Álvaro Cabral. 2 ed. São Paulo: Mestre Jou, 1979.

COSTA, Jose de Faria. **A criminalidade em um Mundo Globalizado**: ou Plaidoyer por um Direito Penal não-securitário. Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais - Visão Luso-Brasileira - Coord. Costa, José de Faria & Silva, Marco Antonio Marques da - São Paulo: Quartier Latin, 2006.

CRESPO, Eduardo Demetrio. **Responsabilidad penal por omisión del empresário**. Madrid: lustel, 2009.

ECHAVE, Delia Tereza; URQUIJO, María Eugenia; GUIBOURG, Ricardo. **Lógica proposición y norma**. Buenos Aires: Astrea, 1991: "Prólogo", "Introducción", Capítulos II e III.

ERBELLA, Marcelo Augusto Custódio. **A Legitimação do Direito Processual Penal no Estado Democrático de Direito**. COSTA, José de Faria & SILVA, Marco Antonio Marques da (coordenadores). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais - Visão Luso-Brasileira* - São Paulo: Quartier Latin, 2006.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6 ed, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRARI, Eduardo Reale. **Legislação Penal Antitruste**: Direito Penal Econômico e sua Acepção Constitucional. COSTA, José de Faria & SILVA, Marco Antonio Marques da (coordenadores). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais - Visão Luso-Brasileira* - São Paulo: Quartier Latin, 2006.

FERRY, Luc. *Aprender a viver*. **Filosofia para os novos tempos**. Tradução de Vera Lúcia dos Reis. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.

FLUSSER, Vilém. **Língua e Realidade**. 2 ed. São Paulo: Annablume Editora, 2004.

GRACIA MARTÍN, Luis. **Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistência**. Valência: Editora Tirant Lo Blanch, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da Conduta em Direito Penal**. 2 ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

GUIBOURG, Ricardo A.; GIGLIANI, ALEJANDRO M.; GUARINONI, RICARDO V. **Introducción al conocimiento científico**. Buenos Aires: Eudeba, 2000: item 1.1 até item 1.4.10, Capítulo I.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE. **La responsabilidad por el product en Derecho Penal**. Valência: Tirant lo Blanch Alternativa Edita, 1995.

HOLLANDA, Aurélio Buarque de. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. São

Paulo: Positivo, 2011.

INIESTA, Diego Gómez. **La Parte General del Derecho Penal Económico**. 2002. Portal IberoAmericano de Derecho Penal (www.uclm.es/idp).

JAKOBS, Günther. **Atuar e Omitir no Direito Penal**. São Paulo: Editora Damásio de Jesus, 2004.

JAKOBS, Günther. **Direito Penal do inimigo: Noções Críticas**. Tradução e organização: Callegari, André Luis; Giacomolli, Nereu José. 4 ed. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

KANT, Immanuel. **Lógica**. 3 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneo**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

MARTÍN, Adán Nieto. **Autoría y Participación en el Derecho Penal Económico**. Portal IberoAmericano de Derecho Penal. Disponível em: www.uclm.es/idp, 2002.

MARTÍN, Adán Nieto. **El Derecho Penal Económico Español**. Instituto de Derecho Penal Europeu e Internacional Universidad Castilla La Mancha.

MARTÍN, Luis Gracia. **La responsabilidad penal de los Administradores y representantes de la empresa por delitos especiales**. Cuestiones Actuales de Derecho Penal Empresarial - Coord. José Ramon Serrano-Piedecabras & Eduardo Demetrio Crespo. Madrid: Editora Colex, 2010.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MIR PUIG, Santiago; PEÑA, Diego Manuel Luzón. **Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto**. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1996.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal: Parte Geral**. Barcelona: PPU, 1985.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. Volume 01: Parte Geral./ Julio Fabbrini Mirabete, Renato N. Fabbrini. 22. ed. rev. e atual. 2006. São Paulo: Atlas, 2008.

MIRANDA RODRIGUES, Anabela. **Globalização, Democracia e Crime**. Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais - Visão Luso-Brasileira - Coord. Costa, José de Faria & Silva, Marco Antonio Marques da - São Paulo: Quartier Latin, 2006.

ORTEGA, Yván Figueroa. **Delitos de infracción de deber**. Cuadernos "Luis Jiménez de Asúa". Madrid: Dykinson, 2008.

PAREDES CASTAÑÓN, José M. "Recensión: GRACIA MARTÍN, Luis. Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia". **Política criminal**, nº 2. R7, p. 1-27.

PALAZZO, Francesco. **Valores Constitucionais e direito penal**. Tradução Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989.

PEÑARANDA, Enrique Ramos. **Autoría y Participación en la Empresa**. Cuestiones Actuales de Derecho Penal Empresarial - Coord. José Ramon Serrano-Piedecabras & Eduardo Demetrio Crespo. Madrid: Editora Colex, 2008.

PEREIRA, Claudio José Langroiva. Direito penal econômico: a globalização e as questões controvertidas envolvendo os déficits de sistematização eficiente e o caráter transnacional dos delitos econômicos. **Âmbito Jurídico**, v. nº 06, p. 06, 2007.

PEREIRA, Claudio José Langroiva. **O direito penal pós-moderno e a expansão econômica supranacional**. Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais - Visão Luso-Brasileira - Coord. Costa, José de Faria & Silva, Marco Antonio Marques da - São Paulo: Quartier Latin, 2006.

PEREIRA, Claudio José Langroiva. **Proteção Jurídico-Penal e Direitos Universais** - Tipo, Tipicidade e Bem Jurídico Universal. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

PEREIRA, Cláudio José Langroiva. Questões Inoportunas. Balanço – o sistema jurídico não estava preparado para as novas interpretações. Artigo **Carta Capital**. Acesso em 27 de outubro de 2012. Disponível em: www.cartacapital.com.br.

PRADO, Luis Regis. **Direito Penal Econômico**. 2 ed. rev. atual. ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 13 ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

RODRIGUES, Fabíola Emilin. **Direito Penal Ambiental e Sociedade Atual**. Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais - Visão Luso-Brasileira - Coord. Costa, José de Faria & Silva, Marco Antonio Marques da - São Paulo: Quartier Latin, 2006.

ROXIN, Claus. **Proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Tradução e organização: Callegari, André Luis; Giacomolli, Nereu José. 2 ed. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. **Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico**. Buenos Aires: Euros Editora B de F, 2009.

SCHUNEMANN, Bernard. **Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia**. Madrid: Marcial Pons, 2009.

SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria. **La Expansión del Derecho Penal**. Aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales. 2 ed.. Madri: Civitas, 2001.

SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito**. . São Paulo: J. de Oliveira, 2001.

SILVA, Marco Antonio Marques da. **Cidadania e Democracia: instrumentos para a**

efetivação da dignidade humana. MIRANDA, Jorge, SILVA, Marco Antonio Marques da (coordenação). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana* - São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SILVA, Marco Antonio Marques da. **Código de Processo Penal Comentado**. Marco Antonio Marques da Silva, Jayme Walmer de Freitas. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, Marco Antonio Marques da. **Globalização e Direito Penal Econômico**. Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais - Visão Luso-Brasileira - Coord. Costa, José de Faria & Silva, Marco Antonio Marques da - São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). **Processo Penal e Garantias Constitucionais**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 10 ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TUCCI, Rogério Lauria. **Ministério Público e Investigação Criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VILANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. São Paulo: Noeses, 2005.

VILANOVA, Lourival. Fundamentos do Estado de Direito in **Escritos Jurídicos e Filosóficos**. Vol. I. São Paulo: Axis Mundi e IBET, 2003.

VILLEY, Michel. **Filosofia do direito: Definições e fins do direito. Os meios do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Observações filosóficas**. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratado lógico-filosófico / investigações filosóficas**. 2 ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1995.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**; volume 1: parte geral/ Eugenio Raul Zaffaroni, 7 ed. Ver. E atual. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2008.