

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

JOSÉ ARTHUR DI SPIRITO KALIL

A INFORMAÇÃO AO CONSUMIDOR E O DIREITO PENAL.

**Um estudo sobre a legitimidade da intervenção penal nas relações de
consumo**

Belo Horizonte
2011

JOSÉ ARTHUR DI SPIRITO KALIL

A INFORMAÇÃO AO CONSUMIDOR E O DIREITO PENAL.

**Um estudo sobre a legitimidade da intervenção penal nas relações de
consumo**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFMG, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Ciências Penais.

Área de Concentração: Ciências Penais.

Orientador: Professor Doutor Luís Augusto Sanzo Brodt.

Belo Horizonte
Faculdade de Direito da UFMG
2011

K14i

Kalil, José Arthur Di Spirito

A informação ao consumidor e o direito penal : um estudo sobre a legitimidade da intervenção penal nas relações de consumo / José Arthur Di Spirito Kalil. – 2011.

179 f.(enc.)

Tese (doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

Orientador: Luís Augusto Sanzo Brodt

Inclui bibliografia.

1. Direito penal – Teses 2. Defesa do consumidor – Brasil – Disposições penais 3. Direito penal econômico 4. Propaganda – Aspectos jurídicos 5. Publicidade enganosa – Brasil 6. Substâncias perigosas – Rotulagem – Disposições penais I. Título

CDU: 343(81):347.451.031
343.2:33

Universidade Federal de Minas Gerais
Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Direito

Tese intitulada “*A informação ao consumidor e o direito penal. Um estudo sobre a legitimidade da intervenção penal nas relações de consumo*”, de autoria do doutorando José Arthur Di Spirito Kalil, avaliada pela banca examinadora constituída pelos seguintes professores:

Prof. Dr. Luís Augusto Sanzo Brodt – Orientador

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Belo Horizonte, ____ de _____ de 2011.

*À Flávia e ao nosso pequenino João Vítor, bem como a
meus pais, Evandro e Leila.*

AGRADECIMENTOS

Devo algumas palavras de gratidão às pessoas que tornaram possível a realização deste trabalho.

Primeiramente, à Flávia: querida, você foi excelente!

Aos colegas de escritório Frederico Horta e Raphael Pires, cujo auxílio nas demandas da advocacia ajudou a proporcionar-me tempo para a elaboração da tese. Ao primeiro sou grato também pela leitura crítica dos rascunhos e dos bosquejos de ideias que brotaram durante este trabalho.

À Sueli, da secretaria da Pós-graduação, bom coração que também me orientou de modo competente na escolha das disciplinas do curso.

Aos prezados que me ajudaram na consecução de material para a pesquisa: Eustáquio Santos, Gustavo Silva, Professora Sheila J. Selim de Sales, Daniel Paiva, Luciano Lopes, Renato Machado, Cláudio Agostini e José Maria Cantídio (pai e filho). Outras pessoas distinguiram-me com muita atenção e disponibilidade nas bibliotecas das Faculdades de Direito da UFMG e de Coimbra: a Sra. Eda e a Professora Susana Aires.

Ao meu orientador, Prof. Luís Augusto Brodt, por franquear-me o seu acervo de livros, pelo zelo demonstrado e, principalmente, pela paciência com os ímpetos do doutorando.

Não me esqueço da Vanessa, lá de casa, que sempre esteve muito afetosamente com o Joãozinho, para que fosse possível a concentração neste estudo.

Lembro-me também do Délio e da Andréia, que me disponibilizaram a sossegada “casinha” em momento tão oportuno para a elaboração da tese.

Agradecimento e pedido de perdão misturam-se no instante de referir-me aos familiares e amigos que sentiram a minha ausência em tantas ocasiões e no dia a dia, enquanto eu lia, relia, anotava, pensava, desmanchava, rabiscava, escrevia e reescrevia...

RESUMO

A proteção ao consumidor é uma das diretrizes da ordem econômica brasileira. O legislador pátrio estendeu ao consumidor a proteção penal de seus direitos e, assim, incriminou atos que lhes são potencialmente lesivos nas relações de consumo. Focam-se neste trabalho as condutas que tornam a informação ao consumidor inidônea e que são incriminadas pelo código de defesa do consumidor brasileiro, especificamente aquelas constantes dos tipos penais descritos nos arts. 63, 64, 66, 67 e 68 de tal diploma legal. Tratam-se de crimes considerados como de mera conduta e de perigo abstrato, que caracterizam antecipação da tutela penal relativamente a ações que antecedem o dano ao consumidor. O objeto da tutela penal referente aos crimes de informação inidônea é o direito à informação. Este bem jurídico é classificado como coletivo quanto à sua titularidade. Por ter referente pessoal, coloca-se a serviço da proteção de bens individuais dos consumidores, como a incolumidade física e a incolumidade patrimonial, a saúde e a vida. A intervenção penal nas relações de consumo faz parte do direito penal econômico e, tal como este, suscita discussões doutrinárias variadas. Nesse sentido, a legitimidade de algumas das incriminações ora estudadas é debatida a partir dos princípios constitucionais penais da legalidade, da ofensividade, da intervenção mínima, da insignificância, da culpabilidade e da proporcionalidade. Inicialmente, a origem e as razões do direito à informação são pesquisadas, bem como o seu tratamento jurídico extrapenal. Posteriormente às discussões dogmáticas retroaludidas, é realizado estudo crítico dos tipos penais em espécie. Nesta última fase, apartou-se a análise de elementos pertinentes à parte geral daqueles que se relacionam com a estrutura típica.

Palavras-Chave: Consumidor. Ordem econômica. Informação. Código de defesa do consumidor. Crimes. Perigo abstrato. Bem jurídico. Relações de consumo. Direito penal econômico. Princípios. Constitucionais penais.

ABSTRACT

Consumer protection is one of the guidelines of the Brazilian economic order. The legislature extended to the consumers the criminal protection of their rights, and thus incriminated acts that are potentially harmful to consumer relations. This work focuses on behaviors that make consumer information dishonest and that are incriminated by the Brazilian consumer protection, specifically those contained in the criminal types described in Arts. 63, 64, 66, 67, and 68 of this Decree. Mere conduct and abstract danger are treated as crimes characterized by the anticipation of criminal protection for actions prior to the damage to the consumer. The object of the penal protection related to dishonest information is the right to information. This legal asset is classified as collective ownership. As it has a personal referent, it is placed at the service of protecting of individual consumer goods, such as physical safety and property safety, health, and life. The criminal intervention in consumer relations is part of economic and criminal law, and as such raises various doctrinal disputes. In this sense, the legitimacy of some of the charges now studied is discussed from the constitutional principles of criminal legality, offensiveness, minimal intervention, insignificance, culpability, and proportionality. Initially, the origins and reasons of the right to information are researched along with their extra-penal legal treatment. Subsequent to the aforementioned dogmatic discussions, a critical study is carried out of the criminal types in kind. In this last phase, the analysis of relevant elements departed to the general part of those that relate to the typical structure.

Keywords: Consumer. Economic order. Information. Brazilian consumer protection. Abstract danger. Crimes. Object of the penal protection. Economic and criminal law. Constitutional principles.

RIASSUNTO

La protezione al consumatore è una delle direttrici del sistema economico brasiliano. Il legislatore nazionale ha esteso al consumatore la protezione penale dei suoi diritti, e così ha incriminato atti che gli sono potenzialmente lesivi nelle relazioni di consumo. Si focalizzano in questo lavoro le condotte che rendono l'informazione al consumatore inidonea e che sono incriminate dal codice di difesa del consumatore brasiliano, specificamente quante si costituiscono dei tipi penali descritti negli artt. 63, 64, 66, 67 e 68 di tale diploma legale. Si tratta di crimini considerati di mera condotta e di pericolo astratto, che caratterizzano l'anticipazione della tutela penale relativamente ad azioni che precedono il danno al consumatore. L'oggetto della tutela penale riguardo a tipologie di informazione impropria è il diritto all'informazione. Questo bene giuridico è classificato come collettivo quanto alla sua titolarità. Avendo referenze personali, si mette a servizio della protezione dei beni individuali dei consumatori, come l'incolumità fisica e l'incolumità patrimoniale, la salute e la vita. L'intervento penale nelle relazioni di consumo fa parte del diritto penale economico, e, come questo, suscita controverse discussioni dottrinarie. In questo senso, la legittimità di alcune delle incriminazioni ora studiate è dibattuta a partire dai principi costituzionali penali della legalità, della offensività, della sussidiarietà, dell'insignificanza, della colpevolezza e della proporzionalità. Inizialmente, l'origine e le ragioni del diritto all'informazione sono analizzate, così come il loro trattamento giuridico extrapenale. Successivamente alle discussioni dogmatiche succitate, viene realizzato uno studio critico dei tipi penali nella loro fattispecie. In quest'ultima fase, si è separata l'analisi degli elementi pertinenti alla parte generale, da quelli che si relazionano con la struttura tipica.

Palavras-Chave: consumatore. Sistema economico brasiliano. Informazione. Codice di difesa del consumatore. Reati. Pericolo astratto. Bene giuridico. Relazioni di consumo. Diritto penale economico. Principi costituzionali penali.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 O DIREITO À INFORMAÇÃO NO DIREITO DO CONSUMIDOR.....	13
2.1 A origem do direito do consumidor.....	13
2.2 A informação no direito do consumidor.....	20
2.3 A limitação do conhecimento.....	24
2.4 Os meios de se informar (<i>onde</i>).....	25
2.5 A publicidade e a informação.....	26
2.6 A publicidade enganosa.....	30
2.7 Publicidade abusiva.....	33
2.8 Os controles não penais da informação e da publicidade.....	34
2.8.1 A tutela civil contra as ofensas ao dever de informar.....	34
2.8.2 A tutela administrativa contra as ofensas ao dever de informar.....	36
2.8.3 A autorregulamentação da publicidade.....	37
3 A TUTELA PENAL DO CONSUMIDOR E O BEM JURÍDICO.....	39
3.1 Conceito de direito penal econômico.....	39
3.2 Características de Direito Penal Econômico.....	42
3.2.1 Ofensa a bens jurídicos coletivos pertinentes à ordem econômica.....	42
3.2.2 Contribuição criminológica para a caracterização do sujeito ativo.....	43
3.2.3 O sujeito ativo, sob a perspectiva dogmática.....	44
3.2.4 Tensão com o imperativo da taxatividade dos tipos.....	46
3.2.5 Presença de incriminações de perigo abstrato.....	48
3.2.6 Problemáticas questões de imputação da negligência.....	49
3.2.7 A questão do bem jurídico intermediário.....	56
3.2.8 A administrativização do direito penal econômico.....	57
3.2.9 Notas conclusivas e modelos alternativos de intervenção penal.....	59
3.3 A tutela penal do consumidor: antecedentes históricos.....	61
3.4 O bem jurídico-penal.....	68
3.4.1 Aspectos gerais.....	68
3.4.2 A titularidade do bem jurídico nos crimes previstos no Código de Defesa do Consumidor.....	72
3.4.3 “Relações de consumo” como bem jurídico-penal?.....	73
3.5 O bem jurídico na incriminação da informação inidônea ao consumidor.....	76
3.5.1 O bem jurídico nos crimes de informação inidônea ao consumidor como bem intermediário.....	81
4 A TUTELA PENAL DO CONSUMIDOR E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIIS	84
4.1 A tutela penal do consumidor.....	84
4.2 Normas, princípios e regras.....	85
4.2.1 A conformidade das leis com a Constituição.....	87
4.3 Princípio da legalidade.....	90
4.4 Princípio da culpabilidade.....	94
4.5 Princípio da intervenção mínima.....	101
4.6 Princípio da insignificância.....	104
4.7 Princípio da ofensividade.....	107
4.8 Princípio da proporcionalidade.....	108

5 OS TIPOS PENAIS EM ESPÉCIE	116
5.1 Aspectos gerais	116
5.1.1 Sujeitos ativo e passivo	116
5.1.2 Objeto material	117
5.1.3 Ofensa ao bem jurídico	118
5.1.4 Crimes de consumo próprios e crimes de consumo impróprios.....	126
5.1.5 Concurso de pessoas.....	127
5.1.6 Aspectos da lei penal no tempo.....	128
5.1.7 Ação penal, benefícios da Lei 9.099/95 e competência em razão da matéria	130
5.1.8 Concurso aparente de normas	131
5.1.9 Circunstâncias agravantes	133
5.1.10 Das penas	139
5.1.11 Da multa	139
5.1.12 Das penas restritivas de direitos	140
5.1.12.1 Aspectos gerais.....	140
5.1.12.2 Da interdição temporária de direitos	141
5.1.12.3 Da publicação da condenação na imprensa.....	142
5.1.12.4 Da prestação de serviços à comunidade.....	143
5.2 Dos tipos em espécie	144
5.2.1 Artigo 63 da Lei 8.078/90	144
5.2.2 Artigo 64 da Lei 8.078/90	146
5.2.3 Artigo 66 da Lei 8.078/90	148
5.2.4 Artigo 67 da Lei 8.078/90	151
5.2.4.1 Direito comparado nos crimes dos artigos 66 e 67	155
5.2.5 Artigo 68 da Lei 8.078/90	163
6 CONCLUSÃO	165
REFERÊNCIAS	167

1 INTRODUÇÃO

O direito à informação constitui um dos pilares do Código de Defesa do Consumidor. É a partir dele que se viabilizam outros direitos do consumidor, como o direito de consumir de modo consciente, o direito à proteção de sua vida, saúde e segurança em face do fornecimento de bens e produtos e o direito de fazer escolhas no mercado, etc.

O direito do consumidor à informação é bastante regulado pelo ordenamento jurídico, recebendo a tutela do direito administrativo, do direito das obrigações, do direito empresarial e do direito penal. Escolheu-se a abordagem específica da tutela penal da informação ao consumidor, constituída de crimes de mera conduta (arts. 63, 64, 66, 67 e 68 do CDC). Essa mencionada proteção ao consumidor ilustra a técnica de antecipação da intervenção penal, propiciando o aparecimento e a discussão de alguns problemas dogmáticos e político-criminais, a seguir referidos.

A intervenção penal em favor do consumidor não é recente. Na Roma antiga, já se incriminavam as fraudes havidas no comércio. O que é mais recente é a compreensão dos direitos dos consumidores como interesses supraindividuais, merecedores de tutela específica por parte do ordenamento jurídico.

O direito penal do consumidor, reunindo os crimes praticados no contexto das relações de consumo, faz parte do chamado “direito penal econômico”. E tal como este, algumas de suas características tencionam com princípios constitucionais penais.

Propõe-se nesta investigação compreender o direito à informação do consumidor como meio pelo qual se viabilizam os direitos do consumidor à saúde, à vida, à integridade física e ao patrimônio. Faz-se, portanto, oportuna a análise do bem jurídico protegido nos tipos penais que incriminam infringências ao dever de informar, notadamente os previstos nos arts. 63, 64, 66, 67 e 68, todos do CDC.¹

¹ Art. 63. Omitir dizeres ou sinais ostensivos sobre a nocividade ou periculosidade de produtos, nas embalagens, nos invólucros, recipientes ou publicidade:

Pena - Detenção de seis meses a dois anos e multa.

§ 1º Incorrerá nas mesmas penas quem deixar de alertar, mediante recomendações escritas ostensivas, sobre a periculosidade do serviço a ser prestado.

§ 2º Se o crime é culposo:

Pena Detenção de um a seis meses ou multa.

Art. 64. Deixar de comunicar à autoridade competente e aos consumidores a nocividade ou periculosidade de produtos cujo conhecimento seja posterior à sua colocação no mercado:

Pena - Detenção de seis meses a dois anos e multa.

Questão merecedora de aprofundada análise crítica será a precisão do bem jurídico protegido pelo direito penal do consumidor no caso da incriminação das infringências ao dever de informar. Tal matéria é controvertida na doutrina nacional, que pouco se dedica aos crimes contra o consumidor, bem como na doutrina estrangeira consultada. As relações de consumo configuram um bem jurídico? E os direitos individuais do consumidor?

Em meio ao caráter funcional do direito penal econômico na proteção de bens coletivos, optar-se-á por imprimir uma orientação teórica condizente com os postulados e princípios inerentes ao Estado Democrático e Social de Direito, assegurado pela Constituição Federal. Assume-se no trabalho a compreensão do bem jurídico-penal como valor fundamental para a vida social², com referencial na pessoa³ e que esteja consagrado, ao menos implicitamente, na Constituição.

Parte-se da premissa de que compete ao direito penal promover a proteção subsidiária dos bens jurídicos. Além desse postulado da intervenção mínima, há princípios penais que condicionam a legitimidade do direito penal, como o da legalidade, o da culpabilidade, o da proporcionalidade, o da insignificância e o da ofensividade, matrizes teóricas constitucionais fundamentadas, a partir do prestígio ao direito de liberdade, ao da dignidade da pessoa humana, ao da igualdade, ao da forma de Estado consagrada na Constituição e aos objetivos da República.

Será feita exposição das características do direito penal econômico no Capítulo 3, investigando-se de que modo elas manifestam-se na tutela penal do consumidor.

Os princípios penais constitucionais retromencionados serão abordados, um a um, no Capítulo 4, ensejando a oportunidade para identificar e problematizar questões dogmáticas

Parágrafo único. Incurrerá nas mesmas penas quem deixar de retirar do mercado, imediatamente quando determinado pela autoridade competente, os produtos nocivos ou perigosos, na forma deste artigo.

Art. 66. Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços:

Pena - Detenção de três meses a um ano e multa.

§ 1º Incurrerá nas mesmas penas quem patrocinar a oferta.

§ 2º Se o crime é culposos;

Pena Detenção de um a seis meses ou multa.

Art. 67. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva:

Pena Detenção de três meses a um ano e multa.

Parágrafo único. (Vetado).

Art. 68. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança:

Pena - Detenção de seis meses a dois anos e multa:

² MIR PUIG, *El derecho penal en el...*, p. 162-3.

³ HASSEMER, *Lineamientos de una...*, in: *Doctrina Penal*, p. 282.

que advêm da previsão dos delitos objeto deste estudo, como a sua tensão com o princípio da legalidade, especialmente o corolário da taxatividade.

O princípio da proporcionalidade é apreciado como ferramenta inerente à testagem de legitimidade de algumas figuras delituosas que fazem parte desta pesquisa, como a previsão culposa de crimes de mera conduta, *v.g.*, os decritos nos arts. 63 e 66 do CDC.

Virão à lume questões dogmáticas que envolvem os crimes de perigo abstrato, já que os delitos que ora se elegem para estudo pertencem a essa classe. Nessa perspectiva, serão revisitados os conceitos de perigo concreto e de perigo abstrato, o modo pelo qual a situação perigosa deve ser apreendida na *prognosi* feita pelo juiz e a própria legitimidade dessa incriminação no ordenamento jurídico pátrio.

No Capítulo 5, dedica-se ao estudo dos crimes em espécie, procurando-se destacar temas gerais comuns aos tipos analisados e aspectos específicos de cada um.

Em síntese, pretende-se com esta pesquisa demonstrar *o que* e *o por quê* se está proibindo, por meio da tipificação dos crimes de informação inidônea ao consumidor. A análise do *como* o Código de Defesa do Consumidor procedeu tal tarefa também faz parte da pesquisa e é inevitavelmente abordada, a partir da exposição dos princípios constitucionais penais.

2 O DIREITO À INFORMAÇÃO NO DIREITO DO CONSUMIDOR

2.1 A origem do direito do consumidor

A Revolução Industrial, ao propiciar o aparecimento de grandes centros consumidores e a necessidade crescente de dar vazão a uma produção cada vez mais mecanizada, trouxe profundas modificações nas relações de comércio. A simple troca de mercadorias já não mais tinha lugar na sociedade industrial; tornaram-se mais complexas e menos pessoais as relações negociais; e, cada vez mais, tais relações mostravam-se volumosas e propiciadoras de grande acúmulo de capital aos grupos econômicos que se formavam.⁴

O liberalismo político do século XVIII refletia-se sobre as teorias econômicas da época, que sobrelevavam a autonomia da vontade das partes envolvidas no comércio, fiando-se na necessária e livre movimentação das riquezas na sociedade.⁵ Nesse tempo, a liberdade no comércio era bastante acentuada, podendo-se afirmar a existência de uma abstenção do Estado nesse setor.⁶

Os bens de consumo passaram a ser produzidos em série. Em consequência do aumento da produção industrial, surge imperiosa a necessidade de seu escoamento⁷, o que acaba levando o produtor a praticar atos abusivos e fraudulentos contra os consumidores.⁸

⁴ ALMEIDA, *Manual de direito do...*, p. 2.

⁵ MARQUES, *Contratos no código de...*, p. 22.

⁶ CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade civil do...*, p. 128. Para esse autor, o Estado, diante de seu forte abstencionismo, era visto como “guarda noturno”.

⁷ A produção em série possibilitou a diminuição acentuada nos custos de produção, e a oferta dos produtos conseguiu atingir camada mais ampla da população. Segundo Rizzato, esse modelo exitoso que veio crescendo na passagem do século XIX ao século XX, incrementou-se na Primeira Guerra mundial, alcançando níveis jamais vistos a partir da Segunda Grande Guerra, especialmente com o uso de tecnologia de ponta, o fortalecimento da informática e o incremento das telecomunicações (NUNES, *Curso de direito do...*, p. 3).

⁸ Nesse sentido: MONTE, *Da proteção penal do...*, p. 75. Camargo Ferraz, Edis Milaré e Nelson Nery Júnior, que apresentam boa síntese do surgimento da sociedade do consumo, identificam a importância de se proteger os direitos e interesses coletivos: “O surgimento dos grandes conglomerados urbanos, das metrópoles, a explosão demográfica, a revolução industrial, o desmesurado desenvolvimento das relações econômicas, com a produção e consumo de massa, o nascimento dos cartéis, ‘holdings’, multinacionais e das atividades monopolísticas, a hipertrofia da intervenção do Estado na esfera social e econômica, o aparecimento dos meios de comunicação de massa, e, com eles, o fenômeno da propaganda maciça, entre outras coisas, por terem escapado do controle do homem, muitas vezes voltaram-se contra ele próprio, repercutindo de forma negativa sobre a qualidade de vida e atingindo inevitavelmente os interesses difusos. Todos esses fenômenos, que se precipitaram num espaço de tempo relativamente pequeno, trouxeram a lume a própria realidade dos interesses coletivos, até então existentes de forma ‘latente’, despercebidos” (CAMARGO FERRAZ; MILARÉ; NERY JÚNIOR, *A ação civil pública e...*, p. 54-55).

Nesse contexto, conforme Miriam de Almeida Souza, a história demonstra que o interesse pelo lucro é maior do que o interesse pelo consumidor.⁹

O crescimento desmesurado do comércio acarretou o surgimento de grandes grupos econômicos, cujas atividades em busca do lucro chocavam-se com os interesses da população consumidora, como o abuso do poderio econômico, próprio dos cartéis.

Nesse contexto, o Estado se vê na contingência de regular as múltiplas relações negociais que se intensificavam e, de fato, de intervir no mercado. Nos fins do século XIX, surgiram leis com o propósito de regulamentar a concorrência, concedendo proteção não só aos produtores, mas também, ainda que indiretamente, aos consumidores.¹⁰

Cláudia Lima Marques observa que na sociedade de consumo caracterizada pela intensidade do sistema produtivo e de distribuição, o comércio desperta-se e os métodos de contratação em massa surgem em quase todas as relações contratuais entre consumidores e fornecedores. Aparecem nesse contexto os contratos de adesão.¹¹

A referida autora anota as desvantagens para o consumidor de contratos de massa:

[...] As cláusulas contratuais assim elaboradas não têm, portanto, como objetivo realizar o justo equilíbrio nas obrigações das partes, ao contrário, destinam-se a reforçar a posição econômica e jurídica do fornecedor que as elabora. Não é raro, portanto, que os contratos de massa contêm cláusulas que garantam vantagens unilaterais para o fornecedor que as elaborou, diminuindo os seus deveres em relação ao consumidor, exonerando-o de responsabilidades, diminuindo assim seus riscos e minimalizando os custos de uma futura lide¹².

O Estado voltou a sua atenção para promover um equilíbrio nas relações contratuais entre consumidores e fornecedores, uma vez que os interesses dos primeiros, ante a sua hipossuficiência, cediam diante do predomínio da vontade dos fornecedores. O modelo de contrato baseado na vontade individual alterou-se para uma concepção social, na qual os seus efeitos na sociedade são levados em conta.¹³ Assim, notou-se uma publicização na teoria dos contratos¹⁴, com destaque para a proteção de interesses sociais, por meio de leis:

À procura do equilíbrio contratual, na sociedade de consumo moderna, o direito destacará o papel da lei como limitadora e como verdadeira legitimadora da

⁹ SOUZA, *A política legislativa no...*, p. 48.

¹⁰ MONTE, *Da proteção penal do...*, p. 75. Anota-se que a Lei Antitruste americana (Sherman Act, 1890) é considerada pioneira na proteção do consumidor nos Estados Unidos (NUNES, *Curso de direito do...*, p. 2).

¹¹ MARQUES, *Contratos no código...*, p. 27.

¹² MARQUES, *Contratos no código...*, p. 44.

¹³ MARQUES, *Contratos no código...*, p. 50.

¹⁴ GUIMARÃES, *Tutela penal do consumo:...*, p. 17.

autonomia da vontade. A lei passará a proteger determinados interesses sociais, valorizando a confiança depositada no vínculo, as expectativas e a boa fé das partes contratantes.¹⁵

Com efeito, especialmente após eventos de grande impacto na economia mundial, como as duas Grandes Guerras, além da quebra da bolsa de Nova York, o Estado precisou intervir intensamente na ordem econômica, a fim de protegê-la e recuperá-la.¹⁶ Essa característica estatal vem estampada nas Constituições dos países, as quais prescrevem metas políticas e econômicas com preocupações distributivista, previdenciária e assistencial. Com essa perspectiva, surge o Estado do bem Estar Social.¹⁷

Em decorrência da regulação do comércio, segue-se a proteção aos consumidores¹⁸ no âmbito constitucional e no da legislação ordinária de diversos países.¹⁹ A proteção aos consumidores entrou definitivamente na pauta de discussões da ONU a partir de 1969, estando presente em suas Resoluções²⁰, notadamente a 39/248/85, de 09/04/1985²¹, na qual se estabeleceram as suas diretrizes. Conforme a referida Resolução, foram previstos princípios gerais que correspondem às necessidades dos consumidores:

II – Princípios Gerais

2. Cabe aos governos formular, fortalecer ou manter política enérgica de proteção aos consumidores, tendo em vista as diretrizes previstas mais adiante. Ao fazê-los, cada governo deve estabelecer suas próprias prioridades para a proteção dos consumidores, segundo circunstâncias econômicas e sociais do país e as necessidades de sua população e tendo presentes os custos e os benefícios inerentes às medidas que se proponham:

3. As necessidades legítimas que as diretrizes procuram atender são as seguintes:

- a) a proteção dos consumidores diante de riscos à sua saúde e segurança;
- b) a promoção e proteção dos interesses econômicos dos consumidores;
- c) o acesso dos consumidores a uma informação adequada que lhes permita realizar escolhas bem fundadas conforme os seus desejos e necessidades;
- d) a educação do consumidor;
- e) a possibilidade de compensação efetiva ao consumidor;

¹⁵ MARQUES, *Contratos no código...*, p. 51.

¹⁶ MONTE, *Da proteção penal do...*, p. 78.

¹⁷ SANGUINÉ, Introdução aos crimes... in: *Revista dos Tribunais*, p. 321.

¹⁸ Ignacio M. Laguía tem por inseparável a relação entre a proteção dos consumidores e a regulação do comércio (LAGUÍA, *La protección penal de los...*, p. 73).

¹⁹ SANGUINÉ, Introdução aos crimes... in: *Revista dos Tribunais*, p. 320.

²⁰ Conforme João Batista de Almeida, os primeiros passos em favor da proteção do consumidor na ONU foram dados a partir da Resolução 2.542, de 11/12/1969, ao ser proclamada a Declaração das Nações Unidas sobre Progresso e Desenvolvimento Social. Posteriormente, em 1973, a Comissão de Direitos Humanos da ONU proclamou os direitos fundamentais e universais do consumidor (ALMEIDA, *Manual de direito...*, p. 4).

²¹ <http://daccess-dds-y.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/469/75/IMG/NR046975.pdf?OpenElement>.

f) a liberdade de constituir grupos ou associações de consumidores e a oportunidade para tais organizações manifestarem-se em processos de adoção de decisões que os afetem;

As diretrizes estabelecidas pela citada resolução são: segurança física, promoção e proteção de interesses econômicos dos consumidores, normas para segurança e qualidade dos serviços e bens de consumo, sistemas de distribuição de serviços e bens de consumo essenciais, medidas que permitem os consumidores obter reparações por danos, programas de educação e informação, e medidas relativas a esferas concretas.

No que diz respeito aos programas de educação e informação, que possuem especial relevo nesta investigação, contemplou-se o documento em foco:

31. Os governos devem fomentar programas gerais de educação e informação do consumidor, atentando-se para as tradições culturais locais. O objetivo de tais programas deve consistir em capacitar os consumidores para que possam distinguir, fazer escolhas bem fundadas de bens e serviços e tenham consciência de suas obrigações. Ao formular-se tais programas deve-se ter especial atenção às necessidades dos consumidores que se encontram em situação desvantajosa, tanto na área rural, como na urbana, incluindo os consumidores de camadas mais baixas e aqueles que sejam quase ou totalmente analfabetos.

32. A educação do consumidor deve chegar, *si procede*, a fazer parte integrante do programa básico do sistema educativo, de preferência como componente de metas existentes.

33. A educação do consumidor e os programas de informação devem abarcar aspectos tão importantes da proteção do consumidor como os seguintes:

- a) *sanidad*, nutrição, prevenção de enfermidades transmitidas por alimentos e adulteração dos mesmos;
- b) perigo dos produtos;
- c) rótulo dos produtos;
- d) legislação pertinente, formas de obter reparação por danos e órgãos de proteção ao consumidor;
- e) informação sobre pesos e medidas, preços, qualidade, condições para concessão de créditos e disponibilidade de artigos de primeira necessidade; e
- f) contaminação e meio ambiente, *cuando proceda*.

34. Os governos devem alertar às organizações de consumidores e a outros grupos interessados, inclusive por meios de comunicação, a que ponham em prática programas de educação e informação, particularmente em benefício de grupos consumidores de baixas camadas sociais das zonas rurais e urbanas.

35. O comércio, *cuando proceda*, deve empreender programas objetivos e pertinentes de educação e informação do consumidor, ou participar deles.

36. Tendo em conta a necessidade de chegar aos consumidores rurais e aos consumidores analfabetos, os governos deverão, quando proceda, formular ou alentar a formulação de programas de informação ao consumidor destinados aos meios de comunicação de massas.

37. Os governos devem organizar ou fomentar a organização de programas de formação para educadores, profissionais dos meios de comunicação de massas e conselheiros do consumidor, que lhes permitam participar da execução de programas de informação e educação do consumidor.

Por sua importância, não se pode deixar de mencionar que a proteção dos consumidores ganhou destaque no programa de governo de J. F. Kennedy, então presidente dos Estados Unidos. Tornou-se histórica sua mensagem dirigida ao Congresso solicitando legislação sobre o tema, datada de 15 de março de 1962. A chamada “*Consumer bill of rights message*” expressava quatro direitos básicos dos consumidores: direito à segurança, direito à informação, direito de escolha e o direito de ser ouvido.²²

Os interesses dos consumidores possuem a natureza jurídica de serem coletivos e difusos. A sua titularidade pertence a uma pluralidade de indivíduos. No entanto, essas duas categorias diferenciam-se no grau de determinação do sujeito titular. Caso seja de um grupo delimitado, está-se diante de interesses coletivos; caso seja pertencente a um número indeterminado de titulares que mantêm consigo o elemento comum de serem portadores de tais interesses, está-se diante de interesses difusos.²³

Ao longo deste trabalho, far-se-ão referências várias aos interesses coletivos e aos interesses difusos, notadamente na parte que trata de bens jurídicos. Também se fará menção a interesses “supraindividuais”, como sinônimo de interesses coletivos. Não obstante a

²² “(1) The right to safety - to be protected against the marketing of goods which are hazardous to health or life.
(2) The right to be informed - to be protected against fraudulent, deceitful, or grossly misleading information, advertising, labeling, or other practices, and to be given the facts he needs to make an informed choice.
(3) The right to choose - to be assured, wherever possible, access to a variety of products and services at competitive prices; and in those industries in which competition is not workable and Government regulation is substituted, an assurance of satisfactory quality and service at fair prices.
4) The right to be heard - to be assured that consumer interests will receive full and sympathetic consideration in the formulation of Government policy, and fair and expeditious treatment in its administrative tribunals” (WOOLLEY, John T.; PETERS, Gerhard. *The American Presidency Project* [online]. Santa Barbara, CA. Available from World Wide Web: <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=9108>. Acesso em: 24 jul. 2010).

²³ MONTE, *Da proteção penal do...*, p. 212. Para Ada Pellegrini Grinover, “por interesses coletivos entende-se os interesses comuns a uma coletividade de pessoas e apenas a elas, mas ainda repousando sobre um vínculo jurídico definido que as congrega. [...] O outro grupo de interesses metaindividuais, o dos interesses difusos propriamente ditos, compreende interesses que não encontram apoio em uma relação-base bem definida, reduzindo-se o vínculo entre as pessoas a fatores conjunturais ou extremamente genéricos, a dados de fato frequentemente acidentais e mutáveis: habitar a mesma região, consumir o mesmo produto, viver sob determinadas condições sócio-culturais, sujeitar-se a determinados empreendimentos, etc. Trata-se de interesses espelhados e informais à tutela de necessidades, também coletivas, sinteticamente referidas à qualidade e vida (GRINOVER, *A problemática dos interesses...*, p. 30 e ss).

controvérsia sobre a precisão de tais termos²⁴, opta-se por utilizá-los indistintamente ao longo da pesquisa²⁵, sempre com o sentido de acentuar a sua titularidade associada a várias pessoas.

Para a doutrina, as relações de consumo são relações jurídicas²⁶; são, pois, vínculos jurídicos que se formam entre fornecedores e consumidores a partir dos negócios que travam entre si no mercado. Essas relações de consumo são marcadas por uma série de pretensões por parte dos consumidores, que esperam satisfazer-se em vários aspectos do bem adquirido ou do serviço contratado. Obviamente, os consumidores confiam que tenham feito uma boa compra, levando consigo produto com qualidade, que não lhes sejam ofensivos e que contenham adequação quanto ao uso indicado.

A partir da reconhecida vulnerabilidade do consumidor²⁷, o Estado normatiza a relação de consumo tendo como ponto de partida diretrizes políticas de proteção ao consumidor, visando ao equilíbrio dos interesses daqueles que formam as relações de consumo.

O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, apresenta em Capítulo próprio “A Política Nacional de Relações de Consumo”, caracterizada no art. 4º. Verifica-se desse dispositivo legal uma plêiade de valores que serão úteis na compreensão do bem jurídico protegido. Pela cientificidade com que foi elaborado o CDC²⁸, vale a transcrição:

²⁴ Confira-se a abordagem da controvérsia na obra de Renato de Mello Jorge Silveira (SILVEIRA, *Direito penal supra-individual...*, p. 58-61), para onde se remete o leitor.

²⁵ Para evitar-se confusões fruto de debates intermináveis doutrinários, os trabalhos científicos sobre temas pertinentes à proteção de interesses coletivos têm adotado tal estratégia, como se pode ver em: MACHADO, *Sociedade do risco e...*, p. 102, nota 16); (SILVEIRA, *Direito penal supra-individual...*, p. 60-1).

²⁶ NUNES, *Curso de direito do...*, p. 117. No mesmo sentido: FONSECA, *Direito penal do consumidor...*, p. 46; FILOMENO *et al. In: Código brasileiro de defesa do...*, p. 28.

²⁷ Conforme Fábio Konder Comparato, o conceito de consumidor é indissociável da noção de sua vulnerabilidade: “o consumidor é, pois, de modo geral, aquele que se submete ao poder de controle dos titulares dos bens de produção, isto é, os empresários” (COMPARATO, *A proteção ao consumidor...*, in *Revista de Direito...*, p. 90-1). Para Cláudia Lima Marques, há três espécies de vulnerabilidade: a técnica; a jurídica, ou científica; e a fática. A vulnerabilidade técnica consiste em não possuir conhecimento específico sobre o que está comprando, ficando suscetível aos engodos por parte do fornecedor a respeito das características e utilidade do bem. A vulnerabilidade jurídica, ou científica, consiste em não possuir conhecimentos específicos sobre direito, economia e contabilidade. Na vulnerabilidade fática, também conhecida por sócioeconômica, conforme ainda a autora citada, o consumidor submete-se, obrigando-se no contrato, à superioridade do fornecedor que detém monopólio, fático ou jurídico, ou poderio econômico (MARQUES, *Contratos no código...*, p. 72-3). Vulnerabilidade não se confunde com hipossuficiência que possuem algumas pessoas, sendo esta uma vulnerabilidade especial, conforme Antônio H. Vasconcellos Benjamim: “Vulnerável é todo consumidor, ope legis. Hipossuficientes são certos consumidores ou certas categorias de consumidores, como os idosos, as crianças, os índios, os doentes, os rurícolas, os moradores da periferia” (BENJAMIM *et al. in: Código brasileiro de defesa do...*, p. 303).

²⁸ A comissão de juristas responsável pela elaboração do CDC foi presidida por Ada Pellegrini Grinover e teve como membros Daniel Roberto Fink, José Geraldo Brito Filomeno, Kazuo Watanabe e Zelmo Denari. A Comissão contou ainda com a assessoria de Antônio Herman Vasconcellos Benjamim, Eliana Cáceres, Marcelo Gomes Sodr e, Mariângela Sarrubo, Nelson Ney Júnior e Régis Rodrigues Bonvicino (GRINOVER *et al. Código brasileiro de defesa do...*, p. 01).

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

a) por iniciativa direta;

b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;

c) pela presença do Estado no mercado de consumo;

d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;

V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;

VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;

VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos;

VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo.

A leitura do texto legal retrotranscrito informa que foram adotados certos princípios²⁹, como o da vulnerabilidade (I), o do dever governamental (II)³⁰, o da garantia de adequação (III)³¹, o da boa fé nas relações de consumo (IV)³², o da informação (V) e o do acesso efetivo e diferenciado à justiça (VI).³³

²⁹ Como sistematização dos princípios, adota-se aquela ofertada por MARINS, *Responsabilidade da empresa pelo...*, p. 37-8.

³⁰ Este princípio é compreendido a partir de dois prismas distintos, conforme lição de James Marins (MARINS, *Responsabilidade da empresa pelo...*, p. 39-40). Nesse sentido, primeiramente, o Estado é o responsável por prover o consumidor de mecanismos suficientes para a sua proteção. Num segundo aspecto, o Estado possui o dever de promover a racionalização e melhoria dos serviços públicos, exsurgindo daí sua responsabilidade como fornecedor.

³¹ Este princípio emerge da consideração de que os bens oferecidos no mercado devem atender às necessidades dos consumidores, respeitando os seus direitos à proteção de sua saúde e segurança, dignidade, de seus interesses econômicos e ao direito de melhoria de qualidade de vida. Trata o princípio de adequar os produtos e serviços ao binômio segurança/qualidade (MARINS, *Responsabilidade da empresa pelo...*, p. 41).

³² “É um princípio que visa garantir a ação sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão a ninguém, cooperando sempre para atingir o fim colimado no contrato, realizando os interesses das partes” (NUNES, *Curso de direito do...*, p. 128).

³³ Para Jaime Marins, “Apesar de não aparecer expressamente nos incisos deste art. 4º, o ‘princípio do acesso à justiça’ se reveste de grande importância, e merece ser referido, especialmente porque o estabelecimento de meios para que o consumidor alcance a ‘efetividade’ de seus direitos foi um das grandes preocupações do legislador, e aparece consubstanciada em um grande número de dispositivos deste Código. Assim, pode-se dizer, que o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, apesar de indiscutivelmente marcado por grandes alterações

Com preocupação didática visando ao consumidor, atendendo ao princípio da informação, o art. 6º arrola os direitos básicos do consumidor, todos consectários lógicos da “Política Nacional das Relações de Consumo”. Interessam ao objeto deste estudo os direitos básicos descritos nos incisos de I a IV, adiante destacados.

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

IX - (Vetado);

X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

2.2 A informação no direito do consumidor

O direito à informação provém do princípio geral da boa fé, que tem por objetivo fundamental garantir a lisura nas relações negociais.³⁴ Deste princípio geral emergem deveres de esclarecimento, que obrigam as partes, na vigência do negócio jurídico, a informarem-se a respeito de tudo quanto possa influir no vínculo instaurado.³⁵ São exemplos de tais deveres

no campo do Direito Material, trouxe o correspondente ‘arsenal’ de instrumentos processuais, isto porque ‘será por intermédio do processo, que essas previsões ganharão vida’ (MARINS, *Responsabilidade da empresa pelo...*, p. 45-6).

³⁴ GABRICH, *O princípio da informação*, p. 193.

³⁵ GABRICH, *O princípio da informação*, p. 194.

jurídicos: o direito (dever) de informação, o dever de cuidado com relação ao patrimônio e à incolumidade da outra parte e o dever de omissão e de segredo.³⁶

Muito além do âmbito de direito privado, há o direito público e subjetivo de receber e de ter acesso a todas as informações de seu interesse, na forma do art. 5º, incisos XIV³⁷ e XXXIII³⁸, da Constituição brasileira, a qual, inclusive, assegurou-o por meio da garantia do *habeas data* (art. 5º, LXXII).

No que se refere à temática do consumidor, a Constituição pátria não é eloquente a respeito do direito à informação³⁹, mas apresenta garantias de sua consagração, inclusive no nível dos direitos fundamentais. Nesse sentido está a promoção da defesa do direito do consumidor, na forma da lei (art. 5º, XXXII).

O direito à informação ocupa lugar central nos princípios que orientam a Política Nacional das Relações de Consumo (art. 4º, IV, CDC), figurando como um direito básico do consumidor, que é o verdadeiro ponto de partida para se chegar a vários outros.

Como premissa necessária, o direito à informação é essencial para a viabilidade dos demais direitos do consumidor⁴⁰, como o direito à livre escolha, o direito à proteção de sua saúde e segurança, o direito de fazer bons negócios e, até mesmo, o de ser ouvido e de contar com um eficiente aparato jurídico a seu favor.⁴¹

A primazia do direito à informação do consumidor também é constatada do próprio rol constante do art. 6º do CDC.⁴²

Se o consumidor tem o direito à informação, cabe ao fornecedor de bens e prestador de serviços o dever de prestá-la. Esse dever advém do princípio da boa fé, tomada

³⁶ GABRICH, *O princípio da informação*, p. 194.

³⁷ “É assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

³⁸ “Todos têm direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.”

³⁹ A Constituição Argentina, em seu art. 42, consagra o direito à informação do consumidor com notável “densidade semântica”, no dizer de Paulo Luiz Netto Lôbo (LÔBO, *A informação como...*, in *Estudos de direito do consumidor*, p. 31), tal como se verifica de sua redação: “os consumidores têm direito, na relação de consumo, a uma informação adequada e veraz”.

⁴⁰ WILHELMSSON, *Consumer law and...*, in: *Estudos de Direito do Consumidor*, p. 360.

⁴¹ Os direitos acima mencionados foram apresentados conforme enumeração constante da 1975 EC Preliminary Programme for a Consumer Protection and Information Policy, OJ 1975 No. C 92/1 (WILHELMSSON, *Consumer law and...*, in: *Estudos de Direito do Consumidor*, p. 359)

⁴² Notadamente, os incisos II, III e IV, *in verbis*: “II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações; III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços”.

não no plano subjetivo da formação do consentimento, mas no plano objetivo do equilíbrio entre prestações e contraprestações.⁴³ Numa relação jurídica marcada pela boa fé, uma parte espera da outra lealdade, retidão e probidade, confiando que não haja para com ela intenção lesiva.

No direito do consumidor, o princípio da boa-fé foi refuncionalizado, acentuando-se o seu caráter de cláusula geral para a validade dos contratos, servindo-se, pois, de parâmetro para a verificação do dever de informar.⁴⁴ Com o surgimento de legislações específicas para regular as relações de consumo, observa-se que o requisito da boa fé foi incorporado aos textos legais, de molde a condicionar a licitude do fornecimento de bens e de serviços no mercado. Aponta-se que a teoria dos contratos engendrou a doutrina dos deveres acessórios ao da prestação principal, na qual se localizava o dever de informar.⁴⁵

À medida que o progresso vai trazendo complexidade à produção industrial e grande desenvolvimento científico e tecnológico na montagem de novos bens e produtos, mais se acentua a necessidade de bem cumprir o dever de informar, cada vez mais necessário diante do crescente universo de consumidores.⁴⁶

Cumprir gizar que o dever de informar incumbe a todos aqueles que contribuem para que seja realizada a oferta de bens no mercado consumidor, desde a fase de produção até a de distribuição, incluindo, fabricante, importador, atacadista, varejista e distribuidor, dentre outros.⁴⁷

Para que o dever de informar seja cumprido de modo completo, de acordo com Paulo Luiz Netto Lobo, que a informação atenda a três requisitos: ser adequada; ser suficiente; e ser veraz.⁴⁸ Faltando um desses atributos à informação prestada, quem for o seu responsável não estará cumprindo o dever a que está obrigado.

Adequado é que a informação seja prestada por meio compatível com o produto ou serviço oferecido, devendo apresentar cognoscibilidade.⁴⁹ Ou seja, a informação adequada

⁴³ THEODORO JÚNIOR, *Direitos do consumidor*:..., p. 19-20.

⁴⁴ LÔBO, A informação como..., *in Estudos de direito do consumidor*, p. 33. Nesse sentido, veja também: THEODORO JÚNIOR, *Direitos do consumidor*:..., p. 20.

⁴⁵ MARQUES, *Contratos no código*..., p. 120-1.

⁴⁶ LÔBO, A informação como..., *in Estudos de direito do consumidor*, p. 34.

⁴⁷ Nesse sentido, para assegurar o dever de informação do consumidor, dispõe o art. 34 do CDC: “O fornecedor ou prestador de serviços que viole o dever de informar responde pelos danos que causar ao consumidor, sendo solidariamente responsáveis os demais intervenientes na cadeia da produção à distribuição que hajam igualmente violado o dever de informação”.

⁴⁸ LÔBO, A informação como..., *in: Estudos de direito do consumidor*, p. 38.

⁴⁹ LÔBO, A informação como..., *in Estudos de direito do consumidor*, p. 35. Para o referido autor: *Os signos empregados (imagens, palavras, sons) devem ser claros e precisos, estimulantes do conhecimento e da compreensão* (LÔBO, A informação como..., *in Estudos de direito do consumidor*, p. 35).

pode ser compreendida pelo consumidor. No caso concreto, dependerá da utilização de linguagem clara e acessível, com caracteres legíveis ou, mesmo, ostensivos.

A suficiência da informação relaciona-se a sua completude e a sua integralidade.⁵⁰ Veraz é a informação que corresponde às reais características do produto e do serviço e de seus aspectos mais importantes, como composição, preço, conteúdo, garantias e riscos.⁵¹

Veja-se que o art. 8º do Código de Defesa do Consumidor é expresso quanto à obrigação do fornecedor de prestar informações necessárias (leia-se “suficientes”) e adequadas.⁵² No § único do mesmo dispositivo, o legislador entende que a maneira adequada de prestrar informações sobre produtos industriais é por meio de impressos apropriados que acompanham os produtos.

Também em outros dispositivos do CDC o legislador prescreve o modo de adequação da informação. O art. 9º do CDC, ao tratar de produtos e serviços potencialmente nocivos, exige que a informação seja adequada e “ostensiva”.⁵³

Zelmo Denari registra que as exigências constantes do art. 9º do CDC quanto à informação em produtos potencialmente nocivos e perigosos remontam à decisão da Corte de Cassação Francesa prolatada em 11 de outubro de 1983 (*Bulletin Civil*, n. 228, 1983, I, 204).⁵⁴ Conforme esse precedente, uma cola para afixar azulejos foi utilizada próximo a um fogão aceso e provocou incêndio, com consequentes morte e lesões corporais na família que a utilizava. Apesar da existência da advertência “altamente inflamável”, aquele Tribunal entendeu que ela deveria ter sido bem mais explícita, dada a extrema periculosidade.⁵⁵

No caso de o fornecedor tomar ciência acerca da nocividade dos produtos e serviços após a sua disponibilização no mercado, caber-lhe-á informar tal fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários, como dispõe o art. 10º. Nesse último caso, assevera o CDC que os anúncios serão veiculados na

⁵⁰ LÔBO, A informação como..., in *Estudos de direito do consumidor*, p. 35.

⁵¹ LÔBO, A informação como..., in *Estudos de direito do consumidor*, p. 37

⁵² “Art. 8º Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.

Parágrafo único. Em se tratando de produto industrial, ao fabricante cabe prestar as informações a que se refere este artigo, através de impressos apropriados que devam acompanhar o produto”.

⁵³ “Art. 9º. O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto”.

⁵⁴ DENARI, *Código brasileiro de defesa do...*, p. 149.

⁵⁵ DENARI, *Código brasileiro de defesa do...*, p. 149.

imprensa escrita, no rádio e na televisão, às expensas do fornecedor do produto ou serviço (§ 2º do art. 10).

Os defeitos de informação acarretam uma espécie do gênero responsabilidade por fato do produto, nos termos do art. 12, parte final, do Código de Defesa do Consumidor.⁵⁶ Tal responsabilidade pode ocorrer em face de defeitos no produto ou no serviço em si (vícios intrínsecos ou inerentes à estrutura do produto) ou em face do não cumprimento ou do cumprimento imperfeito do dever de advertir ou instruir, que originam vícios extrínsecos, conforme diferencia Calvão da Silva⁵⁷.

O dever de informar estende-se à publicidade que se fizer do produto ou do serviço disponibilizados no mercado. Embora, a rigor, sejam diversas, a informação e a publicidade prestam-se a nortear a escolha do consumidor. Daí a necessidade de acautelar o consumidor também em face das informações objeto da publicidade.

2.3 A limitação do conhecimento

A história mostra que na estrada do tempo as verdades se modificam. O que era benéfico à saúde no passado passa a não sê-lo no presente, e vice-versa. A ciência evolui em suas descobertas. As formas de comunicação transformam-se num piscar de olhos. A própria noção de dignidade humana ganha abordagens antes impensadas.

A informação veraz, nesse sentido, modifica-se substancialmente; é inegável. Há de se fixar, então, um marco para servir de base para o dever de informar, um limite contextualizado no ponto em que a ciência chegou a respeito de um assunto qualquer.

Obviamente, esse marco delimitará o dever de informar. Adquire importância, pois, a extensão do conhecimento de fornecedores e prestadores relativamente aos bens e serviços que oferecem no mercado. Nesse sentido, antes mesmo do dever de informar surge o dever de informar-se a respeito do uso e da destinação daquilo que é oferecido ao público.

⁵⁶ “Art. 10. O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança.

§1º O fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários.

§2º Os anúncios publicitários a que se refere o parágrafo anterior serão veiculados na imprensa, rádio e televisão, às expensas do fornecedor do produto ou serviço”.

⁵⁷ CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade civil do...*, p. 659.

Quando surge o dever de informar? No instante em que o fornecedor de bens ou o prestador de serviços adquirem determinado conhecimento relevante capaz de alterar a forma de manuseio ou o usufruto do que se propõe a introduzir no mercado.

Nesse processo de conhecimento, pode suceder que somente cheguem ao fornecedor ou ao prestador as informações sobre adversidades - por exemplo, de produtos e de serviços após a sua disponibilização no mercado.

Como se sabe, é fundamental à teoria do erro em direito penal o conhecimento que o agente possui no momento da conduta. Se incorreto ou inexistente o conhecimento a respeito de alguma elementar do tipo, isso pode acarretar-lhe escusa para a responsabilidade (erro de tipo). Em alguns casos (hipóteses de erro vencível sobre elemento do tipo), pode atenuar a culpabilidade do agente, permitindo-se a sua punição em menor medida.⁵⁸

Afora tais questões pertinentes à teoria do erro, que poderão modificar por completo o elemento subjetivo do tipo, verifica-se que ter a informação ou não tê-la mas podendo alcançá-la será essencial à tipicidade de delitos que envolvem o dever de informar. Citam-se os tipos legais de crimes que fazem parte deste e que enfocam a questão: arts. 63, 64, 66, 67 e 68, todos do CDC.

Nota-se, como é praxe na teoria do erro sobre a ilicitude do fato, que o agente não poderá alegar falta de conhecimento do direito para pleitear a escusa da responsabilização penal (art. 21 do CP) quando por sua condição de fornecedor ou de prestador poderia alcançá-lo por meio das descobertas científicas até então existentes sobre o produto. Fosse permitido ao agente alegar o desconhecimento, o agente se beneficiaria da própria torpeza quando pudesse ter alcançado o conhecimento. No direito do consumidor, a parte vulnerável é o consumidor, e parte-se do pressuposto de que o fornecedor conhece o produto ou serviço que oferece no mercado, especialmente a sua nocividade e periculosidade.

2.4 Os meios de se informar (*onde*)

O meio no qual terá de ser feita a comunicação aos consumidores será aquele que trará adequação e suficiência à informação nele contida. Quanto mais eficaz for, maior adequação trará ao informe que se pretende fazer.

⁵⁸ Na forma do disposto no art. 20 do CP, permite-se a punição por crime culposo, se previsto em lei.

Em algumas passagens do CDC vê-se referência aos meios adequados de se proceder à informação, como impressos que acompanham o produto e anúncios publicitários, na forma dos arts. 8º e 10. O art. 63 refere-se a embalagens, invólucros e recipientes dos produtos como anteparos adequados onde será feita a informação ao consumidor.

É claro que outros meios de comunicação com os consumidores não se encontram excluídos, mas há de se atentar para a sua necessária credibilidade. Na era digital, em que as mensagens eletrônicas são comuns, não se pode mais confiar em avisos por intermédio de *e-mails* ou programas de mensagens instantâneas.

A imprensa, tanto a falada como a escrita, sobretudo em jornais de grande circulação ou em horário nobre da televisão, reputa-se como o meio mais eficaz para uma informação para o consumidor. Contudo, em face dos princípios que norteiam a proteção ao consumidor, especialmente sua vulnerabilidade e o direito efetivo à informação, outros meios mais diretos de comunicação terão de ser utilizados subsidiariamente. Nesse contexto, a boa e a velha carta postada pelos correios será o meio mais confiável de se comunicar, por exemplo, ao consumidor que ele precisa comparecer a uma concessionária de veículos para trocar determinada peça do automóvel adquirido, que agora se soube potencialmente nociva. É o chamado *recall*. Para que o fornecedor de produtos e de serviços se protejam diante de eventuais demandas judiciais, é bom que façam isso por carta com aviso de recebimento ou, até mesmo, por meio de notificação cartorial em casos extremos em que a nocividade de um produto for tamanha a ponto de merecer essa forma de comunicação.

2.5 A publicidade e a informação

A publicidade consiste em “técnica comercial cuja finalidade é justamente propor a venda de bens, incentivando seu consumo e a circulação econômica da riqueza”.⁵⁹ Aponta-se que a publicidade é consequência da Revolução Industrial e da formação dos mercados de massa⁶⁰, até porque tem por objetivo contribuir para o escoamento da produção de bens.

⁵⁹ COSTA, O princípio da vinculação da publicidade:..., *in: Estudos sobre a proteção do consumidor no...*, p. 50-1.

⁶⁰ JACOBINA, *A publicidade no direito...*, p. 22. O referido autor registra que a publicidade surgiu após o nascimento da imprensa, verificando-se de modo pioneiro em jornais da Inglaterra (JACOBINA, *A publicidade no direito...*, p. 21-2).

A publicidade, à evidência, influencia a oferta e a contratação de bens e serviços, de sorte que existe uma inseparável relação entre a proteção dos consumidores e a regulação do comércio.⁶¹

A Diretiva 84/450, da Comunidade Económica Europeia⁶², em seu art. 2º, I, define publicidade como “qualquer forma de comunicação feita no âmbito de uma atividade comercial, artesanal ou liberal tendo por fim promover o fornecimento de bens ou de serviços, incluindo os bens imóveis, os direitos e as obrigações”.

