

# RISCO ALIMENTAR

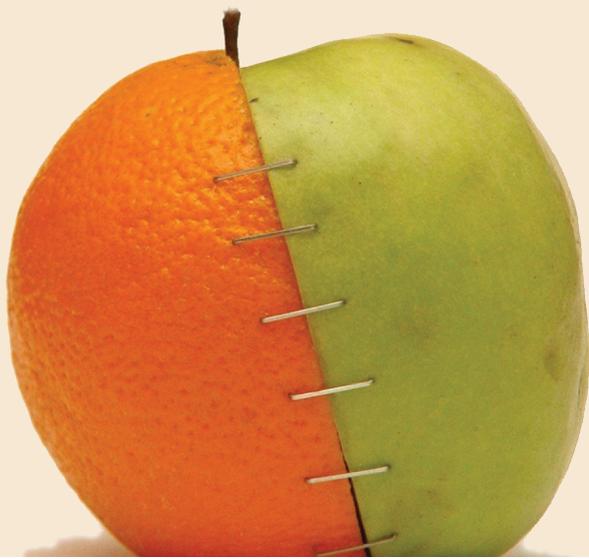
COORDENAÇÃO

JORGE SINDE MONTEIRO  
MAFALDA MIRANDA BARBOSA

AUTORES

ANDRÉ MORAIS  
FÁBIO GULPILHARES  
FRANCISCA ROBALO CORDEIRO

INÊS ANASTÁCIO  
MAFALDA MIRANDA BARBOSA  
NATÁLIA ZAMPIERI



Imprensa da Universidade de Coimbra  
Coimbra University Press

(Página deixada propositadamente em branco)

# RISCO ALIMENTAR

COORDENAÇÃO

JORGE SINDE MONTEIRO  
MAFALDA MIRANDA BARBOSA

AUTORES

ANDRÉ MORAIS  
FÁBIO GULPILHARES  
FRANCISCA ROBALO CORDEIRO

INÊS ANASTÁCIO  
MAFALDA MIRANDA BARBOSA  
NATÁLIA ZAMPIERI

2017

O presente trabalho foi realizado no âmbito das atividades do Grupo de Investigação “Risco – Transparência – Litigiosidade” do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, integradas no Projeto “Desafios sociais, incerteza e direito” (UID/DIR04643/2013).

EDIÇÃO

Imprensa da Universidade de Coimbra

COMPOSIÇÃO GRÁFICA

Ana Paula Silva | Jorge Ribeiro

PRINT BY

CreateSpace

CONTACTOS

Imprensa da Universidade de Coimbra

Email: [imprensa@uc.pt](mailto:imprensa@uc.pt)

URL: [http://www.uc.pt/imprensa\\_uc](http://www.uc.pt/imprensa_uc)

Vendas online: <http://livrariadaimprensa.uc.pt>

ISBN

978-989-26-1406-9

ISBN DIGITAL

978-989-26-1407-6

DOI

<https://doi.org/10.14195/978-989-26-1407-6>

DEPÓSITO LEGAL

402330/15

**JULHO 2017**

**IMPRENSA DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA**

## **AUTORES**

Mafalda Miranda Barbosa  
Universidade de Coimbra. Instituto Jurídico

Natália Zampieri  
Universidade de Coimbra. Instituto Jurídico

André Morais | Fábio Gulpilhares | Francisca Robalo Cordeiro  
Universidade de Coimbra

Inês Anastácio  
Universidade de Coimbra

(Página deixada propositadamente em branco)

## ÍNDICE

Risco Alimentar e Responsabilidade Civil, em Especial a Responsabilidade pela Indução à Ingestão de Alimentos Não Saudáveis.....	7
Mafalda Miranda Barbosa	
Gestão da Segurança Alimentar no Sistema do <i>Codex Alimentarius</i> .....	73
Natália Zampieri	
Direito Penal Alimentar .....	87
André Moraes	
Fábio Gulpilhares	
Francisca Robalo Cordeiro	
Responsabilidade Ambiental - Resenha Jurisprudencial .....	105
Inês Anastácio	

(Página deixada propositadamente em branco)

# 1.

## RISCO ALIMENTAR E RESPONSABILIDADE CIVIL, EM ESPECIAL A RESPONSABILIDADE PELA INDUÇÃO À INGESTÃO DE ALIMENTOS NÃO SAUDÁVEIS

*Mafalda Miranda Barbosa*

Professora Auxiliar em Direito Civil

Universidade de Coimbra

Instituto Jurídico

*Sumário: 1. Introdução. 2. As diversas hipóteses de surgimento de uma pretensão indemnizatória com base na ingestão de alimentos. 3. A responsabilidade civil pelo fornecimento de alimentos contaminados com micro-organismos e outros elementos nocivos. 4. Responsabilidade civil pelo fornecimento de alimentos nocivos por interferência de elementos químicos ou acidentes ecológicos. 5. A responsabilidade civil pelo fornecimento de alimentos adulterados. 6. A responsabilidade civil pela indução ao consumo de alimentos não saudáveis. 6.1. Adequada perspetivação do problema. 6.2. A experiência norte-americana. 6.3. O problema imputacional. 6.4. A ponderação judicativa a propósito da indução ao consumo de comida não saudável. 6.5. O problema da condicionalidade.*

### 1. Introdução

Os alimentos, sendo essenciais para a sobrevivência do ser humano – bem como, aliás, das restantes espécies animais, que neste ponto daquele não se distinguem<sup>1</sup> -, comportam riscos.

---

<sup>1</sup> A distinção ocorre, unicamente, por via da ligação entre a alimentação e a cultura e a técnica. Por um lado, o homem distinguir-se-á, também a este nível dos restantes animais, por força da associação entre os hábitos

Tais riscos foram variando ao longo da História e são determinados pelos hábitos culturais de cada sociedade e de cada tempo. Se outrora os principais perigos radicavam na possibilidade de ingestão de alimentos contaminados por micro-organismos – o que gerava intoxicações alimentares, e, portanto, perturbações ao nível da saúde e da integridade física –, atualmente, não tendo sido erradicado o problema, ele foi atenuado pelas técnicas de conservação dos produtos alimentares e suplantado (ou, consoante os casos, complementado) pelos perigos próprios de uma sociedade que, lentamente, abandona a produção biológica de espécies animais e vegetais para se encaminhar para uma produção industrializada<sup>2</sup>. Dir-se-ia que o principal receio dos nossos dias advém do uso de componentes químicas na criação e transformação de géneros alimentares<sup>3</sup>.

Mais do que traçar o quadro sociológico da realidade no que às questões alimentares diga respeito – quadro esse também caracterizado pelo incremento do risco como consequência de um processo de globalização que é indisfarçável, tornando o perigo anónimo e desconhecido<sup>4</sup> –, importa olhar para os pro-

---

alimentares e o caldo cultural em que está inserido. A gastronomia faz, aliás, parte do património imaterial de cada povo. Por outro lado, os alimentos que o homem ingere – ou muitos dos alimentos que o homem ingere – são atualmente objeto de processos de transformação.

Por último, refira-se que a alimentação do homem surge intimamente relacionada com questões sociais (pense-se, por exemplo, no convívio estabelecido nos horários das refeições); e com questões religiosas (pense-se, *v.g.*, nos proibições e limitações à ingestão de determinados alimentos determinadas por questões teológicas).

<sup>2</sup> Cf. Sara Santos COSTA, “Segurança alimentar: do direito europeu ao direito nacional – a transferência de poderes de decisão”, in Maria João ESTORNINHO, coord., *Estudos de Direito da Alimentação* Instituto de Ciências Jurídico-políticas, 2013, 85 e ss., considerando que, no séc. XIX, a produção alimentar perde o seu carácter artesanal para se tornar uma verdadeira indústria, que utiliza, inclusivamente, químicos.

<sup>3</sup> Outro aspeto que importa considerar é a controlabilidade do próprio risco. Ou seja, se é verdade que já no passado os alimentos comportavam riscos, não é menos certo que atualmente o homem pode controlá-los, ao contrário do que acontecia noutros períodos históricos.

<sup>4</sup> Sublinhando a diferença entre o perigo e o risco, por o primeiro ser externo e o segundo resultar de uma decisão da pessoa e ser controlável, na esteira de LUHMANN, e dando conta da mutação do sentido do risco, fruto da globalização financeira, política e sociocultural, cf. Paulo Marques de CARVALHO,

blemas de uma perspectiva jurídica.

Esta perspectiva, contudo, não é monolítica, nem poderia sê-lo. De facto, várias são as abordagens que podem ser feitas da relevância que o fenómeno alimentar tem ao nível do direito. Não cuidaremos de todas elas, nem pretendemos ser exaustivos na nossa análise. Desde logo, a não ser quando tal se revele fundamental para a argumentação que levaremos a cabo, deixaremos de lado todas as questões relativas à regulamentação administrativa e comunitária da atividade dos produtores de géneros alimentares. E com isso é, afinal, o núcleo central da temática que nos anima que fica arredado. Ele, contudo, diz sobretudo respeito ao direito público. Ora, a nossa visão é privatística. O que procuraremos determinar é com que contornos podem ser mobilizadas as regras da responsabilidade civil sempre que da ingestão de alimentos ocorra um dano (na integridade física, saúde, vida, etc.) na pessoa.

Ora, à partida, poderemos afirmar que, desde que verificados os diversos pressupostos delituais, haverá obrigação de indemnizar por parte daquele que, através dos alimentos fornecidos, ofender direitos absolutos alheios<sup>5</sup>.

Contudo, há que não perder de vista que a cada uma das questões que podem emergir nesta sede corresponde uma estrutura normativo-problemática diversa, pelo que qualquer leitura generalizante dos dados sistemáticos, sem atender às especificidades dos vários nichos controvertidos, seria sempre pouco prestimosa.

Procuraremos, por isso, estabelecer uma analítica das situações problemática nesta sede, tecendo sobre elas breves considerações. *In fine*, lidaremos com a problemática da indução ao consumo de alimentos não saudáveis, procurando determinar se essa factualidade típica é ou não passível de gerar uma pretensão indemnizatória procedente.

---

“Globalização e sociedade de risco: contribuições introdutórias para o estudo da segurança alimentar”, in Maria João ESTORNINHO, coord., *Estudos de Direito da Alimentação*, Instituto de Ciências Jurídico-políticas, 2013, 7 e ss.

<sup>5</sup> Em algumas situações, poder-se-ia aventar a possibilidade de se convocarem as regras da responsabilidade contratual. Não obstante, restringiremos o nosso âmbito de análise ao domínio extracontratual.

2. As diversas hipóteses de surgimento de uma pretensão indenizatória com base na ingestão de alimentos

A analítica que pretendemos estabelecer orienta-se por um cunho didático-expositivo. Não procuraremos, assim, captar sob a cota de malha de uma qualquer taxonomia todas as hipóteses de surgimento de uma pretensão indenizatória que tenham na sua base o fornecimento de alimentos a terceiros, mas antes destacar algumas factuais típicas que, por um ou outro motivo, nos permitem dialogar com os quadros dogmáticos que vão sendo estabilizados ao nível jus-privatístico<sup>6</sup>. Assim, orientar-nos-emos por alguns grupos de casos: a) responsabilidade civil pelo fornecimento de alimentos contaminados com micro-organismos ou outros produtos; b) responsabilidade civil pelo fornecimento de alimentos nocivos por interferência de elementos químicos ou acidentes ecológicos; c) responsabilidade civil pelo fornecimento de alimentos adulterados; d) responsabilidade civil pela indução de consumo de alimentos não saudáveis.

Como alertámos anteriormente, as três primeiras hipóteses apenas serão consideradas superficialmente, detendo a nossa atenção na última situação mencionada.

3. A responsabilidade civil pelo fornecimento de alimentos contaminados com micro-organismos e outros elementos nocivos

Tradicionalmente, as preocupações com a segurança alimentar diziam sobretudo respeito a problemas de contaminação dos alimentos com micro-organismos ou outros elementos que os deterioravam<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Reiteramos que algumas das factuais típicas poderiam ser assimiladas pela intencionalidade normativa da responsabilidade contratual, mas que nos cingiremos ao domínio extracontratual.

<sup>7</sup> Cf., por referência aos tempos mais recentes, Paulo Marques de CARVALHO, “Globalização e sociedade de risco”, 23 e ss., dando conta da diferença entre a *food safety* e a *food security*. A primeira procura garantir que o alimento não causa dano ao consumidor, pelos perigos biológicos, químicos ou físicos; a segunda, não lidando apenas com a contaminação acidental dos alimentos, mas também com a sua contaminação intencional, lida sobretudo

Estas situações correspondem a uma estrutura dual de responsabilidade civil: o lesado encontra-se diante de um lesante, aplicando-se as regras comuns da responsabilidade extracontratual. A ilicitude do comportamento desvela-se por via da violação de direitos absolutos (integridade física, saúde, vida) ou por via da violação de disposições legais de proteção de interesses alheios (desde que se possam configurar como tal as normas de pendor administrativo que lidam com a segurança alimentar)<sup>8</sup>. A esta alia-se a culpa, cuja prova ficará dependente da estrutura de ilícito em que se alicerça a pretensão indemnizatória, o dano e o nexo de causalidade, modernamente entendido com um nexo de imputação objetiva.

O regime da responsabilidade do produtor, previsto no DL n.º 383/89, de 6 de Novembro, alterado pelo DL n.º 131/2001, de 24 de Abril, pode também ser chamado a depor nestas situações<sup>9</sup>. Nesta medida, consegue-se responsabilizar não só aquele que forneceu o alimento deteriorado ao consumidor, mas também quem que o produziu. Tal revela-se particularmente importante, não só porque, de outro modo, a responsabilidade poderia ficar

---

com problemas atinentes à *biosecurity*, debruçando-se, entre outros aspetos, sobre os alimentos geneticamente modificados, nos quais se altera o código genético do organismo para se melhorar as suas características.

Para uma panorâmica histórica-diacrónica da evolução da problemática da segurança alimentar, cf. Sara Santos COSTA, “Segurança alimentar”, 81 e ss.

<sup>8</sup> Hipóteses poderá haver, ainda, em que a ilicitude se desvela por via do abuso do direito, adequadamente entendido como uma contradição entre o exercício formal de um direito e um princípio normativo do sistema. Em causa, estaria eventualmente a violação do princípio da precaução, operante a este nível. Para um melhor entendimento acerca da hipótese, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Liberdade versus responsabilidade: a precaução como fundamento da imputação delitual? Considerações a propósito dos cable cases*, Coimbra: Almedina, 2005.

Para uma consideração dos princípios atuantes ao nível do direito alimentar, cf. César Augusto ABREU, “A responsabilidade civil do produtor de alimentos defeituosos e do Estado, enquanto órgão de controlo, vigilância e fiscalização”, in Maria João ESTORNINHO, coord., *Estudos de Direito da Alimentação*, Instituto de Ciências Jurídico-políticas, 2013, 209 e ss.; e Miguel GIRELA, *Tratado de Derecho Alimentario*, 2011, 89 e ss.

<sup>9</sup> Se em face da primeira versão do DL n.º 383/89 se exigiria que o alimento tivesse sido transformado para que o regime da responsabilidade do produtor pudesse ser convocado, com as alterações introduzidas ao diploma em 2001, pelo DL n.º 131/2001, tal exigência desaparece.

excluída pela ausência de culpa, como porque se alarga o leque de potenciais devedores da pretensão indemnizatória.

Nos termos do artigo 2.º/1 do citado diploma, é produtor quem seja fabricante do produto acabado, de uma parte componente ou de matéria-prima, e ainda quem se apresente como tal pela aposição do seu nome, marca ou sinal distintivo ao produto. Considera-se, também, produtor aquele que, na Comunidade Económica Europeia e no exercício da sua atividade comercial, importe do exterior da mesma produtos para venda, aluguer, locação financeira ou outra qualquer forma de distribuição, bem como o fornecedor de produto cujo produtor comunitário ou importador não esteja identificado, salvo se, notificado por escrito, comunicar ao lesado no prazo de três meses, igualmente por escrito, a identidade de um ou outro, ou a de algum fornecedor precedente. Por seu turno, o artigo 3.º/1 considera produto qualquer coisa móvel, ainda que incorporada noutra coisa móvel ou imóvel. E o defeito equivale à falta de segurança do produto. Diz-nos o artigo 4.º que um produto é defeituoso quando não oferece a segurança com que legitimamente se pode contar, tendo em atenção todas as circunstâncias, designadamente a sua apresentação, a utilização que dele razoavelmente possa ser feita e o momento da sua entrada em circulação. Neste sentido, a responsabilidade pode avultar mesmo que não haja contaminação do género alimentar com nenhum micro-organismo ou composto químico. A simples falta de rotulagem ou a falta de informações relevantes, *u.g.*, a falta de indicação do prazo de validade ou a omissão de um dado componente que poderia determinar uma reação alérgica da pessoa, são suscetíveis de gerar uma pretensão indemnizatória. A responsabilidade fica limitada aos danos resultantes de morte ou lesão pessoal e os danos em coisa diversa do produto defeituoso, desde que seja normalmente destinada ao uso ou consumo privado e desde que o lesado lhe tenha dado principalmente esse destino, nos termos do artigo 8.º do DL n.º 383/89, e deve ser excluída sempre que o produtor prove que a) não colocou o produto em circulação; b) que, tendo em conta as circunstâncias, se pode razoavelmente admitir a inexistência do defeito no momento da entrada do produto em circulação; c)

que não fabricou o produto para venda ou qualquer outra forma de distribuição com um objetivo económico, nem o produziu ou distribuiu no âmbito da sua atividade profissional; d) que o defeito é devido à conformidade do produto com normas imperativas estabelecidas pelas autoridades públicas; e) que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos, no momento em que pôs o produto em circulação, não permitia detetar a existência do defeito; f) que, no caso de parte componente, o defeito é imputável à conceção do produto em que foi incorporada ou às instruções dadas pelo fabricante do mesmo.

Do exposto podemos retirar algumas conclusões. Em primeiro lugar, se a deterioração do alimento resultar da sua alteração por efeito do decurso do tempo, o produtor do mesmo verá a sua responsabilidade excluída; em segundo lugar, o regime da responsabilidade do produtor – configure ou não uma verdadeira hipótese de responsabilidade pelo risco<sup>10</sup> – não poderá ser mobilizado contra o distribuidor dos alimentos. Questiona-se se poderá sê-lo por referência ao proprietário do restaurante que ofereça alimentos deteriorados ao seu cliente, provocando uma intoxicação alimentar. Ora, cremos que ele poderá ser qualificado, para estes efeitos, como produtor. Acresce que, sendo o discurso jurídico marcado também por uma racionalidade de pendor analógica, não se duvida que o âmbito de relevância da hipótese, atentas que sejam as circunstâncias específicas do caso *decidendum*, possa ser assimilada pelo âmbito de relevância do regime legal<sup>11</sup>. Finalmente, podemos concluir que, se haverá hipóteses em que se denota um concurso de fundamentos de uma mesma pretensão indemnizatória, noutras, o âmbito subjetivo de relevância da responsabilidade do produtor determina que, ainda que existam diversos potenciais lesantes, cada um deles deverá ser demandado com base num regime específico.

Em suma, nesta hipótese discursiva enquadram-se situações diversas: possíveis intoxicações por ingestão de alimentos

<sup>10</sup> Cf. Calvão da SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, Coimbra: Almedina, 1990, 503 e ss. (em sentido afirmativo) e Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, II, *Direito das Obrigações*, tomo III, Almedina, 2010, 692 e ss. (em sentido negativo)

<sup>11</sup> Cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Estudos a propósito da responsabilidade objetiva*, Principia, 2014, 97 e ss., e demais bibliografia aí citada.

deteriorados que foram fornecidos por particulares; possíveis intoxicações alimentares por ingestão de alimentos deteriorados que foram comprados; possíveis intoxicações alimentares por ingestão de alimentos deteriorados que foram consumidos em restaurantes. Se no primeiro caso não nos resta alternativa senão mobilizar a responsabilidade subjetiva; se no segundo caso é possível mobilizar quer a responsabilidade subjetiva, quer a responsabilidade objetiva, atentas as pessoas a quem se dirige a pretensão indemnizatória<sup>12</sup>; no último caso, coloca-se o problema de saber se o regime da responsabilidade do produtor pode ou não ser chamado à colação<sup>13</sup>.

4. Responsabilidade civil pelo fornecimento de alimentos nocivos por interferência de elementos químicos ou acidentes ecológicos

As considerações anteriormente expendidas valem, também, para a esta facticidade típica. Contudo, as especificidades que a coloram determinam que sobre ela nos detenhamos mais longamente, explorando outras nervuras problemáticas.

Desde logo, podendo estar em causa organismos geneticamente modificados, há a considerar todo o leque de normas legais – de origem nacional ou comunitária – que poderão ser interpretadas como disposições legais de proteção de interesses alheios<sup>14</sup>. Como referido anteriormente, tal determinará, ou poderá determinar, uma alteração no modo como se concretizam os diversos pressupostos de procedência de uma pretensão indemnizatória, v.g., a culpa e a causalidade.

Claro que o argumento não deve ser sobrevalorizado. Situamo-nos, na verdade, num domínio temático fortemente regu-

---

<sup>12</sup> O regime da responsabilidade objetiva não poderá ser mobilizado contra o distribuir/vendedor do produto. Relativamente ao produtor, poderá ser mobilizada, desde que verificados os requisitos, quer o regime da responsabilidade objetiva, quer o regime da responsabilidade subjetiva. Neste sentido, cf. Calvão da SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*.

<sup>13</sup> Vimos que há boas razões para responder afirmativamente à questão.

<sup>14</sup> Sublinhe-se, porém, que a hipótese é mais lata do que a que integra apenas as lesões causadas por produtos geneticamente modificados.

lamentado, pelo que, mesmo na ausência de organismos geneticamente modificados, abundam as normas que impõem determinados deveres ao fornecedor de géneros alimentares<sup>15</sup>. Pense-se, a esse propósito, no Regulamento (CE) n.º 178/2002, que estabelece os princípios e as normas gerais da legislação alimentar, consagrando obrigações gerais do comércio de alimentos e vedando a colocação no mercado de quaisquer géneros alimentícios que não sejam seguros; no Regulamento n.º 852/2004, relativo à higiene dos géneros alimentares; na Diretiva 2002/99/CE, que estabelece as condições para a colocação no mercado de produtos de origem animal; no DL n.º 113/2006, de 12 de Junho; no DL n.º 147/2006, de 31 de Julho, entre outros<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Por isso, aliás, referimos na hipótese anterior que a ilicitude se poderia desvelar por via da preterição de normas de pôr em perigo abstrato, qualificáveis como disposições legais de proteção de interesses alheios. Algumas dos diplomas aqui citados, na verdade, têm pleno enquadramento na hipótese pretérita.

<sup>16</sup> Pense-se, igualmente, no DL n.º 69/2005, de 17 de Março, que, dizendo respeito à segurança geral dos produtos, se aplica como direito subsidiário aos riscos ou categorias de riscos não cobertos por essa legislação especial. O diploma consagra três grandes níveis de proteção: a) deveres de informação (tratando-se de deveres de informação anónima, anterior a qualquer contacto negocial ou pré-negocial); b) uma obrigação de não colocação no mercado de produtos não seguros (definindo-se o produto seguro como *qualquer bem, novo, usado, recuperado ou utilizado no âmbito de uma prestação de serviços, destinado aos consumidores ou suscetível de, em circunstâncias razoavelmente previsíveis, por eles ser utilizado, mesmo que lhes não seja destinado, fornecido ou disponibilizado, a título oneroso ou gratuito, no âmbito de uma atividade profissional, com exceção dos bens imóveis*, nos termos do artigo 3.º/a)); c) deveres de acompanhamento do produto, depois de colocado em circulação, o que pode implicar, em alguns casos, a sua retirada do mercado. O produtor, nos termos do artigo 6.º/1/b), deve adotar todas as medidas necessárias para, em função das características do produto, se informar sobre os riscos que o produto possa apresentar e para desencadear as ações que se revelarem adequadas, incluindo a retirada do produto do mercado, o aviso aos consumidores em termos adequados e eficazes ou a recolha do produto junto destes. Entre estas medidas contam-se, nos termos do artigo 6.º/3, a indicação, no produto ou na respetiva embalagem, da identidade e do endereço físico completo do produtor e do responsável pela colocação do produto no mercado, bem como das respetivas instruções de uso, das referências do produto, incluindo o nome, o modelo e o tipo, ou do lote de produtos a que pertence e, sempre que tal se revele adequado, a realização de ensaios por amostragem dos produtos ou do lote de produtos comercializados, bem como a informação aos distribuidores sobre o controlo desses produtos e seus resultados.

A recolha do produto fica submetida a critérios de necessidade e subsidiariedade. Assim, ela deve ter lugar, nos termos do artigo 6.º/4, sem-

Em contrapartida, em muitas situações enquadráveis neste ponto expositivo, poderemos aventar a possibilidade de exclusão a responsabilidade nos termos do DL n.º 383/89, na medida em que não fosse possível, no momento da entrada em circulação do género alimentar, e tendo em conta os conhecimentos científicos e técnicos disponíveis, detetar a existência do defeito.

Em rigor, tal seria suficiente para excluir também a responsabilidade subjetiva, uma vez que, desconhecendo-se, em função dos conhecimentos científicos e técnicos disponíveis, o carácter nocivo do género alimentar, não seria possível fazer recair sobre a conduta do sujeito um juízo de censura ético-jurídico. Simplesmente, a interferência do princípio da precaução – aplicável às relações entre privados<sup>17</sup> – pode determinar um recrudescimento da culpa a este nível, bem como determinar a não segurança expectável do produto, e, portanto, a sua defeituosidade. Tudo dependerá, em rigor, dos dados oferecidos pelo caso concreto, não sendo possível mais do que aventar a hipótese.

Em segundo lugar, estas hipóteses de facto poderão levantar problemas complexos ao nível do que tradicionalmente era conhecido por causalidade (e mais concretamente ao nível da condicionalidade).

Pensemos na seguinte hipótese: A, B, C, D, E e F são produtores de carne de vaca. Alimentaram os animais, durante anos, com rações de origem animal, determinando que o gado tivesse contraído BSE (doença das vacas loucas). Ao fim de vinte anos, X, consumidor de carne de vaca e residente no país onde aqueles produtores operavam, contraiu a variante humana da doença de *Creutzfeldt-Jakob*. Pretende, agora, demandar os produtores pelos

---

pre que as outras ações não forem suficientes para fazer face aos riscos e nos casos em que o produtor considere necessário. Haverá também lugar a uma ação de recolha sempre que tal seja ordenado pelas entidades responsáveis pelo controlo do mercado. Ao mesmo tempo, nos termos do artigo 6.º/1/d), o produtor deve analisar e manter atualizado um registo de reclamações que possam surgir.

Entendem alguns autores que o DL n.º 69/2005 pode ser subsidiariamente aplicável aos produtos alimentares e que, de todo o modo, a Lei n.º 24/96, lei de defesa do consumidor, estabelecerá uma verdadeira obrigação de segurança no tocante a produtos alimentares, a cargo daquele que os colocasse no mercado.

<sup>17</sup> Cf. Philippe KOURILSKY / Geneviève VINEY, *Le principe de précaution*, édition Odile Jacob, Janvier 2000, (La documentation française).

danos sofridos. Deixando de lado as especificidades próprias do regime da responsabilidade civil do produtor, centremo-nos na questão imputacional.

Duas são as alternativas discursivas a considerar.

Na primeira, o risco era desconhecido à época. Nesse caso, com a atuação dos produtores não se edifica uma esfera de risco/responsabilidade, a partir da qual se possa alicerçar a imputação delitual. Embora a previsibilidade se deva reportar, segundo aquele que nos parece ser o melhor entendimento, à esfera de risco e não à lesão do direito, o certo é que, nesta hipótese, não é assumida uma esfera de risco que permita sustentar a responsabilidade. Só não será assim se, sendo desconhecido o risco, ele pudesse ser tido como suspeito. É que nesse caso, por uma lógica precaucional, poderia impor-se a sua não entrada em circulação.

Na segunda, o risco era conhecido. Haveria, portanto, lugar à assunção de uma esfera de risco/responsabilidade, à qual se deveria reconduzir a lesão concreta por via de múltiplos critérios de ponderação, a implicar um cotejo com outras esferas de risco.

Simplemente, e independentemente da sua concretização em face do caso, haverá sempre que resolver um outro problema: o da condicionalidade. É que se desconhece – e não se consegue determinar – qual dos diversos produtores efetivamente causou o dano, por não ser possível saber qual dele forneceu a carne a partir da qual X contraiu a doença. Inclusivamente, não se consegue saber se a doença foi causada pelo consumo de carne colocada no mercado por todos eles ou apenas por um. Parecem, portanto, confundir-se, em face dos dados, as categorias da causalidade alternativa incerta e da causalidade cumulativa não necessária.

Qualquer uma delas coloca problemas. Em qualquer dos casos, para quem continue fiel a uma ideia de condicionalidade sem a qual, o teste de estabelecimento da causalidade parece falhar. Não obstante, e no quadro do ordenamento jurídico português, são de mais fácil resolução as questões patenteadas pela causalidade cumulativa não necessária. Nestas hipóteses, os autores sustentam que os diversos comportamentos, pese embora não fossem imprescindíveis para a ocorrência do dano, exerceram um efeito causal sobre o resultado final, admitindo, por isso, a

aplicação analógica do artigo 497.º CC<sup>18</sup> e, consequentemente, a responsabilização solidária de todos os envolvidos. Já não seria assim no tocante à causalidade alternativa incerta. Entende parte da doutrina que, porque aqui não há verdadeiramente cumulação de causas, mas incerteza relativamente ao nexos a apurar em termos fácticos, aquele preceito não pode ser aplicado<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> Cf. Pereira COELHO, “O nexos de causalidade na responsabilidade civil”, *Boletim da Faculdade de Direito*, supl. 9 (1951) 189 e ss. (o efeito concreto seria outro sem qualquer um dos factos, e nessa medida qualquer dos factos condicionou o efeito concreto que ocorreu em consequência da eficácia causal dos dois factos); Vaz SERRA, “Obrigação de indemnização. Colocação. Fontes. Conceito e espécies de dano. Nexos causal. Extensão do dever de indemnizar. Espécies de indemnização. Direito de abstenção e de remoção”, *Boletim do Ministério da Justiça*, 84 (Março 1959) 5-301, p. 95 e ss. (Vaz Serra considera que, havendo concorrência de factos, podemos confrontar-nos com duas hipóteses: nenhum deles é suficiente para produzir o dano ou qualquer um deles é bastante para isso. No primeiro caso, cada um dos agentes deve responder pela totalidade do dano, porque cada facto foi condição da emergência da lesão. Mas, “se o dano puder ser atribuído por partes a cada um daqueles que o produzem, de modo que cada um deles só tenha causado uma parte do dano, só deve responder por essa parte (...), a não ser que haja uma cooperação conscientemente contrária ao direito” – cf. Vaz SERRA, “Obrigação de indemnização”, 94. Mais acrescenta o autor que, “se o dano é produzido, não como consequência de uma conduta comum, mas de actos independentes de vários, embora concordantes para o mesmo fim, a solução deve ser ainda a de cada um dos autores responder por todo o dano”. Já se (p. 95) “qualquer dos factos era suficiente para produzir o dano (...), poder-se-ia julgar que falta a conexão causal entre o facto de um dos autores e o dano, pois esse facto não é condição sine qua non do dano. No entanto, não seria isso razoável. A vítima ficaria sem indemnização apesar de o facto de qualquer dos autores ter sido suficiente para produzir o dano. Portanto, deve cada um deles considerar-se responsável pelo dano total”); Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. I, 10.ª ed., Coimbra: Almedina, 2003, 884; Menezes CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, II, Lisboa: AAFDUL, 2001, 416; Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, vol. I e II, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, 652; IDEM, e “Sobre condição e causa na responsabilidade civil (nota a propósito do problema da causalidade da causa virtual)”, *Arx Iudicandi – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, t. 2, Coimbra: Coimbra Editora, 3 nota 9.

<sup>19</sup> Veja-se, afirmando a impossibilidade de se aplicar o artigo 497.º CC a situações como a que chamamos à colação, Menezes CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, II, 416 e ss.; Vaz SERRA, “Obrigação de indemnização”, 97 ss. (note-se que o autor, ponderando a possibilidade de acolhimento, entre nós, de uma solução como a do § 830 BGB, remete a questão para a análise do instituto da responsabilidade civil – assim, cf. nota 250 e Vaz SERRA, “Responsabilidade Contratual e Responsabilidade Extracontratual”, *Boletim do Ministério da Justiça*, 85 (1959) 107-24, p. 107 e ss., negando a aplicação,

Não cremos, porém, que a conclusão tenha que ser irremediavelmente essa. Tivemos já oportunidade de o esclarecer noutros estudos e reiteramos, agora, a nossa posição<sup>20</sup>.

Na verdade, nos termos do artigo 497.º CC, prevê-se a responsabilidade solidária para o caso de pluralidade de responsáveis. Havendo duas ações e dois agentes que preencham os pressupostos delituais, não será difícil concluir pela assimilação do caso pela intencionalidade problemática do preceito. Hipóteses haverá, porém, em que a pluralidade dá lugar à unicidade. Aí, a aplicação da norma aos casos de coautoria, instigação ou auxílio à prática do ato ilícito é determinada pelo artigo 490.º do mesmo diploma. Para lá da força cogente do direito positivo, temos a justificar a solução o facto de existir uma concertação entre os agentes que determina a existência de um só (e conjunto) comportamento lesivo. Assumindo cada um o seu papel, mas todos sendo determinantes

---

entre nós, da solução prevista no § 830 BGB) e Pereira COELHO, *O problema da causa virtual*, 24.

Em sentido contrário, cf. Calvão da SILVA, “Causalidade alternativa. L’arrêt DES”, *European Review of Private Law*, 2 (1994) 465 e ss. Aderindo a uma formulação negativa da causalidade adequada, Calvão da Silva sustenta que cada lesante deve ser responsabilizado, bastando para isso que se prove que ambos os autores foram prováveis responsáveis. Para isso, invoca a inversão do ónus da prova quando se adira àquela formulação negativa, bastando ao lesado provar a condicionalidade. Mais concretamente bastará ao lesado provar que uma qualquer causa, ou melhor um dos comportamentos de um dos produtores, é *conditio sine qua non*. Cada uma dessas condições é presumida como causa adequada do dano (“le dommage est la conséquence normale, typique, probable du DES défectueux” – *op. cit., loc. cit.*), pelo que “o autor da lesão deve ilidir essa presunção, demonstrando circunstâncias excepcionais, anormais, extraordinárias ou irregulares” que tenham influenciado a situação. Determinada a capacidade abstracta, entende-se que o lesado pode utilizá-la para estabelecer a sua presunção, a probabilidade séria que aquele ou aqueles produtores sejam os responsáveis. Mais especificamente, “pode-se mesmo dizer que o agente do dano não é verdadeiramente um desconhecido”. Veja-se, ainda, *Responsabilidade civil do produtor*, 579-587.

Em sentido concordante com Calvão da Silva, veja-se, ainda, Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, 654 nota 1859. Cf., também, Carneiro da FRADA, *Direito civil. Responsabilidade civil. O método do caso*, Coimbra: Almedina, 2006, 107 nota 125.

<sup>20</sup> Cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexço de causalidade ao nexço de imputação. Contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*, Principia, 2013; Id., *Responsabilidade civil: novas perspetivas em matéria de nexço de causalidade*, Principia, 2014.

para a emergência do dano, não faria sentido que apenas um pudesse ser obrigado ao pagamento de uma indemnização. Donde, e sem embargo de ulteriores explicitações acerca da solidariedade ao nível da responsabilidade extracontratual, a pluralidade reclamada pelo artigo 497.º CC harmoniza-se com a unicidade de comportamentos pressuposta pelo artigo 490.º CC por via da desvelação de plúrimas esferas de responsabilidade, por meio das quais se vai edificar a imputação. Quer isto dizer que aquela norma deve ser interpretada não no sentido de exigir a pluralidade fisicamente comprovada de condutas ilícitas, mas no sentido de impor a existência de mais do que um responsável. Abre-se, então, a porta a que nas hipóteses de causalidade alternativa incerta, porque dois ou mais sujeitos titulam uma esfera de responsabilidade, eles sejam considerados solidariamente responsáveis, exceto se, de acordo com o esquema imputacional por nós delineado, um deles vier provar qual a real causa do dano. E se assim nos questionarmos sobre o eventual sacrifício da comutatividade, a fazer anunciar uma responsabilidade pelo pôr em perigo, haveremos de concluir que ele é apenas aparente: na gestão de riscos faz-se impender sobre o pretense lesante a dificuldade de prova do que tradicionalmente era entendido por nexo de causalidade. São, portanto, razões ainda atinentes à estrutura do ilícito que nos fazem duvidar do acerto da exclusão da relevância do artigo 497.º nas situações de causalidade alternativa incerta. Pois que, se parece ser a pluralidade de responsáveis a justificar a aproximação das situações, ela não se alicerça exclusivamente na existência de mais do que um comportamento naturalisticamente causador do dano. Situações há em que o comportamento é apenas um, sendo por ele responsável mais do que um sujeito. Ora, nestas ninguém duvida que o artigo 497.º CC seja aplicável e, não obstante, do ponto de vista do real só um é o comportamento, embora polarizado em dois sujeitos. Em rigor, na hipótese de a doença ter sido gerada pelo consumo de carne de mais do que um produtor, também não conseguimos descortinar qual o real contributo de cada um para o surgimento do dano. A similitude das situações problemáticas quadra mal com soluções tão díspares como parecem ser aquelas a que somos conduzidos pela doutrina tradicional.

A solução por nós arriscada é possível à luz de uma conceção de causalidade que parta da tentativa de imputação dos danos a uma esfera de risco/responsabilidade que se edifica em cada atuação concreta.

Várias têm sido, além-fronteiras, as tentativas de clarificação do problema.

Desde logo, encontramos posições que apresentam uma índole processual, entre as quais a que se vem a edificar em torno do conceito de *evidentiary damage*<sup>21</sup>. Segundo ela, o lesante seria responsável pela indeterminação factual do caso, sendo-lhe imputável tal incerteza, pelo que, verdadeiramente, o dano a ressarcir seria aquele e não o que resultasse da lesão experimentada. A doutrina seria, na ótica dos seus arautos, defensável quer do ponto de vista da prevenção, uma vez que aumentariam os incentivos para que se diminuísse o dano direto, quer do ponto de vista da justiça comutativa, já que os danos probatórios violam a autonomia da vítima, restringindo o direito de demandar judicialmente o autor de um ato ilícito e danoso. O seu âmbito de aplicação seria, contudo, mais vasto do que o âmbito de relevância dos casos que têm subjacentes a si hipóteses de causalidade alternativa incerta

---

<sup>21</sup> Veja-se, a este propósito, ARIAL PORAT/ALEX STEIN, *Tort liability under uncertainty*, New York: Oxford University Press, 2001, 160 e ss.; ID., “Indeterminate causation and apportionment of damage: an essay on Holtby, Allen and Fairchild”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 23/4 (2003) 667-702; ID., „Liability for uncertainty: Making evidential damage actionable“, *Cardozo Law Review*, 18 (1997) 1891 e ss. O *evidential damage* pode ser o resultado do mesmo acto ilícito que causou ou pode ter causado o dano direto; ou pode ser produto de um distinto acto ilícito, que pode, inclusivamente, não ser concomitante – cf., uma vez mais, *Tort Liability*, 163-164: um carro é conduzido pelo lesado; uma carrinha aproxima-se na direção oposta. Soltando-se um pneu, que vai embater no primeiro veículo, este fica profundamente danificado, tendo de ser arranjado numa garagem especializada para o efeito. Os mecânicos deitam, então, fora algumas peças que eram essenciais à produção da prova em juízo, causando deste modo um *evidentiary damage*, que é igual, em magnitude, ao dano físico do lesado (cf. p. 165). Cf., também, A. GEISTFELD, “The doctrinal unity of alternative liability and market-share liability”, *University of Pennsylvania Law Review*, 155, 498 e ss. Considerando que a doutrina do *evidentiary damage* não pode ser transposta para o nosso ordenamento jurídico por constituir uma “extensão dificilmente justificável da responsabilidade”, dado não ser possível aplicar a estas situações o artigo 344.º/2 CC, cf. Patrícia Helena Leal Cordeiro da COSTA, *O dano da perda de chance e a sua perspectiva no direito português*, Coimbra, 2010, policop., 99.

e a sua intencionalidade mostrar-se-ia dissonante dos quadros de referência do nosso ordenamento jurídico, não podendo ser tal proposta acolhida. Na verdade, não só ficaríamos sem suporte normativo para o fazer, dado que o artigo 344.º/2 CC não autoriza uma interpretação tão ampla que legitime o ressarcimento dos *evidentiary damages*, como no plano dos fundamentos falharia o sustentáculo alicerçador. É que uma coisa é procurar escorar uma solução facilitadora da correspondência entre o dever ser e o ser na assunção de uma esfera de responsabilidade que convoca o conceito de Pessoa, outra diversa é assentar o nosso juízo numa ideia meramente adjetiva, embora colorida com preocupações atinentes ao justo<sup>22</sup>. Acresce que a indemnização arbitrada seria sempre proporcional e assentaria em dados probabilísticos, o que pode não corresponder à solução materialmente adequada, deixando por ressarcir danos que deveriam ser compensados.

Em segundo lugar, é possível descortinar-se uma posição que apresenta uma índole dogmática-conceptual e se constrói com base numa ideia próxima à de uma personalidade coletiva de facto. Podendo um dano resultar do comportamento de um ou outro sujeito, haveria de indagar-se se é ou não possível falar de um grupo determinado no seio do qual aquele avultaria. A indeterminação diria, portanto, unicamente respeito aos sujeitos e não ao meio onde eles atuaram e a construção dogmática implicaria um prolongamento da ideia de personalidade moral, na medida em que teria sido constituída uma realidade sociológica que não se pode negar, pelo que não seria aplicada a figura quando o grupo em questão surgisse fortuitamente, não tendo o mínimo de estabilidade e coerência interna<sup>23</sup>. Verdadeiramente,

---

<sup>22</sup> De facto, importa não esquecer que os autores argumentam no sentido da bondade da solução que propõem com base na necessidade de se cumprir um ideal de justiça comutativa e corretiva.

<sup>23</sup> Cf. Hassen ABERKANE, “Du dommage causé par une personne indéterminée dans un groupe déterminé de personnes”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 56 (1958) 516 e ss.

Cf., também, Geneviève VINEY/Patrice JOURDAIN, *Traité de Droit Civil, sous la direction de Jacques Ghestin : Les conditions de la responsabilité*, 2, 3.ª ed., Paris: LGDJ, 236 e ss. O problema surge, consoante esclarecem, quando não é possível identificar o autor do dano, mas se pode provar que ele necessariamente provém de certas pessoas que fazem parte de um grupo. Para justificar a res-

responsabilidade coletiva das pessoas que podem ter estado na origem do dano cujo autor não é identificado, faz-se apelo à ideia de que o facto foi realizado em comum – apelo a uma *faute collective* ou a uma *faute connexe*; outras vezes fala-se de um *fait non fautif* que engendra a responsabilidade com fundamento no artigo 1384.º/1 CC. Segundo o testemunho das autoras, “os tribunais tendem a justificar a assimilação entre a situação dos autores possíveis de um dano anónimo e aquela dos coautores responsáveis *in solidum* pela ideia de *faute collective*/*faute connexe* ou pela noção de *garde collective* ou de *garde en commum*. Mas isto não é suficiente como argumento. Recorre-se a uma ficção, esquecendo que persiste a incerteza quanto ao nexa causal”. Por isso, adiantam ser necessário perscrutar outros fundamentos alicerçadores da solução: recurso a uma ideia de personalidade de facto, ou justificação processual da solução com a ideia de obstaculização da prova (assim no caso de escola dos caçadores em que a vítima, pela atuação simultânea dos lesantes, se veria impossibilitada de cumprir em juízo o seu encargo). Na sua proposta doutrinal, falam, contudo, da admissão de uma presunção de causalidade – cf. p. 246 – e estabelecem limites para a tendência jurisprudencial: é necessário que a identificação do autor do dano seja efetivamente impossível, já que a solução da *obrigação in solidum* deve ser vista como um recurso subsidiário, que deixa de fazer sentido quando se obtenha a prova efectiva da causalidade. Assim, se um dos membros provar a sua não participação, ele deve ser liberado da responsabilidade; se um dos membros conseguir provar qual dos outros foi o autor do dano, todo os outros são exonerados.

Relembre-se também que, para Aberkane, a questão fulcral passa a ser “quando é que um grupo é suficientemente coerente para restringir a individualidade dos seus membros e aceder à cena jurídica?”. Não acedendo ao estatuto de pessoas morais, os grupos a que o autor se refere devem levar inóculas as ideias de concertação e de intencionalidade, relegando-se os restantes para o domínio dos grupos fortuitos (cf. p. 541). A distinção, com base num critério de quase personificação, assume-se relevantíssima, importando soluções diferentes, explicáveis também do ponto de vista material. Assim, se nos casos de concertação de grupo, todos os seus elementos se conhecem, sendo justo fazê-los responder solidariamente, o mesmo não se poderá sustentar por referência aos grupos fortuitos. Veja-se, ainda, no quadro traçado pelo autor, a importância que tem levar em consideração a gravidade do comportamento de cada um dos membros do grupo. É que, se o critério da intencionalidade conduz à assunção da atuação do grupo como um único pólo de recondução do dano, resolvendo algumas das aporias a que, pelo adoção de um critério estritamente causal, os juristas se viam condenados, entende Aberkane que o facto de a *faute* individual assumir gravidade qualificada, ao ponto de se poder qualificar como imprevista pelos outros membros do grupo, pode levar à interrupção do nexa de causalidade (cf. p. 545).

Saliente-se, *in fine*, a não coincidência entre o pensamento do autor e as soluções que, com base jurisprudencial ou doutrinal, fazem apelo a uma ideia de condutas concertadas e intencionais. É que, enquanto para aquelas o cerne do problema continua a situar-se no nexa causal, forjando-se uma causalidade coletiva, do ponto de vista de Aberkane, é o grupo o centro de imputação (cf. p. 550). No fundo, o jurista procura resolver os problemas

não se enfrenta aqui a questão da causalidade, que é contornada. Além disso, ficaríamos restringidos, na mobilização prático do critério, aos casos em que existe uma comprovada estabilidade e coerência interna. É também evidente um apego a uma conceção tradicional do problema da imputação, que não podemos deixar de pôr em dúvida.

A solução não andaria, contudo, longe de uma certa hermenêutica do § 830 BGB, preceito que, no ordenamento jurídico alemão, vem dar resposta aos casos de causalidade alternativa incerta. Trata-se, não obstante, em todas essas interpretações da afirmação de uma posição de índole dogmático-normativa, pela direta assimilação que se opera entre o problema concreto que a mobiliza e uma norma do sistema. Para lá das clivagens entre os autores, a maioria aponta no sentido de se exigir que todos os elementos do *Tatbestand* delitual estejam preenchidos em relação a cada um dos pretensos lesantes, pelo que a incerteza residiria, apenas, na eficácia causal dos comportamentos<sup>24</sup>. A grande diferença passaria pela conformação do grupo, que agora poderia ser fortuito, excluindo-se, contudo e também, a possibilidade de se defender uma solução análoga quando uma das causas alternativas não fosse uma conduta humana e ilícita. Em termos doutrinários, a construção mostrar-se-ia, igualmente, díspar, pois se, aqui, hermeneuticamente se procura aceder aos casos passíveis de assimilação pela intencionalidade da norma que dispõe como solução a

---

pensando numa quase personalidade jurídica e estabelecendo o paralelo com as pessoas morais (cf. p. 552).

<sup>24</sup> Cf. *inter alia*, LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II, Halbband 2, *Besonder Teil*, 13 Aufl., München: C. H. Beck, 1994, 566 e ss.; Bettina WEIßER, “Gibt es eine fahrlässige Mittäterschaft?”, *Juristenzeitung*, 53/5 (1998) 230 e ss.; Theo BODEWIG, “Probleme alternativer Kausalität bei Massenschäden”, *Archiv für die zivilistische Praxis*, 185/6 (1985) 505 e ss.; Joachim GERNHUBER, “Haftung bei alternativer Kausalität”, *Juristenzeitung*, 16/5-6 (1961) 148 e ss., p. 151; Hermann LANGE/Gottfried SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts, Schadensersatz*, 3. Aufl., Tübingen: Mohr, 2003, 157; Gert BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht. Struktur, Prinzipien, Schutzbereich zur Europäisierung des Privatrechts*, Berlin – Heidelberg – New York: Springer, 2006, 189.

Relembre-se, contudo, que alguns autores entendem que apenas se tem de verificar a culpa do comportamento do participante (Larenz, Canaris), enquanto outros sustentam que também a ilicitude se há-de verificar (Traeger). Sistematizando o ponto, *vide* Joachim GERNHUBER, “Haftung bei alternativer Kausalität”, 148 e ss.

solidariedade obrigacional entre todos os participantes, ali, haveria que perscrutar a própria intencionalidade da obrigação *in solidum*, para sermos fiéis à terminologia dos ordenamentos onde se lança mão da ideia de *faute collective* ou de responsabilidade dos membros indeterminados que atuam no seio de um grupo determinado.

Mas as diferenças não devem ser sobrevalorizadas. Na verdade, se, na Alemanha, o que estava em causa era a interpretação da noção de participante para efeitos do citado artigo, as preocupações com a extensão arbitrária de uma norma que é excepcional determinariam que se estabelecesse uma forma de equiparação entre o *Mittätern* e o *Teilnehmer*: exigia-se uma relação subjetiva entre os dois sujeitos e o *ihre gemeinsame* seria o fundamento da solidariedade<sup>25</sup>.

A interpretação do § 830 I/2 BGB estaria, não obstante, longe de colher unanimidade. Mesmo quando nem todos os participantes são responsáveis, isto é, para além dos casos em que apenas há desconhecimento da legitimidade passiva, pode entender-se que o preceito assimila o âmbito de relevância do caso e que se aplica quando ao comportamento humano se liga, como possível causa do dano, o acaso (*Zufall*), ou seja, um facto natural, ou o próprio comportamento do lesado<sup>26</sup>.

Em causa estaria uma responsabilidade pela causalidade possível. Muitos viam-na como “um critério tão vago que sozinho não consegue legitimar a inversão do ónus da prova”, pelo que teria de ser “complementado através de uma suplementar relação entre o comportamento e o dano – tal complemento é estabelecido, pela lei, através da noção de participante/*Begriff der Beteiligung*”<sup>27</sup>, pelo que se teria de olhar para uma *aumentada forma de causalidade possível*. Ter-se-ia em conta o critério da alta probabilidade de ocorrência do dano ou, melhor, da concreta aptidão do comportamento para a produção daquele. Para tanto, e porque em geral não é possível asseverar quando é que ela existe, elaboram-se diversos critérios a partir de grupos de casos: nexos temporal e espacial entre o comportamento e o dano que se segue à potencial lesão; grau de perigo para os bens jurídicos – quanto mais

<sup>25</sup> Theo BODEWIG, “Probleme alternativer Kausalität”, 512.

<sup>26</sup> LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II/2, 574.

<sup>27</sup> LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II/2, 574.

elevado ele for, mais facilmente se pode depor a favor da referida aptidão; conformidade danosa da conduta – *Schadenskonformität der Handlungen*<sup>28</sup>.

Outros viram na concreta aptidão do comportamento para gerar o dano uma porta aberta para se questionar em que medida § 830 I/2 BGB se poderia aplicar quando o concurso alternativo incerto ocorresse entre uma conduta humana e o acaso ou o comportamento do lesado. Particularmente importante a este ensejo revela-se o pensamento de Bydlinski. A analogia com as situações de causalidade cumulativa determinaria a defesa desta posição, assente numa forma de causalidade potencial. A posição pode agora considerar-se de índole dogmático-sistemática, já que alicerçada numa analogia intrassistemática que convoca uma forma de sobredeterminação causal com a qual encontra semelhanças suficientes para lá das diferenças. Ainda que se prove que duas ou mais pessoas causaram conjuntamente o dano, restam sempre dúvidas acerca da real contribuição de cada uma delas para o surgimento daquele. Dado este passo, torna-se plausível também sustentar a operacionalidade do regime da solidariedade quando a concorrência causal se joga entre um comportamento ilícito e culposos (atribuível ao pretense lesante) e um facto natural ou outro qualquer evento que se situe na esfera de responsabilidade do lesado. A perspectiva que olhava para o problema do ponto de vista da “consciente ação conjunta de vários agentes” é substituída por outro prisma, a culminar na ideia de que recai sobre cada participante uma suspeita de causalidade. O défice probatório seria, então, compensado por uma maior exigência em termos de adequação e poderia redundar numa solução indemnizatória que atendesse à proporção da perigosidade do comportamento<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> Novamente, LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II/2, 575, que aqui acompanhamos de muito perto.

<sup>29</sup> Cf. BYDLINSKI, “Mittäterschaft im Schadensrecht”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 158, 1959, 412 e ss., falando de uma causalidade possível e da libertação do lesado da sempre dilemática prova do requisito responsabilizatório. Para uma análise dos critérios concretizadores dessa possível causalidade, veja-se, do autor, “Haftung bei alternativer Kausalität”, *Juristische Blätter* (1959) 12 ss. Cf., ainda, *Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht*, Estugarda: F. Enke, 1964, 77 ss. e p. 87 (propondo a aplicação do preceito quando o concurso se verifica entre a conduta do pretense lesante

Aceitando como boa a percepção das semelhanças com outras situações onde, em rigor, a prova da causalidade decai, a inexistência, entre nós, de uma norma como o § 830 I/2 BGB implica um esforço de fundamentação suplementar, que se cumpre na pressuposição metodologicamente fundada de uma esfera de responsabilidade erigida a montante, que se atualiza no momento da preterição dos deveres de conduta para com o nosso semelhante. A perspectiva por nós defendida, viabilizando a condenação solidária dos agentes na hipótese de causalidade alternativa incerta, comunga de uma índole sistemático-teleonomológica.

#### 5. A responsabilidade civil pelo fornecimento de alimentos adulterados

O fabricante A coloca no mercado um determinado produto alimentar, indicando que o mesmo era feito com carne de gado bovino. Mais tarde as autoridades descobriram que o alimento tinha sido produzido com carne de cão. Contudo, não se constatou qualquer dano na saúde ou integridade física dos consumidores. Assim sendo, não será possível invocar o regime da responsabilidade do produtor. Pergunta-se, então, se, independentemente de uma eventual responsabilidade contraordenacional ou mesmo criminal, poderá ou não haver lugar a responsabilidade civil extracontratual?

Cremos, a este propósito, que a resposta só pode ser positiva. Dubitativa poderia ser a questão da ilicitude. Porém, parecem-nos em abstrato configuráveis duas vias de concretização do carácter ilícito do ato: por um lado, pensamos nas normas disciplinadoras da produção, fornecimento de alimentos, bem como as respeitantes à rotulagem e na viabilidade de as mesmas poderem ser interpretadas como disposições legais de proteção de interesses alheios<sup>30</sup>; por outro lado, pensamos na violação do direito geral de

---

e um facto natural ou a conduta do lesado); “Aktuelle Streitfragen um die alternative Kausalität”, in Otto SANDROCK, hrgs., *Festschrift für Günther Beitzke zum 70. Geburtstag am 26 April 1979*, Berlin - New York: De Gruyter, 1979, 3 e ss., p. 30 e ss. [defendendo uma responsabilidade repartida e baseada em probabilidades].

<sup>30</sup> Dificuldades poderiam surgir, contudo, se, apesar da violação nor-

personalidade que, incluindo entre os elementos da personalidade que tutela a proteção da liberdade de cada um, é violado em concreto pela indução ao consumo de um determinado produto que contém substâncias diversas daquelas que são mencionadas<sup>31</sup>.

6. A responsabilidade civil pela indução ao consumo de alimentos não saudáveis

*Quid iuris*, se A coloca no mercado um produto que, não sendo nocivo no imediato, pode gerar danos na saúde dos consumidores, sobretudo pelo consumo excessivo? Pensamos, por exemplo, em alimentos dotados de alto teor de gordura, suscetíveis de a longo prazo gerar obesidade, bem como outros problemas ao nível do sistema cardiovascular. Poder-se-á responsabilizar o produtor dos mesmos por alguma via? No fundo, o que se questiona é se é possível imputar esta lesão na saúde ao comportamento daquele que colocou no mercado o produto.

6.1. A adequada perspetivação do problema

Problema com idêntica estrutura valorativa foi tratado pelos autores a propósito da noção de ilicitude. Dizia-se, então, que não era possível a partir do simples resultado determinar o carácter ilícito do comportamento quando em causa estivessem comportamentos indiretos. O argumento foi utilizado pelos pensadores para defender a ilicitude da conduta, por oposição à ilicitude do resultado.

Lidamos, agora, com um dos binómios que tem separado os cultores do direito civil e que, não se confundindo com a problemática do acento tónico no desvalor de conduta ou no desvalor do resultado, nos leva a ponderar se a ilicitude se pode detetar por via da primeira ou do segundo. A doutrina da ilicitude do resultado (*Lehre von Erfolgsunrecht/Erfolgsunrechtlehre*) contenta-

---

mativa, não se constatasse a violação do interesse que a norma visa proteger.

<sup>31</sup> Problemas poderiam, também, surgir a propósito da prova do dano. Importa, contudo, não esquecer que, entre nós, são indemnizáveis os danos não patrimoniais, dado que poderia atenuar as dificuldades referidas.

-se com a violação do direito ou bem jurídico para a afirmação, ou pelo menos indicição, da ilicitude; para a teoria da ilicitude da conduta (*Lehre von Verhaltensunrecht/ Verhaltensunrechtlehre*) só seria assim nos casos de atuação dolosa, pressupondo-se, nas restantes situações, a violação de um dever objetivo de cuidado<sup>32</sup>.

<sup>32</sup> Sobre o ponto, cf. Dieter MEDICUS, *Bürgerliches Recht*, 21. Aufl., Köln – Berlin – München: Carl Heymanns Verlag, 2007, 366; MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung*, Frankfurt am Main: Klostermann, 1966, 109 e ss., 201 e ss.; LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II/2, 364 e ss.; Síndico MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Coimbra: Almedina, 1989, 300 e ss.; Ribeiro de FARIA, “Algumas notas sobre o finalismo no direito civil”, *Boletim da Faculdade de Direito*, 69 (1993) 71-160, e *ibid.*, 70 (1994) 133-219, p. 74 e ss.; Adelaide Menezes LEITÃO, *Normas de protecção e danos puramente patrimoniais*, Coimbra: Almedina, 2009, 648 e ss.; Theodor KEIDEL, “Rezension: Münzberg, Wolfgang, Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung”, *Juristenzeitung*, 21/19 (1966) 656 e ss.; Henrique Sousa ANTUNES, “Apontamento sobre a responsabilidade civil do fabricante de tabaco”, *Direito e Justiça*, 17 (2003) 174 e ss., nota 11 (procurando, entre outros aspetos, analisar a questão do impacto prático que a diferença acarreta e dialogando, a esse ensejo, com o problema das presunções de prova); Nils JANSEN, „Das Problem der Rechtswidrigkeit bei § 823 Abs. 1 BGB“, *Archiv für die civilistische Praxis*, 202 (2002) 517 e ss.; LARENZ, „Rechtswidrigkeit und Handlungsbegriff im Zivilrecht“, *Festschrift für Dölle*, Band I, Tübingen: Mohr, 1963, 169 e ss.; VON CAEMMERER, „Bereicherung und unerlaubte Handlung“, *Festschrift für Rabel*, Band I, 1954, 333 (também publicado em *Gesammelte Schriften*, Band I, *Rechtsvergleichung und Schuldrecht*, Freiburg: Mohr Siebeck, 1962, 209 e ss.); ID., “Wandlung des Deliktsrechts”, *Festschrift zum 100 jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages*, Bd. II, 1960, 49 (também publicado em *Gesammelte Schriften*, Band I, *Rechtsvergleichung und Schuldrecht*, Mohr Siebeck, Freiburg, 1962, 452 e ss.); ID., Die absoluten Rechte in § 823 Abs. 1 BGB”, *Karlsruher Forum (Beiheft)*, 1961, 24 e ss. (também publicado em *Gesammelte Schriften*, Band I, *Rechtsvergleichung und Schuldrecht*, Mohr Siebeck, Freiburg, 1962, 554 e ss.); WEITNAUER, „Gedanken zum Problem der Rechtswidrigkeit und des Verschuldens“, *VersR*, 61, 1057 e ss.; ZIPPELIUS, „Die Rechtswidrigkeit von Handlung und Erfolg“, *Archiv für die civilistische Praxis*, 157, 390 e ss.; ID., *Die Rechtswidrigkeit von Handlung und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung*, 1966; Oliveira ASCENSÃO, *Ação finalista e nexa causal* Faculdade de Direito de Lisboa, 1956, dissertação do curso complementar de Ciências Jurídicas, policop.; Luís Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações* I, 9.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Almedina, 2010, 313 e ss.; Nuno Manuel Pinto OLIVEIRA, “Sobre o conceito de ilicitude do artigo 483.º CC”, *Separata do Livro dos Estudos em Homenagem a Francisco José Veloso*, Braga, 2002, 528 e ss.; ENNECCERUS/NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 15. Aufl., Tübingen: Mohr, 1960, 860 e ss.; NIPPERDEY, „Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Fahrlässigkeit Schuld im Zivilrecht“, *Neue Juristische Wochenschrift*, 957, 1777 e ss.

Dando conta da distinção entre a ilicitude da conduta e do resultado, cf. BANAKAS, *Tortious liability for pure economica loss : a comparative study*, Athens: Hellenic

Precedendo temporalmente a segunda posição, o pensamento centrado no resultado, defendendo uma ação causal, torna-se problemático em determinadas situações, como aquelas em que emergem danos causados indiretamente, e conduz, ou pode conduzir, a situações bizarras. Larenz argumenta com o caso do fabricante de armas, cujo comportamento pode ser tido como causa adequada da morte de um sujeito, sem que verdadeiramente se possa chancelar de ilícita a sua atividade. Assiste-se, face à constatação, à defesa da posição segundo a qual a ilicitude se colimaria na conduta e não no resultado. A solução, reservada para os delitos negligentes, implicava que “a conduta deveria estar em contradição com uma norma do ordenamento no próprio momento da ação e não somente em atenção ao resultado lesivo posteriormente verificado”<sup>33-34</sup>.

De todo o modo, segundo um dado entendimento, a consideração da conduta ficaria circunscrita às hipóteses de lesões indiretas ou danos indiretos<sup>35</sup>. Distingui-los daqueloutros diretos

---

Institute of International and Foreign Law, 1989, 59 e ss. (Do autor, veja-se, ainda, “Thoughts on a new european tort law”, *Festschrift für Erwin Deutsch zum 70. Geburtstag*, Köln: Heymanns, 1999, 14-15) e DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht*, 2. völlig neugestaltete end erw. Aufl., Köln – Berlin – Bonn – München: Carl Heymanns 1996, 153 e ss., falando da *Verbotsbezogene (handlungsbezogene) Rechtswidrigkeit* – p. 153 – e da *Gefährdungsbezogene (erfolgsbezogene) Rechtswidrigkeit* – p. 154.

<sup>33</sup> Cf. LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II/2, 364 e ss. (cf., também, p. 368, considerando que o problema fica solucionado logo ao nível do *Tatbestand* de responsabilidade, cuja função é a delimitação de comportamentos que podem servir de base à responsabilidade extracontratual, pelo que a colocação de certos produtos no mercado não pode surgir como violação dos bens jurídicos ou direitos previstos no § 823 BGB. É que, em alguns casos, o comportamento só releva pela violação de uma obrigação de evitar o perigo). Veja-se, ainda, Dieter MEDICUS, *Bürgerliches Recht*, 366, afirmando que a morte é estatisticamente uma consequência segura da venda e produção de certos bens perigosos.

<sup>34</sup> Veja-se, quanto ao ponto, ENNECCERUS/NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 860 e ss.; MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolg*, 109 e ss. e 201 e ss. Cf., ainda, Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, 307.

<sup>35</sup> Cf. LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II/2, 365; LARENZ, “Rechtswidrigkeit und Handlungsbegriff im Zivilrecht”, 183 e ss. Note-se que, segundo o depoimento do autor citado (cf. LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II/2, 366), os defensores da doutrina da ilicitude da conduta insistem que a ilicitude, mesmo na intervenção direta sobre bens jurídicos, se encontra na

passa a ser, portanto, uma tarefa prioritária do jurista, sem que, contudo, se tenha gerado unanimidade em torno dos critérios da dicotomia, ensaiados por autores como Von Caemmerer<sup>36</sup>, Larenz<sup>37</sup>, Hans Stoll<sup>38</sup>, entre outros. Por direta, dever-se-ia entender a violação que cai no âmbito do próprio decurso da ação. No que a esta respeita, deveria considerar-se ilícito o ato que atentasse diretamente contra um bem jurídico dotado de uma protecção *erga omnes*. Tomando como sustentáculo de argumentação o caso dos produtores de objetos potencialmente perigosos, Larenz adianta que, sendo a produção de tais bens uma condição no plano natural, não pode ser umnexo causal direto a determinar a ilicitude. Necessário seria que se verificasse a violação de uma obrigação de comportamento que o autor qualifica dogmaticamente como uma *Gefahrvermeidungspflicht* (obrigação de evitar o perigo)<sup>39</sup>.

---

violação do dever. E adianta, em tom crítico, que “o que eles não têm suficientemente em conta é que este surge a partir da ameaça de um resultado negativo que possa avultar”.

<sup>36</sup> VON CAEMMERER, “Wandlung des Deliktsrechts”, *Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages*, 1960, Band II, p. 49 e ss., p. 77 e ss., p. 131 e ss.; IDEM, “Die absoluten Rechte in § 823 Abs. 1 BGB”, *Karlsruher Forum (Beihft)*, 1961, p.p 24 e ss. (também publicado em *Gesammelte Schriften*, Band I, *Rechtsvergleichung und Schuldrecht*, Mohr Siebeck, Freiburg, 1962, 554 e ss.). Entende o autor que haverá inequivocamente ilicitude quando haja violação direta de um dos bens tutelados pelo §823 I BGB, bem como quando se viola dolosamente uma norma de comportamento a que alude o segmento II do mesmo preceito. Em qualquer destes casos, a ilicitude redonda num desvalor de resultado, na chamada ilicitude do resultado, não relevando saber se se empregou ou não o cuidado devido. É claro que no que diz respeito à violação de normas legais de protecção de interesses alheios, o autor introduz um elemento subjetivo, mas autonomiza esta consideração da determinação de um juízo de culpa sobre o agente. Distintos destes são todos aqueles ilícitos que só se discernirão quando se verificar a omissão da medida de cuidado exigível. No fundo, mais não são do que casos em que não há um ataque direto contra bens jurídicos, mas há o colocar em perigo desses mesmos bens.

<sup>37</sup> LARENZ, „Rechtswidrigkeit und Handlungsbegriff”, 183 e ss.; LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II/2, 365 e ss.

<sup>38</sup> HANS STOLL, “Unrechtstypen bei Verletzung Absoluter Rechte”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 162, 203 e ss., aqui 229 e ss.

<sup>39</sup> Cf. LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II/2, p. 366.

Cf., a este propósito, Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, 306. Fala o autor de ações que conduzem a um resultado lesivo que se verifica fora do quadro do decurso da ação, embora em termos de causalidade adequada e considera que, aqui, se deve dar razão à teoria da ilicitude da conduta. *Vide*, igualmente, nota 465, sustentando que nestas hipóteses se verifica uma aproximação entre os conceitos de negligên-

Outra seria a situação das lesões diretas dos bens jurídicos e direitos contemplados no § 823 I BGB. Se no caso da enfermeira que fornece uma dose mortal de um medicamento ao paciente, não se está diante de um comportamento ilícito sem mais e se conclui que a descrição do evento não é só um problema descritivo e ontológico, antes desempenhando um papel fulcral a argumentação jurídica, é crucial entender que os protagonistas daquelas condutas diretas devem abster-se de produzir o resultado negativo, havendo também aqui a violação de uma obrigação de comportamento – *Erfolgsvermeidungspflicht* (obrigação de evitar o resultado). Para Larenz, a distinção entre a *mittelbaren Beeinträchtigungen* e a *unmittelbaren Eingriffen* não é supérflua, tendo consequências dogmáticas ao nível da divisão entre a *Gefahr- und Erfolgsvermeidungspflicht*<sup>40</sup>. Na prática, tal implica que, no tocante às primeiras, apesar das prováveis consequências negativas, o sujeito deve comportar-se como faz, adotando certas medidas de cuidado; e no tocante às segundas, que ele deve agir de um modo diverso. Torna-se, assim, clara a diferença entre a *Erfolgsunrecht* e a *Verhaltensunrecht*<sup>41</sup>.

Para Larenz o problema situar-se-ia, contudo, ao nível do *Tatbestand*, ou seja, no quadro da delimitação dos comportamentos delitualmente relevantes<sup>42</sup>. É que, em determinadas situações,

---

cia objetiva e de ilicitude, mas não uma identificação.

<sup>40</sup> Cf. LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II/2, p. 367, que aqui acompanhamos de muito perto.

<sup>41</sup> Cf. LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II/2, *loc. cit.*

<sup>42</sup> Cf. LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II/2, p. 368. Já antes nos tínhamos referido a este ponto.

Convém, porém, notar que se trata de uma mutação do pensamento do autor, já que, como o próprio refere, na 12.<sup>a</sup> edição das suas lições considerou que o problema devia ser tratado ao nível da controvérsia entre a ilicitude do resultado e a ilicitude da conduta como um problema atinente ao ilícito. A propósito dos requisitos, em geral, de um delito, falam LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II/2, 362, a par da acção (*Handlungsbegriff*) de *Dreistufigkeit des Deliktsaufbaus*. Estas três condições que fazem de uma acção *unerlaubtheit* são a) *Tatbestandsmäßigkeit*; b) *Rechtswidrigkeit*; c) *Schuld*. Consideram, então, a propósito do *Tatbestandsmäßigkeit*, que ele integra as ações humanas, restando saber se a conduta está ou não prevista no *Tatbestand*. Por exemplo, e continuando a acompanhar o excuro dos autores, a destruição de um apartamento constitui uma violação da propriedade, mas será que a captação de fotografias dele e posterior divulgação pode ser entendida no mesmo

a conduta só releva se for violada uma obrigação de evitar o perigo. Denota-se, portanto, uma *nuance* na ordenação sistemática dos pressupostos delituais a implicar o afastamento em relação a uma visão mais ortodoxa do problema. Segundo esta, a ilicitude por intervenções indiretas só ocorreria diante da violação de um dever, não se podendo aplicar o *Modell of Rechtswidrigkeitsindikation*<sup>43</sup>.

Trata-se pois da posição que nos encaminha para a consideração da ilicitude da conduta, que, merecendo aplausos por pôr em relevo que só condutas humanas podem ser sancionadas e por permitir saber, no próprio momento da ação, se o agente está a atuar ou não em conformidade com o direito, não deixa de concitar dúvidas aos juristas porquanto conduza a uma “quebra de unidade fundamental no conceito de ilicitude, dado que se torna patente a propósito da legítima defesa e em outras situações nas quais uma pessoa está legitimada para exercer uma ação de prevenção ou de remoção de uma perturbação ao exercício dos seus direitos, face a uma pura situação de ilicitude objetiva com independência portanto do ponto de saber se o agressor ou perturbador violou ou não um dever de cuidado”<sup>44</sup>.

---

sentido? Já o dano não deve ser visto com um elemento do *Tatbestand*, mas um pressuposto da pretensão indemnizatória, pelo que a violação da integridade física se há-de integrar no § 823 I BGB, ainda que os danos experimentados sejam mínimos ou não existam. Consideram, igualmente, que o nexo de causalidade está fora dele, porque o ato deve ser a causa, pelo que não é lógico que o nexo causal se situe no mesmo nível (cf. p. 363). No fundo, a ilicitude seria indiciada pelo preenchimento do *Tatbestand*, aferindo-se a culpa em relação àquela. A causalidade avultaria autónoma.

<sup>43</sup> Cf. LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II/2, p. 368, que aqui continuamos a acompanhar de muito perto.

<sup>44</sup> Cf. Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, 303. O autor dá o exemplo da enfermeira que se prepara para fornecer uma dose letal de medicamento a um paciente. “Pensemos no caso da enfermeira que se prepara para injetar para um doente com um líquido mortal, na convicção não negligente de que se trata de um vulgar medicamento. Ao doente ou a um terceiro que se aperceba do que se trata é inquestionavelmente legítimo o exercício da legítima defesa ou auxílio necessário, tirando das mãos da enfermeira a seringa mesmo que para tal seja necessário feri-la. Neste contexto, a ilicitude não pressupõe que o comportamento do agressor, como tal, vá contra o dever de cuidado (...)” – cf. 303-304. Nipperdey acabaria por responder a esta crítica, considerando que a legítima defesa será possível desde que não exista um dever de tolerância. Também o Supremo Tribunal Alemão não considera ilegítimo o recurso à legítima defesa nos casos em que

Mais problemática parece ser, não obstante, a ligação estreita entre a *Lehre von Verhaltensunrecht* e a doutrina finalista da ação, proposta no quadro do direito penal por Welzel. A posição faz avultar problemas dogmáticos de relevo: defende-se a ideia de que a violação da obrigação de comportamento (*Verletzung der Verhaltenspflicht*), necessária para integrar o conteúdo do ilícito, é idêntica à preterição do cuidado devido no tráfego nos termos do § 276 I 2 BGB, e por isso à negligência nos termos do § 823 I BGB<sup>45</sup>, e tal leva a que a negligência seja analisada ao nível do ilícito<sup>46</sup>.

---

há observância do dever de cuidado. SIEBERT viria mesmo dizer que sempre que esteja em causa a legítima defesa bastaria a ilicitude do resultado – cf. Ribeiro de FÁRIA, “Algumas notas sobre o finalismo no direito civil”, 143.

No fundo, o que os autores fazem é negar a desproteção dos bens jurídicos nas situações apresentadas, pese embora tenham de aderir a uma dupla conceção de ilicitude, na esteira de WELZEL que, a propósito da doutrina da infração penal, acaba por considerar que a ilicitude enquanto elemento do tipo de crime difere substancialmente da ilicitude enquanto pressuposto de uma causa de justificação. E é exatamente isso que Sinde Monteiro critica no excerto citado – cf., novamente, Ribeiro de FÁRIA, “Algumas notas sobre o finalismo no direito civil”, 144 nota 282. Sobre o ponto, veja-se, ainda, E ENNECCERUS/NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 860 e ss.; NIPPERDEY, „Rechtswidrigkeit”, 1777 e ss.

<sup>45</sup> Cf. ENNECCERUS/NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 862: o dolo e a negligência fazem parte do conceito de ação, sob pena de se desvirtuar o que verdadeiramente caracteriza o modo de agir humano, distinguindo-se, por isso, do juízo de censurabilidade.

<sup>46</sup> Cf. LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II/2, p. 369, considerando que ao nível do direito civil não há motivos para abandonar a tradicional perspectiva de cisão entre a ilicitude e a culpa, porque o § 276 I 2 apresenta o círculo de tráfego em termos mais rigorosos e mais abstratos. A páginas 370, os autores distinguem a *genereller Verhaltenspflicht* do *verkehrserforderlicher Sorgfalt*.

Veja-se, também, Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, 303, sustentando que a consequência da aceitação da doutrina moderna é a de que a questão de saber se houve infração do dever geral de cuidado passa a ser considerada ao nível da ilicitude e já não ao nível da culpa. Adverte, porém, em nota 451, que nem todos os adeptos da doutrina moderna aceitam a doutrina finalista da ação; delaide Menezes LEITÃO, *Normas de protecção e danos puramente patrimoniais*, 648 nota 1733, afirmando que “a *faute* napoleónica é mais tradutora de um sistema final de ação, na medida em que funde a ilicitude e a culpa”. Veja-se, também, da autora p. 651. Segundo esclarece, a teoria da ilicitude do resultado “integra o dolo e a negligência na culpa em termos coerentes com o critério da culpa em abstrato – artigo 487.º/2 – e da culpa como deficiência da conduta”. Já a teoria da ilicitude da ação “integra o dolo e a negligência na ilicitude e coloca-se perante a seguinte alternativa: apreciando a culpa em concreto e a culpa como deficiência da

Ora, com isso, o que se perde é a clareza da bipartição entre os dois pressupostos delituais, que, de acordo com o modelo proposto por Ihering, se devem manter cindidos. É certo que os autores continuam a manter a dicotomia, mas não menos seguro é que se torna, as mais das vezes, problemático encontrar em termos definidos as linhas de fronteira entre as duas categorias.

À ilicitude ficaria sempre reservado o papel de dinamizador de limitação do ressarcimento por referência a determinados bens jurídicos, mas pensar assim seria, afinal, recuar até à sua configuração por via do resultado. E se não se ignora que a obediência ao modelo, com origem dogmática clara, do legislador não é mister, posto não ser a nossa interpretação da norma eivada por um subjetivismo histórico, sequer por um objetivismo obnubilador da dimensão problemática dela, razões há que parecem depor no sentido da configuração da ilicitude de acordo com o resultado. Na verdade, anda ligada, como vimos, a defesa de uma concepção de ilicitude assente na conduta a uma perspectiva finalista da ação. Ora é esta que nos concita as maiores dúvidas, por não captar verdadeiramente o sentido da ação juridicamente relevante que, para além de atender à finalidade, deve olhar para a dimensão ético-axiológica que a predica.

Não obstante, isto não nos faz resvalar na pureza da consideração do resultado. Dois são os pontos em que ancoramos o nosso entendimento. Por um lado, sabemos-lo já, o direito ajuíza condutas, pelo que só um comportamento humano pode ser chancelado como desvalioso ou não. Simplesmente, isto não

---

vontade, nega a existência de culpa e de responsabilidade nos casos em que o indivíduo atua com toda a diligência que é capaz, mesmo que inferior à diligência exigida no tráfego, ou exclui a culpa da construção dogmática da responsabilidade civil, recusando somente a responsabilidade em situações de inimputabilidade”.

In fine, cf. a posição de Nuno Manuel Pinto OLIVEIRA, “Sobre o conceito de ilicitude”, 533. Defende a aplicação da teoria da ilicitude do resultado às ações diretas e a teoria da ilicitude da conduta às ações mediatas. Pressupõe, para tanto, e no que respeita às últimas, a violação de deveres do tráfego, autónomos em sede de ilicitude, que exigem que o agente adote todas as medidas necessárias à remoção do perigo que uma pessoa ideal adotaria. Diferenciam-se portanto estes deveres do dever de cuidado atuante em sede de culpa, já que este implica que só se exija ao agente que adote as medidas que uma pessoa medianamente normal e razoável adotaria – cf. p. 539.

constitui fundamento bastante para a proscrição da doutrina da ilicitude do resultado, pois, como vimos, os seus cultores não deixam de relevar em termos adequados a atuação humana por detrás do efeito. O ponto foi, aliás, sublinhado, entre nós, por Sínde Monteiro, quando afirma que “basta, para assegurar a conexão funcional do conceito, partir do princípio de que o juízo sobre a ilicitude incide sobre um comportamento externo desaprovado enquanto tal, tomando (...) como fundamento da valoração o próprio resultado quando este se verifica no decurso da ação, não constituindo um efeito afastado ou longínquo da conduta”<sup>47</sup>.

Por outro lado, qualquer requisito de procedência de uma pretensão indemnizatória há-de ser informado pela intencionalidade específica da juridicidade, pelo que não fará sentido olhar para o resultado na sua pureza. Há-de, portanto, valorar-se o resultado perspetivando-o como efeito da preterição de um dever de respeito diante do nosso semelhante. E porque não somos ilhas em confronto com os demais, essa preterição não implica somente a invasão de uma esfera de exclusão do outro, mas igualmente a violação positiva de deveres de cuidado. O que aqui fica dito compreende-se até num outro posicionamento metodológico. Não é a morte em si que pode ser chancelada de ilícita, mas a morte provocada por um terceiro. Não se estranha, por isso, que o pensamento tradicional tenha insistido na necessidade da descoberta de um nexos de causalidade entre aquele resultado e a ação humana que lhe deu azo<sup>48</sup>.

Temos boas razões para pensá-lo como um nexos de imputação e já não como um nexos de causalidade. Em rigor, aliás, se nos orientássemos pela ideia de adequação, a resposta à questão “é normal e provável que da colocação de alimentos não saudáveis no mercado possa resultar a lesão da saúde de uma pessoa”,

---

<sup>47</sup> Cf. Sínde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, 305.

<sup>48</sup> Cf. Sínde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, 307, explicitando que, de acordo com a tradicional teoria da ilicitude do resultado, é de considerar objetivamente antijurídica toda a ofensa a um bem ou direito absolutamente protegidos, desde que entre a conduta do agente e aquela ofensa se verifique um nexos de causalidade adequada.

ficaríamos presos ao mesmo limbo dilemático de que partimos neste excursão discursivo. Na verdade, a decisão jurídica basear-se-ia numa ideia estatística e probabilística que quadraria mal com a intencionalidade do direito e pouco ou nada esclareceria acerca da efetiva causa do dano.

Quer isto dizer que, se por um lado consideramos que é sistematicamente preferível olhar para a ilicitude do ponto de vista do resultado, tal não nos condena ao formalismo, nem ao fisicismo. Pelo contrário, a consciência da ancoragem do ilícito ao nível da lesão do direito impõe a imprescindibilidade de se lidar com a causalidade fundamentadora da responsabilidade. Ora, se assim é, esta afigura-se ser, afinal, um verdadeiro nexó de ilicitude no desenho delitual, pois o que se procura é, com contornos autorais, determinar se um dado resultado pode ou não ser reconduzido à esfera de responsabilidade do agente.

O nosso problema – no tocante à eventual responsabilidade daquele que coloca no mercado alimentos pouco saudáveis – deve procurar ser solucionado por essa via (e já não pela mutação conceptual da categoria do ilícito)<sup>49</sup>.

---

<sup>49</sup> Parece ter sido também com apelo a considerações imputacionais que foram resolvidos, além-fronteiras, problemas com uma estrutura análoga, embora envolvendo um grau de perigosidade acrescida. Pense-se no já referido problema da eventual responsabilidade dos fabricantes de armas.

Assim, cf. Mireia ARTIGOT I GOLOBARDES, “City of Cincinnati v. Beretta, U.S.A. Corp. et al. Análisis de los litígios contra los fabricantes de armas de fuego en los Estados Unidos”, *Indret*, 4 (2003), <www.indret.com>, em especial p. 11 e nota 43, onde se referem os especiais problemas que as hipóteses práctico-normativas em apreço suscitam a propósito da causalidade. Saliente-se que as dificuldades aí patenteadas levaram os juristas norte-americanos a questionar a plausibilidade da chamada à colação daquilo que vai conhecido por *public nuisance*. Trata-se, nas palavras do autor, de uma alteração da ordem pública por via de um determinado comportamento, a levantar o problema da viabilidade de obter o ressarcimento dos danos a que aquele – gerando um perigo para a comunidade em geral – conduziu.

Cf., também, Mark A. GEISTFELD, “Social value as a policy-based limitation of the ordinary duty to exercise reasonable care”, *Wake Forest Law Review*, 44, 899 e ss., com referência ao precedente *Hamilton v. Beretta U.S.A. Corporation*. Ensina o autor que o Tribunal de recurso de Nova Iorque considerou que os fabricantes de armas não têm um dever de cuidado na comercialização e distribuição das suas armas relativamente às pessoas lesadas ou mortas pelo uso ilegal daqueles objetos. O Tribunal chega a esta conclusão ponderados diversos fatores, incluindo as expectativas razoáveis das partes

Encontrada a correta perspectiva para lidar com o problema, há que olhar para os critérios que, não esquecendo a personalidade livre em que se alicerça todo o direito – e portanto também a responsabilidade civil –, podem ser, a este ensejo, mobilizados para o solucionar. Antes, porém, olharemos para a experiência norte-americana, onde casos com esta estrutura valorativa têm sido discutidos e decididos jurisprudencialmente.

### 6.2. A experiência norte-americana

No ordenamento jurídico estadunidense, tem-se discutido com particular atenção a possibilidade de se demandar com sucesso um produtor de géneros alimentícios que, pelo alto teor de gordura, colesterol, sal, açúcar, etc., são potencialmente perigosos para a saúde.

Várias são as ações que, ao longo dos tempos, têm tido lugar. Assim, consideremos, por exemplo, a *class action* proposta em 2002 contra a *McDonald's*, o *Burger King*, o *Kentucky Fried Chicken* (KFC) e o *Wendy's*, alegando que produziam negligentemente comida que prejudicava a saúde, ao mesmo tempo que omitiam

---

e da sociedade em geral, a proliferação de demandas, a desproporção do risco e da alocação da reparação, entre outras. Segundo o autor, a extensão do escopo do dever tem de ter em conta a extensão dos benefícios sociais em comparação com os custos. Atenção especial para o alerta do autor. Segundo o seu testemunho, a resolução de um litígio referente à responsabilidade civil pode implicar a consideração de interesses sociais, sem que isso se traduza na adesão a uma racionalidade de tipo economicista ou utilitarista. Cf. p. 906, onde o autor, mais enfaticamente, nos diz que o *tort duty* é matéria de direito privado, mas os tribunais podem basear-se em *public-policy factors* para o limitar, sem que isso coenvolva uma visão utilitarista, até porque “podem ter em conta determinados valores sociais sem se pôr em causa o recorte privatístico do instituto”: “se os custos sociais e os benefícios forem definidos por referência ao valor normativo da autonomia individual, então os tribunais podem considerar os valores sociais quando formulam os direitos individuais e os correlativos deveres. A *right-based liability* deve respeitar a autonomia quer do titular do direito, quer do titular do dever. Deve também respeitar a autonomia de outros indivíduos da comunidade que sejam por ela afetados. O conteúdo do direito e o escopo do dever dependem de um *social-value factor* que assume o tópico distributivo em como a regra da responsabilidade vai afetar os interesses da autonomia para lá dos interesses particulares envolvidos”.

um dever de alerta em relação aos consumidores, dirigiam os seus produtos a crianças, público especialmente vulnerável, e violavam normas de proteção do consumidor<sup>50</sup>.

O *leading case* na matéria haveria, contudo, de ser aquele que opôs Pelman (e outras crianças) à McDonald's<sup>51</sup>. Na base do precedente, estavam os problemas de saúde experimentados por Pelman, como consequência da sua obesidade, depois de ter consumido repetidamente produtos da McDonald's. A sociedade produtora de *fast food*, na sua defesa alegou uma ideia de autorresponsabilidade (e, *in casu*, de uma responsabilidade que deve recair sobre os pais – os detentores do poder paternal), sublinhando que é a liberdade dos consumidores que os leva a adquirir e ingerir os seus produtos. O problema que se colocou foi, de certa maneira, o de saber se a escolha dos consumidores é verdadeiramente livre ou se ela é, afinal, condicionada por técnicas de marketing muito sofisticadas e pela falta de informação adequada<sup>52</sup>.

O argumento da autorresponsabilidade foi acolhido pela decisão judicial, que negou o pedido indemnizatório, baseando-se para o efeito na ideia de assunção do risco. Segundo o juiz do caso, desde que a pessoa saiba que a comida fornecida pela McDonald's não é saudável, não pode ser a lei a protegê-la contra

<sup>50</sup> Cf. Joseph P. McMENAMIN/Andrea D. TIGLIO, “Not the next tobacco: defenses to obesity claims”, *Food and Drug Law Journal*, 61/3 (2006) 443 e ss., 447.

Tenha-se ainda em conta outros precedentes chamados à colação pelos autores – cf. p. 451. Em Boston, a *Based Campaign for a Commercial Free Childhood* demandou a *Kellogs*, marca de cereais, exigindo a proibição de publicidade na televisão quando 15% ou mais dos espectadores sejam crianças; num outro caso, foi demandada a *Kentucky Fried Chicken* (KFC) para proibir a utilização de óleo hidrogenizado ou, em alternativa, para impor a adequada informação aos consumidores.

<sup>51</sup> Para um elenco não exaustivo dos casos em que a McDonald's interveio, cf. Caroline FORELL, “McTorts: the social and legal impact of McDonald's role in tort suits”, *Loyola Consumer Law Review*, 24 (2011) 101 e ss. Destacam-se três: o caso *McDonald's Corp. v. Stell and Morris* (conhecido por *McLibel*), no qual a McDonald's demandou um grupo de pessoas que publicitavam que os seus produtos eram lesivos; o caso *Libebeck v. McDonald's Rest.* (conhecido por *McDonald's Hot Coffee Case*, no qual um restaurante McDonald's foi demandado depois de uma queimadura sofrida por um cliente, em virtude da ingestão de café muito quente, com fundamento na falta de informação sobre o perigo que envolve tomar aquela bebida muito quente); o caso *Pelman v. McDonald's Corp.*

<sup>52</sup> Cf. Caroline FORELL, “McTorts”, 141-142.

o seu próprio excesso<sup>53</sup>. Porém, não foi dada uma resposta liminarmente negativa à questão de saber se, num caso com idêntica estrutura valorativa, é ou não possível obter o ressarcimento dos danos<sup>54</sup>. De facto, se é certo que o juiz da causa não aceitou o pedido, por serem bastante conhecidas as características da *fast food* e por ninguém ser obrigada a consumi-la, não é menos verdadeiro que o Tribunal considerou que, se os produtos da McDonald's fossem desrazoavelmente não saudáveis, não estando ao alcance das expectativas de risco dos consumidores, ou se fossem não saudáveis de forma extraordinária, poderia haver lugar a uma indemnização<sup>55</sup>. No caso concreto, apesar da alegação do autor do processo no sentido de que a McDonald's não produzia uma alimentação saudável, não indicava a devida informação nutricional e induzia os menores a adquirirem os seus produtos, o Tribunal considerou que a empresa não dizia que comer os seus produtos era saudável, nem referia que aqueles podiam ser consumidos diariamente, a todas as refeições. Do mesmo modo, considerou-se que a alegação do carácter aditivo<sup>56</sup> dos produtos da McDonald's era vaga<sup>57</sup>.

<sup>53</sup> Cf. Caroline FORELL, “McTorts”, 142, que aqui acompanhamos de muito perto, na exposição do precedente.

<sup>54</sup> Cf. Caroline FORELL, “McTorts”, 143.

<sup>55</sup> Cf. Joseph P. McMENAMIN/Andrea D. TIGLIO, “Not the next tobacco”, 448.

<sup>56</sup> Joseph P. McMENAMIN/Andrea D. TIGLIO, “Not the next tobacco”, 448.

Veja-se, ainda, Michelle M. MELLO/Eric B. RIMM/David M. STUDERT, “The McLawsuits: the fast-food industry and legal accountability for obesity”, *Health Affairs*, 22/6, 207 e ss. Os autores resumem as alegações dos autores do processo: utilização de campanhas publicitárias enganadoras; produção de comida insegura (em termos pouco razoáveis); omissão do dever de aviso em relação aos riscos inerentes aos seus produtos.

Refira-se, *in fine*, que, apesar do desfecho da causa, a McDonald's acabou por alterar alguns dos seus comportamentos, introduzindo informação nutricional nos seus produtos. Cf. Caroline FORELL, “McTorts”, 143. Além disso, o caso motivou a atuação dos lobistas da indústria alimentar que pretendiam obter imunidade para os produtores de *fast food* nas situações de obesidade de um ou mais dos seus consumidores. Nesse sentido, cf. Joseph P. McMENAMIN/Andrea D. TIGLIO, “Not the next tobacco”, 451, referindo-se ao *Cheeseburger Bill (Personal Responsibility in Food Consumption Act 2003)* e dando conta que a imunidade reclamada pelos lobistas não foi acolhida em todos os estados.

<sup>57</sup> A ideia de que a *fast food* é aditiva levou a que, na doutrina norteamericana, se tenha procurado estabelecer um paralelo entre estes casos e

A doutrina haveria, no entanto, de esclarecer quais os fatos que deveriam ser alegados e provados de modo a garantir o ganho de causa. Assim, o perigo criado ou potenciado pelo género alimentar não podia ser evidente para o consumidor; o produto teria de ser, de forma não razoável, perigoso tendo em conta o seu uso; a obesidade deveria ser gerada pela comida em questão e o dano não teria ocorrido se o consumidor tivesse sido devidamente esclarecido<sup>58</sup>. Esclarecem os autores que, “se o perigo fosse óbvio, o direito não iria interferir”, uma vez que, aí, o que regia seria o princípio da livre escolha do consumidor<sup>59</sup>. No tocante à insegurança dos produtos para o uso a que se destinavam, importaria, segundo esclarecimento dos autores que se debruçam sobre a jurisprudência norte-americana, invocar as campanhas publicitárias da McDonald’s, designadamente provar se se induz a ideia de que os produtos são para consumo diário<sup>60</sup>.

Ademais, acrescentam os autores que seria fundamental lidar com a questão da causalidade. O problema é tratado, em

---

aqueles que envolvem as tabaqueiras, pelos danos causados aos fumadores. Cf. John Alan COHAN, “Obesity, Public Policy and Tort Claims against Fast-Food Companies”, *Widener Law Journal*, 12 (2003) 103 e ss.; David ENGEL/Michael McCANN, *Fault Lines: Tort Law as Cultural Practice*, Stanford University Press, 2009, 101 e ss. (“Food wars: legal framing strategies derived from the tobacco wars”); Joseph P. McMENAMIN/Andrea D. TIGLIO, “Not the next tobacco”, 443 e ss.

De notar que os autores, pese embora a analogia que tentam estabelecer, sobrevalorizam as diferenças para lá das semelhanças e consideram que os dois casos não podem ser tratados da mesma forma. Nesse sentido, cf., também, Michelle M. MELLO/Eric B. RIMM/David M. STUDDERT, “The McLawsuits”, 211.

<sup>58</sup> Cf. Michelle M. MELLO/Eric B. RIMM/David M. STUDDERT, “The McLawsuits”, 208 e ss.

<sup>59</sup> Cf. Michelle M. MELLO/Eric B. RIMM/David M. STUDDERT, “The McLawsuits”, 209. Os autores traçam um paralelo com os produtos geneticamente modificados: o público em geral não está consciente do impacto que eles podem ter na saúde. Alertam os autores que este conhecimento generalizado não se dirige a crianças. Importa relativamente a estas, porém, considerar a responsabilidade dos titulares do poder paternal. O problema que se poderia colocar era se esse conhecimento não seria exigível aos pais, aos quais competiria disciplinar a alimentação dos filhos, restringindo abusos. A ser assim, o problema que se coloca é o de saber se eventualmente poderá ou não haver responsabilidade dos primeiros em relação aos segundos.

<sup>60</sup> Cf. Michelle M. MELLO/Eric B. RIMM/David M. STUDDERT, “The McLawsuits”, 209.

geral e no ordenamento estadunidense, sob o signo de diversas teorias que procuram dar resposta à *causation in fact* e, posteriormente, à questão da *remoteness of damage*. Michelle M. Mello, Eric B. Rimm e David M. Studdert, analisando o precedente *Pelman v. McDonald's*, colocam o acento tónico no teste do *substantial factor*, sublinhando que haveria de provar que o autor do processo consumia produtos do McDonald's, que esse consumo foi um fator determinante do surgimento da obesidade na criança, ao mesmo tempo que urgiria ter em conta outros fatores condicionantes (propensão genética, estilo de vida, hábitos desportivos ou ausência deles, etc.)<sup>61</sup>. Posteriormente, haveria que ligar a obesidade aos problemas de saúde e determinar se o comportamento do consumidor teria mudado, caso tivesse havido adequada informação acerca dos malefícios da *fast food*<sup>62</sup>.

A este propósito John Alan Cohan aduz que, numa situação como esta, o jurista haverá que lidar com dois tipos de causalidade: a causalidade geral e a causalidade específica. No tocante à primeira, haveria que lançar mão dos estudos epidemiológicos que provassem que o produto em causa é apto a gerar situações de obesidade; no tocante à segunda, seria necessário atestar que aquela comida em concreto esteve na origem de um problema médico<sup>63</sup>. Se nos ativermos ao primeiro patamar de inquirição causal, ficamos presos a dados meramente estatísticos, não se efetivando a prova da conexão causal no caso concreto; se olharmos para o segundo patamar de inquirição causal, facilmente perceberemos que nos enredamos numa prova diabólica, uma vez que dificilmente os testes da condicionalidade *sine qua non* (numa das suas versões – o *but-for test* ou o *NESS-test*) poderão obter uma resposta positiva e, com o teste do *substantial factor*, tal como é proposto andaríamos sempre longe de uma certeza cientificamente constatável<sup>64</sup>.

<sup>61</sup> Cf. Michelle M. MELLO/Eric B. RIMM/David M. STUDDERT, “The McLawsuits”, 209 e ss.

<sup>62</sup> Cf. Michelle M. MELLO/Eric B. RIMM/David M. STUDDERT, “The McLawsuits”, 210.

<sup>63</sup> Cf. John Alan COHAN, “Obesity, Public Policy and Tort Claims”, 103 e ss.

<sup>64</sup> A propósito das dificuldades a que somos conduzidos pelo teste

Percebe-se, por isso, que a única via de resolução da questão é aquela que nos remete para uma perspectiva imputacional/normativa do problema. Esta, aliás, parece ser a única consentânea com a ideia da necessidade de produção de uma prova contrafactual: em que medida o comportamento do consumidor seria diferente caso tivesse havido informação nutricional por parte da empresa produtora de *fast food*? O comportamento diretamente causador do dano pertence ao lesado, pelo que, verdadeiramente, entramos no domínio do que é dogmáticamente conhecido por causalidade psicológica<sup>65</sup>.

Com isto, e depois de mergulharmos num ordenamento jurídico onde a problemática transpôs a *law in books* para se assumir ao nível da *law in action*<sup>66</sup>, podemos retirar duas conclusões.

Em primeiro lugar, reforçamos o que anteriormente tínhamos mencionado: o problema deve ser resolvido ao nível do que é conhecido por causalidade fundamentadora da responsabilidade, ou seja, no plano da imputação da lesão do direito ao comportamento do pretense lesante. E para tanto haveremos de mobilizar um acervo de critérios que nos afastem das tradicionais doutrinas que, com apelo naturalístico, não permitem eliminar o arbítrio da decisão do julgador.

Em segundo lugar, se em causa está também – ou pode estar também – a violação de deveres de informação, então, depois das nossas primeiras considerações subsequentes, haveremos de voltar a chamar à colação do regime da responsabilidade do produtor.

---

do *substantial factor*, cf. Caroline FORELL, “McTorts”, 455, dando conta que elas levam os autores a tentar sustentar a sua demanda na violação das normas de proteção do consumidor (quer as relativas à publicidade, quer as relativas aos deveres de informação).

<sup>65</sup> Sobre o ponto, em geral, cf. Stephan Phillipe FORST, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter haftungsbegründender Kausalität*, Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung, München, 2000.

<sup>66</sup> Vide, ainda, Jonathan BENLOULOU, *Pelman v. McDonald's: An In-depth Case Study of a Fast Food & Obesity Lawsuit*, Harvard, 2005; MASON, “Doctrinal considerations for fast-food obesity suits”, *Tort Trial Insurance Practical Law Journal*, 40/1 (2004) 75-106.

### 6.3. O problema imputacional

O cabal esclarecimento do problema requer que o jurista assuma adequadamente um determinado sentido ético-axiológico do direito. Não aprofundaremos, contudo, esta questão, dando-a por assente e remetendo para outros dos nossos estudos na matéria<sup>67</sup>. Ao invés, olharemos apenas para o quadro de imputação que pode ser estabelecido com apelo a diversos critérios.

A primeira ideia que avulta quando lidamos com uma questão imputacional é que o homem, por ser pessoa, é livre e responsável. Afirmá-lo, porém, não equivale a dizer que a responsabilidade é um limite da liberdade, à boa maneira iluminista, mas significa que, ao agir livremente, o homem assume uma responsabilidade pelo outro e perante o outro. Na verdade, se assim não fosse, o exercício da liberdade estaria longe de corresponder a uma dimensão da pessoalidade, uma vez que a pessoa, distinta do indivíduo, reclama o outro para se realizar plenamente. Como consequência, ao agir a pessoa deve conformar o seu comportamento no respeito pelo seu semelhante e, não o fazendo, desenha-se uma esfera de responsabilidade a partir da qual, a concretizar-se uma lesão, se irá edificar a imputação, que corresponde, afinal, no plano dos princípios, à atualização da própria liberdade – dialeticamente comprometida com a responsabilidade – de onde se partiu. Esta esfera de responsabilidade desenha-se, portanto, a partir da constatação de um comportamento que incrementa o perigo, convolvendo-se, assim, numa esfera de risco. Ela pressupõe, deste modo, a violação de deveres de cuidado em relação ao outro, donde se poderá dizer que a preterição do dever de cuidado cumpre duas finalidades: alicerça o juízo de culpa; desenha os contornos externos de um círculo de responsabilidade, com base no qual se julgará o problema imputacional.

É claro que essa esfera de risco pode desenharse previamente à constatação do desvio àquilo que era exigível a um homem médio. Nesse caso, a intervenção do legislador serve para cristalizar um comportamento que, sendo perigoso, permite as-

---

<sup>67</sup> Cf., para maiores desenvolvimentos, Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexos de causalidade*; e ID., *Responsabilidade civil*.

sumir, *ab initio*, independentemente de cada atuação concreta, a responsabilidade pelo eventual dano que venha a ocorrer. Noutras situações, a assunção da esfera de risco resulta da especial posição em que o pretense lesante está investido.

Sempre que procuramos determinar se um determinado sujeito deve ou não responder por um determinado dano, teremos de ensaiar a esfera de responsabilidade/risco a que nos referimos. Há, portanto, que partir da ideia de risco. Só que este, longe de ser encarado sob o mero prisma sociológico, deve ser entendido do ponto de vista ôntico-ontológico e axiológico. O risco de que se cura é, afinal, o risco assumido pelo putativo lesante, ou, de outro ângulo, a esfera de responsabilidade que ele, por ser pessoa, titula ao agir. A conceção de ação de que se parte influi, portanto, diretamente no modo como vai solucionada a questão dita causal.

Não basta, contudo, contemplar a esfera de risco assumida pelo agente de uma forma atomística, desenraizada da tessitura antropológico-social e mundanal em que ele está inserido. Dito de outro modo, porque o referencial de sentido de que partimos é a pessoa humana, matizada pelo dialético encontro entre o *eu*, componente da sua individualidade, e o *tu*, potenciador do desenvolvimento integral da sua personalidade, há que cotejá-la com a esfera de risco encabeçada pelo lesado, pelos terceiros que compõem teluricamente o horizonte de atuação daquele, e ainda com a esfera de risco geral da vida. Ao que, aliás, não será também estranho o facto de todo o problema vir enervado pela teleologia primária da responsabilidade delitual, ou seja, pelo escopo eminentemente reparador do instituto

É a partir destes dados que se edifica a construção dos critérios de imputação objetiva.

A personalidade livre impõe que, ao assumir-se uma determinada esfera de riscos, o outro, com o qual nos cruzamos e a partir do qual nos reconhecemos na integral dignidade que nos predica, não seja posto de lado. Tal leva à edificação de uma esfera de responsabilidade, a montante, densificada pela ideia de cuidado. O mesmo cuidado que, uma vez obnubilado na atuação concreta, permite Chancellor-la de culposa.

Pode, contudo, acontecer que inexista uma concreta esfera de risco que vá para além da comum atuação do sujeito. Importa, nestes casos, ter em conta que a liberdade positiva que se mobiliza coenvolve, pela sua natureza binária e dialética, a formar, afinal, uma unidade de sentido, uma esfera de responsabilidade. Esta, pensada a montante, vai atualizar-se a jusante pela preterição de determinados deveres de conduta que unem cada um ao seu semelhante no encontro no mundo. Simplesmente, aquela esfera pode não ser suficientemente definida para justificar o alicerce de um juízo imputacional.

Importa, por isso, curar da circunscrição de uma esfera de risco a partir da qual se desenhará a imputação objetiva de um certo dano (primário) a uma conduta do pretense lesante. Uma vez encabeçada, pode determinar que o agente assumia específicos deveres de segurança no tráfego que, em concreto preteridos, fazem desvelar a culpa dele. Mas o juízo imputacional pode, simplesmente, resultar do desvio previamente constatado do comportamento exigível e expectável, face às circunstâncias, a e de um homem médio, sem que isto signifique que, previamente, inexistisse uma esfera de responsabilidade que, agora, se torna atuante.

Podemos, portanto, concluir que a pessoa, ao agir, porque é livre, assume uma *role responsibility*, tendo de, no encontro com o seu semelhante, cumprir uma série de deveres de cuidado. Duas hipóteses são, então, em teoria, viáveis: ou a pessoa atua investida num especial papel/função ou se integra numa comunidade de perigo concretamente definida e, neste caso, a esfera de risco apta a alicerçar o juízo imputacional fica *a priori* desenhada<sup>68</sup>; ou

---

<sup>68</sup> É possível que a preliminar esfera de risco se desenhe sem que haja preterição dos deveres de cuidado? A resposta, comportando novamente o afastamento do finalismo, não pode deixar de ser positiva. Ilustremo-la, pois, com um exemplo.

A organiza um espetáculo musical numa praça da cidade onde vive, sabendo que, sem restrições à entrada, porque realizado num espaço público, ocorrerão muitos populares ao local. Assume com isso uma esfera de risco, devendo providenciar no sentido de prover pela segurança das várias pessoas e dos seus bens de natureza patrimonial. Isto independentemente de posteriormente se ter de, caso ocorra alguma lesão, verificar se se violou ou não um dever de cuidado, denotador da negligência do agente.

A este propósito, cf. o caso *Kelby v. Gwinnell*, discutido e decidido pelo Supremo Tribunal de New Jersey (*apud* Mark A. GEISTFELD, “Social value as

a esfera de risco/responsabilidade que abraça não é suficientemente definida para garantir o acerto daquele juízo. Exige-se, por isso, que haja um aumento do risco, que pode ser comprovado, exatamente, pela preterição daqueles deveres de cuidado. Estes cumprem uma dupla função. Por um lado, permitem desvelar a culpa (devendo, para tanto, haver previsibilidade da lesão e exigibilidade do comportamento contrário tendo como referente o homem médio); por outro lado, alicerçam o juízo imputacional, ao definirem um círculo de responsabilidade, a partir do qual se tem de determinar, posteriormente, se o dano pertence ou não ao seu núcleo.

Violados que sejam determinados deveres de conduta para com o outro – o que viabiliza, em simultâneo, o proferimento de um juízo de censura em que se vem a traduzir a culpa –, a pessoa atualiza aquela responsabilidade, passando a encabeçar um sucedâneo da *role responsibility*, uma outra esfera de responsabilidade em que a primeira se transforma. Ora, enquanto não se cristaliza, esta responsabilidade firmada a jusante deve ser entendida como uma esfera de risco. No fundo, o agente chama a si o risco de suportar todas as consequências da lesão ou lesões que se venham a verificar. Repare-se, contudo, que, porque ela não é mais do que um prolongamento da responsabilidade que, eticamente, conforma a própria liberdade, os eventos por que o lesante há-de responder são exatamente aqueles que ele deveria ter evitado (aqueles que o não desvio da conduta teria evitado<sup>69</sup>).

---

a policy-based limitation”, 899 e ss., 908 e ss. O Tribunal considerou que o anfitrião é responsável perante os terceiros que são lesados no acidente que envolve os convidados embriagados. Mais entendeu que a) existiu uma ação do lesante que criou um risco não razoável do dano para o lesado; b) o risco era previsível; c) o risco resultou numa lesão que também era previsível. Assumindo que existia um dever a onerar o organizador da festa, a questão da responsabilidade passa a ser em que medida era ou não razoável ter de prevenir a embriaguez dos convidados tendo em conta a previsibilidade do dano).

<sup>69</sup> Não configuram as nossas palavras uma inversão argumentativa, pois, como salientaremos, de seguida, a esfera de risco que se edifica é mais ampla do que a esfera de responsabilidade que, a montante, acompanhava a atuação livre. É-o exatamente porque as consequências do comportamento ultrapassam sempre o controlo humano, autonomizando-se dele. Daí que não seja a culpa o índice adequado para fundar a imputação. É esta, aliás, um dos argumentos tradicionalmente avançados para justificar o tratamento destes

Assim sendo, a esfera de risco a que aludimos pode avultar por outra via. Pensamos em todas as situações em que uma especial posição ocupada pelo sujeito determina o nascimento de especiais deveres para com o outro<sup>70</sup>.

São-lhe, por isso, em princípio, imputáveis todos os danos que tenham a sua raiz naquela esfera, donde, *a priori*, podemos fixar dois polos de desvelação da imputação: um negativo, a excluir a responsabilidade nos casos em que o dano se mostra impossível (*impossibilidade do dano*), ou por falta de objeto, ou por inidoneidade do meio; outro positivo, a afirmá-la diante de situações de *aumento do risco*.

A assunção da esfera de risco implica, obviamente, a cognoscibilidade. Ora, se assim é, ou seja, se o sujeito conhece (ou não deve ignorar) que encabeça uma esfera de riscos, isso significa que ele antecipa mentalmente o possível resultado. Nesta medida, a cognoscibilidade envolve a previsibilidade e esta, ancorando-se no padrão cognitivo do homem médio, apela à probabilidade. Mas tal não implica a confusão entre as posições: a partir do momento em que afirmamos a edificação da esfera de risco/responsabilidade que pretendemos fazer avultar, não nos interessa perscrutar qual a probabilidade de aquela conduta gerar um resultado do tipo do verificado, mas sim saber se o dano é ou não um daqueles em atenção aos quais emergiu o círculo de responsabilidade.

Quer isto dizer que só são imputáveis os danos prováveis/objetivamente previsíveis? E que com isso resvalamos, afinal, para a adesão não confessada à doutrina da causalidade adequada? A resposta a estas inquietações não pode senão ser negativa. Sê-lo-á, desde logo, porque, ao contrário do que se verifica no seio daquela, não lidamos com uma visão normativizada de uma

---

problemas à luz de uma ideia causal. Simplesmente, sabemos que, ao fazê-lo, não só o jurista se enreda em dificuldades, como não cumpre a intencionalidade predicativa da juridicidade. O cerne do modelo que procuramos propor não se encontra numa normativizada visão probabilística, mas no sentido da pessoalidade livre que comanda todo o instituto ressarcitório.

<sup>70</sup> A este ensejo, v. Stephan LORENZ, “Schadensersatz wegen Pflichtverletzung – ein Beispiel für die Überhastung der Kritik an der Schuldrechtsreform”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 56/14 (2001) 742 e ss.

causalidade natural que nos encaminha para um juízo estatístico, antes nos remetendo, como sabemos, para a consideração de uma esfera de responsabilidade que presta homenagem à intencionalidade predicativa da juridicidade, da qual não nos podemos apartar. Mas sê-lo-á, também, por divergirem as soluções práticas que são viabilizadas por uma e outra impostação.

Não procuramos saber se era ou não provável que aquele tipo de dano adviesse daquele comportamento, não nos enredando, por isso, em problemas laterais como a determinação do grau de probabilidade juridicamente relevante. O que nos importa concluir é se o dano-lesão que emerge consta ou não entre os que delimitam o círculo de risco encabeçado pelo lesante. Para tanto basta, a este ensejo, que haja a possibilidade de ele ser um dos efeitos da conduta deste. Não apelamos, para isso, a uma contrafactual ideia de condicionalidade *sine qua non* e temos a separar-nos de uma formulação negativa da causalidade adequada o facto de não olharmos desenraizadamente para o dano, de não partirmos dele e de não pretendermos satisfazer-nos com este índice indagatório.

Jonathan Cardí, considerando o problema da *proximate cause* à luz da *rule risk*, afirma que “o lesante, ao agir, cria um círculo de potenciais riscos e cada ponto da circunferência representa um potencial risco. Ao decidir se o ato é ilícito, o decidente desenha um círculo mais pequeno em relação ao outro. O círculo mais pequeno representa um juízo normativo acerca dos potenciais riscos que são razoavelmente previsíveis e evitáveis. Cada ponto do círculo mais pequeno representa um risco que o lesante deveria ter tido em consideração quando atua. Cada ponto fora do círculo mais pequeno representa um risco que a pessoa razoável teria tido em conta”<sup>71-72</sup>.

<sup>71</sup> Jonathan CARDÍ, “Reconstructing foreseeability», *Boston College Law Review*, 46 (2005) 921 e ss., p. 970. Veja-se, igualmente, p. 971, nota 269, considerando que a *risk rule* é virtualmente idêntica no efeito a uma generalizada questão sobre a previsibilidade adequadamente formulada.

<sup>72</sup> O entendimento plasmado poderia denotar uma distância relativamente aos contornos exatos com que a previsibilidade vai pensada por W. Jo-

Embora não perfilhando a totalidade do pensamento do autor, estamos em condições de avançar um pouco mais na definição do nosso modelo imputacional.

Na verdade, ao atuar culposamente, o sujeito afasta-se do comportamento exigível tendo em conta o respeito pelo outro e os previsíveis efeitos da sua conduta. Define-se, portanto, uma circunferência, em que cada ponto é integrado por um dos focos da previsibilidade do homem médio, representado pelo lesante. Mas esta circunferência é envolvida por uma outra, mais ampla, que se estende até ao limite do que não é improvável. Trata-se, aí, de lesões que, não sendo abarcáveis pela previsão do sujeito, se integram, ainda, na zona de influência do risco por ele abraçado. Nessa coroa circular situam-se todos os danos que não são improváveis, ainda que não sejam prováveis. E por eles deve, ainda, porque ligados àquela esfera de risco encabeçada pelo agente, este ser responsabilizado.

Claramente se distingue, portanto, a imputação objetiva da culpa. A possibilidade do dano deve ser entendida de acordo com uma pertinência funcional da lesão concretamente experimentada à esfera de risco assumida, gerada, potenciada. A assunção de uma esfera de riscos, para o que se convoca a ideia de probabilidade, traça os contornos externos dele. É dentro dessa circunferência que procuraremos preencher o círculo, até encontrar o epicentro imputacional. Dito de outro modo, o que aqui se traça não é mais do que um ponto de partida heurístico<sup>73</sup>. O que se define é, funcionalmente, se a lesão se inscreve ou não no círculo de danos que o lesante encabeça. A possibilidade avulta sempre que se denota a pertinência funcional.

Pode, ainda, afirmar-se que se exclui a imputação quando o risco não foi criado (*não criação do risco*), quando haja *diminuição*

---

nathan CARDI (cf. “Purging Foreseeability. The new vision of duty and judicial power in the proposed restatement (third) of torts”, *Vanderbilt Law Review*, vol. 58, 2005, p. 739 e ss. e “Reconstructing Foreseeability”, 921 e ss.), sem que ela deva ser sobrevalorizada.

Para mais desenvolvimentos, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, Do nexó de causalidade ao nexó de imputação, 925, nota 1994.

<sup>73</sup> Cf. Hans STOLL, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht. Eine Darstellung auf rechtsvergleichender Grundlage*, Heidelberg: C.F. Müller, 1993, (Freiburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlung, Bd. 58) 404.

do risco e quando ocorra um *facto fortuito ou de força maior*. Impõe-se, ademais, a ponderação da problemática atinente ao *comportamento lícito alternativo*<sup>74</sup>.

Este primeiro patamar de inquirição causal, contudo, não nos satisfaz. Haverá, na verdade, de cotejar a esfera de risco/responsabilidade encabeçada pelo lesante com a esfera de risco geral da vida, com a esfera de risco encabeçada pelo lesado e com a esfera de risco encabeçada por um terceiro.

Atenta a estrutura problemática dos casos com que nos confrontamos, e ainda que não estejamos de momento a debruçar-nos sobre eles, porque estas considerações são instrumentais do que a esse propósito se dirá, olhemos para a esfera de risco encabeçada pelo lesado.

Em causa podem estar as debilidades constitucionais do lesado. Lidando com elas, duas hipóteses são cogitáveis. Se elas forem conhecidas do lesante, afirma-se, em regra, a imputação, exceto se não for razoável considerar que ele fica, por esse especial conhecimento, investido numa posição de garante. Pense-se, por exemplo, na hipótese de o próprio lesado ter contribuído para o aparecimento da situação arriscada. Se não forem conhecidas, então a ponderação há-de ser outra. Partindo da contemplação da esfera de risco edificada pelo lesante, dir-se-á que, ao agir em contravenção com os deveres do tráfego que sobre ele impendem, assume a responsabilidade pelos danos que ali se inscrevam, pelo que haverá de suportar o risco de se cruzar com um lesado dotado de idiosincrasias que agravem a lesão perpetrada. Excluir-se-á, contudo, a imputação quando o lesado, em face de debilidades tão atípicas e tão profundas, devesse assumir especiais deveres para consigo mesmo<sup>75</sup>. No meio-termo, encontramos to-

<sup>74</sup> Para mais desenvolvimentos, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação*, 930 e ss.

<sup>75</sup> Secunda-nos na definição do critério o artigo 570.º CC, próximo do § 254 BGB.

*Vide*, igualmente, artigo 8:101 PETL e artigo 5:102 DCFR (*Where the fault of the person suffering the damage contributes to the occurrence or extent of legally relevant damage, reparation is to be reduced according to the degree of such fault*). O preceito prevê, contudo, exceções: não haverá lugar à diminuição da indemnização se a culpa do lesado for insignificante ou se a contribuição causal da culpa for insignificante. Do mesmo modo, não se aplicará a regra no tocante ao dano corporal que uma pessoa sofre

das as situações em que o risco acaba por ser partilhado entre o lesante e o lesado.

Note-se, ademais, que a mesma estrutura valorativa se mobiliza quando em causa não esteja uma dimensão constitutiva do lesado, mas sim uma conduta dele que permita erigir uma esfera de responsabilidade, pelo que, também nos casos de um comportamento não condicionado pelo seu biopsiquismo, a solução alcançada pelo cotejo referido pode ser intuída, em termos sistemáticos, a partir da ponderação aqui posta a nu<sup>76</sup>.

Há que determinar nestes casos em que medida existe ou não uma atuação livre do lesado que convoque uma ideia de autorresponsabilidade pela lesão sofrida<sup>77</sup>. Não é outro o raciocínio encetado a propósito das debilidades constitucionais dele, tanto que a imputação só é negada quando se verifique a omissão de determinados deveres que nos oneram enquanto pessoas para

---

num acidente de viação, a não ser que o comportamento do lesado corresponda a uma falta grave de diligência em face das circunstâncias particulares). Cf., ainda, Brandão PROENÇA, *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*, Coimbra: Almedina, 1997.

Para mais considerações acerca do modo como julgamos dever interpretar-se o artigo 570.º CC, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexó de causalidade ao nexó de imputação*, 770 e ss.

<sup>76</sup> A propósito do cotejo da esfera de risco do lesante com a esfera de risco do lesado, vide DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht*, 374; Dieter MEDICUS, “Zum Schutzzweck sachdensabwehrender Pflichten oder Obliegenheiten”, in *Festschrift für Hubert Niederländer zum siebzigsten Geburtstag am 10. Februar 1991*, Heidelberg, 1991, 329 e ss.; Ulrich WEIDNER, *Die Mitverursachung als Entlastung des Haftpflichtigen*, Karlsruhe, 1970, 47 e ss. (falando de uma esfera de risco do lesado e considerando que a ele deve ser imputado o dano que resulta do facto de se ter colocado sob um especial perigo).

Veja-se, ainda, Ernst A. KRAMER, “Schutzgesetze und adäquate Kausalität”, *Juristenzeitung*, 31/11-12, 1976, 338 e ss., aqui p. 342 e ss., considerando que o dano pertence à esfera geral de risco do lesado quando foi produzido de um modo totalmente anormal, que um observador ótimo não previu, nem podia ter previsto, adiantando, por isso, que a finalidade de protecção da norma é especificada através do pensamento da adequação. A exclusão da responsabilidade por danos inadequados deve ser rejeitada, contudo, quando se prove que o legislador quis retirar ao lesado esse risco ou quando o lesante procurou o dano dolosamente.

<sup>77</sup> Exige-se um comportamento livre do lesado, mas não se vai ao ponto de exigir que o seu comportamento seja culposo. Rejeita-se, assim, parte da doutrina europeia sobre o ponto. Sobre o ponto, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexó de causalidade ao nexó de imputação*, nota 2135.

salvaguarda de nós mesmos. Não se estranha, por isso, que o pensamento jurídico – mormente o pensamento jurídico transfronteiriço – tenha gizado como critério guia do decidente o já referido *critério da provocação*<sup>78</sup>.

De acordo com a sua enunciação, o lesante é responsável pelo dano diretamente causado pelo lesado, quando o primeiro, através de uma ação censurável, provocou o se-

<sup>78</sup> O critério remonta aos anos 70 do século XX. Cf. LARENZ, “Zum heutigen Stand der Lehre von der objektiven Zurechnung im Schadensrecht”, *Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag*, Schwartz, Göttingen, 1970, 87.

Sobre ele, cf., ainda, António FERNÁNDEZ CRENDE, “Imputación objetiva en un caso de responsabilidad civil ex delicto: criterio de la provocación. Comentario da la STS, 2.ª, 26.9.2005”, *Indret*, Barcelona, 1 (2006) 6 e ss., <www.indret.com>; ZIMMERMANN, “Herausforderungsformel und Haftung für fremde Willensbetätigung nach § 823 I BGB”, *Juristenzeitung*, (1980) 16; ID., “Der Selbstmord als Gefährdungssachverhalt-Aufwendungs-oder Sachensersatz für den Retter”, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)*, (1979) 103 e ss., p. 103 e ss.; Till RISTOW, *Die psychische Kausalität im Deliktsrecht*, Frankfurt am Main: Peter Lang, 2003, (Europäische Hochschulschriften), 71 e ss. e 136 e ss.; Dieter MEDICUS, *Grundwissen zum Bürgerlichen Recht. Ein Basisbuch zu den Anspruchsgrundlagen*, 8. Aufl., Köln – München: Carl Heymanns, 2008, 167; ID. *Bürgerliches Recht*, 409; LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung. Ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre des juristischen Kausalität*, reimpr., Aalen: Scientia, 1970, 87 e ss.; ID., “Zum heutigen Stand der Lehre von der objektiven Zurechnung”, 79 e ss., em especial 87 e ss.; ID., *Lehrbuch des Schuldrechts I, Allgemeiner Teil*, 14 Aufl., München: C. H. Beck, 1987, 452 (definindo a provocação de acordo com o motivo oferecido e aplicando o critério quer à causalidade fundamentadora da responsabilidade, quer à causalidade preenchedora dela. Para o autor, a provocação retira àquele a quem se dirige a plena espontaneidade da sua conduta, impedindo que tenha um total domínio sobre o facto); DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht*, 106; Nils JANSEN, *Die Struktur des Haftungsrechts*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2003, 127 e ss.; Hermann LANGE/Gottfried SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts*, 131 ss. e 142 e ss.; Hermann LANGE, “Adäquanztheorie. Rechtswidrigkeitszusammenhang, Schutzzwecklehre und selbständige Zurechnungsmoment”, *Juristenzeitung*, (1976) 206; Stephan Phillippe FORST, *Grenzen deliktischer Haftung*, 96 e ss.; Heinz KORIATH, *Kausalität, Bedingungstheorie und psychische Kausalität*, Göttingen, 1988, 193 e ss.; PANTALEÓN, “Causalidad e imputación objetiva”, *Centenario del Código Civil II*, ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, Madrid: Ceura, 1990, 1561 e ss. (falando em dois grupos de casos nos quais é possível fazer apelo ao critério da provocação: casos de provocação; casos em que o lesado assume o risco que o vítima ou que lesa um terceiro, no intuito de salvaguardar um bem jurídico alheio em face de uma situação de perigo criada pelo responsável)

gundo, levando-o a autocolocar-se em risco<sup>79</sup>. Excluir-se-ia, portanto, a imputação sempre que o lesado criasse um novo perigo, funcionando a conduta lesiva unicamente como uma oportunidade para aquele, que não se integra no risco do acidente. No fundo, o que se procuraria era, uma vez mais, a pertinência do resultado à esfera de risco encabeçada pelo lesante, reconduzindo-se o resultado ao aumento do perigo por ele protagonizada<sup>80</sup>. Nega-se, outro tanto, a responsabilidade quando o lesado potencia o risco com um comportamento inconveniente, lançando-se, então, mão de índices indagatórios como a proporcionalidade entre as finalidades da intervenção e os riscos dela<sup>81</sup>.

O sentido da provocação não deixa, contudo, de ser problemático, levando alguns autores a alertar para o facto de o uso linguístico da expressão se mostrar enganoso<sup>82</sup>.

<sup>79</sup> Note-se que o que fica dito a propósito da conduta interferente do lesado pode ser equacionado quando um sujeito induz outro – que não o próprio lesado – à prática de um ato ilícito gerador de danos para um terceiro. Em apreço parece estar, então, uma ideia de causalidade psicológica. Sobre ela, recordem-se os dois modelos propostos por Stephan Phillippe FORST, *Grenzen deliktischer Haftung*.

<sup>80</sup> Cf. Till RISTOW, *Die psychische Kausalität im Deliktsrecht*, 138.

<sup>81</sup> Novamente, Till RISTOW, *Die psychische Kausalität im Deliktsrecht*, 138. Esclarece, ainda, o autor que “há um âmbito de risco entre o *allgemeinen Lebensrisiko* (abaixo) e o excesso (acima) do segundo agente, pelo qual o primeiro agente não é responsável. Neste corredor abre-se a porta para o concurso de culpas do lesado, nos termos do § 254 BGB”. Isto é, na ponderação da repercussão da dita *provocação*, há que estabelecer algumas balizas. Por um lado, temos de ter em conta que o dano experimentado não pode inscrever-se no risco geral da vida, uma vez que por ele não é responsável o lesante; por outro lado, afasta-se a imputação sempre que se verifique um excesso na reação do lesado, podendo abrir-se as portas à aplicação do regime concursal.

<sup>82</sup> Cf. Till RISTOW, *Die psychische Kausalität im Deliktsrecht*, 139 e 142. Afirma o autor que hoje em dia a fórmula, aperfeiçoada pela jurisprudência, tem um sentido desarraigado do geral uso da linguagem, surgindo como uma questão relativa à imputação de responsabilidade nos casos de causalidade mental. Adianta, ainda, que, nos casos em que o valor moral do segundo ato não é claro, deve ser, segundo a posição maioritária da jurisprudência, abandonado o critério da provocação.

Veja-se, igualmente, em sentido crítico do critério da provocação, chegando mesmo a apontar a sua imprestabilidade, Gerd NIEBAUM, “Die Verfolgungsfälle und ihre Wertungskriterien”, *Neue Juristische Wochenschrift* 76, 1673 e ss.

Note-se que a fórmula só parece apresentar algum conteúdo útil se e na medida em que pudermos descortinar no comportamento do lesado uma forma de atuação livre. Se for manietado pelo lesante, torna-se inequívoco que este será responsabilizado pelo dano sobrevivendo, porquanto reduzido a mero instrumento, excluindo-se assim a esfera de auto-responsabilidade que não pode deixar de andar ligada a uma ideia de pessoalidade<sup>83</sup>. Entre este extremo e uma atuação absolutamente livre do lesado, é possível encontrar um meio-termo, para o qual aponta o critério da provocação. O lesado é, em determinadas situações, induzido a atuar num certo sentido, afigurando-se que o homem médio, naquelas circunstâncias, se teria comportado do mesmo modo. Quando assim é, parecem não restar dúvidas acerca da afirmação da imputação, já que tal não significa mais do que a descoberta de que o dano – independentemente da sua causa naturalística mais próxima – se insere na esfera de responsabilidade do lesante<sup>84</sup>. Excluir-se-á a imputação quando o lesado, pese embora a provocação – isto é, não obstante o comportamento do lesante potenciador da sua atuação<sup>85</sup> –, se comporta

---

Cf., também, Stephan Phillippe FORST, *Grenzen deliktischer Haftung*, 96 e ss., mostrando o âmbito restrito de aplicação do arrimo criteriológico.

<sup>83</sup> Nesse sentido, rememore-se a lição de Stephan Phillippe FORST, *Grenzen deliktischer Haftung*, 131, mostrando que, se há instrumentalização do segundo agente, no quadro da problematização da causalidade dita psicológica, não é possível recusar a recondução do dano à esfera do primeiro sujeito que actua.

<sup>84</sup> A perspectiva com que se aborda o critério da provocação mostramos como ele só pode ser considerado no quadro mais amplo e mais denso do cotejo de esferas de risco e responsabilidade. Cremos, por isso, que nesta medida se aplacam algumas das dúvidas que certos autores derramam sobre a fórmula. Nesse sentido, evidenciando que a ideia de provocação falha na apresentação de um fundamento mais convincente, v. LEITERMEIER, *Die deliktsrechtliche Haftung des Verfolgten für Schaden bei der Verfolgung*, Dissertation Erlangen, 1978, 50.

<sup>85</sup> Note-se que esta provocação não deve ser entendida no sentido da existência de um comportamento intencional do lesante para inculcar no lesado a necessidade de actuar num determinado sentido. Pelo contrário, a situação criada pelo primeiro agente faz gerar um quadro de actuação dentro do qual é ou moralmente obrigatória a atuação do lesado ou pelo

de forma desrazoável<sup>86</sup>. Mas afirmar-se-á a mesma quan-

---

menos razoável.

Cf., porém, Till RISTOW, *Die psychische Kausalität im Deliktsrecht*, 93, mostrando que o princípio da provocação exige, como pressuposto, que o lesado se tenha sentido obrigado a intervir, se tenha sentido verdadeiramente desafiado, não bastando que tenha havido uma solicitação no sentido da ação, e p. 138, enunciando o critério com a seguinte formulação: “o primeiro agente é responsável por um dano próprio do segundo agente, quando o primeiro provoca, através de uma acção censurável, o segundo agente para um auto-perigo e havia uma finalidade voluntária”, não sendo, portanto, responsável quando há criação de um novo perigo pelo lesado.

<sup>86</sup> Cf. Stephan Phillipe FORST, *Grenzen deliktischer Haftung*, 139; Till RISTOW, *Die psychische Kausalität im Deliktsrecht*, 138. Para a contemplação dos limites de que beneficia a responsabilidade do primeiro agente, cf. p. 74 – “ações totalmente despropositadas do segundo agente – designadamente se há uma total desproporção entre o risco que foi gerado e a intervenção do segundo” não devem ser imputadas ao lesante.

Não haverá imputação, portanto, se o lesado atuar de forma excessiva (falando de *Exzess des Zweitverursacher*, v. FORST, *Grenzen deliktischer Haftung*, loc. cit.). Veja-se, porém, Hans STOLL, *Kausalzusammenhang*, 33, mostrando a necessidade de se compreender a reacção do segundo agente para se proferir um juízo materialmente adequado.

Problemáticas poderão ser as situações em que o lesado reage emotivamente e com medo. Poderá a desrazoabilidade do seu comportamento ser justificado por esta via, considerando-se que o risco de tal desproporção corre ainda por conta do lesante?

V., igualmente, Till RISTOW, *Die psychische Kausalität im Deliktsrecht*, 138, considerando que não há responsabilidade quando o segundo agente cria um novo perigo que não foi provocado pelo comportamento do primeiro agente, tendo este funcionado apenas como oportunidade para ele; quando o perigo é potenciado por um comportamento inconveniente do segundo agente, o que implica um juízo de proporcionalidade entre as finalidades da intervenção (o normal para evitar o resultado para o segundo agente) e o risco da intervenção (os perigos que o segundo agente suporta ao actuar), podendo afirmar-se que há uma limitação da esfera de risco diante da desproporcionalidade do comportamento do segundo agente e diante do excesso. Sustenta, a este ensejo, que deve fazer-se uma análise da relação meio-fim para, a partir dela, constatarmos se existem ou não novos riscos ou se apenas se está perante um desenvolvimento da situação perigosa criada pelo primeiro agente. Nesse ensejo, será importante estabelecer uma hierarquia de ameaças: os direitos absolutos e os bens jurídicos do § 823 I são para classificar superiormente; perigos para os direitos individuais são para colocar em lugar cimeiro relativamente aos perigos para os direitos públicos e os interesses criminais – cf. p. 208.

Cf., também, Hermann LANGE/Gottfried SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts*, 136, ensinando que, de acordo com a jurisprudência prevalecen-

do, não estando em causa uma indução ao comportamento, e portanto uma provocação no sentido estrito do termo, se pode verificar uma limitação da liberdade do lesado ao ponto de se concluir, no cotejo de esferas de risco, que o evento é ainda pertença do círculo encabeçado pelo lesante<sup>87</sup>. É o que acontece sempre que se verifica um défice informacional ou quando nos confrontamos com um estatuto de autoridade<sup>88</sup> detido pelo lesante<sup>89</sup>.

---

te, o critério da provocação é para aplicar “mesmo que o dano só se concretize por uma reação potencialmente perigosa do lesado”. Importante, ainda, notar a diferença entre uma reação que não é “economicamente ótima”, mas pode ser tida como uma resposta compreensível. Note-se que, no quadro da problematização das reações do lesado, os autores tecem considerações acerca das chamadas reações mentais/psicológicas do lesado.

<sup>87</sup> No sentido de não reconhecer na fórmula da provocação um critério abrangente, cf. Stephan Phillipe FORST, *Grenzen deliktischer Haftung*, 96 e ss.

Note-se, ademais, que o arrimo criteriológico surge, as mais das vezes, associado a casos de perseguição ou em que há um impulso para uma intervenção urgente do lesado. Cf. ZIMMERMANN, “Herausforderungsformel und Haftung”, 12 e ss.; e Till RISTOW, *Die psychische Kausalität im Deliktsrecht*, 71, considerando que o *Herausforderungskriterium* foi desenvolvido para os casos de prestação de socorro e salvamento (*Nothilfe und Rettungsfälle*), embora possa ser aproveitado para todos os casos em que há assistência por parte daquele que depois se transforma em lesado (*Hilfeleistung*).

Pelo carácter exemplar de algumas das hipóteses a que temos acesso pelos trabalhos de insígnis juristas, cf. Hans STOLL, “Rechtsfragen bei Hilfeleistungen in vermeintlicher Not”, *Festgabe für Hermann Weinbauer zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1980, 411 e ss.; ID., *Haftungsfolgen*, 463 e ss.; D. NÖKEL, *Die Rechtsstellung des Nothelfers. Anglo-amerikanisches im Vergleich zum deutschen Recht*, 1968, 117 e ss., considerando a este propósito, o problema da gestão sem mandato (*Geschäftsführung ohne Auftrag*); LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II/2, 427; Stephan Phillipe FORST, *Grenzen deliktischer Haftung*, 95; Hermann LANGE/Gottfried SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts*, 131 e ss.

<sup>88</sup> São três os requisitos genericamente formulados para que o lesante responda pelo dano nestas situações:a) o lesante tem de insinuar uma posição de autoridade, que pode resultar de um especial conhecimento ou do exercício de uma profissão; b) o lesante tem de ter transmitido a informação ao lesado nessa sua posição de autoridade (através de um conselho, uma declaração, uma informação); c) o lesado tem de actuar baseado na informação – cf. Till RISTOW, *Die psychische Kausalität im Deliktsrecht*, 211 e ss.

<sup>89</sup> Cf. Stephan Phillipe FORST, *Grenzen deliktischer Haftung*, 135 e ss. Como mencionámos *supra*, essa liberdade sairia excluída quando o segundo agente tinha obrigação de agir; quando o primeiro agente cria uma situação diante da qual o segundo passa a ter a obrigação de actuar, sob pena de se sujeitar a determinadas sanções ou efeitos nefastos. Do mesmo modo, sugere-se haver uma constrição da liberdade humana sempre que uma ação seja autori-

Fora das hipóteses em que o comportamento do lesado se afigure privado de liberdade, há que ter em conta a esfera de responsabilidade por ele assumida<sup>90</sup>.

Ideias como a assunção do risco, a autocolocação em risco ou a heterocolocação em risco consentido<sup>91</sup> tornam-se, então,

---

zada (p. 135) e bem assim sempre que o primeiro agente detenha em relação ao segundo uma posição de autoridade (p. 137), ou possua um nível cognitivo ou um grau de competência superior aos detidos por este que desequilibre o jogo de forças envolventes, ao ponto de se considerar fundadamente que a liberdade do segundo agente se afigura coartada (p. 138).

Veja-se, igualmente, Till RISTOW, *Die psychische Kausalität im Deliktsrecht*, 143; NIEBAUM, *Die Deliktische Haftung für fremde Willensbetätigung, Eine Untersuchung vor allem mit Blick auf die Reichweite der Verantwortlichkeit für Rechts- oder Rechtsgüterverletzung i. S. d. § 823 I BGB*, Berlin: Duncker & Humblot, 1977, 92, falando de uma relação de subordinação como fundamento da imputação, como nos casos em que o lesante surge como um prestador de informações – *Befehlsgeber*.

<sup>90</sup> Veja-se, uma vez mais, Till RISTOW, *Die psychische Kausalität im Deliktsrecht*, 143, considerando as situações em que a causa inicial oferece uma fonte de perigo e o segundo agente se lesa a si mesmo, pela atualização daquele, e sustentando que se denota aí uma certa analogia com os casos de provocação. O *tertium genus* que viabiliza o juízo analógico encontrar-se-ia, segundo o testemunho do autor, na previsibilidade do dano. Admite, não obstante, que a limitação da responsabilidade a favor do primeiro agente é, aqui, menor do que nos *Herausforderungsfälle*.

<sup>91</sup> Sobre o ponto, cf. Martín GARCIA-RIPOLL MONTIJANO, *Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables*, 2008, 211 e ss.

Hans STOLL, *Handeln auf eigene Gefahr*; Gert BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht*, 590 e ss., referindo-se às situações em que o lesado, pela sua própria negligência – *mitverschulden* – ou através de um perigo que controla – *mitgefährdung* –, participa na lesão ou amplia danos que são imputáveis, e aproximando-as da chamada conduta em seu próprio risco (*Handeln auf eigene Gefahr*), para as quais olha como “uma forma invertida de responsabilidade objectiva”, por não ser “contestada a decisão individual e racional de se assumir ou não um risco”, embora se deva aí ter particular atenção à posição dos incapazes; DEUTSCH, “Die Mitspielerverletzung im Sport”, *Versicherungsrecht*, 1974, 1054 e ss.; ID., *Allgemeines Haftungsrecht*, 375 (considerando que a figura pode ser convocada em três grandes grupos: a) participação em viagens; b) eventos perigosos; c) intromissão em propriedade ou instalações alheias. Para uma análise do *Handeln auf eigene Gefahr* no âmbito da prática desportiva, cf. p. 377 e ss.; no âmbito da responsabilidade médica, p. 379. Note-se que o autor propõe a ponderação da analogia com o § 254 BGB, invocando para o efeito a alteração do princípio *Alles-oder Nichts*. Sublinhe-se, ainda, a comparação com o consentimento do lesado – p. 375); ZIMMERMANN, “Verletzungserfolg, Spielregeln und allgemeines Sportrisiko”, in *Versicherungsrecht*, 1980, 497 e ss.; Hermann LANGE/Gottfried SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts*, 642 e ss., realçando a diferença que separa a *Handeln auf eigene Gefahr* (acção em seu próprio risco) e

operantes<sup>92</sup>. Tornadas célebres pela doutrina penalista, relevaram sobretudo para esclarecer em que medida houve ou não, atento o âmbito dele, preenchimento do tipo legal. Razão bastante para não serem amplamente sistematizadas ao nível civilístico e para, quando o são, darem origem a discrepâncias doutrinárias e jurisprudenciais de que importa dar conta. Na verdade, originariamente, a sua transposição para o quadro da responsabilidade civil operou-se por via da recondução das figuras para o consentimento do lesado, numa orientação jurisprudencial que haveria de receber o repúdio posterior de autores como Larenz<sup>93</sup>. Tal ambivalência doutrinária, associada a uma nem sempre clara eficácia das figuras, arrasta, ainda, consigo a questão de saber se a operacionalidade delas se derrama em sede de desculpa ou de ilicitude<sup>94</sup>. Estamos em crer que é por via da imputação que deve ser pensado o problema: não é a culpa que surge diminuída por intermédio da atuação do lesado; não é a ilicitude, polarizada no resultado, que se apa-

---

a *schuldhaftige Selbstgefährdung* (autocolocação culposa em risco) e mostrando que a segunda designação é preferível, ao mesmo tempo que indaga se, por via do *Selbstgefährdung*, se exclui a ilicitude (*Rechtswidrigkeitszusammenhang*) ou a culpa; DUNZ, “Reiter wider Pferd oder Versuch einer Ehrenrettung des Handelns auf eigene Gefahr”, *Juristenzeitung*, 42/2 (1987) 63 e ss.; TEICHMANN, “§ 823 BGB und die Verletzung eines anderen im Sport”, *Juristische Arbeitsblätter*, 79, 293 e ss.; HERBERT MESSER, “Haftungseinheit und Mitverschulden”, *Juristenzeitung*, 34/11-12 (1979) 385 e ss.

<sup>92</sup> A este propósito, cf. Raniero BORDON, *Il nesso di causalità*, 2006, 153. O autor fala-nos do *risco elettivo*, a traduzir o comportamento do lesado que se expõe voluntariamente, ou pelo menos culposamente, a uma situação de perigo, aceitando, assim, a possibilidade de esta se verificar. De acordo com o seu ensinamento, nestes casos, no quadro do ordenamento jurídico italiano, nega-se o ressarcimento, tendo o princípio recebido acolhimento no artigo 10.º d.p.r. 24.5.1988, n.224, que disciplina a responsabilidade por danos resultantes de produtos defeituosos. O lesado que estava consciente do defeito do produto e do perigo daí resultante e, não obstante, se expõe a ele voluntariamente não deve obter o ressarcimento. Note-se, porém, que o *risco elettivo* só se refere à aceitação do risco superior àquele que é correlativo à atividade humana. No que toca especificamente à responsabilidade do produtor, esclarece Bordon, com apelo aos contributos da restante doutrina, que só relevará a aceitação do risco quando o perigo que se cria é ulterior àquele que normalmente é conatural ao uso de um produto, uma vez que este fica a cargo do produtor.

<sup>93</sup> Cf. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts I*, 467 e ss.

<sup>94</sup> Cf., uma vez mais, Hermann LANGE/Gottfried SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts*, 643.

ga; mas o nexo de imputação ou nexo de responsabilidade, que permite reconduzir aquele resultado lesivo – em que se consubstancia o juízo de desconformidade com o ordenamento jurídico – ao comportamento do lesante, que se exclui. Sendo a atuação de cada um dos sujeitos intervenientes livre, é uma esfera de responsabilidade – sem a qual a autonomia não vai pensada – que é exercitada, sendo mister descobrir, no confronto entre as duas, qual funciona como polo de atração do evento danoso sobre vindo. Para tanto, entram em jogo os deveres conformadores da liberdade positivamente alicerçada – os deveres do tráfego a que já aludimos – para, na análise deles em face das circunstâncias do caso concreto, percebermos qual o seu âmbito e finalidade. Ou seja, quando pudermos reconhecer na conduta do lesado um comportamento livre, há que, em simultâneo, determinar se os deveres do tráfego que preenchem a esfera de responsabilidade do lesante se estendem à obliteração da lesão verificada e, concomitantemente, se os deveres que sobre o lesado impendem para protecção da sua própria esfera foram ou não postergados.

#### *6.4. A ponderação judicativa a propósito da indução ao consumo de comida não saudável*

Se tivermos em conta as considerações pretéritas, podemos chegar a algumas conclusões em sede do problema que nos ocupa.

Inequivocamente, ao fornecer bens alimentares ao público em geral, um produtor de refeições assume uma esfera de responsabilidade. A simples assunção desta pode, contudo, não ser bastante para se dar lugar à imputação. Desde logo, haverá que constatar se, por virtude da violação de um qualquer dever de cuidado, há incremento do risco para além do que se verificava. Para além disso, teremos de entrar em linha de conta com outros fatores, como sejam a idoneidade ou não da atividade em causa para a produção daquelas lesões. Poder-se-á dizer, não obstante, que a simples produção e comercialização em massa determina a colocação do sujeito numa posição que serve de alicerce à imputação. Esta é uma ideia a reter, que recuperaremos *infra*. Por ora,

detenhamo-nos na simples consideração da esfera de responsabilidade que o produtor de refeições assume.

A partir do momento em que, conscientemente, prepara os produtos que fornece com alimentos pouco saudáveis, em abstrato idóneos a causar problemas de saúde, o empresário de *fast food* atualiza uma *role responsibility*, abrindo as portas à imputação. A recondução da lesão (obesidade e outras doenças) àquela esfera traça-se sob o signo da possibilidade.

Contudo, haveremos de nos confrontar com a esfera de responsabilidade do próprio lesado. Valem, para tanto, os critérios anteriormente referidos.

Poder-se-ia, por isso, pensar na hipótese de se considerar, *ab initio*, uma eventual predisposição genética do lesado para a obesidade ou outra doença. Sendo certo que o lesante deve suportar o risco de se cruzar com um lesado dotado de idiosincrasias que agravem a lesão perpetrada, é bom não esquecer que o próprio lesado tem de assumir deveres para consigo mesmo. De resto, não se pode olvidar que entre o comportamento do lesante e o dano sofrido pelo lesado medeia o comportamento deste último, pelo que não será só uma predisposição constitucional o que estará em causa.

Ora, assim sendo, há que ter em conta que o comportamento do lesado foi livre, não se encontrando aquele reduzido a um mero instrumento de atuação do lesante. Simplesmente, mesmo não tendo sido excluída a liberdade (e, portanto, a autorresponsabilidade) do lesado, o lesante pode tê-lo induzido àquele comportamento. Terá sido o lesado levado a consumir os produtos alimentares que se revelam, afinal, nocivos? Se assim for, abrem-se as portas à imputação, uma vez que se descobre que o dano se inscreve na esfera de risco do lesante. Para tanto é necessário que se constate não a aludida exclusão da liberdade, mas uma limitação dela, por exemplo, e para os casos que nos interessam, em virtude um défice informacional evidente. Dir-se-ia, portanto, que o produtor dos géneros alimentares haveria de ter omitido informação importante acerca dos riscos que os seus produtos comportavam e/ou a informação nutricional dos mesmos.

Tais deveres de informação têm, exatamente, como finalidade dotar o consumidor dos conhecimentos necessários para

proceder a uma escolha responsável. Sendo violados – quer por omissão das informações; quer por incorreção das mesmas – a nossa conclusão terá de ser a de que a entidade produtora dos géneros alimentares avoca para si a responsabilidade pelos eventuais danos que ocorram, ainda que, para que eles tenham lugar, seja imprescindível o comportamento do lesado.

Acresce que, tratando-se da produção em massa de géneros alimentares, esta surge, as mais das vezes, acompanhada por campanhas publicitárias. Haveremos, portanto, de indagar em que medida as mensagens publicitárias atentam ou não contra o princípio da veracidade, designadamente em que medida elas suscitam a ligação entre o produto em causa e uma vida saudável, do mesmo modo que haveremos de questionar – com recurso aos dados do caso concreto – em que medida elas violam o disposto nos artigos 12.º e 13.º Código da Publicidade e ainda, tratando-se de publicidade dirigida a crianças, o disposto no artigo 14.º do mesmo diploma. O apelo a estas normas repercute-se a dois níveis. Desde logo, permite reforçar a ideia de indução à prática de um determinado ato. Em causa não estaria só a omissão do dever de informação, mas um comportamento ativo potenciador da atuação do lesado. Por outro lado, leva-nos a aventar a possibilidade de estarmos diante de disposições legais de proteção de interesses alheios, o que, a ser verdade, poderá determinar uma diversa ordenação dos pressupostos de procedência da pretensão indemnizatória.

Inseridos num contexto dialógico diferente e tendo por referência um ordenamento jurídico díspar, as conclusões a que chegamos em termos imputacionais não andarão muito longe daquelas a que os autores nos conduzem ao nível do ordenamento jurídico estadunidense.

Dir-se-ia, então, que em princípio a simples colocação de géneros alimentares não saudáveis no mercado não é de molde a gerar uma eventual responsabilidade por lesões futuras na saúde. Solução oposta será de admitir sempre que haja indução ao consumo desses bens, ou pela violação de deveres de informação ou por técnicas, mais ou menos sofisticadas, de publicidade.

A constatação da omissão de deveres de informação pode relevar, ainda, a um outro nível.

Recuperando aquilo que dissemos anteriormente, a simples produção e comercialização em massa determina a colocação do sujeito numa posição que serve de alicerce à imputação. O legislador considerou, de facto, que subjacente à produção em massa estava um determinado perigo, que se enfatiza pela necessidade de proteção do consumidor. Sendo essa a *ratio* da tipificação da responsabilidade do produtor, não podemos deixar de chamar a depor, a este propósito, o regime que antes perfunctoriamente analisámos.

Assim, nos termos do artigo 4.º do DL n.º 383/89, um produto considera-se defeituoso quando não ofereça a segurança com que legitimamente se pode contar, tendo em atenção todas as circunstâncias, designadamente a sua apresentação, a utilização que dele razoavelmente possa ser feita e o momento da sua entrada em circulação.

Quer isto dizer que a omissão de informação relevante acerca do valor nutricional do bem, assim como acerca dos riscos que o seu consumo em excesso possa gerar pode configurar um defeito para efeitos do diploma citado. Mas aí haverá que se ter em conta a utilização que dele razoavelmente possa ser feita. A obesidade ou qualquer outra doença não resultam imediatamente do consumo esporádico de alimentos não saudáveis. Pelo contrário, ele tem de ser reiterado. É por isso que a falta de segurança, potenciadora da aplicação das regras da responsabilidade do produtor, terá de ser concretizada pela apresentação que se faça do bem, designadamente, teremos de ter em conta as campanhas promocionais do produto em questão. Suscitou-se, através delas, a ideia de que o alimento era saudável e apto à utilização diária?

Vemos, portanto, que por outra via chegamos também a um resultado similar, isto é, à necessidade de atender às características com que o bem chegou junto dos consumidores.

### *6.5. O problema da condicionalidade*

Haveria, ainda, que lidar com os problemas atinentes à condicionalidade. Uma coisa é dizer que a lesão é imputável ao

comportamento do produtor de géneros alimentares não saudáveis; outra diversa é provar que, efetivamente, ele foi causa do dano. Na verdade, jogam-se aqui problemas atinentes à multicondicionalidade.

Será que a ingestão, mesmo que reiterada (ou diária), de alimentos produzidos e comercializados pela empresa x foi o único fator determinante da obesidade? Não terão pesado também no processo causal os hábitos de vida do lesado?

Por outro lado, será que o lesado apenas consumiu *fast food* do produtor x, e não também de outros produtores?

As questões remetem-nos para problemas com uma estrutura problemática diversa, mas ainda assim com traços de analogia entre elas.

Olhando para a última interrogação, diríamos que ela nos remete para a ideia de causalidade múltipla (cumulativa necessária e não necessária). Em qualquer das hipóteses, a doutrina tem entendido que ambos os lesantes devem ser considerados solidariamente responsáveis<sup>95</sup>.

Na causalidade cumulativa necessária, o comportamento do obrigado à indemnização sozinho não produziu o dano, mas apenas em conjugação com outro evento, proveniente de um terceiro. Pense-se, por exemplo, na hipótese de o consumidor B ter contraído uma doença coronária em virtude de se ter alimentado, durante anos, diariamente, com os produtos fornecidos pelo produtor x e pelo produtor y, e de se provar que, se ele tivesse consumido metade desses produtos (por exemplo, só os do produtor x), a patologia não teria emergido<sup>96</sup>. Não se colocando nenhum problema ao nível da *conditio sine qua non*, sempre se poderiam levantar dúvidas, para quem se posiciona no quadro da causalidade adequada, acerca da adequação, ou, para quem se orienta pelas esferas de risco, acerca

<sup>95</sup> Para mais desenvolvimentos sobre o ponto, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexa de causalidade ao nexa de imputação*; e ID., *Responsabilidade civil: novas perspetivas*.

<sup>96</sup> A hipótese é meramente académica. Na verdade, uma prova como esta que é pressuposta no exemplo implicaria um determinismo inconsonante com o devir dos acontecimentos na realidade e, por isso, só muito dificilmente poderia ser obtida.

da idoneidade do comportamento para causar o dano<sup>97</sup>.

Se é certo que a ação conjunta ou concertada não deve ser vista como a *ratio* da responsabilização solidária de vários sujeitos participantes no evento lesivo, isso não significa que, em determinadas situações, não se tenha de olhar para a concertação de comportamentos para se poderem desenhar os contornos externos de

<sup>97</sup> Cf., entre outros, Gert BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht*, 186 e ss., falando da causalidade complementar ou cumulativa, que surge através da ação conjunta de duas ou mais causas que se reúnem para produzir a lesão do direito ou dos bens jurídicos. Ela caracteriza-se, de facto, por só através da interação de duas ou mais contribuições diferentes ou semelhantes para o risco se ter causado o dano. Isoladamente, cada uma seria irrelevante para o surgimento do resultado que fundamenta a responsabilidade. Ou seja, “do ponto de vista da fórmula da *conditio sine qua non*, não pode ser omitida qualquer contribuição de facto sem que a violação do bem jurídico desapareça. (...) De certo modo, não existe nem um, nem muitos agentes, mas uma autoria coletiva/conjunta”. Brüggemeier alerta para o facto de a problematidade aumentar nas situações em que a contribuição causal apresenta um risco diminuto, só podendo a lesão avultar pela combinação com o comportamento de terceiros, e adianta que, assim sendo, a responsabilidade solidária deve ficar limitada pelo critério da contribuição para o risco substancial, ao mesmo tempo que não devemos ignorar os critérios temporais e espaciais tradicionalmente predispostos para restringir a responsabilidade alternativa prevista no § 830 I/2 BGB. Mais acrescenta Brüggemeier que, porque não é relevante a mera tentativa ao nível do direito privado, se este tiver sido alcançado pelo primeiro agente, o segundo agente não deverá ser responsabilizado. Cf. também 192 e ss. Ao lado da causalidade cumulativa e da causalidade alternativa, o autor fala de causalidade aditiva: a violação ocorre por muitas partes e cada um é responsável por uma parte de tal dano, que conduz a um dano conjunto. Cuidadosamente, distingue-a da *Teilschadensverantwortung* (responsabilidade por parte do dano/pelo dano parcial). Em face dela, são possíveis duas soluções: a) ou se facilita a prova do dano, admitindo a sua existência para além da esmagadora probabilidade, assumindo-se a responsabilidade dos participantes em partes proporcionais; b) ou se considera que existe responsabilidade solidária. Para fundamentá-la ou se considera aplicável o § 830 I/2 BGB ou se recorre ao § 22 *Wasserrecht* (§ 22 I/2 WHG). Segundo nos ensina Brüggemeier, o BGH propõe uma redução teleológica do preceito: o agente é responsabilizado quando causa o dano concreto, mas também quando a sua contribuição põe em perigo, de tal modo que com outras ações pode gerar o dano. A propósito da concorrência de causas parciais (*Konkurrierende Teilursachen*), cf. Thomas PROBST, “La causalité aujourd’hui”, in Christine CHAPPUIS/Bénédict WINIGER, ed., *Les causes du dommage, Journée de la responsabilité civile* Genève, Zurich, Bâle, 2007, 15 e ss. ([www.privatrecht.ch/assets/files/test/Probst%20\(causalite\).pdf](http://www.privatrecht.ch/assets/files/test/Probst%20(causalite).pdf)), p. 10 (duas fábricas poluem o mesmo rio, com uma substância tóxica, mas o produto derramado por cada uma é insuficiente para provocar a morte de todos os peixes. Entende-se que cada autor é responsável pela totalidade do prejuízo).

uma esfera de risco. Por outro lado, se muitos autores falam de uma presunção de causalidade a este propósito, é bom não esquecer que, em coerência com tudo o que já dissemos, ela não pode ser encarada de um ponto de vista probabilístico e empírico, devendo antes ser perspetivada à luz da axiologia fundamentante da responsabilidade civil que predica toda a imputação.

O que justifica verdadeiramente a solidariedade é o facto de cada sujeito assumir um risco que abarca todo o dano evento. O nexos que se erige, não sendo causal, afigura-se absoluto, nessa medida determinando que a responsabilidade não seja repartida entre os sujeitos, exceto no âmbito das relações internas, por via do exercício do direito de regresso.

Atomisticamente, e no quadro do pensamento tradicional, cada uma das condutas não ascenderiam ao patamar mínimo que permitiria a imputação. Mas, se olharmos para a situação complexiva do ponto de vista dos deveres solidarísticos – de cuidado – que entretecem o encontro do *eu* com o *tu* na tessitura mundanal, o resultado a que chegamos pode ser diferente. Só a combinação das duas tem potencial causal para gerar a lesão que se verificou. Ao atuar, cada um deles deve orientar a sua conduta pelos referidos padrões ético-axiológicos, projetáveis nos deveres de prevenção que dogmaticamente se constroem. Se souberem (ou for exigível tal percepção), pelo contexto de atuação, não serem os únicos a operar nesse sentido, então é viável responsabilizar solidariamente ambos os sujeitos. Não se chame à liça o princípio da confiança, por se considerar atentatório da intencionalidade com que o mesmo surge matizado o facto de um agente invocar em sua defesa a confiança depositada na não infração do dever por parte de um terceiro, quando lhe era exigível a consciência da atuação dele. Como a ação não pode ser entendida no sentido mecanicista, sequer finalista, mas ético-axiológico, o comportamento de cada um só passa a ter sentido na inteção dos deveres de cuidado em relação ao outro, o que, pressupondo uma comunidade de pessoas, faz retrair o princípio da confiança sempre que, não cumprindo o nível de cuidado exigível, e conhecendo ou sendo exigível que conheça o análogo *modus operandi* dos seus semelhantes, venha na complementaridade com eles a causar um

dano. Ou seja, a autoria de que aqui se fala, longe dos constrangimentos penalistas, não deve ser entendida no sentido da partilha dos meios materiais de consecução de um comportamento tendente à produção do dano. Mais explicitamente, havendo um mínimo de concertação de ações – a denotar-se sempre que haja conhecimento ou cognoscibilidade da atuação semelhante de outro ou sempre que os agentes se insiram num mesmo nicho concreto de atividade – convertem-se numa só, embora projetem duas ou mais esferas de responsabilidade. A solidariedade será, portanto, a solução.

