

## 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

**Muñoz Conde**, a compreensão da ingerência e os limites de sua punibilidade dependem de dois pressupostos: a) o conceito de periculosidade; e b) o conhecimento desta periculosidade.

Há duas posições doutrinárias a respeito do que seria a periculosidade. A corrente tradicional exige que o omitente tenha criado o perigo não permitido através da violação de deveres e, assim, produzido o dano correspondente.<sup>7</sup> A segunda posição, mais flexível, sustenta que a posição de garante decorre de uma conduta antecedente que tenha produzido um perigo em nível acima daquele comum à vida cotidiana, sendo desnecessária a violação a deveres legais predefinidos.<sup>8</sup> Foi esta última a posição adotada pelo BGHSt no caso *Lederspray*. O posicionamento da Corte revela a intenção político-criminal de transformar a criminalização por omissão em instrumento de intervenção preventiva, ampliando o âmbito de punibilidade para flexíveis situações de perigo. No entanto, tornou os limites da responsabilidade por omissão um tanto imprevisíveis, infringindo assim o mandato de certeza do princípio da legalidade.<sup>9</sup>

O segundo pressuposto é o de conhecimento da situação de perigo. Tradicionalmente, parte-se da premissa de que a periculosidade da conduta deva ser conhecida *ex ante*, isto é, no momento da comercialização dos produtos saber-se-ia de seu potencial lesivo à saúde, demandando do fornecedor uma atividade positiva para evitar possíveis danos. Ou seja, o conhecimento da nocividade à saúde no momento da venda caracterizaria a infração de um dever de cuidado. Por outro lado, para o Superior Tribunal Federal além seria suficiente para a responsabilidade a desaprovação jurídica do resultado de perigo, analisada *ex post*, não se exigindo o conhecimento prévio da contrariedade objetiva ao dever de cuidado. Para a Corte, portanto, bastaria a desaprovação jurídica do resultado em virtude do incremento de um risco conhecido ou passível de conhecimento. A indeterminação do início do conhecimento efetivo não afastaria a responsabilidade, visto já estar caracterizado o desvalor do resultado de perigo. Em outros termos, o delito omissivo de lesão se transforma em crime de perigo.<sup>10</sup>

No Direito brasileiro, por sua vez, há a obrigação legal, prevista no Código de Defesa do Consumidor (CDC), de proteção à saúde e segurança do consumidor. Demanda seu art. 8º, que os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não devam acarretar riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto aqueles considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição (risco permitido). Em qualquer hipótese, o fornecedor está obrigado a prestar as informações necessárias e adequadas a seu respeito. De toda forma, continua o § 2º do mesmo artigo no sentido de que “O fornecedor deverá higienizar os equipamentos e utensílios utilizados no fornecimento de produtos ou serviços, ou colocados à disposição do consumidor, e informar, de maneira ostensiva e adequada, quando for o caso, sobre o risco de contaminação”.

Ainda, o art. 10 do CDC proíbe o fornecedor de colocar no mercado produto que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou à segurança. Nesse caso, já se abre espaço para o dolo, seja ele direto ou eventual, em relação aos conhecimentos dos dirigentes empresariais do potencial lesivo dos produtos postos em circulação. A existência de dúvida, como no caso do *spray* de couro, abre margem para questionamentos em relação ao conhecimento da fonte do perigo e à possível responsabilidade a título doloso.

Com base na exegese desses dois dispositivos do CDC, **Zaffaroni**

e **Batista** consideram que o direito penal brasileiro fundamentaria a posição de garante em função do dano ocasionado por um produto posto em circulação no art. 13, §2º, alínea “a” do Código Penal, isto é, por força de um dever legal de cuidado, proteção ou vigilância.<sup>11</sup> Não nos parece a solução mais adequada. De fato, trata-se, na linha do que apontam **Hassemer** e **Muñoz Conde**, de hipótese de ingerência, servindo tais dispositivos legais para embasar a infração de um dever de atuar precedente perigoso. Em outras palavras, o decisivo para apontar a punibilidade da omissão em função de um perigo à saúde é caracterizar o comportamento anterior que tenha criado ou incrementado o risco de ocorrência no resultado.