A rigor, publicidade distingue-se de propaganda. A propaganda “visa o exercício de uma acção psicológica sobre o público, em vários domínios, tais como o ideológico, o político, o social, o religioso ou até o económico (mas nunca com o objectivo de levar ao consumo e, portanto, longe de qualquer lógica de lucro)”.⁶³

Presente a vulnerabilidade do consumidor, o Estado tutela a publicidade, sancionando os seus abusos e colocando nas mãos do consumidor instrumentos jurídicos hábeis para fazer cumprir as propostas veiculadas no mercado de consumo. Nesse sentido, o Código de Defesa do Consumidor confere à publicidade um tratamento jurídico mais rigoroso do que o dispensado a uma simples proposta de um negócio.

A publicidade, com todas as suas sutilezas e simbolismos⁶⁴, a incutem no seu destinatário as mais variadas necessidades de consumo, e diante de seu extraordinário alcance, é dotada de força inimaginável para movimentar o mercado consumidor. Surge evidente nesta realidade o interesse estatal para impedir abusos e tutelar tal atividade, visando a preservar a livre concorrência⁶⁵ e os interesses dos consumidores.

Destaca-se, hoje, na era globalizada, o carácter transnacional da publicidade, a atingir inúmeros mercados nacionais de uma só vez, fato que é potencializado por meio da *Internet*. Convergem-se, assim, interesses comuns de vários países na regulação da publicidade.

⁶¹ LAGUÍA, *La protección penal de los...*, p. 73.

⁶² http://eur-ex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=pt&type_doc=Directive&an_doc=84&nu_doc=450. Acesso em: 29 Jan. 2010.

⁶³ MONTE, *Da proteção penal do...*, p. 93. Em sentido oposto, entendendo que se pode compreender por sinónimos os termos “publicidade” e “propaganda”, com base na legislação constitucional e infraconstitucional brasileiras, com base na harmonia existente no seu significado léxico: NUNES, *Curso de Direito do...*, p. 61-2.

⁶⁴ É patente a exploração publicitária de identificação de certos produtos com o bem-estar pessoal e social, como já se fez notar no passado a publicidade de marcas de cigarro, como *Free* ou *Marlboro*.

⁶⁵ Na publicidade enganosa, não só o consumidor se prejudica como também o fornecedor que se dedica à mesma atividade daquele patrocinou a publicidade ilícita, como destaca Gabriel García Planas (GARCÍA PLANAS, *Hacia um delito...*, in: *Estudios Penales y...*, p. 145).

A rigor, publicidade distingue-se de informação. Enquanto a primeira visa a estimular o consumo, a segunda tem por finalidade dar aos consumidores a oportunidade de conhecer as características relevantes dos bens e serviços que lhes são oferecidos⁶⁶, de molde a nortear-lhes a escolha.

Contudo, é inegável que a publicidade contém informações sobre o objeto que está sendo oferecido por meio das mais diversas mídias. Nesse sentido, vincula quem a realiza, do mesmo modo com que vincula quem informa o consumidor.

Com efeito, o Estatuto do Consumidor dispõe que a publicidade realizada pelo fornecedor integra o contrato compulsoriamente, de antemão, em que pese a inexistência da manifestação de vontade do interessado. Não se acata, pois, nessa sede a teoria geral do negócio nessa fase pré-contratual⁶⁷, no essencial regida pelos arts. 427 e 428 do Código Civil.⁶⁸

O art. 30 do CDC dispõe que toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer meio de comunicação, obriga o fornecedor e integra o contrato que vier a ser celebrado.

Até a edição do CDC eram aceitos os exageros da publicidade, considerados *dolus bonus* admitido pelo comércio.⁶⁹ Como explica Rodycz⁷⁰, àquele tempo

[...] vigia um sistema em que a oferta contida na publicidade era considerada mero convite a fazer a oferta (*invitatio ad refferendum*), ou seja, após vinculado o anúncio publicitário, mesmo contendo as informações essenciais sobre o negócio (coisa, preço e identificação do ofertante, faltando apenas o aceitante e a aceitação, isto é, o consenso), considerava-se que havia apenas ‘convite para vir fazer a oferta’, com inversão de posições: o consumidor, ao comparecer no estabelecimento do fornecedor, é que apresentaria uma oferta, que seria ou não aceita por este, segundo sua livre vontade.

⁶⁶ LÔBO, A informação como..., in *Estudos de direito do consumidor*, p. 38.

⁶⁷ LÔBO, A informação como..., in *Estudos de direito do consumidor*, p. 40.

⁶⁸ Art. 427. A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.

Art. 428. Deixa de ser obrigatória a proposta:

I - se, feita sem prazo a pessoa presente, não foi imediatamente aceita. Considera-se também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante;

II - se, feita sem prazo a pessoa ausente, tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente;

III - se, feita a pessoa ausente, não tiver sido expedida a resposta dentro do prazo dado;

IV - se, antes dela, ou simultaneamente, chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente.

⁶⁹ RODYCZ, A obrigatoriedade de o... in: *Estudos sobre a proteção do...*, p. 62.

⁷⁰ RODYCZ, A obrigatoriedade de o... in: *Estudos sobre a proteção do...*, p. 61.

O exagero publicitário para “vender o peixe”, o *puffing*, não tem sido considerado escusa para desobrigar o responsável pela publicidade.⁷¹ A falta de tolerância com a técnica em questão é explicada pelo fato de o anunciante apenas utilizá-la quando vislumbra que alguns consumidores acreditarão na mensagem.⁷²

A questão da licitude do *puffing* é problematizada em hipótese em que lhe falta a precisão, o que, em tese, estaria a afastar a vinculação do fornecedor à oferta, tal como disciplinado pelo art. 30 do CDC. Contudo, caso isso fosse possível, haveria brecha para desatender ao princípio da veracidade. Por isso, a impossibilidade dessa pretensão de afastar o art. 30 por meio do exagero publicitário levou Antônio Herman de V. Benjamin a considerar⁷³: “Conclui-se, então, que o exagero, mostrando-se capaz de induzir o consumidor em erro ou abusando dos valores sociais, presta-se à caracterização da publicidade enganosa e abusiva, mesmo quanto não tiver ‘precisão suficiente’.”

Como exceção a esse ponto de vista, pondera o autor que “só a vagueza absoluta e inofensiva do anúncio permite a isenção de responsabilidade do fornecedor”.⁷⁴

Tem sido comum ler nos anúncios que grandes magazines publicam nos jornais a expressão “salvo erro de impressão” como cláusula de erro a desobrigar o anunciante. Cumpre dizer que a força vinculativa que advém do anúncio publicitário, nos termos do art. 30 do CDC, acarreta responsabilidade civil independente de culpa, *ex vi* do art. 35 do CDC. Nesse sentido, publicou, certo ou não, tem de cumprir.⁷⁵ Parte da doutrina, de outro lado, submete a solução ao caso concreto, com fundamento no art. 4º do CDC, que propõe como objetivos da política de consumo a transparência e a harmonia nas relações, considerados os dois lados, consumidor e fornecedor, ambos a agirem com boa-fé.⁷⁶

No âmbito penal, diga-se que não será uma cláusula geral de escusabilidade, pré-contratual e previamente elaborada pelo anunciante como padrão, que irá retirar eventual culpa *lato sensu* do lojista, pois, nessa sede, há de se perquirir em concreto o elemento subjetivo integrante da figura delitiva.

⁷¹ BENJAMIM *et al.* in: *Código brasileiro de defesa do...*, p. 294-5

⁷² BENJAMIM, *et al.* in: *Código brasileiro de defesa do...*, p. 294.

⁷³ BENJAMIM *et al.* in: *Código brasileiro de defesa do...*, p. 295.

⁷⁴ BENJAMIM *et al.* in: *Código brasileiro de defesa do...*, p. 294.

⁷⁵ BENJAMIM *et al.* in: *Código brasileiro de defesa do...*, p. 259.

⁷⁶ RODYCZ, A obrigatoriedade de o..., in: *Estudos sobre a proteção do...*, p. 62.

A questão, também contida frequentemente nos anúncios, a respeito da limitação de estoque nas lojas ou de peças por consumidor possui tratamento distinto. Inicialmente, diga-se que se trata de regra que condiciona o preço. Por óbvio, em homenagem à transparência e à veracidade, o preço destacado da oferta, publicado ostensivamente para atrair o consumo, não poderá recair, por exemplo, sobre apenas uma única unidade da loja, pois fará o consumidor pensar que está diante de promoção de alguns. Assim, desde que publicada tal informação com adequação, em impressão legível, em termos claros e com amparo na boa-fé, a restrição na proposta é lícita.

Para Paulo Luiz Netto Lôbo, os mesmos princípios que regem a informação ao consumidor também orientam a publicidade, a saber: o da veracidade, o da adequação e o da suficiência.⁷⁷

Antônio Herman V. Benjamim⁷⁸, para quem os princípios da publicidade são mais numerosos, aponta um por um identificando o respectivo dispositivo do CDC que acolhe cada um deles. Nessa linha, aponta: a) o princípio da identificação da publicidade (art. 36, *caput*); b) princípio da vinculação contratual (arts. 30 e 35); c) princípio da veracidade (art. 37, § 1º); d) princípio da não abusividade (art. 37, § 2º); e) princípio da inversão do ônus da prova (art. 38); f) princípio da transparência da fundamentação da publicidade (art. 36, parágrafo único); e g) princípio da correção do desvio publicitário, desumível do art. 56.

O Código de Publicidade Português, decreto 330, de 23 de outubro de 1990, em seu art. 6º, dispõe sobre os princípios que disciplinam a publicidade, enumerando o da licitude, o da identificabilidade e o da veracidade e respeito aos consumidores.

2.6 A publicidade enganosa

Em face dos objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo e dos direitos básicos do consumidor expressos nos incisos I a IV do art. 6º do CDC, a publicidade enganosa foi expressamente proibida pelo Direito do Consumidor pátrio:

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

⁷⁷ LÔBO, A informação como..., in *Estudos de direito do consumidor*, p. 39.

⁷⁸ BENJAMIM *et al.* in: *Código brasileiro de defesa do...*, p. 278-280.

§1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de carácter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

[...]

§3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de a sobre dado essencial do produto ou serviço.

Observa-se que a Comunidade Europeia possui Diretiva específica em matéria de publicidade enganosa, a 450, datada de 10 de setembro de 1984⁷⁹, cujo texto define a figura em apreço e estabelece critérios por meio dos quais ela pode ser identificada:

Artigo 1o

A presente directiva tem por objectivo proteger os consumidores e as pessoas que exercem uma actividade comercial, industrial, artesanal ou liberal, bem como os interesses do público em geral, contra a publicidade enganosa e as suas consequências desleais.

Artigo 2o

Na acepção da presente directiva, entende-se por:

1. Publicidade: qualquer forma de comunicação feita no âmbito duma actividade comercial, industrial, artesanal ou liberal tendo por fim promover o fornecimento de bens ou de serviços, incluindo os bens imóveis, os direitos e as obrigações;
2. Publicidade enganosa: a publicidade que, por qualquer forma, incluindo a sua apresentação, induz em erro ou é susceptível de induzir em erro as pessoas a quem se dirige ou que afecta e cujo comportamento económico pode afectar, em virtude do seu carácter enganador ou que, por estas razões, prejudica ou pode prejudicar um concorrente;
3. Pessoa: qualquer pessoa singular ou colectiva.

Artigo 3o

Para determinar se uma publicidade é enganosa, devem ter-se em conta todos os seus elementos e, nomeadamente, todas as indicações que digam respeito:

- a) às características dos bens ou serviços, tais como a sua disponibilidade, natureza, execução, composição, o modo e a data de fabrico ou de prestação, o carácter adequado, as utilizações, a quantidade, as especificações, a origem geográfica ou comercial ou os resultados que podem ser esperados da sua utilização, ou os resultados e as características essenciais dos testes ou controlos efectuados sobre os bens ou serviços;
- b) ao preço ou ao seu modo de estabelecimento, e às condições de fornecimento dos bens ou da prestação dos serviços;
- c) à natureza, às qualidades e aos direitos do anunciador, tais como a sua identidade e o seu património, as suas qualificações e os seus direitos de propriedade industrial, comercial ou intelectual, ou os prémios que recebeu ou as suas distinções.

Cabe notar que a publicidade enganosa nem sempre possui conteúdo falso em seus anúncios, conforme a doutrina. O que determina o seu carácter é a capacidade de ludibriar o consumidor. Nesses termos,

⁷⁹ http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=pt&type_doc=Directive&an_doc=84&nu_doc=450. Acesso em: 29 dez. 2010.

[...] uma publicidade pode, por exemplo, ser completamente correta e ainda assim ser enganosa, seja porque informação importante foi deixada de fora, seja porque o seu esquema é tal que vem a fazer com que o consumidor entenda mal aquilo que se está, realmente, dizendo. É, em síntese, o conceito de enganosidade, e não de falsidade, que é essencial aqui⁸⁰.

Para o direito civil, o elemento subjetivo que move o agente que realiza a publicidade enganosa é irrelevante, sendo essencial para caracterizá-la o seu aspecto objetivo, externado numa alegação dotada de aptidão para enganar.⁸¹

Ainda conforme a doutrina civil, a capacidade para enganar é aferida por meio de um juízo abstrato, e não conforme o caso concreto. Explica-se, com base nessa lógica, que se afigura desnecessária a ocorrência efetiva de engano do consumidor, bastando a sua potencialidade.⁸²

Para Cláudia Lima Marques⁸³, o parâmetro para se identificar se a publicidade é ou não enganosa deveria ser o observador menos atento, pois representaria a parcela mais vulnerável, e por isso não negligenciável, dos consumidores.

Pode a publicidade enganosa ser comissiva ou omissiva. Nos termos da lei, a segunda hipótese é mais restrita do que a primeira. Para que haja a omissão ilícita, deve o anunciante deixar de informar o elemento do produto ou do serviço que seja um dado essencial. Rizzato Nunes ilustra a enganosidade por omissão a partir de um anúncio de apartamento novo, em região nobre, com preço abaixo do que é normalmente praticado, sem a advertência de que inexitem vagas de garage. Para o autor, o pressuposto é o de que os imóveis novos bem localizados tenham garage inclusas.⁸⁴ Ao contrário, a publicidade enganosa comissiva pode até travestir dado de pouco relevo do bem anunciado.⁸⁵

Registre-se que para a análise do caráter enganoso da publicidade deve-se ter em vista não só a literalidade do anúncio, mas também todo o contexto da publicação, em especial as imagens que a ilustram. É que a verdade literal de qualquer modo expressa no

⁸⁰ BENITEZ, Ulf; DRAPER, John. *Consumer protection in sweden: legislation, institutions and practice*. Stockholm: The Institute for Intellectual Property and Market Law at the Stockholm University. 1981, 1981, p. 123, *apud* BENJAMIM *et al.* in: *Código brasileiro de defesa do...*, p. 2.

⁸¹ BAUERMANN, Estudo comparativo da publicidade..., in: *Revista Portuguesa de...*, p. 24.

⁸² NUNES, *Curso de Direito do...*, p. 469.

⁸³ MARQUES, *Contratos no código de...*, p. 140.

⁸⁴ NUNES, *Curso de direito do...*, p. 479.

⁸⁵ Para Antônio Herman V. Benjamim, é justificável a restrição na modalidade omissiva, tendo em vista que soaria exagero exigir que, numa fração de segundos de anúncio televisivo, por exemplo, fosse o anunciante obrigado a esclarecer sobre todas as características e riscos do produto ou do serviço, até mesmo os de pouca relevância para a aquisição ou a contratação (BENJAMIM *et al.* in: *Código brasileiro de defesa do...*, *et al.* In: *Código brasileiro de defesa do...*, p. 297).

anúncio pode servir para ludibriar se aplicada num contexto incompatível com a afirmação.⁸⁶

Para a doutrina civil, não se exige que a maioria dos consumidores possa ser ludibriada pela publicidade enganosa; é possível que esta ocorra visando particularmente um grupo de pessoas mais vulnerável. Assim, no exemplo fornecido por Antônio Herman V. Benjamim os consumidores de uma região recentemente afetada por um incêndio tornam-se mais suscetíveis à exploração publicitária de produtos de combate ao fogo. Nesse raciocínio, explica o referido autor, utiliza-se um critério de dupla valoração: num primeiro momento, observa-se objetivamente o conteúdo do anúncio, mas, após, verifica-se a vulnerabilidade do público-alvo da publicidade. Tratando-se de pessoas mais vulneráveis ao engodo, a potencialidade para enganar será maior, de sorte que poderá se caracterizar a infração ainda que, para algumas pessoas o anúncio não ostente aptidão para enganar.⁸⁷

2.7 Publicidade abusiva

Define o Código de Defesa do Consumidor:

Art. 37 [...]

§2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

A noção de publicidade abusiva desafia a compreensão exata de seus limites. Por sua fluida previsão, é possível traçar-lhe algumas noções e características, mas nada além disso. Trata-se de previsão extremamente ampla, a permitir a indefinida analogia por semelhança.⁸⁸

⁸⁶ BENJAMIM *et al.* in: *Código brasileiro de defesa do...*, p. 294.

⁸⁷ BENJAMIM *et al.* in: *Código brasileiro de defesa do...*, p. 293-4.

⁸⁸ § 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

Conforme pesquisa de Antônio Herman de V. Benjamin, a Suprema Corte americana pretendeu fixar – sem muito êxito – parâmetros para a caracterização da publicidade abusiva: “Abusivo seria aquilo que ofende a ordem pública (public policy), o que não é ético ou o que é opressivo ou inescrupuloso, bem como o que causa dano substancial aos consumidores”.

Da deficiente previsão legal o que se pode afirmar com certeza é que publicidade abusiva não possui o objetivo de enganar o consumidor, mas a sua realização contrasta com valores superiores aos interesses meramente capitalistas, de ordem moral, que devem reger um mercado ético.

O Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária serve de orientação interpretativa para o esclarecimento da publicidade abusiva, como se percebe de seu art. 33, que estabelece a vedação de anúncios que

- a) manifestem descaso pela segurança, sobretudo quando neles figurarem jovens e crianças ou quando a estes for endereçada a mensagem; b) estimulem o uso perigoso do produto oferecido; c) deixem de mencionar cuidados especiais para a prevenção de acidentes, quando tais cuidados forem essenciais ao uso do produto; d) deixem de mencionas a responsabilidade de terceiros, quando tal menção for essencial; e) deixem de mencionar cuidados especiais no tocante ao uso do produto por crianças, velhos e pessoas doentes, caso tais cuidados sejam essenciais.⁸⁹

2.8 Os controles não penais da informação e da publicidade

2.8.1 A tutela civil contra as ofensas ao dever de informar

A informação insuficiente e inadequada sobre a utilização e os riscos de produtos enseja a responsabilidade civil aos fornecedores, nos termos do art. 12 do Código de Defesa do Consumidor. Nessa hipótese, o fornecedor, assim como a cadeia de intermediários, responde por *danos causados* por infringência ao dever de informar. A responsabilidade civil, *in casu*, é objetiva, não necessitando da demonstração de culpa do fornecedor.

⁸⁹ A íntegra do texto pode ser buscada no sítio www.conar.org.br. Acesso em: 29 dez. 2010.

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

§1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

- I - sua apresentação;
- II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- III - a época em que foi colocado em circulação.

§2º O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado.

§3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

- I - que não colocou o produto no mercado;
- II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;
- III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Essa mesma responsabilidade civil objetiva – por danos causados pela deficiente informação – é prevista para o prestador de serviços. Entretanto, quando o serviço tiver sido executado por profissional liberal, perquire-se a culpa – responsabilidade civil subjetiva.

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, Independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

- I - o modo de seu fornecimento;
- II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- III - a época em que foi fornecido.

§2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

- I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;
- II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

§4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

A responsabilidade civil objetiva do produtor e do prestador de serviços alcança também as hipóteses em que houver *vícios de qualidade ou quantidade*, verificados a partir de disparidade com as informações constantes da apresentação ou da publicidade do produto e do serviço.

Nessa segunda modalidade de responsabilidade, entram em jogo interesses puramente patrimoniais dos consumidores. Os *vícios* são resolvidos em favor do consumidor, por meio de reparações alternativas e a sua escolha.

Quando o vício incidir sobre produtos, poderá haver:

- a) substituição por outro da mesma espécie;
- b) restituição corrigida da quantia paga; e
- c) abatimento proporcional do preço.

De outro lado, na hipótese de o vício recair sobre serviço, de modo semelhante, o consumidor poderá exigir:

- a) a sua reexecução, sem custos e quando cabível;
- b) a restituição corrigida do valor pago; e
- c) abatimento proporcional do preço.

2.8.2 A tutela administrativa contra as ofensas ao dever de informar

A tutela ao direito de informação do consumidor é multifária e disciplinada, penal, civil e administrativamente. As sanções administrativas encontram-se previstas no art. 56 do CDC, podendo ser aplicadas cumulativamente sem prejuízo daquelas de natureza penal e civil. São as seguintes:

- I - multa;
- II - apreensão do produto;**
- III - inutilização do produto;**
- IV - cassação do registro do produto junto ao órgão competente;**
- V - proibição de fabricação do produto;**
- VI - suspensão de fornecimento de produtos ou serviço;**
- VII - suspensão temporária de atividade;*
- VIII - revogação de concessão ou permissão de uso;**
- IX - cassação de licença do estabelecimento ou de atividade;*
- X - interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade;*
- XI - intervenção administrativa;*
- XII - imposição de contrapropaganda.

Conforme o CDC, a multa será graduada conforme a gravidade da infração.

As sanções descritas nos incisos II a VI e VIII (em negrito) são indicadas para os vícios de qualidade e de quantidade por inadequação ou insegurança do produto ou serviço

(art. 58). As penas previstas nos incisos VII e IX a XI (em itálico) servem aos casos de reincidência nas infrações mais grave.

A sanção de contrapropaganda (às expensas do infrator) é prevista para os casos de publicidade enganosa e abusiva (art. 60 do CDC) e será divulgada em pé de igualdade com a infração que a acarretou, de forma a desfazer o malefício criado.

2.8.3 A autorregulamentação da publicidade

No setor privado de controle da publicidade, registra-se que surgiram Códigos de Ética referentes à atividade publicitária, a partir da realização de congressos do setor. Primeiramente, no I Congresso Brasileiro de Propaganda, realizado em 1957, no Rio de Janeiro, foi idealizada uma primeira versão⁹⁰. Esta, mais tarde, teria sido incorporada à Lei 4.680/65, que regulamenta a atividade profissional do publicitário e do agenciador de propaganda, uma vez que o art. 17 deste faz menção àquele.⁹¹

Em 1978, no III Congresso Brasileiro de Propaganda, realizado em São Paulo, foi criado o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.⁹² Consta que na mesma ocasião criou-se o Conselho Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CONAR), um tribunal privado de caráter ético dos publicitários.⁹³

O Conar recebe reclamações dos consumidores, de autoridades e de seus membros, podendo mesmo agir de ofício, a partir de impulso de sua própria diretoria. Feita a

⁹⁰ JACOBINA, *A publicidade no direito...*, p. 26.

⁹¹ JACOBINA, *A publicidade no direito...*, p. 26-7. Confirma-se o dispositivo da Lei 4.680/65: “Art 17. A atividade publicitária nacional será regida pelos princípios e normas do Código de Ética dos Profissionais da Propaganda, instituído pelo I Congresso Brasileiro de Propaganda, realizado em outubro de 1957, na cidade do Rio de Janeiro”. De acordo com Jacobina (JACOBINA, *A publicidade no direito...*, p. 26-7), há controvérsia a respeito da suposta força legal deste primeiro código, citado por dispositivo de lei posteriormente. Filomeno afirma que o publicitário profissional submete-se à ética estabelecida pela Lei 4.680/65 e ao Decreto 57.690/66 (que a regulamentou), deixando entrever que é favorável à força legal do primeiro código de ética (FILOMENO *et al. In: Código brasileiro de defesa do...*, p. 667. Marcos Ticianelli posiciona-se contra esse entendimento, manifestando que a publicidade, como instituto, não era regulamentada por norma legal, mas sim a atividade do publicitário (TICIANELLI, *Delitos publicitários*, p. 82).

⁹² JACOBINA, *A publicidade no direito...*, p. 27. José Geraldo Brito Filomeno chama esse segundo código de *oficioso*, uma vez que lei posterior não lhe fez referência ao contrário do primeiro (FILOMENO *et al. In: Código brasileiro de defesa do...*, p. 668).

⁹³ JACOBINA, *A publicidade no direito...*, p. 28. Para Paulo Jacobina, a produção de um Código de Autorregulamentação da Publicidade e a instauração do CONAR tiveram por objetivo afastar as ingerências estatais do setor publicitário (JACOBINA, *A publicidade no direito...*, p. 27-8). Nesse sentido, é de se conferir a seção “História” no sítio do CONAR (www.conar.org.br, acesso em: 13 nov. 2010).

denúncia, o Conselho de Ética do Conar, que possui competência para fiscalizar o cumprimento do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, julgará a matéria.⁹⁴ Caso se conclua pela infringência ao Código, o Conar, por meio de seu Conselho Superior, pode recomendar aos veículos de comunicação a suspensão da peça publicitária ou, ainda, sugerir correções. Pode, também, nessa hipótese, advertir a agência de publicidade e o anunciante.⁹⁵

Ainda que as sanções previstas no Código de Autorregulamentação careçam de força cogente existente apenas nas normas jurídicas, fato é que as disposições servem de importante instrumental interpretativo para os órgãos de defesa e proteção aos consumidores, bem como ao Poder Judiciário⁹⁶.

⁹⁴ Art. 50, § 1º., do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, disponível em www.conar.org.br, acesso em 13/11/2010.

⁹⁵ Na forma do art. 50 do Código Brasileiro de Autorregulamentação, as sanções podem ser: a) advertência; b) recomendação de alteração ou correção do anúncio; c) recomendação aos veículos de comunicação no sentido de sustarem a sua divulgação; e d) divulgação da posição do Conar referentemente ao anunciante, à agência e ao veículo, por meio dos veículos de comunicação, em face do não acatamento das medidas e providências tomadas (disponível em www.conar.org.br, acesso em: 13 nov. 2010).

⁹⁶ De acordo com o art. 16 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária: “Embora concebido essencialmente como instrumento de autodisciplina da atividade publicitária, este Código é também destinado ao uso das autoridades e Tribunais como documento de referência e fonte subsidiária no contexto da legislação da propaganda e de outras leis, decretos, portarias, normas ou instruções que direta ou indiretamente afetem ou sejam afetadas pelo anúncio” (www.conar.org.br, acesso em: 13 nov. 2010).

3 A TUTELA PENAL DO CONSUMIDOR E O BEM JURÍDICO

3.1 Conceito de direito penal econômico

Conceituar o direito penal econômico constitui tarefa árdua, em virtude das inúmeras concepções existentes a respeito do tema, cada uma a eleger um critério distinto, como aspectos processuais, criminológicos e dogmáticos (bem jurídico).⁹⁷

Como critérios dogmáticos, destacam-se os conceitos restrito e amplo. Conforme o conceito restrito, o bem jurídico protegido pelas normas que formam o direito penal econômico é a ordem econômica estatal em seu conjunto, isto é, o fluxo da economia em sua organicidade.⁹⁸

Bajo Fernandez, apontado como o pioneiro na sistematização da matéria na doutrina espanhola⁹⁹, conceitua o direito penal econômico como “o conjunto de normas jurídico-penais que protegem a ordem econômica entendida como regulação jurídica da intervenção do Estado na economia”.¹⁰⁰

Enrique Bacigalupo¹⁰¹ define o delito econômico a partir também do bem jurídico ordem econômica, pelo que adere ao conceito restrito em análise:

[...] são delitos econômicos aquelas condutas descritas em leis que ofendem a confiança na ordem econômica vigente em sentido amplo ou em alguma de suas instituições em particular e, portanto, põem em perigo a própria existência e as formas de atividade dessa ordem econômica.

Bajo Fernandez, partindo de um conceito amplo de direito penal econômico¹⁰², define o delito econômico em sentido amplo como “aquela infração que, ofendendo um bem

⁹⁷ BALCARCE, *Derecho penal económico*, p. 21.

⁹⁸ BALCARCE, *Derecho penal económico*, p. 28.

⁹⁹ A afirmação foi feita por: BUJÁN PEREZ, *Derecho penal económico*, p. 34.

¹⁰⁰ BAJO FERNANDEZ; BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, p. 13.

¹⁰¹ BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, p. 35.

¹⁰² “É o conjunto de normas jurídico-penais que protegem a ordem econômica entendida como regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços” (BAJO FERNANDEZ; BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, p. 14-5).

jurídico patrimonial individual, produz lesão ou coloca em perigo em segundo plano a regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços”.¹⁰³

Buján Perez¹⁰⁴ precisa a diferença entre uma e outra concepção de direito penal econômico:

[...] a diferença da noção anterior não se trata aquí de tutelar o intervencionismo estatal, senão de salvaguardar a atividade econômica no marco da economia de mercado, em virtude de que os limites da segunda concepção de Direito Penal Econômico se vêem bastante ampliados, ao considerar a ordem econômica como um bem jurídico mediato ou de segundo plano de cada uma das figuras delitivas concretas, por trás dos bens jurídicos que em cada caso resultam imediatamente protegidos.

Adepto do conceito amplo de delito econômico, Klaus Tiedmann sustenta que o projeto alternativo do Código Penal Alemão, apresentado em 1977 caracteriza o delito econômico e, pois, o direito penal econômico, em virtude de o fato punível neles implicado ofender não só bens jurídicos individuais como também bens jurídicos sociais e supraindividuais da vida econômica.¹⁰⁵

O conceito amplo ofertado ao direito penal econômico é objeto de críticas por parte da doutrina. Objeta-se que o conceito de bem jurídico supraindividual com o qual trabalha é vago, de difícil apreensão.¹⁰⁶ Sustenta-se que o conceito restritivo também propiciava um conceito restrito de delitos econômicos como fatos lesivos ou que colocavam em perigo a intervenção do Estado na economia, particularidade essa refletida no nível legislativo e bem aceita cientificamente.¹⁰⁷ O conceito amplo de direito penal econômico resultou mais de um pragmatismo de agrupar tipos penais que contivessem significação econômica.¹⁰⁸ Em realidade, o conceito amplo foi influenciado pelas considerações

¹⁰³ BAJO FERNANDEZ; BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, p. 15. Esse conceito é adotado e encontrado nas obras de Raúl Cervini (CERVINI; ADRIASOLA, *El derecho penal de la...*, p. 64) e de Buján Pérez (BUJÁN PEREZ, *Derecho penal económico*, p. 35). Esteban Rigui (RIGUI, *Los delitos económicos*, p. 100) também é adepto do referido conceito, mas, fazendo-lhe ligeiro reparo, põe em relevo que o dado central do crime econômico é a ofensa a bens jurídicos supraindividuais, não se excluindo o fato de tal delito ofender também, mas secundariamente, um bem jurídico individual (RIGUI, *Los delitos económicos*, p. 108).

¹⁰⁴ BUJÁN PEREZ, *Derecho penal económico*, p. 35.

¹⁰⁵ TIEDEMANN, *Derecho penal y nueva...*, p. 09.

¹⁰⁶ Hassemer, a respeito de “bens universais”, critica a sua amplitude, apontando a sua inerente incapacidade para a crítica de certas incriminações. Para ele, a proteção penal dos bens universais propicia mudança de paradigma no bem jurídico: não se protegem mais interesses concretos da pessoa, mas instituições sociais ou unidades funcionais de valor, como meio ambiente em sua totalidade, o funcionamento do sistema de subvenções e de processamento de dados e de créditos, a saúde pública (“Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico”, HASSEMER, *Lineamientos de una...*, in *Doctrina Penal*, p. 279).

¹⁰⁷ CERVINI; ADRIASOLA, *El derecho penal de la...*, p. 74.

¹⁰⁸ CERVINI; ADRIASOLA, *El derecho penal de la...*, p. 70.

criminológicas de crimes do colarinho branco, que mais acentuavam as características de seu autor¹⁰⁹ do que o seu aspecto referente ao bem jurídico implicado.¹¹⁰ O resultado obtido com o conceito amplo de direito penal econômico foi uma grande expansão de seu conteúdo¹¹¹, sem rigor dogmático.¹¹²

Sem embargo das críticas, o conceito amplo de direito penal econômico acabou prevalecendo. O conceito restrito parece remeter à economia planificada dos sistemas socialistas, que, posteriormente, sucumbiram à economia de mercado.

O conceito amplo contém aspecto essencial do sistema capitalista e do estado de direito: a intervenção estatal na produção, distribuição e consumo de bens e de serviços por meio do direito. Crítica que lhe pode ser feita é a ausência de referência ao conteúdo social que demarca o estado social e democrático de direito, tal como é reconhecido pela Constituição pátria. Talvez o esquecimento desse conteúdo em seus conceitos seja um reflexo das características do direito penal econômico atual, que, infelizmente, manifesta-se de molde a relegar a segundo plano garantias próprias do direito penal liberal, como se verá a seguir.

Também não pode passar despercebida a referência contida no conceito amplo de direito penal econômico à ofensa a bem individual de natureza patrimonial, o que não reflete a realidade da criminalização em alguns setores adjacentes à produção, à distribuição e ao consumo de bens e serviços, mas que são contemplados pela política social e econômica do País, como o meio ambiente.

Essa ofensa a bem individual, que nem sempre será patrimonial, pode revestir-se sob a forma de perigo, e não necessariamente de dano, esclareça-se.

Com o objetivo de contribuir para o esclarecimento do objeto e do conceito de direito penal econômico, poder-se-ia dizer que se trata do ramo especial do direito penal que contempla infrações à ordem social e econômica do País que possam ofender bens jurídicos pessoais e coletivos, e para cuja tutela acentua o caráter preventivo.

¹⁰⁹ BALCARCE, *Derecho penal económico*, p. 30.

¹¹⁰ CERVINI; ADRIASOLA, *El derecho penal de la...*, p. 70.

¹¹¹ PEREZ DEL VALE, *Aproximación al concepto de...*, in: BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, p. 32. No mesmo sentido: RIGUI, *Los delitos económicos*, p. 107.

¹¹² CERVINI; ADRIASOLA, *El derecho penal de la...*, p. 72. Nesse sentido também: VOLK, *Diritto penale ed...* in: *Rivista Italiana di Diritto e...*, p. 482-3.

3.2 Características de Direito Penal Econômico

3.2.1 Ofensa a bens jurídicos coletivos pertinentes à ordem econômica

Como se percebe pelos conceitos analisados de direito penal econômico, a tônica da tutela penal da ordem econômica está em envolver um bem jurídico supraindividual com ela relacionado, ainda que bens individuais sejam concretamente ofendidos. A ordem econômica é conceituada por Eros Grau como “o conjunto de normas que define, institucionalmente, um determinado modo de produção econômica”.¹¹³

A partir desse conceito, constata-se que o direito penal econômico visará à proteção do próprio ordenamento jurídico incidente sobre a economia. A doutrina, diante desse específico objetivo do direito penal (econômico), posiciona-se criticamente em relação ao bem jurídico. Para Sérgio C. Guimarães, o direito penal econômico revela o seu traço funcionalista ao proteger “o resguardo da operatividade do sistema econômico, através da manutenção de sua confiabilidade”.¹¹⁴

A Constituição Federal brasileira regula as diretrizes da ordem econômica em Capítulo próprio, expressando os seus princípios nos incisos I a XI do art. 170¹¹⁵, de onde se extraem os valores assegurados para a identificação dos bens jurídicos pertinentes ao tema.

A partir do conceito de bem jurídico oferecido por Roxin¹¹⁶, Luís Augusto Sanzo Brodt¹¹⁷ explica que “os crimes econômicos têm por bem jurídico as condições que permitam a efetivação da ordem econômica consagrada constitucionalmente”, as

¹¹³ GRAU, *A ordem econômica na...*, p. 72.

¹¹⁴ GUIMARÃES, *Tutela penal do consumo: ...*, p. 31.

¹¹⁵ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I- soberania nacional; II- propriedade privada; III- função social da propriedade; IV- livre concorrência; V- defesa do consumidor; VI- defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII- redução das desigualdades regionais e sociais; VIII- busca do pleno emprego; IX- tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País”.

¹¹⁶ Bens Jurídicos “são circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos” (ROXIN, *A proteção de bens jurídicos...*, p. 18-19).

¹¹⁷ BRODT, *A tutela penal da...*, in: *Jornal da Faculdade de Direito da...*, p. 10.

quais estão apontadas sobretudo nos princípios a que se referem os incisos acima indicados do art 170.

A proteção penal da ordem econômica deve ser desdobrada nos múltiplos aspectos dessa temática, para poder individualizar os valores que constituirão o bem jurídico de cada crime econômico. Nesse sentido, sem pretender dissecar e individualizar o bem jurídico protegido nas diversas condutas ofensivas à ordem econômica, mas para ilustrar a proteção multifária do ordem econômica, observa-se a criminalização de condutas lesivas à livre concorrência (Lei 8.176/90), à ordem tributária (Lei 8.137/90), à ordem financeira (Lei 7.492/86), ao consumidor (Lei 8.078/90), ao meio ambiente (Lei 9.605/98) e à função social da propriedade (Lei 11.101/2005).¹¹⁸

Por ora, fica-se com essas indicações dos valores de caráter supraindividual que informam a ordem econômica, genericamente apontada como bem jurídico nos delitos econômicos.

3.2.2 Contribuição criminológica para a caracterização do sujeito ativo

Os estudos de Sutherland, presentes em seu clássico *White Collar Crime*, perspectivam o agente do crime econômico. Conforme o autor americano, o crime do colarinho branco pode ser definido como aquele cometido por uma pessoa de respeitabilidade e elevado *status* social no âmbito de sua profissão.¹¹⁹

A profissão a que se refere Sutherland é a do executivo de alguma corporação, a figura do *businessman*. Tal particularidade tem levado a doutrina a adotar um certo critério para conceituar o crime econômico como sendo o que é perpetrado por meio da empresa. Afinal, é no seio desta que os crimes com significação econômica podem ser praticados.¹²⁰

Interessante observação de Sutherland aponta que na sociedade medieval um grupo de pessoas consideradas poderosas possuíam certa imunidade ante a lei por benefícios outorgados pelo clero. Hoje, essa imunidade é-lhes outorgada pelos seus negócios ou por sua

¹¹⁸ Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresaria, além de definir crimes falimentares.

¹¹⁹ SUTHERLAND, *White collar crime*, p. 9.

¹²⁰ BALCARCE, *Derecho penal económico*, p. 30.

elevada classe social.¹²¹ Esta, dentre outras peculiaridades¹²², reforça a ideia de que a classe dos *white collars* não introjeta a noção de que comete crimes quando pratica atos lesivos no âmbito de sua profissão¹²³.

A constatação de Sutherland sobre o *status* social do agente e o meio no qual são perpetrados os crimes do colarinho braço é adequada aos delitos contra o sistema financeiro, cujo autor é o dirigente de uma instituição financeira, por exemplo. Mas nem sempre o que pratica o delito econômico pertence à camada social mais abastada ou o pratica no âmbito empresarial. Isso pode suceder em crimes contra o meio ambiente ou contra a ordem tributária. Essa realidade também serve aos crimes contra o consumidor que envolvem a informação inidônea, especialmente o delito descrito no art. 66 do CDC, perpetrado geralmente no interior de estabelecimentos comerciais modestos ou mesmo, da própria residência do consumidor pelos “sacoleiros”. A prática dos delitos descritos nos arts. 63 e 64 do CDC, no entanto, é mais propícia de ocorrer no interior de corporações maiores, seja porque o seu setor de embalagens falhou em omitir advertências sobre a nocividade!de algum componente do produto, seja porque deixou-se de proceder ao *recall* de produtos cuja nocividade foi constatada posteriormente à venda.

3.2.3 O sujeito ativo, sob a perspectiva dogmática

Muitas das incriminações do direito penal econômico descrevem condutas que apenas podem ser realizadas por um agente determinado¹²⁴, um destinatário de deveres legais. Citam-se citar como exemplos: fornecedores de produtos e de serviços, aqueles que possuem obrigação legal de recolher tributos, aqueles que podem frustrar direitos trabalhistas de empregados de uma empresa e os diretores de instituições financeiras.

A questão em foco não se revestiria de maiores problemas dogmáticos não fosse a dinâmica do cotidiano empresarial, que se manifesta em estruturas hierárquicas por vezes

¹²¹ SUTHERLAND, *White collar crime*, p. 47.

¹²² O criminoso do colarinho branco também não sofre da estigmatização que existe com relação à criminalidade tradicional, por assim dizer, conforme observa SUTHERLAND, *White collar crime*, p. 44. O crime do colarinho branco também não possui o mesmo interesse da mídia que possuem os crimes comuns, conforme também observou Sutherland (SUTHERLAND, *White collar crime*, p. 247).

¹²³ SUTHERLAND, *White collar crime*, p. 223.

¹²⁴ TIEDEMANN, *Derecho penal econômico...*, p. 72-3.

complexas e que é marcado por constantes delegações de poderes e divisão de trabalho. Acrescente-se, ainda, a existência de unidades ou departamentos autônomos - que se encarregam sobretudo de projetos – cuja “ligação funcional ao núcleo duro da empresa se mostra praticamente inexistente”.¹²⁵ Tais particularidades vêm refletir-se nas questões de autoria e de participação.

Registra-se que, em face da dificuldade prática de se identificar o agente, não faltam propostas para a adoção da responsabilidade penal das pessoas jurídicas.¹²⁶

Ademais, em razão do mesmo problema, têm sido propostos conceitos funcionais de autor que auxiliam na imputação, tamanha a dificuldade de se identificar o responsável pelo delito. Assim, o autor, por exemplo, não é quem opera a máquina onde é fabricado um produto alimentício, mas o produtor responsável pelo tráfico mercantil.¹²⁷ Também, noutro exemplo do direito penal do consumidor, realiza publicidade enganosa não aquele que escreve os dados ou coloca-os na vitrine do estabelecimento ou, ainda, passa-os ao agente de publicidade, mas sim o titular do negócio que motivou o anúncio fraudulento.¹²⁸

Outra solução tem aventado a doutrina para a problemática da dificuldade de se identificar o autor: a adoção dos crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão como solução ao problema.¹²⁹ Como se sabe, tais crimes são estruturados a partir de deveres de agir que vinculam determinados agentes – no caso, um membro de um conselho diretivo da empresa - ao resultado produzido, nos termos do art. 13, § 2º, do CP.

A questão do agente, então, transborda-se no aspecto da imputação, pois o garantidor do resultado que se manteve inerte quando podia evitar que seus empregados dessem causa ao delito acaba respondendo por crime comissivo, de modo que a sua omissão equipara-se a uma ação. Em outros termos, “deixar de fazer” equivale a “fazer”.

Sob a ótica do princípio da legalidade, a equiparação em foco é problemática, ficando o corolário da taxatividade comprometido. Afinal, o tipo penal comissivo, que descreve “fazer algo”, é preenchido por conduta omissiva.

¹²⁵ COSTA, *Direito penal econômico*, p. 53.

¹²⁶ No Direito europeu, são inúmeros os países que a adotam, como Inglaterra, França, Bélgica, Holanda e países escandinavos. (TIEDEMANN, *Derecho penal económico...*, p. 233-4). Confira também a doutrina de Bacigalupo (BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, p. 65-89), que apresenta o tema em profundidade, analisando o direito europeu, inclusive no que pertine às diretivas da Comunidade Europeia e quanto a países que consagram na Constituição o princípio da culpabilidade.

¹²⁷ TIEDEMANN, *Derecho penal y nueva...*, p. 32.

¹²⁸ TIEDEMANN, *Derecho penal y nueva...*, p. 32.

¹²⁹ Confira em Buján-Perez (BUJÁN PEREZ, *Derecho penal económico*, p. 201 e ss.); Bacigalupo, Enrique (BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, p. 121 e ss.)

O professor uruguaio Raúl Cervini insurge-se quanto à equiparação da conduta de “não fazer” com a de “fazer”, cuidando de oferecer critérios vários ao juiz¹³⁰, para que não as faça, e não as admita notadamente nos casos em que a ação incriminada consiste em “enganar”, que não poderia jamais ser realizada pelo silêncio do agente.¹³¹ O referido jurista sensibiliza-se com a questão sobretudo porque os tipos que possuem como elementar o engodo em direito penal econômico são inúmeros.¹³² Assim, preleciona¹³³:

As críticas que com justa razão se têm feito ao dogma da existência dos tipos omissivos não escritos ao lado de cada tipo comissivo, enquanto vulneram o princípio da estrita legalidade, impõem cautela na valoração da equivalência entre ‘enganar e omitir informação’. Isso é particularmente importante quando se trata de apreciar omissões de membros de comitês de vigilância ou de *sindicatura*. A nosso juízo, não é possível sustentar essa equivalência, sob pena de se violentar o princípio da legalidade. Se o agente engana somente por meio de atos positivos, e a estrutura típica exige meios de comissão, a omissão de informar não lhe pode ser equivalente, do mesmo modo que o mero silêncio por si só não pode *colmar* os requisitos típicos do crime de estelionato.

3.2.4 Tensão com o imperativo da taxatividade dos tipos

Conforme a doutrina, os tipos que caracterizam o direito penal econômico comumente descrevem normas penais em branco¹³⁴ e apresentam elementos normativos de significação jurídica.¹³⁵ Observa Bujan-Perez que é frequente também a descrição dos crimes econômicos apresentar expressões como “fora das hipóteses legais” e “sem autorização da

¹³⁰ Inicialmente, Raúl Cervini propõe a interpretação restritiva do tipo, para, posteriormente, sustentar a inconstitucionalidade diante do princípio da legalidade. Mais adiante, baseado na doutrina de Bacigalupo, propõe escrupulosamente a análise da estrutura de cada tipo para a verificação da possibilidade de se admitir a equiparação (CERVINI; ADRIASOLA, *El derecho penal de la...*, p. 216-7; 225).

¹³¹ CERVINI; ADRIASOLA, *El derecho penal de la...*, p. 225. Para o professor uruguaio, o princípio da taxatividade dirige-se não só ao legislador, como também ao juiz (CERVINI; ADRIASOLA, *El derecho penal de la...*, p. 216).

¹³² Veja os delitos dos arts. 3º, 4º e 7º da Lei 7.492/86, do art. 1º da Lei 9.613/98, do art. 1º, II, da Lei 8.137/90, art. 66 do CDC, dentre outros.

¹³³ CERVINI; ADRIASOLA, *El derecho penal de la...*, p. 225. No original: “Las críticas que con justa razón se han efectuado al dogma de la existencia de los tipos omisivos no escritos al lado de cada tipo activo, en cuanto vulneran el principio de estricta legalidad imponen ser cautelosos en valorar la equivalencia entre ‘engañar y omitir informar’. Ello es particularmente importante cuando se trata de valorar omisiones de miembros de comités de vigilancia o de la sindicatura. A nuestro juicio, no es posible fundar esa equivalencia a riesgo de violentar el principio de legalidad. Se engaña sólo por actos positivos, y la estructura típica exige medios de comisión, la omisión de informar no puede ser equivalente a ellos, de la misma manera que el mero silencio *per se* no puede colmar los requisitos típicos del delito de estafa”.

¹³⁴ TIEDEMANN, *Derecho penal y nueva...*, p. 53-4.

¹³⁵ BUJÁN PEREZ, *Derecho penal económico*, p.120.

autoridade competente”, que remetem a *cláusulas de autorização* do Poder Público¹³⁶. A propósito dessas expressões no direito pátrio, citam-se os delitos ambientais descritos nos arts. 29, 30, 31, 34, 39, 44, 46, 50-A, 51, 52, 55, parágrafo único, e 56, todos da Lei 9.605/98, bem como os arts. 7º, II, 8º, 16 e 22, parágrafo único, da Lei 7.492/86. Além desses exemplos, podem-se citar alguns tipos penais que definem crimes contra a ordem tributária: arts. 1º, V, e 2º, II, IV, da Lei 8.137/90, contra a ordem econômica (art. 6º) e contra as relações de consumo (art. 7º, II).

A presença de normas penais em branco, de elementos normativos jurídicos e das cláusulas de autorização nos tipos constitui técnica legislativa chamada de *remissão*.¹³⁷

Os delitos de informação inidônea ao consumidor, objeto deste trabalho, são previstos em tipos que se valem das normas penais em branco, cuja compreensão há de ser buscada nas disposições extrapenais do CDC. Veja-se nesse sentido que a incriminação do art. 63 representa a inobservância do dever de informar de acordo com o art. 9º. do CDC, no que diz respeito à nocividade e à periculosidade de produtos e serviços. O delito do art. 64 incrimina a infringência ao art. 10, § 1º do CDC. O art. 66, na mesma linha, incrimina a inobservância ao art. 31 do CDC e os arts. 67 e 68, a inobservância às disposições do art. 37 do CDC.

A utilização dos tipos ditos *remitentes* provoca discussões dogmáticas a respeito da modalidade de erro a que porventura possa o agente incidir, se erro sobre elemento do tipo ou erro sobre a ilicitude.¹³⁸ As chamadas “cláusulas de autorização”, quando remetem a atos administrativos, provocam discussões interessantes a partir do princípio da legalidade, pois, em última análise, a definição do crime estaria nas mãos de autoridade administrativa, e não originária da lei.¹³⁹

Como se vê, o problema da ausência de determinabilidade dos tipos verificada pela constante remissão empregada pelo legislador vem arrostar o princípio da taxatividade. Daí porque autores como Figueiredo Dias, propugnam interpretação restritiva nessa sede:

[...] se bem que não deva erigir-se em máxima geral a interpretação restritiva daqueles conceitos, cláusulas e fórmulas, deve muitas vezes seguramente o intérprete, através de reduções interpretativas, limitar o alcance deles ao seu núcleo essencial conforme a Constituição¹⁴⁰.

¹³⁶ BUJÁN PEREZ, *Derecho penal económico*, p.129.

¹³⁷ BUJÁN PEREZ, *Derecho penal económico*, p.120. Enrique Bacigalupo também se utiliza do termo *remissão* *Derecho penal económico*. BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, p. 53-4.

¹³⁸ BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, p. 54.

¹³⁹ BUJÁN PEREZ, *Derecho penal económico*, p. 129-130.

¹⁴⁰ DIAS, Para uma dogmática do direito..., in: *Direito penal económico*, p.62-3.

Para ilustrar, registra-se que a doutrina e a jurisprudência pátria já se ocuparam de apreciar se a conduta de deixar de traduzir para o vernáculo as informações trazidas em rótulo de produto importado era ou não alcançada pelo tipo do art. 66 do CDC.¹⁴¹ Nesse preciso exame, veja-se que a norma do art. 31 do CDC determina que as informações sejam feitas em língua portuguesa, conduta essa, todavia, não acolhida expressamente no art. 66. Nessa discussão, colheram-se orientações interpretativas para negar a possibilidade de se proceder à equiparação entre a *ausência de tradução* e a *omissão da informação* por meio de inadmissível interpretação extensiva¹⁴². Também já se cuidou de análise semelhante em relação ao mesmo tipo penal, quando se discutiu a conduta de majorar o preço informado ao consumidor quando de sua opção pela compra com cartão de crédito¹⁴³.

3.2.5 Presença de incriminações de perigo abstrato

O direito penal econômico é terreno em que frequentemente encontram-se crimes de perigo abstrato.¹⁴⁴ Essa modalidade de tipificação, inclusive, já foi indicada como meio válido de combate à criminalidade econômica em colóquio sobre crimes contra a economia, organizado pela Associação Internacional de Direito Penal, em 1982.¹⁴⁵

No ordenamento pátrio, estão presentes vários crimes classificados como de perigo abstrato. No que toca aos crimes contra o sistema financeiro (Lei 7.492/86), citam-se os descritos nos arts. 4º, 16 e 22, parágrafo único. Na Lei 9.605/98, há também vários exemplos desta modalidade de perigo, presentes nos arts. 31, 34, 42, 51, dentre outros. No CDC, podem ser citados para ilustrar a categoria em perspectiva todos os tipos penais que constituem o objeto dessa investigação. Vale dizer, os descritos nos arts. 63, 64, 66, 67 e 68. Na Lei 9.613/98, cita-se o § 2º, inciso II, do art. 1º.

¹⁴¹ TORON, Falta de tradução, em..., in *Boletim do IBCCrim*, p. 10. FONSECA, *Direito penal do consumidor...*, p. 164. GUIMARÃES, *Tutela penal do consumo...*, p. 96. Na Jurisprudência, confira acórdãos sobre o tema proferidos pelo Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, publicados na RT 730/542 (HC 272.306/1, Rel. Juiz Ciro Campos, 3ª Câmara) e 746/598 (HC 307.246/1, Rel. Juiz José Urban, 2ª Câmara).

¹⁴² No sentido da impossibilidade de equiparação, manifestou-se Alberto Zacharias Toron, em seu artigo. TORON, Falta de tradução, em..., in *Boletim do IBCCrim*, p. 10.

¹⁴³ TORON, Pagamento com cartão de..., in: *Revista dos Tribunais*, p. 259.

¹⁴⁴ PEREZ DEL VALLE, Carlos. "Introducción al Derecho Penal Económico". In: BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, p. 44-5. BUJÁN PEREZ, *Derecho penal económico*, p. 98.

¹⁴⁵ SILVEIRA, *Direito penal supra-individual...*, p. 145.

É oportuno registrar que essa categoria de crimes promove a antecipação do âmbito do punível e vem arrostar a inobservância dos princípios da culpabilidade, da ofensividade e da proporcionalidade. Se, como se viu, os crimes de perigo abstrato são indicados para a tutela da ordem econômica, fato é que não se deve olvidar critérios que condicionam a sua legitimidade perante a Constituição Federal. Essas e outras questões problemáticas são vistas com profundidade nos capítulos 4 e 5.

3.2.6 Problemáticas questões de imputação da negligência

No direito penal comum, a punição da modalidade culposa é exceção, o que ocorre também no direito penal econômico.¹⁴⁶ Além disso, saliente-se que os crimes econômicos normalmente envolvem fraude patrimonial¹⁴⁷, cuja prática é inconciliável com o comportamento culposos em face dos atos que a envolvem, encetados a garantir vantagem indevida. Em que pese a esses dois fatores, encontram-se na legislação alemã casos de punição da imprudência em crimes econômicos, inclusive a merecerem justificativa de autores como Tiedemann, o qual defende a legitimidade de tal incriminação em determinadas hipóteses.¹⁴⁸

Procurando rebater as críticas que recaem sobre a incriminação da imprudência nos crimes econômicos, Tiedemann pondera que tal modalidade punitiva vem sendo prevista para crimes de lavagem de dinheiro e de fraude na obtenção de subvenções e em quebras fraudulentas de sociedade.¹⁴⁹ Explica que não se trata de necessidade probatória a previsão da incriminação da imprudência, havendo justificativa da previsão em face da imprudência profissional, cuja penalização resulta razoável em face de especial responsabilidade.¹⁵⁰ Ademais, acrescenta que no direito angloamericano, reconhece-se a figura da *recklessness*,

¹⁴⁶ Na Lei 7.492/86 não se vê previsão culposa dos crimes ali narrados, o mesmo ocorrendo com a Lei 9.613/98 e com a Lei 8.176/90. O Código de Defesa do Consumidor traz poucas hipóteses de delitos culposos (art. 63 e 66), assim como também a Lei 8.137/90 (cf. art. 7º, parágrafo único). A Lei 9.605/98 traz cerca de 10 (dez) previsões culposas que, se comparadas à variedade de crimes dolosos (aproximadamente quarenta), não são tão expressivas assim.

¹⁴⁷ TIEDEMANN, *Derecho penal econômico...*, p. 87.

¹⁴⁸ TIEDEMANN, *Derecho penal econômico...*, p. 87.

¹⁴⁹ TIEDEMANN, *Derecho penal econômico...*, p. 87-88.

¹⁵⁰ TIEDEMANN, *Derecho penal econômico...*, p. 88.

intermediária entre a culpa e o dolo, amplamente aplicada.¹⁵¹ Nessa parte, observa-se acentuado pragmatismo de Tiedemann ao dessacralizar a barreira entre o dolo e a culpa, mediante referência ao direito comparado, e ao aceitar expressamente que dificuldades de ordem prática processual pertencentes ao terreno das provas possam recomendar a tipificação de condutas culposas.¹⁵²

Conforme Figueiredo Dias, há quem sustente a ausência de sentido na distinção entre dolo e culpa nos moldes existentes no direito penal tradicional.¹⁵³ Para Stratenwerth, a diferenciação em apreço repousa em considerações éticas, tais como a “indiferença do agente” e o seu “consentimento com a realização típica”, considerações que não teriam lugar em se tratando de condutas axiologicamente neutras, como, para ele, são as do direito penal econômico.¹⁵⁴ O autor português citado, com o razão, objeta esta vertente doutrinária, argumentando que o direito penal econômico possui, sim, condutas axiologicamente relevantes e que o ramo do direito marcado por neutralidade axiológica restringe-se ao das contraordenações.¹⁵⁵

Ao iniciar a sua exposição sobre o tema em referência, Tiedemann nomina-o como o “emprego legislativo da negligência temerária, vale dizer, a imprudência grave na comissão dos delitos”.¹⁵⁶ Assim, pode-se perceber sutil critério estabelecido, ainda que implicitamente, por Tiedemann na previsão de tipos culposos de crimes econômicos: não bastaria qualquer negligência, mas a negligência temerária. Do mesmo modo, não seria suficiente para ganhar os contornos do direito penal uma imprudência qualquer, mas uma imprudência grave. Contudo, a intensidade da culpa é algo extremamente difícil de apurar no caso concreto. Desse modo, a maior reprovação da culpa *stricto sensu* parece repousar menos no fato incriminado, até porque a previsão é feita abstratamente (pelo legislador), do que em seu autor, obrigado que é a observar a diligência devida. Se assim é, indaga-se: O legislador pátrio está preparado para criminalizar apenas o que for negligência temerária ou o que for imprudência grave? A resposta é terminantemente negativa, não tanto pela ausência de capacidade técnica do poder criminalizante (que é notória em vários casos!), mas, especialmente, porque invade o juízo de relevância penal critérios menos criminológicos ou técnicos do que políticos.

¹⁵¹ TIEDEMANN, *Derecho penal econômico...*, p. 88.

¹⁵² TIEDEMANN, *Derecho penal econômico...*, p. 88-9.

¹⁵³ DIAS, Para uma dogmática do direito..., in: *Direito penal econômico*, 2p. 70.

¹⁵⁴ DIAS, Para uma dogmática do direito..., in: *Direito penal econômico*, p. 70.

¹⁵⁵ DIAS, Para uma dogmática do direito..., in: *Direito penal econômico*, p. 70.

¹⁵⁶ TIEDEMANN, *Derecho penal econômico...*, p. 87.

Buján-Perez faz arguta observação de ordem prática quanto à criminalização da imprudência nos crimes econômicos. Para o jurista, em face do amplo emprego de elementos normativos e das remissões a disposições extrapenais nas técnicas de tipificação, o eventual erro do agente sobre as elementares do tipo normalmente apresenta-se como vencível.¹⁵⁷ Disso resulta que a ausência da previsão culposa do delito, quando configurado o erro de tipo implicará a impunidade da conduta, segundo o jurista espanhol.¹⁵⁸ Havendo a previsão culposa, do contrário, poderá haver responsabilização a título de culpa para o erro vencível. Nesses termos, por resultar maior espaço de criminalização, Buján-Perez compreende que se deve partir da premissa de um especial dever de diligência do agente para a previsão das condutas negligentes na sede dos crimes econômicos.¹⁵⁹

Parece que a existência da previsão culposa em relação a certos crimes econômicos com o intuito de superar dificuldades processuais referentes à prova do dolo ou para promover alguma punição para o agente que se escuda no erro vencível, não é legítima diante do ordenamento penal pátrio. Afinal, o direito penal norteia-se pela intervenção mínima, sendo prudente impor limites a excessivo funcionalismo.

Veja-se o problema da incriminação da negligência agora a partir dos crimes descritos nos arts. 63 e 66 do Código de Defesa do Consumidor, ambos a contemplar a punição do crime culposos. Poder-se-ia dizer que a natureza supraindividual do bem jurídico protegido estaria a justificar a punição da modalidade culposa? Esse debate perpassa necessariamente a orientação de intervenção mínima e o princípio da proporcionalidade.

Os crimes cuja modalidade culposa é punida são os descritos nos arts. 63 e 66 do CDC. Verifica-se que são classificados como “crimes de mera conduta”, sendo certo que o resultado naturalístico das condutas ali previstas é ausente. Chama-se, pois, atenção para a hipótese, porque o crime culposos, em regra, apresenta resultado naturalístico.¹⁶⁰ E tanto é assim que a doutrina não cansa de repetir que deverá haver nexo de causalidade entre a

¹⁵⁷ BUJÁN PEREZ, *Derecho penal económico*, p. 161.

¹⁵⁸ BUJÁN PEREZ, *Derecho penal económico*, p. 161.

¹⁵⁹ BUJÁN PEREZ, *Derecho penal económico*, p. 162.

¹⁶⁰ Embora não expressem a que modalidade de resultado se referem, os autores a seguir referidos expõem a imprescindibilidade da relação de causalidade entre ação culposa e resultado no tipo de injusto culposos: Muñoz Conde (MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, p. 58-9); Luis Regis Prado (PRADO, *Curso de direito penal...*, p. 329); FRAGOSO (FRAGOSO, *Lições de direito penal*, p. 224).

conduta culposa e o resultado produzido¹⁶¹ e, como se sabe, apenas é possível a existência de nexo de causalidade diante de resultados naturalísticos.¹⁶²

Para expressiva doutrina, o resultado é elemento do tipo de injusto culposos, orientação aqui defendida. Percebe-se, todavia, que os autores não expressam a que modalidade de resultado estão se referindo. Referem-se a resultado como lesão ou perigo ao bem jurídico¹⁶³ (resultado normativo) ou, simplesmente, a resultado.¹⁶⁴ Apesar de atualmente estar consolidado o entendimento de que o resultado é tanto a ofensa ao bem jurídico como a modificação no mundo exterior (orientação conciliatória)¹⁶⁵, o fato é que a ausência de explicitação da doutrina em relação à modalidade de resultado deixa margem a especulações sobre a possibilidade de o tipo de injusto culposos ser constituído sem resultado naturalístico. Nesse sentido, o tipo de injusto culposos se bastaria com a infringência ao dever objetivo de cuidado.

Seria então possível tipo culposos sem resultado naturalístico? A assunção desta possibilidade significaria afirmar que é possível punir condutas culposas que nada causam e compreender que bastaria a desobediência ao dever de cuidado para que se completasse o crime culposos. E não seria de se estranhar que alguém devoto da compreensão do bem jurídico como manutenção da vigência das normas¹⁶⁶ propusesse punição semelhante. Nesse

¹⁶¹ MUÑOZ CONDE (MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, p. 58-9), Luis Regis Prado (PRADO, *Curso de direito penal...*, p. 329), FRAGOSO (FRAGOSO, *Lições de direito penal*, p. 224); BITENCOURT, Cezar Roberto (BITENCOURT, *Tratado de direito penal*, 2003, p. 228-9).

¹⁶² COSTA JÚNIOR, *Nexo causal*, p. 76.

¹⁶³ Welzel afirma que no injusto culposos o resultado é o dano ou perigo ao bem jurídico e deve decorrer da ação culposos. O idealizador do finalismo não deixa claro que o resultado apenas deva ser naturalístico, a nosso sentir, posto que a concepção de resultado que utiliza é a que corresponde ao resultado jurídico. Todavia, em face de suas explicações com relação ao nexo de causalidade parece referir-se ao resultado naturalístico. Veja-se: “Ao tipo dos delitos culposos pertence também, junto à ação típica e como outro elemento do tipo, um resultado: a ação típica deve dar lugar a uma lesão ou perigo de lesão (não dolosos) a um bem jurídico. A) Dado que os delitos culposos são construídos ainda hoje, em sua maior parte, como delitos de lesão, pertence à realização do tipo aquilo que a ação, que não corresponda ao cuidado devido, tenha materializado na lesão de um bem jurídico” (WELZEL, *O novo sistema jurídico-penal...*, p. 83).

¹⁶⁴ Nesse sentido: MUÑOZ CONDE (MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, p. 58-9); Luis Regis Prado (PRADO, *Curso de direito penal...*, p. 329); ZAFFARONI, Eugenio Raúl. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, *Derecho penal*, p. 555).

¹⁶⁵ Sobre o tema, confira: PIRES; SALES, *Crimes de trânsito* na lei 9.503/97, p. 46-51.

¹⁶⁶ “La contribución que el Derecho penal presta al mantenimiento de la configuración social y estatal reside em garantizar las normas. La garantía consistente em que las expectativas imprescindibles para el funcionamiento de la vida social, em la forma dada y em la exigida legalmente, no se den por perdidadas em caso de que resulten defraudadas. Por eso – aun contradiciendo el lenguaje usual – se debe definir como el bien a proteger la firmeza frente a las decepciones que tiene el mismo ámbito que la vigencia de la norma puesta em práctica; este bien se deonominará a partir de ahora *bien jurídico-penal*” (JAKOBS, *Derecho penal*, p. 45).

sentido, Jakobs manifesta o seu assentimento à tal possibilidade, antevendo o que chamou de “punição de tentativas imprudenes”.¹⁶⁷ Veja-se:

No âmbito das regras fixadas em forma de descrições de riscos permitidos ou da *lex artis*, a punição da falta de cuidado sem consequências, sobretudo quando muito grave, se pode tomar em consideração para completar as regras da tentativa concebidas para o dolo. Nesse sentido, seria possível dogmaticamente a punição de todas as tentativas imprudentes.

Em sentido contrário, ressaltando que o resultado no tipo cumpre importante função delimitadora da tipicidade e que jamais pode ser compreendido como mera condição objetiva de punibilidade, vem a crítica de Zaffaroni, Slokar e Alagia à orientação acima proposta por Jakobs:

Esta tese radical pretende que o resultado não integre o tipo do delito culposos, reduzindo-o a uma mera condição objetiva de punibilidade. Esta posição deixa de lado que o resultado é decisivo para determinar se a conduta imprudente é um injusto administrativo, um delito de lesões corporais ou de homicídio culposos. Afirmar que o resultado cumpre uma função delimitadora e, não obstante, desconsiderá-lo do tipo significa desconhecer a função do *Tatbestand*, que não é outra senão a de definir e caracterizar com maior precisão possível a matéria proibida.¹⁶⁸

Parece que, conforme a orientação de Jakobs, seria possível sustentar a punição do crime culposos sem a existência de resultado naturalístico, o que confortaria as incriminações constantes dos tipos dos arts. 63 e 66 do Código de Defesa do Consumidor.¹⁶⁹ Contudo, tal

¹⁶⁷ No original: “En los ámbitos con reglas consolidadas en forma de descripciones de riesgos permitidos o de *lex artis*, la punición de la falta de cuidado sin consecuencias, sobre todo cuando es muy grave, se puede tomar en consideración para completar las reglas de la tentativa concebidas para el dolo. Incluso sería posible dogmáticamente la punición de todas las tentativas imprudentes” (JAKOBS, *Derecho penal*, p. 395).

¹⁶⁸ No original: “Esta tesis radical pretende que el resultado non integra el tipo del delito culposos con lo que se lo reduce a una mera condición objetiva de punibilidad. Esta posición deja de lado que el resultado es decisivo per lo determinar se la conducta imprudente es un injusto administrativo, un delito de lesiones o de homicidio culposos. Cuando se afirma que o resultado cumple una función delimitadora y, no obstante, se lo excluye del tipo se desconoce la función del *Tatbestand*, que non es otra que la de definir e caracterizar con la mayor precisión posible la materia prohibida” (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, *Derecho penal*, p. 555).

¹⁶⁹ “Art. 63. Omitir dizeres ou sinais ostensivos sobre a nocividade ou periculosidade de produtos, nas embalagens, nos invólucros, recipientes ou publicidade:

Pena - Detenção de seis meses a dois anos e multa.

§1º Incorrerá nas mesmas penas quem deixar de alertar, mediante recomendações escritas ostensivas, sobre a periculosidade do serviço a ser prestado.

§2º Se o crime é culposos:

Pena Detenção de um a seis meses ou multa.

[...]

Art. 66. Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços:

Pena - Detenção de três meses a um ano e multa.

possibilidade revela-se contrária aos princípios constitucionais da taxatividade e da proporcionalidade, o que torna inconstitucionais as incriminações culposas ali previstas.

Assim, entender que o crime culposo prescinde de resultado naturalístico no tipo promoveria a ausência de certeza quanto à própria previsão do crime, vulnerando o princípio da legalidade, de modo que deixar de informar o consumidor a respeito da presença, por exemplo, de glúten em determinado produto alimentício poderia constituir tanto infração administrativa quanto aos crimes dos art. 66 do CDC e 129 ou 121 do CP.

Admitindo-se a punição das modalidades culposas previstas nos arts. 63 e 66 do CDC, o resultado imprevisível ou, mesmo, a sorte de não surgir qualquer resultado seriam punidos. Nesse sentido, o resultado naturalístico, que no crime culposo sempre foi identificado como o componente de azar da conduta negligente¹⁷⁰, será um indiferente ao tipo – o que não se pode admitir.

Mas também se mostra inaceitável a hipótese de os citados crimes culposos não possuírem resultado naturalístico, porque se retiraria do imputado a possibilidade de reagir à acusação por meio de argumentação condizente com a teoria da imputação objetiva e com seus critérios limitadores do nexos de causalidade. Essa impossibilidade argumentativa proviria da natureza da hipótese incriminada, absolutamente desproporcional à finalidade de se exigir dos fornecedores de produtos ou serviços o cumprimento do dever de bem informar os consumidores.

No Código Penal há crimes de perigo abstrato que admitem a modalidade culposa e que prescindem de resultado naturalístico. Contudo, verifica-se que a prática de tais crimes traz acentuados desvalores de ação e de resultado, imbrincados com bens jurídicos de grande relevo para a pessoa, como a vida e a incolumidade física. É o que se pode observar a partir dos tipos penais dos arts. 273, § 2º¹⁷¹ e 280, parágrafo único¹⁷², ambos do CP.

§1º Incorrerá nas mesmas penas quem patrocinar a oferta.

§2º Se o crime é culposo;

Pena Detenção de um a seis meses ou multa”.

¹⁷⁰ Fala-se em componente de azar da conduta culposa porque, caso o agente dê sorte, nada de lesivo advirá de sua conduta descuidada.

¹⁷¹ *Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)*

Art. 273 - Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais: (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

§ 1º - Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado. (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998) § 1º-A - Incluem-se entre os produtos a que se refere este artigo os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico. (Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998) § 1º-B - Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as

No caso dos crimes objeto de interesse desta pesquisa – neste preciso ponto, os arts. 63 e 66 do CDC –, a informação viciada que caracteriza o último pode percutir sobre o patrimônio, em face do perigo de o consumidor comprar “gato por lebre”. Ora, proteger a informação para potencializar a proteção patrimonial a ponto de nem mesmo exigir-se o prejuízo efetivo¹⁷³ é demasiado desproporcional, considerando-se o valor deste bem jurídico em comparação com aqueles que podem ser afetados com a condenação criminal: a liberdade e a dignidade da pessoa.

No tocante ao delito do art. 63, observa-se que a informação inidônea ou viciada que o tipifica possui aptidão para ofender a saúde e a integridade física dos consumidores, apresentando maior desvalor do que aquela que pode atingir o patrimônio (art. 66, CDC). Não se está neste instante pretendendo legitimar o perigo abstrato praticado de forma culposa do art. 63 do CDC, mas se está ressaltando, desde já, em interpretação sistemática, que o art. 66 incrimina de forma nada razoável conduta que afeta o patrimônio.

Desse modo, pode-se chegar a um critério limitador das hipóteses de crimes culposos sem resultado naturalístico no Código de Defesa do Consumidor: são admissíveis desde que a informação viciada neles tratada tenha aptidão para ofender a vida ou a integridade física dos consumidores, sendo capaz de destruir a primeira ou de ofender gravemente a segunda. Do contrário, a previsão culposa de crime contra o consumidor que não contemple resultado naturalístico no tipo carecerá de legitimidade e haverá inconstitucionalidade por ofensa ao princípio da proporcionalidade.

ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições: (Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998) I - sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente; (Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998) II - em desacordo com a fórmula constante do registro previsto no inciso anterior; (Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998) III - sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização; (Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998) IV - com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade; ((Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998) V - de procedência ignorada; (Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998) VI - adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente. (Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

Modalidade culposa § 2º - Se o crime é culposos:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998).

¹⁷² **Medicamento em desacordo com receita médica**

“Art. 280 - Fornecer substância medicinal em desacordo com receita médica:

Pena - detenção, de um a três anos, ou multa.

Modalidade culposa

Parágrafo único - Se o crime é culposos:

Pena - detenção, de dois meses a um ano.”

¹⁷³ O dano ao patrimônio apenas se configura com a aquisição do bem, o que é prescindível para a configuração do delito do art. 66 do CDC.

3.2.7 A questão do bem jurídico intermediário

Roxin refere-se a “bem jurídico intermédio espiritualizado”, apontando a sua existência nos crimes de falso testemunho e contra a administração pública praticado pelo agente público. Nessa sede, conforme Roxin, não seria necessária a criação de um perigo para os bens jurídicos intermediários, nele identificados como a “obrigação de falar a verdade em juízo” e a “confiança da comunidade no bom desempenho dos cargos públicos”.¹⁷⁴

Tiedemann, impulsionando o tema, relata a necessidade do surgimento de novos bens jurídicos e de novas necessidades de tutela no direito penal econômico, a partir do fracasso do direito penal patrimonial clássico.¹⁷⁵

Como expõe Zielinski¹⁷⁶, a noção dos bens intermediários faz com que tais bens sejam mera função, que só possuem existência em face de um outro principal bem jurídico. Conforme o mencionado autor, há bens jurídicos que não podem ser concretizados em objetos corpóreos, sendo abstratos e bastante genéricos e apenas podem ser violados indiretamente, *e.g.*, a transparência da administração pública ou a segurança e a confiança nos serviços públicos.¹⁷⁷ Para realizar a proteção desses bens, o ordenamento pode projetar valores sobre objetivos predispostos (bens intermediários), cuja infringência é o meio pelo qual os aludidos bens jurídicos incorpóreos são ofendidos e que vão ser considerados bens jurídicos de menor valor.¹⁷⁸ Assim, tais bens, hierarquicamente inferiores, serão merecedores de proteção, na medida em que se prestam a acrescentar segurança à tutela de valores maiores (bens jurídicos primários).¹⁷⁹

De acordo com Buján-Perez, as construções doutrinárias em torno de bens jurídicos intermediários sevem aos crimes de perigo abstrato, em relação aos quais fica difícil conceber o tipo de injusto como ofensa (lesão ou perigo) ao bem jurídico, sobretudo diante da prática isolada de uma conduta individual.¹⁸⁰ A idealização de um bem jurídico distinto e

¹⁷⁴ ROXIN, *Derecho Penal*, (parágrafo 11, número 126), p. 410-411.

¹⁷⁵ TIEDEMANN, *Derecho penal y nueva...*, p. 34.

¹⁷⁶ ZIELINSKI, *Disvalor de acción y...*, p. 138-9.

¹⁷⁷ ZIELINSKI, *Disvalor de acción y...*, p. 139. Zielinski refere-se aos mesmos exemplos utilizados por Roxin, quando este explica os bens intermediários espiritualizados (ROXIN, *Derecho penal*, p. 410-411).

¹⁷⁸ ZIELINSKI, *Disvalor de acción y...*, p. 139.

¹⁷⁹ ZIELINSKI, *Disvalor de acción y...*, p. 139.

¹⁸⁰ BUJÁN PEREZ, *Derecho penal económico*, p. 98.

prévio de natureza supraindividual resolveria a questão, atentando-se ao princípio da ofensividade.¹⁸¹

A questão dos bens intermediários é presente nos crimes econômicos. Com relação aos crimes contra o consumidor, a constatação não diverge. Crê-se que essa temática já é antecipada pelo próprio conceito de crime econômico fornecido por Bajo Fernandez, como “aquela infração que, ofendendo um bem jurídico patrimonial individual, produz lesão ou coloca em perigo em segundo plano a regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços”.¹⁸²

O problema dos bens intermediários parece fulcral neste estudo, impondo-se a sua análise mais detida no item 3.5 do capítulo 3, referente ao bem jurídico na incriminação da informação inidônea ao consumidor.

3.2.8 A administrativização do direito penal econômico

Percebe-se no direito penal econômico a adoção dos chamados “crimes de acumulação” (*kumulationsdelikte*), cuja prática isolada não é capaz de ofender o bem jurídico supraindividual, mas a sua reiteração o é.¹⁸³ Leciona Silva Sanchez:

‘Se se conta com a possibilidade certa de que referida conduta – por si só não ofensiva – se realize também por outras pessoas e o conjunto de comportamentos irá acabar ofendendo o correspondente bem jurídico. São estes os chamados ‘delitos cumulativos’ (*kumulantionsdelikte*, *accumulative harms*) cuja relevância penal pretende assentar na adoção de uma perspectiva aparentemente alheia ao modo de pensar do penalista: what if everybody did it? O que ocorreria se todos agissem do mesmo modo? Pois se trata de casos em que a conduta individualmente considerada não ostenta um perigo relevante (*es harmless*), enquanto que, de outro lado, se admite ‘general performance would be hamfull’ e que a referida realização por uma pluralidade de pessoas não constitui uma hipótese, senão uma realidade atual ou iminente’.¹⁸⁴

¹⁸¹ GRECO, ‘Princípio da ofensividade’ e..., in: *Revista Brasileira de...*, p. 112-3.

¹⁸² BAJO FERNANDEZ; BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, p. 15.

¹⁸³ Chamando a atenção para a particularidade de tal ocorrer com os bens jurídicos supraindividuais, Giovanni Grasso entende impossível requerer um liame causal, efetivo ou potencial, em relação a uma conduta isolada (GRASSO, L’anticipazione della..., in: *Rivista di Diritto e...*, p. 710). Faria Costa chama a atenção para o fato de a ofensividade penalmente relevante apresenta-se coberta pela característica de poder ser produzida em série (COSTA, *Direito penal económico*, p. 58-9).

¹⁸⁴ SILVA SANCHEZ, *La expansión del derecho...*, p. 143-4. No original: “Si se cuenta con la posibilidad cierta de que dicha conduta – per se non lesiva – se realice también por otros sujetos e el conjunto de comportamientos sí vaya acabar lesionando el correspondiente bien jurídico. Son méstos los llamados ‘delitos cumulativos (o acumulativos)’ (*kumulantionsdelikte*, *accumulative harms*), cuja relevancia penal se pretende assentar en la adopción de una perspectiva aparentemente ajena al modo de pensar do penalista: what if

Para exemplificar os chamados “crimes de acumulação”, apontam-se: o delito contra a ordem econômica, definido no art. 1º, I, da Lei 8.176/91; os crimes contra o sistema financeiro, descritos no art. 22, no *caput* e em seu parágrafo único, da Lei 7.492/86; e os delitos ambientais, previstos nos arts. 29 a 32, 34, 36, 39, 40 e 44 a 52, todos da Lei 9.605/98. Quanto ao CDC, observa-se, igualmente, o caráter cumulativo dos crimes definidos nos arts. 63 a 74, em cuja prática reiterada teve muito mais a atenção o legislador do que, pontualmente, a isolada manifestação de uma ou outra conduta criminalizada. O mesmo se diz quanto aos crimes de sonegação fiscal, descritos na Lei 8.137/90.

Pode-se dizer que o direito penal econômico é visto muito mais como ordenamento de segurança do que como ordenamento da liberdade, como muito bem observou a jurista portuguesa Anabela Miranda Rodrigues:

[...] ‘pede-se (hoje) ao direito penal que não seja só um ‘ordenamento da liberdade’. [...] Pede-se-lhe que seja também um ‘ordenamento de segurança’. E assim, paradoxalmente, exige-se do direito penal que satisfaça duas ambições: limite os poderes do Estado, em nome da proteção dos direitos dos cidadãos; e que amplie os poderes do Estado, também em nome da proteção dos direitos dos cidadãos’.¹⁸⁵

Nessa ordem de ideias, a antecipação da punibilidade que se opera por meio da crescente adoção da técnica de se preferir a tipificação de crimes de perigo (geralmente abstrato) ao invés da previsão de crimes de dano compatibiliza-se com a estratégia administrativa de “gestão de riscos”. É o que se tem chamado de “administrativização do direito penal”.¹⁸⁶ A passagem seguinte, de Eduardo Sanz de Oliveira e Silva¹⁸⁷, retrata bem esse fenômeno atual da realidade de uma administração empresarial:

‘Abraçando uma ideologia de lei e de ordem, o Estado passa a ser um gestor de riscos, adotando a medida mais economicista que ele poderia aplicar: a busca do dogma da eficácia. O Estado deve responder a sociedade de risco buscando sempre a máxima eficácia; por outras palavras, a decisão deve ser tomada sempre levando em consideração o modelo empresarial de projeção e gestão dos riscos, tomando a decisão mais eficiente, qual seja aquela que possibilite menor custo e maior benefício’.

everybody did it? Qué ocurriría si todos hicieran lo mismo? Pues se trata de casos en que la conducta individualmente considerada non muestra un riesgo relevante (es harmless), mientras que, por otro lado, se admite que ‘general performance would be harmful’ e que dicha realización por una pluralidad de personas non constituye simplemente una hipótesis, sino que es una realidade actual o inminente”.

¹⁸⁵ RODRIGUES, A defesa do arguido:..., in *Revista Portuguesa de...*, p. 550.

¹⁸⁶ SILVA SANCHEZ, *La expansión del derecho...*, p. 134.

¹⁸⁷ SILVA, O princípio da subsidiariedade e..., in: *Direito penal secundário:...*, p. 196-7.

Pode-se perceber o caráter administrativo do direito penal no preciso sentido de que sanciona, com penas, a violação de ordenações da Administração (deveres de informar, no caso dos crimes contra o consumidor que constituem o objeto desta pesquisa) e se apresenta como direito administrativo, “senão segundo a competência, por certo segundo a matéria”.¹⁸⁸

3.2.9 Notas conclusivas e modelos alternativos de intervenção penal

Pelas características retroelencadas, pode-se afirmar que o direito penal econômico é mais invasivo na liberdade do cidadão do que o direito penal comum.¹⁸⁹ Isso porque no primeiro ficam claras a transigência e a flexibilidade com os princípios que orientam o garantismo¹⁹⁰, como o da subsidiariedade, o da legalidade, o da ofensividade, o da culpabilidade, o da personalidade da pena, etc.

Em busca de maior depuração do direito penal, com o resgate dos princípios e das garantias que o orientam desde o Iluminismo, têm sido oferecidas propostas descriminalizadoras e modelos alternativos político-criminais para uma intervenção estatal mais adequada e racional nos domínios econômicos.

Winfred Hassemer propõe um direito de intervenção, situado entre o direito público e o direito civil, entre o direito penal nuclear e o direito administrativo, para ilícitos em matéria de drogas, aspectos econômicos, meio ambiente, etc. Nesse direito proposto seriam flexibilizadas as garantias materiais e processuais observadas no direito penal comum, sendo ainda adotadas sanções menos rigorosas.¹⁹¹

Silva Sanchez concorda com a flexibilização das regras de imputação para o direito penal moderno, dada a nova feição intervencionista e regulamentadora do Estado na

¹⁸⁸ DIAS, Para uma dogmática do direito..., in: *Direito penal econômico*, p. 37.

¹⁸⁹ A expressão *direito penal comum* opõe-se à concepção de direito penal destinado à proteção de bens supraindividuais. Em doutrina, ao lado de *direito penal comum*, encontram-se expressões como *direito penal tradicional*, *direito penal clássico*, *direito penal da justiça* e *direito penal patrimonial*, todas a identificarem o direito penal voltado aos interesses individuais.

¹⁹⁰ FERRAJOLI, *Direito e razão*:..., p. 74-76.

¹⁹¹ HASSEMER, *Persona, mundo y ...*, p. 65-72.

era globalizada. No entanto, pondera que, nessa seara, seja afastada a pena privativa de liberdade.¹⁹²

Pondera, ainda, Silva Sanchez que tal proposta há de ser feita no próprio direito penal¹⁹³, que ficaria, então, com dois níveis: um rígido quanto à exigência da observância das regras de imputação, inclusive com sanções de prisão¹⁹⁴; e outro para o direito penal moderno, compreendendo: princípios flexibilizados e garantias de imputação, mas com previsão de sanções pecuniárias e restritivas de direito ou, mesmo, tendo lugar um direito penal de reparação.¹⁹⁵

A orientação de Silva Sanchez em manter a disciplina dos crimes econômicos no próprio direito penal (ainda que em um nível diferente) é preferível a transferi-la para o direito civil ou para o direito administrativo. Conforme explica o estudioso espanhol, comparado ao direito civil o ordenamento penal possui mecanismo público de persecução às infrações mais vigoroso; “algo que lhe atribua uma dimensão comunicativa superior, inclusive independente da conexão ético-social inerente a todos os seus delitos”.¹⁹⁶

Já com relação ao direito administrativo, o direito penal apresenta-se infenso às mudanças políticas que inevitavelmente ocorrem no seio da administração pública. Além disso, a imparcialidade que rege o poder judiciário - independente e com integrantes cercados de garantias inerentes à carreira do magistrado - está a indicar realmente ser o direito penal a sede mais propícia para abrigar o tratamento jurídico dispensado aos crimes econômicos.¹⁹⁷

Acredita-se que a proposta de Silva Sanchez seja mais adequada ao tratamento jurídico dos crimes econômicos do que aquela apresentada por Hassemer, ou seja, a de um direito de intervenção. A razão para tal preferência reside também no princípio da obrigatoriedade que rege as ações penais públicas, a impedir que critérios de conveniência e oportunidade venham a interferir na persecução do delito.¹⁹⁸

Os diferentes modelos político-criminais para a disciplina das condutas contra a ordem econômica obrigam o estudioso a fixar premissas fundamentais a respeito do ilícito penal e do ilícito administrativo. Torna-se necessário, pois, assentar claramente onde termina o direito administrativo e onde começa o direito penal.

¹⁹² SILVA SANCHEZ, *La expansión del derecho...*, p. 174-5.

¹⁹³ SILVA SANCHEZ, *La expansión del derecho...*, p. 172.

¹⁹⁴ SILVA SANCHEZ, *La expansión del derecho...*, p. 175.

¹⁹⁵ SILVA SANCHEZ, *La expansión del derecho...*, p. 174.

¹⁹⁶ SILVA SANCHEZ, *La expansión del derecho...*, p. 173.

¹⁹⁷ SILVA SANCHEZ, *La expansión del derecho...*, p. 173.

¹⁹⁸ É de se recordar a raiz criminológica do direito penal econômico, cujos agentes são pessoas inseridas em elevado extrato social, em que a persecução penal, se de fato os alcança, custa a chegar.

Como já dito, além da necessidade e da adequação da intervenção penal para a proteção de um bem jurídico essencial para a sociedade – a elevá-lo à categoria de bem jurídico-penal e a afastar, desde tal perspectiva o direito administrativo –, deve haver o atributo da ofensividade na conduta criminosa. O crime é, pois, um fato que pode acarretar dano ou perigo ao bem jurídico-penal.

No direito administrativo, se bem que possa haver ofensividade ao bem jurídico protegido, tal atributo não é a nota fundamental para a configuração do ilícito. Há na fixação da respectiva ilicitude a preocupação maior em atribuir deveres de observância às prescrições da Administração.

3.3 A tutela penal do consumidor: antecedentes históricos

A preocupação com o regramento das relações entre comerciantes e consumidores é bastante antiga, presente até na Bíblia: “Terás um peso intacto e exato, e terás uma medida intacta e exata, pois Yahvé abomina todo aquele que pratica a fraude”.¹⁹⁹

Na Roma antiga, a *Lex Cornelia De Falsis* previa sanções para a falsificação de pesos e medidas, que poderiam chegar à pena de morte, conforme a classe social do infrator.²⁰⁰

Na Idade Média, até o fim do Absolutismo (início do século XVI), houve um modelo de proteção ao consumidor, conhecido por “justiça privada”.²⁰¹ Era realizado pelos próprios cidadãos, potenciais vítimas das infrações verificadas nas relações de consumo. Na ausência de uma autoridade estatal, os que se sentiam lesados pleiteavam as suas pretensões no âmbito privado.²⁰²

Nesse período, paralelamente, notou-se também um sistema de autorregulamentação utilizado pelos profissionais que ofertavam bens, cujo objetivo era evitar a concorrência desleal.²⁰³ Havia uma espécie de juiz nas corporações, que se encarregava de

¹⁹⁹ BENJAMIM, O direito penal do consumidor:..., in: *Revista de Direito do Consumidor*, p. 111.

²⁰⁰ MOMMSEN, Teodoro. *Derecho penal romano*, p 423-4, apud GUIMARÃES, *Tutela penal do consumo:...*, p. 35.

²⁰¹ MONTE, *Da proteção penal do...*, p. 71.

²⁰² MONTE, *Da proteção penal do...*, p. 71.

²⁰³ MONTE, *Da proteção penal do...*, p. 72.

fiscalizar as atividades do concorrente, conhecer práticas ilícitas e aplicar-lhes sanções.²⁰⁴ O consumidor era, desse modo, indiretamente protegido, diante da almejada melhoria da concorrência.

Outro modelo teve lugar até o fim do século XVIII, marcado por rigoroso intervencionismo estatal no processo e nos locais de venda, com previsão de vigorosas e cruéis sanções penais.²⁰⁵ Anota-se²⁰⁶ que constava de um edital assinado por Luiz XI que aquele que vendesse manteiga com ranço seria levado à praça pública, mediante publicidade. Dever-se-ia colocar essa manteiga na testa do infrator até que o sol a derretesse completamente e, em seguida, eram chamados cachorros para lambê-la.

Apresentam-se, a seguir, nesse trecho de histórico da legislação penal tipos penais que incriminam condutas relacionadas à venda de produtos corrompidos ou avariados identificadas como fraude. Havia a preocupação, nesse sentido, em também mostrar a incriminação de ações que antecediam a venda, especialmente aquelas que estão compreendidas no fornecimento de informações ao consumidor, que mais interessam ao objeto deste estudo. Desse modo, opta-se por deixar à margem dessa análise histórica condutas que, embora lesivas ao consumidor, não possuam correlação com a disponibilização da mercadoria ao consumidor, como os crimes de usura, os crimes contra as marcas, os crimes de concorrência desleal e os crimes de açambarcamento de matérias-primas, dentre outros.

Na época do Brasil colônia, as Ordenações Filipinas previam epígrafe própria aos falsários de mercadorias, cominando-lhes a pena capital ou, sendo o valor da mercadoria inferior a um marco de prata, o degredo perpétuo ao Brasil. Digna de nota, conforme pesquisou Luiz Regis Prado²⁰⁷, era a previsão de um tipo penal para os que entregavam ou transportavam pão:

Título LIX. “Qualquer Carreteiro, Almocreve, Barqueiro, ou outra pessoa, que houver de entregar pão, ou levar de huma parte para outra e lhe lançar ácientemente terra, agoa, ou outra cousa qualquer, para lhe crescer, e furtar o dito crescimento, se o damno e perda, que se receber do tal pão, valer dez mil reis, morra por isso. E se for de dez mil reis para baixo, seja degredado para sempre para o Brazil”.

²⁰⁴ MONTE, *Da proteção penal do...*, p. 72.

²⁰⁵ MONTE, *Da proteção penal do...*, p. 72-3.

²⁰⁶ CAS; FERRIER, *Traité de droit de la...*, p. 2 e ss, *apud* MONTE, *Da proteção penal do...*, 1996, p. 73.

²⁰⁷ PRADO, *Direito penal econômico*, p. 97, nota 11.

Após a Revolução Francesa, verificou-se um período de grande liberdade no comércio, inspirado por ideias abstencionistas do Estado.²⁰⁸ Acreditava-se que o mercado poderia aprimorar-se sozinho, mercê das escolhas do consumidor e da livre concorrência. Houve acentuada desregulamentação das práticas comerciais que outrora eram bem disciplinadas pelo Estado interventor²⁰⁹, o que não quer dizer que inexistiam incriminações de determinadas condutas fraudulentas havidas no comércio.

O Código Criminal do Brasil Império (1830) punia como prática de estelionato a “alheação de bens alheios como próprios, ou a troca das cousas, que se deverem entregar por outras diversas” (art. 264, § 1º), sujeitando o agente às penas de “prisão com trabalho por seis meses a seis annos e de multa de cinco a vinte por cento do valor das cousas, sobre que versar o estellionato”.

O primeiro Código Penal da República do Brasil (1890) previa condutas fraudulentas contra o patrimônio, aglutinando-as no Capítulo IV, intitulado “Do estellionato, abuso de confiança e outras fraudes” (arts. 338 e 340). Merecem menção as condutas descritas nos incisos I e XI do art. 338, que definiam fraudes passíveis de sucederem no comércio.²¹⁰ Nota-se no mesmo diploma legal preocupação pioneira com a tutela das informações relativas às ações de empresas a partir de tipo penal destinado aos administradores que utilizavam de artifícios para cotar o seu valor (art. 340, § 3º).²¹¹ Além de crimes contra a saúde pública (arts. 156 a 164), notadamente os referentes à adulteração de substâncias alimentícias e de medicamentos, havia a definição de crimes atentatórios às marcas de fábricas e de comércio (arts. 353 a 355).

Como legislação extravagante, cita-se ainda no ordenamento pátrio o Dec. 19.604, de 19 de janeiro de 1931, que, em seu art. 1º, criminalizava fraudes no oferecimento de gêneros alimentícios²¹²:

²⁰⁸ MONTE, *Da proteção penal do...*, p. 74-5.

²⁰⁹ MONTE, *Da proteção penal do...*, p. 74-5.

²¹⁰ “Art. 338. Julgar-se-ha crime de estellionato:

1º Alhear a cousa alheia como própria, ou trocar por outras as cousas, que se deverem entregar;

[...]

11. Alterar a qualidade e o peso dos metaes nas obras que lhe forem encommendadas; substituir pedras verdadeiras por falsas, ou por outras de valor inferior; vender pedras falsas por finas, ou vender como ouro, prata ou qualquer metal fino objectos de diversa qualidade:

Penas de prisão cellular por um a quatro annos e multa de 5 a 20 % do valor do objecto sobre que recahir o crime”.

²¹¹ “Art. 340. Incurrerão nas penas de prisão cellular por um a quatro annos e multa de 100\$ a 500\$000:

[...]

3º Os administradores que por qualquer artificio promoverem falsas cotações das acções;”

²¹² GUIMARÃES, *Tutela penal do consumo:...*, p. 38-9.

‘Julgar-se-á crime de estelionato, com as penas previstas no art. 338 do Código Penal, fabricar, dar e vender ou expor a consumo público gêneros alimentícios: I- Que tenham sido misturados acondicionados com substâncias que lhes modifiquem a qualidade ou reduzam o valor nutritivo, desde que não sejam claramente apregoadas as modificações que os tornam de qualidade inferior; II – Quando se lhes tenha retirado, no todo ou em parte, um dos elementos de sua constituição normal ou substituído por outro de qualidade inferior e não se tenha claramente assinalado essa depreciação; III – [...]; IV – Que tenham sido substituídos, no todo ou em parte, aos indicados no recipiente ou que na sua composição, peso ou medida diversifiquem do enunciado nas marcas, rótulos, preconcios ou declarações do interessado’.

Conforme laboriosa pesquisa de Sérgio Chastinet D. Guimarães²¹³, o Decreto retromencionado foi revogado por um outro, o Dec. 22.796, de 1º de junho de 1933, que dispunha sobre a mesma espécie de fraudes tratada no anterior diploma legal. Permaneceu evidente a preocupação do legislador com a informação prestada ao consumidor, manifestada em tipos penais bem semelhantes àqueles que constam dos incisos retrotranscritos.

Percebe-se no Decreto 22.796, contudo, a estratégia do legislador de antecipar a tutela penal punindo atos preparatórios à venda ou à exposição à venda de produtos alterados ou, mesmo, a posse de substâncias apropriadas à adulteração, como a guarda, o transporte e o armazenamento. Outrossim, verifica-se que o legislador quis acentuar a previsão da participação no crime por meio da difusão e da ministração de produtos adulterados, na forma do art. 4º, caput, *in fine*. Tal disposição pode ser apontada como um embrião para incriminações atuais da informação (art. 66 do CDC) e da publicidade (art. 67 do CDC) enganosas.

Art. 4º Dar, vender, expôr á venda, armazenar, guardar, transportar gêneros produtos ou substancia próprias ou alheios, nas condições previstas nos artigos antecedentes, ou ainda deteriorados ou corrompidos.

Concorrer, por qualquer meio, para sua difusão e ministração.

Penas: De seis meses a dois anos de prisão celular e multa de 1:000\$ a 5:000\$000.

Art. 5º Dar, vender, expôr á venda, armazenar ou guardar substancias apropriadas para falsificação de gêneros ou produtos que possam servir á alimentação do homem ou dos animais.

Penas: De seis meses a um ano de prisão celular a multa de 2:000\$ a 5:000\$000.

Também chama a atenção no Decreto 22.796 a disposição deixando clara a independência entre as esferas criminal e administrativa.²¹⁴

²¹³ GUIMARÃES, *Tutela penal do consumo*:..., p. 40.

²¹⁴ “**Art. 6º** As penalidades acima estabelecidas não excluem a imposição administrativa de outras multas previstas nas leis e nos regulamentos sanitarios ou fiscais para os mesmos fatos, as quais serão cobradas por processo executivo, na fórmula da legislação em vigor”. O Código de Defesa do Consumidor brasileiro possui também dispositivo acolhendo a independência entre as instâncias administrativa, civil e penal (art. 56).

A lei que descreve crimes contra a economia popular, 1.521/51, no inciso VII do art. 1º prevê delito de informação inidônea consistente em “dar indicações ou fazer afirmações falsas em prospectos ou anúncios, para fim de substituição, compra ou venda de títulos, ações ou quotas”. O delito em questão encontra-se atualmente previsto no art. 66 do CDC. Além desse, há ainda no referido diploma legal a previsão de condutas fraudulentas no comércio, como descrevem os incisos V e XI do art. 2º.²¹⁵

O Código Penal de 1940 incrimina condutas que atentam contra o patrimônio e contra a saúde pública, dentre as relacionadas com o interesse deste estudo. Assim, tipifica fraudes em vendas realizadas no âmbito particular e na atividade comercial (arts. 171, parágrafos 2º, IV, e 175). O art. 279, antes de ser revogado pela Lei 8.137/90 (art. 23), cuidava de incriminar a venda de substância alimentícia ou medicinal avariada. O art. 275 do CP define crime praticado por meio da informação falsa, tipo penal esse complementado pelo constante do artigo seguinte (art. 276), *in verbis*:

Invólucro ou recipiente com falsa indicação

Art. 275 - Inculcar, em invólucro ou recipiente de produtos alimentícios, terapêuticos ou medicinais, a existência de substância que não se encontra em seu conteúdo ou que nele existe em quantidade menor que a mencionada: (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

Produto ou substância nas condições dos dois artigos anteriores

Art. 276 - Vender, expor à venda, ter em depósito para vender ou, de qualquer forma, entregar a consumo produto nas condições dos arts. 274 e 275.

Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)²¹⁶

No CP 1940, há disposição atinente às informações que se dá ao público e à assembleia de acionistas relativas à constituição de sociedades, às suas condições econômicas

²¹⁵ Art. 2º. São crimes desta natureza:

[...]

V - misturar gêneros e mercadorias de espécies diferentes, expô-los à venda ou vendê-los, como puros; misturar gêneros e mercadorias de qualidades desiguais para expô-los à venda ou vendê-los por preço marcado para os de mais alto custo;

[...]

XI - fraudar pesos ou medidas padronizados em lei ou regulamentos; possuí-los ou detê-los, para efeitos de comércio, sabendo estarem fraudados.

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, de dois mil a cinqüenta mil cruzeiros.

²¹⁶ Conforme a redação primitiva do Código Penal de 1940, os crimes em questão possuíam como sanções detenção de um a três meses ou multa. O transcrito art. 275 do CP também não possuía a referência a substância terapêutica, acrescida pela Lei 9.677/98.

ou à cotação de suas ações, na forma do art. 177, *caput*, e incisos I e II.²¹⁷ Como já se registrou, a incriminação em referência teve como antecedente aquela prevista no art. 340, parágrafos 3º, do Código Penal de 1890, a qual, entretanto, se restringia à cotação das ações. Esse tipo penal visa a proteger não apenas os acionistas e credores, mas também os consumidores, que são potenciais acionistas.²¹⁸ A razão da incriminação está na importância de que se reveste essa espécie de informação ao público, como explicam Pedrazzi e Costa Júnior²¹⁹:

‘Compreender-se-á, portanto, a preocupação do legislador em assegurar que as informações difundidas pelos órgãos sociais sejam completas e verdadeiras. É necessário evitar que um mecanismo de tutela se transforme numa insídia ou em um instrumento de engano. O perigo vem, pois, representado essencialmente pela falsidade ideológica, daí recorrer-se às sanções penais.’

O Código de Defesa do Consumidor definiu vários crimes por meio de doze tipos (arts. 63 a 74)²²⁰, deixando claro que tal previsão não revogava as demais condutas previstas no Código Penal e em leis especiais (art. 61).

²¹⁷ “Art. 177 - Promover a fundação de sociedade por ações, fazendo, em prospecto ou em comunicação ao público ou à assembléia, afirmação falsa sobre a constituição da sociedade, ou ocultando fraudulentamente fato a ela relativo:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa, se o fato não constitui crime contra a economia popular.

§ 1º - Incorrem na mesma pena, se o fato não constitui crime contra a economia popular: (Vide Lei nº 1.521, de 1951)

I - o diretor, o gerente ou o fiscal de sociedade por ações, que, em prospecto, relatório, parecer, balanço ou comunicação ao público ou à assembléia, faz afirmação falsa sobre as condições econômicas da sociedade, ou oculta fraudulentamente, no todo ou em parte, fato a elas relativo;

II - o diretor, o gerente ou o fiscal que promove, por qualquer artifício, falsa cotação das ações ou de outros títulos da sociedade;

[...]

IX - o representante da sociedade anônima estrangeira, autorizada a funcionar no País, que pratica os atos mencionados nos ns. I e II, ou dá falsa informação ao Governo”.

²¹⁸ PEDRAZZI; COSTA JÚNIOR, *Direito penal societário*, p. 30.

²¹⁹ PEDRAZZI; COSTA JÚNIOR, *Direito penal societário*, p. 30.

²²⁰ Art. 63. Omitir dizeres ou sinais ostensivos sobre a nocividade ou periculosidade de produtos, nas embalagens, nos invólucros, recipientes ou publicidade:

Pena - Detenção de seis meses a dois anos e multa.

§ 1º Incorrerá nas mesmas penas quem deixar de alertar, mediante recomendações escritas ostensivas, sobre a periculosidade do serviço a ser prestado.

§ 2º Se o crime é culposo:

Pena Detenção de um a seis meses ou multa.

Art. 64. Deixar de comunicar à autoridade competente e aos consumidores a nocividade ou periculosidade de produtos cujo conhecimento seja posterior à sua colocação no mercado:

Pena - Detenção de seis meses a dois anos e multa.

Parágrafo único. Incorrerá nas mesmas penas quem deixar de retirar do mercado, imediatamente quando determinado pela autoridade competente, os produtos nocivos ou perigosos, na forma deste artigo.

Art. 65. Executar serviço de alto grau de periculosidade, contrariando determinação de autoridade competente:

Pena Detenção de seis meses a dois anos e multa.

Parágrafo único. As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à lesão corporal e à morte.

Art. 66. Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços:

De sua vez, a Lei 8.137/90 incriminou nove condutas em tese lesivas ao consumidor no art. 7º (incisos I a IX), *in verbis*:

Art. 7º Constitui crime contra as relações de consumo:

I - favorecer ou preferir, sem justa causa, comprador ou freguês, ressalvados os sistemas de entrega ao consumo por intermédio de distribuidores ou revendedores;

II - vender ou expor à venda mercadoria cuja embalagem, tipo, especificação, peso ou composição esteja em desacordo com as prescrições legais, ou que não corresponda à respectiva classificação oficial;

III - misturar gêneros e mercadorias de espécies diferentes, para vendê-los ou expô-los à venda como puros; misturar gêneros e mercadorias de qualidades desiguais para vendê-los ou expô-los à venda por preço estabelecido para os demais mais alto custo;

IV - fraudar preços por meio de:

a) alteração, sem modificação essencial ou de qualidade, de elementos tais como denominação, sinal externo, marca, embalagem, especificação técnica, descrição, volume, peso, pintura ou acabamento de bem ou serviço;

b) divisão em partes de bem ou serviço, habitualmente oferecido à venda em conjunto;

c) junção de bens ou serviços, comumente oferecidos à venda em separado;

d) aviso de inclusão de insumo não empregado na produção do bem ou na prestação dos serviços;

V - elevar o valor cobrado nas vendas a prazo de bens ou serviços, mediante a exigência de comissão ou de taxa de juros ilegais;

VI - sonegar insumos ou bens, recusando-se a vendê-los a quem pretenda comprá-los nas condições publicamente ofertadas, ou retê-los para o fim de especulação;

Pena - Detenção de três meses a um ano e multa.

§ 1º Incorrerá nas mesmas penas quem patrocinar a oferta.

§ 2º Se o crime é culposos;

Pena Detenção de um a seis meses ou multa.

Art. 67. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva:

Pena Detenção de três meses a um ano e multa.

Parágrafo único. (Vetado).

Art. 68. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança:

Pena - Detenção de seis meses a dois anos e multa:

Parágrafo único. (Vetado).

Art. 69. Deixar de organizar dados fáticos, técnicos e científicos que dão base à publicidade:

Pena Detenção de um a seis meses ou multa.

Art. 70. Empregar na reparação de produtos, peça ou componentes de reposição usados, sem autorização do consumidor:

Pena Detenção de três meses a um ano e multa.

Art. 71. Utilizar, na cobrança de dívidas, de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas incorretas ou enganosas ou de qualquer outro procedimento que exponha o consumidor, injustificadamente, a ridículo ou interfira com seu trabalho, descanso ou lazer:

Pena Detenção de três meses a um ano e multa.

Art. 72. Impedir ou dificultar o acesso do consumidor às informações que sobre ele constem em cadastros, banco de dados, fichas e registros:

Pena Detenção de seis meses a um ano ou multa.

Art. 73. Deixar de corrigir imediatamente informação sobre consumidor constante de cadastro, banco de dados, fichas ou registros que sabe ou deveria saber ser inexata:

Pena Detenção de um a seis meses ou multa.

Art. 74. Deixar de entregar ao consumidor o termo de garantia adequadamente preenchido e com especificação clara de seu conteúdo;

Pena Detenção de um a seis meses ou multa.

VII - induzir o consumidor ou usuário a erro, por via de indicação ou afirmação falsa ou enganosa sobre a natureza, qualidade do bem ou serviço, utilizando-se de qualquer meio, inclusive a veiculação ou divulgação publicitária;

VIII - destruir, inutilizar ou danificar matéria-prima ou mercadoria, com o fim de provocar alta de preço, em proveito próprio ou de terceiros;

IX - vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo;

Pena - detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II, III e IX pune-se a modalidade culposa, reduzindo-se a pena e a detenção de 1/3 (um terço) ou a de multa à quinta parte.

Como se pode ver, notadamente nos incisos II e VII do art. 7º, há a previsão de tipos penais na Lei 8.137/90 que poderão suscitar conflito aparente de normas ou concurso de infrações em relação aos crimes objeto deste estudo, assunto que será desenvolvido neste trabalho quando da análise dos crimes em espécie.

3.4 O bem jurídico-penal

3.4.1 Aspectos gerais

O conceito de bem jurídico-penal é dos mais controvertidos na doutrina. Está em constante modificação e até os dias atuais não se pode afirmar que se trata de um conceito fechado e acabado.²²¹

A história do bem jurídico está ligada ao desenvolvimento do conceito material de crime. Na época do Iluminismo, o crime era concebido como a lesão de um direito.²²² Ainda sob o influxo das ideias iluministas, Feurbach tratou de definir o conceito material de crime como violação a um direito subjetivo da pessoa ou do Estado.²²³

²²¹ “A impressão que a história do bem jurídico deixa é a de um processo em espiral ao longo do qual se sucederam fenômenos de revolução no sentido etimológico, (*revolutio*) de retorno ao que se julgava já irrepetivelmente abandonado. Não menos vincada é a impressão de extrema liquidez e mimetismo do conceito, capaz de assumir os conteúdos e desempenhar os papéis aparentemente mais inconciliáveis e antinômicos” (ANDRADE, A nova lei dos crimes contra..., in: *Direito penal econômico e...*, p. 391).

²²² MONTE, *Da proteção penal do...*, p. 271. Assim também: FIGUEIREDO, *Crimes ambientais à luz do...*, p. 40.

²²³ PRADO, *Bem jurídico-penal e...*, p. 27. Conforme ainda Regis Prado, “A concepção material do delito como lesão de um direito subjetivo decorre da teoria contratualista aplicada no âmbito penal. Esse posicionamento – resultado da ideologia liberal dominante – apresenta-se como um conteúdo sistemático funcional – conduta

Birnbaum²²⁴, no século XIX, preconizava o bem jurídico²²⁵ como bem material tutelado pelo Estado, podendo referir-se ao indivíduo ou à coletividade²²⁶, o qual poderia ser suscetível de lesão em sentido naturalístico.²²⁷ De acordo com Birnbaum, o delito é concebido como lesão a um bem, e não a um direito.²²⁸ Para o autor alemão²²⁹,

[...] se o perigo é um estado no qual temos receio de perder algo ou de nos privar de um bem, então resulta extremamente inapropriado falar de uma lesão de direitos. Que perdamos algo ou se nos prive de uma coisa que é o objeto de nosso direito, que se nos subtraia ou coloque em risco um bem que nos compete juridicamente, isso, sem dúvida, não diminui ou suprime um nosso direito.

Binding ofereceu um conceito positivista de crime, o qual era considerado uma lesão a um direito subjetivo do Estado. No raciocínio dele havia uma congruência entre bem jurídico e norma, sendo esta a revelação daquele.²³⁰ Conforme ainda Binding, bem jurídico é tudo aquilo que o legislador idealizou como condição para uma vida sã e digno de valor para a comunidade jurídica.²³¹

Von Liszt realiza a migração da concepção de bem jurídico como direito subjetivo para a de “interesse protegido juridicamente”, alçando-o ao posto central da estrutura do delito.²³² Para Liszt, a conduta socialmente danosa pertencia à vida e a sua configuração préexistia ao direito.²³³ Essa perspectiva trazia ao Estado um limite a seu poder punitivo, o que representou certo avanço em relação ao paradigma do crime como violação ao direito, incapaz na realização de tal tarefa.²³⁴

punível é aquela lesiva a um direito subjetivo e liberal concreto-imanente – proteção também do direito individual na esfera objetiva da liberdade pessoal” (PRADO, *Bem jurídico-penal e...*, p. 28).

²²⁴ Ressalte-se que é controvertida a existência de influência das ideias iluministas no pensamento de Birbaum, entendendo alguns, como Amelung, que houvera verdadeira ruptura (Veja-se: SILVEIRA, *Direito penal supra-individual...*, p. 41; FIGUEIREDO, *Crimes ambientais à luz do...*, p. 46).

²²⁵ Esclarece Renato de Mello Jorge Silveira que, em realidade, Birbaum não chegou a utilizar-se da expressão *bem jurídico*, mas a partir das várias considerações que fez, é possível atribuir-lhe a paternidade dessa noção (SILVEIRA, *Direito penal supra-individual...*, p. 41).

²²⁶ BIRNBAUM, *Sobre la necesidad de una...*, p. 58-9.

²²⁷ JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de derecho penal*, p. 274.

²²⁸ BIRNBAUM, *Sobre la necesidad de una...*, p. 57.

²²⁹ BIRNBAUM, *Sobre la necesidad de una...*, p. 53-4.

²³⁰ SILVEIRA, *Direito penal supra-individual...*, p. 43.

²³¹ JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de derecho penal*, p. 274-5.

²³² JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de derecho penal*, p. 274-5.

²³³ DIAS, *Questões fundamentais de...*, p. 57.

²³⁴ RAMACCI, *Corso di diritto penale*, p. 28.

Honig, adepto da filosofia neokantiana, ofereceu um conceito metodológico ou puramente hermenêutico de bem jurídico.²³⁵ Para o referido autor, o bem jurídico identificava-se com o fim e com o sentido das normas de direito penal.²³⁶ Tal concepção de bem jurídico, antes de contribuir para um conceito material de crime, acaba promovendo um esvaziamento do seu conteúdo e a sua transmutação num conceito formal²³⁷, o que se pode verificar através da simplista *ratio legis* que essa noção enseja.

Noutra perspectiva, há determinada corrente doutrinária que realiza uma abordagem sociológica para conceituar o crime sem recorrer à noção de bem jurídico. Nesse sentido, tendo como marco teórico a teoria dos sistemas sociais (Parsons e Luhman), Amelung pretendeu resgatar a noção de danosidade social, dando-lhe novos contornos.²³⁸

Noutro quadrante, tem sido adotada a visão constitucionalmente orientada do bem jurídico²³⁹, bastante aceita atualmente pela doutrina. Por meio dela, pretende-se buscar base material para o bem jurídico nos valores e princípios existentes na Constituição. A adoção dessa perspectiva tem por fim limitar o arbítrio legislativo na criação de tipos penais.²⁴⁰

É possível distinguir algumas vertentes dessa visão constitucional do bem jurídico. Numa primeira formulação, os bens jurídicos que interessam ao direito penal derivam da forma do Estado adotada na Carta Política, bem como de seus princípios.²⁴¹ Nesse sentido, é possível sustentar a ilegitimidade de incriminações que tolhem a liberdade

²³⁵ DIAS, *Questões fundamentais de...*, p. 64. Na Itália, Arturo Rocco era também representante da chamada concepção metodológica do bem jurídico (RAMACCI, *Corso di diritto penale*, p. 28-9).

²³⁶ ROXIN, *Derecho penal*, p. 54-5.

²³⁷ DIAS, *Questões fundamentais de...*, p. 64.

²³⁸ Conforme Roxin, “Amelung pretende basar el concepto material de delito em una teoría del daño social – que debe evitarse mediante conminación penal –, para cuya precisión em su contenido recurre a la moderna teoría de los sistemas sociales (sobre todo Parsons). Ahora bien, esa atención a la funcionalidad para el sistema de una conducta conduce a que se proteja a la persona no por sí misma, sino sólo em interés de la sociedad, a la que por tanto también se podría sacrificar sólo com que el sistema permanezca inalterado” (ROXIN, *Derecho penal*, p. 68). Nessa concepção, “danoso para a sociedade é um fato disfuncional, um fenômeno social que impede ou pelo menos dificulta ao sistema social a superação dos problemas de sua própria existência [...] O crime é apenas um caso especial de fenômeno disfuncional e, por via de regra, o de maior grau de perigo. Ele é disfuncional na medida em que contraria uma norma institucionalizada que é necessária para resolver o problema da sobrevivência da sociedade [...] A função do direito penal é a de agir em sentido contrário como mecanismo de controlo social” (RUDOLPHI, *Die verschiedenen aspekte...*, in: *Festschrift für...*, p. 161 e ss., *apud* ANDRADE, *A nova lei dos crimes contra...*, in: *Direito penal econômico e...*, p. 395). Sem dúvida, a concepção expressada por Amelung prestigia a atividade legiferante ao fundamentar a disfuncionalidade do delito como infração à norma. Desse modo, tal orientação teórica mostra-se avessa ao controle político-criminal das incriminações, olvidando por completo o bem jurídico como referencial crítico do sistema penal. Há um retorno, por assim dizer, às idéias do positivista Binding, segundo as quais o objeto da tutela penal é tudo aquilo que, do ponto de vista do legislador, constitui-se condição para a vida em sociedade.

²³⁹ As mais expressivas formulações dessa vertente teórica são creditadas aos italianos Bricola e Enzo Musco. Na Alemanha, dentre os seus adeptos, citam-se Sax, Roxin, Rudolphi, Otto e Michael Marx.

²⁴⁰ SALES, *Escritos de direito penal*, p. 122-3.

²⁴¹ PRADO, *Bem jurídico-penal e...*, p. 51. Roxin é um de seus adeptos (ROXIN, *Derecho penal*, p. 55).

individual de modo arbitrário, ou com finalidades puramente ideológicas ou visando a punir meras imoralidades.²⁴²

Identifica-se outra concepção da noção constitucionalmente orientada do bem jurídico, segundo a qual o legislador, ao formular a sua opção penal, deve-se ater aos valores expressamente acolhidos na Constituição.²⁴³ Numa versão menos rígida da orientação constitucional dos bens jurídicos, permite-se fundamentar os tipos penais a partir da proteção de valores implicitamente acolhidos na Constituição.²⁴⁴

A orientação constitucional para a seleção dos bens jurídicos não é poupada de críticas. A abrangência com que permite a opção do legislador não viria para limitar o direito penal, senão para propiciar demasiado aumento no âmbito do punível²⁴⁵ por intermédio de indicações criminalizadoras.²⁴⁶ Como adverte Figueiredo Dias, a utilização dos critérios de seleção dos valores constitucionais (ainda que implícitos) contribui para o surgimento de uma função promocional do direito penal.²⁴⁷ Tal função surge em meio a um discurso tecnológico desenvolvimentista, que tem ingressado no direito penal atual, a reclamar novos espaços de tutela em face de transformações sociais verificadas principalmente na seara econômica.²⁴⁸

Parece inquestionável que o bem jurídico deve provir de valores dispostos na Constituição²⁴⁹, preexistindo, portanto, à atividade legiferante. A razão de sua preexistência à lei incriminadora se dá para impossibilitar a livre criação de bens jurídicos por parte do legislador. Há de se convir, entretanto, que a escolha de valores constitucionais penais

²⁴² ROXIN, *Derecho penal*, p. 56. Conforme o Mestre de Munique, são exemplos de incriminações com finalidades puramente ideológicas aquelas que visassem eventualmente “manter a pureza do sangue alemão”. Seriam exemplos de incriminações de meras imoralidades aquelas que proibissem o relacionamento homossexual entre adultos.

²⁴³ SALES, *Escritos de direito penal*, p. 123.

²⁴⁴ Bens de implícita relevância constitucional são aqueles que possuem uma relevância indireta, sendo ligados diretamente a bens de relevância explícita (RAMACCI, *Corso di diritto penale*, p. 31).

²⁴⁵ Nesse sentido: PELARIN, *Bem jurídico-penal:...*, p. 141.

²⁴⁶ Manifestam-se favoravelmente às indicações constitucionais criminalizadoras: PALAZZO, *Valores constitucionais e...*, p. 103 e ss; LUISI, *Os princípios constitucionais...*, p. 41-3.

²⁴⁷ DIAS, *Questões fundamentais de...*, p. 72. Essa função instrumental do direito penal é ressaltada por Palazzo como pertinente à tutela de interesses supraindividuais e coletivos, e decorre das indicações de criminalização. Para Palazzo, tais indicações de criminalização “contribuem para oferecer a imagem de um Estado empenhado e ativo (inclusive penalmente) na persecução de maior número de metas popiciadoras de transformação social e da tutela de interesses de dimensões ultraindividual e coletivas, exaltando, continuamente, o papel instrumental do direito penal com respeito à política criminal, ainda quando sob os auspícios – por assim dizer – da Constituição” (PALAZZO, *Valores constitucionais e...*, p. 102). Conforme crítica de Evandro Pelarin, a concepção que extrai da Constituição valores não individuais como prerrogativas do Estado Democrático aproxima-se das teorias sistêmicas, tamanha a sua preocupação com o social em detrimento do individual, o que rompe com o caráter liberal do direito penal iluminista (PELARIN, *Bem jurídico-penal:...*, p. 142).

²⁴⁸ PELARIN, *Bem jurídico-penal:...*, p. 142.

²⁴⁹ Esses valores constituem a matéria do direito penal (PALAZZO, *Valores constitucionais e...*, p. 22-3).

relevantes não pode deturpar a função protetiva e liberal do direito penal quanto à pessoa. Disso resulta que a tutela penal não deve olvidar o seu posto de *ultima ratio*.²⁵⁰

3.4.2 A titularidade do bem jurídico nos crimes previstos no Código de Defesa do Consumidor

O bem jurídico nos crimes previstos no Código de Defesa do Consumidor contempla um número indeterminado de pessoas, podendo ser classificado como “coletivo” sob o aspecto de sua titularidade.

Precisamente, o bem coletivo em questão pertence à categoria dos interesses difusos, identificados pelo art. 81, I, do CDC como “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

O extraordinário desenvolvimento do comércio e a conseqüente ampliação da publicidade, que resultaram na sociedade do consumo, fizeram urgir a tutela do consumidor como tema de segurança do Estado no mundo moderno.²⁵¹

No mesmo contexto social e político em que se insere essa sociedade do consumo de massa está a perspectiva da sociedade do risco²⁵², que propiciou mudanças na política criminal, inclusive incidente nas relações de consumo. Uma dessas alterações verificou-se na compreensão do bem jurídico, que se deslocou de seu eixo individual para focar a intervenção

²⁵⁰ Colocamo-nos de acordo com Figueiredo Dias em suas críticas a respeito da tal função promocional do direito penal: “[...] ao direito penal não deve caber uma função promocional que o transforme, de direito – que historicamente sempre terá sido, mas que seguramente o foi a partir da época das Luzes – de proteção de direitos fundamentais, individuais e coletivos, em *instrumento de governo da sociedade*. Uma tal função não estaria de acordo com o fundamento de legitimação da intervenção penal, nem com o sentido desta intervenção como *ultima ratio* da política social, nem com as exigências de salvaguarda do pluralismo e da tolerância conaturais à proteção das sociedades democráticas hodiernas. Pelo contrário, uma tal função conduziria inexoravelmente, de forma imediata ou a prazo, a converter o direito penal em instrumento de ideologia político-social, em fator de uma qualquer taumaturgia social; conduziria, isto é, à uma renovação, sob uma veste nova, do velho integralismo penalístico e se reduziria, deste modo, a um ‘novo’ processo palingenético” (DIAS, *Questões fundamentais de...*, p. 73).

²⁵¹ SIDOU, *Proteção ao consumidor*, p. 5.

²⁵² A expressão foi cunhada pelo sociólogo Beck, após a edição de seu livro com o mesmo nome, de 1986 (*Risikoresellschaft*), conforme Roxin (ROXIN, *Derecho penal*, p. 61). Roxin explica ainda que daí surgiu o tema “Direito Penal e Risco”, que recebeu pela primeira vez o trabalho monográfico de Prittwitz, em 1993 (*Strafrecht und Risiko*). A respeito do direito penal na sociedade do risco, confira-se a excelente monografia: MACHADO, *Sociedade do risco e...*, *passim*.

penal na proteção de bens jurídicos universais ou coletivos.²⁵³ Nessa nova ótica, já não se restringe ao dano provocado no consumidor isoladamente considerado, mas, de modo mais amplo, foca-se o dano dirigido a uma massa de consumidores com interesses comuns no mercado.²⁵⁴

O art. 2º, parágrafo único, do CDC, ao equiparar o consumidor à coletividade de pessoas, deixa claro que o bem jurídico é coletivo. Tenha-se em mente as palavras de José Geraldo de Brito Filomeno²⁵⁵:

[...] o que se tem em mira no parágrafo único do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor é a universalidade, conjunto de consumidores de produtos e serviços, ou mesmo grupo, classe ou categoria deles, e desde que relacionados a um determinado produto ou serviço, perspectiva essa extremamente relevante e realista, porquanto é natural que se previna, por exemplo, o consumo de produtos ou serviços perigosos ou nocivos, beneficiando-se, assim, abstratamente as referidas universalidades e categorias de potenciais consumidores. Ou, então, se já provocado o dano efetivo pelo consumo de tais produtos ou serviços, o que se pretende é conferir à universalidade ou grupo de consumidores os devidos instrumentos jurídico-processuais para que possam obter a justa e mais completa possível reparação dos responsáveis, circunstâncias tais que serão pormenorizadamente analisadas a partir do comentário ao art. 8º. E seguintes do Código, e sobretudo ao art. 81 e seguintes ('Da Defesa do Consumidor em Juízo').

3.4.3 “Relações de consumo” como bem jurídico-penal?

Na doutrina, afirma-se que as relações de consumo constituem o bem tutelado nos crimes contra o consumidor²⁵⁶. As relações de consumo são vínculos jurídicos entre o fornecedor e o consumidor formados a partir da oferta de bens e serviços no mercado.

Como característica do apontado objeto da tutela penal em referência sustenta-se a sua imaterialidade²⁵⁷ ou normatividade. A exemplo da honra e dos direitos autorais, as relações de consumo possuem existência a partir do direito, não pertencendo ao mundo das coisas.

²⁵³ MACHADO, *Sociedade do risco e...*, p. 107.

²⁵⁴ BENJAMIM, O direito penal do consumidor..., *in: Revista de Direito do Consumidor*, p. 120.

²⁵⁵ FILOMENO *et al.* *in: Código brasileiro de defesa do...*, p. 34-5.

²⁵⁶ ANDRADE, *Crimes contra as relações de...*, p. 91 e ss. JESUS, *Natureza jurídica dos...*, *in: RBCCrim*, p. 134. FONSECA, *Direito penal do consumidor...*, 1999, p. 46. BENJAMIM, O direito penal do consumidor..., *in: Revista de Direito do Consumidor*, p. 118.

²⁵⁷ BENJAMIM, O direito penal do consumidor..., *in: Revista de Direito do Consumidor*, p. 123.

A rigor, pode-se dizer criticamente que proteger a “relação de consumo” significa proteger o próprio ordenamento jurídico que a caracteriza, notadamente as normas descritas nos arts. 4º e 6º do CDC. Essa constatação torna-se perfeitamente possível de ser realizada diante da explicação doutrinária sobre a função que as normas penais protetivas do consumidor assumem para o fim de “a assegurar o respeito a direitos e deveres estabelecidos por normas não-penais”.²⁵⁸

Com efeito, ao punir as relações de consumo que infringem os imperativos da Política Nacional das Relações de Consumo (por exemplo, a que se deu a partir de uma publicidade enganosa), está-se punindo a inobservância das normas de consumo, especificamente aquelas que impõem a observância da boa-fé aos fornecedores.

Sérgio Chastinet Guimarães²⁵⁹ também desnuda a real função de se proteger as *relações de consumo*, ressaltando que tal significa “a penalização da violação dos deveres que os fornecedores têm para com os consumidores”, que teria por fim último assegurar “a intangibilidade/credibilidade da ordem econômica voltada para a regulação do consumo”.

Chega a causar espécie tal conclusão, já que, nesse raciocínio, visa-se punir a violação a deveres impostos pelo Estado, numa infeliz reminiscência à Escola de Kiel, que na Alemanha nazista promoveu e fundamentou a quebra de garantias do cidadão.

A tutela de deveres para com o Estado revela-se vazia de base material e limita-se ao cobro de obediência do cidadão, deixando de lado a própria pessoa. Bem jurídico não pode ser entendido como dever, mas como valor necessário ao desenvolvimento da pessoa, centro da atenção do direito, se se deseja realmente um direito penal constitucional.

Nesse sentido as ponderações feitas por Juarez Tavares²⁶⁰: “O bem jurídico na qualidade de valor e, conseqüentemente, inserido no amplo aspecto da finalidade da ordem jurídica, cumpre a função de proteção, não dele próprio, senão da pessoa humana, que é o objeto final de proteção da ordem jurídica”.

Afora a questão do esvaziamento da base material do bem jurídico, a concepção de que se pretende proteger o próprio ordenamento jurídico com o direito penal entra em conflito com o princípio da intervenção mínima.²⁶¹ Parece demasiada açodada a utilização do direito penal para tal fim, num aceno claro à sua simbólica presença, sobretudo porque se

²⁵⁸ BENJAMIM, O direito penal do consumidor:..., in: *Revista de Direito do Consumidor*, p. 118. No mesmo sentido, embora o primeiro a seguir referido faça a consideração num sentido crítico: GUIMARÃES, *Tutela penal do consumo:...*, p. 45; FILOMENO *et al.* in: *Código brasileiro de defesa do...*, p. 587.

²⁵⁹ GUIMARÃES, *Tutela penal do consumo:...*, p. 45.

²⁶⁰ TAVARES, *Teoria do injusto penal*, p. 180.

²⁶¹ GUIMARÃES, *Tutela penal do consumo:...*, p. 46.

presume a ineficácia das medidas não penais previstas no CDC. É bem vinda aqui a colocação feita por Juarez Tavares no sentido de serem inconstitucionais as normas penais que incriminam a pura desobediência a leis, sem referência ao bem jurídico protegido²⁶².

Mais uma vez, compartilha-se da posição externada por Juarez Tavares a propósito específico de crimes contra o consumidor, ao advertir que a ausência de recondução a valores da pessoa na individualização do bem jurídico faz com que o objeto da tutela penal seja reduzido à mera função:

Se não se puder deduzir os dados dessa atividade controlada de situações concretas de perigo ou de dano à vida, à saúde ou ao patrimônio das pessoas, não se estará diante de um bem jurídico, e sim de uma verdadeira e simples função. [...] De sua vez, as relações de consumo não valem como simples relações, senão como proteção de direitos individuais e informação sobre os produtos de uso e consumo por parte das pessoas que as integram. Na medida em que esses bens sejam coletivos, e devem ser, em qualquer caso, deduzidos de bens pessoais, será possível evitar incriminações aleatórias, de simples proteção a funções.²⁶³

Parece que a identificação do bem jurídico como “as relações de consumo” implica a aceitação e a validade do chamado “bem jurídico institucional”, conceito formulado por Angioni, que o critica agudamente²⁶⁴. Para o autor italiano, instituição é um conjunto de normas atinentes a determinado instituto jurídico, como o matrimônio, a família e a propriedade.²⁶⁵ Uma vez que as relações de consumo são extremamente normatizadas pelo Código de Defesa do Consumidor, nesse sentido, é possível identificá-las como bem jurídico institucional. Angioni compartilha do entendimento de que a proteção de bem jurídico desse jaez implica em proteger o próprio ordenamento jurídico, o que para ele é inaceitável.²⁶⁶ Primeiro, porque esse “bem jurídico” é despido de função crítica, uma vez que, fazendo parte do ordenamento jurídico, por óbvio, haveria que se compreender tudo de modo lógico e harmônico.²⁶⁷ Ademais, ainda segundo Angioni, não se poderia verificar nos diversos bens

²⁶² “Sob a visão da necessidade de participação de todos nos destinos e nos objetivos do Estado, a conduta proibida deve ser encarada como realidade concreta, não como relação causal, neutra e formal. [...] Essa realidade que subsiste no processo de proibição faz com que se expressem como inconstitucionais as disposições que proibam por proibir, que sancionem penalmente as infrações às normas regulamentares, ou que façam da norma penal apenas o reforço para a obediência, sem qualquer referência à proteção de bem jurídico” (TAVARES, Critérios de seleção de..., in: *Revista Brasileira de...*, p. 79).

²⁶³ TAVARES, *Bien jurídico y...*, p. 72. Na doutrina italiana, Fausto Giunta promove debate semelhante do realizado por Juarez Tavares, ao dissociar bem jurídico de função em seu trabalho GIUNTA, *Il diritto penale...*, in: *Rivista di Diritto e...*, p. 1097-1123.

²⁶⁴ ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di...*, p. 59-61.

²⁶⁵ ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di...*, p. 59.

²⁶⁶ ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di...*, p. 60.

²⁶⁷ ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di...*, p. 61.

jurídicos existentes que se consubstanciem em normas extrapenais, com o que faltaria unidade na tutela penal.²⁶⁸ Por derradeiro, não se poderia falar de ofensa (dano, perigo) do bem jurídico assim compreendido. Afinal, sendo o bem jurídico um complexo de normas, pode-se agir em conformidade ou em contraposição com ele, mas restaria intacto em sua validade normativa²⁶⁹.

Há quem diga que o objeto da tutela penal nesse tema são os “direitos dos consumidores”.²⁷⁰ Ainda que mais esclarecido do que “relações de consumo”, parece-nos ainda bastante nebulosa essa concepção. Ademais, forçoso é reconhecer que ela também remete à proteção do próprio ordenamento jurídico.

Anota-se que quanto mais claro e identificável for o bem jurídico tanto melhor para o intérprete, que terá a base material necessária para encontrar os limites da intervenção penal. Nesse sentido, interessa aqui compreender os direitos dos consumidores que se afinam com este estudo, a fim de neles identificar os valores que lhes dão o suporte material para as incriminações nessa seara.

3.5 O bem jurídico na incriminação da informação inidônea ao consumidor

Interessa a este estudo a identificação do bem jurídico tutelado nos tipos descritos nos arts. 63, 64, 66, 67 e 68, todos do Código de Defesa do Consumidor²⁷¹, uma vez que neles a informação prestada pelo fornecedor e pelo prestador é a tônica das condutas ali incriminadas.

²⁶⁸ ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di...*, p. 61.

²⁶⁹ ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di...*, p. 61. Confirma, ademais, a seguinte passagem do autor: “[...] la norma è per natura ‘inviolabile’ da parte di fatti che la contraddicono, ed è inviolabile proprio perché vive in una dimensione normativa che è impermeabile alla dimensione fattuale dei comportamenti concreti” (ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di...*, p. 62).

²⁷⁰ ALMEIDA, *Manual de direito...*, p. 165. No mesmo sentido: BENJAMIM, O direito penal do consumidor:..., in: *Revista de Direito do Consumidor*, p. 118.

²⁷¹ Art. 63. Omitir dizeres ou sinais ostensivos sobre a nocividade ou periculosidade de produtos, nas embalagens, nos invólucros, recipientes ou publicidade:

Pena - Detenção de seis meses a dois anos e multa.

§1º Incorrerá nas mesmas penas quem deixar de alertar, mediante recomendações escritas ostensivas, sobre a periculosidade do serviço a ser prestado.

§2º Se o crime é culposo:

Pena Detenção de um a seis meses ou multa.

Art. 64. Deixar de comunicar à autoridade competente e aos consumidores a nocividade ou periculosidade de produtos cujo conhecimento seja posterior à sua colocação no mercado:

Pena - Detenção de seis meses a dois anos e multa.

Deve-se, pois, identificar os valores subjacentes ao direito à informação que possuem os consumidores, a fim de que claramente se tenha um bem jurídico com referencial na pessoa e em seu desenvolvimento na sociedade. É nessa perspectiva que Hassemer²⁷² aponta a condição de legitimidade dos bens jurídicos coletivos: “o conceito pessoal de bem jurídico não rechaça a possibilidade de bens jurídicos gerais ou estatais, mas funcionaliza tais bens em face da pessoa: somente se pode aceitá-los com a condição de que proporcionem a possibilidade de servir a interesses do homem”.

Observa-se que os direitos dos consumidores (art. 6º do CDC) gravitam em torno de sua incolumidade econômica e física. Daí porque os crimes contra os consumidores possuem íntima relação com crimes contra a saúde pública e com as fraudes patrimoniais.²⁷³ Anteriormente à vigência do CDC e da Lei 8.137/90, que expressamente preveem crimes contra o consumidor, essa classe de delitos era identificada por meio das incriminações constantes do Código Penal (arts. 175 e 270 a 279, todos do CP) e da Lei de Crimes contra a Economia Popular (art. 2º, incisos III, V e XI, e art. 3º, VII, da Lei 1.521/51).

Na temática dos crimes contra os consumidores, bem serve a seu estudo a referência aos crimes de perigo comum, que possuem como objeto jurídico a incolumidade pública²⁷⁴, que compreende a intangibilidade do patrimônio, da saúde e da integridade física das pessoas.²⁷⁵

Parágrafo único. Incurrerá nas mesmas penas quem deixar de retirar do mercado, imediatamente quando determinado pela autoridade competente, os produtos nocivos ou perigosos, na forma deste artigo.

Art. 66. Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços:

Pena - Detenção de três meses a um ano e multa.

§1º Incurrerá nas mesmas penas quem patrocinar a oferta.

§2º Se o crime é culposos;

Pena Detenção de um a seis meses ou multa.

Art. 67. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva:

Pena Detenção de três meses a um ano e multa.

Parágrafo único. (Vetado).

Art. 68. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança:

Pena - Detenção de seis meses a dois anos e multa:

²⁷² HASSEMER, Lineamientos de uma..., in: *Doctrina Penal*, p. 282.

²⁷³ MARTINEZ PEREZ, Los delitos relativos al..., in: *Estudios Penales y...*, p. 340.

²⁷⁴ A incolumidade pública é bem coletivo e, ao tempo da edição do Código Penal, 1940, era o bem jurídico até então idealizado para proteger a sociedade como um todo, indistintamente. Ainda não se falava em interesses difusos ou supraindividuais àquele tempo, mas a compreensão desse bem jurídico é muito bem vinda para o fim do presente estudo. Verifica-se que, no Código Penal, a incolumidade pública dá nome ao Título VIII da Parte Especial, e possui como desdobramos os capítulos “Dos Crimes de Perigo Comum”(I), “Dos Crimes contra a Segurança dos Meios de Comunicação e Transporte e Outros Serviços Públicos” (II) e “Dos Crimes contra a Saúde Pública” (III). Nesse sentido, Renato de Mello Jorge Silveira aponta que, na proteção ao consumidor, a saúde pública é um eixo temático (SILVEIRA, *Direito penal supra-individual:...*, p. 152).

²⁷⁵ BITENCOURT, *Tratado de direito penal*, 2004, p. 168; MIRABETE; MIRABETE, *Manual de direito penal*, p. 55.

É fundamental compreender o objeto da tutela penal dos crimes em apreço a partir da saúde, da incolumidade física e patrimonial dos consumidores, base material necessária à compreensão de diversas incriminações na seara do consumo. Nesse particular, tem-se, pois, o ponto de partida para um critério de verificação da legitimidade da intervenção penal.

Com efeito, dentre os direitos dos consumidores elencados no art. 6º do CDC, todos que motivaram a intervenção penal (incisos I a IV) possuem como pano de fundo a saúde, a incolumidade física e o patrimônio.

Nesse raciocínio, verifica-se claramente que o inciso I tem como substrato a saúde e a incolumidade física do consumidor, referindo-se expressamente à “proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos”.

O inciso II, ao zelar pela “educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações”, possui a evidente função de preservar a integridade física, a integridade patrimonial e a saúde do consumidor. É por meio da educação e da divulgação que se pode alertar o consumidor sobre os perigos para a saúde inerentes ao consumo adequado ou, mesmo, inadequado do bem ou do serviço oferecidos. É também por meio da educação e da divulgação que se visa a um consumo consciente, que não seja excessivamente oneroso para o consumidor.

O inciso III segue a mesma lógica de proteção à saúde e ao patrimônio do consumidor ao apreocar a “informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”.

Ressalta-se que o dispositivo em apreço (inciso III do art. 6º do CDC) serve para alertar o consumidor a respeito da presença de algum componente que possa ser prejudicial à sua saúde, *e.g.*, glúten, para as pessoas portadoras da doença celíaca. No tocante ao patrimônio, houve a preocupação do legislador em estabelecer parâmetros norteadores da boa compra, vantajosa para o bolso do consumidor, como a indicação da quantidade, qualidade e preço.

Não sendo demasiado repetir em sede demonstrativa, verifica-se que novamente o trinômio *saúde-incolumidade física-patrimônio* vem dar sentido ao inciso IV do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor, ao estabelecer “a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços”.

Portanto, verifica-se que a proteção da saúde, da integridade física e do patrimônio dos consumidores exige que lhes seja assegurado o direito à informação.

O direito à informação, destacado dos valores acima, perde, e muito, a sua relevância para as relações de consumo. Não é obrigado o fornecedor a informar tão somente para educar o consumidor. O direito à informação é essencial para que o consumidor possa fazer boas escolhas no mercado e fruir bem as coisas que adquire, sem risco pessoal. O consumidor esclarecido, consciente dos riscos inerentes aos produtos e serviços potencial e naturalmente perigosos, terá menor chance de se lesionar. De modo semelhante, o consumidor que conhece, por exemplo, a composição de um medicamento ou alimento poderá melhor preservar a sua saúde, especialmente se tiver alguma intolerância a elemento da fórmula do produto. Na mesma linha de raciocínio, o consumidor informado acerca dos prazos de validade dos produtos e serviços, bem como de eventuais circunstâncias que condicionam o seu êxito, poderá melhor programar-se, inclusive sob o aspecto patrimonial.

A afirmação de que informar o consumidor é equivalente a educá-lo²⁷⁶ merece reflexão. Afinal, educar e informar não são atividades equivalentes, embora estejam compreendidas pela ideia de transmissão de conhecimento. Educar é atividade ampla, vocacionada a pais e mestres. Informar alguém é tarefa certamente mais estrita e menos pretensiosa, embora seja também essencial para a sociedade.

O fornecedor de produtos e de serviços possui o dever de informar *para que* o consumidor possa adquirir produtos e contratar serviços no mercado.²⁷⁷ O dever de informar possui objetivos determinados nas relações de consumo. Não faria sentido informar o consumidor simplesmente para torná-lo mais culto. O “prestar a informação ao consumidor” não é um fim em si mesmo.

Não se vai ao mercado para buscar informações, mas, precipuamente, para consumir. Tutelando a informação ao consumidor, o ordenamento jurídico procura afastá-lo de riscos a sua incolumidade física, a sua saúde e a seu patrimônio, levando em conta o seu direito de consumir com qualidade, visando à melhoria de suas condições de vida.

Pensa-se que essa reflexão sobre a *finalidade de informar* seja necessária diante da amplitude de alguns objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo (art. 4º do CDC), como o respeito à dignidade do consumidor e o atendimento a suas necessidades,

²⁷⁶ José Geraldo de Brito Filomeno *et al.* (FILOMENO *et al.* In: *Código brasileiro de defesa do...*, p. 124) explica que o fornecimento de informações ao consumidor por parte do fornecedor constitui uma educação informal, de conteúdo ético e viabilizado pela ciência do marketing.

²⁷⁷ FILOMENO *et al.* In: *Código brasileiro de defesa do...*, p. 125.

próprios a fazer crer num direito de ser informado que se esgota em si mesmo por razões de dignidade. Pondere-se que essas diretrizes do art. 4º. devem ser compreendidas como necessárias ao exercício dos direitos básicos do consumidor expostos no art. 6º do CDC.

Essas considerações, até de ordem semântica, auxiliam a identificação dos valores tutelados penalmente pelo Código do Consumidor. Repita-se que o dever de informar existe para proteger a saúde, a incolumidade física e o patrimônio dos consumidores. Nessa mesma finalidade, porém, visto sob perspectiva reversa, fica compreendido o direito à informação que possuem os consumidores.

Conclui-se que o direito à informação dos consumidores deve ser visto como forma de proteção prévia e necessária ao gozo da saúde, da incolumidade física e da incolumidade patrimonial dos consumidores. O direito à informação veraz e completa, nesses termos caracterizado, é bem jurídico supraindividual, e sob esse prisma deve ser focado.

A posição aqui sustentada confere substancialidade ao bem jurídico protegido nos crimes dos arts. 63, 64, 66, 67 e 68 do CDC. Possui referente pessoal na medida em que se deixa infiltrar por valores que interessam ao indivíduo na sociedade. Desse modo, o direito à informação como forma de proteger a saúde e a incolumidade física e patrimonial dos consumidores será capaz de fornecer meio hábil à interpretação a ser feita pelo juiz e pela doutrina.

Observa-se que abalizados autores alinham-se à orientação ora perfilhada neste estudo quanto ao bem jurídico “direito à informação” em crimes contra o consumidor. Deste modo, Martinez Perez (*Los delitos relativos al mercado...*, p. 340) assim o sustenta quando aborda o delito de publicidade enganosa. Luiz Regis Prado (*Direito penal econômico*, p. 102-3, p.112, p. 121, p.133-4) também comunga de tal entendimento nos seus comentários aos crimes descritos no código de defesa do consumidor²⁷⁸. Gabriel Garcías Planas (*Hacia um delito...*, p. 144) também assume este posicionamento quanto ao crime publicitário previsto no ordenamento espanhol, embora considere que se objetiva também proteger o direito à livre concorrência no mercado.

Por fim, registre-se que o direito à informação como condição para assegurar a incolumidade do consumidor promove o seu digno acesso ao mercado de consumo,

²⁷⁸ Luiz Regis Prado entende que ao lado do direito à informação são protegidas a vida e a saúde dos consumidores relativamente aos delitos dos arts. 63 e 64 do CDC (*Direito penal econômico*, p. 102-3, 112), e até mesmo o patrimônio destes no caso dos crimes previstos nos arts. 66, 67 e 68 (*Direito penal econômico*, p. 121, p. 133-4, p. 145). Costa Jr. e Costa possuem posição divergente, compreendendo que estão tutelados pelas condutas descritas nos mesmos artigos do CDC apenas os direitos individuais dos consumidores, como a vida, a saúde e o patrimônio (*Crimes contra o...*, p. 5-6, p. 12, 20-1, p. 30).

propiciando-lhe fazer boas escolhas e fruir bem os produtos que adquire. Desse modo, tem-se clara a filiação do bem jurídico em foco aos valores que inspiram a ordem econômica nacional, caracterizada no art. 170 da Constituição da República.

3.5.1 O bem jurídico nos crimes de informação inidônea ao consumidor como bem intermediário

O bem jurídico direito à informação nas relações de consumo é titularizado pela coletividade. Como foi desenvolvido no item precedente deste trabalho, é compreendido como forma de assegurar a incolumidade do consumidor individual. Nesse aspecto, o direito à informação é um reforço de tutela a bens individuais, particularidade que lhe confere o *status* de bem jurídico intermediário, cujo conceito será debatido a seguir.

O professor português Augusto Silva Dias²⁷⁹ considera que há duas concepções de bem jurídico intermediário:

- 1) no sentido fraco, que o identifica como bem jurídico prévio e autônomo em relação a bens jurídicos individuais²⁸⁰; e
- 2) no sentido forte, que o identifica como “bem colectivo ou supra individual, dotado de referente individual, isto é, que se encontra numa relação de complementariedade com bens jurídicos individuais, funcionando como sua câmara protectora”.²⁸¹

²⁷⁹ DIAS, Entre ‘Comes e Bebes’:..., in: *Revista Portuguesa de...*, p. 528-9.

²⁸⁰ O autor atribui esse sentido aos bens jurídicos intermediários como fraco, porque discorda que a essência dos crimes que o ofendem seja o desvalor de ação. Augusto Silva Dias cita Roxin, Zielinski, Jakobs e Tiedemann são nomeados como representantes do acolhimento dessa noção, respeitadas as suas abordagens diferentes. Nota-se que Roxin, em seu *Derecho penal*, Parte general, parág. 11, número 126, refere-se a bem jurídico intermédio espiritualizado, apontando a sua existência nos crimes de falso testemunho e contra a administração pública praticado pelo agente público. Nessa sede, conforme Roxin, não seria necessária a criação de um perigo para os bens jurídicos intermediários, nele identificados como a “obrigação de de falar a verdade em juízo” e a “confiança da comunidade no bom desempenho dos cargos públicos” (ROXIN, *Derecho penal*, p. 410-411). A respeito das posições de Zielinski e Tiedemann, remete-se à exposição sobre as características do direito penal econômico, precisamente o item 3.7, capítulo 3, onde a questão é introduzida.

²⁸¹ DIAS, Entre ‘Comes e Bebes’:..., in: *Revista Portuguesa de...*, p. 529, nota 17, *in fine*.

A posição acolhida pelo mencionado autor português expressa o bem intermediário no sentido forte (2) e corresponde às lições de Mata y Martín sobre as características do bem jurídico intermediário, deduzidas do modo seguinte:

- a) bens intermediários ou de referente pessoal como interesses supraindividuais;
- b) vinculação a um bem pessoal;
- c) bem jurídico intermediário como decisão legislativa;
- d) bens coletivos (intermediário) e pessoais como interesses homogêneos ou situados na mesma linha de ataque;
- e) relação de complementariedade do bem coletivo (intermediário) com o pessoal; e
- f) risco potencial para uma pluralidade de vítimas.²⁸²

Quanto às características expostas por Mata y Martín, a vinculação a um bem pessoal (b) conduz ao entendimento de que não seriam bens intermediários aqueles que não incorporam no tipo o perigo aos bens individuais. Verifica-se que o autor espanhol em referência situa os bens intermediários na categoria dos bens coletivos, na conhecida classificação “bens individuais” e “bens coletivos”, o que explicita a característica retro exposta (a).

Para Mata y Martín, a vinculação do bem intermediário ao bem individual é observada na simultaneidade com que esses bens são protegidos em cada figura típica. Daí porque o bem intermediário depende de uma decisão legislativa (c). Especificamente sobre o direito penal econômico, o autor pondera:

Efetivamente, a regulação das infrações económicas tem evidenciado as distintas possibilidades com as quais conta o legislador no momento da incriminação de novos comportamentos. Ante a aparição de novos interesses e modalidades de ataque o legislador pode viabilizar uma adaptação do tipo já existente às novas situações. Mas também é possível regular novas condutas puníveis que tomem como referência tanto interesses particulares como de carácter geral e, por último, tipificar condutas que unicamente se vinculem ao bem jurídico coletivo²⁸³.

²⁸² MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro:...*, p. 23-34.

²⁸³ MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro:...*, p. 27.

Sobre a homogeneidade que deve haver entre o bem intermediário e o bem pessoal (d), Mata y Martín explica que os bens, qualitativamente, não podem ser isolados ou contraditórios. Por exemplo, para o autor, apresentam-se homogêneos a saúde pública e a saúde pessoal em determinadas fraudes alimentares. Senão homogêneos, então os bens intermediário e individual estão numa mesma linha de ataque, como, *v.g.*, encontram-se a pureza do meio ambiente e a vida ou saúde individual em alguns delitos ambientais, conforme ainda o autor.²⁸⁴

Já a relação de complementariedade entre o bem coletivo (intermediário) e o individual (e) significa considerar o primeiro como meio e o segundo como bem jurídico-fim, uma vez que se está levando em consideração bens homogêneos ou situados numa mesma linha de ataque.²⁸⁵

O risco potencial para uma pluralidade de vítimas (f) é a outra característica da ofensa aos bens jurídicos intermediários. Frequentemente, muitos dos crimes que apresentam esses bens jurídicos estão situados entre os crimes de perigo comum, de acordo com Mata y Martín.²⁸⁶

Feitas essas caracterizações sobre o bem intermediário (coletivo), pode-se concluir que o bem jurídico nos crimes de informação inidônea pertence a tal classe. Verifica-se a presença dos atributos expostos por Mata y Martín no bem jurídico: “direito à informação veraz e completa”. Afinal, apresenta-se de modo homogêneo e na mesma linha de ataque dos bens individuais vida, saúde, incolumidade física e patrimônio dos consumidores considerados individualmente. Ademais, pode-se afirmar que pertence a um número indeterminado de pessoas, sendo bem jurídico supraindividual e a sua tutela complementa a dos bens individuais de cada um dos consumidores.

²⁸⁴ MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro:...*, p. 30-1.

²⁸⁵ MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro:...*, p. 32.

²⁸⁶ MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro:...*, p. 33.

4 A TUTELA PENAL DO CONSUMIDOR E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS

4.1 A tutela penal do consumidor

O direito penal econômico tem na tutela do consumidor uma de suas manifestações. Ao caracterizá-lo no Capítulo 3, item 3.2, este estudo apontou algumas de suas particularidades, que foram problematizadas e analisadas à luz dos princípios constitucionais penais da proporcionalidade, da ofensividade, da culpabilidade e da taxatividade.

Nesse item 3.2 também se cuidou de demonstrar que as nuances e os problemas de legitimidade do direito penal econômico sucediam também nas incriminações do Código de Defesa do Consumidor que constituem o objeto desta tese. A propósito, chamou-se a atenção para a previsão culposa dos crimes dos arts. 63 e 66 do CDC e para o seu confronto com o princípios da intervenção mínima e o da proporcionalidade. Outrossim, ali se abordou o tema das normas penais em branco e os crimes omissivos impróprios presentes no CDC e sua relação com o princípio da taxatividade.

Verifica-se que várias incriminações do Código de Defesa do Consumidor demonstram a estratégia político-criminal da antecipação da esfera do punível. Vários são, pois, os crimes de perigo, notadamente de perigo abstrato. É o que se verifica, por exemplo, com os tipos penais dos arts. 63, 64, 66, 67, 68 e 69. Como se sabe, os crimes de perigo abstrato suscitam debates a respeito de sua conciliação com princípios caros ao direito penal, como os da culpabilidade e o da ofensividade.

Os tipos penais previstos no Código de Defesa do Consumidor levam em conta precipuamente o desvalor de ação, bastando-se com a incriminação da conduta em si. Assim, são classificados como crimes de mera conduta (art. 66²⁸⁷, 67²⁸⁸ e 69) ou formais (art. 67 e 64²⁸⁹). Diante disso, ao menos no Código de Defesa do Consumidor, não há lugar para crimes de resultado, ou materiais, nos quais o resultado naturalístico é elementar do tipo. Antecipa-se

²⁸⁷ KALIL; BRODT, Considerações sobre o crime..., in: *Revista do Instituto dos...*, p. 400. PRADO, *Direito penal econômico*, p. 127.

²⁸⁸ PRADO, *Direito penal econômico*, p. 142.

²⁸⁹ GUIMARÃES, *Tutela penal do consumo:...*, p. 85.

que, em razão dessas classificações, o princípio da ofensividade jamais poderá ser olvidado, constituindo pressuposto indeclinável ao exame da legitimidade das condutas ora aludidas.

Acrescente-se que alguns crimes de informação inidônea ao consumidor são previstos em tipos penais abertos, que não satisfazem a exigência de taxatividade (*lex certa*), v.g., os crimes descritos nos arts. 67 e 68, cujas elementares não apresentam significado unívoco.

Observa-se, de outro lado, a presença de tipos penais de crimes cumulativos, não se verificando perigo de lesão na prática única da conduta incriminada referentemente à oferta de apenas um produto. Os crimes cumulativos adquirem sentido com a sua prática reiterada, quando, por exemplo, a conduta alcança um lote de mercadorias, e não uma unidade apenas. É o que sucede com os delitos descritos nos arts. 63 e 66 do CDC. Nessa precisa abordagem, em que se discute a administrativização do direito penal do consumidor, torna-se obrigatório apreciar a questão sob a ótica da intervenção mínima.

Em face dessas situações problemáticas com os princípios constitucionais penais e os crimes contra o consumidor que interessam a esta investigação, tem-se como ponto essencial desta tese o estudo que se segue. Os princípios da taxatividade, da culpabilidade, da ofensividade, da proporcionalidade, da intervenção mínima e da insignificância serão aqui estudados na perspectiva proposta por Robert Alexy, como mandados de otimização das normas.

4.2 Normas, princípios e regras

Princípios e regras são normas. Sendo assim, impõem comandos e estabelecem prescrições.²⁹⁰ Segundo Alexy, princípios e regras são razões para a aplicação de normas, razões para o julgador estabelecer o que for proibido, devido ou permitido.²⁹¹

Os critérios de distinção entre princípios e regras são bastante variados, já tendo a doutrina a oportunidade de se debruçar longamente sobre a matéria.²⁹² Os mais conhecidos

²⁹⁰ HORTA, *Direito constitucional*, p. 253. Essa obra também serve de referência relativamente ao conceito, características e classificação das normas jurídicas (HORTA, *Direito constitucional*, p. 253-7).

²⁹¹ ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 106-7.

²⁹² Sobre o assunto, em profundidade: ÁVILA, *Teoria dos princípios...*, 11. ed., p. 30-78.

critérios giram em torno do grau de abstração e de determinabilidade. Os princípios são menos determináveis e apresentam maior abstração e, quanto às regras, ocorre o contrário.²⁹³

Segundo Robert Alexy, os princípios são mandamentos de otimização, cuja aplicação está condicionada a possibilidades jurídicas e fáticas.²⁹⁴ Isso significa que os seus comandos são relativizados conforme o caso concreto. Afirma-se, nesse sentido, que os princípios possuem compromisso promocional e que sua observância tem em mira situações do por vir.²⁹⁵

Regras, de seu turno, são determinações que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas, ainda de acordo com Alexy.²⁹⁶ Em esmerado estudo, Humberto Ávila²⁹⁷ assim define regras:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retropectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Reputa-se mais esclarecedora a distinção em tela quando se trata da colisão entre regras e princípios.

Dworkin chama a atenção para o fato de os princípios possuírem uma dimensão de peso, significando com isso que em eventual choque entre eles para reger determinada questão haverá a prevalência de um deles, aquele que tiver maior peso.²⁹⁸

Para Dworkin, as regras não possuem essa dimensão de peso e, nesse sentido, são aplicadas à maneira “tudo ou nada”.²⁹⁹ Em eventual conflito entre elas, uma só será aplicada.

Alexy explica que havendo num choque entre regras uma cláusula de exceção para uma delas a outra poderá ser aplicada. Fora esse caso, uma delas será declarada inválida.³⁰⁰

²⁹³ CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da...*, p. 1160.

²⁹⁴ ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 90.

²⁹⁵ Veja-se o conceito proposto por Humberto Ávila: “Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção” (ÁVILA, *Teoria dos princípios...*, 11. ed., p. 78-9).

²⁹⁶ ÁVILA, *Teoria dos princípios...*, 11. ed., p. 91.

²⁹⁷ ÁVILA, *Teoria dos princípios...*, 11. ed., p. 78.

²⁹⁸ DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, p. 42.

²⁹⁹ DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, p. 39.

³⁰⁰ ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, p.92.

Observa-se que a natureza do princípio, cuja aplicação está sempre a depender das possibilidades jurídicas e fáticas, reclama a aferição da proporcionalidade no caso concreto. Assim, a proporcionalidade, a rigor, não seria um princípio, mas um mecanismo por meio do qual ele será aplicado.³⁰¹ Conforme classificação proposta por Humberto Ávila, a proporcionalidade é um postulado normativo e tem como função estruturar a aplicação das normas (princípios e regras).³⁰²

4.2.1 A conformidade das leis com a Constituição

Neste estudo abordar-se-á, com base em exame de tipos penais relacionados às relações de consumo, a tensão existente entre o princípio da defesa do consumidor (art. 170, V, e 5º, XXXII, CF) e os princípios constitucionais que informam o direito penal, o que demandará a observância da proporcionalidade.

Conforme classificação proposta por Palazzo, há princípios pertinentes à matéria penal e a princípios constitucionais penais.³⁰³ Os primeiros expressam valores que servirão de base ao legislador para tratar de assuntos do direito penal, mas também servirão às normas de direito civil, administrativo, financeiro, etc. São exemplos: a defesa da ordem tributária, do sistema financeiro, da probidade administrativa e do consumidor. Porém, os princípios constitucionais penais são aqueles com conteúdo penal exclusivo, que caracterizam o direito penal, como os princípios da legalidade, da culpabilidade, da ofensividade, da intervenção mínima e da insignificância.

³⁰¹ O tradutor de Alexy não se utiliza da denominação princípio da proporcionalidade, mas máxima da proporcionalidade (ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 116).

³⁰² De acordo com Humberto Ávila, os postulados normativos (proporcionalidade e razoabilidade) permitem verificar os casos em que há violação às normas. Situam-se em plano diverso daquele das normas, sendo também chamados de “metanormas” ou “normas de segundo grau”. Nessa ordem de ideias, não interessa aos postulados a promoção de realizar um estado de coisas, mas o modo como isso deve ser aplicado (ÁVILA, *Teoria dos princípios...*, 11. ed., p. 137-8; p. 161-4). O autor diferencia postulado normativo de regras e princípios no trecho seguinte: “Os postulados funcionam diferentemente dos princípios e das regras. A uma, porque não se situam no mesmo nível: os princípios e as regras são normas objeto da aplicação; os postulados são normas que orientam a aplicação de outras. A duas, porque não possuem os mesmos destinatários: os princípios e as regras são primariamente dirigidos ao intérprete e aplicador do Direito. A três, porque não se relacionam da mesma forma com outras normas: os princípios e as regras, até porque se situam no mesmo nível do objeto, implicam-se reciprocamente, quer de modo preliminarmente decisivo (regras); os postulados, justamente porque se situam num metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com outras normas” (ÁVILA, *Teoria dos princípios...*, 11. ed., p. 124).

³⁰³ PALAZZO, *Valores constitucionais e...*, p. 22-3.

Os valores constitucionais penetram no sistema penal pelas vias legislativa e jurisprudencial.³⁰⁴ As escolhas legislativas observarão, para serem válidas, as diretrizes axiológicas postas na Constituição, de sorte que a criminalização de fatos terá limites não só quanto a temas determinados (o que proibir), como também ao próprio modo pelo qual se manifestará (como proibir).

Do respeito aos direitos fundamentais exsurgirão limites ao legislador. Isso norteará a sua opção criminalizadora, restringindo-a à proteção de bens jurídicos dignos da tutela penal, sejam eles pessoais ou coletivos.

Certamente, acarretarão ao legislador deveres de tutela (fundamentos normativos de penalização³⁰⁵), impostos não só pelos valores do indivíduo, como também sociais, da coletividade, a exemplo da necessidade de proteção do meio ambiente e da proteção aos consumidores.

Uma vez vigentes as leis, criados os espaços de criminalização, caberá ao Judiciário verificar sua conformidade com a Constituição, o que poderá ser realizado por meio do controle de constitucionalidade ou da atividade interpretativa.

Nessa jurisdição constitucional, há de ser fixada premissa teórica essencial à compreensão do verdadeiro papel do Judiciário. Trata-se da superação da equivalência entre *vigência* e *validade* das leis. Outrora acolhida pelo juspositivismo³⁰⁶, não se pode conceber uma tal equivalência no Estado Democrático de Direito, pois impede a verificação da sujeição das leis aos valores constitucionais, relegando ao juiz a condição de mero aplicador autômato da lei. Luigi Ferrajoli³⁰⁷ já se ocupara da distinção necessária ora tratada:

Trata-se efetivamente de dois conceitos assimétricos e independentes: a vigência, respeitando a forma dos atos normativos, é uma questão de correspondência ou subsunção das formas dos atos geradores de normas relativamente às previstas pelas normas formais sobre a sua formação; a validade, respeitando ao seu significado, é antes uma questão de coerência ou compatibilidade das normas produzidas com as substanciais sobre a sua produção.

Seguramente, o juiz não há de transformar-se em legislador, interferindo em suas valorações de fatos na criminalização, mas deverá investigar o modo e a intensidade com que o poder legiferante manifestou-se, se seguiu os valores constitucionais e como o fez.

³⁰⁴ PALAZZO, *Valores constitucionais e...*, p. 30.

³⁰⁵ FELDENS, *A constituição penal...*, p. 38.

³⁰⁶ Para Hanz Kelsen, uma vez existente a norma jurídica, que viera ao mundo pela observância dos requisitos formais fixados pela norma fundamental, tinha-se a sua validade (KELSEN, *Teoria pura do direito*, p. 236).

³⁰⁷ FERRAJOLI, *O direito como...*, in: *O novo em direito e política...*, p. 96. Perfilham a posição de Ferrajoli: CARVALHO; CARVALHO, *Aplicação da pena e...*, p. 22; FELDENS, *A constituição penal...*, p. 33-5.

O legislador possui liberdade relativa na produção legislativa.³⁰⁸ J. J. Gomes Canotilho³⁰⁹ utiliza a teoria das determinantes, inicialmente concebida pela doutrina administrativista, para explicar a necessária vinculação das leis com os princípios jurídico-constitucionais.

O constitucionalista lusitano explica que concorrem para o ato legislativo determinantes de duas ordens: autônomas e heterônomas. As primeiras consistem em elementos utilizados na discricionária valoração e ponderação das situações de fato. Já as determinantes heterônomas são elementos que se impõem, externa e materialmente, ao ato legislativo e são nada mais nada menos do que os princípios jurídico-constitucionais.³¹⁰ Para que haja compatibilidade entre a lei e a Constituição, as determinantes heterônomas devem comandar positivamente as determinantes autônomas.

Canotilho explica que a análise da conformidade da lei não passa pelo mérito da faculdade legislativa, mas sim pela observância da obediência às diretivas constitucionais. Seguem as palavras do professor:

O controlo da lei não se queda, sob o ponto de vista material, num indefinido *judicial self restraint*, antes se move numa escala gradativa que vai desde o ‘controlo objectivo’ ao controlo teleológico’. Não está em sum ‘dever de boa-lei’, mas o dever de observância dos fins constitucionais, concretamente plasmados em normas constitucionais impositivas, heteronomamente vinculantes das escolhas discricionariamente feitas pelo legislador. Por outras palavras: o legislador, através das determinantes autônomas, continua a valorar autonomamente as circunstâncias de facto e as finalidades sociais, políticas e económicas de determinado acto legislativo. Quando, porém, a constituição impõe concretamente a obtenção de certos fins e traça as directivas materiais para a sua obtenção, impõe-se que, a nível de interpretação da lei, se capte a eventual desconformidade, do acto legislativo, por contrariedade, não pertinência ou incongruência com os fins e directivas materiais da constituição. A fiscalização constitucional não se transforma em juízo de mérito (inadequação, inoportunidade ou deficiência da lei para atingir certos fins), pois isso pressuporia uma substituição inadmissível do legislador pelo juiz na seleção das determinantes autónomas.³¹¹

A produção legislativa, de uma forma ou de outra, apresentará alguma incoerência com os valores constitucionais, imperfeição própria e salutar ao Estado Constitucional de

³⁰⁸ Como pondera Luciano Feldens: “Embora detentor de um amplo espaço de atuação, não lhe é lícito editar uma lei qualquer em nome de sua legitimidade democrática. Caber registrar, neste particular, que a democracia não se reduz a uma regra formal da maioria. Em uma democracia constitucional, a regra da maioria não há de prevalecer sempre e para tudo: ‘há coisas que não pode decidir e algumas outras que não pode deixar de decidir’. Acaso assim não fosse, a Constituição, enquanto norma superior, estaria franqueando o seu próprio suicídio” (FELDENS, *A constituição penal...*, p. 39).

³⁰⁹ CANOTILHO, *Constituição dirigente e vinculação do...*, p. 246.

³¹⁰ CANOTILHO, *Constituição dirigente e vinculação do...*, p. 262.

³¹¹ CANOTILHO, *Constituição dirigente e vinculação do...*, p. 265.

Direito.³¹² Ressalta-se, nesse contexto, a importância da aplicação dos princípios constitucionais penais para as antinomias que poderão surgir. Sua aplicação se fará na justa medida para que imperativos de tutela também não sejam olvidados. Nesse espírito de conciliação entre valores que se contrapõem é que terá lugar a busca da proporcionalidade entre a proibição do excesso e a proibição da proteção deficiente.

4.3 Princípio da legalidade

O princípio constitucional da legalidade possui quatro desdobramentos, que implicam garantias³¹³ para o cidadão: a proibição da retroatividade da lei penal (*nullun crimen nulla poena sine lege praevia*); a proibição da utilização da analogia para definir crimes e penas (*nullun crimen nulla poena sine lege scripta*); a proibição do uso dos costumes para prever crimes e penas (*nullun crimen nulla poena sine lege scripta*); e a proibição do emprego de fórmulas vagas e indeterminadas nos tipos penais (*nullun crimen nulla poena sine lege certa*).³¹⁴ Interessa aqui particularmente focar este último desdobramento do princípio da legalidade em face da técnica legislativa com que foram previstos os tipos penais que se inserem no objeto desta pesquisa.

A exigência de lei prévia incriminadora por si só não efetiva a segurança jurídica que se espera do Princípio que inaugura o Código Penal (art. 1º). Com efeito, de nada adiantaria a existência prévia de determinado tipo legal de crime se ele não trouxesse a certeza do que realmente está sendo proibido.³¹⁵

³¹² Conforme Ferrajoli: “Um Estado Constitucional de Direito é, pela sua própria natureza, um ordenamento imperfeito, sendo impensável, por causa do fundamento nomodinâmico da vigência das normas, uma perfeita coerência e plenitude do sistema nos seus diversos níveis. Mais: a sua possível imperfeição é paradoxalmente o seu maior mérito. Uma perfeita coerência e plenitude e uma total ausência de antinomias e de lacunas só seriam efetivamente possíveis se não fosse incorporado nas normas sobre a produção nenhum vínculo substancial: que é o que acontece no Estado absoluto – pouco importa se politicamente democrático – onde qualquer norma existente, desde que produzida segundo as formas estabelecidas pelo ordenamento, é, só por isso, válida” (FERRAJOLI, O direito como..., in: *O novo em direito e política...*, p. 99).

³¹³ AMARAL, *Princípios penais*:..., p. 89.

³¹⁴ Esses quatro desdobramentos do princípio da legalidade são mencionados pela doutrina. Confira: BATISTA, *Introdução crítica ao direito penal*, p. 68-77. ROXIN, *Derecho penal*, p. 140-1. TOLEDO, *Princípios básicos de direito penal*, p. 102. AMARAL, *Princípios penais*:..., p. 89 e 115. Este último autor confere destaque ao princípio da taxatividade, comentando-o em item separado do princípio da legalidade, embora reconhecendo o vínculo entre ambos. De igual modo, veja: LOPES, *Princípios políticos do direito penal*, p. 84.

³¹⁵ Como ressaltado por Maurício Antônio Ribeiro Lopes: “A eficácia da reserva legal está condicionada à qualidade da lei, ou à técnica empregada para a descrição de condutas proibidas ou ordenadas” (LOPES, *Princípios políticos do direito penal*, p. 84).

Basta dizer que o conteúdo indeterminado ou ambíguo de determinada lei incriminadora cria oportunidade ao Estado-juiz para estabelecer, a seu modo, na sentença os contornos da esfera do punível. Nesses termos, a lei obscura, assim caracterizada, equivale à ausência de lei.³¹⁶

Afirma-se, então, que o princípio da taxatividade deve presidir a atividade incriminadora, exigindo o emprego de boa técnica legislativa para que haja leis com precisos contornos.

A incriminação mal formulada, outrossim, permite que o juiz encampe o papel do legislador na definição de crime, por meio de interpretação feita a partir de tipo indeterminado, não taxativo. Ademais, a incerteza quanto ao conteúdo da proibição frustra os objetivos de prevenção do crime, como registrou, em definitivo, Roxin³¹⁷:

Uma lei indeterminada ou imprecisa e por isso pouco clara não pode proteger o cidadão da arbitrariedade, porque não implica uma autolimitação do *ius puniendi* estatal a que se pode recorrer; ademais é contrária ao princípio da divisão de poderes, porque permite ao juiz realizar a interpretação que bem entender e invadir com isso o terreno do legislativo; não pode empenhar eficácia na prevenção geral, porque o indivíduo não possui condições de reconhecer a proibição; e precisamente por isso a sua existência tampouco pode proporcionar base para uma reprovação jurídico-penal.

O princípio da taxatividade dirige-se não apenas ao preceito primário mas, de igual modo, ao preceito secundário do tipo.³¹⁸ Desse modo, a previsão de intervalos muito extensos entre o mínimo e o máximo abstratamente cominado para a pena ofende o princípio da taxatividade.³¹⁹

Segundo Claus Roxin, a indeterminação na previsão da pena é menos grave do que a falta de taxatividade na definição do crime, porquanto ainda restará ao imputado, se condenado, contar com o princípio da culpabilidade e o da individualização da pena que regem a dosimetria.³²⁰ Contudo, conforme alerta o tratadista alemão, os pressupostos de punibilidade do fato e suas consequências jurídicas formam o tipo penal, o qual estará em

³¹⁶ BATISTA, *Introdução crítica ao direito penal*, p. 78.

³¹⁷ ROXIN, *Derecho penal*, p. 169.

³¹⁸ COSTA JÚNIOR, *Curso de direito penal*, p. 36. Na doutrina alemã, Maurach e Zipf sustentam que a taxatividade nos tipos deve ser observada tanto no fundamento da punibilidade do fato quanto em suas consequências jurídicas (MAURACH; ZIPF, *Derecho penal*, p. 159).

³¹⁹ ROXIN, *Derecho penal*, p. 175.

³²⁰ ROXIN, *Derecho penal*, p. 175.

confronto com o princípio da legalidade, ainda que a ausência de taxatividade verificar-se somente com relação à previsão da pena.³²¹

Nilo Batista³²² exemplifica situações em que o princípio da taxatividade resta vulnerado:

- a) quando se oculta o núcleo do tipo;
- b) quando se empregam elementos sem precisão semântica; e
- c) quando se utilizam tipificações abertas e exemplificativas.

Observa-se que os apontamentos didáticos de Nilo Batista encontram plena aplicação nos arts. 67 e 68 do CDC, que incriminam a “publicidade enganosa” e a “publicidade abusiva” (art. 67), bem como a “publicidade tendenciosa”³²³ (art. 68 do CDC).

Em ambos os tipos penais é empregado o verbo “promover” a publicidade, cuja significação admite seja tal conduta praticada tanto pelo anunciante (fornecedor de produtos) como pelo publicitário responsável pela elaboração do anúncio e, ainda, pelo responsável por veicular a mensagem.³²⁴

Nos dois tipos penais em referência é utilizada a expressão “deveria saber”, cujo significado é dúbio. No Código Penal, essa mesma expressão – alternativa ao dolo direto (*que sabe ou deveria saber*) – é utilizada na definição do crimes de excesso de exação.³²⁵ Há autores que a compreendem como indicativa de dolo eventual³²⁶, e outros que nela vislumbram modalidade de culpa.³²⁷ A expressão, portanto, é equívoca, suscitando mais de um sentido.

Luiz Luisi, comentando o art. 67 do CDC, sustenta que o elemento subjetivo da figura delituosa em apreço é o dolo. Porém, embora não explicitado pelo legislador, o tipo se apresenta sob a forma culposa, já que a expressão “deveria saber” corresponde à falta de diligência normalmente exigível. Esclarece o autor³²⁸:

³²¹ ROXIN, *Derecho penal*, p. 175.

³²² BATISTA, *Introdução crítica ao direito penal*, p. 81-2.

³²³ “Publicidade tendenciosa” é a expressão utilizada por José Geraldo Brito Filomeno para expressar o nome jurídico do delito descrito no art. 68 do CDC (FILOMENO *et al. In: Código brasileiro de defesa do...*, p. 670).

³²⁴ Veja-se o exame dos tipos em espécie, no Capítulo 5.

³²⁵ Art. 316, §1º. “Se o funcionário exige tributo ou contribuição social *que sabe ou deveria saber indevido*, ou, quando devido, emprega na cobrança meio vexatório ou gravoso, que a lei não autoriza: Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa”.

³²⁶ Assim: BITENCOURT, *Tratado de direito penal*, 2008, p. 73; PRADO, *Curso de direito penal...*, p. 464-5.

³²⁷ LUISI, *Os princípios constitucionais...*, p. 63; MIRABETE; MIRABETE, *Manual de direito penal*, p. 285.

³²⁸ LUISI, *Os princípios constitucionais...*, p. 63.

Do ponto de vista subjetivo, o tipo é doloso. Todavia em uma das suas configurações, embora não explicitado, o tipo se apresenta na forma culposa. É bem verdade que a conduta fazer ou promover a publicidade é querida pelo agente. Todavia o tipo se desdobra de modo a que em uma de suas modalidades se configura o delito somente na hipótese do agente poder ter tido, mas não tendo efetivamente, ciência da potencialidade da publicidade para levar o consumidor à prática de comportamento capaz de causar dano ou perigo à sua saúde ou à sua segurança. Neste caso o agente não tem conhecimento desta potencialidade, mas poderia tê-la tido, e não a teve, por falta de diligência normalmente exigível. E isso implica, evidentemente em conduta culposa.

Muito embora a expressão “deveria saber” venha a aproximar-se da noção de culpa *stricto sensu* pela alusão ao dever objetivo de cuidado que se poderia esperar do agente, não se pode chegar a tal conclusão. É que, em face da idêntica pena cominada à figura dolosa e à pretensa modalidade culposa, restaria ferido o princípio da proporcionalidade nesse caso.

Ademais, a regra geral é a de que os crimes sejam punidos a título de dolo e, excepcionalmente, por culpa, a teor do disposto no parágrafo único do art. 18 da parte geral do Código Penal: “Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”. Na hipótese dos delitos publicitários do CDC (arts. 67 e 68), observa-se que o legislador não destacou que se estaria punindo a modalidade culposa, a exemplo do que ressaltou quanto a tal previsão nos arts. 63 e 66 do mesmo diploma legal.

Deve-se compreender, então, que o legislador foi infeliz ao utilizar-se da expressão imprecisa “deveria saber”. Em realidade, a expressão indica dolo eventual, tal como já entendeu Bitencourt ao comentar o tipo que define o crime de excesso de exação.³²⁹ Nesse sentido, conclui-se que o agente, que tinha condições para aferir o caráter enganoso ou abusivo da publicidade, realiza o anúncio atuando com dúvidas a respeito de sua licitude, preferindo agir a abster-se, aceitando dessa maneira a realização da conduta proibida.

Outrossim, a elementar “abusiva” empregada pelo art. 67 do CDC, embora se refira à modalidade de publicidade que é proscribida, também é termo equívoco, de maneira a permitir ambiguidade na compreensão do injusto penal.

³²⁹ “O *deveria saber*, como outras expressões presentes no código, entre elas o *devendo saber* (art. 174) ou o *deva saber* (art. 245) denota a admissibilidade de dolo eventual. Assim, a expressão empregada pelo texto normativo não revela a penal certeza sobre a realidade, e, sim, um juízo de dúvida sobre a ilicitude da exigência ou do meio empregado para a cobrança. Contudo, o agente, mesmo diante de tal circunstância, prefere continuar a sua conduta tendente à produção do resultado e “entre o renunciar à conduta e o risco de com ela concretizar o tipo, prefere esta atitude em detrimento daquela. Isso quer dizer que o agente opera com dolo eventual” (BITENCOURT, *Tratado de direito penal*, 2008, p. 73).

Essas discussões e outras possíveis a partir dos tipos penais objeto desta tese serão realizadas mais oportunamente, quando da análise dos tipos previstos nos arts. 63, 64, 66, 67 e 68, todos do Código de Defesa do Consumidor.

4.4 Princípio da culpabilidade

O princípio da culpabilidade constitui um dos pilares do direito penal. Conhecido pelo aforismo *nullum crimen sine culpa*, constitui pressuposto subjetivo para que se tenha responsabilidade penal.³³⁰ O seu significado indica que “não há pena sem culpabilidade e a medida da pena não pode ultrapassar a medida da culpabilidade”. Esses dois corolários são os mais indicados pela doutrina.³³¹

A essência da culpabilidade é a reprovabilidade³³², um juízo de desvalor que recai sobre o autor por não ter agido corretamente “apesar de ter podido obrar conforme a norma”.³³³ A culpabilidade, na teoria do delito, é uma terceira categoria, que se segue à tipicidade e à antijuridicidade, condicionando a imposição de pena.³³⁴ Desse modo, inexistentes os elementos que se localizam fora do tipo de injusto (pertencentes à culpabilidade³³⁵), é possível que o autor reste isento de responsabilidade.³³⁶

³³⁰ JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de derecho penal*, p. 437.

³³¹ Nesse sentido: JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de derecho penal*, p. 437; PALAZZO, *Valores constitucionais e...*, p. 56. PRADO, *Curso de direito penal...*, p. 135.

³³² WELZEL, *O novo sistema jurídico-penal...*, p. 88. Roxin entende que a valoração que há de ser feita na culpabilidade não se esgota no juízo de reprovabilidade, devendo-se considerar a necessidade preventiva da pena, num juízo normativo de responsabilidade: “La valoración no atañe solamente a la cuestión de si se puede formular un reproche (de culpabilidad) contra el sujeto, sino que es un juicio sobre si, desde puntos de vista jurídicopenales, há de hacerse responsable de sua conducta. La reprochabilidad es una condición necesaria, pero aún no suficiente de la responsabilidad; há de añadirse la necesidad preventiva de sanción (cfr. Nm. 3.ss). Así v.gr. el exceso em la legítima defensa (parág. 33) es, em tanto no concurran los presupuestos del parág. 20, culpable y por tanto reprochable; pero a pesar de ello al sujeto no se le hace responsable, porque el legislador, em caso de estados pasionales asténicos, no considera necesario reaccionar com pena frente a las extralimitaciones em la legítima defensa. El concepto normativo de culpabilidad ha de perfeccionarse em la dirección de un concepto normativo de responsabilidad” (ROXIN, *Derecho penal*, p. 797).

³³³ WELZEL, *O novo sistema jurídico-penal...*, p. 87.

³³⁴ MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, p. 99.

³³⁵ Pressupostos da culpabilidade são a capacidade de imputabilidade e possibilidade de conhecer que o cometimento do fato supõe uma ilicitude, conforme Maurach e Zipf (MAURACH; ZIPF, *Derecho penal*, p. 596). Para Muñoz Conde, a capacidade de imputabilidade, a consciência da ilicitude do fato cometido e a exigibilidade de um comportamento distinto são elementos da culpabilidade (MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, p. 105-6)

³³⁶ MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, p. 99.

O princípio da culpabilidade, além de fundamentar a pena a partir da reprovação pelo fato³³⁷ típico e ilícito cometido, impõe-lhe limites, servindo-se de baliza necessária para sua imposição. Culpabilidade é um juízo valorativo negativo e por isso é graduável.³³⁸ Quanto maior for a reprovabilidade ao agente em face de sua conduta típica e antijurídica, maior será a sanção que lhe será aplicada. O princípio em análise, portanto, indica a justa medida da pena, que deverá ser proporcional à reprovabilidade.³³⁹

A exemplo do princípio da legalidade, o princípio da culpabilidade é previsto na Constituição, que, em seu art. 5º, XLV, assegura que “ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”.³⁴⁰ O princípio da culpabilidade encontra fundamento constitucional no primado da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III)³⁴¹, bem como no princípio da igualdade, que proíbe tratamento isonômico para quem é culpado e para quem não o é.³⁴²

Em nível infraconstitucional, o Código Penal deixa clara a opção pelo princípio da culpabilidade em diversos dispositivos, a começar pelo art. 18, que prevê o crime doloso e o crime culposos. O art. 19 é sempre citado nessa sede: “Pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente”. O acolhimento do princípio também se evidencia quando se opta por isentar de pena quem comete o fato sob coação moral ou mediante ordem de superior hierárquico não manifestamente ilegal (art. 22). Deixa-se de impor pena, outrossim, a quem age mediante erro sobre a ilicitude do fato (art. 21), ou a quem é inimputável por não poder compreender o caráter ilícito do fato ou não poder agir conforme esse entendimento (art. 26).

O princípio da culpabilidade, além de fundamentar e trazer limites à pena, proíbe a responsabilidade penal objetiva, que é aquela assentada na mera relação de causalidade

³³⁷ Sobre a culpabilidade por fato individual, por condução de vida, pelo caráter e, ainda, pela voluntária desobediência de um dever, confira: MAURACH; ZIPF, *Derecho penal*, p. 586-9.

³³⁸ WELZEL, *O novo sistema jurídico-penal...*, p. 89.

³³⁹ Partindo de concepção bem diversa de culpabilidade, Jakobs sustenta que o princípio da culpabilidade exige observância de proporcionalidade entre o fato cometido e a pena: “nulla poena sine culpa (principio da culpabilidad) no significa em esta situación sino que ‘supuesto de hecho y consecuencia jurídica deben estar em uma proporción adecuada’, es decir, la imputación al autor debe ser necesaria, por estar descartada la posibilidad de resolver el conflicto sin castigar al autor. También la medida de la culpabilidad se ve limitada por lo necesario. Sobre todo, el contenido de la culpabilidad no es algo previo al Derecho, sin consideración a las situaciones sociales. Sin embargo, el principio de culpabilidad garantiza que las decisiones particulares sobre la culpabilidad no puedan dejar de responder a las exigencias del sistema de exculpación e inculpación que se practica en general. Se trata, pues, de un caso particular de la prohibición de la arbitrariedad” (JAKOBS, *Derecho penal*, p. 588-9).

³⁴⁰ LOPES, *Princípios políticos do direito penal*, p. 98.

³⁴¹ Nesse sentido: AMARAL, *Princípios penais:...*, p. 173. LOPES, *Princípios políticos do direito penal*, p. 98.

³⁴² PRADO, *Curso de direito penal...*, p. 135.

haveria entre a conduta e o resultado.³⁴³ Com isso, o princípio prestigia a responsabilidade penal subjetiva, condicionando a responsabilidade penal à presença de dolo ou de culpa no fato praticado. Desse modo, fica afastada a responsabilidade por eventos imprevisíveis.

Para Nilo Batista, também é corolário do princípio em análise que a responsabilidade penal seja pessoal e intransferível.³⁴⁴ Adverte, porém, Luiz Regis Prado que não se deve confundir a responsabilidade penal objetiva (vedada pelo princípio da culpabilidade) com a chamada “responsabilidade penal por fato de outrem”, que é a responsabilidade pelo resultado causado por outrem sem que haja contribuído para tanto.³⁴⁵ Conforme ainda Regis Prado, “o Direito Penal só pune fatos (ação/omissão), daí estabelecer uma responsabilidade por fato próprio (Direito penal do fato), opondo-se a um direito penal do autor fundado no modo de vida ou no caráter”.³⁴⁶ O referido professor paranaense situa a questão da proibição da responsabilidade por fato de outrem no princípio da pessoalidade da pena.³⁴⁷

Desse modo, resulta que no direito penal não pode haver responsabilidade coletiva, isto é, responsabilização de todos os sócios por sonegação fiscal - por exemplo, apenas porque são unidos por contrato social na empresa. Tal seria responsabilidade penal por fato de outrem quando se verificasse a condenação de todos eles, muito embora apenas um tivesse idealizado e praticado a sonegação.

Na lei de imprensa (Lei 5.250/67), recentemente revogada, era prevista espécie de responsabilidade penal subsidiária diante de condutas lesivas à honra perpetradas por intermédio da imprensa.³⁴⁸ Esse aspecto é de suma importância e atualidade. Isso porque o

³⁴³ BATISTA, *Introdução crítica ao direito penal*, p.104. Nesse sentido, veja-se: Maurício A. Ribeiro Lopes (LOPES, *Princípios políticos do direito penal*, p. 100); Cezar Roberto Bitencourt (BITENCOURT, *Tratado de direito penal*, 2003, p. 14)

³⁴⁴ BATISTA, *Introdução crítica ao direito penal*, p. 104.

³⁴⁵ PRADO, *Curso de direito penal...*, p.136. No mesmo sentido: LOPES, *Princípios políticos do direito penal*, p. 102.

³⁴⁶ PRADO, *Curso de direito penal...*, p.136. De igual modo: LOPES, *Princípios políticos do direito penal*, p. 102.

³⁴⁷ PRADO, *Curso de direito penal...*, p.139.

³⁴⁸ A ilustração da responsabilidade sucessiva ou subsidiária foi feita por Nilo Batista (BATISTA, *Introdução crítica ao direito penal*, p. 104). Conforme o texto legal revogado:

“Art. 37. São responsáveis pelos crimes cometidos através da imprensa e das emissoras de radiodifusão, sucessivamente:

I - o autor do escrito ou transmissão incriminada (art. 28 e § 1º), sendo pessoa idônea e residente no País, salvo tratando-se de reprodução feita sem o seu consentimento, caso em que responderá como seu autor quem a tiver reproduzido;

II - quando o autor estiver ausente do País, ou não tiver idoneidade para responder pelo crime:

a) o diretor ou redator-chefe do jornal ou periódico; ou

b) o diretor ou redator registrado de acordo com o art. 9º, inciso III, letra b, no caso de programa de notícias, reportagens, comentários, debates ou entrevistas, transmitidos por emissoras de radiodifusão;

III - se o responsável, nos termos do inciso anterior, estiver ausente do País ou não tiver idoneidade para responder pelo crime:

dinamismo e a organização complexa que envolvem o sistema produtivo hoje dificultam sobremaneira a identificação do autor da obra, diluído que fica o nexo de causalidade em meio a tantas delegações, autorizações e divisões de tarefas. É bem verdade que o problema do nexo causal impõe-se antes mesmo do que o referente à culpabilidade. Contudo, em face da vedação da responsabilidade penal objetiva imposta pelo princípio da culpa, a questão causal há de ser apreciada nessa oportunidade.

O estudioso espanhol Luis Gracia Martín³⁴⁹ fornece exemplo que ilustra bem a problemática causal nos crimes econômicos:

O responsável do departamento comercial da empresa deu instruções a um empregado para que fabrique algumas facturas fictícias por compras que não tiveram lugar; posteriormente, essas facturas foram transmitidas ao responsável de assessoria fiscal da empresa, quem, por sua vez, dá instruções a um empregado subordinado desse departamento para que, ao preencher materialmente o impresso de declaração fiscal, consigne a importância das referidas facturas ilícitas na verba correspondente aos gastos dedutíveis; depois disso, a falsa declaração é assinada pelo Director-gerente da empresa, o qual tinha já dado instruções aos anteriores para que se actuasse de modo descrito; outro empregado da empresa é encarregue de entregar a falsa declaração na repartição de finanças correspondente, o que ele faz produzindo nesse momento o resultado típico de evasão fiscal; entretanto, outros empregados tinham-se ocupado de transcrever os momentos das facturas falsas nos livros de contabilidade da empresa e quando a empresa está sujeita a um procedimento de inspecção tributária, o chefe de contabilidade da mesma exhibe perante o Inspector a falsa contabilidade avalizada, ademais, pelas facturas falsas. Podíamos imaginar ainda, para complicar um pouco mais o caso, que a sociedade em cujo seio têm lugar estes factos é uma das filiais de uma grande empresa e que naquela fraude fiscal se realiza de acordo com instruções da direcção da sociedade e mãe.

No tocante ainda aos crimes econômicos, tem tido lugar a discussão em torno dos conceitos restritivo e unitário de autor. O primeiro deles considera autor como aquele que por si mesmo realiza a ação típica. Essa concepção não reconhece a autoria nas ações atípicas que contribuem para o resultado, mas participação, cuja punibilidade depende de uma norma de extensão do tipo.³⁵⁰ Jungida ao conceito restritivo de autor, faz-se necessário formular uma teoria objetiva de participação, distinguindo autores de partícipes, o que é feito por meio de duas variantes: teoria objetivo-formal e teoria objetivo-material.³⁵¹

a) o gerente ou proprietário das oficinas impressoras no caso de jornais ou periódicos; ou

b) o diretor ou o proprietário da estação emissora de serviços de radiodifusão.

IV - os distribuidores ou vendedores da publicação ilícita ou clandestina, ou da qual não constar a indicação do autor, editor, ou oficina onde tiver sido feita a impressão.

³⁴⁹ MARTÍN, La responsabilidad penal del..., in: *Hacia un Derecho Penal*, p. 91 *apud* GODINHO, A actuación em nome de..., in: *Temas de derecho penal...*, p. 212-3.

³⁵⁰ JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de derecho penal*, p. 697.

³⁵¹ JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de derecho penal*, p. 697. Pelo critério objetivo-formal, autor é aquele que pratica a ação prevista no tipo e partícipe é o que contribui de outro modo para o crime. O critério objetivo-

O conceito unitário de autor, de sua vez, rejeita as concepções sobre participação e opta por considerar como autores todos que colaboram na empreitada criminosa, com base no nexo de causalidade, independentemente do grau de importância da atuação, que possuirá relevo apenas na fixação da pena.³⁵²

A discussão em apreço tem surgido a partir de leis que definem crimes econômicos, como a Lei 9.613/98 (Lavagem de dinheiro) e o Código de Defesa do Consumidor, que têm prestigiado o conceito diferenciado de autor, por meio de seus tipos legais de crime³⁵³ ou de suas normas gerais sobre concurso de pessoas. Prevê o art. 75 do CDC:

Quem, de qualquer modo, concorrer para os crimes referidos neste Código incide nas penas a esses cominadas na medida de sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador ou gerente da pessoa jurídica que promover, permitir ou por qualquer modo aprovar o fornecimento, oferta, exposição à venda ou manutenção em depósito de produtos ou a oferta e prestação de serviços nas condições por ele proibidas.

Sem antecipar a questão sobre o concurso de pessoas nos crimes contra o consumidor, veja-se o quão díspares são as condutas que se encontram enumeradas no art. 75 do CDC, que abrange não só as descritas nos tipos penais (dos autores), como também aquela que, por exemplo, simplesmente aprova o fornecimento de produtos. Essa distância enorme entre o fato principal e esta conduta ilustrativa demonstra indubitavelmente um abalo tanto no princípio da taxatividade como no princípio da culpabilidade, pois o elemento subjetivo que norteia a citada aprovação – v.g., de determinada oferta de produto – revela-se extremamente diverso do que preenche a conduta típica dos crimes descritos na Lei 8.078/90. Por óbvio, apenas poderá haver responsabilização com a demonstração do dolo; contudo, essa apreciação, como se sabe, resulta extremamente difícil na prática, possibilitando a ocorrência de presunções temerárias por parte do julgador. Revela-se, pois, à primeira vista, desvantajosa a disposição do art. 75 do CDC que une autores a partícipes. Ora, se o princípio da

material foi elaborado para aperfeiçoar o critério formal-objetivo nos casos de crime de resultado puro, cujo tipo apenas descreve a provocação do resultado, quando, então, torna-se difícil a desejada distinção autor e partícipe (Confira em JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de derecho penal*, p. 698). Por esse critério objetivo-material, insere-se como meio para definir o autor a maior periculosidade da sua conduta na busca do resultado. Todavia, como ressalta Cezar Roberto Bitencourt (BITENCOURT, *Tratado de direito penal*, 2003, p. 385), as dificuldades ensejadas pelo segundo critério, seja na distinção de causa e condição, seja pela desconsideração do elemento subjetivo, levou a doutrina a preterir-lo em relação ao critério objetivo-formal.

³⁵² JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de derecho penal*, p. 694-5. Sobre as “vantagens” do conceito unitário, confira o trabalho de Arthur Pinto de Lemos Júnior, LEMOS JÚNIOR, *O direito penal...*, in: *Direito penal secundário...*, p. 290.

³⁵³ Veja o §2º, II, do art. 1º: “Incorre, ainda, na mesma pena quem: [...] II – participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei”.

culpabilidade é mandado de otimização de seus corolários, então semelhante disposição atenta contra o seu comando mais elementar, que é o de prestigiar a responsabilidade penal subjetiva.

Outra interessante análise da manifestação do princípio da culpabilidade nas incriminações do Código de Defesa do Consumidor diz respeito aos crimes de mera conduta, nos quais o desvalor de ação reside fundamentalmente na infração a um dever exigido por lei. Nesses casos, de que é exemplo o delito descrito no art. 66 do CDC, em especial a conduta omissiva ali escrita, o elemento subjetivo do agente é relegado a segundo plano, diluído que fica em face do modo com que é elaborado o tipo. Em realidade, o agente deixa de fazer algo que pode ser extremamente desfuncional para o ordenamento: deixar de dar uma informação relevante, algo que o ordenamento não deseja. Essa construção típica resgata a tutela de valores morais, também identificados como ético-sociais, acarretando perda de substancialidade ao bem jurídico, o qual fica confundido com a norma. Esta a crítica de Juarez Tavares³⁵⁴ ao referir-se ao ontologismo trazido pelo neokantismo:

[...] a medida individual cede lugar a posições ou situações preferenciais. Elimina-se definitivamente o sujeito e se trabalha com a noção de totalidade, decorrente de um puro juízo normativo, aparentemente neutro, mas em geral, de perfil autoritário, que obtém seu coroamento com a definitiva substituição da noção material de bem, pelo de valores ético-sociais (ontologismo). Regressa-se a uma fase anterior a CRISTIAN THOMASIIUS, confunde-se a proteção jurídica com a proteção moral, travestida, agora, de valores ético-sociais, de conteúdo ontológico, quer dizer, retirados não de um ato de vontade individual, ou de vontade do legislador, mas de uma refinada elaboração mental daqueles que os descobriram e desbravaram. Com tal postura, a noção de bem jurídico perde substancialidade. A proteção de valores ético-sociais nada mais é do que a incriminação da antisociabilidade, daí não ser incoerente que seus adeptos venham a conceituar o bem jurídico como um estado social, ou seja, uma determinada ordem, que se impõe como bem vital do indivíduo e da comunidade.

Veja-se como se apresenta bastante hábil a incriminação do dever de observância à norma, a fluidificar a vontade do agente. Este, infringindo um dever, pratica não um ato que deseja, mas aquilo que a sociedade não deseja. Se isso é suficiente para a sociedade, a “totalidade” a que se refere Juarez Tavares – a vontade do sujeito ativo nessa modalidade de incriminação inspirada no neokantismo³⁵⁵ – revela-se para lá de secundária.

³⁵⁴ TAVARES, *Teoria do injusto penal*, p. 177-8.

³⁵⁵ Regis Prado explica em nota de página, no seu “Bem Jurídico-Penal e Constituição” (PRADO, *Bem jurídico-penal e...*, p. 33-4) que o neokantismo “fundamentou o conceito de ciência do espírito no método e não no objeto, como o historicismo, dando lugar a uma filosofia axiológica”. Ainda conforme o referido autor: “O neokantismo engendra duas escolas: a Escola de Marburgo (Cohen, Notarp, Stammler) e a Escola Subocidental alemã ou de Baden (Windelband, Rickert, Lask, Radbruck). Esta última é fundamental para a compreensão das ciências culturais, ‘além disso, as suas idéias tiveram na época, na metodologia do Direito Criminal, uma importância comparável à que teve, no Direito Civil, a jurisprudência dos interesses’ (LARENZ, *Metodologia da*

Em sintonia com a incriminação do dever, têm-se os crimes de mera conduta³⁵⁶, de que são exemplos aqueles definidos nos arts. 63, 64 e 66 do CDC. Veja-se que o legislador pune a modalidade culposa no §2º do art. 66, previsão criticada pela doutrina em face da conduta omissiva prevista também no referido tipo penal, omissão essa geralmente incompatível com a negligência.³⁵⁷ A crítica doutrinária em apreço parece resultar da natureza do crime em questão: um crime de perigo, elaborado para antecipar-se ao dano ao consumidor individualmente considerado. Esse antecipar-se ao dano significaria adiantar as barreiras do punível em direção aos atos preparatórios. Com efeito, se se deseja impedir que a conduta chegue à fase de execução no *iter criminis*, vulnerando o bem jurídico individual, por óbvio, a antecipação do punível caminha em direção à fase de preparação.³⁵⁸

Insta resgatar nessa oportunidade doutrina peninsular a respeito do início da fase de execução, no *iter criminis*. Os clássicos autores italianos consideram que se deve atentar à direção do ato. Os atos da fase de execução são *unívocos* nesse sentido e levam a crer que o agente deseja praticar o delito, ao passo que os atos da fase da cogitação seriam *equívocos* quanto a essa finalidade.³⁵⁹ Ainda que não esteja dentre os propósitos do presente estudo a distinção entre atos preparatórios e atos de execução, a explicação elaborada pelos italianos é válida para concluir que os atos que antecedem a execução podem gerar equivocidade quanto ao elemento subjetivo. Assim, como quem compra uma arma pode não pretender matar

ciência do direito, p. 112). Assim a ciência jurídica se refere a valores e fins (v. sobre a concepção axiológica de Lask, FERRAZ JÚNIOR, *Conceito de sistema no direito*)”.

³⁵⁶ Os crimes de mera conduta “se completam com a realização da ação, sem qualquer resultado independente, como a violação do domicílio (art. 150), o falso testemunho (art. 342), etc”, no dizer de Juarez Cirino dos Santos, que os insere, inclusive, na categoria dos crimes de simples atividade (SANTOS, *A moderna teoria do...*, p. 39). O autor citado (SANTOS, *A moderna teoria do...*, p. 39), assim como José Frederico Marques (MARQUES, *Tratado de direito penal*, p. 59-60) não distinguem os crimes de mera conduta dos crimes formais. Contudo, há autores que realizam tal distinção, compreendendo que, nos crimes formais, a conduta incriminada enseja um resultado naturalístico, embora o tipo penal prescindia de sua configuração, a exemplo do crime de extorsão (art. 158, CP). Já quanto ao crime de mera conduta, a conduta incriminada não propicia o resultado naturalístico. Nesse sentido, diferenciando tais crimes: Damásio E. de Jesus (JESUS, *Direito penal*, p. 191), Luis Flávio Gomes e Antonio García-Pablos de Molina (GOMES; MOLINA, *Direito penal*, p. 524) e Cezar Roberto Bitencourt (BITENCOURT, *Tratado de direito penal*, 2007, p. 214).

³⁵⁷ Nesse sentido: Pimentel, Manoel Pedro (PIMENTEL, *Crimes de mera conduta*, p. 96) e; Toron, Alberto Zacharias (TORON, *Aspectos penais da...*, in: *Revista Brasileira de...*, p. 87).

³⁵⁸ Convém esclarecer que o recurso que ora se utilizou quanto à regressão aos atos preparatórios foi utilizado com finalidade argumentativa; é que, como o legislador tornou típicos os atos de informação inidônea que antecedem a aquisição de bens, não haveria que se falar propriamente em *atos preparatórios* antecedendo ao dano individual (pré-típicos), e sim executórios. E tal ocorre porque o objeto da tutela penal relativamente aos crimes definidos no Código de Defesa do Consumidor é coletivo, tendo o legislador formatado os tipos penais ali descritos a partir dessa perspectiva. Mas, a alusão à dicotomia em apreço ainda assim é válida para o fim de demonstrar que, anteriormente ao dano individual, a conduta omissiva do agente quando ao dever de informar não permite a conclusão de que tinha ele a vontade de periclitare a coletividade.

³⁵⁹ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, p. 480-482.

alguém, não se pode dizer que o fornecedor que deixa de informar a nocividade de um produto queira trazer riscos ao consumidor.

4.5 Princípio da intervenção mínima

O princípio da intervenção mínima constitui diretriz político-criminal condizente com os pressupostos de Estado Democrático de Direito assegurados na Constituição da República.

Não se vê acolhimento explícito do princípio pela Constituição, mas, implicitamente, sustenta-se o seu acolhimento pelo ordenamento jurídico-penal a partir da conjugação dos arts. 1º, III, e 3º, I, da Carta Magna.³⁶⁰ Nesses dispositivos, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil e a liberdade como um de seus objetivos fundamentais são as bases que sustentam o princípio em foco. A vinculação da intervenção mínima à Constituição ocorre também em face da concepção material de Estado Democrático de Direito.³⁶¹

A ideia de mínima intervenção não é recente e encontra esteio na obra de célebres penalistas do século XVIII.³⁶² É também da época do Iluminismo a liberal imposição de limites ao poder legiferante penal presente na Declaração Universal dos direitos do Homem e do Cidadão (1789), cujo art. 8º assim dispõe: “A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias.”

A noção de direito penal como *ultima ratio* de política de proteção aos bens jurídicos – subsidiário, portanto – rege o princípio, vinculando-o a razões de necessidade de sua tutela. Conforme tal noção, o direito penal apenas deverá intervir quando falharem todos os demais meios de proteção de bens jurídicos, formais ou informais³⁶³, devendo atuar apenas quando for necessário. Nas palavras de Roxin³⁶⁴:

³⁶⁰ Nesse sentido: LUISI, *Os princípios constitucionais...*, p. 26; BATISTA, *Introdução crítica ao direito penal*, p. 85; AMARAL, *Princípios penais:...*, p. 140. SILVA, *Dos crimes de perigo abstrato...*, p. 119. Nilo Batista (BATISTA, *Introdução crítica ao direito penal*, p. 85) cita, ainda, o inciso IV do art. 3º da Constituição, que dispõe sobre o objetivo da República “[...] promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

³⁶¹ PRADO, *Curso de direito penal...*, p.138. SILVA, *Dos crimes de perigo abstrato...*, p. 119.

³⁶² BATISTA, *Introdução crítica ao direito penal*, p. 84. Sobre o princípio iluminista da “mínima pena necessária”, confira: FERRAJOLI, *Direito e razão:...*, p. 267-8.

³⁶³ Meios formais de controle são pertencentes a outras áreas do direito, não penais. Os meios informais são a igreja, associação de bairro, ONGs, etc. Confira em: AMARAL, *Princípios penais:...*, p. 145.

³⁶⁴ ROXIN, *Derecho penal*, 65.

O Direito penal somente é incluído na última dentre todas as medidas protetoras que se deve considerar, isto é, apenas poderá intervir quando falhem outros meios de solução social do problema – como a ação civil, as regulações da polícia ou técnico-jurídicas, as sanções não penais, etc. Por isso se denomina a pena como a ‘ultima ratio da política social’ e se define a sua missão como proteção subsidiária de bens jurídicos.

A subsidiariedade vem recomendar a intervenção penal somente nos casos em que os demais meios de controle social, formais (direito civil, administrativo, empresarial, etc) e informais (escola, associações, família), menos drásticos do que a tutela penal, falharem.

De acordo com Regis Prado, além do critério da necessidade que norteia a intervenção mínima, de *ultima ratio*, deve-se atender, outrossim, à eficácia da intervenção penal. Desse modo, para legitimar o direito penal é preciso que seja ele necessário e também eficaz. Todavia, alerta o mencionado autor que a eficácia não deve ficar a critério do arbítrio do legislador, o qual deve apresentar justificativa de seu conteúdo.³⁶⁵

A fragmentariedade do direito penal é, outrossim, pertinente à intervenção mínima.³⁶⁶ Há autores, contudo, que sustentam que a intervenção mínima basta-se com a subsidiariedade do direito penal.³⁶⁷ Juarez Tavares defende posição diversa das duas correotes:

Normalmente, o princípio da intervenção mínima é confundido com o princípio da subsidiariedade ou com o caráter fragmentário do Direito Penal, consoante a formulação de Binding ou com o princípio da necessidade da intervenção. Essa postura, entretanto, deve ser evitada. O princípio da intervenção mínima constitui, antes de mais nada, um princípio de ordem política, que vincula o legislador, previamente a qualquer elaboração legislativa, de modo que esse se veja obrigado a verificar se a lei que irá propor, formular, discutir, redigir ou promulgar se harmoniza com os postulados dos direitos humanos.

A expressão “caráter fragmentário do direito penal”, creditada a Binding, parte do pressuposto de que o direito penal não detém a exclusividade da proteção dos bens jurídicos,

³⁶⁵ PRADO, *Curso de direito penal...*, p.138.

³⁶⁶ Cláudio do Prado Amaral (AMARAL, *Princípios penais...*, p. 145) e Luiz Regis Prado (PRADO, *Curso de direito penal...*, p. 138) entendem que a fragmentariedade é um subprincípio ou corolário da intervenção mínima, ao lado da subsidiariedade. Para Nilo Bastista (BATISTA, *Introdução crítica ao direito penal*, p. 85-6), no mesmo sentido, as características da subsidiariedade e da fragmentariedade relacionam-se ao princípio da intervenção mínima.

³⁶⁷ Para Ângelo Roberto Ilha da Silva: “O mínimo aqui significa subsidiário, *ultima ratio*, norteado pela necessidade” (SILVA, *Dos crimes de perigo abstrato...*, p. 118). Cezar Roberto Bitencourt, em seu *Tratado de direito penal*, ao discorrer sobre o princípio da intervenção mínima restringe-se também à subsidiariedade do direito penal para explicá-lo; em tópico apartado de princípios, é que preleciona sobre o “princípio da fragmentariedade” (BITENCOURT, *Tratado de direito penal*, 2003, p. 11-13).

mas seleciona as hipóteses em que irá intervir a partir do critério de “merecimento de pena”.³⁶⁸ Tal critério admite três variáveis, conforme Jescheck: valor do bem jurídico, perigosidade da agressão e reprovabilidade da atitude interna do autor.³⁶⁹ De acordo com Cláudio do Prado Amaral, a atuação do direito penal seria, então, de “defesa seletiva” dos bens jurídicos.³⁷⁰

Atualmente, os conceitos fornecidos pela doutrina portuguesa de dignidade e de carência penal³⁷¹, ambos a estabelecerem condições de legitimidade para a intervenção penal, são variações no mesmo tom dos corolários acima caracterizados (subsidiariedade e fragmentariedade). Nesse sentido, Figueiredo Dias limita o direito penal à tutela subsidiária de bens jurídicos que possuam dignidade penal, que são “bens jurídicos cuja lesão seja digna de pena”.³⁷² Para o professor português, os bens jurídicos dotados de dignidade penal são “concretizações dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais”.³⁷³ Mas, de acordo ainda com Figueiredo Dias, deve-se perquirir se haverá necessidade³⁷⁴ (carência) para a tutela dos bens com dignidade penal.

É bem de ver que a ideia que preside a mínima intervenção penal é a exigência de proporcionalidade entre o rigor intrínseco à sanção criminal e a gravidade da conduta delituosa.

O princípio da proporcionalidade, então, revela-se como verdadeira matriz da intervenção mínima, sendo ambos exigências orientativas na busca da justiça material no Estado Democrático de Direito.

³⁶⁸ JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de derecho penal*, p. 57.

³⁶⁹ JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de derecho penal*, p. 55.

³⁷⁰ AMARAL, *Princípios penais*:..., p. 145.

³⁷¹ ANDRADE, A dignidade penal e..., *in: Revista Portuguesa de...*, *passim*. Veja também: DIAS, *Questões fundamentais de...*, p. 62 e ss.

³⁷² DIAS, *Questões fundamentais de...*, p. 62.

³⁷³ Ainda segundo o Mestre de Coimbra, é de se notar entre a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos uma coincidência de sentido e de fins da tutela (DIAS, *Questões fundamentais de...*, p. 67).

³⁷⁴ A necessidade a que refere tem em vista o desenvolvimento da personalidade de cada um na comunidade, *in verbis*: “A violação de um bem jurídico não basta por si para desencadear a intervenção, antes se requerendo que esta seja absolutamente indispensável à livre realização da personalidade de cada um na comunidade.” (DIAS, *Questões fundamentais de...*, p. 78).

4.6 Princípio da insignificância

O princípio da insignificância é comumente relacionado ao adágio latino *minima non curat praetor*.³⁷⁵ Seu significado indica que se trata da concretização da orientação político-criminal da intervenção mínima.

Coube a Claus Roxin, em 1964, a elaboração do princípio da insignificância e sua utilização para a definição de injusto.³⁷⁶ Para o autor, o princípio tem lugar na interpretação restritiva do tipo penal, de maneira a realizar a natureza fragmentária do direito penal, mantendo “íntegro somente o campo da punibilidade indispensável para a proteção do bem jurídico”. Nesse sentido, o princípio em questão situa-se ao lado daquela elaborado por Welzel, da adequação social, que se trata de um auxiliar interpretativo utilizado para reduzir formulações literais que contemplam condutas socialmente suportáveis. Nas palavras de Roxin, o princípio da insignificância:

[...] permite excluir logo de plano lesões de bagatela da maioria dos tipos: maus-tratos são uma lesão grave ao bem-estar corporal, e não qualquer lesão; da mesma forma, é lidibinosa no sentido do código penal só uma ação sexual de alguma relevância; e só uma violenta lesão à pretensão de respeito social será criminalmente injuriosa. Por ‘violência’ não se pode entender uma agressão mínima, mas somente a de certa intensidade, assim como uma ameaça deve ser ‘sensível’, para adentrar no marco da criminalidade.

Este princípio é critério corretivo da tipicidade formal³⁷⁷ e tem por função excluir do alcance do tipo ações que ofendam infimamente o bem jurídico protegido. Dessa forma, faz parte das exigências provenientes da concepção material de tipicidade, para cujo aperfeiçoamento é exigida a subsunção à moldura legal de fato ofensivo ao bem jurídico.³⁷⁸

³⁷⁵ PRADO, *Curso de direito penal...*, p. 146.

³⁷⁶ ROXIN, *Política criminal e sistema...*, p. 47, nota 81. Posteriormente, conforme Roxin, autores alemães retomaram e desenvolveram o princípio ainda na década de 1960, como Burse (1968), Berz (1969) e Tiedemann (1970) – ROXIN, *Política criminal e sistema...*, p. 47, nota 81.

³⁷⁷ Tipicidade formal é a mera coincidência entre o fato praticado e a descrição típica, sem que seja levada em conta a ofensividade desse fato. Fragoso (FRAGOSO, *Lições de direito penal*, p. 155) restringe-se à tipicidade formal, quando sustenta que “há tipicidade quando o fato se ajusta ao tipo, ou seja, quando corresponde às características objetivas e subjetivas do modelo legal, abstratamente formulado pelo legislador”.

³⁷⁸ Para o professor Jair Leonardo Lopes, o dano ao bem jurídico ou a sua exposição a perigo integram o resultado na estrutura típica. Para ele, a exposição a perigo ou o dano ao bem jurídico não representa a ilicitude da conduta, porque em algumas circunstâncias o ordenamento a permite. (LOPES, *Curso de direito penal*, p. 114).

Explica-se que na abstração da previsão de crime feita pelo legislador pode suceder que ações insignificantes ao bem tutelado venham a se acomodar ao tipo, merecendo, pois, a devida desconsideração mediante a aplicação do princípio.

O princípio em comento não está isento de críticas. A doutrina aponta a carência de precisão dogmática na consideração do que vem a ser considerado insignificante.³⁷⁹ Afinal, tratando-se de crime de furto, *v.g.*, não deixa de ter certa dose de subjetivismo a fixação de determinado valor mínimo para a subtração possuir relevância penal.

O legislador finalizaria a controvérsia existente se em alguns tipos penais, sobretudo envolvendo patrimônio, dispusesse expressamente valores a partir dos quais se tornaria relevante a conduta.³⁸⁰ Nesse caso, haveria a aplicação do princípio do insignificância pelo legislador.

Registre-se que iniciativa legislativa esclarecendo limites de intensidade para a lesão ao bem jurídico foi feita no art. 337-A do CP.³⁸¹ Tal modificação foi empreendida não para o fim de tornar atípicas (insignificantes) as condutas ali previstas, mas apenas para o fim de dispor sobre perdão judicial ou aplicação isolada de multa. Assim, nos casos em que o montante das contribuições devidas, inclusive acessórias, não chega ao mínimo estabelecido para o ajuizamento de suas execuções fiscais, fica mantida a tipicidade da conduta, que poderá, entretanto, condicionadamente a requisitos (bons antecedentes e primariedade do

³⁷⁹ PRADO, *Curso de direito penal...*, p. 147.

³⁸⁰ MAURACH; ZIPF, *Derecho penal*, p. 217-8.

³⁸¹“Art. 337-A. Suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

I – omitir de folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária segurados empregado, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador autônomo ou a este equiparado que lhe prestem serviços; (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

II – deixar de lançar mensalmente nos títulos próprios da contabilidade da empresa as quantias descontadas dos segurados ou as devidas pelo empregador ou pelo tomador de serviços; (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

III – omitir, total ou parcialmente, receitas ou lucros auferidos, remunerações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias: (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

§1º É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara e confessa as contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

§2º É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que: (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

I – (VETADO) (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

II – o valor das contribuições devidas, inclusive acessórias, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

§3º Se o empregador não é pessoa jurídica e sua folha de pagamento mensal não ultrapassa R\$ 1.510,00 (um mil, quinhentos e dez reais), o juiz poderá reduzir a pena de um terço até a metade ou aplicar apenas a de multa. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

agente), ter punibilidade reduzida. Na hipótese presente, do §2º do art. 337-A do CP, não se trata da aplicação do princípio da insignificância pelo legislador, já que as hipóteses previstas foram consideradas relevantes para o direito penal. Porém, em face do menor desvalor do resultado que encerram, reduziram-se os rigores das sanções.

Sob a perspectiva da interpretação restritiva do tipo, deseja-se salientar que a aplicação do princípio da insignificância aproxima-se da discussão no sentido de se seria ou não devido ao Poder Judiciário interferir na atuação do Legislativo para dizer quando haverá crime e quando não haverá. A resposta negativa a tal debate assenta-se na premissa de que cabe ao Poder Legislativo estabelecer as ações desvaliosas para a sociedade na seleção de bens jurídico-penais que procede, o que seria, a rigor, consectário lógico do princípio da reserva legal.

É de se ter em mente, contudo, que a aplicação do princípio da insignificância não subverte os papéis do Legislativo e do Judiciário. Não se olvida que cumpre ao primeiro estabelecer precipuamente o âmbito do punível, a partir da necessidade de proteger de bens jurídicos constitucionais. Contudo, as normas insertas nos tipos penais estão a merecer do Poder Judiciário o devido refinamento interpretativo e, além disso, o exame de sua compatibilidade com os princípios constitucionais.

Em um primeiro momento, o Judiciário poderá proceder à análise de constitucionalidade formal e material da lei, em sede difusa ou concentrada. É nessa apuração que se detectam os vícios de razoabilidade, a comprometerem a proporcionalidade que deve existir entre a extensão da lesão ao bem jurídico e a sanção penal.

Em outro momento de atuação do Judiciário na aplicação das leis, encontra-se a imprescindível interpretação, atividade que delimita os confins da conduta punível proposta pelo tipo penal. Naturalmente, as normas incriminadoras insertas no tipo estão longe de ser um produto acabado e perfeito. Nesse sentido, é natural que haja a possibilidade de a moldura típica enquadrar fato não ofensivo ao objeto da tutela penal, até porque o que a conduta contida no tipo – prevista para a generalidade dos casos como desvaliosa e digna³⁸² de tutela penal – pode não se revelar no caso concreto com esses atributos.

§4º O valor a que se refere o parágrafo anterior será reajustado nas mesmas datas e nos mesmos índices do reajuste dos benefícios da previdência social. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)”

³⁸² Digna de tutela é a conduta que apresenta dignidade penal, no sentido da expressão utilizada pela doutrina portuguesa de Figueiredo Dias e Manoel da Costa Andrade, ambos indicados em notas de rodapé quando da exposição do princípio da intervenção mínima.

4.7 Princípio da ofensividade

O princípio da ofensividade é expresso pelo axioma *nullum crimen nulla poena sine iniuria*. Fixa o entendimento de que só haverá crime quando houver lesão ou perigo ao bem jurídico.³⁸³

A necessária ofensividade do fato condiciona a justificação utilitarista do direito penal como instrumento de tutela e constitui valioso limite axiológico externo. Nesse sentido, a questão do bem jurídico ofendido pelo delito relaciona-se diretamente aos fins do direito penal.³⁸⁴

Conforme Ferrajoli³⁸⁵, o princípio surge já em Aristóteles e em Epicuro, sendo denominador comum da cultura penal iluminista, a qual considera o “dano causado a terceiros as razões, os critérios e a medida das proibições e das penas.”

O princípio da *offensività*, tal como é denominado na Itália, ganhou grande contribuição da doutrina peninsular. Os seus cultores naquele país atribuem-lhe fundamento constitucional³⁸⁶, sustentando também a sua previsão no Código Penal, precisamente no dispositivo que consagra a não punibilidade do crime impossível.³⁸⁷

Pode-se afirmar que o princípio em análise encontra-se conectado à elaboração de um direito penal mínimo, assentado sob as noções de fragmentariedade e subsidiariedade da tutela penal.

O princípio da ofensividade é consentâneo com a noção de tipicidade material, que, como se sabe, é vinculada à verificação da ofensa (dano ou perigo) ao bem jurídico. Desse modo, não se constatando na conduta a aptidão para causar ofensa a bem de terceiro inexistirá tipicidade (material).

Coerentemente com a tipicidade material, poderá suceder que um fato coincida com a descrição do tipo (tipicidade formal), mas se revele inofensivo ao bem jurídico, porque incapaz de acarretar-lhe dano ou perigo. Tal constatação possui grande importância prática, de modo que coloca o bem jurídico como parâmetro interpretativo indeclinável do tipo penal.

³⁸³ Na doutrina nacional, encontram-se alguns trabalhos sobre o tema. Parece que o professor Jair Leonardo Lopes (LOPES, *Em defesa de José Arigó...*) tratou o tema de maneira pioneira, embora não o designando “princípio da ofensividade”. Confira também: BATISTA, *Introdução crítica ao direito penal*; KALIL, *Do crime impossível*; QUEIROZ, *Do caráter subsidiário do...*; GOMES, *O princípio da ofensividade*.

³⁸⁴ FERRAJOLI, *Direito e razão:...*, p. 374.

³⁸⁵ FERRAJOLI, *Direito e razão:...*, p. 373.

³⁸⁶ Por todos: Ferrando MANTOVANI, *Diritto penale*, p. 206.

³⁸⁷ RAMACCI, *Corso di diritto penale*, p. 34.

É de se atentar, então, que o essencial para a configuração do delito será a violação da norma valorativa do tipo; ou seja, a violação do valor que justificou a incriminação. A mera desobediência ao comando imperativo do tipo – o fazer ou deixar de fazer inerentes à estrutura do tipo – é, pois, insuficiente à concepção material de delito.

Para que o princípio da ofensividade tenha a sua função interpretativa esperada, é preciso que se parta da ideia de que o objeto da tutela penal preexistia ao tempo da formulação do tipo incriminador. Não foi, portanto, criado pelo legislador ordinário. Nesse sentido, deve-se aderir à concepção constitucionalmente orientada de bem jurídico.³⁸⁸

Não é de se supor que o princípio da ofensividade entra em litígio com o princípio da legalidade, abrindo-lhe exceções. Não. Tais princípios complementam-se, de modo que a definição prévia de crime exigida pelo princípio da legalidade é aquela já ancorada numa ofensa ao bem jurídico. Ensina Mantovani: “Num direito penal fundamentado na interação entre os princípios da legalidade e da ofensividade, o crime é fato ofensivo típico, ao passo que a ofensa deve ser vista como constitutivo, expresso ou implícito no tipo: ‘nullun crimen sine iniuria et lege’.”³⁸⁹

Verifica-se, assim, que o princípio em foco possui as funções de impor limites racionais à incriminação e de servir de instrumento interpretativo durante o juízo de tipicidade, trazendo corretivos necessários às atividades de legislar e de julgar.³⁹⁰

O princípio da ofensividade vincula-se à apreciação do desvalor do resultado que possui toda conduta penalmente relevante, pois não há crime sem resultado (art. 13 do CP).

4.8 Princípio da proporcionalidade

A ideia de proporcionalidade nos castigos remonta à Antiguidade, estando presente no famoso aforismo taliônico “olho por olho, dente por dente”. Montesquieu e Beccaria, em seus trabalhos clássicos *O Espírito das Leis* (1747) e *Dos Delitos e das Penas*, (1764)³⁹¹, também propugnavam uma sanção racional, que fosse proporcional aos delitos cometidos.

³⁸⁸ Conferir capítulo 3, item 3.1.

³⁸⁹ MANTOVANI, *Diritto penale*, p. 210. No original: “In un diritto penale ricostruito sui combinati principi di legalità e offensività, reato è fatto offensivo tipicizzato”, in quanto l’offesa deve essere prevista come elemento costitutivo del tipo, espresso o implicito, della tipicità: ‘nullun crimen sine iniuria et lege’.

³⁹⁰ PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel...*, in: *Rivista Italiana di...*, p. 355.

³⁹¹ BECCARIA, *Dos delitos e das penas*, p. 42-5.

Para Eros Roberto Grau, proporcionalidade não passa de um novo nome dado à velha e boa equidade, noção, segundo ele, bem desenvolvida por Aristóteles em seu *Ética a Nicômaco*.³⁹²

Segundo ainda o Ministro do Supremo Tribunal Federal,

[...] a lição de Aristóteles foi esquecida, a equidade foi tragada pelo mundo moderno, avesso a qualquer possibilidade de subjetivismo na aplicação da lei pelo juiz. E de modo tal que, em face da realidade, quando a sua concepção é retomada – e isso desejo sustentar – embora assumindo a mesma forma e conteúdo, ela toma outros nomes. Inicialmente, o de razoabilidade; mais recentemente, o de proporcionalidade.³⁹³

O princípio da proporcionalidade foi consagrado no direito administrativo como evolução do princípio da legalidade.³⁹⁴ O controle dos atos administrativos na esfera judicial motivou a criação de instrumentos processuais hábeis a impedir os órgãos do Poder Executivo de se desviarem da atuação conforme a lei. Especificamente, por meio do princípio pretendeu-se impedir a atuação da administração que se mostrasse inadequada aos fins legais ou que se mostrasse demasiada gravosa aos direitos dos cidadãos.³⁹⁵

No Direito norte-americano, utiliza-se a denominação “princípio da razoabilidade”. Historicamente, como observou Capelleti, a liberdade concedida às colônias inglesas na América para fazerem suas próprias leis, *com a condição de que não fossem contrárias às da Inglaterra*, é que constituiu o terreno necessário ao desenvolvimento do princípio em questão.³⁹⁶ O princípio da razoabilidade foi desenvolvido pelos americanos como desdobramento da garantia do *due process of law*, precisamente na sua acepção substantiva. Por seu intermédio, procedeu-se ao exame da racionalidade e da razoabilidade das normas jurídicas e dos atos do Poder Público em geral.³⁹⁷

³⁹² Para o clássico autor, equidade é a disposição de caráter do homem equitativo, o qual escolhe e pratica atos equitativos e, mesmo tendo a lei a seu lado, não se apega de forma intransigente a seus direitos, tendendo a tomar menos do que lhe caberia. Equidade, conforme explica Aristóteles, é uma espécie de justiça. O autor explica que o equitativo consiste em tomada de posição justa diante da falibilidade da lei, que é, aliás, própria de sua universalidade, incapaz que é de reger os casos todos da vida prática. A equidade é, em realidade, um corretivo da justiça legal. Para Aristóteles, quando se estabelece “uma lei geral e surge um caso que não é abarcado por essa regra, então é correto (visto que o legislador falhou e errou por excesso de simplicidade), corrigir a omissão, dizendo o que o próprio legislador teria dito se estivesse presente, e que teria incluído na lei se tivesse previsto o caso em pauta” (ARISTÓTELES. *Ética a nicômaco*, p. 125).

³⁹³ GRAU, Equidade, razoabilidade e... in: *Revista do Advogado*, p. 28.

³⁹⁴ BARROS, *O princípio da proporcionalidade e...*, p. 35.

³⁹⁵ BARROS, *O princípio da proporcionalidade e...*, p. 35.

³⁹⁶ “estas constituições amiúde expressamente dispunham que as Colônias podiam, certamente, aprovar suas próprias leis, mas sob a condição de que estas leis fossem razoáveis e, como quer que seja, não contrárias às leis do Reino da Inglaterra” (CAPELLETTI, *O controle judicial de...*, p. 61).

³⁹⁷ BARROSO, *Interpretação e aplicação da...*, 3. ed., p. 21-212.

Observa-se que o termo *razoável* indica o que é aceitável, conforme a razão, legítimo, justo, regular, sensato, ponderado, moderado e comedido.³⁹⁸ Verifica-se pelas ideias que expressam o vocábulo em referência que dois são os significados mais evidentes: um atinente à lógica e outro, à moderação.³⁹⁹ Nesses significados afins com o termo “razoável”, Luís Roberto Barroso⁴⁰⁰ constata certa dimensão subjetiva no princípio, afirmando ser ele mais fácil de ser sentido do que conceituado:

O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça. Sendo mais fácil de ser sentido do que conceituado, o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva.

Na Alemanha, o princípio em perspectiva recebe a denominação de “princípio da proporcionalidade”. Após a Segunda Grande Guerra, foi intensamente utilizado naquele país. A Constituição germânica de 1949 consolidou o caráter vinculante dos direitos fundamentais em relação aos poderes do Estado, protegendo-os de ingerências estatais, conforme consagração realizada pelo art. 19 – princípio da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais.⁴⁰¹ O mencionado art. 19 estatua que qualquer restrição aos direitos fundamentais haveria de se dar por leis necessárias, gerais e que não afetassem o seu conteúdo essencial, ficando garantida ampla oportunidade de tutela judicial em caso de violações.⁴⁰²

Como noção básica, o princípio da proporcionalidade é invocado diante de choques entre direitos fundamentais e bens constitucionalmente assegurados. A sua aplicação demanda exercícios de ponderação entre os interesses em conflito.⁴⁰³

Para a doutrina alemã, o princípio da proporcionalidade é identificado como princípio da proibição do excesso⁴⁰⁴ e decompõe-se em três subprincípios⁴⁰⁵, cuja aplicação prática funciona como verdadeiro teste para se concluir, ao final, se há ou não

³⁹⁸ Todas as noções acima foram extraídos do verbete “razoável” constante do FERREIRA, *Novo dicionário Aurélio da...*, p. 1702.

³⁹⁹ Também parecer ser essa a conclusão a que chegou Suzana de Toledo Barros (BARROS, *O princípio da proporcionalidade e...*, p. 68): “Com efeito, razoabilidade enseja desde logo uma ideia de adequação, idoneidade, aceitabilidade, logicidade, equidade, traduz aquilo que não é absurdo, tão-somente o que é admissível. Razoabilidade tem, ainda, outros significados, como, por exemplo, bom senso, prudência, moderação”.

⁴⁰⁰ BARROSO, *Interpretação e aplicação da...*, 3. ed., p. 215.

⁴⁰¹ BARROS, *O princípio da proporcionalidade e...*, p. 44.

⁴⁰² Suzana de Toledo Barros (BARROS, *O princípio da proporcionalidade e...*, p. 44.

⁴⁰³ PRADO, *A ponderação de interesses em...*, p. 177.

⁴⁰⁴ MAURACH; ZIPF, *Derecho penal*, p. 110. ROXIN, *Derecho penal*, p. 66.

⁴⁰⁵ ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 116-7.

proporcionalidade entre a proteção de determinado bem e a respectiva restrição de um direito. Esses subprincípios são: o da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade, em sentido estrito.

Para atender ao exame da adequação, a medida estatal há de ser apta para atingir o fim idealizado, que é a realização de determinado interesse público.⁴⁰⁶ De acordo com Virgílio Afonso da Silva, não é só a aptidão para alcançar o fim pretendido que caracteriza a aferição da adequação do ato, mas também o fomento em direção ao fim para o qual foi concebido.⁴⁰⁷ Nesse sentido, será inadequado o meio quando não reunir condições de sequer fomentar a realização da finalidade. Para Suzana Barros, nessa etapa não entram juízos de eficácia, de modo que a escolha do melhor meio, menos gravoso, insere-se na fase da necessidade.⁴⁰⁸

A deficiente concretude do subprincípio da adequação não passou despercebida pela doutrina, que, com base nas percucientes observações de Humberto Ávila, escalonou indagações de ordem quantitativa, qualitativa e probabilística ao juízo de adequação.⁴⁰⁹

No que tange à necessidade, examina-se se a medida escolhida era o meio menos gravoso dentre os eficazes e disponíveis para a obtenção de determinado objetivo.⁴¹⁰ Naturalmente, por tratar-se de uma segunda etapa na apuração da proporcionalidade, apenas adentrarão a fase da necessidade medidas já consideradas adequadas anteriormente.⁴¹¹

Verifica-se nesse preciso ponto uma evidente aproximação com o princípio da intervenção mínima e o da insignificância, os quais desaconselham a intervenção penal que seja desnecessária para o caso concreto, cada um mediante sua justificativa.

Mas não se pode dizer que os princípios citados (o da intervenção mínima e o da insignificância) confundem-se com o princípio da proporcionalidade. Em rigor, e parece ser esta a orientação mais plausível, o princípio da proporcionalidade trata-se de um postulado normativo, conforme compreensão de Humberto Ávila.⁴¹² Para este estudioso, os postulados

⁴⁰⁶ FELDENS, *A constituição penal...*, p. 162-3.

⁴⁰⁷ SILVA, O proporcional e..., *in: Revista dos Tribunais*, p. 36.

⁴⁰⁸ BARROS, *O princípio da proporcionalidade e...*, p. 74. Em sentido contrário, compreendendo que o legislador deve atentar-se para a efetividade da norma que será editada: ARAÚJO, *O princípio da proporcionalidade...*, *in: RBCCrim*, p. 62.

⁴⁰⁹ ÁVILA, *Teoria dos princípios...*, 11. ed., p. 168 e ss. Outrossim, preleciona Humberto Ávila, que, no aspecto de “como” deve ser realizado o juízo de adequação, não se pode esquecer das dimensões “abstração x concretude”, “generalidade x particularidade” e “antecedência x posteridade” (p. 169). Completando o seu raciocínio, Humberto Ávila antevê que poderá existir um controle forte ou um controle fraco para a apuração da adequação, satisfazendo-se o primeiro com uma qualquer demonstração de que o meio eleito não promove o fim colimado (p. 171).

⁴¹⁰ FELDENS, *A constituição penal...*, p. 163-4.

⁴¹¹ ARAÚJO, *O princípio da proporcionalidade...*, *in: RBCCrim*, p. 56.

⁴¹² ÁVILA, *Teoria dos princípios...*, 11. ed., p. 163-4.

normativos estabelecem a estrutura de aplicação das normas (princípios e regras), situando-se em plano distinto delas, tendo um *status* de metanorma ou norma de segundo grau.⁴¹³

Por último, por meio do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito verifica-se se houve a justa medida entre as desvantagens dos meios eleitos e as vantagens dos fins.⁴¹⁴ A sua importância é complementar aos demais subprincípios, indicando se o meio utilizado está em razoável proporção com o fim almejado.⁴¹⁵

Para Robert Alexy⁴¹⁶, os dois primeiros subprincípios (o da adequação e o da necessidade) referem-se a mandamentos de otimização das possibilidades fáticas. Já o princípio da proporcionalidade, em sentido estrito, relaciona-se com o mandamento de otimização da possibilidade jurídica.

Há quem diga que a proporcionalidade possui dupla face, a de proteção positiva e a de proteção de omissões estatais.⁴¹⁷ Nesse sentido, pode-se realizar o exame da conformação do ato à Constituição por meio de duplo viés: poderá haver inconstitucionalidade por excesso do Estado ou por “proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos”.⁴¹⁸

Essa face da proibição da proteção insuficiente, como explica Ingo Wolfgang Sarlet, foi desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Alemão, ao proferir decisão sobre aborto, em maio de 1993. Considerou-se nesse julgamento que o legislador, ao implementar um dever constitucional de prestação, deve-se nortear pela proibição da insuficiência, de sorte que os níveis de proteção devem ser suficientes para assegurar um patamar mínimo (adequado

⁴¹³ ÁVILA, *Teoria dos princípios...*, 11. ed., p. 139-140.

⁴¹⁴ ÁVILA, *Teoria dos princípios...*, 11. ed., p. 175.

⁴¹⁵ BARROS, *O princípio da proporcionalidade e...*, p. 80.

⁴¹⁶ O seu livro *Teoria dos Direitos Fundamentais*, traduzido por Virgílio Afonso da Silva (Malheiros, 2009), nomina os subprincípios como máximas. Em nota introdutória à edição, o tradutor explica que as palavras *principis*, *grundatz* e *satz* significam princípios, mas para evitar-se confusão com o conceito adotado pelo autor de princípio como norma contraposta à regra, tendo em vista que o autor também ora utiliza de um ora de outro vocábulo, preferiu-se o termo *máxima* para traduzir os mencionados subprincípios (p. 10).

⁴¹⁷ STRECK, Da proibição de excesso..., in: *Revista do Instituto de...*, p. 254.

⁴¹⁸ STRECK, Da proibição de excesso..., in: *Revista do Instituto de...*, p. 254. No mencionado trabalho, nas páginas seguintes, o autor gaúcho ilustra a proibição de proteção deficiente com exemplos de leis penais que a violam, apontando, à época, a já revogada extinção da punibilidade do agente, nos crimes sexuais, em que houvesse casamento do agente com a vítima. Também aponta o art. 94 do Estatuto do Idoso como inconstitucional por submeter os crimes ali previstos ao Juizado Especial Criminal, apontando, outrossim, como violador da proibição da proteção deficiente o art. 9º. da Lei 10.684/03 (REFIS), o qual estabelece a suspensão da pretensão punitiva em casos de adesão ao parcelamento, e até mesmo a extinção da punibilidade diante do pagamento integral do tributo em crimes de sonegação fiscal, quando para crimes patrimoniais outros (art. 171, 155 e 168, caput, todos do CP) não há semelhante benesse.

e eficaz) de proteção exigido.⁴¹⁹ Ainda conforme o estudioso em referência, a inobservância da proibição da proteção insuficiente está ligada a uma omissão do Poder Público, ainda que parcial.⁴²⁰

Preleciona Lênio Luiz Streck⁴²¹: “A proibição de proteção suficiente pode ser definida como um critério estrutural para a determinação dos direitos fundamentais, com cuja aplicação pode-se determinar se um ato estatal – por autonomasia, uma omissão – viola um direito fundamental de proteção.

A doutrina sustenta que o princípio da proporcionalidade é inerente ao Estado Democrático de Direito⁴²², no qual o exercício do poder encontra limites no respeito aos direitos fundamentais. Nessa perspectiva, o princípio da proporcionalidade possui fundamentação constitucional no art. 1º da Constituição brasileira.

Tem-se que a exigência de proporcionalidade é própria de uma interpretação do direito preocupada com a realidade social e com a realização da justiça material⁴²³, razão por que o princípio em estudo é mesmo ínsito ao Estado Democrático de Direito. Nessa linha de pensamento, há que se superar modos arcaicos e inflexíveis de compreensão do direito e atentar-se para a necessidade de se fazer aplicação prática da norma em busca da sua justa medida. Nesse sentido, o princípio da proporcionalidade propicia a superação do paradigma lógico-formal na interpretação das normas, descortinando ao intérprete o horizonte crítico da justiça material.

Pelas agudas observações em torno da hermenêutica propiciada pela proporcionalidade, as palavras de Ricardo Galvão de Melo, mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, merecem transcrição:

⁴¹⁹ SARLET, Constituição e proporcionalidade:..., *in: RBCCrim*, p. 99.

⁴²⁰ SARLET, Constituição e proporcionalidade:..., *in: RBCCrim*, p. 99. Ainda no mesmo trabalho ora citado, o autor reconhece um ceticismo quanto à construção teórica da proibição da insuficiência, terminando por afirmar que essa perspectiva está conectada a uma proporcionalidade em sentido amplo (p. 103).

⁴²¹ SARLET, Constituição e proporcionalidade:..., *in: RBCCrim*, p. 254.

⁴²² Suzana de Toledo Barros, em sua obra BARROS, *O princípio da proporcionalidade e...*, p. 93-4. Entendendo também que o princípio possui fundamentação no Estado de Direito: MAURACH; ZIPF, *Derecho penal*, p. 110; ROXIN, *Derecho penal*, p. 66; FIANDACA; MUSCO, *Diritto penale*, p. 29. Há quem deduza, de outro modo, que a exigência de proporcionalidade decorra do princípio da reserva legal ou, mesmo, do princípio da isonomia. Karl Larenz toma o princípio da proporcionalidade por sinônimo do princípio da igualdade relativa, que seria aplicável em matéria de deveres e obrigações próprios do direito público, especialmente no campo da justiça distributiva, como na submissão apenas masculina ao serviço militar, na graduação dos tributos em face da capacidade contributiva ou, ainda, na repartição de meios vitais em períodos de necessidade (LARENZ, *Derecho justo...*, p. 141).

⁴²³ Para Larenz, o princípio da proporcionalidade, em seu sentido de proibição de excesso, é um princípio do Direito justo, que deriva imediatamente da ideia de justiça (LARENZ, *Derecho justo...*, p. 145).

A postura lógico-formal, além de arbitrária, não deixa de se constituir em um modelo irracional de 'racionalidade', notadamente em vista de acreditar numa solução segura e justa sempre que dada regra venha a se subsumir a determinado fato concreto.

O dogmatismo exacerbado e uma metodologia de interpretação que se atenha apenas ao contexto lógico-formal da regra são fatores que contribuem para a estagnação do direito, além de, na prática, trazer sérias injustiças. Suas idéias, aliás, de que a norma jurídica poderia trazer todas as soluções – por si só -, nada mais significa do que um reducionismo tendente a fixa conteúdos imutáveis para o direito (busca de uma ontologia). E, ao que nos parece, toda e qualquer tentativa de se buscar, em direito, uma ontologia definida, não deixa de se apresentar como arbitrariedade. Uma arbitrariedade que termina, conforme Alexandre da Maia, cometendo os mesmos erros do positivismo exegético e do jusnaturalismo, é dizer 'a fixação de dogmas inquestionáveis como sendo o conteúdo do direito em si'.⁴²⁴

E não se diga que a aplicação da proporcionalidade pelos juízes promoverá a sua conversão em legisladores. Tal afirmação, apontada como um dos problemas do princípio⁴²⁵, esquece-se de que o legislador não possui liberdade absoluta na eleição dos fins legais e tampouco na escolha dos meios.

O princípio da proporcionalidade, segundo se pode concluir, é ferramenta imprescindível para verificar exageros passíveis de sucederem para mais ou para menos no terreno da discricionariedade. Onde houver discricionariedade na restrição de direitos fundamentais haverá lugar para a testagem da justa medida.

Não se objetiva com o princípio da proporcionalidade encontrar a dimensão correta da restrição imposta ao direito fundamental (quantidade da multa, duração da prisão preventiva, etc), mas com a sua utilização se poderá concluir que determinado meio é desproporcional ou excessivo.⁴²⁶

Palazzo faz considerações sobre proporcionalidade quando aprecia o pronunciamento da Corte Constitucional italiana em matérias a que a Constituição reservou mandados de criminalização.⁴²⁷ Para o autor italiano, a manifestação da Corte há de ser feita numa tríplice valoração, versando sobre a legitimidade da intervenção penal, o que não poderá restringir-se a meras afirmações teóricas.⁴²⁸ Em primeiro plano, deve ser apurado o merecimento da tutela penal do bem jurídico em questão, em harmonia com a tendência constitucional de descriminalização.⁴²⁹ Em segundo lugar, de acordo com Palazzo, as indicações da Corte podem adquirir concretude somente para avaliar a antissociabilidade de

⁴²⁴ MELO, A função hermenêutica do..., in: *Revista do Instituto de...*, p. 122.

⁴²⁵ BARROS, *O princípio da proporcionalidade e...*, p. 201.

⁴²⁶ LARENZ, *Derecho justo...*, p. 145.

⁴²⁷ PALAZZO, *Valores constitucionais e...*, p. 111.

⁴²⁸ PALAZZO, *Valores constitucionais e...*, p. 112.

⁴²⁹ PALAZZO, *Valores constitucionais e...*, p. 112.

tipos suficientemente taxativos de condutas ofensivas a bem jurídico merecedor de tutela penal.⁴³⁰ Em terceiro lugar, deve-se atentar para a indispensabilidade da sanção penal, procedimento feito em três etapas⁴³¹:

A primeira consiste numa valoração comparativa, efetuando-se, de regra, em terreno eminentemente empírico, de eficácia presumivelmente exercitada por diferentes sanções (penais, administrativas, cíveis) entre si, em potencial convergência; sempre que, naturalmente, a sanção penal não se apresente a priori ou verdadeiramente contraproducente. A segunda valoração consiste numa difícil ponderação entre duas grandezas qualitativamente heterogêneas: de um lado, o quantum de maior eficácia de pena criminal com respeito às sanções extrapenais, e de outro, o maior 'custo' (humano e social) da primeira em relação à segunda: a fim de se concluir se a vantagem, em termos de eficácia, é bastante para justificar – proporcionalmente – o maior custo da sanção criminal. A terceira valoração, antes de ser na verdade, uma fase, que, lógica e cronologicamente, deve ser a última, consiste numa tomada de posição de fundo, necessariamente subcondicionada à precedente valoração.

Tem-se que o princípio da proporcionalidade é muito bem vindo ao acervo dos crimes contra o consumidor, cujos tipos, não raro, traduzem desobediências a preceitos consumeristas que poderiam ser solucionadas pelo direito administrativo ou pelo direito civil.

⁴³⁰ PALAZZO, *Valores constitucionais e...*, p. 112.

⁴³¹ PALAZZO, *Valores constitucionais e...*, p. 112.

5 OS TIPOS PENAIS EM ESPÉCIE

Este capítulo visa a analisar os tipos penais em espécie que criminalizam a informação inidônea ao consumidor. Tratam-se dos artigos 63, 64, 66, 67 e 68 do Código de Defesa do Consumidor.

5.1 Aspectos gerais

5.1.1 Sujeitos ativo e passivo

O Código de Defesa do Consumidor define, em seu título II – Das Infrações Penais – uma série de crimes e sanções penais cominadas às condutas consideradas ofensivas *lesivas ou perigosas* aos bens ou interesses jurídicos dos consumidores. Dessa forma, utiliza o direito penal para regular as relações de consumo de forma específica, com base em crimes próprios.

Com fulcro em tal especificidade, o sujeito ativo, o sujeito passivo e o objeto material de tais crimes serão, respectivamente, o *fornecedor*, o *consumidor* e os *produtos e serviços* envolvidos nas relações de consumo.

O *fornecedor* é definido no art. 3º da Lei 8.078/90 como “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

Vale lembrar, no entanto, que a doutrina, a fim de estabelecer os precisos limites de tal dispositivo legal, interpreta-o de forma a considerar a habitualidade do fornecimento algo imprescindível ao fornecedor.⁴³²

⁴³² Assim: FILOMENO *et al.* In: *Código brasileiro de defesa do...*, p. 39; MARINS, *Responsabilidade da empresa pelo...*, p. 76; ANDRADE, *Crimes contra as relações de...*, p. 42.

São também fornecedores os distribuidores (aqueles que colocam o produto ao alcance do consumidor, ao distribuí-lo), revendedores (aqueles que revendem mercadoria com intuito de lucro) e profissionais liberais (médicos, advogados, arquitetos, etc.).

O *consumidor* é definido no art. 2º da mesma lei como sendo “toda pessoa física ou jurídica que adquire e utiliza produto ou serviço como destinatário final”. O parágrafo único do mesmo artigo ainda cuida de equiparar ao consumidor “a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”.

Como se pode observar das disposições do art. 2º do CDC, consumidor é tanto alguém porventura identificado na relação de consumo quanto a coletividade de consumidores, indeterminável por natureza. Ocorre que, por mais que a conduta praticada no caso seja direcionada a alguém especificamente – que esteja interessado, por exemplo, numa determinada compra de um produto –, a coletividade será o sujeito passivo principal. Nesse sentido, o bem jurídico é difuso ou coletivo quanto à sua titularidade. Assim, estabelecem-se potenciais consumidores na fase “das negociações” ou da oferta dos produtos como sujeitos passíveis de proteção pelo CDC. Desse modo, mediante a equiparação entre coletividade e consumidor, permite-se a proteção ao principal sujeito passivo dos crimes contra o consumo: a coletividade.

Frisando o caráter coletivo do bem jurídico nos crimes descritos no CDC, Damásio de Jesus⁴³³ explica que,

[...] em quase todos os crimes de consumo, não existe um sujeito passivo certo, determinado, preciso, individualizado, uma vez que, seja o interesse coletivo ou difuso, surge a coletividade como principal titular da objetividade jurídica. [...] o consumidor aparece como sujeito passivo secundário. Acontece que a norma penal incriminadora, protegendo o interesse difuso, tutela, por via reflexa, os interesses individuais, como a vida, a saúde, o patrimônio, etc.[...] Assim, há nesses delitos: a) um sujeito passivo principal, imediato e constante: a coletividade (vitimização difusa); e b) eventualmente, um sujeito passivo secundário e mediato: o consumidor.

5.1.2 Objeto material

O objeto material não se identifica com o objeto jurídico, ou bem jurídico. Aquele é a coisa ou pessoa sobre a qual recai a conduta, enquanto este refere-se a determinados

⁴³³ JESUS, *Direito penal*, p.131. No mesmo sentido: BENJAMIM, O direito penal do consumidor:..., *in: Revista de Direito do Consumidor*, p. 111.

interesses do consumidor relacionados aos direitos que lhes são inerentes na relação de consumo (art. 6º do CDC).

O objeto material, ou objeto da ação, nos crimes contra o consumidor, constitui-se de produtos e de serviços ofertados no mercado.

Conforme o CDC, no seu art. 3º, §1º, *produto* é “qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”, sendo que *serviço* é definido no parágrafo seguinte do mesmo artigo como “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

5.1.3 Ofensa ao bem jurídico

a) Dano

O dano, ou lesão, é uma modalidade de ofensa ao bem jurídico, ao lado do perigo. Ambos constituem a *ratio essendi* de toda incriminação e sempre devem ser apurados no caso concreto, conforme recomenda o princípio da ofensividade.

A expressão *lesão* não pode ser apreendida em sentido naturalístico, conforme a deterioração de determinado objeto (material) da ação, mas em função da violação do valor contido na norma incriminadora, chamado “bem jurídico”.⁴³⁴ A lesão ao bem jurídico é, pois, um conceito normativo que está no plano da antijuridicidade.⁴³⁵

Mantovani concebe a lesão como um malefício efetivo provocado ao bem protegido, consistente em sua destruição, diminuição, ou perda do bem jurídico, como o poder sobre a coisa – no furto, por exemplo.⁴³⁶

O termo “dano” é sinônimo de “lesão”. De acordo com lição de Paulo José da Costa Jr., aquele é a lesão sob o ângulo do ofendido, ao passo que a lesão constitui o dano sob a perspectiva do ofensor.⁴³⁷

⁴³⁴ JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de derecho penal*, p. 211.

⁴³⁵ MARQUES, *Tratado de direito penal*, p. 57. No mesmo sentido: FRAGOSO, *Lições de direito penal*, p. 169; TOLEDO, *Princípios Básicos de Direito Penal*, p. 163, e; REALE JÚNIOR, *Instituições de direito penal*, p. 87.

⁴³⁶ MANTOVANI, *Diritto penale*, p. 221.

⁴³⁷ *Nexo causal*, p. 55.

Zaffaroni e Pierangeli concebem o dano “quando a relação de disponibilidade entre o sujeito e o ente foi realmente afetada, isto é, quando, efetivamente, impediu-se a disposição, seja de forma permanente (como ocorre no homicídio) ou transitória”.⁴³⁸

Antolisei vê o dano como o efeito do crime.⁴³⁹ Para Fragoso, o dano, ao lado do perigo, seria uma “qualificação da ação (nos crimes formais) ou do resultado (nos crimes materiais), tendo em vista a ofensa que acarretam ao bem jurídico tutelado”.⁴⁴⁰ Registre-se que essas duas concepções não se repelem, mas, ao contrário, complementam-se, desde que se identifique o dano com o resultado jurídico.⁴⁴¹ Este, sem dúvida, é qualificação da ação que não possui resultado naturalístico ou propriamente deste, quando a ação o enseja, levando-se em conta o bem jurídico. Outrossim, o dano, sob o aspecto valorativo, é consequência de toda ação criminosa.

b) Perigo

O perigo é outra modalidade de ofensa ao bem jurídico e também corresponde ao resultado jurídico da ação criminosa.

Conforme a definição dada pela Exposição de Motivos 13 do CP de 1940, o perigo possui um aspecto objetivo como “trecho da realidade”; ou seja, “um estado de fato que contém as condições de superveniência de um efeito lesivo”.

⁴³⁸ ZAFFARONI; PIERANGELI, *Manual de direito penal brasileiro*, p. 561.

⁴³⁹ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, p. 205.

⁴⁴⁰ FRAGOSO, *Lições de direito penal*, p. 169.

⁴⁴¹ Concebendo o resultado em sentido naturalístico, José Frederico Marques, apoiado em Grispigni, discorda, asseverando:

“O dano não é propriamente produto da ação, nem efeito desta, mas a qualificação do fato enquanto ilícito e a essência da própria antijuridicidade. Aquêles, portanto, que consideram a violação do bem jurídico como um evento, confundem a diminuição ou destruição, de fato, de um bem, com a violação do direito, que é a qualificação jurídica do mesmo fato (GRISPIGNI).

O evento se realiza no plano do mundo físico. Ele está na descrição típica em que se enquadra a conduta delituosa com que se exterioriza o querer interno do agente. À conduta que se desenrola no plano natural, segue-se o evento ou resultado. O dano ou lesão jurídica surgirão com o reconhecimento da ilicitude da conduta, ou antijuridicidade do fato típico em que a ação e o resultado contém” (MARQUES, *Tratado de direito penal*, p. 58-59). Entendemos não assistir razão ao ilustre autor, em razão do CP ter abraçado a concepção jurídica de resultado, como se vê da exposição de motivos nº 13 (1940): “Com o vocábulo ‘resultado’, o citado artigo designa o efeito da ação ou omissão criminosa, isto é, o dano efetivo ou potencial, a lesão ou perigo de lesão de um bem ou interesse penalmente tutelado. O projeto acolhe o conceito de que ‘não há crime sem que ocorra, pelo menos, um perigo de dano, e, sendo o perigo um ‘trecho da realidade’ (um estado de fato que contém as condições de superveniência de um efeito lesivo), não pode deixar de se considerado, objetivamente, como resultado, pouco importando que, em tal caso, o resultado coincida ou se confunda, cronologicamente, com a ação ou omissão”.

A palavra *perigo* traz ínsita a ideia de prenúncio de um dano ou lesão. Com efeito, perigo é possibilidade de dano. Mais do que isso, é a probabilidade deste, já que a possibilidade abrange o raro e o eventual.⁴⁴²

Chega-se à afirmação da ocorrência do perigo a partir de um juízo prognóstico, com base nas leis causais e na experiência baseada em casos análogos, de acordo com o que normalmente acontece (*id quod plerumque acidit*). Esse juízo será feito pelo julgador e incidirá sobre a ação praticada. Observa-se que, como qualquer valoração, a apreciação do perigo não deixa de conter um aspecto subjetivo também, exatamente por provir de determinada pessoa. Entretanto, pondera-se que essa face subjetiva convive perfeitamente com a objetiva do perigo, anteriormente referida.⁴⁴³

Subjetivamente, como um juízo, o conceito de perigo corresponde ao de idoneidade. Objetivamente, as noções diferenciam-se, uma vez que o perigo será o objeto da idoneidade a ser apreciada pelo juiz.

c) Perigo concreto

O crime é de perigo concreto quando o tipo exige para a sua configuração a ocorrência de perigo ao bem jurídico. Por exemplo, ilustram tal classificação os delitos descritos nos arts. 308 (“participação em raxa”) e 309 (“direção não habilitada”) do Código Brasileiro de Trânsito, em cujas elementares encontram-se as referências “desde que resulte dano potencial à incolumidade pública ou privada” e “gerando perigo de dano”, respectivamente.

O crime de perigo concreto causa um “resultado de perigo”. A apreciação desse perigo pode suscitar problemas de imprecisão nos critérios de probabilidade de dano, sobretudo porque se trata de um juízo que dependerá de quem o realiza, de um certo subjetivismo.

Horn, procurando trazer objetividade à delimitação do perigo, criou a “teoria científico-natural do resultado de perigo”.⁴⁴⁴ Segundo os seus postulados, há o perigo concreto quando as circunstâncias teriam podido ocasionar a lesão, a qual não se verificou por razões inexplicáveis segundo as ciências naturais, pelo acaso.⁴⁴⁵

⁴⁴² FRAGOSO, *Lições de direito penal*, p. 169.

⁴⁴³ Nesse sentido: FRAGOSO, *Lições de direito penal*, p. 169.

⁴⁴⁴ ROXIN, *Derecho penal*, p. 405.

⁴⁴⁵ ROXIN, *Derecho penal*, p. 405.

Schünemann, de sua vez, desenvolveu “teoria normativa do resultado de perigo”, que também explicava o perigo concreto a partir da casualidade de a lesão não ter se ocasionado. Porém, a explicação para tal não estava na falta de explicações por parte das ciências naturais, mas em virtude de circunstâncias nas quais não se podia confiar como “causas salvadoras”⁴⁴⁶. Noutras palavras, terá ocorrido perigo concreto, segundo a perspectiva normativa do perigo, “quando um homem racional não pudesse contar com um final feliz para os acontecimentos”.⁴⁴⁷

d) Perigo abstrato

Nos crimes de perigo abstrato, o perigo não configura uma elementar como ocorre nos crimes de perigo concreto, mas é o que motiva o legislador⁴⁴⁸ a incriminar determinada ação. Nesses delitos, a periculosidade inerente à ação tipificada basta para a sua configuração, sem que seja preciso condicionar a punição à ocorrência da produção real de um perigo.⁴⁴⁹ Constituem exemplos de crimes de perigo abstrato: o portar arma de fogo de forma ilegal (art. 14 da Lei 10.826/03) e dirigir sob a influência de álcool (art. 306 do Código Brasileiro de Trânsito). A experiência geral mostra que tais condutas trazem aptidão para vulnerar os bens jurídicos⁴⁵⁰ nela implicados.

Contudo, advirta-se que a desconsideração de circunstâncias do caso concreto nos crimes de perigo abstrato conflita com a exigência de ofensividade de todo delito e, mesmo, com o princípio da presunção de não culpabilidade. A doutrina⁴⁵¹ e a jurisprudência⁴⁵² em face dessa questão admitem a prova em contrário do perigo, a demonstração por parte do réu de

⁴⁴⁶ ROXIN, *Derecho penal*, p. 405-6.

⁴⁴⁷ GRECO, ‘Princípio da ofensividade’ e..., in: *Revista Brasileira de...*, p. 121.

⁴⁴⁸ COSTA, *O perigo em direito penal*, p. 620-1.

⁴⁴⁹ ROXIN, *Derecho penal*, p. 336.

⁴⁵⁰ MAURACH; ZIPF, *Derecho penal*, p. 283.

⁴⁵¹ MANTOVANI, *Diritto penale*, p. 225. Zaffaroni e Pierangeli adotam tal orientação considerando o problema nem tanto pertencente ao tipo, mas sim ao campo processual, probatório: “Na realidade, ‘não há tipos de perigo concreto e de perigo abstrato – ao menos em sentido estrito -, mas apenas tipos em que se exige a prova efetiva do perigo submetido ao bem jurídico, enquanto noutros há uma inversão do ônus da prova’, pois o perigo é presumido com a realização da conduta, até que o contrário não seja provado, circunstância cuja prova cabe ao acusado. Trata-se de uma classificação com maior relevância processual do que penal ‘de fundo’” (ZAFFARONI; PIERANGELI, *Manual de direito penal brasileiro*, p. 561).

⁴⁵² “Art. 10 da Lei 9.437/97. Armas. Crime de perigo concreto. O crime do art. 10 da Lei 9.437/97 é de perigo concreto, e não de perigo abstrato. A presunção absoluta do perigo, que caracteriza os delitos de perigo abstrato, é completamente incompatível com o Estado Democrático de Direito, pois não admite prova em contrário. O caso é, pois, de perigo concreto, no qual, ocorre tão somente uma inversão do ônus da prova. Supõe-se em princípio que a conduta do agente gera um perigo de lesão a bem jurídico protegido, mas admite-se prova em contrário, em respeito ao princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos” (Ap. 349.626-8 – 2ª Câmara Criminal – TAMG – Rel. Juiz Erony da Silva - j. 6/11/2001, publicado no “*Diário do Judiciário de Minas Gerais*”, em 07/12/2002).

que a conduta não foi perigosa. Essa orientação, contudo, vem recebendo críticas, pois, a rigor, transformaria os crimes de perigo abstrato em perigo concreto, circunstância a ser apurada pelo julgador.⁴⁵³

Horn e Brehm desenvolveram a noção de que os crimes de perigo abstrato não geram um “resultado de perigo”, mas sim um “perigo de resultado”. Explicam que a punibilidade justifica-se a partir da desobediência ao cuidado devido, num sentido semelhante ao que ocorre com os delitos imprudentes.⁴⁵⁴ Nessa perspectiva, os crimes de perigo abstrato seriam tipos de imprudência sem consequências.⁴⁵⁵ Partindo dessa idéia, Schünemann entende que o aspecto subjetivo da conduta perigosa é de extrema relevância. Daí que sustenta ser mais apropriado considerar os crimes de perigo abstrato como se fossem *tentativas imprudentes*⁴⁵⁶.

Schröder⁴⁵⁷ propôs uma terceira categoria dos crimes de perigo, a dos crimes de perigo abstrato-concreto, que comportaria delitos em que “a concordância formal entre a ação e a descrição legislativa conduz à afirmação de que a sua tipicidade há de ser verificada judicialmente, a fim de que se comprove a idoneidade desta ação para a produção de um perigo ao bem jurídico”⁴⁵⁸. Roxin denomina os crimes de perigo abstrato-concreto de “delitos de aptidão abstrata”, sustentando que não deixam de ser crimes de perigo abstrato, uma vez que é dispensável a produção de um resultado de perigo concreto.

Tal diferenciação não é, e nem poderia ser, processual, de maneira que a transferência ao réu do ônus de provar a inidoneidade (a não periculosidade) da conduta soa contrária ao princípio da presunção de não-culpabilidade. Entende-se que a diferença entre as categorias “perigo concreto” e “perigo abstrato” está realmente no tipo penal, que na primeira hipótese possui como elementar o resultado de perigo. Há, contudo, mais de um modo de se averiguar a existência da situação perigosa ao bem jurídico. Tais critérios, portanto, são diversos em sua abrangência, os quais poderão afirmar, ou não, o perigo. Perigo é risco de resultado lesivo. Como tal, deve ser averiguado por meio de um juízo, um prognóstico. Comumente, a doutrina refere-se a duas espécies de prognósticos: o feito *ex ante* e o realizado *ex post*.

⁴⁵³ SILVEIRA, *Direito penal supra-individual...*, p. 97.

⁴⁵⁴ ROXIN, *Derecho penal*, 408.

⁴⁵⁵ ROXIN, *Derecho penal*, p. 408.

⁴⁵⁶ ROXIN, *Derecho penal*, p. 408.

⁴⁵⁷ ROXIN, *Derecho penal*, p. 409.

⁴⁵⁸ SILVEIRA, *Direito penal supra-individual...*, p. 99.

e) Apuração *ex ante* do perigo

O critério *ex ante* de apreciação da idoneidade da ação é aquele feito pelo juiz no momento em que o agente inicia a conduta.⁴⁵⁹ Para proferir o juízo, o julgador, já tendo ciência sobre da ação realizada, retroage a análise ao instante em que ela foi colocada em prática. Daí porque se diz que o prognóstico é póstumo (*prognosi postuma*).⁴⁶⁰

Questão importante é quanto ao parâmetro de cognoscibilidade das circunstâncias do caso que o julgador deve ter em mente no instante em que profere o juízo. Como o prognóstico é realizado *a priori*, ficam excluídas as circunstâncias imprevisíveis nesse instante.⁴⁶¹ O padrão da previsibilidade é o do homem de média prudência, referencial para o julgador quanto às circunstâncias conhecíveis no início da ação.⁴⁶²

Mantovani⁴⁶³ sustenta que o juízo de idoneidade, caracterizado nos termos expostos (*ex ante*), seria denominado ‘*a base parziale*’, uma vez que se contenta com a presença de circunstâncias que pareçam “verossímeis” naquele momento (necessariamente, não precisam corresponder às que eram conhecidas do agente). Essa aferição da idoneidade, como explica o jurista italiano, prescinde da consideração de “fatores excepcionais impeditivos”, estranhos à conduta.⁴⁶⁴

Ao prognóstico “*a base parziale*”, que deixa de considerar a contribuição de fatores excepcionais (inverossímeis), contrapõe-se o juízo *ex ante* “*a base totale*”, que leva

⁴⁵⁹ Para Mantovani, “è un giudizio ex ante, cioè prognostico-ipotetico (la c.d. prognosi postuma), poiché va rapportato, ‘bloccato’, al momento in cui il soggetto ha posto in essere la sua attività, ed effettuato rispetto ad un reato che non si è verificato” (grifou-se). Referindo-se também ao momento a ser proferido o juízo, inclusive usando a mesma expressão sublinhada acima, está Neppi Modona (MODONA, *Il reato impossibile*, p. 183).

⁴⁶⁰ A *prognosi postuma* era utilizada por V. Liszt, em sua conhecida teoria objetiva. Sobre o assunto, confira: MODONA, *Il reato impossibile*, p. 185; MELLO, *O delicto impossível*, p. 113-119; SARDINHA, *A tentativa impossível*, p. 107-109.

⁴⁶¹ Nesse sentido: MODONA, *Il reato impossibile*, p. 189.

⁴⁶² A seguir, expressando o seu intuito de tornar mais concreto possível o juízo de idoneidade, especifica melhor o referencial a ser seguido pelo julgador, esclarecendo que seria o homem do mesmo grupo social do agente: “non tanto allo schema dell’uomo normale, o avveduto, o particolarmente avveduto, e alle sue conoscenze, quanto piuttosto – riducendo ulteriormente il grado di astrazione nella ricerca – allo schema dell’uomo del gruppo sociale a cui il soggetto agente appartiene” (MODONA, *Il reato impossibile*, p. 182).

A tentativa feita por Siniscalco de oferecer um critério mais concreto de idoneidade acabou conduzindo a uma presunção: a de que todos os homens!de mesmo grupo social possuem o mesmo grau de previsibilidade. Tal presunção poderia ser evitada, caso se acatasse a posição referente ao homem médio. Além disso, como destacou Neppi Modona, a idoneidade é algo objetivo, que existe ou não existe, sendo que sempre haverá oportunidade para excluir-se a responsabilidade quando se constatar que o sujeito “*não podia conhecer ou prever a perigosidade da própria conduta*” (MODONA, *Il reato impossibile*, p. 188).

⁴⁶³ MANTOVANI, *Diritto penale*, p. 445.

⁴⁶⁴ Um exemplo de circunstância extraordinária seria o colete à prova de balas utilizado pela vítima, impedindo que esta se lesione com um disparo de arma de fogo efetuado por um agente que desconhecia a proteção mencionada. Tal particularidade também não seria conhecível do homem médio, posto que excepcional.

em conta todas as circunstâncias existentes, conhecidas ou não do agente, verossímeis ou inverossímeis para o homem médio, ordinárias ou extraordinárias.⁴⁶⁵

É fácil verigicar que os dois modos de se realizar a *prognosi* conduzem a soluções diametralmente distintas para casos concretos. Para ilustrar questão, reproduz-se a dupla análise feita por Marinucci e Dolcini a partir de um mesmo exemplo⁴⁶⁶: “A”, armado com uma espingarda municada, resolve atirar em “B”, pretendendo matá-lo. Numa situação como essa, levando-se em conta as circunstâncias conhecidas de “A” e as conhecíveis (verossímeis) para o homem médio, não se terá dificuldade em fazer-se um juízo afirmativo quanto à idoneidade da conduta no momento em que “A” pressionar o gatilho. Contudo, a arma em referência apresentava um defeito mecânico, que impedia qualquer disparo. Ora, se esta circunstância extraordinária e imprevisível no início da ação fosse considerada (*ex ante a base totale*), o prognóstico quanto à idoneidade não constataria qualquer potencialidade lesiva na ação em análise.

f) Apuração *ex post* do perigo

Em contraposição à aferição da idoneidade “*ex ante*”, existe o juízo tomado *a posteriori* da conduta, ou *ex post*.⁴⁶⁷ Esse juízo já não é mais hipotético, mas uma constatação “estática”. Concluída a ação, perquire-se se houve ou não a ofensa ao bem jurídico.⁴⁶⁸

Nota-se que a tipicidade de alguns crimes cuja conduta exige a “aptidão para enganar alguém”, como os de falsidade documental e de estelionato, por exemplo, está condicionada à verificação *ex post* da potencialidade lesiva da conduta levada a cabo pelo agente.⁴⁶⁹

⁴⁶⁵ MANTOVANI, *Diritto penale*, p. 445.

⁴⁶⁶ MANTOVANI, *Diritto penale*, p. 299-300.

⁴⁶⁷ Mantovani (MANTOVANI, *Diritto penale*, p. 445) designa-o também de juízo “*a cose fatte*”.

⁴⁶⁸ MODONA, *Il reato impossibile*, p. 203.

⁴⁶⁹ Sylvio do Amaral, ao dissertar sobre as falsidades inócua e grosseira, demonstra que a aferição da idoneidade em tais crimes só se pode dar *a posteriori* (AMARAL, *Falsidade documental*, p. 65). É que a repressão da contrafação documental só gera interesses para o Estado quando interfere na órbita das obrigações entre os cidadãos ou entre estes e o Estado, como sustenta. Confira as suas palavras: “Se a deturpação realizada pelo falsário é de natureza tal que pode ser facilmente percebida, seu procedimento não atinge as culminâncias do ilícito penal. O falso punível é só aquele que ilude os sentidos ou a inteligência, ou que tem qualidades de semelhança com o original capazes de produzir tal resultado, tomado por padrão o senso crítico do homem mediano” (AMARAL, *Falsidade documental*, p. 77).

g) Críticas e posição adotada

Como se impõe a todo crime um resultado pelo princípio da ofensividade, o tipo de perigo abstrato não deve escapar à regra, cabendo ao julgador verificar se o fato realmente acarreta o perigo que o legislador pretendeu proibir. Nesse sentido, quando a conduta não trazer probabilidade de perigo no caso concreto não haverá crime. É o que se dá, relativamente aos exemplos clássicos acima citados de crimes de perigo abstrato, v.g., o porte ilegal de arma de fogo quando a arma encontra-se desmuniada.

A verificação do perigo imprescindível ao crime, seja de perigo concreto, seja de perigo abstrato, deve ser feita sempre pelo julgador (quem), quando da apreciação do mérito (quando), por meio de um prognóstico *ex ante*, considerando todas as circunstâncias do caso, conhecidas ou desconhecidas do agente (como).

Nesse juízo, o julgador colocar-se-á no lugar de um observador imparcial, retroagindo ao momento do início da prática delituosa. Contudo, para que seja concreto o prognóstico será preciso levar em consideração as circunstâncias que podem influenciar na constatação do perigo, ainda que tenham sido conhecidas do agente durante a prática do crime ou, mesmo, que não tenham vindo a seu conhecimento após o fato. Ou seja, o julgador intelectual e idealmente retroage ao início da prática (*ex ante*). Contudo, colhe as particularidades todas do caso concreto, ainda que normalmente elas tenham se mostrado após o fato (*ex post*).

Dessa forma, combinam-se os critérios de aferição feitos ao início e ao final da conduta (*ex ante e ex post*), encontrando-se um meio termo apto a pronunciar concretamente o juízo de perigo, que, ao gosto da doutrina italiana⁴⁷⁰, é chamado *ex ante a base totale*.

A incriminação por meio de tipos de perigo abstrato é válida constitucionalmente, desde que se faça o exame da ofensividade mediante a aferição do perigo no caso concreto. Nesse aspecto, concorda-se com a categoria de crimes de aptidão abstrata ou de perigo abstrato-concreto. Não se pode aceder, todavia, à orientação de que a prova da inexistência do perigo caberia ao réu, pois tal seria subverter o princípio da não culpabilidade. Cabe ao órgão acusador o ônus da prova do perigo e ao julgador verificá-lo.

Advirta-se, porém, quanto aos crimes de perigo abstrato-concreto, que, por se tratar de modo de intervenção penal mais intenso do que a existente no tipo de perigo concreto, é preciso estabelecerem-se condições de legitimidade para a sua incriminação, em atenção ao princípio da intervenção mínima, ao da proporcionalidade e ao da ofensividade.

⁴⁷⁰ MANTOVANI, *Diritto penale*, p. 445. No mesmo sentido: DOLCINI; MARINUCCI, *Diritto penale*, p. 299.

Ângelo Roberto Ilha da Silva, em sua tese de doutoramento “Dos Crimes de Perigo Abstrato em face da Constituição”, posiciona-se, com razão, favoravelmente à instituição de crimes de perigo abstrato, desde que os citados princípios constitucionais sejam obedecidos.⁴⁷¹

5.1.4 Crimes de consumo próprios e crimes de consumo impróprios

Os crimes de consumo que respeitam a configuração padronizada de sujeitos e objeto material⁴⁷² são denominados “crimes de consumo próprios”.⁴⁷³

Pode-se ter “crimes de consumo impróprios”, contudo, nos quais o agente do delito pode não se identificar com a figura do fornecedor e o sujeito passivo pode não ser o consumidor.⁴⁷⁴

Para Antônio H. V. Benjamim, que idealizou a classificação em referência, os crimes de consumo impróprios não foram criados com os ideários do consumerismo e tampouco objetivam reequilibrar a relação de consumo.⁴⁷⁵ Para o autor, esta última categoria subdivide-se em crimes reflexamente de consumo e crimes acidentalmente de consumo.⁴⁷⁶

De acordo com Benjamim, os crimes reflexamente de consumo têm lugar nos casos em que se tutelam prioritariamente outros sujeitos e objetos. A “proteção da relação de consumo só se verifica no rastro do socorro que se presta à relação jurídica outra, normalmente profissional”.⁴⁷⁷ O autor identifica-os com os crimes que podem suceder a partir da infringência ao regramento do sistema bancário, do mercado financeiro e imobiliário e da concorrência leal.

⁴⁷¹ É legítimo que se adote uma política criminal para o resguardo de bens por meio de tipos de perigo abstrato, quando esses bens estiverem pressupostos na Constituição, ao menos de forma implícita ou instrumental, para tutela de bens ou valores constitucionalmente essenciais, em hipóteses em que o tipo penal indique, traga em si, um caráter de ofensividade a algum bem primordial, respeite o princípio da proporcionalidade e observe o princípio da intervenção mínima, ou seja, *ultima ratio*. Em tal caso, atendendo-se a necessidade preventivas, deve-se atribuir maior preponderância ao desvalor da ação sem que isso signifique arranhar a Constituição” (SILVA, *Dos crimes de perigo abstrato...*, p. 146).

⁴⁷² PIMENTEL, Aspectos penais do..., in: *Revista dos Tribunais*, p. 249.

⁴⁷³ BENJAMIM, O direito penal do consumidor:..., in: *Revista de Direito do Consumidor*, p.113.

⁴⁷⁴ BENJAMIM, O direito penal do consumidor:..., in: *Revista de Direito do Consumidor*, p. 113.

⁴⁷⁵ BENJAMIM, O direito penal do consumidor:..., in: *Revista de Direito do Consumidor*, p. 113.

⁴⁷⁶ BENJAMIM, O direito penal do consumidor:..., in: *Revista de Direito do Consumidor*, p. 113.

⁴⁷⁷ BENJAMIM, O direito penal do consumidor:..., in: *Revista de Direito do Consumidor*, p. 114.

Já os crimes acidentalmente de consumo são formados por delitos previstos em tipos penais amplos, que não levam em conta as circunstâncias da relação de consumo. Para Benjamim, apenas “no caso concreto – por acidente, então – ao ampararem uma relação de consumo, quase sempre individual, é que ganham a qualidade de crime de consumo”.⁴⁷⁸

O autor exemplifica os delitos acidentalmente de consumo com crimes descritos no Código Penal, tanto de dano como de perigo para os bens jurídicos individuais “saúde”, “patrimônio”, “vida” e “incolumidade física”. É o que se constata da listagem por ele realizada: crimes de homicídio e lesões corporais culposos, crimes de perigo para a vida ou saúde (art. 132), crimes de estelionato (art. 171) e de fraude no comércio (art. 175), crimes de desabamento ou desmoronamento culposos (art. 256, parágrafo único), crimes de infração de medida sanitária preventiva (art. 268) e de corrupção ou poluição de água potável (art. 271).⁴⁷⁹

5.1.5 Concurso de pessoas

O Código de Defesa do Consumidor disciplina o concurso de pessoas em seu art. 75, repetindo o disposto no art. 29 da parte geral do Código Penal no trecho “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”.

No entanto, no referido artigo do CDC o legislador acrescenta: “bem como o diretor, administrador ou gerente da pessoa jurídica que promover, permitir ou por qualquer modo aprovar o fornecimento, oferta, exposição à venda ou manutenção em depósito de produtos ou a oferta de prestação de serviços nas condições por ele proibidas”. Alberto Zacharias Toron⁴⁸⁰ deduz: “Tal composição da regra do concurso se, por um lado, reafirma o clássico postulado da responsabilidade pessoal, de outro, isto é, na segunda parte, abre espaço para a responsabilidade objetiva, caso não se realize uma interpretação restritiva do preceito”.

Esse espaço aberto para a responsabilidade objetiva pode ser compreendido como esforço de se criar forma de participação dos gerentes, diretores e administradores em modalidade culposa relacionada aos crimes praticados pelos prepostos. A partir da segunda

⁴⁷⁸ BENJAMIM, O direito penal do consumidor..., in: *Revista de Direito do Consumidor*, p. 114.

⁴⁷⁹ BENJAMIM, O direito penal do consumidor..., in: *Revista de Direito do Consumidor*, p. 114.

⁴⁸⁰ TORON, Aspectos penais da..., in: *Revista Brasileira de...*, p. 86.

parte do art. 75, nesse raciocínio, seria possível invocar a culpa *in negligendo, in eligendo* ou *in vigilando* dos dirigentes da pessoa moral, permitindo um atuar culposo.

A responsabilidade que se pretenderia com tal argumento estaria baseada no dever de fiscalizar, o que parece, em realidade, um aceno à responsabilidade objetiva⁴⁸¹, incompatível com o Direito Penal brasileiro. Ademais, a responsabilidade nos exatos termos da segunda parte do art. 75 do CDC ensejaria situação dogmática inadmissível, propiciando a punição do autor por fato doloso, por exemplo, e do diretor pela conduta culposa retroindicada. É exata a lição do professor Manoel Pedro Pimentel: “Ninguém pode concorrer culposamente para a prática de um crime doloso. Esta é uma verdade dogmática com foros de axioma em Direito Penal”.⁴⁸²

Embora haja controvérsia, chega-se ao entendimento de que a Lei 8.137/90, em seu art. 11⁴⁸³, revogou a segunda parte do comentado art. 75 do CDC⁴⁸⁴, ao dispor que “quem, de qualquer modo, inclusive por meio de pessoa jurídica, concorre para os crimes definidos nesta lei incide nas penas a estes cominadas na medida de sua culpabilidade”.

Destarte, o que já era difícil de se sustentar em face do princípio da culpabilidade, fica, pois, expungido pelo art. 11 da Lei 8.137/90.

Aplica-se, então, a disciplina da parte geral do Código Penal ao concurso de agentes nos crimes contra as relações de consumo.

5.1.6 Aspectos da lei penal no tempo

O Código de Defesa do Consumidor foi publicado em 11/09/1990, com *vacatio legis* de 180 dias (art. 118). Entre a publicação e o vigor do CDC, foi publicada a Lei 8.137/90, em 27/12/1990, passando a vigor a partir desta mesma data (art. 22).

Há controvérsia sobre qual desses dois diplomas legais deve ser considerado lei posterior. Para alguns, seria a Lei 8.137/90; para outros, o CDC. O dissenso versa sobre ponto

⁴⁸¹ Criticam a segunda parte do art. 75 do CDC pela responsabilidade penal objetiva que sugere:

⁴⁸² PIMENTEL, Aspectos penais do..., *in: Revista dos Tribunais*, p. 256.

⁴⁸³ “Art. 11. Quem, de qualquer modo, inclusive por meio de pessoa jurídica, concorre para os crimes definidos nesta lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida de sua culpabilidade”.

⁴⁸⁴ TORON, Aspectos penais da..., *in: Revista Brasileira de...*, p. 86; FONSECA, *Direito penal do consumidor...*, p.57. Há quem discorde da revogação: GUIMARÃES, *Tutela penal...*, p. 56.

bastante relevante, na medida em que as disposições em contrário da lei anterior são revogadas pela lei posterior.

Fragoso sustenta que para determinar qual é a lei posterior, deve-se atentar à data da vigência, e não a de sua publicação ou promulgação.⁴⁸⁵ Por meio desse entendimento, há quem entenda que o CDC é posterior.⁴⁸⁶ Para Miguel Reale Jr., que compartilha de tal orientação, o CDC revogou a Lei 8.137/90.⁴⁸⁷ Mas há posição diametralmente oposta, que considera determinante a data de publicação. Logo, a Lei 8.137/90 seria posterior.⁴⁸⁸ Alguns defensores dessa orientação têm alguns dispositivos do CDC como revogados.⁴⁸⁹

A discussão acerca de qual lei é posterior merece reflexão maior do que simplesmente encontrar determinado termo de vigência ou de publicação prevalente, até porque o legislador não se preocupou com a boa técnica. Soa mesmo esdrúxulo ante a evidente desordem legislativa uma lei regular a mesma matéria (Lei 8.137/90) e ser publicada e entrar em vigor em plena *vacatio legis* do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90).

A ideia de confusão legislativa vem imediatamente à cabeça daqueles que tomam ciência das respectivas datas de publicação e de vigência de ambos os diplomas legais referidos. A situação de estranheza absoluta agrava-se ainda mais na medida em que o CDC era extremamente aguardado pela sociedade brasileira, em face do art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.⁴⁹⁰ Além disso, o indiscutível saber jurídico dos autores do anteprojeto do CDC também dimensionava as expectativas sociais em torno dele.

A discussão, interminável, recomenda ao intérprete adotar solução visando à harmonia do ordenamento, superando-se impasses técnicos. Tal raciocínio é plenamente cabível *in casu*. A compreensão a que se pode chegar é que as duas leis que disciplinam as relações de consumo estão em plena vigência e uma não revogou a outra. Ao contrário, uma complementa a outra. Quanto aos tipos penais que uma e outra preveem, basta verificar que as incriminações são diversas⁴⁹¹: o CDC outorgou tutela penal às hipóteses de perigo – geralmente abstrato –, enquanto a Lei 8.137/90 cuidou de prever crimes de dano. A questão

⁴⁸⁵ FRAGOSO, *Lições de direito penal*, p. 101.

⁴⁸⁶ TICIANELLI, *Delitos publicitários*, p. 195.

⁴⁸⁷ REALE JÚNIOR, *Instituições de direito penal*, p. 100.

⁴⁸⁸ NERY JÚNIOR, *et al.* Código brasileiro de defesa do..., p. 960.

⁴⁸⁹ Assim, Alberto Zacharias Toron entende que o art. 11 da Lei 8.137/90, que dispõe sobre o concurso de pessoas, revogou o art. 75 do CDC, que trata do mesmo tema (TORON, Aspectos penais da..., *in: Revista Brasileira de...*, p. 89). Acompanha tal orientação: FONSECA, *Direito penal do consumidor...*, p. 57.

⁴⁹⁰ O dispositivo do ADCT estabeleceu prazo de 120 dias a contar da publicação da Constituição para a elaboração do CDC pelo Congresso.

⁴⁹¹ TICIANELLI, *Delitos publicitários*, p. 217.

do tratamento distinto que apresentam para o concurso de agentes não gera revogação nem de um, nem de outro, já que, compreendidas as normas conforme o princípio da culpabilidade, não há a aparente divergência, como se tratará do assunto em item próprio.

5.1.7 Ação penal, benefícios da Lei 9.099/95 e competência em razão da matéria

A persecução aos crimes dos arts. 63, 64, 66, 67 e 68 do CDC verifica-se por meio de ação penal pública incondicionada.

A pena privativa de liberdade que lhes é abstratamente cominada não ultrapassa os dois anos, razão por que todos os delitos retroreferidos são considerados infrações de menor potencial ofensivo e serão julgados perante o Juizado Especial Criminal, conforme o disposto no art. 61 da Lei 9.099/95.

São cabíveis aos delitos de informação inidônea objeto deste estudo os benefícios despenalizadores previstos nos arts. 72 (composição civil dos danos), 76 (transação penal) e 89 (suspensão condicional do processo), todos da Lei 9.099/95.

Como consequência prática da competência em razão da matéria, aponta-se a dificuldade de se encontrar na jurisprudência decisões a respeito dos crimes previstos no CDC após o advento da Lei 10.054, de 7 de dezembro de 2000, que ampliou de um para dois anos de prisão o limite que define as infrações de menor potencial ofensivo.

A escassez jurisprudencial ocorre porque as Turmas Recursais, competentes para a apreciação dos recursos de apelação em face das sentenças dos Juizados Especiais Criminais (art. 83 da Lei 9.099/95), não são dotadas de estrutura suficiente para divulgar amplamente suas decisões em sítio próprio na *Internet*, a exemplo do que sucede nos Tribunais Superiores, nos Tribunais estaduais e nos Tribunais Regionais Federais.

As decisões de mérito a respeito dos crimes previstos no CDC são encontráveis na jurisprudência dos Tribunais estaduais em casos de conexão e de continência com crimes da competência desses órgãos.

Essa apontada dificuldade de ordem prática revela-se prejudicial ao desenvolvimento do Direito pátrio, já que a precariedade na divulgação dos acórdãos proferidos pelas Turmas Recursais restringe essa importante fonte de direito que é a jurisprudência. Certamente, os estudiosos da matéria e aqueles que com ela lidam no dia a dia

forense ressentem-se dessa realidade, sobretudo porque os tipos penais do CDC são pouco abordados pela doutrina e possuem peculiaridades que desafiam a integridade de determinados princípios constitucionais, como se viu no decorrer desta pesquisa.

5.1.8 Concurso aparente de normas

Como a própria expressão deixa claro, o concurso entre as normas é aparente apenas. Não é real. Daí porque nesta temática são reunidos esforços interpretativos⁴⁹², visando ao reconhecimento de crime único.

Os critérios são conhecidos. A dificuldade prática de, no caso concreto, optar por um e por outro também. O mais legítimo, sem dúvidas, é o da especialidade, acolhido expressamente no art. 12 do CP. Além dele, citam-se o princípio da subsidiariedade, o da consunção e o da alternatividade.

Fora das relações de consumo, as situações de dano ou de periclitación a bens jurídicos individuais podem suceder. Para tanto, o Código Penal possui acervo de incriminações adequadas a tanto. Citam-se os delitos de dano e os de fraude no comércio, as várias modalidades de estelionato, os delitos de homicídio e de lesões corporais e, ainda, os crimes de perigo comum, nos quais se localizam notadamente os delitos contra a saúde pública.

De outro lado, quando se têm os sujeitos próprios da relação de consumo (fornecedor e consumidor), as situações ofensivas a bens jurídicos individuais e coletivos são tuteladas penalmente pela Lei 8.137/90 e pelo CDC, respectivamente. Leis especiais que são, prevalecem sobre o Código Penal.

As hipóteses fáticas que ensejam perigo a bens coletivos e dano a interesses individuais merecem reflexão e cuidado. A diversidade de seus titulares, atente-se, não impede o reconhecimento de crime único. Também a compreensão logicamente diversa de um e de outro não o impede. Os bens coletivos e individuais dos consumidores encontram-se em uma mesma linha de proteção penal. Os primeiros, conforme as lições de Mata y Martín, são chamados de “intermediários” e funcionam como espécie de câmara protetora dos segundos.

⁴⁹² Veja-se o esmerado estudo de Frederico Gomes de Almeida Horta em sua obra “Do concurso aparente de normas” (HORTA, *Do concurso aparente de normas*).

Nessa mesma linha de compreensão, os bens coletivos encontram-se a serviço dos bens individuais. De acordo com este estudo, lembre-se que os crimes aqui analisados possuem como bem jurídico (coletivo) o direito à informação como forma de assegurar a incolumidade física e patrimonial e a vida do consumidor individual.

Os crimes do CDC, notadamente aqueles aqui tratados, manifestam tutela penal destinada à antecipação ao dano, e por isso são classificados como “crimes de perigo” (abstrato-concreto). A tutela das relações de consumo exige que a proteção aos interesses nela envolvidos seja contínua, e desse modo previu crime de dano patrimonial ao consumidor individual, por meio da Lei 8.137/90, especificamente no inciso VII do art. 7º.

O princípio da consunção, em apertada síntese, promove o entendimento de que o crime meio é absorvido pelo crime fim. O crime meio constitui-se, não raro, de um crime de perigo; e o crime fim, de um crime de dano. É a normal progressão delituosa. Antes da configuração do dano existe o perigo. Desse modo, a prática de um crime de perigo previsto no CDC que resultar em dano patrimonial ao consumidor individual enseja crime único previsto no art. 7º, VII, da Lei 8.137/90.

Reconhecer, por exemplo, concurso de crimes entre o delito do art. 66 do CDC e o previsto no art. 7º, VII, da Lei 8.137/90, ainda que os bens jurídicos em jogo sejam diversos, subverte os ensinamentos mais comezinhos a respeito da aplicação da lei penal e causa *bis in idem* na responsabilização do agente.

Para evitar conclusões injustas como essa, que reconhece o concurso de infrações, poderia o legislador ter disposto no próprio CDC a situação de dano após a incriminação do perigo. Bastaria que se dispusesse em parágrafo seguinte forma qualificada de dano patrimonial ao consumidor. A sanção cominada teria, então, outro patamar, mais grave. Essa maneira de dispor, ora sugerida *de legge ferenda*, está presente no Código Penal no Título VIII, que trata dos crimes contra a incolumidade pública, conforme os arts. 258, 263 e 285.

Até então se tratou de conflito aparente de normas entre crimes próprios contra o consumidor, descritos em leis que disciplinam especificamente as relações de consumo. Indaga-se no caso de ocorrência de dano à incolumidade física ou à vida do consumidor se haveria caso de conflito aparente de normas, a reconhecer crime único – homicídio ou lesões corporais culposas, por exemplo.

A resposta é negativa. Nessa hipótese, haverá concurso de crimes, na modalidade do art. 70 do CP (concurso formal), pois, mediante uma conduta perigosa ao consumidor difusamente considerado, houve também crime contra a vida ou contra a integridade física deste.

Quanto à hipotética concorrência entre normas incriminadoras de perigo dispostas no Código Penal e no Código de Defesa do Consumidor (por exemplo, art. 64 do CDC e art. 132 do CP) para reger conduta ocorrida nas relações de consumo, prevalecerá a norma referente ao crime próprio contra o consumidor.⁴⁹³ Aplica-se, pois, o princípio da especialidade.

5.1.9 Circunstâncias agravantes

O art. 76 do CDC define as circunstâncias agravantes dos crimes nele previstos, sendo as seguintes:

- I - serem cometidos em época de grave crise econômica ou por ocasião de calamidade;
- II - ocasionarem grave dano individual ou coletivo;
- III - dissimular-se a natureza ilícita do procedimento;
- IV - quando cometidos:
 - a) por servidor público, ou por pessoa cuja condição econômico-social seja manifestamente superior à da vítima;
 - b) em detrimento de operário ou rurícola; de menor de dezoito ou maior de sessenta anos ou de pessoas portadoras de deficiência mental interdadas ou não;
- V - serem praticados em operações que envolvam alimentos, medicamentos ou quaisquer outros produtos ou serviços essenciais .

As agravantes são circunstâncias que, uma vez presentes, ensejam maior reprovação social contra o agente e, conseqüentemente, exacerbam a pena.⁴⁹⁴

As circunstâncias agravantes retroelencadas são praticamente as mesmas previstas para o crime de usura, inicialmente previstas no art. 4º, §2º, do Decreto Lei 869/38, e mantidas pela Lei de Crimes contra a Economia Popular (Lei 1.521/51), com brevíssimos acréscimos.⁴⁹⁵

Chama-se a atenção para o intensificado uso de elementos normativos para a definição das agravantes.⁴⁹⁶ Essa particularidade acena para a insegurança jurídica quando precedidos do termos que necessitam de valoração pessoal por parte do juiz, como “grave crise econômica” e “grave dano individual ou coletivo”.

⁴⁹³ De acordo com o texto: GUIMARÃES, *Tutela penal do consumo*:..., p. 69.

⁴⁹⁴ LOPES, *Curso de direito penal*, p. 202.

⁴⁹⁵ GUIMARÃES, *Tutela penal do consumo*:..., p. 71.

⁴⁹⁶ PIMENTEL, *Aspectos penais do*..., in: *Revista dos Tribunais*, p. 257.

Destaca-se que o rol das agravantes é taxativo, e não exemplificativo.⁴⁹⁷ Para a dosimetria das penas relativamente aos crimes contra o consumidor dispostos no CDC, aplicam-se somente as circunstâncias agravantes desse art. 76, e não as do Código Penal, dispostas nos arts. 61 e 62 deste diploma legal. Considera-se, então, o princípio da especialidade do art. 12 do Código Penal, diante do tratamento específico da matéria por parte da legislação extravagante.

Ao contrário do art. 61 do CP, o art. 76 deixa de fazer a advertência quanto à condição subsidiária com que as agravantes genéricas são consideradas: “quando não constituem ou qualificam o crime”. Em que pese a ausência de advertência do CDC nesse aspecto, por óbvio que o entendimento esposado na parte geral do CP aplica-se ao CDC, seja porque este não dispõe de modo contrário, seja, principalmente, em homenagem ao princípio do *ne bis in idem*.

Quanto à agravante do **inciso I**, a referência à grave crise econômica parece ser herança histórica da depressão econômica da década de 1930, em face da anterior previsão contida no Decreto Lei 869/38, conforme destacou Sérgio Chastinet D. Guimarães.⁴⁹⁸

O legislador equiparou a grave crise econômica a calamidade, dispondo-as num mesmo inciso. Daí porque se lhes aplicam as mesmas razões de compreensão para a agravação da sanção. Frágoso, ao comentar a agravante genérica contida no art. 61, alínea “j” do CP⁴⁹⁹, explica: “Aproveita-se aqui o agente de situação que lhe permite praticar com mais facilidade o crime, pois em caso de calamidade ou desgraça afrouxa-se a vigilância sobre os bens e a própria pessoa, preocupada que está com a sua salvação, buscando socorro”.⁵⁰⁰

Com efeito, a prática de delito contra os consumidores em época em que são abatidos por escassez de recursos econômicos acarreta maior censura ao agente diante de sua maior insensibilidade nesse período excepcional da economia, sobretudo quando se utiliza de ardis para atrair o consumo.

Como nos crimes de informação inidônea e, de resto, nos demais definidos no Código de Defesa do Consumidor, o bem jurídico é coletivo, destaca-se que a agravante em apreço configurar-se-á quando a crise econômica (grave) atingir a coletividade, e não um

⁴⁹⁷ PIMENTEL, Aspectos penais do..., in: *Revista dos Tribunais*, p. 257.

⁴⁹⁸ GUIMARÃES, *Tutela penal do consumo*:..., p. 71.

⁴⁹⁹ Art. 61, II, “j”, “ter o agente cometido o crime em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido”.

⁵⁰⁰ FRAGOSO, *Lições de direito penal*, p. 336.

consumidor determinado que se ache nessa situação.⁵⁰¹ Ademais, faz-se necessário que o agente aproveite-se da situação de crise ou de calamidade para agir.

No que toca ao **inciso II**, “ocasionarem grave dano coletivo ou individual”, a agravante tem lugar em face do maior desvalor do resultado apresentado pela conduta concreta. Nessa hipótese, que, como dito, enseja algum subjetivismo, reclama-se do julgador a prudência necessária para mensurar o dano a que se refere a lei, sendo imperioso que conheça realmente as circunstâncias do fato.

Conforme bem ponderado por Marcos Ticianelli, a configuração da agravante em apreço depende da ocorrência de dano efetivo pela redação empregada no referido inciso, e não dano potencial.⁵⁰² Essa consideração faz com que a agravante do inciso II apenas seja aplicada na hipótese de um ou mais consumidores adquirirem os produtos ou contratarem os serviços anunciados ou oferecidos no mercado. Pode-se dizer que a hipótese pertence à fase do exaurimento do delito descrito no CDC, sendo uma consequência do crime perpetrado.

A agravante em apreço, que se configura a partir do dano efetivo, reforça a classificação dos crimes definidos no CDC como de perigo, cuja estrutura típica dispensa a ocorrência de dano.

A agravante do **inciso III**, “dissimular-se a natureza ilícita do procedimento”, carece de técnica legislativa mais apurada, pois quem dissimula, ocultando a verdade, já age ilicitamente, descumprindo o dever de informar ao consumidor.⁵⁰³ Ademais, *procedimento* é uma palavra com sentido técnico, processual, que foi empregada pelo legislador num senso vulgar.⁵⁰⁴

Paulo José da Costa Jr. e Fernando José da Costa ressaltam o significado da dissimulação: “Na dissimulação ressalta a insídia, que é o aspecto material da traição. Corresponde a traição à aleivosia das Ordenações do Reino, que era ‘uma maldade atraíçoeiramente sob mostrança de amizade’ (Livro V)”.⁵⁰⁵

Compartilha-se do entendimento de que agravante aplica-se somente aos crimes dolosos⁵⁰⁶, por ser incompatível com o fato culposos a dissimulação.

⁵⁰¹ TICIANELLI, *Delitos publicitários*, p. 216.

⁵⁰² TICIANELLI, *Delitos publicitários*, p. 217.

⁵⁰³ FONSECA, *Direito penal do consumidor...*, p. 112.

⁵⁰⁴ FONSECA, *Direito penal do consumidor...*, p. 111.

⁵⁰⁵ COSTA JÚNIOR; COSTA, *Crimes contra o consumidor*, p. 62.

⁵⁰⁶ GUIMARÃES, *Tutela penal do consumo:...*, p.72.

Para evitar *bis in idem*, não se pode considerar a agravante do inciso III na aplicação da pena em virtude da prática dos crimes que contemplam em sua estrutura típica o engodo à vítima, como os descritos nos arts. 66 a 68 do CDC.⁵⁰⁷

O fundamento para a maior punição está na diminuição das chances de defesa da vítima.⁵⁰⁸ A agravante está também prevista no Código Penal, e o rol constante da alínea c, inc. II, do art. 61 traz exatamente esta razão de punir: ter o agente cometido o crime “à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido”.

A agravante do **inciso IV** prevê o aumento da pena nas hipóteses em que:

- a) o sujeito ativo for servidor público ou tiver condição econômico-social manifestamente superior à da vítima; e
- b) o crime tiver sido cometido em detrimento de operário ou rurícola, de menor de dezoito ou maior de sessenta anos ou de pessoas portadoras de deficiência mental, interditadas ou não.

Observa-se que a condição de servidor público do sujeito ativo, pessoa que deve nortear-se pela probidade e retidão na sua função, aumenta a censura da conduta delituosa praticada.

Para que incida a agravante, é necessário que a conduta do servidor relacione-se ao exercício de sua função no momento da ação.⁵⁰⁹ Caso assim não fosse, a agravação da pena justificar-se-ia tão só pelo cargo ocupado pelo agente, sem qualquer vinculação com o fato praticado, o que seria inadmissível no ordenamento pátrio, em face da adoção do “direito penal de fato”. Assim, por exemplo, figure-se a hipótese de um gerente da Caixa Econômica Federal oferecer serviço bancário, informando inexistente dedução no imposto de renda do potencial consumidor, e por isso incorrendo no crime do art. 66 do CDC. Nessa ilustração, o mencionado servidor enquadra-se no conceito amplo de funcionário público para fins penais fornecido pelo art. 327 do CP⁵¹⁰, autorizando-se a imputação do referido delito.

⁵⁰⁷ FONSECA, *Direito penal do consumidor...*, p. 113.

⁵⁰⁸ TICIANELLI, *Delitos publicitários*, p. 218.

⁵⁰⁹ Dessa forma também se posiciona Marcos Ticianelli (TICIANELLI, *Delitos publicitários*, p. 218).

⁵¹⁰ “Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

§1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública”.

Quanto à segunda hipótese da alínea “a”, que incide quando o agente tiver condição econômico-social manifestamente superior à da vítima, não basta que o agente seja rico ou, do reverso, que a vítima seja acentuadamente pobre; faz-se necessário que o sujeito ativo se prevaleça dessa superioridade quando do fato.

Manifestamente, traz a ideia de que a superioridade que caracteriza a agravante deve ser evidente, facilmente detectável.

Nos termos do dispositivo legal, que se refere a determinada *vítima*, compreende-se que se trata de mais uma agravante em virtude da consequência do crime descrito no CDC. Em realidade, um dos delitos consumou-se com a mera conduta do agente, mas, no exaurimento, ensejou dano concreto a alguém. A agravante apenas pode configurar na hipótese em que não se tenha praticado também um crime de dano ao consumidor individual, como um dos descritos no art. 7º da Lei 8.137/90. É que na hipótese de se configurar o delito de dano a consumidor específico o tipo penal deste já contemplaria o desvalor que fundamenta a agravante. Não seria possível, então, a coexistência de um crime de mera conduta descrito no CDC agravado com uma circunstância levada em conta na constituição do delito de resultado praticado em concurso.

Em realidade, a hipótese ora figurada seria remotíssima, em face da estrutura típica do crime de dano descrito no inciso VII do art. 7º da Lei 8.137/90⁵¹¹, e a agravante em comento restaria inaplicável, em face da proibição do *bis in idem*.

Sem adentrar em tal discussão, Mauro Ticianelli, de modo também coerente, tem por inaplicável a agravante aos crimes publicitários (arts. 67 e 68 do CDC), por ser inócua, já que a vítima é a coletividade.⁵¹²

Referentemente à alínea “b” do inciso IV, “ter sido o delito cometido em detrimento de operário ou rurícola, de menor de dezoito ou maior de sessenta anos ou de pessoas portadoras de deficiência mental interditadas ou não”, é de se compreender a razão de se punir mais severamente o agente pelo desvalor da ação cometida contra essas pessoas, que se encontram, em tese, em situação de maior vulnerabilidade.

Para Costa Jr. e Costa, existiria mesmo maior perversidade e covardia na conduta do agente voltada contra os idosos, os portadores de deficiência e os menores de dezoito anos.⁵¹³

⁵¹¹ Art. 7º. “Constitui crime contra as relações de consumo: [...] VII - induzir o consumidor ou usuário a erro, por via de indicação ou afirmação falsa ou enganosa sobre a natureza, qualidade do bem ou serviço, utilizando-se de qualquer meio, inclusive a veiculação ou divulgação publicitária”.

⁵¹² TICIANELLI, *Delitos publicitários*, p. 220.

⁵¹³ COSTA JÚNIOR; COSTA, *Crimes contra o consumidor*, p. 64.

Há quem sustente que o dispositivo em questão possui conotação discriminatória, posto que vários integrantes das categorias ali aludidas não espelham a vulnerabilidade presumida pela lei.⁵¹⁴ Contudo, pode-se compreender que o legislador, ao inserir na mesma hipótese os portadores de deficiência mental – em face dos quais o desvalor da conduta é indiscutível –, teve em mira as demais pessoas que, por sua condição específica de imaturidade, decrepitude ou de menor acesso à cultura, encontram-se em situação de vulnerabilidade semelhante.

Mais uma vez, a lei agrava o proveito obtido pelo agente com a prática delituosa, já que “detrimento” indica “dano”, “perda”, “prejuízo”.⁵¹⁵ Como já ponderado, os delitos objeto deste estudo, de mera conduta e tendo como sujeito passivo a coletividade, dispensam a ocorrência do dano ao consumidor individual. Assim, a utilização da agravante somente será possível caso o agente não incorra no delito contra o consumidor individual descrito no art. 7º, VII, da Lei 8.137/90 ou outro desse mesmo diploma legal. Como já se registrou, dificilmente será aplicada a agravante em apreço por tal razão.

Quanto à agravante do **inciso V**, que incide em face de os crimes contra as relações de consumo “serem praticados em operações que envolvam alimentos, medicamentos ou quaisquer outros produtos ou serviços essenciais”, pode-se afirmar que a sua ocorrência é bastante comum.

Inicialmente, a redação da circunstância em foco é criticável, diante do emprego do termo *operações*, próprio a expressar atividades realizadas no contexto do mercado de ações⁵¹⁶ e financeiro, ao passo que o contexto aqui aludido refere-se ao oferecimento de bens e serviços no mercado de consumo em geral.

Os objetos materiais “alimentos” e “medicamentos” revelam maior gravidade da conduta delituosa, que pode repercutir na saúde e na incolumidade física da coletividade.

A expressão *quaisquer outros produtos ou serviços essenciais* permite interpretação extensiva, de modo que a referência a “alimentos” e a “medicamentos” é exemplificativa.

⁵¹⁴ TICIANELLI, *Delitos publicitários*, p. 220.

⁵¹⁵ FERREIRA, *Novo dicionário Aurélio da...*, p. 667.

⁵¹⁶ FONSECA, *Direito penal do consumidor...*, p. 124-5.

Embora não se trate de norma penal em branco⁵¹⁷, reconhece-se que o arrolamento de quais produtos e serviços são essenciais, além de possível, pode ser bastante útil ao intérprete, o que otimizaria o princípio da legalidade.

5.1.10 Das penas

Os crimes de informação inidônea, em regra, são apenados com detenção cumulada com multa. A multa é alternativa à privação da liberdade apenas na modalidade culposa do delito previsto no art. 66, §2º, do CDC.

5.1.11 Da multa

O CDC dispõe diversamente do CP quanto à fixação da multa. De acordo com o art. 77 do CDC, a sanção pecuniária será fixada em dias-multa, correspondente ao mínimo e ao máximo de dias de duração da pena privativa de liberdade cominada. Como se sabe, os parâmetros do CP para os dias-multa permitem ao juiz colocá-los entre 10 e 360, a teor do art. 49.

Na fixação do valor do dia-multa, deve ser aplicado ao CDC o modo preconizado pelo §1º do art. 49 do CP, uma vez que a lei especial silencia-se a este respeito. Esclareça-se que a segunda parte do art. 77 do CDC prescreve que será observado o §1º do art. 60 do CP, o qual não especifica o valor do dia-multa, mas apenas dispõe: “A multa pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo”.

Outrossim, devem ser observadas no CDC as modificações da pena de multa realizadas pela Lei 9.268/1996, que, modificando a redação do art. 51 e de seus parágrafos do CP, torna a multa dívida de valor e proíbe a sua conversão em prisão. Trata-se de novo tratamento conferido à pena pecuniária, que irradiou por todo o ordenamento jurídico,

⁵¹⁷ A técnica legislativa escolhida foi permitir a interpretação de acordo com a vontade da lei, como se fez na descrição das agravantes genéricas das alíneas *c*, *d* e *j*, do art. 61 do CP. Contrariamente: FONSECA, *Direito penal do consumidor...*, p. 126.

tamanho a sua vinculação com princípios constitucionais da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana.

5.1.12 Das penas restritivas de direitos

5.1.12.1 Aspectos gerais

O art. 78 disciplina as penas restritivas de direitos no CDC:

Art. 78. Além das penas privativas de liberdade e de multa, podem ser impostas, cumulativa ou alternadamente, observado o disposto nos artigos 44 a 47 do Código Penal:

I- interdição temporária de direitos;

II- publicação em órgãos de comunicação de grande circulação ou audiência, às expensas do condenado, de notícia sobre os fatos e a condenação;

III- prestação de serviços à comunidade.

Conforme a letra da lei, as sanções restritivas de direitos podem ser aplicadas cumulativa ou alternadamente em relação às penas privativas de liberdade. Diante dessa redação e pelo fato de o CDC anteceder a Lei 9.714/98, que atualmente rege a sistemática dos mencionados arts. 44 a 47 do CP, há quem entenda que os crimes do CDC podem receber cumulativamente três penas: detenção, restritiva de direitos e multa. Para José Geraldo de Brito Filomeno, adepto da orientação em referência, o CDC resgatou no dispositivo retrotranscrito as chamadas “penas acessórias”, que eram aplicadas cumulativamente à privação da liberdade.

Há corrente doutrinária diversa quanto à questão, no sentido de que as penas restritivas de direitos não podem ser cumuladas com as privativas de liberdade, devendo ser aplicadas conforme a sua natureza autônoma e substitutiva, na forma da redação atual dos arts. 44 a 47 do CP.

Tem-se a segunda orientação como a mais acertada. Isso porque o CDC refere-se ao Código Penal, permitindo, desse modo, que lhe sejam transportadas as atualizações em seu texto. Assim, se o primeiro apregoa a observância dos arts. 44 a 47 do CP, não há dúvidas de

que as sanções restritivas de direitos tratadas no art. 78 do CDC são atualmente consideradas substitutivas e autônomas.

Ademais, aplicam-se ao CDC não apenas os arts. 44 a 47 do Código Penal, mas também os demais da parte geral que cuidam das penas restritivas de direitos, a saber: arts. 43, 48, 55 e 56. É com a inclusão destes últimos dispositivos legais que a sistemática das penas restritivas de direitos, totalmente aplicável ao CDC, se completa.

5.1.12.2 Da interdição temporária de direitos

Quanto às sanções restritivas de direitos em espécie, o inciso I do art. 78 do CDC menciona a interdição temporária de direitos, que pode constituir-se de uma daquelas previstas no art. 47 do CP, à exceção da constante no inciso III, atualmente revogada pelo Código Nacional de Trânsito.⁵¹⁸

De acordo com o art. 47 do CP, as sanções restritivas de direitos são:

I – proibição do exercício do cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; II – proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização de poder público; III – suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo; IV – proibição de frequentar determinados lugares.

Para que se possa aplicar a sanção restritiva de direitos do inciso I do art. 47, é preciso que o servidor pratique um dos crimes definidos no CDC no exercício do cargo, função ou atividade pública, já que tal penalidade puramente em razão do cargo, sem vinculação com o crime, seria inadmissível. Seria a hipótese indicada ao caso de um gerente da Caixa Econômica Federal, por exemplo, que praticasse a conduta do art. 66 do CDC relativamente a serviços financeiros.

No tocante às sanções restritivas mencionadas no inciso II do art. 47 do CP, seriam casos a merecer a sua aplicação os advindos da atuação de profissionais liberais⁵¹⁹, por exemplo, que em sua profissão houvessem praticado crimes descritos no CDC. A vinculação entre a conduta delituosa e a profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação,

⁵¹⁸ COSTA JÚNIOR; COSTA, *Crimes contra o consumidor*, p. 71.

⁵¹⁹ FONSECA, *Direito penal do consumidor...*, p. 88.

licença ou autorização do Poder Público é essencial para que a reprimenda tenha a sua razão de ser. A norma em questão objetiva afastar das suas atividades laborativas aqueles que encontram em sua ocupação profissional propício para o cometimento de crimes.

A sanção de proibição de frequentar determinados lugares (art. 47, IV, do CP) é cabível nas hipóteses em que o agente pratica delitos contra as relações de consumo em determinado local, havendo daí a necessidade de afastá-lo dali. Novamente, exige-se o vínculo entre o local e a infração.

5.1.12.3 Da publicação da condenação na imprensa

A publicação da condenação e dos fatos que a ensejaram na imprensa, à custa do condenado (inc. II do art. 78 do CDC) recebe, com razão, críticas severas da doutrina, que a considera lesiva ao princípio da humanidade das penas.⁵²⁰

Há, ainda, crítica que se deve fazer quanto à má técnica legislativa da penalidade em perspectiva, cuja previsão não se preocupou em condicionar a sua aplicação ao trânsito em julgado da decisão.⁵²¹ Contudo, essa observação soa até de menor importância quando comparada à inconstitucionalidade retroapontada.

Ademais, registre-se o absoluto descompasso da pena em comento com o atual cenário legislativo pátrio. A publicação da condenação constava da redação originária do Código Penal de 1940, que a registrava em seu art. 67, inciso III, como modalidade de pena acessória⁵²², espécie hoje inexistente no ordenamento penal.

⁵²⁰ Fonseca expressa o confronto da pena em comento com o princípio da humanidade, na medida em que coloca o condenado à execução pública (p. 89-90). Na mesma linha, Sérgio Guimarães registra que se trata de pena infamante, espécie de pena cruel e contrária ao art. 5º., XLVII, alínea e, da Constituição da República.

⁵²¹ COSTA JÚNIOR; COSTA, *Crimes contra o consumidor*, p. 72.

⁵²² **Art. 67.** São penas acessórias:

- I - a perda de função pública, eletiva ou de nomeação;
- II - as interdições de direitos;
- III - a publicação da sentença.

Confira-se a disposição sobre a aplicabilidade dessa última pena acessória no então art. 73: “A publicação da sentença é decretada de ofício pelo juiz, sempre que o exija o interesse público.

§ 1º A publicação é feita em jornal de ampla circulação, à custa do condenado, ou se este é insolvente, em jornal oficial.

§ 2º A sentença é publicada em resumo, salvo razões especiais que justifiquem a publicação na íntegra”. (<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=102343&tipoDocumento=DEL&tipoTexto=PUB>. Acesso em: 03 jan. 2011).

O Direito estrangeiro conhece a penalidade em questão, e, certamente, sua previsão pelo CDC foi influenciada pelos ordenamentos francês⁵²³ e espanhol.⁵²⁴ Contudo, não se vê funcionalidade alguma na importação de institutos jurídicos que não se ajustam ao ordenamento pátrio e tampouco à sociedade brasileira. A pena em comento é inconstitucional não só pelo vexame que acarreta ao condenado perante a sociedade, como também por sua desproporcionalidade. O princípio da proporcionalidade, no seu corolário último – proporcionalidade em sentido estrito – não recomenda penalidade cuja aplicação traz mais malefícios do que vantagens. Veja-se como pode ser intenso o prejuízo à honra e ao patrimônio do condenado diante da publicação da sentença condenatória.

Como manifestado por ocasião dos comentários aos tipos penais dos arts. 67 e 68 do CDC, as incriminações ali existentes poderiam ser descriminalizadas, já que a tutela extrapenal apresenta-se dotada de mecanismos eficientes para coibir as práticas ali previstas. Ademais, poder-se-ia criminalizar apenas a hipótese que trouxesse dano individual ao consumidor, a exemplo do que se fez no inciso VII do art. 7º da Lei 8.137/90. E, ainda assim, se o dano fosse expressivo.

5.1.12.4 Da prestação de serviços à comunidade

Trata-se de modalidade de pena alternativa à prisão bastante aplicada atualmente e disciplinada a contento no Código Penal. A única questão que se deseja registrar a seu respeito é que sua fixação pode provir do espírito criativo do juiz, de maneira que a sua execução pelo condenado possa promover os direitos do consumidor.

⁵²³ Art. 44 da chamada “Lei Royer”, de 1973. Confira em: GARCÍA PLANAS, Hacia um delito..., in: *Estudios Penales y...*, p. 148.

⁵²⁴ O art. 282 do Código Penal espanhol criminaliza a publicidade enganosa, cominando-lhe, além de multa e privação da liberdade, a pena de publicação da sentença em periódicos oficiais. Veja-se: LAGUÍA, *La protección penal de los...*, p. 01.

5.2 Dos tipos em espécie

5.2.1 Artigo 63 da Lei 8.078/90

O art. 63 do Código de Defesa do Consumidor criminaliza a conduta de “omitir dizeres ou sinais ostensivos sobre a nocividade ou periculosidade de produtos, nas embalagens, nos invólucros, recipientes ou publicidade”, incorrendo nas mesmas penas, segundo seu §1º, quem “deixar de alertar, mediante recomendações escritas ostensivas, sobre a periculosidade do serviço a ser prestado”.

A forma dolosa é penalizada com seis meses a dois anos de detenção e multa, enquanto a forma culposa tem pena de um a seis meses de detenção ou multa, conforme sua previsão disposta no §2º deste mesmo artigo.

A conduta típica pressupõe a inobservância da norma insculpida no art. 9º do CDC e dirigida ao fornecedor, que deve prestar as informações de forma ostensiva e adequada acerca dos produtos e serviços potencialmente nocivos e perigosos que oferece ao consumidor.

O bem jurídico é o direito à informação veraz e completa como forma de proteger a incolumidade física e a saúde dos consumidores.

Devem fazer-se presentes os elementos normativos *nocividade ou periculosidade de produtos*, cujo significado não é precisado pelo CDC. Esta falta de taxatividade conduz ao entendimento de que se trata de norma penal em branco, carente de decreto ou regulamento suplementar que a complete, enumerando quais produtos e serviços poderiam ser considerados nocivos ou perigosos.⁵²⁵

Trata-se de crime omissivo puro, também classificado como de mera conduta⁵²⁶

Ocorre a consumação do delito no momento em que não for mais possível ao agente advertir o consumidor sobre a periculosidade e nocividade dos produtos, o que ocorre quando são disponibilizados no mercado.

⁵²⁵ COSTA JÚNIOR; COSTA, *Crimes contra o consumidor*, p. 05.

⁵²⁶ Manoel Pedro Pimentel diferencia a categoria em referência dos crimes formais: “os crimes formais se compõe de conduta e resultado considerado relevante para o direito, resultado esse que não pode se apresentar destacado da ação, mas que é um resultado material. Os crimes de mera conduta se realizam tão-somente com a conduta, não sendo relevante para o direito o resultado natural que dela decorra” (PIMENTEL, *Crimes de mera conduta*, p. 62).

A forma tentada não é admitida: ou se omite as informações sobre a periculosidade ou nocividade dos produtos ou se as presta. De regra, os crimes omissivos puros, ou próprios, não admitem a figura tentada.

Caso o consumidor que adquire o produto venha a lesionar-se, ou até mesmo a falecer em virtude da fruição do bem, haverá concurso formal entre os crimes descritos no Código Penal, lesões corporais e homicídio culposos, e o delito contra o consumidor em comento.

Se o produto colocado no mercado é exposto à venda ou vendido, haverá o crime do art. 7º, II, da Lei 8.137/90⁵²⁷, e não o do art. 63 do CDC. Este, que constitui etapa necessária à prática daquele, restará absorvido, aplicando-se o princípio da consunção. Como observa Fonseca, se quem colocou o produto no mercado foi o fabricante e o comerciante o vendeu, aquele responde pelo crime do art. 63 do CDC.⁵²⁸

A modalidade culposa nos casos em que o tipo não faz menção a resultado naturalístico, como na incriminação em análise, tem merecido a crítica da doutrina. Nesse sentido, afirma Manoel Pedro Pimentel que “a modalidade culposa exige pelo menos um perigo concreto – que já deve ser entendido como resultado – e assim, não existirá nos crimes em que a ação ou omissão constituem o único elemento material determinante da incriminação”.⁵²⁹ Dessa forma, o referido autor entende que o §2º do art. 63 deveria ser suprimido.⁵³⁰

Por tratar-se de crime omissivo puro, não haverá lugar para o concurso de pessoas. Havendo a realização da conduta típica do art. 63 do CDC, cada um responderá pelo delito em questão.

⁵²⁷ “Art. 7º. Constitui crime contra as relações de consumo: [...] II - vender ou expor à venda mercadoria cuja embalagem, tipo, especificação, peso ou composição esteja em desacordo com as prescrições legais, ou que não corresponda à respectiva classificação oficial;” O tipo penal em questão é norma penal em branco a ser completado pelo art. 9º. do CDC, por exemplo: “Art. 9º O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto”.

⁵²⁸ FONSECA, *Direito penal do consumidor...*, p. 135.

⁵²⁹ PIMENTEL, *Crimes de mera conduta*, p. 96. Nesse mesmo sentido: TORON, Aspectos penais da..., in: *Revista Brasileira de...*, p. 87; FONSECA, *Direito penal do consumidor...*, p. 140).

⁵³⁰ PIMENTEL, Aspectos penais do..., in: *Revista dos Tribunais*, p. 251.

5.2.2 Artigo 64 da Lei 8.078/90

O art. 64 do CDC criminaliza a conduta de “deixar de comunicar à autoridade competente e aos consumidores a nocividade ou periculosidade de produtos cujo conhecimento seja posterior à sua colocação no mercado”.

O dever imposto ao fornecedor que não é observado na realização desta conduta típica é o previsto no art. 10º, §1º do CDC.⁵³¹ Dessa forma, o crime em exame difere daquele previsto no art. 63 do CDC, porque o conhecimento da periculosidade é posterior à colocação do produto no mercado.

Zelmo Denari, comentando o §3º do art. 12 do CDC, explica o termo “colocação no mercado” a partir de uma diretiva italiana sobre o assunto, a qual possui a expressão “messa in circolazione”. Conforme se extrai da lição, colocação no mercado não se confunde com o oferecer à venda, correspondendo a momento anterior no qual se disponibiliza o produto para o mercado. Confira-se:

Colocar o produto no mercado de consumo significa introduzi-lo no ciclo produtivo-distributivo, de uma forma voluntária e consciente. Uma diretiva italiana alude à introdução do produto no mercado, configurando a ‘messa in circolazione’ ainda que tenha sido confiado ao consumidor para testes ou como simples mostruário (art. 7º., §1º), bem como no momento em que o fornecedor entrega o produto ao transportador ou despachante para remessa ao consumidor (art. 7º, §2º).⁵³²

Importante notar que o sujeito ativo só inclui o fornecedor de produtos, e não o de serviços, sendo impossível punir este por evidente atipicidade de sua conduta, uma vez que também não é possível fazer empregar a analogia *in malan partem*.

Quanto à conduta típica, trata-se da omissão de dupla comunicação sobre a periculosidade e a nocividade do produto: comunicação aos consumidores e comunicação à autoridade competente, como deixa claro o tipo penal em apreço. Se o fornecedor comunica apenas aos consumidores, omitindo o seu dever em relação à autoridade competente, não há

⁵³¹ “Art. 10. O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança..

§ 1º O fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários”.

⁵³² DENARI, *Código brasileiro de defesa do...*, p. 168. O mencionado autor refere-se ao art. 7º. da Diretiva DPR n. 238/88.

crime.⁵³³ Embora esta interpretação possa parecer contrária aos interesses do consumidor, como a doutrina já teve oportunidade de criticar⁵³⁴, fato é que não se pode contrariar o princípio da legalidade mediante interpretação diversa.

Verifica-se que se criminaliza a não realização do conhecido *recall* (do inglês *re + call*), ou seja, a atividade de “chamar de volta” o consumidor, a fim de que traga o produto que adquiriu para a sua reparação, sem ônus.⁵³⁵

O crime do art. 64 é também omissivo puro, mas, ao contrário do artigo antecedente, não prevê modalidade culposa. Não se configurará o delito em questão, portanto, se por negligência o fornecedor olvidar o dever de informar.

Caso sobrevenham lesões corporais ou morte ao consumidor em face da omissão do fornecedor de alertar a coletividade sobre a nocividade ou periculosidade dos produtos, haverá concurso formal entre os delitos de lesões corporais ou homicídio culposos (arts. 129, §6º e art. 121, §3º do CP) e o descrito no art. 64 do CDC.⁵³⁶

O parágrafo único que se segue ao *caput* do art. 64 pune com a mesma pena de seis meses a dois anos de detenção e multa quem “deixar de retirar do mercado, imediatamente quando determinado pela autoridade competente, os produtos nocivos ou perigosos, na forma deste artigo”.

A descrição típica do crime descrito no parágrafo único é criticável por sua imprecisão.⁵³⁷ Veja-se a circunstância de tempo nele contida *imediatamente*, que demonstra pouco compromisso com o princípio da taxatividade da lei penal. Não se torna possível, portanto, precisar a demarcação da conduta penalmente relevante.

De acordo com Sérgio D. Chastinet Guimarães⁵³⁸, “o elemento temporal do tipo, *imediatamente* significa logo após, sem delongas, mas a demora por motivo plausível será escusável sempre que interfira no poder de agir do omitente, que condiciona a tipicidade nos crimes omissivos”.

A tentativa não é admitida, por tratar-se de um delito unissubsistente.

⁵³³ COSTA JÚNIOR; COSTA, *Crimes contra o consumidor*, p. 14. Contra: PRADO, *Direito penal econômico*, p. 115.

⁵³⁴ FONSECA, *Direito penal do consumidor...*, p. 145-6.

⁵³⁵ FILOMENO *et al.* In: *Código brasileiro de defesa do...*, p. 634.

⁵³⁶ Assim: GUIMARÃES, *Tutela penal do consumo:...*, p. 89.

⁵³⁷ PIMENTEL, Aspectos penais do..., in: *Revista dos Tribunais*, p. 252.

⁵³⁸ GUIMARÃES, *Tutela penal do consumo:...*, p. 88.

5.2.3 Artigo 66 da Lei 8.078/90

Os tipos penais dos artigos 66 a 69 do CDC encerram condutas conhecidas por “desvios de *marketing*” e “abusos na publicidade”⁵³⁹.

Vê-se no art. 66 a tipificação da seguinte conduta: “*Fazer afirmação* falsa ou enganosa, ou *omitir* informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços”. O §1º penaliza da mesma forma quem *patrocina* a oferta e o §2º prevê a modalidade culposa do delito.

Trata-se de incriminação destinada a assegurar a veracidade e a lisura nas relações de consumo, tutelando-se os consumidores da falsidade e do engano.⁵⁴⁰

Há aqui a criminalização de duas condutas: uma omissiva e outra comissiva. Para o crime omissivo, sugere a doutrina o *nomen juris* de “omissão de informação relevante”⁵⁴¹; para a modalidade comissiva, “oferta não publicitária enganosa”.⁵⁴² Pode ser adotado nome jurídico único para o presente delito, simplesmente “oferta enganosa”, que contempla as duas atividades incriminadas.

A segunda modalidade é um delito omissivo próprio.

O delito do art. 66 é classificado como de mera conduta.⁵⁴³

Em que pese a previsão do §2º do art. 66, verifica-se que a forma culposa não se compatibiliza com o crime de mera conduta. Como se sabe, os crimes culposos são caracterizados por condutas contrárias ao dever que conduzem necessariamente a um resultado danoso ou perigoso, resultado esse incluído no tipo. Como não há nos crimes de mera conduta previsão de resultado naturalístico no tipo, conclui-se que o crime culposo é incompatível com o crime de mera conduta.

A previsão da conduta culposa mostra-se, pois, desaconselhável sob a ótica do princípio da intervenção mínima, já que o Estado expande o exercício punitivo além do que deveria. No terreno dos crimes econômicos, a doutrina tem compreendido a presença da modalidade culposa em alguns tipos de forma bastante pragmática. Argumenta-se que o

⁵³⁹ FONSECA, *Direito penal do consumidor...*, p. 156.

⁵⁴⁰ COSTA JÚNIOR; COSTA, *Crimes contra o consumidor*, p. 20.

⁵⁴¹ GUIMARÃES, *Tutela penal do consumo:...*, p. 93-4.

⁵⁴² FONSECA, *Direito penal do consumidor...*, p. 158.

⁵⁴³ PRADO, *Direito penal econômico*, p. 127.

sentido de sua previsão seria subsidiário em relação à modalidade dolosa, que gera dificuldades práticas de demonstração.⁵⁴⁴

Ainda a respeito do elemento subjetivo inerente à figura típica em apreço, tem-se que modalidade comissiva reclama a presença do dolo, uma vez que “fazer afirmação falsa” pressupõe conhecimento da falsidade do informe. A forma culposa não é, portanto, doutrinariamente admitida.⁵⁴⁵

Observe-se que o art. 66 trata de uma informação mais pessoalizada, não publicitária. É, por exemplo, a informação sobre imóvel que se faz na sede de imobiliária, ou aquela informação prestada dentro de estabelecimento comercial, por um funcionário, ou a que se dá na venda domiciliar. Pode-se até mesmo afirmar que o art. 66 é residual em relação aos outros “desvios de *marketing*”, uma vez que tudo que não for contemplado nestes é tratado naquele.⁵⁴⁶

A conduta pode ser praticada oralmente ou por escrito, por meio de explicações a respeito dos itens enumerados no tipo referentes aos produtos e serviços. A afirmação falsa pode vir a ser firmada em cartazes ou anúncios contidos em gôndolas, prateleiras ou *stands* de vendas.

A falsa informação pode estar contida também em contratos, bulas, manuais do usuário, etiqueta, rótulo, embalagem, termos de garantia e em tudo o mais que acompanha o produto ou serviço.

A afirmação que se faz para satisfazer as exigências do tipo deve ser a que não corresponde à verdade (falsa) ou a que propicia um engano, engodo (enganosa). São bem vindas nesta análise do tipo as lições fornecidas pela doutrina acerca da necessária potencialidade lesiva do *falsum*. A aptidão para enganar, portanto, será imprescindível à identificação do dolo.

A afirmação enganosa deve, ainda, revestir-se de seriedade. Não configura o crime do art. 66 do CDC fazer alegações bem humoradas, ainda que falsas, para fazer certo gracejo com o consumidor. A propósito, num domingo desses, certo apresentador de

⁵⁴⁴ Procurando rebater as críticas que recaem sobre a incriminação da imprudência nos crimes econômicos, Tiedemann pondera que tal modalidade punitiva vem sendo prevista para crimes de lavagem de dinheiro, fraude na obtenção de subvenções e em quebras fraudulentas de sociedade, não negando que necessidades práticas de prova possam influenciar na tipificação de crimes. Explica que não se trata de necessidade probatória a previsão da incriminação da imprudência, havendo justificativa da previsão em face da imprudência profissional, cuja penalização resulta razoável em face de especial responsabilidade. Ademais, acrescenta que no direito angloamericano, reconhece-se a figura da *recklessness*, intermediária entre a culpa e o dolo, amplamente aplicada. (TIEDEMANN, *Derecho penal econômico...*, p. 87-88)

⁵⁴⁵ PIMENTEL, Aspectos penais do..., in: *Revista dos Tribunais*, p. 252-3.

⁵⁴⁶ FONSECA, *Direito penal do consumidor...*, p. 159.

televisão, conhecido por falar demais, fazia publicidade de operadora de telefones celulares, dizendo: “o telefone que pega em qualquer lugar”. Nesse contexto, compreende-se que se ressalta a boa qualidade do sinal da operadora, mas, por óbvio, nenhum consumidor levará a sério a afirmação, até porque não há telefone celulares que “pega” em qualquer lugar.

No tocante à conduta omissiva incriminada, a exigir que a informação faltante seja relevante, insta salientar a inobservância do princípio da taxatividade pelo legislador, o que traz transtornos ao intérprete. *Relevante* é vocábulo de conteúdo impreciso e que traz ambiguidade indiscutível. Relevante para o consumidor? Entende-se por relevante a informação que decide a aquisição de determinado produto, por exemplo. Ocorre que, em muitos casos, o que decide a aquisição é algo bastante pessoal, subjetivo, sem justificativa, ancorado só na beleza, por vezes.

Pondere-se que nem sempre haverá a configuração do delito diante da inadvertência do fornecedor sobre a durabilidade do bem, quando esta for irrelevante no caso concreto. Figure-se a hipótese de o consumidor pretender comprar um adorno para casa como presente de casamento a um amigo apenas porque “faz vista” e é bonito como obra de arte.

O sujeito ativo deste delito é o fornecedor do produto ou do serviço.⁵⁴⁷

O sujeito passivo é o mesmo dos demais crimes já examinados. Diretamente, é a coletividade de consumidores; indiretamente, pode ser um consumidor determinado, a quem foi passada a informação.⁵⁴⁸

A tentativa pode acontecer na afirmação falsa ou enganosa apenas. Já no crime omissivo, em face da impossibilidade de fracionamento da conduta omissiva, não há a forma tentada.

Atente-se à taxatividade da enumeração dos assuntos sobre os quais versará a informação omitida ou modificada. Dessa forma, fica excluído do tipo tudo o que não estiver expressamente descrito, pois não há uma ressalva ao final do *caput* que permita uma interpretação extensiva. Escapam ao alcance do tipo do art. 66, por exemplo, dados relativos ao material do qual é feito o produto – salvo quando atinentes à sua natureza – e o tempo em que o serviço deverá ser realizado.

⁵⁴⁷ O publicitário não é sujeito ativo deste crime, até porque criminaliza-se a infringência de um dever do fornecedor para com o consumidor, dever esse estribado na boa-fé que norteia a relação de consumo.

⁵⁴⁸ FONSECA, *Direito penal do consumidor...*, p. 165.

No §1º, observa-se uma disposição de “extrema vacuidade, capaz de alargar excessivamente o campo da incriminação em termos de co-autoria ou de participação”, segundo Manoel Pedro Pimentel.⁵⁴⁹

Inicialmente, explica-se que a oferta a que se refere o §1º do art. 66 do CDC não deve ser entendida como publicidade.⁵⁵⁰ A publicidade enganosa é prevista no art. 67 do CDC.

Patrocinar é favorecer, proteger, beneficiar, defender.⁵⁵¹ Parece-nos que o dispositivo constante do parágrafo possui o objetivo de incluir o sujeito ativo mediato, o que não realiza diretamente a conduta típica, mas é o seu patrono, inclusive com domínio do fato. Ilustre-se o caso em que a oferta de produtos é compartilhada pelo fabricante e pelo varejista, em que um deles faz a afirmação, mas o outro a patrocina, favorecendo-a, explicando-a, ratificando-a. São dignos de nota os casos em que atuam conjuntamente para ofertar um lançamento imobiliário o setor comercial da incorporadora e a corretora de imóveis, agindo como parceiros.

Se em virtude da prática de uma das condutas do art. 66 do CDC um consumidor adquirir o produto ou contratar o serviço, restará configurado apenas o crime de dano, descrito no art. 7º, VII, da Lei 8.137/90.⁵⁵² Aplica-se, pois, o critério da consunção, pois o concurso entre as normas incriminadoras é somente aparente. *In casu*, a norma prevalente refere-se a crime de dano, que naturalmente abarca o crime de perigo descrito no art. 66 do CDC.

5.2.4 Artigo 67 da Lei 8.078/90

O art. 67 criminaliza a conduta de “fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber enganosa ou abusiva”. A pena é de três meses a um ano de detenção e multa.

O objeto da tutela penal é o direito à informação veraz como condição para a incolumidade patrimonial e física dos consumidores.

O crime é comissivo e formal, prescindindo que algum consumidor adquira algum produto ou comporte-se de modo lesivo a si.

⁵⁴⁹ PIMENTEL, Aspectos penais do..., in: *Revista dos Tribunais*, p. 253.

⁵⁵⁰ Sobre publicidade, confira o item 2.5, capítulo 2.

⁵⁵¹ FERREIRA, *Novo dicionário Aurélio da...*, p. 1509.

⁵⁵² Assim também entendem: GUIMARÃES, *Tutela penal do consumo:...*, p. 99; PRADO, *Direito penal econômico*, p. 127; COSTA JÚNIOR; COSTA, *Crimes contra o consumidor*, p. 27.

Fazer a publicidade significa, nos termos do tipo, divulgar ao público consumidor determinada oferta de produto ou serviço por meio de veículos de comunicação.

Por mais que a atividade do publicitário compreenda a criação intelectual e material da mensagem a ser veiculada, a conduta típica coincide com o oferecimento do produto ou do serviço. Chega-se a essa conclusão a partir do art. 30 do CDC, dispositivo de conteúdo civilístico que obriga o fornecedor a cumprir a oferta quando esta é transmitida aos consumidores.

Ora, se a preparação e a confecção do material gráfico ainda não geram efeitos obrigacionais, não se poderia mesmo criminalizá-las antecipando-se o direito penal em relação ao direito civil.

Como expõe Sérgio Guimarães, a mera idealização não é punível se o agente não chega a colocar em prática o seu plano delituoso.⁵⁵³

O crime consuma-se no instante em que a mensagem enganosa ou abusiva é transmitida aos consumidores por qualquer meio de comunicação. É possível a ocorrência da tentativa, tendo em vista que a disponibilização ao público é passível de fracionamento, o que pressuporia a completa criação material da mensagem. Diante do art. 30 do CDC, como explicado retro, não se poderia admitir que atos que nem ao menos configurem ilícito cível, como os destinados à criação de material gráfico ou fonográfico, sejam puníveis pelo direito penal a título de tentativa.

Assim, admite-se a tentativa, por exemplo, quando a publicidade está pronta, mas não foi ainda veiculada; isto é, não chegou ao conhecimento dos consumidores por circunstância alheia à vontade do publicitário ou fornecedor.

Promover a publicidade significa dar-lhe impulso, trabalhar a seu favor, fomentar-lhe. Tal conduta inclui a de financiá-la, encomendá-la e, enfim, “gerar as condições humanas ou materiais para se formar a propaganda”.⁵⁵⁴

Observa-se que a conduta de “promover a publicidade”, caso não estivesse contemplada no tipo, configuraria ação punível de participação em relação à ação de “fazer publicidade”. Contudo, parece que o legislador pretendeu evitar eventuais alegações de atipicidade por parte do fornecedor, sujeito que normalmente pratica a conduta em apreço. Promove também publicidade a pessoa que cede espaço no veículo de comunicação por meio do qual a mensagem chegará ao público consumidor.⁵⁵⁵

⁵⁵³ GUIMARÃES, *Tutela penal do consumo*:..., p. 103.

⁵⁵⁴ FONSECA, *Direito penal do consumidor*:..., p. 175.

⁵⁵⁵ GUIMARÃES, *Tutela penal do consumo*:..., p. 103.

Novamente, insta salientar que a conduta isolada de promover a publicidade, auxiliando-a materialmente ou financiando-a antecipadamente, antes mesmo de sua completa criação, configura excesso por parte do Estado, já que se teria crime sem antes que se tivesse ato ilícito cível contra o consumidor, a teor do art. 30 do CDC.

Verifica-se, portanto, inobservância do postulado da proporcionalidade, diante da desnecessária intervenção penal.

Observa-se a adoção expressa do conceito amplo de autor em face da reunião no tipo de atos executórios de realização da publicidade proibida e de atos que lhes são normalmente acessórios, como o são os destinados à sua promoção.

Os sujeitos ativos podem ser o anunciante (o fornecedor que encomenda o anúncio), o publicitário ou a pessoa que veicula a mensagem. Fazer a publicidade é conduta própria do publicitário, que possui profissão regulamentada pela Lei 4.680/65 e está sujeito a um Código de Ética próprio (Dec. 57.690/66⁵⁵⁶). Conquanto seja também obrigado a observar a licitude em seus trabalhos, nada impede que possa ser enganado pelo anunciante.

O elemento subjetivo do tipo é o dolo. A explícita referência no tipo à consciência da conduta proibida no trecho *que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva* deixa clara a exigência do dolo, na sua forma direta ou eventual.

⁵⁵⁶ Art 17. A Agência de Propaganda, o Veículo de Divulgação e o Publicitário em geral, sem prejuízo de outros deveres e proibições previstos neste Regulamento, ficam sujeitos, no que couber, aos seguintes preceitos, genericamente ditados pelo Código de Ética dos Profissionais da Propaganda a que se refere o art. 17, da Lei 4.680, de 18 de junho de 1965:

- I - Não é permitido:
- a) publicar textos ou ilustrações que atendem contra a ordem pública, a moral e os bons costumes;
 - b) divulgar informações confidenciais relativas a negócios ou planos de Clientes-Anunciantes;
 - c) reproduzir temas publicitários, axiomas, marcas, músicas, ilustrações, enredos de rádio, televisão e cinema, salvo consentimento prévio de seus proprietários ou autores;
 - d) difamar concorrentes e depreciar seus méritos técnicos;
 - e) atribuir defeitos ou falhas a mercadorias, produtos ou serviços concorrentes;
 - f) contratar propaganda em condições antieconômicas ou que importem em concorrência desleal;
 - g) utilizar pressão econômica, com o ânimo de influenciar os Veículos de Divulgação a alterarem tratamento, decisões e condições especiais para a propaganda;
- II - É dever:
- a) fazer divulgar, somente acontecimentos verídicos e qualidades ou testemunhos comprovados;
 - b) atestar, apenas, procedências exatas e anunciar ou fazer anunciar preços e condições de pagamento verdadeiros;
 - c) elaborar a matéria de propaganda sem qualquer alteração, gráfica ou literária, dos pormenores do produto, serviço ou mercadoria;
 - d) negar comissões ou quaisquer compensações a pessoas relacionadas, direta ou indiretamente, com o Cliente;
 - e) comprovar as despesas efetuadas;
 - f) envidar esforços para conseguir em benefício do Cliente, as melhores condições de eficiência e economia para sua propaganda;
 - g) representar, perante a autoridade competente, contra os atos infringentes das disposições deste Regulamento.

A expressão “deveria saber” identifica dolo eventual, e não culpa, como sustentam alguns.⁵⁵⁷ Há boas razões para tal conclusão.⁵⁵⁸ Primeira, a conduta culposa é excepcionalmente prevista no ordenamento penal pátrio; em regra, os crimes são dolosos, salvo expressa previsão. Como o legislador não destacou a forma culposa, a exemplo do que faz em inúmeros tipos, inclusive aqueles previstos no CDC, tem-se a conduta por dolosa. Ademais, fosse indicativa de culpa a expressão “deveria saber” haveria insuportável e escancarada ofensa ao princípio da culpabilidade e ao da proporcionalidade, ao atribuir-se abstratamente a mesma sanção para condutas com reprovação distinta.

Desse modo, ainda que prescindível a expressão “deveria saber” no tipo, pois o dolo eventual não precisa de ser ressalvado, acredita-se que mais uma vez o legislador agiu com má técnica.

Trata-se de norma penal em branco, uma vez que necessita do art. 37 do CDC, para integrá-la, uma vez que ali se encontram os conceitos de publicidade enganosa e de publicidade abusiva. No entanto, acentue-se que a norma interpretativa em referência (art. 37 do CDC) é extremamente vaga e ampla, possibilitando interpretação demasiadamente elástica.⁵⁵⁹ O princípio da taxatividade fica, pois, desrespeitado.

Se a propaganda, além de enganosa, for capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial, pelo princípio da especialidade, prevalecerá o crime do art. 68, não se configurando o crime do art. 67 do CDC; nessa hipótese, haverá, então, concurso apenas aparente de normas.

No caso de um consumidor determinado adquirir o produto ou contratar o serviço em virtude da publicidade enganosa, restará configurado somente o delito do art. 7º, VII, da Lei 8.137/90.⁵⁶⁰ Cabem as mesmas observações a respeito do conflito aparente de normas realizadas na análise do crime de “oferta enganosa”, descrito no art. 66 do CDC.

O crime do art. 67 do CDC, infração de menor potencial ofensivo que é, comporta os benefícios da composição civil dos danos, da transação penal. Cabível, outrossim, a suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei 9.099/95.

⁵⁵⁷ LUISI, *Os princípios constitucionais...*, p. 63; MIRABETE, *Manual de direito penal*, p. 285.

⁵⁵⁸ As questões doutrinárias suscitadas a partir da expressão “deveria saber” contidas nos arts. 67 e 68 do CDC foram abordadas com maior profundidade no item 3 (Princípio da Legalidade), Capítulo III, do presente trabalho.

⁵⁵⁹ TORON, Aspectos penais da..., *in: Revista Brasileira de...*, p. 87.

⁵⁶⁰ GUIMARÃES, *Tutela penal do consumo:...*, p. 159. Chegando à mesma conclusão, porém afirmando que o conflito aparente há de ser solucionado pelo princípio da especialidade: PRADO, *Direito penal econômico*, p. 142.

Há na doutrina estrangeira quem se manifeste contrariamente à criminalização da figura em apreço⁵⁶¹, postura crítica à qual se adere neste trabalho

Como está prevista, verifica-se que a conduta do art. 67 do CDC conduz à tipicidade ações muito díspares quanto a seu potencial lesivo. Ademais, as exigências para a licitude da publicidade, nos termos do CDC, são consideráveis e sequer admitem o chamado *puffing*, o exagero publicitário. O art. 30 do CDC, a obrigar o anunciante aos termos do que foi anunciado via publicidade, constitui adequado mecanismo no controle da boa-fé publicitária.

Observa-se que o Juizado Especial do Consumidor, órgão judiciário competente para apreciar conflitos de natureza cível na seara do direito do consumidor, tem resolvido com êxito as questões que se lhe apresentam, inclusive em sede de conciliação. Os “Procons” também são aptos a resolver essa modalidade de conflitos. Ambos, na esfera extrapenal, reúnem condições para coibir as condutas incriminadas no art. 67 do CDC, de sorte que a tutela penal torna-se prescindível.

Tenha-se em mente, ainda, a sanção administrativa da contrapropaganda, tratada nos arts. 56 e 60 do CDC, que constitui indubiosamente instrumento apto a inibir o fornecedor que se aventurar a atentar contra o direito à informação do consumidor no campo da publicidade. A análise dessas questões todas, somadas ao princípio da intervenção mínima, indicam que a tutela penal é desaconselhável.

5.2.4.1 Direito comparado nos crimes dos artigos 66 e 67

a) Espanha

No Direito Penal espanhol, o Código Penal (L.O. 10/1995), no título XIII “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”, Capítulo XI, “De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores”, Sección 3ª, “De los delitos relativos al mercado y los consumidores”, prevê o crime de publicidade enganosa no

⁵⁶¹ LAGUÍA, *La protección penal de los...*, p. 82. Nesse sentido também: CRESPO, A propósito del..., in: *Protección penal del...*, p. 171. Entendendo pela necessidade da incriminação: MAPELLI CAFFARENA, *El delito de publicidad fraudulenta*, p. 49; MARTINEZ PEREZ, Los delitos relativos al..., in: *Estudios Penales y...*, p. 340-1.

art. 282⁵⁶², cuja descrição aproxima-se da que é feita pelo Código de Defesa do Consumidor brasileiro nos correspondentes delitos dos arts. 66 e 67:

São punidos com pena de prisão de seis meses a um ano e multa de seis a dezoito meses os fabricantes ou comerciantes que em suas ofertas ou publicidade de produtos e serviços, facam alegações falsas ou declarem características incertas sobre os memos, de modo que possam causar um prejuízo grave e manifesto aos consumidores, sem prejuízo da pena que possa resultar da prática de outros delitos.

Há quem sustente que a expressão “que puedan causar un perjuicio grave y manifesto” afastou a previsão culposa do delito, que apenas poderá ser praticado dolosamente em virtude desse manifesto resultado probabilístico.

A Constituição espanhola contém princípio para a proteção dos consumidores que traz fundamento à incriminação em apreço: “Art. 51. O poder público garantirá a defesa dos consumidores e usuários, protegendo-lhes, mediante procedimentos eficazes, a segurança, a saúde e os seus legítimos interesses econômicos”.

A União Europeia possui diretivas para os países membros disciplinarem a informação aos consumidores. Enfocando a publicidade enganosa, destacam-se as Diretivas 84/450, do Conselho, de 10 de setembro de 1984, relativa às aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros em matéria de publicidade enganosa⁵⁶³, e a 29/2005, de 11 de maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas em face dos consumidores no mercado interno.⁵⁶⁴

⁵⁶² No original: *Art. 282. Serán castigados com la pena de prisión de seis meses a um año y multa de seis a dieciocho meses los fabricantes o comerciantes que em sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que pueden causar un perjuicio grave y manifesto a los consumidores, sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos.*

⁵⁶³ Em seu artigo 2º, a mencionada diretiva define publicidade e publicidade enganosa: “1. Publicidade: qualquer forma de comunicação feita no âmbito duma actividade comercial, industrial, artesanal ou liberal tendo por fim promover o fornecimento de bens ou de serviços, incluindo os bens imóveis, os direitos e as obrigações; 2. Publicidade enganosa: a publicidade que, por qualquer forma, incluindo a sua apresentação, induz em erro ou é susceptível de induzir em erro as pessoas a quem se dirige ou que afecta e cujo comportamento económico pode afectar, em virtude do seu carácter enganador ou que, por estas razões, prejudica ou pode prejudicar um concorrente” (*In: <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=108798:cs&lang=pt&list=108798:cs,&pos=1&page=1&nbl=1&pgs=10&hwords=&checktexte=checkbox&visu=#texte>. Acesso em: 27 jun. 2010.*)

⁵⁶⁴ <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=401179:cs&lang=pt&list=501734:cs,425612:cs,401179:cs,&pos=3&page=1&nbl=3&pgs=10&hwords=&checktexte=checkbox&visu=#texte>. Acesso em: 27 jun. 2010. Confira o estudo realizado por Sandra Bauermann a respeito da referida diretiva (BAUERMAN, Estudo comparativo da publicidade..., *in: Revista Portuguesa de...*, p. 13). Conforme explica a articulista brasileira, Magistrada no Estado do Paraná, “As Diretivas são instrumentos que impõem aos Estados-membros da União Europeia assegurar seus resultados, deixando-os uma margem na escolha – maior ou menor – da forma e dos meios para a sua implementação, conforme exegese do artigo 249, parág. 3º do Tratado da União Europeia. Assim, a diretiva comunitária fixa os fins a serem atingidos, vinculando os Estados-membros quanto aos resultados a serem alcançados, necessitando de um ato nacional para sua inserção na ordem jurídica do respectivo Estado-Membro para gerar direitos e obrigações entre particulares, devendo ser objeto de transposição, salvo se a ordem jurídica

Para parte da doutrina, o bem jurídico tutelado é a veracidade das informações a serem prestadas ao consumidor.⁵⁶⁵ Contudo, há quem compreenda o bem jurídico como a “liberdade de disposição dos consumidores na contratação de produtos e serviços objeto da oferta ou da publicidade”⁵⁶⁶, ou seja, com natureza patrimonial. De acordo com este último entendimento, há inegável funcionalização do princípio da veracidade na publicidade como meio de se alcançar a mencionada tutela.⁵⁶⁷ Há quem sustente, outrossim, que o bem jurídico também são os interesses dos concorrentes ao lado dos interesses dos consumidores, já que a falsa informação é prejudicial aos primeiros.⁵⁶⁸

Eduardo Demetrio Crespo, antes de se pronunciar a respeito do bem jurídico de tal figura criminosa, fixa como premissa de seu ponto de vista que não se deve partir da apriorística legitimidade do tipo, tão só por sua existência.⁵⁶⁹ A seguir, numa hermenêutica crítica (que se opõe a uma hermenêutica positivista), afirma que o bem jurídico do crime em comento é o patrimônio individual dos consumidores.⁵⁷⁰ Conclui que a tipificação em apreço presta-se a antecipar a tutela penal do crime de estelionato (*estafa*, para os espanhóis), constituindo um ato preparatório deste ou, mesmo, o seu *conatus*.⁵⁷¹

A doutrina classifica o crime em apreço como sendo de perigo e condiciona a sua configuração à aptidão da conduta de causar um prejuízo grave e manifesto aos consumidores.⁵⁷²

Nota-se que o pressuposto para a configuração do crime em perspectiva é a falsidade objetiva da informação que se veicula. Além da elementar falsidade, é preciso que a conduta seja capaz de gerar o prejuízo descrito no tipo. Ausentes tais atributos na ação do agente, o crime cederá lugar à infração administrativa prevista na *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*.⁵⁷³

nacional já tiver alcançado os objetivos nela perseguidos” (BAUERMANN, Estudo comparativo da publicidade..., in: *Revista Portuguesa de...*, p. 12-13, nota 1).

⁵⁶⁵ MARTINEZ PEREZ, Los delitos relativos al..., in: *Estudios Penales y...*, p. 340. GARCÍAS PLANAS, Hacia um delito..., in: *Estudios Penales y...*, p. 144.

⁵⁶⁶ LAGUÍA, *La protección penal de los...*, p. 73.

⁵⁶⁷ CRESPO, A propósito del..., in: *Protección penal del...*, p. 170.

⁵⁶⁸ GARCÍAS PLANAS, Hacia um delito..., in: *Estudios Penales y...*, p. 134.

⁵⁶⁹ CRESPO, A propósito del..., in: *Protección penal del...*, p. 162.

⁵⁷⁰ CRESPO, A propósito del..., in: *Protección penal del...*, p. 171.

⁵⁷¹ CRESPO, A propósito del..., in: *Protección penal del...*, p. 171.

⁵⁷² CRESPO, A propósito del..., in: *Protección penal del...*, p. 171; PORTERO HENARES, La solución de conflictos en la..., in: *Protección penal del...*, p. 318.

⁵⁷³ PORTERO HENARES, La solución de conflictos en la..., in: *Protección penal del...*, p. 319.

Parte minoritária da doutrina espanhola entende desnecessária a tutela penal da conduta descrita no art. 282 do CP, em face do princípio da proporcionalidade, notadamente do critério da necessidade.⁵⁷⁴

b) Portugal

O Código de Publicidade de Portugal proíbe expressamente a publicidade enganosa no art.11, fazendo remissão ao Dec. 57/2008, de 26 de março. Mas, ainda no art. 6º do mencionado Código, já se verificaria a contradição daquela com os princípios consagrados para a publicidade.⁵⁷⁵

Art. 11. Publicidade Enganosa (Código de Publicidade)

1 - É proibida toda a publicidade que seja enganosa nos termos do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março, relativo às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores.

[...]

Art. 7º. Acções Enganosas (Dec. 57/2008)

1 - É enganosa a prática comercial que contenha informações falsas ou que, mesmo sendo factualmente correctas, por qualquer razão, nomeadamente a sua apresentação geral, induza ou seja susceptível de induzir em erro o consumidor em relação a um ou mais dos elementos a seguir enumerados e que, em ambos os casos, conduz ou é susceptível de conduzir o consumidor a tomar uma decisão de transacção que este não teria tomado de outro modo:

- a) A existência ou a natureza do bem ou serviço;
- b) As características principais do bem ou serviço, tais como a sua disponibilidade, as suas vantagens, os riscos que apresenta, a sua execução, a sua composição, os seus acessórios, a prestação de assistência pós-venda e o tratamento das reclamações, o modo e a data de fabrico ou de fornecimento, a entrega, a adequação ao fim a que se destina e as garantias de conformidade, as utilizações, a quantidade, as especificações, a origem geográfica ou comercial ou os resultados que podem ser esperados da sua utilização, ou os resultados e as características substanciais dos testes ou controlos efectuados ao bem ou serviço;
- c) O conteúdo e a extensão dos compromissos assumidos pelo profissional, a motivação da prática comercial e a natureza do processo de venda, bem como a utilização de qualquer afirmação ou símbolo indicativos de que o profissional, o bem ou o serviço beneficiam, directa ou indirectamente, de patrocínio ou de apoio;
- d) O preço, a forma de cálculo do preço ou a existência de uma vantagem específica relativamente ao preço;
- e) A necessidade de prestação de um serviço, de uma peça, da substituição ou da reparação do bem;
- f) A natureza, os atributos e os direitos do profissional ou do seu agente, como a sua identidade e o seu património, as suas qualificações, o preenchimento dos requisitos de acesso ao exercício da actividade, o seu estatuto, ou as suas relações, e os seus

⁵⁷⁴ Confira item precedente deste trabalho, referente à análise do art. 67 do CDC, quando se aderiu à proposta de descriminalização da figura em apreço, citando-se doutrina espanhola.

⁵⁷⁵ *A publicidade rege-se pelos princípios da licitude, identificabilidade, veracidade e respeito pelos direitos do consumidor* (art. 6º., Código de Publicidade).

direitos de propriedade industrial, comercial ou intelectual, ou os prémios e distinções que tenha recebido;

g) Os direitos do consumidor, em particular os direitos de substituição, de reparação, de redução do preço ou de resolução do contrato nos termos do disposto no regime aplicável à conformidade dos bens de consumo, e os riscos a que o consumidor pode estar sujeito.

2 - Atendendo a todas as características e circunstâncias do caso concreto, é enganosa a prática comercial que envolva:

a) Qualquer actividade de promoção comercial relativa a um bem ou serviço, incluindo a publicidade comparativa, que crie confusão com quaisquer bens ou serviços, marcas, designações comerciais e outros sinais distintivos de um concorrente;

b) O incumprimento pelo profissional de compromisso efectivo decorrente do código de conduta a que está vinculado no caso de ter informado, na prática comercial, de que se encontrava vinculado àquele código.

A publicidade enganosa já foi prevista como crime no ordenamento português, pelo Dec. Lei 28/84, que cuida de infrações económicas. Com o Código da Publicidade (Dec. Lei 330/90), a publicidade enganosa passou a ser considerada contra-ordenação.⁵⁷⁶

Figueiredo Dias explica que, formalmente, a diferença entre crime e contra-ordenação resume-se à sanção cominada: a coima. Porém, substancialmente, pondera que o crime possui aspecto ético indiscutível, ao passo que a contraordenação seria eticamente neutra. Tal neutralidade seria verificada a partir da conduta própria que preenche o tipo. Conforme ainda o autor, condutas axiologicamente neutras não se prestam a ofender bem jurídico, entendido este como entidade de aspecto ontológico e axiológico valiosa à comunidade jurídica.⁵⁷⁷

Carlota Pizarro de Almeida⁵⁷⁸ reúne algumas distinções entre o regime das contraordenações e o do direito penal:

- a) Embora em ambos a conduta negligente tenha previsão excepcional, verifica-se a sua frequência no domínio das contraordenações na seara da criminalidade económica. O mesmo sucede com relação à tentativa.
- b) De acordo com a jurista, enquanto a ausência do arguido é admitida excepcionalmente no Código de Processo Penal, no regime das contraordenações tal é permitido em regra.

⁵⁷⁶ Art. 34. 1 - A infracção ao disposto no presente diploma constitui contra-ordenação punível com as seguintes coimas:

a) De 350000\$00 a 750000\$00 ou de 700000\$00 a 9000000\$00, consoante o infractor seja pessoa singular ou colectiva, por violação do preceituado nos artigos 7.º, 8.º, 9.º, 10.º, 11.º, 12.º, 13.º, 14.º, 16.º, 20.º, 22.º-B, 23.º, 24.º, 25.º e 25.º-A.

⁵⁷⁷ DIAS, O movimento da..., in: *Direito penal económico e...*, p. 26-7.

⁵⁷⁸ ALMEIDA, Direito penal do... In: *Estudos do Instituto de...*, p. 261-2.

- c) No processo contraordenacional, as testemunhas não prestam compromisso.
- d) O Ministério Público, na fase administrativa, não possui qualquer função, apenas sendo chamado a atuar quando houver recurso à esfera judicial ou na execução da pena.
- e) Ainda conforme Carlota Almeida, de acordo com o Decreto Lei 433/82 (berço do direito contra-ordenacional em Portugal), não há a figura do assistente de acusação, diferentemente do que ocorre no processo penal.
- f) A coima, ainda que parecida com a multa, diverge desta por não conter reprovação ético-social, não sendo também consertível em prisão.
- g) Na fixação da coima, o critério norteador é a dissuasão, que seria ausente no direito penal.
- h) A orientação existente no direito penal no sentido de a pena visar à reintegração social não preside a imposição da coima e das sanções acessórias previstas para as contraordenações.

O Código de Publicidade português prevê sanções acessórias à coima, desde a apreensão dos objetos envolvidos na publicidade ilícita até a interdição temporária do estabelecimento.⁵⁷⁹ O referido Código também prevê medidas cautelares em face da publicidade enganosa para o fim de suspender, cessar os efeitos ou proibir a veiculação da publicidade enganosa (art. 41, I).

⁵⁷⁹ “Art. 35. Sanções acessórias.

1 - Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, podem ainda ser aplicadas as seguintes sanções acessórias:

- a) Apreensão de objectos utilizados na prática das contra-ordenações;
- b) Interdição temporária, até um máximo de dois anos, de exercer a actividade publicitária;
- c) Privação do direito a subsídio ou benefício outorgado por entidades ou serviços públicos;
- d) Encerramento temporário das instalações ou estabelecimentos onde se verifique o exercício da actividade publicitária, bem como cancelamento de licenças ou alvarás.

2 - As sanções acessórias previstas nas alíneas b), c) e d) do número anterior só podem ser aplicadas em caso de dolo na prática das correspondentes infracções.

3 - As sanções acessórias previstas nas alíneas c) e d) do n.º 1 têm a duração máxima de dois anos.

4 - Em casos graves ou socialmente relevantes pode a entidade competente para decidir da aplicação da coima ou das sanções acessórias determinar a publicidade da punição por contra-ordenação, a expensas do infractor”.

c) França

O Código do Consumidor francês⁵⁸⁰ pune as práticas comerciais desonestas, incriminando quem induz ou tenta induzir em erro o consumidor, mesmo por intermédio de outrem, prestando-lhe informações falsas por qualquer meio, inclusive por meio da publicidade, como se vê da redação do art. 213.1⁵⁸¹:

É punido com pena de prisão superior a dois anos e uma multa de 37.500 euros ou mais de uma dessas duas penalidades qualquer pessoa, seja ou não parte no contrato, será induzido em erro ou tentativa de induzir em erro contratante, por qualquer meio ou processo que seja, mesmo através de um terceiro :

1° Ou sobre a natureza, espécie, origem , qualidades de materiais, composição ou teor de princípios ativos de todos os bens;

2° ou com a quantidade de bens entregues ou a sua identidade mediante a entrega de uma mercadoria que não seja a coisa específica que fez o contrato;

3° ou na aptidão para o emprego, os riscos inerentes à utilização do produto , cheques, manual de instruções ou precauções.

O crime sujeita o infrator à pena privativa de liberdade de até dois anos, além de multa.

O ordenamento francês prevê a responsabilidade penal da pessoa jurídica para a hipótese em apreço, conforme art. 121.6 do referido Código.

d) Itália

Há um delito publicitário no ordenamento italiano previsto pela Lei 283, de 30 de abril de 1962, que cuida da disciplina higiênica da produção e da venda de substâncias alimentares e de bebidas.⁵⁸²

⁵⁸⁰ <http://www.legifrance.gouv.fr>. Acesso em: 03 jul. 2010.
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069565&dateTexte=20100704>.

⁵⁸¹ “Sera puni d'un emprisonnement de deux ans au plus et d'une amende de 37 500 euros au plus ou de l'une de ces deux peines seulement quiconque, qu'il soit ou non partie au contrat, aura trompé ou tenté de tromper le contractant, par quelque moyen ou procédé que ce soit, même par l'intermédiaire d'un tiers :

1° Soit sur la nature, l'espèce, l'origine, les qualités substantielles, la composition ou la teneur en principes utiles de toutes marchandises ;

2° Soit sur la quantité des choses livrées ou sur leur identité par la livraison d'une marchandise autre que la chose déterminée qui a fait l'objet du contrat;

3° Soit sur l'aptitude à l'emploi, les risques inhérents à l'utilisation du produit, les contrôles effectués, les modes d'emploi ou les précautions à prendre”.

⁵⁸² No original: “Art. 13. È vietato offrire in vendita o propagandare a mezzo della stampa od in qualsiasi altro modo, sostanze alimentari, adottando denominazioni, o nomi impropri, frasi pubblicitarie, marchi o attestati di qualità o genuinità da chiunque rilasciati, nonché disegni illustrativi tali da sorprendere la buona fede o da indurre in errore gli acquirenti circa la natura, sostanza, qualità o le proprietà nutritive delle sostanze alimentari stesse o vantando particolari azioni medicamentose.

I contravventori sono puniti con l'ammenda da euro 309 (lire 600.000) a euro 7.746 (lire 15.000.000).

Art.13

É proibido oferecer à venda ou anunciar em *stampa* ou em qualquer outro meio, gêneros alimentícios, adotando denominações ou nomes impróprios, frases publicitárias, marcas ou certificados de qualidade ou autenticidade da *chiunchi rilasciati*, bem como desenhos ilustrativos de modo a surpreender a boa-fé ou induzir em erro os compradores sobre a natureza, substância, qualidade ou propriedades nutricionais de substâncias alimentares ou inculcando-lhes particulares ações medicinais. O agente é punível com multa de 309 euros (600 mil libras) para € 7746 (15 milhões de libras).

Estão sujeitos à mesma pena aqueles que verbalmente, por escrito, por meio da *stampa* ou de qualquer forma, oferecem à venda substância de qualquer natureza susceptíveis de adulterar e falsificar alimentos e bebidas.

Interessante tipificação de prestação de informação falsa contra o consumidor é prevista no art. 31 do Dec. 930/1963, que regula o controle de denominação de origem de vinhos e mostos no território italiano⁵⁸³, como se vê a seguir⁵⁸⁴:

Art. 31

Aquele que utiliza a denominação de origem controlada ou controlada e garantida para vinhos que não possuem os requisitos requeridos para o uso de tais denominações, antecedendo as palavras 'tipo', 'gosto', 'uso', 'sistema' e similares ou emprega superlativo, diminutivo ou outra deformação de tais denominações, ou ainda faz uso de indicações, ilustrações ou sinais suscetíveis de enganar o adquirente, é punido com reclusão até dois meses e com multa até seiscentas mil liras. (1) (2)

As mesmas penas serão aplicadas quando a palavra ou a denominação alteradas na forma do *caput* são colocadas em invólucros, embalagens, panfletos ou em meio publicitário.

(1) Redação dada pelo art. 113, parág. 3º., da Lei 689, de 24/11/1981.

(2) Para a descriminalização das hipóteses previstas nesse dispositivo, confira o art. 2º., parág. 2º., alínea 'b', do Decreto Legislativo 507, de 30/12/1999.

Alla stessa pena sono soggetti coloro che verbalmente, per iscritto, a mezzo della stampa ed in qualsiasi modo, offrono in vendita sostanze di qualsiasi natura atte ad adulterare e contraffare alimenti e bevande”.

(<http://www.miolegale.it/normativa/236-1-283-1962-disciplina-igienica-produzione-vendita-alimentari-bevande.html>. Acesso em: 06 jul. 2010)

⁵⁸³ D.P.R. 12 luglio 1963, n. 930: Norme per la tutela delle denominazioni di origine dei mosti e dei vini (Pubblicato nella G.U. n. 188 del 15 luglio 1963). Acesso em: 21 set. 2010 no sítio http://www.re.camcom.it/allegati/1963_930.pdf.

⁵⁸⁴ Confirma a redação no original: “Chiunque usa le denominazioni di origine "controllata" o "controllata e garantita" per vini che non hanno i requisiti richiesti per l'uso di tali denominazioni, premettendo le parole "tipo", "gusto", "uso", "sistema" e simili o impiega maggiorativi, diminutivi od altre deformazioni delle denominazioni stesse o comunque fa uso di indicazioni, illustrazioni o segni suscettibili di trarre in inganno l'acquirente, è punito con la reclusione sino a due mesi e com la multa sino a lire 600.000 [1]. [2]

Le stesse pene si applicano anche quando le parole o le denominazioni alterate di cui al comma precedente sono poste sugli involucri, sugli imballaggi, sulle carte di commercio ed in genere sui mezzi pubblicitari. [2]

(1) Importo così modificato per effetto dell'art. 113, comma3, L. 24 novembre 1981, n. 689.

(2) Per la depenalizzazione delle ipotesi di reato di cui al presente comma, vedil'art. 2, comma2, lett. b), D.Lgs. 30 dicembre 1999, n. 507”.

Os tipos penais ora transcritos sofreram modificações do Dec. Legislativo 507, de 30/12/1999⁵⁸⁵, que descriminalizou as condutas ali descritas, tornando-as infrações administrativas.

5.2.5 Artigo 68 da Lei 8.078/90

O delito do art. 68 do CDC consiste em “fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança”, sendo-lhe cominada a pena de seis meses a dois anos de detenção e multa.

Trata-se de espécie de publicidade abusiva, sendo aplicáveis a este artigo várias das críticas e das considerações feitas acerca do artigo anterior do CDC, inclusive a sua descriminalização. Como a pena prevista é mais acentuada do que a do art. 67, pode-se dizer que o tipo em exame criminaliza forma qualificada de publicidade abusiva.

A determinação de que a publicidade não pode induzir o consumidor a comportar-se de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança está contida no art. 37, §2º, do CDC.

Os núcleos do tipo, *fazer e promover*, bem como os sujeitos, são idênticos aos do tipo penal anteriormente comentado. A mesma identidade é verificada no que diz respeito à interpretação da expressão *sabe ou deveria saber*.

Admite-se a tentativa quando a publicidade está pronta mas não foi ainda veiculada – isto é, não chegou ao conhecimento dos consumidores por circunstância alheia à vontade do publicitário, do fornecedor ou do responsável por sua divulgação.

A expressão *capaz de induzir* faz o tipo extremamente aberto e dependente da subjetividade do intérprete. Como se sabe, a indução deve levar alguém a fazer algo que anteriormente não pretendia; ou seja, provoca a criação da vontade na pessoa induzida. Diferentemente é a instigação, que apenas intensifica uma vontade preexistente.

Prejudicial é o que causa dano, enquanto *perigoso* é o que causa potencialidade de dano. A aferição da potencialidade lesiva da publicidade abusiva é feita no caso concreto,

585

<http://www.normattiva.it/dispatcher?service=213&datagu=1999-12-31&annoatto=1999&numeroatto=507&task=ricercaatti&elementiperpagina=50&redaz=099G0583&aggatto=si&&afterrif=yes&newsearch=1&fromurn=yes&paginadamostrare=1&tmstp=1278468124931>. Acesso em: 06 jul. 2010.

verificando-se se havia na mensagem aptidão para causar dano à saúde ou segurança de um consumidor qualquer.⁵⁸⁶

Se em consequência do crime do art. 68 do CDC algum consumidor vier a lesionar-se, ocorrerá concurso formal (art. 70 do CP) entre o delito publicitário e o de lesões corporais.⁵⁸⁷ Havendo morte do consumidor, também será observada a regra do concurso formal entre os delitos publicitário e o de homicídio.

O delito em apreço, de menor potencial ofensivo, também comporta os benefícios despenalizadores presentes na Lei 9.099/95, previstos nos arts. 72 e 74, além da suspensão condicional do processo (art. 89).

⁵⁸⁶ GUIMARÃES, *Tutela penal do consumo*..., p. 109. No mesmo sentido: FONSECA, *Direito penal do consumidor*..., p. 187.

⁵⁸⁷ Nesse sentido: FONSECA, *Direito penal do consumidor*..., p. 190; PRADO, *Direito penal econômico*, p. 148.

6 CONCLUSÃO

- 1) O direito que o consumidor possui à informação do consumidor é tutelado para garantir-lhe outros direitos, como o de fazer boas escolhas e o de ter preservada sua saúde e incolumidade física e psicológica.
- 2) O bem jurídico protegido nos tipos penais dos arts. 63, 64, 66, 67 e 68 é o direito à informação como forma de assegurar a saúde e a incolumidade física e patrimonial do consumidor.
- 3) O direito à informação é um bem jurídico coletivo, cuja proteção está a serviço dos bens jurídicos individuais dos consumidores, precisamente o seu patrimônio, a sua incolumidade física e a sua saúde.
- 4) Em face do caráter funcional do bem jurídico “direito à informação”, a configuração dos crimes dos arts. 63, 64, 66, 67 e 68 do CDC depende da aptidão para vulnerar os bens jurídicos individuais dos consumidores.
- 5) Os crimes de perigo abstrato são compatíveis com a Constituição, não conflitando com o princípios da proporcionalidade, o da intervenção mínima, o da culpabilidade e o da ofensividade, desde que sejam compreendidos como delitos de aptidão abstrata ou de perigo abstrato-concreto, descritos a partir de condutas potencialmente perigosas, que podem acarretar ao bem jurídico perigo de resultado e para cuja configuração seja necessária a constatação da ofensividade da conduta pelo julgador.
- 6) Os crimes descritos nos tipos dos arts. 63, 64, 66, 67 e 68 do Código de Defesa do Consumidor são classificados como delitos de perigo abstrato concreto, cuja potencialidade lesiva deverá ser aferida judicialmente, não sendo suficiente a conformação formal das condutas ali incriminadas com a descrição típica.
- 7) Ocorrendo a aquisição do produto ou a contratação do serviço em face das condutas descritas nos arts. 66, 67 e 68 do CDC, restará configurado o crime descrito no inciso VII do art. 7º da Lei 8.137/90. As normas incriminadoras referentes aos delitos do CDC, nesse caso, cederão espaço à correspondente ao crime da Lei 8.137/90, delito de dano, em razão do critério da consunção utilizado no conflito aparente de normas.

- 8) Sobrevindo lesões corporais ou morte ao consumidor em face dos crimes de informação inidônea ao consumidor, haverá concurso de crimes, na forma do art. 70 do Código Penal (concurso formal).
- 9) O tipo penal do art. 66 do CDC ofende o princípio da proporcionalidade, na medida em que, de forma mediata, abarca condutas potencialmente perigosas a bens jurídicos individuais de distinta importância, como o patrimônio, a saúde e a incolumidade física dos consumidores.
- 10) A previsão da modalidade culposa em crimes de mera conduta é excepcional, apenas podendo ser aceita em face da proteção mediata da vida, da incolumidade física e da saúde dos consumidores, bens jurídicos de indiscutível supremacia constitucional.
- 11) A previsão da modalidade culposa relativamente às condutas do tipo penal do art. 66 do CDC que são perigosas exclusivamente ao patrimônio do consumidor fere o princípio da proporcionalidade, carecendo de legitimidade.
- 12) A definição dos crimes dos arts. 67 e 68 do Código de Defesa do Consumidor é inconstitucional, porque desatende ao princípio da legalidade, precisamente o seu corolário da taxatividade, vulnerando também o princípio da intervenção mínima.
- 13) Devem ser descriminalizadas as condutas dos arts. 67 e 68 do Código de Defesa do Consumidor, reservando-se ao direito administrativo e ao direito civil a tutela da infração ao dever de informar que as caracteriza.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMEIDA, Carlota Pizarro de. Direito penal do consumo. Algumas questões. In: LEITÃO, Luís Menezes (Coord.). *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*. Instituto de Direito do Consumo da Faculdade de Direito de Lisboa. Coimbra: Almedina, v. 1, p. 255-278, jul. 2002.
- ALMEIDA, João Batista. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- AMARAL, Cláudio do Prado. *Princípios penais: da legalidade à culpabilidade*. São Paulo: IBCCrim, 2003.
- AMARAL, Leonardo Coelho do. Crimes socioeconômicos e crimes fiscais: algumas características. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 43, v.11, SP, RT, 2003, p. 187-225.
- AMARAL, Sylvio do. *Falsidade documental*. Campinas: Ed. Millennium, 2000.
- ANDRADE, João da Costa. O erro sobre a proibição e a problemática da legitimação em direito penal. In: COSTA, José de Faria (Coord.). *Temas de direito penal econômico*. Coimbra: ed. Coimbra, 2005, p. 23-4.
- ANDRADE, Manuel da Costa. A dignidade penal e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, Ed. Notícias, ano 2, fasc. 2, p. 173-205, abr./jun. 1992.
- ANDRADE, Manuel da Costa. A nova lei dos crimes contra a economia (dec.-lei no. 28/84, de 20 de janeiro). In: *Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra Ed., 1998. v. 1.
- ANDRADE, Pedro Ivo. *Crimes contra as relações de consumo – art. 7º. da lei 8.137/90*. Curitiba: Juruá, 2007.
- ANGIONI, Francesco. *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*. Milano: Giuffré, 1983.
- ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale*. Parte general. 40. ed. Milano: Giuffré, 1997.
- ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. O princípio da proporcionalidade aplicado ao direito penal: fundamentação constitucional da legitimidade e limitação do poder de punir. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais, IBCCRIM*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 17, n. 80, p. 35-79, 2009.
- ARISTÓTELES. *Ética a nicômaco*. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2007.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal económico*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

BAJO FERNANDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho penal económico*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001.

BALCARCE, Fabián I. *Derecho penal económico*. Parte geral. Cordoba: Ed. Mediterranea, 2003. T. 1.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BAUERMANN, Sandra. Estudo comparativo da publicidade enganosa no Brasil e em Portugal. In: *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, Coimbra, Associação Portuguesa de Direito do Consumo, n. 48, p. 11-40, dez. 2006.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus Ed., 1983.

BENEVIDES FILHO, Maurício. *A sanção premial no direito*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

BENITEZ, Ulf; DRAPER, John. *Consumer protection in sweden: legislation, institutions and practice*. Stockholm: The Institute for Intellectual Property and Market Law at the Stockholm University. 1981.

BENJAMIM, Antônio Herman Vasconcellos. O direito penal do consumidor: capítulo do direito penal econômico. In: *Revista de Direito do Consumidor*, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 1, n. 1, p. 103-129, 1992.

BIRNBAUM, Joham Michael Franz. *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*. Buenos Aires: Julio Cesar Faira, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte especial. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 4.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte especial. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5.

BRODT, Luís Augusto Sanzo. A tutela penal da ordem econômica. In: *O Sino do Samuel, Jornal da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, ano 14, n. 94, p. 10, ago./dez. 2007.

BUJÁN PEREZ, Carlos Martinez. *Derecho penal económico*. Parte geral. Valencia: Tirant lo blanch libros, 1998.

CALVÃO DA SILVA, João. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1990.

CAMARGO FERRAZ, Antonio Augusto Melo de; MILARÉ, Édís; NERY JÚNIOR, Nelson. *A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*. São Paulo: Saraiva, 1984.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra ed., 2001.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1984.

CARVALHO, Salo; CARVALHO, Amilton Bueno de. *Aplicação da pena e garantismo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CAS, Gérard; FERRIER, Didier. *Traité de droit de la consommation*. Paris: PUF, 1986, *apud* MONTE, Mário Ferreira. *Da proteção penal do consumidor*. O problema da (des)criminalização no incitamento ao consumo. Coimbra: Almedina, 1996, p. 73.

CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. *El derecho penal de la empresa desde una perspectiva garantista*. Buenos Aires: Julio Cesar Faria, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção ao consumidor: importante capítulo do direito econômico. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano XIII, n. 15/16, p. 89-105, 1974.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Nexo causal*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de direito penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da; COSTA, Fernando José da. *Crimes contra o consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2000.

COSTA, José Francisco de Faria. *Direito penal econômico*. Coimbra: Ed. Quarteto, 2003.

COSTA, Judith Martins. O princípio da vinculação da publicidade: características e interpretação do negócio jurídico da oferta no microssistema do código de defesa do consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 47-72.

CRESPO, Eduardo. A propósito del bien jurídico em el delito publicitario tipificado em el artículo 282 del código penal español. Una contribución a partir de una hermenéutica valorativa. In: RIVAS, Nicolás García (Coord.). *Protección penal del consumidor en la union europea*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha: Cuenca, 2005, p. 157-172.

DENARI, Zelmo. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado por autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

DIAS, Augusto Silva. Entre ‘comes e bebes’: debate de algumas questões polêmicas no âmbito da protecção jurídico-penal do consumidor (a propósito do acórdão da relação de Coimbra de 10 de julho de 1996). In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 9, fasc. 1º., p. 519-592, (1ª. parte) jan./mar., 1999.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal econômico. In: *Direito penal econômico*. Coimbra, Coimbra Ed., 1998. v. I, p. 35-74. (Textos Doutrinários).

DIAS, Jorge de Figueiredo. O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social. In: *Direito penal econômico e europeu*. Coimbra, Coimbra Ed., 1998. v. I, p. 19-33. (Textos Doutrinários).

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. *Diritto penale*. Parte generale. Milano: Giuffrè, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FELDENS, Luciano. *A constituição penal*. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de (Org.). *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Vários colaboradores e tradutores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRARI, Eduardo Reale. Direito penal do consumidor e constituição federal brasileira. In: *Ciências Penais*, ano 1, v. 1, p. 275-294, jul./dez. 2004.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Conceito de sistema no direito*. São Paulo: Edusp/Revista dos Tribunais, 1976.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004.

FIANDACA, Giovanni. Il benne giuridico.... *In: Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. ano xxv, n. 1, p. 42-81, gen./mar., 1982.

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale*. P. generale. 5. ed. Bologna: Zanichelli, 2008.

FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. *Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal: (des) criminalização, redação típica e (in) ofensividade*. São Paulo: IBCCrim, 2008.

FILOMENO, José Geraldo de Brito *et al.* *In: Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

FONSECA, Antonio Cezar L. da. *Direito penal do consumidor*. Código de defesa do consumidor e lei 8.137/90. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

FONSECA, Hugo Duarte. *Direito penal econômico: da autonomia dogmática à integridade nos princípios (ou para uma cosmovisão: do big bang na dogmática à radiação fóssil dos princípios)*. *In: COSTA, José de Faria (Coord.). Temas de direito penal econômico*. Coimbra: Coimbra ed., 2005.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. Parte geral. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

GABRICH, Frederico de Andrade. *O princípio da informação*. 2007, 203f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG, UFMG. Belo Horizonte, 2007.

GARCÍAS PLANAS, Gabriel. Hacia um delito publicitario. *In: Estudios Penales y Crimonologicos*, Universidade de Santiago de Compostela, v. XVI, p. 123-149, 1993.

GIUNTA, Fausto. Il diritto penale dell'ambiente in Itália: tutela di Beni o tutela di funzioni? *In: Rivista di Diritto e Procedura Penale*, Milano, Giuffrè, n. 4, p. 1097-1123, 1997.

GODINHO, Inês Fernandes. A actuação em nome de outrem em direito penal econômico: entre a narrativa e adogmática ou o outro lado do espelho. *In: COSTA, José de Faria (Coord.). Temas de Direito Penal Econômico*. Coimbra: Coimbra ed, 2005, p. 203-250.

GOMES, Luiz Flávio. *O princípio da ofensividade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GOMES, Luis Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos. *Direito penal*. Parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 2.

GRASSO, Giovanni, L'anticipazione della tuta penale: i reati di pericolo e reati de attentato. *In: Rivista di Diritto e Procedura Penale*, Milano, Giuffrè, v. 29, n.3, p. 689-728, 1986.

GRAU, Eros Roberto. Equidade, razoabilidade e proporcionalidade. *In: Revista do Advogado*, São Paulo, AASP, ano XXIV, n. 78, p. 27-30, set. 2004.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRECO, Luis. 'Princípio da ofensividade' e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*. IBCCrim, São Paulo, n. 49, p. 89-147, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A problemática dos interesses difusos*. A tutela dos interesses difusos. São Paulo: Max Limonad, 1984.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

GUIMARÃES, Sérgio Chastinet Duarte. *Tutela penal do consumo: abordagem dos aspectos penais do código de defesa do consumidor e do artigo 7º. da lei n. 8.137, de 27.dez.1990*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

HASSEMER, Winfred. Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico. *In: Doctrina Penal*, Buenos Aires, Ed. Depalma, ano 12, n. 45-48, p. 275-285, 1989.

HASSEMER, Winfred. *Persona, mundo y responsabilidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

HORTA, Frederico Gomes de Almeida. *Do concurso aparente de normas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *A publicidade no direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal*. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal*. Parte general. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares, 2002.

JESUS, Damásio E. de. Natureza jurídica dos crimes contra as relações de consumo. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*. IBCCrim, São Paulo, ano 3, v. 11, p. 128-144, jul-set. 1995.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

KALIL, José Arthur Di Spirito. *Do crime impossível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

KALIL, José Arthur Di Spirito; BRODT, Luís Augusto Sanzo. Considerações sobre o crime descrito no art. 66 do código de defesa do consumidor. *In: Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*, Belo Horizonte, Instituto dos Advogados de Minas Gerais, n. 14, p. 397-410, 2008.

KELSEN, Hanz. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LAGUÍA, Ignacio Muñagorri. *La protección penal de los consumidores frente a la publicidad engañosa*. Artículo 282 del Código Penal. Granada: Ed. Comares, 1998.

LARENZ, Karl. *Derecho justo*. Fundamentos de ética jurídica. Tradução de Luis Díez Picazo. Madrid: Civitas, 1990.

LARENZ, K. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José de Souza e Brito e José Antônio Veloso. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1978.

LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto de. O direito penal secundário e a ampliação do conceito de autor, por meio de sua concepção unitária. In: D'ÁVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de (Coord.). *Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 281-309.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. In: *Estudos de Direito do Consumidor*, Faculdade de Direito de Coimbra, Centro de Direito do Consumo, Coimbra, n. 3, p. 23-45, 2001.

LOPES, Jair Leonardo. *Em defesa de José Arigó* – estudo jurídico sobre o crime de curandeirismo. Belo Horizonte: [s.n.], 1965.

LOPES, Jair Leonardo. *Curso de direito penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípios políticos do direito penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LUIZI, Luiz. *Princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Fabris, 1991.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCrim, 2005, p. 107.

MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*. Parte general. 3. ed. Padova: CEDAM, 1992.

MAPELLI CAFFARENA, Borja. *El delito de publicidad fraudulenta*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999.

MARANHÃO, Jorge. *A arte da publicidade: estética, crítica e kitsch*. Campinas: Papirus, 1988.

MARINS, James. *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto*. Os acidentes de consumo no código de proteção e defesa do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. v. II.

MARTÍN, Luis Gracia. La responsabilidad penal del directivo, organo y representante de la empresa em el derecho penal español. Estudio específico de los problemas dogmáticos que plantea el delito cometido a partir de una 'actuación en lugar de otro'. In: *Hacia un Derecho*

Penal Económico Europeo: Jornadas en Honor del Professor Klaus Tiedemann, Madrid, Boletín Oficial del Estado, p. 81-124, 1995 *apud* GODINHO, Inês Fernandes. A actuação em nome de outrem em direito penal econômico: entre a narrativa e adogmática ou o outro lado do espelho. *In: Temas de direito penal econômico*. COSTA, José de Faria (Coord.). Coimbra: Coimbra Ed., 2005, p. 203-250.

MARTINEZ PEREZ, Carlos. Los delitos relativos al mercado y a los consumidores en el proyecto de código penal de 1992. *In: Estudios Penales y Criminológicos*, Universidade de Santiago de Compostela, v. XVI, p. 329-393, 1993.

MATA Y MARTÍN, Ricardo M. *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro: aproximación a los presupuestos de la técnica de peligro para los delitos que protegen bienes jurídicos intermedios* (- tutela penal del medio ambiente, delitos económicos, seguridad del tráfico -). Granada: Comares, 1997.

MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal*. Parte general. Buenos Aires: Astrea, 1994. v. 1.

MELLO, José Soares de. *O delicto impossível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1936.

MELO, Ricardo Galvão de. A função hermenêutica do princípio da proporcionalidade: superação de uma perspectiva lógico-formal. *In: Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*. Faculdade de Direito de Bauru, São Paulo, n. 38, p. 113-127, set./dez., 2003.

MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal*. Parte especial. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2009. v. III.

MODONA, Guido Neppi. *Il reato impossibile*. Milano: Giuffrè, 1973.

MOMMSEN, Teodoro. *Derecho penal romano*. Tradução de P. Dourado. 2. ed. Bogotá: Temis, 1999, p. 423-4, *apud* GUIMARÃES, Sérgio Chastinet Duarte. *Tutela penal do consumo: abordagem dos aspectos penais do código de defesa do consumidor e do artigo 7º da lei n. 8.137, de 27.dez.1990*. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 35.

MONTE, Mário Ferreira. *Da proteção penal do consumidor*. O problema da (des)criminalização no incitamento ao consumo. Coimbra: Almedina, 1996.

MORAES, Maurício Zanoide de. O problema da tipicidade nos crimes contra as relações de consumo. *In: SALOMÃO, Heloisa Estellita* (Coord.). *Direito penal empresarial*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 185-212.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría general del delito*. 2. ed. Bogotá: Themis, 2001.

NERY JÚNIOR, Nelson *et al.* Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

PALAZZO, Francesco. *Valores constitucionais penais e direito penal*. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989.

PALAZZO, Francesco. Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali. In: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, Giuffrè, n. 2, p. 350-384, apr./giu, 1998.

PATRONO, Paolo. I reati in matéria di ambiente. In: *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'economia*, Padova, Cedam, v. 13, n. 3, p. 669-692, 2000.

PEDRAZZI, Cesare; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal societário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

PELARIN, Evandro. *Bem jurídico-penal: um debate sobre a descriminalização*. São Paulo: IBCCrim, 2002.

PEREZ DEL VALE, Carlos. Aproximación al concepto de derecho penal econômico. In: BACIGALUPO, Enrique (Dir.). *Derecho penal económico*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 29-52.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes de mera conduta*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

PIMENTEL, Manoel Pedro. Aspectos penais do código de defesa do consumidor. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 661, p. 249-258, nov. 1990.

PIRES, Ariosvaldo de Campos; SALES, Sheila Jorge Selim de. *Crimes de trânsito na lei 9.503/97*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

PIRES, Ariosvaldo de Campos. *Compêndio de direito penal*. Atualizado por SALES, Sheila Jorge Selim de. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PORTERO HENARES, Manuel. La solución de conflictos en la regulación de la publicidad ilícita. In: GARCÍA RIVAS, Nicolás (Coord.). *Protección penal del consumidor en la union europea*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2005, p. 297-323.

PRADO, Fabiano Lemes Zamalloa do. *A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal*. São Paulo: IBCCrim, 2006.

PRADO, Luis Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PRADO, Luis Regis. *Direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PRADO, Luis Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 1.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

RAMACCI, Fabrizio. *Corso di diritto penale*. Torino: Giapichelli, 1991. v. 1.

- REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1.
- RIGUI, Esteban. *Los delitos económicos*. Buenos Aires: Ad hoc, 2000.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. A defesa do argüido: uma garantia constitucional em perigo no 'admirável mundo novo'. In: *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Coimbra, ed. Coimbra, ano 12, v. 12, n. 4, p. 549-571, 2002.
- RODYCS, Wilson Carlos. A obrigatoriedade de o ofertante cumprir a oferta publicitária à luz do código de defesa do consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60-72.
- ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general. Madrid: Civitas, 2007. T.1.
- ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomilli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- RUDOLPHI, Hans-Joachim. Die verschiedenen aspekte des rechtsgutsbegriffs. In: Festschrift für R. Honing. Göttingen: Otto Schwartz, 1970, *apud* ANDRADE, Manuel da Costa. *A nova lei dos crimes contra a economia* (dec.-lei no. 28/84, de 20 de janeiro). In: *Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra Ed., 1998. v. 1.
- SALES, Sheila Jorge Selim. *Escritos de direito penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- SANGUINÉ, Odone. Introdução aos crimes contra o consumidor. Perspectiva criminológica e penal. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 675, p. 315-330, jan. 1992.
- SANTOS, Gérson Pereira dos. *Direito penal econômico*. São Paulo: Saraiva, 1981.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Curitiba: Lumen Juris-IPCP, 2005.
- SARDINHA, Álvaro. *A tentativa impossível*. Rio de Janeiro: Ed. Borsóí, 1941.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição do excesso e de insuficiência. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 47, p. 60-122, mar./abril, 2004.
- SIDOU, Othon. *Proteção ao consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal*. Aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales. 2. ed. Montevideo-Buenos Aires: José Cesar Faire Ed., 2008.
- SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, Eduardo Sanz de Oliveira. Direito penal preventivo e os crimes de perigo: uma apreciação dos critérios de prevenção enquanto antecipação do agir penal no direito. In: COSTA, José de Faria (Coord.). *Temas de direito penal econômico*. Coimbra: Coimbra Ed., 2005, p. 262.

SILVA, Eduardo Sanz de Oliveira e. O princípio da subsidiariedade e a expansão do direito penal. In: D'AVILA, Fabio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de (Coord.). *Direito penal secundário: estudo sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006; Coimbra: Coimbra Ed., 2006, p. 181-213.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 798, p. 23-50, abr. 2002.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SOUZA, Miriam de Almeida. *A política legislativa no direito comparado*. Belo Horizonte: Nova Alvorada edições, 1996.

STRECK, Lênio Luiz. Da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot): de como não há blindagem para normas penais inconstitucionais. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre, Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. 1, n. 2, p. 243-284, 2004.

SUTHERLAND, Edwin H. *White collar crime*. USA: Foreword by Donald R. Cressey, 1961.

TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, IBCCrim, ano 1, n. 0, p. 75-87, 1992.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TAVARES, Juarez. *Bien jurídico y función em derecho penal*. Tradução de Mônica Cuñarro. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do código de defesa do consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TICIANELLI, Marcos Daniel Veltrini. *Delitos publicitários no código de defesa do consumidor e na lei 8.137/90*. Curitiba: Juruá, 2007.

TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*. Tradução de Manuel Abanto Vásquez. 2. ed. Lima: Grijley, 2007.

TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal economico*. Introducción e parte general. VÁSQUEZ, Manuel Abando (Coord. e Rev.). Lima: Grijley, 2009.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TORON, Alberto Zacharias. Pagamento com cartão de crédito não torna ilícita a majoração no preço do produto. *In: Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 701, v. 83, p. 259-260, 1994.

TORON, Alberto Zacharias. Aspectos penais da proteção ao consumidor. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, IBCCrim, ano 3, n. 11, p. 80-90, jul./set. 1995.

TORON, Alberto Zacharias. Falta de tradução em embalagem de produto não é crime. *In: Boletim do IBCCrim*, n. 49, p. 10, dez. 1996.

VOLK, Klaus. Diritto penale ed economia. *In: Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'economia*, ano XI, Padova, Cedam, n. 2-3, p. 479-491, 1998.

WELZEL, Hanz. *O novo sistema jurídico-penal*. Uma introdução à doutrina da ação finalista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

WILHELMSSON, Thomas. Consumer law and the environment: from consumer to citizen. *In: Estudos de Direito do Consumidor*, Coimbra, Faculdade de Direito de Coimbra, Centro de Direito do Consumo, n. 1, p. 353-381, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal*. Parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. Parte geral. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZIELINSKI, Diethart. *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*. Análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito. Tradução de Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 1990.

Sites visitados:

<http://daccess-dds-y.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/469/75/IMG/NR046975.pdf?OpenElement>.

<http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=108798:cs&lang=pt&list=108798:cs,&pos=1&page=1&nbl=1&pgs=10&hwords=&checktexte=checkbox&visu=#texte>. Acesso em: 27 jun. 2010.

<http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=401179:cs&lang=pt&list=501734:cs,425612:cs,401179:cs,&pos=3&page=1&nbl=3&pgs=10&hwords=&checktexte=checkbox&visu=#texte>. Acesso em: 27 jun. 2010.

<http://www.bn.camcom.it/News/2010/Allegati/D.P.R.%2012%20luglio%201963,%20n.930.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2010.

<http://www.legifrance.gouv.fr>. Acesso em: 03 jul. 2010.

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069565&dateTexte=20100704>.

<http://www.miolegale.it/normativa/236-1-283-1962-disciplina-igienica-produzione-vendita-alimentari-bevande.html>. Acesso em: 06 jul. 2010.

<http://www.normattiva.it/dispatcher?service=213&datagu=1999-12-31&annoatto=1999&numeroatto=507&task=ricercaatti&elementiperpagina=50&redaz=099G0583&aggatto=si&&afterrif=yes&newsearch=1&fromurn=yes&paginadamostrare=1&tmstp=1278468124931>. Accesso em: 06 jul. 2010.

<http://www.presidencia.gov.br>.

<http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=9108>. Accesso em: 24 jul. 2010.

<http://www.senado.gov.br>.