A cumulação de causas deixaria de ser necessária se, com a ingestão de apenas 50% dos bens produzidos, se desenvolvesse a patologia. Ainda assim, porque ambos os produtos exerceram um efeito causal sobre o dano, a doutrina não hesita em considerar que se deve aplicar o regime da solidariedade nestas hipóteses.

Simplemente, percebe-se, rapidamente, que não é possível determinar qual deles foi, efetivamente, causa do dano. Ou melhor, não é possível determinar qual o grau de contribuição causal de cada um dos produtores. Donde se percebe, afinal, que a cisão estanque que a doutrina tradicional pertence operar entre estes casos e aqueles outros que coenvolvem a causalidade alternativa incerta deve ser recusada, para também aí se admitir a responsabilização solidária dos diversos participantes no evento<sup>98</sup>.

<sup>98</sup> Cf. BYDLINSKI, “Mittäterschaft im Schadensrecht”, 412 e ss., falando de uma causalidade possível e da libertação do lesado da sempre dilemática prova do requisito responsabilizatório. Para uma análise dos critérios concretizadores dessa possível causalidade, veja-se, do autor, “Haftung bei alternativer Kausalität”, 12 e ss. Cf., ainda, *Probleme der Schadensverursachung*, 77 e ss. e p. 87 (propondo a aplicação do preceito quando o concurso se verifica entre a conduta do pretense lesante e um facto natural ou a conduta do lesado); “Aktuelle Streitfragen um die alternative Kausalität”, 30 e ss. [defendendo uma responsabilidade repartida e baseada em probabilidades. A este propósito, embora longe do quadro de referência em que Bydlinski se move, cf. a decisão do Tribunal Federal Suíço de 14 de Julho de 1983, in ZIMMERMANN, KOCH, KOZIOL, WINIGER, *Essential Cases on Natural Causation: 1 (Digest of European Tort Law)*, Springer-Verlag KG, 2007, 399, com comentário de B. Winiger e K. Krell – O proprietário de um terreno de cultivo sofreu danos, na sequência de emissões poluentes provenientes de uma fábrica de alumínio. O Tribunal admitiu a responsabilidade do lesante, mas, como poderia haver outras causas (poluição atmosférica proveniente de outras fábricas, condições de manutenção da terra, localização geográfica, etc), reduziu a indemnização, nos termos do artigo

42.º e 43.º CC Suíço; e a decisão do *Kantongerecht Middelbrug* da Holanda de 1 de Fevereiro de 1999, in *Digest of European Tort Law*, 406, com comentário de W. H. van Boom e I. Giesen – A foi exposto a amianto durante 35 anos em que trabalhou para B. Desde que tinha 17 anos, fumava cerca de 20 cigarros por dia. Morreu de cancro do pulmão, perguntando-se que parte do dano pode ser atribuída à exposição dos abestos e que parte da lesão foi causada pelo facto de fumar. O Tribunal considerou que tanto o amianto como o tabaco são causas do tipo de cancro de que A faleceu. O facto de A fumar deve ser valorado em termos de concurso de culpas do lesado (artigo 6: 101 BW). O Tribunal considerou B responsável em 26%]; “Haftung bei alternativer Kausalität”, 3; “Haftungsgrund und Zufall als alternativ mögliche Schadensursachen”, *Festschrift für Gerhard Frotz*, Wien, 1993, 3 e ss. (considerando que a causalidade alternativa também é chamada a depor quando uma das causas se situa na esfera de risco do lesado, para o que convoca o § 1304 ABGB).

Bydlinski procura determinar qual a importância do conceito de causalidade ao nível da responsabilidade civil, para o que analisa o papel que ao requisito cabe no seio de hipóteses de coautoria. Tendo em conta que o conteúdo mínimo da relação de causalidade aceite pela doutrina e jurisprudência se vem a traduzir pela fórmula da *conditio sine qua non*, o insigne jurista percorre uma série de situações para determinar se nelas se cumpre ou não o requisito, pese embora não se duvide que fundam uma pretensão indemnizatória. Assim, se há casos de coautoria que não se revelam particularmente problemáticos, porque a causalidade dos participantes não é duvidosa (pense-se no exemplo do ladrão que desvia uma cerca enquanto o outro entra), outros haverá em que o decurso causal para o dano não foi tornado claro. É por referência a tais âmbitos de relevância concreta que se fala de uma causalidade possível, mas não provada – cf. p. 413. A doutrina maioritária resolve tais problemas com apelo a uma ideia de atuação conjunta (e inclusivamente a uma vontade conjunta que se tornou atuante, como no caso em que dois ladrões entram numa casa e, enquanto um furta ouro, o outro furta prata, sendo ambos responsáveis pela totalidade do dano causado). Só que – pergunta o autor – “efetivamente o comportamento de cada agente foi condição sem a qual para o surgimento do dano?”. Ora, diz-nos Bydlinski, “sem a sua participação, o resultado danoso teria sido, em muitos casos, o mesmo. Seria diferente se o agente não tivesse agido sem a participação dos outros dois. Mas isto não resulta da vontade conjunta, antes devendo ser tratado ao nível dos factos. Parece, pois, que falha aqui o requisito da causalidade”. Noutras situações, em que se denota uma participação passiva (*untätig Teilnahme* – pense-se no caso em que um ladrão arromba uma casa, enquanto outro fica à porta a vigiar para garantir que não é surpreendido), Bydlinski, apoiando-se na doutrina mais antiga de Rumpf, depõe no sentido da falha na causalidade (cf. p. 414), rejeitando, assim, a teoria da causalidade assente na condição não determinante (*nicht-entscheidenden Bedingung*) como raiz explicativa da solução legal. Segundo esta posição, o resultado sempre surgiria sem a condição, mas nele operar-

-se-ia uma significativa transformação. Assim, não estaria arredado do horizonte problemático a causalidade do comportamento passivo do ladrão que ficou à porta. Só se este não soubesse absolutamente nada da vigilância do outro se poderia dizer que ambos não tinham atuado conjuntamente, exonerando-se a responsabilidade do cúmplice. Como bem nota Bydliniski (cf. p. 415), o pensamento da condição não essencial mostra-se improcedente. Pedindo de empréstimo as palavras do jurista, “segundo esta teoria, o resultado lesivo deve ser, em qualquer caso, influenciado de alguma forma pelo evento (...). Este pode ser descrito com mais ou menos precisão. (...) Quando o evento é descrito com inclusão de certas especificidades, alarga-se o círculo de circunstâncias e a causalidade pode ser afirmada”. Quer isto dizer que, não só quanto muito a influência há-de ter sido meramente psicológica, como os mesmíssimos argumentos que levam os autores a duvidar da bondade da configuração do resultado em concreto, enquanto expediente salvífico da *conditio sine qua non*, podem ser aqui chamados à colação. Acresce que o impacto da causalidade psicológica pode nem conseguir ser calculado em termos determinísticos para, com base nela, se sustentar logicisticamente a solução solidária. Conclui, portanto, Bydliniski que “a responsabilidade não se apoia na causalidade provada existente, mas na incerteza da situação causal” (cf. p. 416), para mais à frente afirmar que “a simples suspeita de causalidade, a mera possibilidade de existir tal nexos, é de relevar no quadro da multiplicidade de agentes. E ela é suficiente, em combinação com o grau de negligência no caso de causalidade alternativa do § 830 I/2 BGB, para sustentar a indemnização”. Assim, a perspetiva que olhava para o problema do ponto de vista da “consciente ação conjunta de vários agentes” é substituída por outro ponto de vista, a culminar na ideia de que recai sobre cada participante uma suspeita de causalidade. O problema que a doutrina tradicional não consegue descortinar à lupa da sua visão é o de saber se a ação conjunta que fundamentou a indemnização de cada participante também conduz, ou não, a uma responsabilidade com base numa causalidade não provada (cf. p. 418). Em rigor, o traçado legal não nos permite aplacar as dúvidas, na medida em que o § 830 I/1 BGB a-penas nos fala de uma multiplicidade de agentes que, através de uma ação conjunta, causaram um dano. As diversas ações são aí tomadas como uma ação causadora do dano (*einerschadensursächlichen Handlung*), não interessando perguntar qual a relação que cada uma individualmente estabelece com o dano. De acordo com o quadro normativo, é possível responsabilizar uma pessoa quando, não se tendo demonstrado a causalidade do seu comportamento relativamente a um dado dano, ela atuou conjuntamente, sendo, portanto, abrangida pelo conceito de *Mittäter*. Também no caso do § 830 I/2 BGB existe, em consonância com um certo ponto de vista, uma causalidade presumida (causalidade apenas possível). Mais do que isso, Bydliniski adverte que há situações em que não existe causalidade e relativamente às quais não deixa de ser procedente um dever de ressarcir os prejuízos (como nas situações de responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos – cf. p. 419). Na ver-

dade, são conhecidas as hipóteses em que a pessoa não é responsabilizada porque adotou um comportamento causalmente relevante em face do dano, mas em virtude de uma causalidade da sua própria esfera. A *eigenen Ursächlichkeit* seria substituída pela *Kausalität der Sphäre*. Só que aí, segundo esclarece o autor, engloba-se a problemática da responsabilidade sem culpa própria, ou seja, de uma responsabilidade por acto alheio ou pelos danos causados por coisas. Ao invés, quando lidamos com a figura dos coautores ou dos cúmplices, estamos em contacto com uma responsabilidade que tem no seu seio a culpa pessoal do agente. “O coautor, e o responsável nos termos da causalidade alternativa do § 830 I/2 BGB, deve responder não pelo comportamento de outrem, mas pelo seu comportamento”, ou seja, “ele responde não porque outro, mas porque ele mesmo atuou de forma culposa”, não sendo possível estabelecer o paralelo entre esta responsabilidade e aquela que se erige a partir de uma esfera que se controla. Do mesmo modo, não podemos encontrar na especial perigosidade que pode resultar da associação de várias pessoas em torno da perpetração do ilícito um fundamento para uma responsabilidade que não assente na causalidade – cf. p. 421. Mais continua Bydlinski. No seu percurso de investigação, afasta outros fundamentos para a solução plasmada no § 830 BGB. Diz-nos, então, “que não é correto pensar que cada coautor deseja a ação dos restantes, devendo por isso responder por ela. Quem quer ou aprova uma ação alheia não pode, por isso, ser obrigado a indemnizar. E quem não quer a produção de um dano através de outra pessoa, mas esteve no local da ação e, podendo obviar a ele, omitiu os seus deveres, pode, em certas circunstâncias, ser responsável pela omissão”. Cf., igualmente, 425 e ss. Bydlinski propõe-se aí investigar a relação entre os dois casos, nos quais a mera possibilidade causal é suficiente (coautoria do § 830 I/1 e causalidade alternativa do § 830 I/2 BGB) e os normais casos de responsabilidade em que há necessidade de demonstrar a causalidade. Nesse ensejo, frisa que, enquanto nos casos de coautoria (*Mittäterschaft*), podemos estar defronte de ações distantes, no caso da causalidade alternativa, só devemos integrar nos participantes os comportamentos que se mostrem adequados ao dano (*schadensadäquat*). Assim, no famoso caso dos atiradores que ferem uma pessoa com o disparo resultante de uma das armas (sem que se consiga identificar qual), dificilmente poderá ser demandado aquele que emprestou uma das armas a um dos atiradores furtivos. Se bem que tenha atuado de modo culposo e possivelmente causal, sendo o comportamento menos perigoso, ele foi menos adequado à produção do dano. Defendem algumas vozes que o conceito de participação numa ação ilícita conjunta (*Teilnahme an einer gemeinschaftlichen unerlaubten Handlung*) implica a presença de um agente doloso, restringindo-se a doutrina do § 830 I/1 BGB à atuação conjunta dolosa. Bydlinski serve-se deste dado para ponderar a relação entre os elementos subjetivos e objetivos no quadro da construção delitual. Pergunta, por isso, “por que razão é que nos casos de *Mittäterschaft* e de *alternativen Ursächlichkeit* é suficiente a causalidade possível, quando nos casos de severa culpa e grande perigosidade é necessário prová-

A solução é consentânea com o quadro dogmático de onde partimos. O que justifica verdadeiramente a solidariedade é o facto de cada sujeito assumir um risco que abarca todo o dano evento. O nexó que se erige, não sendo causal, afigura-se absoluto, nessa medida determinando que a responsabilidade não seja repartida entre os sujeitos, exceto no âmbito das relações internas, por via do exercício do direito de regresso. E mostra-se em conformidade com o que, a outros ensejos, defendemos em matéria de prova da causalidade, o que não obsta a que o jurista se deva certificar da incidência do comportamento do lesante no surgimento do evento lesivo, isto é, do papel que a conduta do lesante teve na história do evento danoso. Só que isso não nos leva a exigir a prova da causa real, sequer a comprovação da condicionalidade *sine qua non* desse comportamento em relação ao evento lesivo. O envolvimento do facto na história da lesão, que é pressuposto na análise da edificação de uma esfera de risco/responsabilidade, torna-se translúcido no momento da comprovação da hipotética relevância problemática do caso, isto é, no

---

-la? Por que razão são estas situações tratadas de forma tão diferente?” (p. 426). A diferença não pode ser encontrada no fundamento da responsabilidade quando ela se ancora num comportamento que se situa próximo de um de outro pretensão lesante, de um acontecimento acidental ou de um coautor. O cerne da questão que justifica a clivagem só pode residir na necessidade de rejeitar lucros para o lesado (*Gewinnabwehbfunktion*): ele só pode ser colocado na situação em que estaria se não tivesse havido a lesão, pelo que o risco de um dano acidental recai sobre si. Tendo em conta dois grupos de casos (um em que cada participante coloca, sem dúvida, uma necessária condição para o dano conjunto; outro em que a afirmação da causalidade do indivíduo apenas se pode apoiar numa ação conjunta consciente e, por isso, na influência psicológica de outros participantes), Bydlinski sustenta que, no primeiro grupo, não se mobiliza nenhuma regra especial (§ 840 BGB), sendo irrelevante saber se a atuação foi dolosa ou negligente, enquanto, relativamente ao segundo, se aventa a necessidade de existir uma ação consciente conjunta, que seria o fundamento para a responsabilidade de cada participante pelo dano total. Simplesmente, segundo o autor, esta visão é incorreta, devendo-se perspetivar o problema sob a ótica da suspeita de causalidade. Em suma, “em conjunto com a severidade da culpa que o ordenamento jurídico faz recair sobre aqueles que em conjunto prosseguem finalidades ilícitas, justifica-se que todos os participantes possam ser considerados responsáveis, sem que haja uma análise mais profunda da sua causalidade para o dano”.

momento em que o lesado apresente os contornos da situação material controvertida e a prove.

Ora, se assim é, também se justifica a imposição de uma obrigação ressarcitória quando o evento concorrente é um comportamento do lesado. Simplesmente, neste caso deixa de fazer sentido falar de solidariedade, pelo que o que verificaria seria a redução da indemnização em função do grau de contribuição daquele lesado. Resolve-se, portanto, a primeira questão levantada neste ponto expositivo. Os outros fatores pretensamente causais para o surgimento da doença poderão, eventualmente, reduzir ou excluir a indemnização, nos termos do artigo 570.º CC, ou, e caso se mobilize o regime da responsabilidade do produtor, nos termos do artigo 7.º/1 do DL n.º 383/89, de 6/11<sup>99</sup>.

---

<sup>99</sup> A solução arriscada está longe de ser doutrinariamente pacífica. Contudo, a índole de um trabalho desta natureza impede-nos de maiores desenvolvimentos sobre o ponto. Remetemos, por isso, para outros trabalhos, onde desenvolvidamente apresentámos argumentos no sentido de sedimentar a posição. Assim, novamente, Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexó de causalidade ao nexó de imputação*; e ID., *Responsabilidade civil: novas perspetivas*.

## 2.

### GESTÃO DA SEGURANÇA ALIMENTAR NO SISTEMA DO *CODEX ALIMENTARIUS*

Natália Zampieri<sup>1</sup>

Doutoranda em Direito Público  
Universidade de Coimbra  
Instituto Jurídico

**Sumário:** *I. A Comissão do Codex Alimentarius. 1.1. Composição. 1.2. Normas alimentares. 1.3. Análise do risco. II. O desempenho dos gestores na análise do risco. 2.1. Legitimidade. 2.2. O princípio da precaução como 'outros fatores legítimos'. III. Aplicabilidade das normas do Codex. IV. Considerações finais.*

As idéias de incerteza e risco sanitário, a gravidade e a irreversibilidade dos danos, sejam eles riscos farmacológicos, biotecnológicos ou alimentares, estão genericamente relacionadas a questões que envolvem a saúde pública, possuem caráter difuso e também possuem como elemento comum o fato de terem origem tecnológica<sup>2</sup>. Os casos que envolveram a crise BSE na Inglaterra, o caso da dioxina na Irlanda, a contaminação do leite por melamina na China, os casos de *E. coli* na Alemanha e os resíduos radioativos encontrados em alimentos no Japão são exemplos de acontecimentos recentes que criaram um clima de alerta internacional considerável.

---

<sup>1</sup> Bolsêira CAPES, BEX n.º 0747/14-9. Ministério da Educação e da Cultura do Brasil.

<sup>2</sup> Karine FOUCHER, *Principe de précaution et risque sanitaire : recherche sur l'encadrement juridique de l'incertitude scientifique*, Paris, 2002, esp. 17.

Em razão destes e de outros acontecimentos similares, a atenção sobre as questões alimentares foi renovada; e, conseqüentemente, a atenção sobre a Comissão do *Codex Alimentarius*. Principalmente sob a atual perspectiva pode-se dizer que as instituições internacionais acabam por reescrever e reorientar os parâmetros das fronteiras estaduais, o que altera, por sua vez, o nível de permeabilidade dos sistemas jurídicos dos Estados no que se refere à introdução de normas, procedimentos e instituições extra-estaduais.

Os trabalhos da Comissão enfrentam problemas e críticas quanto à solidez da produção científica sobre a qual se baseiam, sobre a legitimidade das normas produzidas e sobre a transparência no processo de tomada de decisão, dentre outras. Pelo fato de a elaboração das normas alimentares internacionais produzir implicações econômicas, sociais e culturais relevantes, justifica-se reconhecer a importância da Comissão do *Codex Alimentarius*.

Para compreender (em linhas gerais) a importância da gestão do risco no sistema do *Codex Alimentarius* e a aplicabilidade das normas do *Codex*, é necessário, primeiramente, conhecer a sua composição e respectivas funções.

## I. A COMISSÃO DO *CODEX ALIMENTARIUS*

A Comissão do *Codex Alimentarius* é um órgão híbrido que faz parte do Programa Conjunto da Organização das Nações Unidas para a Alimentação e Agricultura (FAO) e da Organização Mundial da Saúde (OMS) sobre normas alimentares. A Comissão foi estabelecida em 1963 em razão do interesse demonstrado pelos Estados para a criação de medidas internacionais que pudessem auxiliar os países no aprimoramento da qualidade e do abastecimento de alimentos<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Sobre as origens e a criação da Comissão do *Codex Alimentarius* v. Brigit RAMSINGH, *The History of International Food Safety Standards and the Codex Alimentarius (1955-1995)*, Institute for the History and Philosophy of Science and Technology – University of Toronto, 2011, 32 ss; *Codex Alimentarius. Understanding the Codex Alimentarius*, Rome, 2006, 7.

Para organizar o funcionamento da Comissão, a FAO e a OMS elaboraram e adotaram o Manual de Procedimento da Comissão do *Codex Alimentarius*<sup>4</sup>. Dentre os textos do Manual que fundamentam os trabalhos da Comissão, os Estatutos da Comissão do *Codex Alimentarius* fornecem a base jurídica para o trabalho da Comissão e as Regras de Procedimento da Comissão do *Codex Alimentarius* descrevem e formalizam os procedimentos adequados para a execução dos seus trabalhos.

As suas atividades ganharam particular atenção após a inclusão do Acordo sobre Medidas Sanitárias e Fitossanitárias (Acordo SPS<sup>5</sup>) e do Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio (Acordo TBT<sup>6</sup>) – ambos da Organização Mundial do Comércio (OMC), em 1995, como normas do comércio internacional, em razão da força jurídica vinculante destes Acordos para todos os Estados membros da OMC.

A aplicação dos Acordos SPS e TBT mostra a relevância da harmonização de medidas internacionais com o propósito de facilitar o comércio internacional e minimizar os efeitos negativos no comércio. Para tanto, os Acordos contêm normas cujo texto pretende encorajar os Membros da OMC a utilizar normas internacionais como parâmetro para sua legislação interna (Artigos 3.º, 1 do Acordo SPS e Artigo 2.º, 4 do Acordo TBT).

## 1.1. Composição

Quanto à composição, a Comissão é composta por Membros e por Observadores. São Membros da Comissão 185 Estados e a União Europeia, que foi aceita na qualidade de organização econômica regional<sup>7</sup>. Por sua vez, são Observadores

---

<sup>4</sup> O Manual já sofreu alterações desde a sua criação. Para consultar a atual edição do Manual, v. FAO/WHO, *Procedural Manual of the Codex Alimentarius Commission*, 2015.

<sup>5</sup> WTO, *The WTO Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures – SPS Agreement*, 1995.

<sup>6</sup> WTO, *The WTO Agreement on Technical Barriers to Trade*, 1995.

<sup>7</sup> Após discussões, a revisão de 2003 reconheceu a aceitação da participação de organizações econômicas regionais como Membros da Comissão. CODEX ALIMENTARIUS COMMISSION, “Report”, *CAC 26 (2003) 15-24*. CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. *Decisão 2003/822/CE do Conselho, de 17 de*

diversas organizações não-governamentais (como, por exemplo, a Consumers International - CI), organizações intergovernamentais (como, por exemplo, a Organização Mundial do Comércio - OMC) e organizações das Nações Unidas (como, por exemplo, a Organização das Nações Unidas para o Desenvolvimento Industrial - UNDP)<sup>8</sup>.

A Comissão é liderada pelo Comitê Executivo (que se reporta oficialmente à Comissão<sup>9</sup>) e por Órgãos Subsidiários (Comitês do *Codex*; Comitês Regionais de Coordenação; e Grupos de Ação Intergovernamentais *Ad Hoc*).

## 1.2. Normas alimentares

A Comissão do *Codex Alimentarius* possui alguns propósitos. Resumidamente, ela pretende proteger a saúde dos consumidores e assegurar práticas justas no comércio de alimentos; promover a coordenação de normas alimentares; determinar as prioridades, iniciar e orientar a elaboração de projetos de normas; finalizar a elaboração das normas e publicá-las em um *Codex*; e alterar as normas publicadas quando necessário conforme a evolução da ciência.

O *Codex Alimentarius* é uma coleção ordenada e unificada de normas alimentares (cada qual com características e finalidades próprias) resultante dos trabalhos desenvolvidos pela Comissão. São tipos de normas elaboradas pela Comissão: *Standards*, diretrizes, códigos de práticas e limites máximos de resíduos (LMR).

Resumidamente, os *Standards* são documentos técnicos que regulam um ou mais alimentos/substâncias em alimentos.

---

*Novembro de 2003, relativa à adesão da Comunidade à Comissão do Codex Alimentarius*, L 309, 26.11.2003. Os Estados-membros da UE mantêm-se como Membros da Comissão do *Codex Alimentarius* independentemente da adesão da Comunidade como Membro.

<sup>8</sup> Os Observadores não têm direito a voto na Comissão, mas podem participar das reuniões e submeter memorandos. Pelo fato da Comissão ser composta por Estados e por Observadores, ou melhor, pelas características diversas dos Observadores, ela é considerada um órgão híbrido.

<sup>9</sup> Veja-se a “Rule V.7” em: “Rules of Procedure of the *Codex Alimentarius* Commission”, in FAO/WHO, *Procedural Manual of the Codex Alimentarius Commission*, 2015.

Um exemplo são os Standards Gerais para Aditivos Alimentares. Os códigos de prática, por sua vez, são recomendações técnicas – normalmente sobre assuntos/objetos específicos – para a manutenção das boas práticas alimentares. Pode ser citado como exemplo o Código de Práticas de Higiene para Especiarias e Ervas Aromáticas Secas. As diretrizes, diferentemente dos *Standards* e dos códigos de prática, são textos que contêm critérios gerais que servem para orientar o cumprimento de outros textos produzidos pela Comissão, como, por exemplo, os Princípios e Diretrizes para a Condução da Avaliação de Risco Microbiológico. Quanto aos denominados LMRs, são eles orientações sobre limites máximos de resíduos de pesticidas e de medicamentos veterinários em alimentos.

### 1.3. Análise do risco

O Processo para a Elaboração de normas do *Codex* e Textos Relacionados está contido na Sessão II do Manual de Procedimento e é composto por oito fases. A aprovação destas normas pela Comissão pressupõe que seja feita uma análise de risco como forma de se certificar que as normas garantem a segurança alimentar e demais aspectos relacionados à saúde humana e animal.

A análise do risco possui três componentes: a avaliação do risco, a gestão do risco e a comunicação do risco. Como aspectos científicos e políticos possuem naturezas diferentes (empírica e normativa) e lógicas próprias para a determinação de um nível de proteção adequado, a acomodação e a separação dos diferentes aspectos contribuem para a tomada de decisões racionais<sup>10</sup>.

A avaliação do risco consiste em uma avaliação científica realizada por órgãos especializados da FAO/OMS cujos trabalhos desempenham um papel importante na harmonização de parâmetros internacionais<sup>11</sup>. São eles: o Comitê Conjunto de

---

<sup>10</sup> Thorsten HÜLLER - Matthias Leonhard MAIER, «Fixing the Codex? Global Food-Safety Governance under Review», in Christian JOERGES – Ernst-Ulrich PETERSMANN, *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and Social Regulation*, Oxford, 2006, esp. 286.

<sup>11</sup> Sobre a interferência das atividades do JECFA, JMPR e JEMRA na harmonização internacional, v. Asbjørn EIDE, Arne OSHAUG, Wenche Barth EIDE, «Food security and the right to food in international Law and development», *Transnational Law & Contemporary Problems*, 1 (1991) 415-467.

especialistas da FAO/OMS em Aditivos Alimentares (JECFA); a Reunião Conjunta da FAO/OMS sobre Resíduos de Pesticidas (JMPPR); e o Comitê Conjunto de Especialistas da FAO/OMS sobre Avaliação de Risco Microbiológico (JEMRA)<sup>12</sup>; cada qual atuando na sua competência material.

A avaliação é feita a partir (i) da identificação de agentes ou de condições perigosas; (ii) da identificação das suas características através de dados quantitativos e/ou qualitativos; (iii) da avaliação quantitativa e/ou qualitativa da ingestão dos agentes nocivos; (iv) e da caracterização do risco através de estimativas quantitativas e/ou qualitativas da probabilidade de ocorrência de danos à saúde com base nos resultados obtidos nas etapas (i), (ii) e (iii).

Todavia, como a comunidade científica é representada nestes órgãos por um número limitado de especialistas, diversos são os questionamentos quanto à ‘reduzida’ representatividade da comunidade científica e quanto à imparcialidade dos especialistas selecionados<sup>13</sup>. Preocupada com esta questão, a Comissão estuda a possibilidade de atualizar os procedimentos de transparência na seleção de especialistas e criar mecanismos para evitar o conflito de interesses.

A gestão do risco, por sua vez, é feita pelos ‘gestores’, ou seja, por representantes dos Membros da Comissão. A Comissão e seus órgãos subsidiários (os Comitês) são responsáveis pela gestão do risco.

A gestão do risco consiste em um processo de ponderação de alternativas políticas no qual a proteção da saúde dos consumidores é o objetivo principal. Esse processo de ponderação obviamente leva em consideração a avaliação do risco, ou melhor, os resultados

---

<sup>12</sup> O aconselhamento científico realizado pelos órgãos especializados é regido pelos princípios da solidez, responsabilidade, objetividade, imparcialidade, transparência e inclusão. A explicação dos princípios pode ser encontrada em FAO/WHO, *Provision of Scientific Advice to Codex and Member Countries. Report of Joint FAO/WHO Workshop*, 2004, 5-7.

<sup>13</sup> Badr ZERHDOUD, «L’OMS et la sécurité alimentaire», Ahmed MAHIOU / Francis SNYDER, ed., *La sécurité alimentaire – Food security and food safety*, Leiden/Boston, 2006, 468. Ravi Afonso PEREIRA, «Why would international administrative activity be any less legitimate? – A study of the Codex Alimentarius Commission», in Armin von BOGDANDY, Rüdiger WOLFRUM, Jochen von BERNSTORFF, Philipp DANN, Matthias GOLDMANN, ed., *The exercise of public authority by international institutions*, Heidelberg, 2010, 571-572.

obtidos na avaliação do risco. Todavia, as decisões não precisam necessariamente respeitar de forma integral os resultados obtidos na avaliação do risco.

A tarefa do gestor é composta, entre outros fatores, pela identificação do problema relacionado à segurança alimentar, pelo estabelecimento de um perfil do risco, pela classificação dos riscos e pela identificação de decisões possíveis para que a decisão a ser tomada seja ‘a melhor opção’ entre as existentes.

Quando apropriado, os gestores podem levar em consideração ‘outros fatores legítimos’<sup>14</sup> para a proteção da saúde dos consumidores e para a promoção de práticas justas no comércio, por exemplo, parâmetros de precaução ou a seleção de medidas apropriadas de prevenção e controle que visam promover a segurança alimentar<sup>15</sup>.

A comunicação do risco é a terceira componente da análise do risco. A comunicação do risco consiste no intercâmbio interativo de informações e opiniões entre avaliadores, gestores e outras partes interessadas nas informações, sendo a transparência o seu elemento-chave.

As fases do procedimento de elaboração de normas do *Codex* contemplam a análise do risco (e suas componentes) uma vez que a iniciativa, a preparação da proposta de norma, a admissão de organizações internacionais interessadas como observadores, as fases de dupla aprovação e revisão, e as fases de discussão final/ aprovação obedecem a ‘divisão’ de competências entre avaliadores e gestores.

## II. O DESEMPENHO DOS GESTORES NA ANÁLISE DO RISCO

Dentro do contexto apresentado, e considerando que as normas do *Codex* são formalmente *soft law* e podem vir a ser ado-

---

<sup>14</sup> FAO/WHO, *Procedural Manual of the Codex Alimentarius Commission*, 2015, cap. “Working Principles for Risk Analysis for Application in the Framework of the Codex Alimentarius”, 28.

<sup>15</sup> FAO/WHO, *Procedural Manual of the Codex Alimentarius Commission*, cap. “Statements of Principle Concerning the Role of Science in the Codex Decision-making Process and the Extent to which Other Factors are taken into account. Appendix: General decisions”, 216.

tados internamente pelos Estados<sup>16</sup>, é possível identificar pelo menos dois aspectos importantes do desempenho dos gestores na análise do risco.

## 2.1. Legitimidade

Quanto à legitimidade, apesar das divergências doutrinárias sobre o assunto, a participação dos gestores confere legitimidade às normas elaboradas pela Comissão do *Codex Alimentarius*. Todavia, afirmar que as normas são legítimas em razão da participação dos gestores não significa concordar que o assunto não merece ser aprofundado e estudado sob outro ângulo.

As delegações nacionais são compostas por delegados que actuam em representação formal dos governos sobre questões cujas orientações já foram preestabelecidas e negociadas nos comitês nacionais. Em muitos casos os delegados são representantes diplomáticos, mas também é grande o número de Membros cuja delegação nacional é composta por sujeitos qualificados, provenientes de instituições públicas ou privadas<sup>17</sup>.

Portanto, argumenta-se que sobre os delegados – representantes diplomáticos e/ou representantes técnicos (especialistas) – existe uma transferência de poder de decisão que precisa ser cuidadosamente executada para prevenir/eliminar as hipóteses de interferência de outros interesses que não os previamente acordados pelos membros nacionais.

## 2.2. O princípio da precaução como ‘outros fatores legítimos’

Em segundo lugar, a ponderação de opções políticas e a possibilidade da utilização de ‘outros fatores legítimos’ – além

<sup>16</sup> Dario BEVILACQUA, «The Codex Alimentarius Commission: increasing accountability through transparency», 2006, 4, acessível em <[www.ijl.org/gal/documents/BevilacquaCodex.doc](http://www.ijl.org/gal/documents/BevilacquaCodex.doc)>; Suzana Tavares da SILVA, «Acto Administrativo de “Faca e Garfo”», in Fernando Alves CORREIA; Jónatas E. M. MACHADO; João Carlos LOUREIRO, org., *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, vol. 4, Coimbra, 2012, esp. 624-625.

<sup>17</sup> Dario BEVILACQUA, *La sicurezza alimentare negli ordinamenti giuridici ultraesatali*, Milano, 2012, esp. 400.

dos resultados científicos – para a tomada de uma decisão e aprovação de uma norma técnica abre caminho, por exemplo, para se discutir a viabilidade da aplicação do princípio da precaução no juízo de valor feito pelos gestores.

A precaução é considerada pela Comissão como um elemento da análise do risco. Todavia, parece que o consenso entre ‘onde’ localizar o princípio da precaução (na avaliação ou na gestão do risco) parece estar longe de ser atingido.

O debate sobre a inclusão ou consideração do princípio da precaução nos trabalhos do *Codex* não é recente. Desde 1999 as opiniões dos Membros são manifestamente divergentes e praticamente mantiveram-se polarizadas entre a opinião da União Europeia e na opinião dos Estados Unidos da América. Para a UE, o princípio da precaução deveria ser inserido na gestão do risco<sup>18</sup>; e, para os EUA, o princípio da precaução não deveria ser inserido na gestão do risco (uma vez que é ‘elemento’ da avaliação do risco)<sup>19</sup>.

Em 2001 a Comissão constatou a possibilidade de invocar outros fatores legítimos para além dos científicos como fundamento de decisões na gestão do risco (numa base caso-a-caso)<sup>20-21</sup>.

A abertura à identificação e indicação de outros fatores legítimos comporta, no entanto, exceções. Em primeiro lugar, se a inclusão de um denominado ‘fator legítimo’ entrar em conflito com uma evidência científica, tais fatores não serão levados em consideração (ou seja, um argumento em sede de gestão do risco não pode contrariar uma evidência obtida em uma análise de risco). Em segundo lugar, somente poderão ser aceitos como

---

<sup>18</sup> A concepção europeia pressupõe a precaução como um elemento inerente à análise do risco. Segundo a concepção de Estorninho, por exemplo, a análise do risco fornece o fundamento científico para a decisão administrativa; decisão essa que contará com as componentes de precaução e proporcionalidade na fase da gestão do risco. Maria João ESTORNINHO, *Segurança alimentar e proteção do consumidor de organismos geneticamente modificados*, Coimbra, 2008, esp. 11.

<sup>19</sup> CODEX ALIMENTARIUS COMMISSION, “Report”, CCGP 14 (1999) 16-37.

<sup>20</sup> FAO/WHO, *Procedural Manual of the Codex Alimentarius Commission*, 2015, cap. “Criteria for the Consideration of the Other Factors Referred to in the Second Statement of Principle”, 209-210.

<sup>21</sup> Sara POLI, «Adopting international food Standards: Euro-American conflicts within the Codex Alimentarius Commission», in Francis SNYDER, dir., *International Food Security and Global Legal Pluralism. Sécurité alimentaire internationale et pluralisme juridique mondial*, Bruylant, 2004, esp. 222-223.

‘outros fatores legítimos’ aqueles fatores que são aceitos (ou possam ser aceitos) num âmbito global (*world-wide basis*) ou regional (para os casos dos *standards* regionais). Em terceiro lugar, espera-se que os ‘fatores legítimos’ sejam considerados na medida em que não restrinjam excessivamente o comércio<sup>22</sup>.

A falta de consenso sobre o assunto é claramente perceptível pelo texto contraditório do Manual do *Codex*. Ao mesmo tempo em que parece ser aceitável que seja uma tarefa do gestor e não do avaliador do risco<sup>23</sup>, o Manual inclui a estimativa do risco (“estimação quantitativa e qualitativa do risco decorrente da caracterização do risco”<sup>24</sup>) na avaliação do risco.

### III. APLICABILIDADE DAS NORMAS DO *CODEX*

Quanto à aplicabilidade das normas do *Codex*, é possível afirmar que elas podem servir de base para a regulamentação alimentar e atos derivados.

No âmbito europeu, por exemplo, adotou-se o Regulamento (CE) 178/2002 do Parlamento Europeu e do Conselho<sup>25</sup>

<sup>22</sup> CODEX ALIMENTARIUS COMMISSION, “Report”, CAC 24 (2001) 89 (cap. “Amendment to the Statements of Principle on the Role of Science in the Codex Decision-Making Process and the Extent to which Other Factors are Taken into Account”).

<sup>23</sup> FAO/WHO, *Procedural Manual of the Codex Alimentarius Commission*, 2014, 112, no cap. “*Working Principles for Risk Analysis for Application in the Framework of the Codex Alimentarius*”, veja-se: “25. [...] The responsibility for resolving the impact of uncertainty on the risk management decision lies with the risk manager, not the risk assessors”.

<sup>24</sup> “The qualitative and/or quantitative estimation of risk resulting from risk characterization”. A componente ‘qualitativa’ foi incluída apenas no recente Manual da Comissão do *Codex Alimentarius* (2015). FAO/WHO, *Procedural Manual of the Codex Alimentarius Commission*, 2015.

<sup>25</sup> PARLAMENTO EUROPEU / CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento (CE) n.º 178/2002 do Parlamento Europeu e do Conselho de 28 de Janeiro de 2002 que determina os princípios e normas gerais da legislação alimentar, cria a Autoridade Europeia para a Segurança dos Alimentos e estabelece procedimentos em matéria de segurança dos géneros alimentares*, JO L 31, 1.2.2002; posteriores alterações: *Regulamento (CE) n.º 1642/2003 do Parlamento Europeu e do Conselho de 22 de Julho de 2003*, JO L 245, 29.9.2003; *Regulamento (CE) n.º 575/2006 da Comissão de 7 de Abril de 2006*, JO L 100, 8.4.2006; *Regulamento (CE) n.º 202/2008 da Comissão de 4 de Março de 2008*, JO L 60, 5.3.2008.

na tentativa da recuperação da confiança dos consumidores após a crise BSE<sup>26</sup>.

Reconhecido como ‘Lei Básica Alimentar’ (*General Food Law*), o Regulamento (CE) n.º 178/2002 se caracteriza pela maior ênfase na regulação horizontal que substancialmente contenha objetivos a serem atingidos com relação à segurança alimentar<sup>27</sup>: proteção da saúde (considerandos 1 e 32 e Artigo 1.1 e 5.1); proteção dos interesses dos consumidores (considerandos 1, 9, 22 e 23 e Artigos 1.1, 5.1 e 8); proteção do ambiente (considerandos 37 e Artigos 1.1 e 5.1); proteção da segurança dos trabalhadores (considerandos 37); e aproximação legislativa para evitar obstáculos econômicos (considerandos 3, 5, 26, 34 e Artigo 5.2).

A criação de novas perspectivas no direito europeu<sup>28</sup> possibilitou, ainda, a contextualização entre a legislação europeia e as normas elaboradas pela Comissão do *Codex Alimentarius*.

Conforme o Artigo 5.º, n.º 3,

“Sempre que existam normas internacionais ou esteja eminente a sua aprovação, estas devem ser tidas em conta na formulação ou na adaptação da legislação alimentar, excepto quando as referidas normas ou os seus elementos pertinentes constituírem meios ineficazes ou inadequados para o cumprimento dos objectivos legítimos da legislação alimentar ou quando houver uma justificação científica ou ainda quando puderem dar origem a um nível de protecção diferente do considerado adequado na Comunidade Europeia”.

Interpretar a aplicação deste artigo no sentido da inclusão de normas elaboradas pela Comissão do *Codex Alimentarius* na legislação alimentar nacional e comunitária pode significar, eventualmente, um impulso para a consolidação da posição jurídica das normas do *Codex* na Europa.

<sup>26</sup> Sobre a criação da Agência Europeia para a Segurança Alimentar e sobre a separação de competências entre a avaliação e gestão do risco entre a Agência e a Comissão Europeia, *v.* Maria João ESTORNINHO, *Segurança alimentar e protecção do consumidor de organismos geneticamente modificados*.

<sup>27</sup> Bernd M. J. van der MEULEN, «The structure of European Food Law», *Laws*, 2 (2013) esp. 77-78.

<sup>28</sup> Incluindo o White Paper. COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *COM(1999) 719 final, White Paper on Food Safety*, 12.1.2000.

São muitos os casos em que esta ‘inclusão’ pode ser encontrada. Pode ser citado como um exemplo o Regulamento (CE) n.º 470/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho de 6 de Maio de 2009. O Regulamento prevê procedimentos comunitários para o estabelecimento de LMRs de fármacos em alimentos de origem animal e revogou o Regulamento (CEE) n.º 2377/90 do Conselho<sup>29</sup>.

Os LMRs de substâncias farmacologicamente ativas em medicamentos veterinários são fixados quando necessários para proteger a saúde humana. Considerando que a Comunidade atua como Membro na Comissão do *Codex Alimentarius*, o Regulamento (CE) n.º 470/2009 prevê a aprovação dos LMRs do *Codex* sem que seja necessária uma avaliação suplementar do risco pela Agência Europeia de Medicamentos. A possibilidade da aprovação de um LMR sem avaliação do risco, todavia, está adstrita àqueles LMRs do *Codex* apoiados pela Comunidade; os quais provavelmente devem ter sido disponibilizados à delegação da Comunidade<sup>30</sup>. Neste sentido, é possível perceber a tendência da Comunidade em reforçar a coerência entre a legislação comunitária e normas internacionais alimentares.

As normas do *Codex* podem ainda ser consideradas e aplicadas para auxiliar decisões judiciais. No âmbito comunitário, e apesar da alteração legislativa acima mencionada, o Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 17 de Junho de 2008 é um bom exemplo para ilustrar esta afirmação<sup>31</sup>.

No caso em questão foram partes a cp-Pharma e a Alemanha. Foi apresentado ao Tribunal um pedido de decisão

---

<sup>29</sup> PARLAMENTO EUROPEU / CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento (CE) n.º 470/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho de 6 de Maio de 2009 que prevê procedimentos comunitários para o estabelecimento de limites máximos de resíduos de substâncias farmacologicamente activas nos alimentos de origem animal, que revoga o Regulamento (CEE) n.º 2377/90 do Conselho e que altera a Directiva 2001/82/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e o Regulamento (CE) n.º 726/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho*, JO L 152, 16.6.2009.

<sup>30</sup> Considerandos (21); Artigo 14.º, 3, b; Artigo 17.º, 1. Regulamento (CE) n.º 470/2009.

<sup>31</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Julho de 2008. Cp-Pharma Handels GmbH contra Bundesrepublik Deutschland. Processo C-448/06. Colectânea de Jurisprudência 2008 I-05685.

prejudicial sobre a validade do Regulamento (CE) n.º 1873/2003 da Comissão, que alterou o Anexo II do Regulamento (CEE) n.º 2377/90 do Conselho, mais especificamente quanto à administração de progesterona em fêmeas de animais destinados ao consumo humano<sup>32</sup>. No litígio original a autorização obtida anteriormente pela cp-Pharma para a introdução no mercado da progesterona para uso veterinário foi revogada.

O caso é bastante interessante e o Tribunal declarou que a análise da questão submetida não revelou nenhum elemento suscetível de afetar a validade do Regulamento (CE) n.º 1873/2003.

Ao retomar o assunto anteriormente debatido no acórdão de 12 de Julho de 2005, Comissão/CEVA e Pfizer<sup>33</sup>, o Tribunal reconhece o poder de apreciação conferido à Comissão quanto às medidas necessárias e adequadas para a proteção da saúde pública.

A questão da administração da progesterona é complexa e controversa. É complexa, na medida em que supostamente não se consegue determinar a progesterona produzida naturalmente pelo organismo do animal daquela resultante da administração do medicamento, e também porque a progesterona pode ser usada ilegalmente como estimulante do crescimento. Por sua vez, a questão é controversa na medida em que existem pareceres científicos divergentes quanto aos efeitos nocivos da progesterona<sup>34</sup>.

Ao mesmo tempo em que afirma que não existe nenhuma disposição que preveja o carácter vinculativo dos pareceres do CMV (Comité Permanente dos Medicamentos Veterinários),

---

<sup>32</sup> Os Anexos contêm informações sobre os medicamentos veterinários; são listas que contemplam os medicamentos que podem ser objeto de comercialização.

<sup>33</sup> Acórdão do Tribunal de 12 de Julho de 2005. Comissão das Comunidades Europeias contra CEVA Santé Animale SA e Pfizer Enterprises Sàrl. Processo C-198/03 P. Colectânea de Jurisprudência 2005 I-06357.

<sup>34</sup> “34. [...] Ao limitar a autorização da progesterona à administração por via vaginal, garantiu que não existiria utilização abusiva da progesterona e foi a única forma de assegurar que os medicamentos veterinários contendo progesterona poderiam ser autorizados por uma decisão comunitária em matéria de LMR sem violar a Directiva 96/22. Se fosse introduzida no mercado uma solução injectável de progesterona seria difícil apurar se estava, ou não, a ser administrada como factor de crescimento”. Conclusões do advogado-geral Mazák apresentadas em 16 de Janeiro de 2008. Cp-Pharma Handels GmbH contra Bundersrepublik Deutschland. Processo C-448/06.

o Tribunal alega que no âmbito do estabelecimento de um LMR a Comissão deve levar em consideração quaisquer controles científicos de segurança das substâncias em causa que tenham sido efetuados por organizações internacionais – como aquele que resulta do *Codex Alimentarius*.

Todavia, mesmo sendo aceitável o exercício do poder de apreciação conferido à Comissão e a não-vinculação necessária dos resultados dos pareceres científicos, isto não significa que a Comissão se possa eximir do seu dever de fundamentação (Artigo 253º CE).

#### IV. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise dos breves aspectos expostos sobre a Comissão do *Codex Alimentarius* permite observar que a sua produção ‘normativa’ em matéria de segurança alimentar tende cada vez mais a assumir papéis teóricos e práticos relevantes nas instituições estaduais e comunitária.

O uso destas normas nos ordenamentos legislativos e nas decisões judiciais reconfigura, mesmo que ainda de forma tímida, concepções jurídicas e políticas ‘clássicas’. Esta reconfiguração, porque ainda não ‘finalizada’ (se algum dia estiver finalizada), faz com que surjam diversas situações que merecem a atenção dos juristas.

Parece ser possível aceitar que a regulação da segurança sanitária alimentar possui uma natureza trans-científica<sup>35</sup> e de proporções globais; e, quando a estas características se adiciona o comércio internacional e os interesses das corporações que participam da produção e distribuição de alimentos e medicamentos veterinários, o quadro se torna ainda mais complexo e desafiante.

---

<sup>35</sup> WEINBERG *apud* Thorsten HÜLLER - Matthias Leonhard MAIER, «Fixing the Codex? Global Food-Safety Governance under Review», in Christian JOERGES and Ernst-Ulrich PETERSMANN, *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and Social Regulation*, esp. 270.

# 3.

## DIREITO PENAL ALIMENTAR

*André Morais*

*Fábio Gulpilhares*

*Francisca Robalo Cordeiro*<sup>1</sup>

Mestrandos em Direito Penal

Faculdade de Direito

**Sumário:** *Introdução. 1. Os bens jurídicos tutelados pelo Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de janeiro: Then... and now what? 2. Jurisprudência em “queda-livre”? 3. Da teoria à prática: O papel da ASAE enquanto Órgão de Polícia Criminal na defesa da segurança alimentar - Uma perspetiva adjetiva/processual penal da aplicação do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de janeiro.*

### Introdução

O labor que nos foi acometido com a participação no colóquio alusivo ao “risco alimentar” – visto sob a égide do direito penal – trata-se, *grosso modo*, de demonstrar a evolução dos crimes contra a economia e saúde pública através de três perspetivas ou prismas diferentes. Em primeiro lugar, veremos quais os bens jurídicos protegidos pelo diploma paradigmático nesta sede, o Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de janeiro, percebendo qual tem sido o seu entendimento doutrinal até à atualidade e, eventualmente,

---

<sup>1</sup> O texto foi elaborado com a colaboração dos Mestrandos Carolina Mendes e Tiago Magalhães e dos estudantes de 1.º ciclo Ana Carolina Correia e João Prata Rodrigues, no âmbito do grupo de investigação do Instituto de Direito Penal Económico e Europeu, coordenado pelos Doutores Maria João Antunes, Susana Aires de Sousa e Nuno Brandão.

a necessidade da sua recompreensão atendendo à considerável longevidade temporal. Posteriormente será dado lugar à perspectiva jurisprudencial, onde será objetivo primordial aquilatar o nível de incidência, nos tribunais superiores, dos crimes contra a economia e saúde pública ao longo dos últimos 30 anos, através da interpretação de alguns dados estatísticos. Por fim, a nossa modesta linha de investigação centrar-se-á numa autoridade, que desde a sua criação tem vindo a ganhar importante destaque junto da sociedade, sobretudo após a sua classificação como órgão de polícia criminal – a ASAE. Muito sinteticamente, o discurso sobre este órgão centrar-se-á numa abordagem às suas principais competências – com particular foco na área alimentar –, técnicas de investigação e o seu decisivo papel na profilaxia e repressão da criminalidade alimentar.

Realizadas estas breves considerações vestibulares, como forma de introdução às temáticas alusivas à linha de investigação “Risco, Transparência e Litigiosidade”, desta vez com foco no Direito Alimentar sob perspectiva penal, estão reunidas as condições para reproduzir os resultados da investigação encetada pelo grupo de investigadores do Instituto de Direito Penal Económico e Europeu.

### **1. Os bens jurídicos tutelados pelo Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de janeiro: *Then... and now what?***

Um olhar do Decreto-Lei n.º 28/84 à luz da ideia de bem jurídica convoca uma dupla perspectiva – simultaneamente, descortinar os bens jurídicos ali tutelados e o modo como têm sido encarados pela doutrina no decorrer do seu período de vigência.

Socorrendo-nos do mundo da psicanálise, podemos afirmar que o nosso diagnóstico penderá entre a busca de uma *síndrome de Peter Pan* e a procura de uma *crise de meia-idade*. Concretizando – no fundo, cuidaremos de saber se os bens jurídicos tutelados permanecem com a mesma modelação (leia-se, *juventude*) que lhes assistia à época em que o legislador lhes reconheceu e positivou as suas dignidade e necessidade de tutela ou se, por outro lado, este “consolidado *trintão*” chegou a uma altura da sua vida em

que é necessário recompreender ou recalibrar os seus objetos de tutela. Será este o nosso propósito e o nosso ensejo.

Acreditamos que esta tarefa ganha acrescido interesse na medida em que, já o escreveu Costa Andrade, «[...] o regime dos crimes previstos neste diploma terá de ser interpretado e aplicado segundo o princípio do bem jurídico com as respetivas conseqüências»<sup>2</sup> pelo que, em consonância com esta asserção, uma atualização do entendimento dos bens jurídicos tutelados por este diploma será sempre uma atualização dogmático-hermenêutica do mesmo<sup>3</sup>.

Como antecedentes imediatos e próximos do Decreto-Lei n.º 28/84 temos a Carta do Conselho da Europa sobre a Proteção do Consumidor<sup>4</sup> e a Lei n.º 12/84, o diploma que constitui a autorização legislativa ao Governo em matéria penal e processual penal.

A Lei de autorização é de pouco préstimo para a reflexão de que nos ocupamos, dado o pragmatismo máximo e abstrato dos objetivos, na medida em que se limita a definir como “sentido” dessa autorização “a obtenção de maior celeridade e repressão deste tipo de infrações, atualizando o regime em vigor” (art. 4.º/a).

Diferentemente, a Carta do Conselho da Europa sobre a Proteção do Consumidor, que desencadearia o “movimento *consumerista*” no panorama europeu durante as décadas seguintes<sup>5</sup>, será fulcral para compreender a maioria das soluções e posições adotadas e preconizadas pelo legislador português de 1984.

Aí, o primeiro princípio consagrado é o *direito dos consumidores à proteção e à assistência*, no qual, maioritariamente, vão encontrar fundamento os tipos incriminadores do Decreto-Lei

<sup>2</sup> Manuel da Costa ANDRADE, «A nova lei dos crimes contra a economia (Dec. Lei n.º 28/84, de 20 de janeiro) à luz do conceito de ‘bem jurídico’», *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 406.

<sup>3</sup> Diz-nos ainda Aires de Sousa que «[...] a nota principal apontada pelo Autor [Costa Andrade] àquele decreto legislativo, idónea a conferir-lhe uma específica diferença na comparação com o diploma de 1957, consiste no relevo concedido ao bem jurídico na classificação e sistematização das infrações», em *A Responsabilidade Criminal pelo Produto e o Topos Causal em Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1.ª ed., junho de 2014, 559.

<sup>4</sup> Aprovada pela Resolução n.º 543, de 17 de maio de 1973.

<sup>5</sup> Susana Aires de SOUSA, *A Responsabilidade Criminal pelo Produto*, 543.

n.º 28/84. Mais concretamente, há que reconduzi-los à “proteção contra danos nos interesses económicos do consumidor”.

Embora esta Carta não deixe de autonomizar um capítulo sobre a “proteção contra danos físicos causados por produtos perigosos”, a desnecessidade, *rectius*, a falta de exigência da susceptibilidade de criação de perigo para “a vida ou para a saúde e integridade física” da pessoa (art. 24.º) ou dos “referidos animais” (art. 25.º) afasta estes crimes do âmbito dos danos físicos, matéria esta coberta pelas pertinentes (*boc sensu*, clássicas...) disposições do Código Penal dirigidas à proteção da vida, da saúde e da integridade física (bem como o específico art. 282.º sobre a *corrupção de substâncias alimentares ou medicinais*).

Numa breve análise formal-sistemática, salta logo à vista que aos crimes contra a economia coube a *fatia de leão* do Decreto-Lei 28/84.

Apesar da referência plural a “crimes contra a saúde pública”, *estes* ficam-se pelo crime de *abate clandestino* (art. 22.º), cuja formulação permite identificar a saúde pública com a exigência de cumprimento do «conjunto de regras sanitárias ou de higiene social»<sup>6</sup>.

Quanto aos outros principais tipos legais de crime e ainda antes de entrarmos naqueles que maior pertinência apresentam com o tema deste Colóquio, podemos relacionar o *açambarcamento* (arts. 28.º e 29.º) com a tutela do «abastecimento regular do mercado de bens essenciais ou de primeira necessidade»<sup>7</sup> e adstringir o crime de *especulação* (art. 35.º) à defesa (ainda que, por vezes, indireta) da «estabilidade dos preços»<sup>8</sup>

Retomando a ideia de há pouco, vemos que foi a parte da Carta atinente à tutela dos interesses económicos dos consumidores que, de forma mais direta e quase exclusiva, influenciou o legislador português. Isso mesmo pode ser corroborado pela leitura do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 28/84.

<sup>6</sup> Susana Aires de SOUSA, *A Responsabilidade Criminal pelo Produto*, 583. A Autora chama ainda a atenção para «a extensão e dificuldade de concretização da saúde pública como bem jurídico-penal» como razão para a «mínima tutela penal» que lhe cabe.

<sup>7</sup> Manuel da Costa ANDRADE, «A nova lei dos crimes contra a economia», 408, sublinhado do Autor.

<sup>8</sup> Manuel da Costa ANDRADE, «A nova lei dos crimes contra a economia», 209, sublinhado do Autor. Ver ainda a clarificação que nessa sede é feita entre as tutelas direta e indireta da «estabilidade dos preços».

Após um vestibular e claro enquadramento no contexto das “atividades delituosas contra a economia nacional”, convocam-se os “valores fundamentais do ordenamento sócio-económico”. Mais adiante, quando se justifica e explica a incriminação das “infrações contra a genuinidade, qualidade e composição dos géneros alimentícios e aditivos alimentares”, não é feito nenhum apelo ao risco para a vida ou para a integridade física e a saúde do consumidor mas sim aos “valores protegidos [da] confiança de quem entra em relação negocial com o agente e, reflexamente, o interesse patrimonial do adquirente ou do consumidor”.

Desta forma e com segurança, podemos afirmar que a economia é o quadro global ou *perímetro* das condutas puníveis, havendo que, depois de delinear os âmbitos singulares de atuação dos vários tipos incriminadores, descortinar o seu imediato objeto de tutela<sup>9</sup>.

Nesse exercício, vamos encontrar, a propósito dos arts. 23.º, 24.º e 25.º o signo comum da «confiança da coletividade na lisura do tráfego jurídico, concretamente, na autenticidade e genuinidade dos géneros»<sup>10</sup>, sintetizado numa geral fraude sobre as mercadorias<sup>11</sup>.

Encontramos aqui uma primeira corrente doutrinal que define os crimes contra os consumidores como crimes antieconómicos, por força do «quadro de uma relação de consumo que é uma relação económica protagonizada por agentes económicos»<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> «Subscrevendo a posição de Tiedemann de que a economia funciona neste âmbito como referente global das condutas puníveis e não como bem jurídico diretamente protegido, Costa Andrade desmembra esse referente numa multiplicidade de bens jurídicos intermédios [...]», Augusto da Silva DIAS, «Entre «comes e bebes»: debate de algumas questões polémicas no âmbito da proteção jurídico-penal do consumidor (A propósito do Acórdão da Relação de Coimbra de 10 de Julho de 1996)», *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, 477.

<sup>10</sup> Manuel da Costa ANDRADE, «A nova lei dos crimes contra a economia», 98.

<sup>11</sup> Em sentido próximo, Aires de Sousa quando sustenta que «[...] o bem jurídico tutelado pelo artigo 24.º deste diploma coincide com a confiança dos operadores económicos na genuinidade e autenticidade dos produtos, neste caso, alimentares. Deste modo, se compreende que se prescindia de um qualquer perigo para a saúde», em *A Responsabilidade Criminal pelo Produto*, 560.

<sup>12</sup> Augusto da Silva DIAS, *Entre «comes e bebes»*, 531.

Embora o quadro constitucional que serviu de pano de fundo ao legislador de 1984 se tenha mantido, no essencial, inalterado, a «experiência jurídico-constitucional»<sup>13</sup>, especialmente fruto das revisões de 1982 e 1989<sup>14</sup>, tem servido de *leitmotiv* para SILVA DIAS pugnar por uma recompreensão do objeto de tutela dos arts. 23.º e 24.º do Decreto-Lei n.º 28/84.

Para o Autor, já não há aqui uma sanção da *fraude sobre a mercadoria (lato sensu)* mas sim, a tutela da «qualidade dos géneros alimentícios» e, ainda, a defesa do «interesse económico dos consumidores».

Já Susana Aires de Sousa<sup>15</sup> considera a qualidade dos bens de consumo um *bem* “jurídico-meio”, ao serviço da tutela de *valores-fins*, que revestirão, já não só uma natureza *económica* mas também *pessoal*<sup>16</sup>.

Esta diferente compreensão dos direitos fundamentais dos consumidores (já com foros de autonomia) não é desprovida de consequências também no plano do direito a constituir. Bem pelo contrário, vai servir de fundamento a exigências de alargamento do *objeto da ação típica* para lá das fronteiras interpostas pelos géneros alimentícios e aditivos alimentares<sup>17</sup>.

Tendo de chegar agora a alguma conclusão, inclinar-nos-íamos para diagnosticar uma precoce *crise de meia-idade* ao Decreto-Lei n.º 28/84. Seja porque foi ultrapassado pelas novas (re) compreensões dos *direitos dos consumidores*, seja porque os próprios

<sup>13</sup> Augusto da Silva DIAS, *Entre «comes e bebes»*, 552.

<sup>14</sup> A primeira consagrou, expressamente, um artigo aos direitos dos consumidores e a segunda alargou o seu âmbito.

<sup>15</sup> Acompanhamos aqui de perto *A Responsabilidade Criminal pelo Produto*, 565 e ss.

<sup>16</sup> Adota-se aqui, de alguma forma, uma visão *complementar* àquela que serviu de norte ao legislador, *id est*, ao lado da tutela das expectativas patrimoniais do consumidor, refere-se a tutela das «expectativas de segurança da comunidade» (p. 566), em busca de uma minimização do grau de risco e de incerteza das sociedades atuais.

<sup>17</sup> Neste sentido, Susana Aires de Sousa aponta como *reserva crítica* «a circunstância de, por via da delimitação normativa, ficarem excluídos do âmbito da proteção legal outras substâncias (anormais) que não possam qualificar-se como géneros alimentícios (ou aditivos alimentares), apesar de com eles partilharem a qualidade de serem consumíveis», sendo que mais à frente cita como exemplo cimeiro das *substâncias consumíveis excluídas* as *substâncias medicamentosas*, em *A Responsabilidade Criminal pelo Produto*, 568 e ss.

desenvolvimentos fático-tecnológicos levantam problemas e áreas carentes de tutela que não se suscitavam à época, não é possível desconsiderar as *lacunas* de punibilidade que as formulações de alguns tipos incriminadores permitem.

Destas diferentes maneiras de perspetivar os bens jurídicos em causa urge retirar as devidas ilações, para que o Decreto-Lei n.º 28/84 se torne um instrumento apto a enfrentar os desafios que, de há 30 anos para cá, têm surgido.

## 2. Jurisprudência em “queda-livre”?

Relativamente ao tópico da jurisprudência, a nossa discursividade irá abordar vários pontos nevrálgicos para uma correta inteligência este nível, tais como: época de maior afluência aos tribunais; principais tipos legais de crime praticados; problemas encontrados pelos juízes ao nível da factualidade típica subjacente a estes tipos de crime e a entrada na Comunidade Económica Europeia como marco importante na jurisprudência portuguesa<sup>18</sup>.

Fazendo uma retrospectiva ao longo dos últimos 30 anos, é possível identificar o final da década de 80 e os anos 90 como “épocas de excelência” da jurisprudência relativa aos crimes contra a economia e saúde pública, em claro contraste com a atualidade. Para aquela proliferação contribuiu, certamente, a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 28/84, trazendo com ele a redefinição dos tipos legais de crime, uma melhor clarificação da factualidade típica inerente aos tipos de crime e um agravamento das penas abstratamente aplicáveis. A isto, acresce a legitimidade em presumir que a existência de um diploma contendo novos comportamentos incriminadores iria repercutir-se num incremento da atividade judicial. Com recurso aos dados estatísticos consultados e da análise de alguns acórdãos até então proferidos, podemos adiantar que a atividade dos tribunais superiores foi mais intensa em certos tipos legais de crime, em claro detrimento de outros. Podemos elencar o abate clandestino, o crime contra a genuinidade, qualidade ou

<sup>18</sup> Sempre que se revelar oportuno serão feitas, a título de exemplo, referências a casos jurisprudenciais dos nossos tribunais superiores, para reforçar e enriquecer a nossa narrativa.

composição de géneros alimentícios e aditivos alimentares e, posteriormente, o crime de fraude na obtenção de subsídio enquanto criminalidade “paradigmática” quando se fala nas infrações contra a economia e a saúde pública – Decreto-Lei n.º 28/84<sup>19</sup>.

Desbravada esta primeira abordagem ao tema em epígrafe, fazendo uma pequena contextualização fáctica dos elementos que nos foi possível recolher no âmbito da investigação levada a cabo, abre-se agora a janela de oportunidade para “espreitar” as principais dificuldades encontradas pela jurisprudência, ao depararem-se com a criminalidade contra a economia e saúde pública. Podemos adiantar, *ab initio*, que alguns óbices encontrados residem na interpretação de certos termos específicos, constantes dos tipos incriminadores, tais como “abate”, “consumo público”, “aditivo alimentar falsificado” ou “género alimentício avariado”.

Em função da sua relevância social, que lhe é sobejamente reconhecida, e pela forte incidência jurisprudencial, dedicaremos, perfunctoriamente, algumas palavras ao crime de abate clandestino, pois encerra algumas particularidades dignas de referência nesta sede.

Este tipo de crime, presente no artigo 22.º do Decreto-Lei n.º 28/84, sistematicamente inserido nos crimes contra a saúde pública – é único? -, em função de alguma dificuldade em discernir, com exatidão, o alcance do termo “abate” e, concomitantemente, os elementos fácticos do termo “consumo público”, motivou várias divergências nos tribunais superiores, originando pedidos de uniformização de jurisprudência. Embora o Supremo Tribunal de Justiça, ao que nos foi possível apurar, não tenha fixado jurisprudência nesta temática, teve o seguinte entendimento<sup>20</sup>: “o crime de abate é preenchido através da vontade de abater

---

<sup>19</sup> Nesta sede, pela sua impressividade, a título de exemplo, escolhemos um acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 1985, em que um arguido foi condenado pela prática do crime contra a genuinidade, qualidade ou composição dos géneros alimentícios (artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 28/84), por ter armazenado mais de 68 toneladas de massa de marmelo contendo fungos causadores de microtoxinas que atacam o aparelho digestivo, mormente o fígado, destinadas à confeção de marmelada e posterior venda para consumo público, assumindo-se essa massa como potencialmente perigosa para a saúde dos consumidores.

<sup>20</sup> *Vide* Ac. do Supremo Tribunal de Justiça, de 06-02-1980, publicado no *Boletim do Ministério da Justiça*, 294, p. 166, *ex vi* Ac. de 06-02-2003 do Supremo Tribunal de Justiça.

o referido animal, para consumo público, por forma proibida, fora de matadouro municipal ou sem a competente inspeção”, ao passo que “consumo público” deve ser interpretado como “toda a cedência do produto de bovino a pessoas que não sejam o próprio agente ou aqueles que estejam no circuito direto”.

Digno de menção, neste apartado dedicado às dificuldades sentidas pela jurisprudência no julgamento destes tipos de crime que temos vindo a dar conta, é a dicotomia crimes de perigo abstrato vs. crimes de perigo concreto. Ilustrativo deste problema existente em sede dos ilícitos sob nosso escrutínio é o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 02-05-2007, ao qual faremos apenas uma breve circunscrição factológica e jurídica<sup>21</sup>.

O problema subjacente ao aresto supra mencionado prendia-se com um despacho de acusação, sobre o arguido, que lhe imputava a prática de um crime contra a genuinidade, qualidade ou composição de géneros alimentícios e aditivos alimentares, nos termos do artigo 24.º, n.º 1, al. a) do Decreto-Lei n.º 28/84, por ter ministrado clenbuterol em carne bovina destinada ao consumo humano<sup>22</sup>. Todavia, o despacho de acusatório não considerou a prova da perigosidade daquela substância para a saúde humana, o que levaria a um novo enquadramento jurídico-penal: a subsunção dos factos no artigo 282.º do Código Penal, sob a epígrafe “Corrupção de substâncias alimentares”. Muito sinteticamente, a diferença entre os dois preceitos em análise é que no caso da factualidade típica inerente ao crime do Decreto-Lei n.º 28/84 não é necessária a verificação de qualquer perigo concreto para a vida ou integridade física, ao passo que no preceito do Código Penal, um dos elementos típicos da sua construção incriminadora exige, *in concreto*, um perigo para a vida. Por outras palavras, o

<sup>21</sup> Para um estudo cabal do problema, José de Faria COSTA – Susana Aires de SOUSA, “T.R.C., Acórdão de 2 de Maio de 2007. (A interpretação do tipo legal de crime à luz do princípio da legalidade: reflexão a propósito dos bens alimentares perigosos para a saúde e vida humanas)”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 144/3990 (2014) 198-215.

<sup>22</sup> Esta substância, utilizada primordialmente para pessoas com problemas respiratórios, funcionando como broncodilatador, “provocou intoxicação alimentar, palpitações e outros efeitos na saúde” de quem consumiu a carne infetada. *Vide* José de Faria COSTA – Susana Aires de SOUSA, “T.R.C., Acórdão de 2 de Maio de 2007”, 205.

primeiro configura um crime que excluí do âmbito punitivo as condutas idóneas a pôr em perigo a saúde e a vida, e o segundo, um crime de perigo concreto.

Como bem assinala a doutrina, o “relacionamento” entre estes dois preceitos deixa um problema complexo de resolver para os órgãos jurisdicionais, pois através da conjugação dos dois preceitos – artigo 282.º do Código Penal e artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 28/84 – existe um hiato normativo, que deixa de fora da tutela penal o “fabrico indevido de substâncias alimentares perigosas para a saúde ou para a vida que, embora colocadas no mercado, não cheguem a causar um perigo concreto”<sup>23</sup>. Se, por um lado, esta situação excede o âmbito de aplicação do artigo 282.º do Código Penal, por outro lado, fica aquém dos elementos típicos previstos pelo artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 28/84.

Outra perspetiva merecedora de evidenciação a nível jurisprudencial é a entrada de Portugal na Comunidade Económica Europeia em 1986 e os apoios/subsídios dela oriundos como incremento à exportação. Neste seguimento, é igualmente perceptível um aumento de casos judiciais envolvendo a prática do crime de fraude na obtenção de subsídio (artigo 36.º do Decreto-Lei n.º 28/84). Surge-nos pertinente, assim, a breve trecho, lançar o foco sobre o retracto abreviado da respetiva matéria de facto daquele que pode ser considerado, porventura, o caso com mais “mediatismo” nacional, envolvendo a aplicação deste preceito e uma condenação a pena de prisão efetiva. Referimo-nos à maior empresa do sector vinícola, sedeadada na Lajeosa do Dão, Viseu, e do seu proprietário – conhecido por “Samarreiro” -. Ambos foram acusados de adulterar vários milhões de litros de vinho com a finalidade de aumentar o respetivo teor alcoólico, de forma a “reclamar” uma quantia avultada em sede de restituições à exportação<sup>24</sup>, falsificando as pautas aduaneiras e que resultou – para o proprietário - na

<sup>23</sup> José de Faria COSTA – Susana Aires de SOUSA, “T.R.C., Acórdão de 2 de Maio de 2007”, 212.

<sup>24</sup> Em causa estavam cerca de 10 milhões de euros, obtidos de forma fraudulenta, e que eram atribuídos pelo ex-Instituto do Financiamento e Apoio ao Desenvolvimento da Agricultura e Pescas (IFADAP) e pelo Instituto Nacional de Intervenção e Garantia Agrícola, agora denominado Instituto de Financiamento da Agricultura e Pescas (IFAP).

condenação em 5 anos de pena de prisão efetiva pelo crime de fraude na obtenção de subsídio, previsto e punido pelo artigo 36.º do Decreto-Lei n.º 28/84. É, sem dúvida, um marco significativo na história deste Decreto-Lei e da jurisprudência nacional, não só pelos valores monetários em causa, mas igualmente por ter motivado várias decisões judiciais nas diferentes ordens de jurisdição e pelo considerável “arrastamento” temporal<sup>25</sup>.

Em jeito de conclusão a este ponto, e em face dos dados estatísticos que nos mostram uma queda acentuada de casos envolvendo a prática dos crimes sob nosso estudo, podemos indagar se estes crimes deixaram mesmo de ser praticados. O que mudou de há 30 anos até aqui? Supomos que persistem, ainda que de forma oculta, condutas idóneas a preencher aqueles tipos de ilícito, sobretudo no tocante ao abate clandestino em meios rurais. Porventura, a crescente sensibilização da sociedade conseguida através da implementação de regras de conduta a observar no tratamento de géneros alimentícios, tal como o acompanhamento efetivo por autoridades especializadas – ASAE, mais recentemente-, pugnando pelo cumprimento zeloso quer de normas internas quer de origem comunitária, são condimentos e fatores relevantes para justificar esta diminuída afluência aos tribunais na última década.

### **3. Da teoria à prática: O papel da ASAE enquanto Órgão de Polícia Criminal na defesa da segurança alimentar - Uma perspetiva adjetiva/processual penal da aplicação do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de janeiro**

Por fim, e no seguimento do último parágrafo, resta-nos a análise e descrição da investigação criminal realizada no âmbito das matérias versadas no artigo 282.º do Código Penal e nos artigos 22.º, 24.º e 25.º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de janeiro, relativo aos crimes contra a economia e a saúde pública.

---

<sup>25</sup> Principais decisões jurisprudenciais: Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12-12-2013; Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 25-05-2006 e Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 10-03-2010.

Parece-nos, de facto, importante perceber-se quais os mecanismos e procedimentos utilizados como motores no arranque do processo penal nestas matérias.

Neste contexto, pela sua importância na deteção destes fenómenos criminais, assume especial relevo a ASAE - Autoridade de Segurança Alimentar e Económica. Será sobre ela que, por isso, nos deteremos.

A ASAE é a autoridade administrativa nacional especializada no âmbito da segurança alimentar e da fiscalização económica, sendo, por isso, responsável pela avaliação e comunicação dos riscos na cadeia alimentar.<sup>26</sup>

De acordo com os pontos vi) e viii) do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 194/2012 que, atualmente, rege esta autoridade administrativa, a ASAE promove ações de natureza preventiva e repressiva em matéria de infrações contra a qualidade, genuinidade, composição, aditivos alimentares e outras substâncias e rotulagem dos géneros alimentícios e dos alimentos para animais, nomeadamente, nos estabelecimentos de abate, preparação, tratamento e armazenamento de produtos de origem animal.

Criada pelo Decreto-Lei n.º 237/2005, com a ASAE pretendeu-se unificar, numa estrutura única, as competências de avaliação e de comunicação dos riscos na área alimentar, bem como a fiscalização dos agentes económicos e da sua atividade, na área alimentar e económica, permitindo uma melhor e mais eficaz atuação da administração pública.<sup>27</sup> Desta forma, nela fundiram-se várias entidades como a Inspeção-Geral das Atividades Económicas (IGAE), a Direcção-Geral de Fiscalização e Controlo da Qualidade Alimentar (DGFCQA), entre outras.

Com a revisão operada pelo Decreto-Lei n.º 274/2007, o legislador determinou que: “A ASAE detém poderes de autoridade

<sup>26</sup> Para uma compreensão cabal da missão e atribuições da ASAE atente-se ao artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 194/2012, de 23 de agosto.

<sup>27</sup> Para uma leitura mais detalhada sobre a criação da ASAE e a consequente fusão num só organismo da totalidade das atribuições do Estado em matéria de segurança alimentar, *vide* Ricardo BRANCO, “O Problema da inconstitucionalidade orgânica do cometimento, por Decreto-Lei, de atribuições de prevenção e repressão de infrações à autoridade de segurança alimentar e económica (ASAE)”, in *Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*, vol. III, Coimbra Editora, 2012, 553-555.

e é órgão de polícia criminal”; e, ainda, que “Os trabalhadores de inspeção e os dirigentes dos serviços de inspeção têm direito a possuir e a usar armas (...)”.<sup>28</sup>

Neste novo quadro legal, passou a entender-se que a ASAE tem legitimidade para constituir suspeitos de crimes como arguidos e proceder à sua detenção em flagrante delito.

Tratou-se, no entanto, de uma questão nada pacífica, que originou querelas jurisprudenciais, que parecem, contudo, ter ficado resolvidas com o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 84/2010.<sup>29</sup>

Na origem, estão as dúvidas do Tribunal da Relação de Lisboa no acórdão de 25 de junho de 2009, quanto à constitucionalidade orgânica na atribuição à ASAE, sob a forma de Decreto-Lei, de funções de prevenção e repressão de infrações, bem como, ainda, a concessão do estatuto de órgão de polícia criminal - e isto com base, na violação da norma constitucional que reserva em absoluto à Assembleia da República a aprovação de legislação em “matéria das forças de segurança” (artigo 164.º, alínea u) da CRP).

Suscitada a questão perante o Tribunal Constitucional, o Acórdão n.º 84/2010 decidiu não padecer de qualquer inconstitucionalidade orgânica a *supra* referida atribuição, mesmo no que toca à atribuição do estatuto de órgão de polícia criminal a esta entidade. A decisão não incluiu a ASAE no conceito constitucional de “forças de segurança”, porque “Diferentemente da Polícia Judiciária, a ASAE não tem por missão secundária garantir a segurança interna, prevenindo crimes que ponham em causa o direito à segurança dos cidadãos”<sup>30</sup>. Além disso, também não considerou a inclusão desta entidade no conceito de força de segurança, como necessária para afirmar o seu estatuto de órgão de polícia criminal, sublinhando que esta atribuição não está tanto relacionada com a classificação orgânica ou institucional, mas mais com a qualidade dos atos que a

<sup>28</sup> Sobre a revisão operada pelo Decreto-Lei n.º 274/2007, nomeadamente, no que toca à atribuição à ASAE de natureza de órgão de polícia criminal *vide* António Rocha MARQUES, “Autoridade de Segurança Alimentar e Económica” (ASAE). Inconstitucionalidade. Alegações do Ministério Público”, *Revista do Ministério Público*, 30/120 (2009) 227-230.

<sup>29</sup> Para uma leitura exaustiva do problema suscitado *vide* Ricardo BRANCO, “O Problema da inconstitucionalidade orgânica”, 561-577.

<sup>30</sup> Veja-se, ponto 3.1. da parte II, do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 84/2010.

ASAE possa praticar. Neste sentido, argumentou-se, ainda, que os funcionários da ASAE, quer seja por transferência de competências (vindas do IGAE<sup>31</sup>), quer seja por indicação expressa da lei, gozam deste estatuto de autoridade e órgão de polícia criminal.

Assim sendo, e seguindo o entendimento do Tribunal Constitucional, constituindo a ASAE um OPC compete-lhe, segundo o artigo 55.º, n.º 1, do Código de Processo Penal “coadjuvar as autoridades judiciárias com vista à realização das finalidades do processo” e, “...em especial (...), mesmo por iniciativa própria, colher notícia dos crimes e impedir quanto possível as suas consequências, descobrir os seus agentes e levar a cabo os atos necessários e urgentes destinados a assegurar os meios de prova”.

Fazendo um sintético balanço da atividade da ASAE, consultando as estatísticas relativas às detenções efetuadas pela mesma no período compreendido entre 2011 a 2015, embora com base em números gerais que abrangem toda a sua esfera de atuação, incluindo as que não dizem diretamente respeito à matéria da segurança alimentar, verifica-se uma considerável diminuição das detenções (v.g. em 2011 – 1.118; em 2014 – 374), assim como numa diminuição quanto ao número de processos-crime registados na base de dados da ASAE (v.g. 2.403 em 2011; 993 em 2014).

Por outro lado, cruzando os dados relativos à abertura de inquéritos, processos findos e condenações proferidas nos tribunais, entre 2007 a 2013, é possível observar a mesma tendência - isto é, um decréscimo acentuado, v.g. relativamente ao abate clandestino, em 2007, registaram-se 32 processos findos por decisão de fundo e em 2013, apenas, 5.

A ilustrar a atuação da ASAE tenha-se, agora, em consideração, a título de exemplo, a mediática “Operação Oriente” realizada em 2006, na qual foram encerrados 14 restaurantes chineses após uma inspeção que detetou irregularidades em 113 de 130 estabelecimentos investigados. Destaque, ainda, para o caso de 2014, do encerramento de uma cantina, em Mirandela, após intoxicação alimentar de vários alunos, em virtude de apreensão de cerca de 45 Quilos de alimentos congelados que apresentavam alterações organolépticas ao nível da desidratação e acumulação de gelo, tendo

---

<sup>31</sup> Inspeção-Geral das Atividades Económicas.

sido neste seguimento efetuada a detenção de uma pessoa; e para o recente acontecimento de Maio de 2015, de apreensão de 31 toneladas, em Vila do Conde, de carne bovina imprópria para consumo, em que os produtos apreendidos foram avaliados em mais de 155 mil euros, tendo sido instaurado o respetivo processo-crime por comercialização de géneros alimentícios anormais.

Apreciando globalmente o exposto, que ilações poderemos extrair da atividade da ASAE na defesa de segurança alimentar?

Pode admitir-se que, por um lado, os resultados analisados serão indiciadores de um trabalho profilático desenvolvido por esta entidade, zelando pela observância das normas de Segurança Alimentar e aproveitando o efeito dissuasor da prática de infrações que a sua mera existência gera junto dos agentes económicos, inibindo-os da comissão de crimes desta natureza. Mas, por outro lado, indicia-se uma incapacidade para dar seguimento a todas as denúncias que lhe vão chegando por parte dos consumidores, mormente, por escassez de meios e recursos humanos.

Desta forma, pendemos, por um lado, para uma favorável apreciação da ASAE, como propulsora na repressão das infrações alimentares e responsável pela diminuição de ilícitos. Por outro, destas considerações, extrai-se a necessidade de um trabalho de campo ainda mais intenso por parte desta entidade.

Resta-nos ir observando a evolução dos tempos e esperar que, entretanto, não compremos gato por lebre ...

**ANEXO I – Estatísticas recolhidas**

**Crimes contra a Saúde Pública**  
**22.º do DL 28/1984**  
**Abate Clandestino**

	Processos Findos por Decisão de Fundo	Condenações
1994	118	84
1995	124	91
1996	79	68
1997	111	86
1998	114	90
1999	110	88
2000	126	94
2001	72	54
2002	60	42
2003	53	45
2004	50	45
2005	41	26
2006	24	19
2007	32	37
2008	28	32
2009	18	22
2010	12	10
2011	9	7
2012	6	8
2013	5	5

**Crimes contra a Economia**  
**Artigo 24.º: contra a genuinidade, qualidade**  
**ou composição de géneros alimentícios e aditivos alimentares**

Ano	Processos Findos	Condenações
1994	447	224
1995	391	207
1996	341	233
1997	355	267
1998	333	244
1999	264	176
2000	271	194
2001	213	159
2002	122	83
2003	122	90
2004	111	85
2005	90	65
2006	96	66
2007	70	72
2008	76	107
2009	75	94
2010	44	65
2011	55	77
2012	33	40
2013	35	53

**Artigo 282.º do Código Penal**

	Inquéritos abertos	Processos Findos por Decisão de Fundo	Condenações
1994	143	87	-
1995	90	76	-
1996	53	62	29
1997	66	43	25
1998	53	45	39
1999	47	32	18
2000		42	24
2001		23	14
2002		16	12
2003		22	11
2004		18	9
2005		28	12
2006		20	10
2007		22	8
2008		19	9
2009		13	10
2010		9	3
2011		7	3
2012		8	8
2013		6	0

# 4.

## RESPONSABILIDADE AMBIENTAL RESENHA JURISPRUDENCIAL

*Inês Anastácio*

Mestranda em Direito Administrativo

Universidade de Coimbra

Instituto Jurídico

**Sumário:** 1. *Responsabilidade do produtor.* 2. *Responsabilidade do Estado.* 3. *Prova do nexo de causalidade e dano (responsabilidade civil).* 4. *Deveres de informação. Rotulagem.* 5. *Responsabilidade penal.*

Uma breve análise da jurisprudência dos tribunais superiores portugueses no que respeita a casos de responsabilidade alimentar afigura-se importante. A partir dela, colhemos não só alguns dos critérios de decisão que se tornam operantes, como podemos tentar categorizar dogmaticamente os domínios de maior conflitualidade a este nível.

### 1. Responsabilidade do produtor

Assim, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09.09.2010 analisa um caso em que o rebentamento de uma cerveja provocou um estado de cegueira permanente. A autora intentou acção com o propósito de ser indemnizada por danos patrimoniais, não patrimoniais e danos relativos à redução de capacidade de ganho, havendo as rés contestado, defendendo que o rebentamento se deveu a impacto de objecto exterior, não

havendo sido espontâneo. A questão da responsabilidade civil do produtor é examinada ao longo do acórdão, afirmando-se que o escopo principal de tal responsabilidade se prende com a “protecção adequada e eficaz do público utente ou consumidor geral exposto ao perigo e ao dano cuja fonte e causa são tais defeitos”. Na fundamentação do aresto, cita-se Pinto Monteiro para que se compreenda que “a maior penalização do produtor, responsabilizando-o objectivamente pelos defeitos do produtor que fabrica e coloca no mercado, socorre-se do princípio social *ubi commodum, ibi incommodum*”. Este produtor deve ter em conta não só a utilização conforme ao fim ou destino pretendido com o produto que concebe, fabrica e comercializa, mas também com outros usos razoavelmente possíveis que do mesmo se possa fazer, cabendo ao juiz ser o intérprete do sentimento geral de legítima segurança que os consumidores podem esperar. Outra questão que se levanta é a da prova do defeito. Cabe tal prova ao lesado, que precisa de demonstrar apenas o defeito (isto é, a falta de segurança legitimamente esperada no momento do acidente) e não a existência dele no momento em que o produto foi colocado em circulação, já que essa existência é presumida, cabendo ao produtor ilidi-la. No caso *sub judice*, não se provando que a razão do rebotamento se tenha prendido com pancada sofrida ou com a introdução no frigorífico e conseqüente esfriamento instantâneo, tem que se entender que o produto padecia de defeito no momento em que foi colocado nas malhas do comércio. Fica, por isso, preenchido o nexo causal entre o defeito que originou o rebotamento e as lesões pela autora comprovadamente sofridas e, conseqüentemente, decorrendo daí a condenação das rés ao pagamento de indemnização.

## 2. Responsabilidade do Estado

Também a responsabilidade alimentar esteve na base de um caso analisado pelo Tribunal Central Administrativo Sul, conforme se pode verificar no Acórdão proferido em 07.03.2013. Havendo sido servido ao almoço um bacalhau que apresentava um cheiro intenso, tendo a grande parte dos militares recusado a refeição, o oficial de dia contactou o Serviço de Análises Clínicas

do Laboratório Militar para recolher amostras dos alimentos confeccionados sem informar o comando, o que foi tido como violação do dever de lealdade, tendo-lhe sido aplicada uma sanção disciplinar que consistiu em 7 dias de proibição de saída. Entendeu o TCA-Sul que “a alegada má qualidade da alimentação fornecida e a necessidade de prevenir situações futuras não legitimavam uma actuação à revelia da cadeia do comando”, não procedendo o processo cautelar que pedia a suspensão da pena.

E serviu ainda este tema como mote para chamar à colação a distinção entre actos de gestão pública e privada, tendo o Supremo Tribunal Administrativo sido chamado a dirimir o conflito entre a proprietária de um restaurante e o Município do Funchal em acção de responsabilidade civil extracontratual, em virtude de prejuízos na credibilidade da qualidade alimentar do restaurante. Servida naquele estabelecimento uma refeição a funcionários da Câmara que tiveram intoxicação alimentar, um vereador solicitou a intervenção urgente da inspecção económica, dando ainda a conhecer à comunicação social a situação. O que se discutiu no Acórdão de 20.11.2002 do supracitado Tribunal foi se tais acções constituiriam actos praticados no exercício de funções públicas. E não alegando a autora factos que o comprovassem, entendeu-se que “o senhor vereador não exerceu qualquer poder público contido no acervo de poderes públicos legalmente atribuídos aos órgãos municipais, nem visou prosseguir qualquer dos fins públicos que deve visar a actividade da autarquia”, concluindo-se não se tratar de acto de gestão pública.

### **3. Prova do nexo de causalidade e dano (responsabilidade civil)**

A prova tem-se mostrado ponto de relevante interesse em diversas pronúncias judiciais neste âmbito, atendendo à sua importância no que respeita ao nexo de causalidade. O Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 20.04.2009 é disso paradigmático – em consequência da ingestão de alimentos deteriorados servidos por uma das rés, o autor da acção passou a sofrer de mal-estar do estomago e intestinos, que lhe causavam dores,

dificuldades na digestão e problemas ao nível de evacuação intestinal. Na perícia realizada pelo IML da Delegação do Porto, fez-se constar do relatório que o examinado “não apresenta lesões ou sequelas relacionadas com o evento”, mas contraditoriamente também se escreveu que o quadro clínico atinente àquelas queixas do requerente “é compatível com a síndrome de intestino irritável”, sem que ficasse esclarecido se esta síndrome é ou não resultante da intoxicação alimentar sofrida. O autor veio, então, requerer uma segunda perícia que se destinaria a complementar e corrigir a primeira quanto às insuficiências e inexactidões. Mas o Tribunal de 1.<sup>a</sup> Instância recusou tal pedido, entendendo não estarem reunidos os pressupostos necessários para nova perícia. A Relação do Porto conclui de forma diferente, entendendo que “sobre as queixas apresentadas (dores no estomago e intestino, dificuldades de digestão e ao nível de evacuação, impedindo-o de ingerir certos alimentos e causando-lhe dificuldades em dormir) e o nexo de causalidade com a gastroenterite o relatório não se pronunciou, sendo totalmente omissos. O que por si só é motivo para ordenar a segunda perícia.”.

Por inexistência de prova foi recusada a indemnização requerida pela Robbialac e pela agência de publicidade McCann-Erickson por alegados danos à sua reputação comercial, em consequência das graves perturbações gastro-intestinais que os seus convidados de uma festa comemorativa sofreram ao ingerir os alimentos servidos por um serviço de catering contratado para o efeito. No entanto, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 17.10.1995 considerou que a afirmação de que certos factos afectaram negativamente a reputação da McCann no mercado exigia a alegação e prova de que, devido a tais factos, a McCann sofreu um prejuízo patrimonial, ora porque perdeu clientes, ora porque se viu forçada a negociar com margens de lucro menores, ou por qualquer outra razão. E nada consta dos autos a tal propósito.

E, se a realização da festa visava o reforço da boa imagem da Robbialac no mercado, a promoção e a divulgação dos produtos junto dos actuais e futuros clientes, não se vê em que é que tais objectivos saíram frustrados, pois também neste ponto os autos se revelam totalmente omissos.

Igualmente por não se haver provado que o bacalhau colocado à disposição pelos réus estava contaminado com salmonela e listeria e que, em consequência de tal facto, os autores da acção sofreram uma intoxicação alimentar, resultando daí danos patrimoniais e não patrimoniais que pretendiam ver ressarcidos, improcedeu a acção proferida em processo-crime. O que não obstou a que tal pedido fosse considerado numa outra acção com fundamento na responsabilidade civil por facto ilícito, por se entender que a anterior decisão não “constitui caso julgado relativamente à acção de indemnização civil pelos prejuízos decorrentes do cumprimento defeituoso do contrato” – nestes termos, o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 21.02.2008.

Mas a necessidade de prova também conhece limites. Assim, entendeu no Tribunal da Relação do Porto, em Acórdão proferido a 09.12.1992, estabelecendo que, tendo a sentença dado como provado que a confecção de bolinhos de bacalhau confeccionados pelos arguidos fora a causa adequada a uma intoxicação alimentar sofrida por vários consumidores, não se tornava necessário apurar ainda quais os produtos que, contendo substâncias prejudiciais à saúde, entraram na confecção daqueles.

#### **4. Deveres de informação. Rotulagem**

Valerá a pena notar que nem sempre da qualidade dos produtos *per si* se ocupam os tribunais portugueses. De facto, numa sentença proferida pelo 3.º Juízo do Tribunal Judicial de Albufeira, concluiu-se que os arguidos incorreram numa contra-ordenação por falta de rotulagem nos seus produtos, o que impedia averiguar a sua rastreabilidade “que se devia ao comportamento da sociedade arguida, que não cumpriu, como estava obrigada e era capaz, as regras relativas à rotulagem das carnes em causa, nomeadamente quanto ao código de origem e código de identificação animal, não observando os deveres de cuidado e diligência que, segundo as circunstâncias descritas e as suas capacidades, sobre si recaíam, isto porque lhe cabia a implementação de sistema de rotulagem que permitisse controlar a rastreabilidade”.

## 5. Responsabilidade penal

No mesmo processo comum, os arguidos foram absolvidos do crime contra a economia pela existência de produtos normais avariados na forma dolosa e da contra-ordenação por existência de falta de requisitos. O Tribunal da Relação de Évora pronunciando-se a tal respeito a 26.02.2013, entendeu que ao não proceder à vigilância e fiscalização do processo de armazenamento e conservação dos géneros alimentares colocados na câmara frigorífica, o arguido AF incumpriu os seus deveres enquanto gerente do estabelecimento, agindo no pleno uso da sua capacidade de decisão, resultando da sua conduta a avaria e a falta de requisitos dos produtos, resultado este que podia e devia ter sido evitado pelo mesmo. Determinou-se, assim, que o arguido cometeu, a título da negligência inconsciente prevista no art.º 15.º, al. b), do Código Penal, um crime contra a economia, e uma contra-ordenação por existência de produtos com falta de requisitos, de resto, ilícitos pelos quais vinha acusado mas na forma dolosa. E o mesmo sentido seguem os Acórdãos do Tribunal da Relação de Évora de 05.01.1999, do Tribunal da Relação de Coimbra de 11.03.2009, do Tribunal da Relação de Lisboa de 07.05.1991, do Tribunal de Relação do Porto de 31.01.2000 e de 24.05.2000.

Reiteradamente debatem os tribunais portugueses sobre crimes contra a genuinidade e qualidade ou composição de géneros alimentícios, aditivos alimentares e mesmo alimentos destinados a animais cuja criação tem como objectivo o consumo humano, configurando-se que tal crime é um crime de perigo comum abstractamente considerado. Ademais, trata-se de um crime contra a economia e não contra a saúde pública, sendo que o bem jurídico em consideração é a confiança da sociedade na “lisura do comércio jurídico, mais concretamente na autenticidade da genuinidade dos produtos”, conforme os Acórdãos proferidos pelo Tribunal da Relação de Coimbra de 02.05.2007, da Relação do Porto de 11.07.2007 e ainda de 19.04.2006.

Ainda nesta temática, o próprio Tribunal Constitucional também se pronunciou, no sentido de que “não existe qualquer

excesso no uso da autorização legislativa, quando o Governo previu a possibilidade de as pessoas colectivas (e equiparadas) poderem ser responsabilizadas criminalmente”, uma vez que, para prever essa responsabilidade,

“não se tornava necessário que a lei de autorização legislativa o dissesse expressamente: autorizar o Governo a ‘alterar os regimes em vigor, tipificando novos ilícitos penais’ no domínio das infracções contra a economia e a saúde pública, é permitir-lhe que criminalize condutas que violem os respectivos valores ou bens jurídicos, responsabilizando quem puder ser responsabilizado, seja pessoa física ou moral”.

Tal autorização “conglobava, assim, a possibilidade (melhor ainda, uma injunção política) de o Governo prever a responsabilidade criminal das pessoas colectivas (e equiparadas)” – Acórdãos do Tribunal Constitucional 562/2000 e 302/95, de 29 de Julho de 1995.

OBRA PUBLICADA  
COM A COORDENAÇÃO  
CIENTÍFICA



I



J

No âmbito do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra, foi criado, em 2014, o grupo de investigação Risco-Transparência-Litigiosidade, com o objetivo principal de analisar a problemática do Risco e as suas repercussões ao nível da dogmática jurídica, numa perspetiva interdisciplinar. Neste quadro, considerou-se relevante estudar a questão do risco alimentar. A obra que agora se dá à estampa é o espelho do colóquio organizado em Maio de 2015, que teve como propósito a discussão dos aspetos relativos ao risco alimentar nas suas diversas vertentes: civil, comercial, administrativa e penal.

• U C •