A caracterização da posição de garantidor requer, nestas circunstâncias, conforme **Roxin**, a imputação objetiva do atuar precedente. Somente àquele que criou o risco com seu comportamento anterior é possível imputar objetivamente o resultado. Não há posição de garante, portanto, se a) a ação precedente não criou nenhum risco juridicamente relevante para a vítima, b) a ação precedente se mantém dentro do risco permitido, c) falta uma relação final de proteção entre a ação precedente e o resultado, d) o perigo provocado pela ação precedente provém unicamente do âmbito de responsabilidade da vítima, e) a criação do risco esteja justificada por legítima defesa ou f) esteja justificada por estado de necessidade.<sup>12</sup>

Considerando que se trata de hipótese de omissão imprudente, a responsabilização requer ainda, para além da posição de garante, a caracterização da previsibilidade e da evitabilidade da produção do dano. Isso significa que o agente deve ter tido a possibilidade de saber o que lhe era exigido em função da sua posição de garantidor para, então, comportar-se de acordo com elas. Também é preciso verificar se ele teria condições, em vista de suas capacidades pessoais, de atender a tais deveres impostos.<sup>13</sup>

Especificamente em relação ao caso da Cervejaria Bäcker, as informações iniciais divulgadas pela imprensa dão conta de que, durante o processo de produção, a cerveja teria entrado em contato com a substância *dietilenoglicol*. Em seguida, o produto foi distribuído, até chegar aos consumidores finais, causando lesões corporais e mortes.

No recente caso brasileiro, houve uma recomendação pela diretoria da empresa de que os consumidores não adquirissem nenhum lote da cerveja objeto de dúvida quanto à origem das lesões à saúde. Trata-se de medida preventiva, caracterizadora da diminuição do risco de novas lesões, passível de ensejar a exclusão da imputação dos resultados lesivos.

Em função do caso ainda estar em curso, seria precipitado chegar a qualquer conclusão quanto a eventual responsabilização dos diretores da empresa, pelo fato de terem introduzido no mercado produtos nocivos à saúde humana. O fato de terem diminuído o risco da produção do resultado determina prospectivamente, a limitação da responsabilidade para casos futuros. A determinação da cadeia causal em relação aos danos já ocorridos dependerá da constatação do momento do conhecimento do perigo, da observação das regras técnicas do processo de produção, da fonte desse risco – se decorrente de uma conduta da empresa ou de eventual sabotagem –, e ainda das precauções adotadas para diminuir os danos provocados pelos casos já ocorridos. Somente após consideradas todas essas circunstâncias, poderá ser determinado o âmbito de punibilidade de tais condutas.

## NOTAS

- <sup>1</sup> Sobre o caso, vide: Polícia confirma morte de mais uma vítima com suspeita de síndrome nefrônica em BH. Disponível em: <[https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2020/01/15/interna\\_gerais,114465/policia-confirma-morte-de-mais-uma-vitima-com-suspeita-de-sindrome-nef.html](https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2020/01/15/interna_gerais,114465/policia-confirma-morte-de-mais-uma-vitima-com-suspeita-de-sindrome-nef.html)>. Acesso em: 15 jan. 2020.
- <sup>2</sup> Sobretudo HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto em derecho penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1995.
- <sup>3</sup> HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto em derecho penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1995, p. 157.
- <sup>4</sup> Sobre os pressupostos de atribuição de responsabilidade por omissão imprópria,

vide: ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. COSTA, Victor. *Crimes omissivos impróprios: tipo e imputação objetiva*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 136.

- <sup>5</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial pons, 2012, p. 370.
- <sup>6</sup> TAVARES, op. cit., p. 371.
- <sup>7</sup> HASSEMER, op. cit., p. 160.
- <sup>8</sup> HASSEMER, op. cit., p. 162.
- <sup>9</sup> HASSEMER, op. cit., p. 163.
- <sup>10</sup> TAVARES, op. cit., pp. 368-369.

## CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA | AGOSTO DE 2020 BOLETIM IBCCRIM N.º 333

### CORTES INTERNACIONAIS E SUAS DECISÕES COMENTADAS

# O CASO LULA NO COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS (ONU) E O DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

## THE LULA CASE BEFORE THE HUMAN RIGHTS COMMITTEE AND THE BRAZILIAN LAW ON CRIMINAL PROCEDURE

### Davi Quintanilha Failde de Azevedo

Mestre em Direitos Humanos pela FD-USP. Especialista em Direitos Humanos e Acesso à Justiça pela FGV-SP. Defensor Público do Estado de São Paulo. Coordenador Auxiliar do Núcleo Especializado de Cidadania e Direitos Humanos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6638-4084>

[dqazevedo@defensoria.sp.def.br](mailto:dqazevedo@defensoria.sp.def.br)

### Nathália de Moraes Coscrato

Mestre em Direito Penal pela FD-USP. Advogada. Professora Universitária.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1915-9914>

[nathalia.coscrato@outlook.com](mailto:nathalia.coscrato@outlook.com)

### RESUMO

O presente artigo trata das violações ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, que foram denunciadas ao Comitê de Direitos Humanos, órgão que monitora o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU, no Caso Lula referentes aos princípios da imparcialidade e da presunção da inocência. Também são destacados os precedentes do Comitê de Direitos Humanos indicados pela petição da comunicação individual de Lula, que envolvem a interpretação e aplicação destes princípios. Por fim, são discutidos quais foram os debates já travados pelos ministros do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e do Supremo Tribunal Federal (STF), a partir do caso Lula, referentes à obrigatoriedade da observância do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

**Palavras-chave:** Caso Lula, Comitê de Direitos Humanos, Processo Penal Brasileiro.

### ABSTRACT

This article regards the violations of international human rights law that have been reported to the Human Rights Committee, the body that supervises the United Nations International Covenant on Civil and Political Rights, in the Lula Case, referring to the principles of impartiality and the presumption of innocence. Also highlighted are the precedents of the Human Rights Committee indicated by Lula's individual communication that involve the interpretation and application of these principles. Finally, it is presented the debates already held by the ministers of the Superior Electoral Court (TSE) and the Supreme Federal Court (STF), based on the Lula Case, regarding the mandatory observance of international human rights law.

**Keywords:** Lula Case, Human Rights Committee, Brazilian Criminal Procedure.

### Introdução

O destino da eleição presidencial brasileira de 2018 foi fortemente influenciado pelo entendimento da maioria dos ministros do Tribunal Superior Eleitoral acerca da obrigatoriedade da observância do Direito Internacional dos Direitos Humanos, aqui entendido como os direitos dispostos em tratados internacionais de direitos humanos. Dentre os direitos consagrados internacionalmente que estavam no cerne desse impasse estavam o direito de ser julgado criminalmente por um tribunal imparcial e o direito à presunção da inocência. Como pano de fundo e eixo central deste acontecimento, encontrava-se o processo criminal em face do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva dentro da Operação Lava Jato, assim como as possíveis violações ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da Organização das Nações Unidas ocorridas neste processo.

Por meio deste artigo, pretende-se retomar um pouco deste recente episódio da história brasileira, com enfoque nas inter-relações dos Direitos Humanos com o Direito Processual Penal brasileiro. É dada especial atenção aos princípios da imparcialidade e da presunção da inocência, os quais teriam sido violados, conforme petição do Caso Lula submetida ao Comitê de Direitos Humanos, órgão responsável pelo monitoramento do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU.

### 1. O Caso Lula no Comitê de Direitos Humanos (ONU)

Cumprindo inicialmente apontar que os comitês de monitoramento dos tratados de direitos humanos da ONU são intérpretes autorizados de tais convenções, exercendo uma função de monitoramento, na qual necessariamente mergulham na realidade de cada país. Desse modo, ao concretizar o sentido das normas abstratas, participam de sua criação, singularizando e expandindo o seu conteúdo, na busca de realizar a finalidade do próprio tratado que monitoram.<sup>2</sup>

Vários tratados da ONU preveem a possibilidade de apresentação de comunicações individuais de vítimas de violações de direitos humanos contra Estados, entre eles está o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.<sup>3</sup> Conforme dispõe o Primeiro Protocolo Facultativo, o qual foi ratificado em 25 de setembro de 2009, há previsão da possibilidade das comunicações individuais sobre violações ao referido Pacto.

No Caso Lula, a petição original da comunicação individual submetida ao Comitê de Direitos Humanos, registrada em 29 de julho de 2016, traz um histórico dos fatos envolvendo o ex-presidente e o processo criminal no qual era acusado, elencando a ocorrência de várias violações ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU.