

# APROXIMAÇÃO ENTRE IMPUTAÇÃO DOLOSA E ESTADO MENTAL DO CONHECIMENTO DA *GUILTY MIND*

APPROXIMATION BETWEEN WILLFUL IMPUTATION AND MENTAL STATE OF KNOWLEDGE OF GUILTY MIND

**Wanessa Carneiro Molinaro Ferreira Serafim**

Mestranda em Direito Penal pela UERJ. Juíza Federal na Seção Judiciária do Rio de Janeiro.

ORCID: 0000-0002-1442-4918

wanessa.ferreira@jfrj.jus.br

## RESUMO

O artigo aborda como seria possível aproximações entre o entendimento da imputação subjetiva de responsabilidade penal no sistema da civil law e da common law, diante de conduta criminosa adotada por indivíduo possuidor de conhecimento. Para tanto, analisa o elemento subjetivo geral do tipo penal no sistema da civil law, o dolo, em uma perspectiva normativa do elemento volitivo deste, bem como o estado mental do conhecimento da guilty mind do sistema da common law.

**Palavras-chave:** Dolo, Imputação Subjetiva, Conhecimento, Guilty Mind.

## ABSTRACT

The article discusses how it would be possible to approach the understanding of the subjective imputation of criminal liability in the civil law and common law systems, in the face of criminal conduct adopted by an individual possessing knowledge. Therefore, it analyzes the general subjective element of the penal type in the civil law system, the deceit, in a normative perspective of its volitional element, as well as the mental state of knowledge of the guilty mind of the common law system.

**Keywords:** Deceit, Subjective Imputation, Knowledge, Guilty Mind.

## 1. Introdução

No sistema da *civil law*, ou romano-germânico, para o indivíduo responder penalmente por um ato, deve existir responsabilidade a título doloso ou culposos. Logo, não existe na *civil law* uma imputação subjetiva intermediária entre as duas modalidades de responsabilidade penal mencionadas.

A regra é a imputação a título doloso, nos moldes do parágrafo único do art. 18 do Código Penal Brasileiro, e apenas poderá haver imputação culposa se existir previsão expressa no tipo penal. Esse é, em regra, o modelo de imputação subjetiva adotada nos países da *civil law*.<sup>1</sup>

O dolo é elemento subjetivo geral do tipo penal e, para o entendimento majoritário, composto por elemento cognitivo e elemento volitivo. Sendo que o elemento volitivo tem sido compreendido em seu sentido cotidiano e não em sentido normativo.

Entretanto, a dimensão normativa do vocábulo "vontade" permite a compreensão do dolo sob aspecto mais coerente no que toca a responsabilidade penal, por permitir a verificação a partir de dados objetivos do comportamento sob análise.

Se o elemento vontade for compreendido como comportamento do autor que detém o conhecimento no plano da realidade e das consequências prováveis ou certas de sua conduta, ele se aproxima do estado mental de conhecimento (*knowledge*) da *guilty mind* do sistema da *common law*.

A partir dessa aproximação, procura-se demonstrar a necessidade da compreensão em sentido normativo do conceito de vontade, para que a imputação subjetiva dolosa guarde maior coerência em relação ao indivíduo que, possuindo cognição dos fatos, opta em realizar conduta típica.

## 2. Dolo no tipo penal

O sistema naturalista estabeleceu o conceito clássico de delito, como ação típica, antijurídica e culpável. Nesta fase, também conhecida como sistema Lizt-Beling,<sup>2</sup> a chamada relação psíquica entre a conduta e o autor do fato era analisada na culpabilidade, sendo que o liame subjetivo poderia ser a título de dolo ou culpa.

No sistema neokantiano ou neoclássico, aportes normativos são incorporados, superando-se a simples descrição avalorada dos

elementos do delito, sendo que a culpabilidade se aproxima da noção de reprovabilidade

Com o finalismo, **Hans Welzel**, ao cuidar da finalidade da ação humana, trata o dolo como um elemento do tipo. Desta forma, o dolo passa a integrar o tipo penal no aspecto subjetivo, permanecendo a consciência da ilicitude na culpabilidade.<sup>3</sup> Assim, para o ato ser doloso, exige-se consciência e vontade de realização de conduta descrita no tipo objetivo.

Por sua vez, as correntes funcionalistas<sup>4</sup> introduzem valores vinculados aos fins de prevenção do Direito Penal e valorações político-criminais para a teoria do delito. Ocorre um giro normativo, com a retomada de aportes teleológicos, como no sistema neokantiano.

No que toca ao tipo penal, a principal alteração trazida pelos funcionalistas, frente ao modelo adotado pelo finalismo, refere-se, em grande medida, à parte objetiva do tipo e diz respeito à necessidade de criação ou de incremento de um risco não autorizado para que seja possível a imputação objetiva de uma conduta delitiva.

De toda forma, as abordagens funcionalistas, por introduzem aportes normativos aos elementos do delito, inauguram, marco importante para as considerações que serão aqui expostas. Nesse sentido, **Eduardo Viana** expõe que: "Por fim, convém ressaltar a clara constatação em relação às últimas contribuições de Roxin no âmbito da teoria do dolo: fica evidente que a própria teoria volitiva, em uma das suas variações mais aperfeiçoadas, está percorrendo o caminho da normatização, então, é possível falar em um normativismo volitivo" (VIANA, 2017, p. 147).

## 3. Conhecimento e vontade

Dentre as várias teorias sobre o dolo,<sup>5</sup> o legislador brasileiro, no art. 18, inciso I, do Código Penal, optou pela teoria da vontade para o dolo direito e a da assunção ou do consentimento para o dolo eventual ao conceituá-los no referido dispositivo.

Diante do texto legal vigente, pode-se dizer que o dolo é composto pelo elemento cognitivo e pelo elemento volitivo. O elemento cognitivo consiste na consciência do agente estar realizando o ato descrito nos elementos objetivos do tipo penal. Já o elemento volitivo tem sido compreendido como a vontade, o querer ou o desejo de

realizar os elementos objetivos do tipo penal.

É a partir do elemento volitivo que se faz a distinção entre dolo direto e dolo eventual. A doutrina divide ainda o dolo direto em de primeiro grau e de segundo grau.

O dolo direto de primeiro grau consiste na vontade direta de realizar a conduta descrita no tipo objetivo, enquanto o de segundo grau consiste na vontade que abarca necessariamente outras condutas típicas, além daquela principal almejada pelo autor.

Por sua vez, o dolo eventual é compreendido como a vontade de assumir ou consentir com a produção do resultado típico.

Em que pese o legislador pátrio ter optado pelo conceito de dolo com elemento cognitivo e volitivo, na doutrina existem duas grandes correntes de entendimento quanto ao dolo: a corrente das teorias volitivas<sup>6</sup> e a corrente das teorias cognitivas, que dispensam o elemento vontade e amparam o dolo em variados aspectos pertinentes à forma de cognição para fundamentá-lo.

Por ora, entretanto, o foco é a visão ampla do ato doloso por uma perspectiva mais objetiva e verificável ao aplicador do direito, a partir do comportamento externalizado pelo autor da conduta típica.

A questão da utilização da noção do elemento volitivo do dolo próximo ao sentido cotidiano, como intenção ou querer, é apontada por **Ingeborg Puppe** como questão não superada na teoria da vontade.<sup>7</sup> Sob esse enfoque, **Luís Greco**, apoiado nas lições de **Puppe**, defende que a palavra vontade (ou querer, conforme tradução de texto da autora de lavra do próprio GRECO) pode ser empregada em dois sentidos: um vinculado ao estado mental da pessoa (sentido psicológico-descritivo); e outro como forma de interpretar um comportamento (sentido atributivo-normativo).<sup>8 e 9</sup>

Diante dessa diferenciação, percebe-se que a vontade pode ser compreendida por meio do comportamento pela pessoa, e não apenas de forma cotidiana, como o que é mentalmente desejado por esta.

**Greco** exemplifica caso em que é perceptível a variação entre o conceito psicológico-descritivo e o atributivo-normativo da palavra vontade: *“As diferenças ficam mais claras se imaginamos o caso do estudante que não estuda até a véspera da prova e, ao abrir livro, recebe telefonema, sai, bebe, não dorme, chega direito da discoteca para fazer a prova. Pode ser que ele lamente sinceramente a reprovação: ‘Minha vontade não era isso’, ‘foi sem querer’. O amigo honesto talvez responda: ‘não reclame, você quis ser reprovado’. Neste diálogo, o estudante usa o termo vontade em sentido psicológico-descritivo, o amigo em sentido atributivo-normativo”* (GRECO, 2009, p. 887).

Portanto, em análise objetiva da conduta, considera-se, que o comportamento adotado pelo indivíduo no plano da realidade reflete a vontade deste em dimensão normativa. Ou, na forma precisa de **Puppe**, o “querer” no sentido atributivo-normativo significa a impossibilidade de isenção de responsabilidade.<sup>10</sup>

**Greco** menciona que, partindo-se do sentido atributivo-normativo da vontade, é viabilizada a análise objetiva do elemento subjetivo do tipo. Sendo possível, assim, verdadeira normatização da interpretação da intenção por meio da conduta externalizada pelo agente.

Como aponta **Puppe**, há o uso ambíguo da palavra querer pelos defensores da teoria da vontade e do consentimento quando da explicação do dolo eventual. A autora afirma que a referida ambiguidade é verificada uma vez que no dolo eventual existe a noção de que este abarca consequências não almejadas pelo autor, porém, cujo risco de ocorrência foi assumido pelo autor.<sup>11</sup> Assim, o querer, visualizado pela teoria do consentimento no dolo eventual, é o querer em sentido atributivo-normativo.

**Puppe** aponta que também a noção trazida pela teoria da vontade no dolo direto de segundo grau guarda coerência com a noção de que ainda aquilo que não é o mais almejado pelo autor pode ser enquadrado em sua vontade. Isso acontece quando ele age produzindo resultados típicos a título de dolo direto de segundo grau.<sup>12</sup> A autora arremata que tanto o dolo direto de segundo grau

quanto o dolo eventual introduzem no conceito de dolo uma *“real disposição interna do autor em relação ao resultado”*.<sup>13</sup>

É justamente na dimensão atributivo-normativa que o verbo querer constante do art. 18, inciso I, CP, deve ser compreendido, sob pena de se negar imputação penal em situações que o comportamento foi conscientemente direcionado para a produção do resultado típico. Isso porque o Direito Penal tem que estar voltado para reprimir situações reais e externalizadas pelo indivíduo, que coloquem em perigo bens jurídicos penalmente tutelados, não podendo (e sequer tendo como) atuar no plano abstrato das intenções e desejos dos indivíduos.

O critério objetivo, amparado no comportamento externalizado pelo autor, permite verificação de qual foi a vontade deste no sentido atributivo-normativo. Logo, ele viabiliza a coerente aplicação da norma penal, e, portanto, a adequada imputação da responsabilidade penal.

#### 4. Conhecimento da realização de conduta típica

O elemento cognitivo guarda relação fundamental para que o autor atue de forma dolosa para a produção de resultado típico, pois apenas quem detém o conhecimento é que poderá influir na esfera da realidade, quer para a produção do resultado típico, quer em direção contrária. Logo, o fato de o autor ter consciência da conduta que realiza é ponto imprescindível para responsabilização penal. E, neste sentido, é possível uma aproximação com a imputação no aspecto subjetivo do estado mental do conhecimento (*knowledge*) do sistema da *common law*, como será adiante abordado.

**Greco** afirma que o desvalor da ação recai diante do domínio exercido por aquele que tem o conhecimento, uma vez que ele possui o domínio de seu comportamento de tal forma que pode causar, ou não, o resultado típico. Portanto, caso o autor opte pela causação, ele atua dolosamente.

Os autores **Greco**<sup>14</sup> e **Viana**<sup>15</sup> destacam, embasados no art. 20, do CP, que a noção de dolo tem, em sua essência, apenas o elemento cognitivo, na medida em que o referido dispositivo, ao tratar do erro de tipo, afirma que *“O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo [...]”*. Logo, a *contrario sensu*, a correta representação dos elementos constitutivos do tipo legal confirma o dolo.

#### 5. Guilty mind

No sistema penal da *common law*, o fundamento do crime e da possibilidade de imputação penal são tratados a partir do brocardo latino: *actus non facit reum, nisis mens sit rea* (*act does not make one guilty unless there is a criminal intent*) ou, em tradução livre, agir não torna alguém culpado a menos que haja uma intenção criminoso).

O crime (*offense*) ocorre nas situações em que estão presentes os requisitos objetivos (*actus reus*), os requisitos subjetivos (*mens rea*), e ausências de justificativas e de *defenses*, que seriam próximas às causas de exclusão de ilicitude e de culpabilidade.

No sistema da *common law* não há uma teoria geral do crime que cuide de seus elementos. Os crimes possuem apenas esses elementos básicos (*actus reus*, *mens rea* e ausência de *justifications* e *defenses*), a partir dos quais são analisados em perspectiva geral,<sup>16</sup> principalmente pelas Cortes e pela doutrina.

O *actus rea* é a conduta criminoso voluntária em seu aspecto concreto, real, no mundo físico, que cause um prejuízo individual ou social.

O nexos causal estará presente quando o prejuízo decorrer da conduta do sujeito. Para tanto, utiliza-se o teste do “exceto por” (ou *but for*), ou seja, a conduta deve ser o fator substancial causador do prejuízo.<sup>17</sup>

Já a *mens rea* ou *guilty mind* é o estado mental que permite que o sujeito possa ser considerado culpado em razão da realização de uma conduta criminoso.

A *guilty mind* consiste no aspecto subjetivo da conduta analisada, pois o estado mental culpável não estará presente em razão da conduta

de forma isolada, mas somente quando ela estiver acompanhada de específico estado mental do autor.

Para os fins da abordagem aqui pretendida, analisaremos apenas os aspectos subjetivos necessários para a caracterização da responsabilidade penal na *common law*.

A *mens rea* ou *guilty mind* é compreendida por meio de quatro estados mentais distintos. São eles: (i) *purposeful* ou *intentionally* (proposital ou intencional), quando o agente deseja o resultado de sua conduta, agindo intencionalmente nesta direção; (ii) *knowing* ou *knowledge*, ou *knowingly* (com conhecimento ou conscientemente), quando o agente está ciente que sua conduta certamente causará o resultado; (iii) *reckless* (imprudência), quando o agente tem ciência que sua conduta produz risco substancial e injustificável para a produção do resultado; e, por último, (iv) *negligent* (negligência), nas situações em que o agente deveria estar ciente do risco de sua conduta para o resultado.<sup>18</sup>

Os estados mentais em questão não são excludentes entre si e possuem uma variação quanto aos aspectos cognitivos e volitivos, como destaca Hermida.<sup>19</sup>

O estado mental proposital ou intencional consiste na vontade e desejo de realizar a ação ou omissão. Neste estado, o agente prevê que certa consequência advirá da conduta.

Por outro lado, o estado mental do conhecimento (*knowledge*) é concebido como a consciência que o autor tem de estar cometendo um ato criminoso. O *Model Penal Code* norte-americano<sup>20</sup> e <sup>21</sup> estabelece que o estado mental de conhecimento consiste em: "(b) *Conscientemente. Uma pessoa age conscientemente em relação a um elemento material de um crime quando: (i) se o elemento envolver a natureza de sua conduta ou as circunstâncias correspondentes, ele está ciente de que sua conduta é dessa natureza ou que tais circunstâncias existem; e (ii) se o elemento envolver um resultado de sua conduta, ele está ciente de que é praticamente certo que sua conduta causará esse resultado.*" (tradução livre).<sup>22</sup>

Desta forma, o conhecimento da natureza da conduta, das circunstâncias que a cercam, bem como da razoável certeza de causação do resultado, são elementos suficientes para caracterização de liame subjetivo para fins de imputação de responsabilidade penal.

O estado mental de conhecimento é vínculo de imputação penal mais frágil do que o estado mental proposital ou intencional. Entretanto, uma vez comprovada a consciência e compreensão do autor da conduta, este poderá ser condenado pelos jurados.<sup>23</sup>

Ou seja, constata-se a possibilidade de responsabilidade penal mais branda na *common law* em relação à internacional, e que, entretanto,

ela não se confunde com a imputação culposa (que seria o estado mental *reckless* ou *negligent*).

Há, portanto, no sistema penal da *common law* liame subjetivo intermediário entre a imputação daquele que age propositalmente e do que age culposamente. O estado mental do conhecimento é mais frágil que o intencional e permite a imputabilidade penal subjetiva, na medida em que evidencia, no mundo dos fatos, comportamento consciente e direcionado à produção do resultado criminoso.

A gradação intermediária entre a conduta intencional e a culposa permite imputar responsabilidade penal nos quais, ainda que não constatada a vontade em sentido psicológico-descritivo do autor em produzir o resultado típico (mesmo porque o referido acesso é inviável, como já antes mencionado), há evidências, por meio do comportamento adotado pelo autor, que este atuou conscientemente ao provocar o resultado típico, e deve responder em sede penal.

Observa-se que no sistema penal da *common law*, as circunstâncias objetivas da conduta, as circunstâncias que a cercam e a razoável certeza de que a conduta causará o resultado são suficientes para a constatação da aptidão do estado mental para a responsabilização penal (*culpable mental state*).

## 6. Conclusão

O Direito Penal deve estar pautado no máximo de objetividade possível quanto à aplicação das normas para que a coerência da subsunção seja evidente e impeça manipulação e manobras quando do exercício do *ius puniendi* do Estado.

No sistema da *common law*, considera-se suficiente o conhecimento (*knowledge*) daquele que pratica conduta criminosa para fins de responsabilidade penal. E, para tanto, são considerados os elementos concretos da natureza da conduta, das circunstâncias do entorno, bem como da razoável certeza de ocorrência do resultado criminoso.

No sistema da *civil law*, entretanto, ainda vigora entendimento majoritário, no sentido de que a imputação subjetiva a título doloso depende, além do elemento cognitivo, de elemento volitivo em seu sentido leigo ou cotidiano.

Destaque-se que o vocábulo "quis" previsto no art. 18, inciso I, do CP, não deve ser ignorado, mas sim interpretado em sentido normativo-atributivo. Cabe conferir a ele interpretação em seu conteúdo jurídico e não em sentido cotidiano.

Portanto, não há que se falar em ampliação das hipóteses de imputação dolosa, mas de correlação do vínculo subjetivo penalmente relevante daquele que age com conhecimento e, dotado desta percepção, opta em realizar a conduta típica.

## NOTAS

- <sup>1</sup> Neste sentido são, por exemplo, as disposições do: §15, do Código Penal Alemão; o artigo 12 do Código Penal Espanhol e artigo 13 do Código Penal Português. Disponíveis, respectivamente em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/StGB.pdf>>, <[https://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=038\\_Codigo\\_Penal\\_y\\_legislacion\\_complementaria&modo=1](https://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria&modo=1)> e <<https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/124532375/202004300303/73758944/diplomaPaginacion/diploma/2?q=c%C3%B3digo+penal&did=34437675>>. Acessos em: 19 ago 2019.
- <sup>2</sup> SOUZA, Artur de B. G.; JAPIASSÚ, C. E. A. *Curso de Direito Penal: Parte Geral arts. 1º a 120*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.164-165.
- <sup>3</sup> *Ibidem*, p. 170.
- <sup>4</sup> Várias são as correntes funcionalistas, sendo que as mais destacas são o chamado funcionalismo racional-teleológico, defendido por Claus Roxin, e o funcionalismo sistêmico-radical, defendido por Günther Jakobs.
- <sup>5</sup> PRADO, p.374, correlaciona as seguintes teorias, além das adotadas pelo CP Brasileiro, (da representação ou da possibilidade, da probabilidade, da evitabilidade, do risco, do perigo a descoberto, da indiferença).
- <sup>6</sup> Com o suporte legal acima mencionado.
- <sup>7</sup> PUPPE, Ingeborg. A distinção entre dolo e culpa. GRECO, Luís (trad.). Manole: Barueri-SP, 2004, p. 33.
- <sup>8</sup> GRECO, 2009, p. 886-887.
- <sup>9</sup> Op. cit., 2004, p. 31-33.
- <sup>10</sup> Op. cit., p. 33.
- <sup>11</sup> Op. cit., p. 33-34.
- <sup>12</sup> Op. cit., p.35-36.
- <sup>13</sup> Op. cit., p.37.

- <sup>14</sup> Em esclarecimento preliminares ao traduzir para o português, a obra de Ingeborg Puppe, p. XII.
- <sup>15</sup> VIANA, 2002, p. 58.
- <sup>16</sup> HERMIDA, Julian. Convergence of Civil Law and Common Law in the Criminal Theory Realm. *U. Miami Int'l & Comp. L. Rev.* V. 13, n. 1, 2005. P. 193. Disponível em: <<http://repository.law.miami.edu/umicr/vol13/iss1/5>> Acesso em: 13 jul 2019.
- <sup>17</sup> Op. cit., p. 199.
- <sup>18</sup> Op. cit., p. 203.
- <sup>19</sup> Op. cit., 203.
- <sup>20</sup> O *Model Penal Code* (MPC), ou Código Penal Modelo, é um texto elaborado para estimular e dar assistência aos estados norte-americanos no processo legislativo, assim como para atualizar e estabelecer balizas na lei penal dos Estados Unidos da América. O MPC foi um projeto do *American Law Institut* (ALI), publicado em 1962, após dez anos de elaboração. Disponível em: <[https://en.wikipedia.org/wiki/Model\\_Penal\\_Code](https://en.wikipedia.org/wiki/Model_Penal_Code)>. Acesso em: 23 jul. 2019.
- <sup>21</sup> *Model Penal Code*. Disponível em: <<https://www.legal-tools.org/doc/08d77d/pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2019. Acesso em 16 mar 2020.
- <sup>22</sup> No original: "(b) *Knowingly. A person acts knowingly with respect to a material element of an offense when: (i) if the element involves the nature of his conduct or the attendant circumstances, he is aware that his conduct is of that nature or that such circumstances exist; and if the element involves a result of his conduct, he is aware that it is practically certain that his conduct will cause such a result; (ii) if the element involves a result of his conduct, he is aware that it is practically certain that his conduct will cause such a result.*" (Model Penal Code, Art. 2, Section 2.02(2)).
- <sup>23</sup> Op. cit., p. 206.



## REFERÊNCIAS

GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: Dias, Augusto Silva et alii (orgs.). *Liber Amicorum* de José de Sousa Brito em comemoração do 70º aniversário – Estudos de Direito e Filosofia. Coimbra: Almedina, 2009.

HERMIDA, Julian. Convergence of Civil Law and Common Law in the Criminal Theory Realm. *U. Miami Int'l & Comp. L. Rev.* V. 13, n. 1, 2005. P. 193. Disponível em: <<http://repository.law.miami.edu/umiclr/vol13/iss1/5>> Acesso em: 13 jul 2019.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 5ª ed., 2005.

PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Manole: Barueri-SP, 2004.

SANTOS, Humberto Souza. Elementos Fundamentais de um conceito de dolo político-criminalmente orientado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 97, 2012.

SOUZA, A. de B. G.; JAPIASSÚ, C. E. A.. *Curso de Direito Penal: Parte Geral arts. 1º a 120. 2. ed.* Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002.

VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2002.

Recebido em: 20/08/2019 - Aprovado em: 17/11/2019 - Versão final: 16/03/2020

# UM BREVE RETORNO À RESPONSABILIDADE PENAL PELO PRODUTO

## A BRIEF RETURN OF PRODUCT CRIMINAL LIABILITY

### Víctor Cezar Rodrigues da Silva Costa

Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Professor de Direito Penal. Advogado Criminalista.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6010-6577>

e-mail: [victorsilva.costa@yahoo.com.br](mailto:victorsilva.costa@yahoo.com.br)

### Leonardo Mendes Zorzi

Mestrando em Direito penal pela Universidade de São Paulo.

Advogado criminalista.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0561-6982>

e-mail: [leomendesz@hotmail.com](mailto:leomendesz@hotmail.com)

## RESUMO

O objetivo do presente artigo consiste em analisar os pressupostos teórico-dogmáticos da chamada responsabilidade penal pelo produto no âmbito da imputação por omissão imprópria. O ponto central da discussão refere-se a três de seus corolários fundamentais, a saber, a causalidade, a posição de garantia e a imputação subjetiva. O interesse de tal reflexão parte da análise do recente caso da Cervejaria Bäcker de Belo Horizonte-MG.

**Palavras-chave:** Responsabilidade Penal pelo Produto, Omissão Imprópria, Ingerência.

## ABSTRACT

This article aims to analyze the theoretical and dogmatic assumptions of the so-called product criminal liability in the context of the improper omission. The discussion concerns on three of its fundamental corollaries: causality, the guarantor and subjective liability. The interest of such reflection comes from the analysis of the Cervejaria Bäcker recent case in Belo Horizonte-MG.

**Keywords:** Product Criminal Liability, Improper Omission, Ingerence.

Em janeiro de 2020, foi amplamente noticiado pela mídia o caso da Cervejaria Bäcker em Belo Horizonte, no qual alguns lotes da cerveja estariam contaminados com a substância *dietilenoglicol*, normalmente utilizada para o resfriamento da bebida, mas quando ingerida capaz de causar síndrome nefroneural, podendo evoluir inclusive para morte, como de fato ocorreu.<sup>1</sup> Tal notícia reacende a discussão sobre um dos tópicos mais interessantes do Direito penal econômico e empresarial, isto é, a responsabilidade penal pelo produto. Frequentemente associada a uma omissão por parte do fornecedor, a responsabilidade pelo produto envolve temas clássicos da dogmática penal como a causalidade, a imputação e o dolo, pontos motivadores dessa breve reflexão.

Seria possível imputar o resultado morte aos diretores da empresa pela não retirada do produto, capaz de causar perigo à saúde, do mercado? A doutrina há muito vem tratando do tema, produzindo trabalhos clássicos que assentam a base da discussão teórica sobre a matéria.<sup>2</sup>

O caso paradigma, julgado pelo Superior Tribunal Federal Alemão (BGHSt 37, 106), é o do spray de couro ("*Lederspray*"), ocorrido em 1981, no qual um produto para calçados teria causado danos à saúde e até a morte de consumidores. Trata-se de delito de lesão à saúde, em razão de a empresa não haver imediatamente retirado o produto defeituoso de circulação quando iniciaram as suspeitas de sua nocividade. A imputação foi realizada na modalidade de imprudência.

Após o registro dos primeiros casos de lesão, houve a alteração da fórmula do produto. No entanto, outras ocorrências vieram à

tona. Nesse meio tempo, reuniu-se o conselho de administração da empresa para deliberar sobre a situação, decidindo, porém, não retirar o produto do mercado até que se esclarecessem os reais motivos das lesões. Por essa conduta, os membros do conselho foram condenados por quatro delitos de lesões causadas pelo produto, em comissão por omissão imprudente, e em outros 38 casos por lesões dolosas (por ação).<sup>3</sup>

Restringindo-nos ao âmbito de responsabilidade por omissão imprópria, há de se ter em conta seus pressupostos básicos de imputação, dentre os quais a relação de causalidade e a posição de garantidor.<sup>4</sup> No que toca ao nexos causal, o Tribunal alemão inovou no sentido de substituir a fórmula da eliminação hipotética, decorrente da teoria dos equivalentes causais, em favor do que denominou "causalidade geral". Por esse critério, a constatação da causa seria feita de forma indireta, ou seja, por fatores externos que poderiam ser excluídos da cadeia causal. Quando as condições diversas daquelas atinentes ao produto não puderem explicar o resultado, então quase que por uma presunção se afirmaria a causalidade.<sup>5</sup> A crítica que se faz é a de que tal critério não leva em consideração as leis da experiência, criando um sério risco de erro judicial quando a determinação da causalidade não puder ser feita de maneira confiável.<sup>6</sup>

Já no que concerne à posição de garantidor, a solução encontrada pela jurisprudência se deu a partir da caracterização da ingerência – instituto que Código Penal brasileiro está previsto no artigo 13, § 2º, alínea "c" –, considerada como um atuar perigoso precedente causador dos resultados lesivos. De acordo com Hassemer e