

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE/SP

**DOS CRIMES EM ESPÉCIE PREVISTOS NO CÓDIGO DE DEFESA
DO CONSUMIDOR**

Murilo Nogueira

Presidente Prudente/SP

2006

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE/SP

**DOS CRIMES EM ESPÉCIE PREVISTOS NO CÓDIGO DE DEFESA
DO CONSUMIDOR**

Murilo Nogueira

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Marcus Vinícius Feltrim Aquotti.

Presidente Prudente/SP

2006

DOS CRIMES EM ESPÉCIE PREVISTOS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado
como requisito parcial para obtenção do Grau
de Bacharel em Direito.

Marcus Vinícius Feltrim Aquotti

Fernando Coimbra

Sandro Marcos Godoy

Presidente Prudente/SP, 30 de novembro de 2006.

Dedico a presente obra à minha
família, em especial aos meus
pais pelo amor e confiança que
sempre me transmitiram.

Posso não concordar nem mesmo
com uma vírgula das palavras que
estás dizendo, mas defenderei até
a morte o direito de dizê-las.

Voltaire

AGRADECIMENTOS

A princípio gostaria de fazer menção aos meus avós, estes *in memorian*, João B. Nogueira Machado e Clemilda Cavalcanti, a “vó Ulda”, agradecendo ambos por terem criado meu pai da maneira que o conheço e registrar que não diminui o amor que sinto o fato de não tê-lo conhecido ou do breve convívio. Agradeço ao meu querido avô, Francisco Rosa, também *in memorian*, pelo exemplo de lisura de caráter que deixou e por mostrar todas as vantagens da honestidade, receba onde estiver minhas homenagens, à minha avó, Aparecida P. Rosa, por toda a paciência e compreensão que sempre demonstrou e pela forma carinhosa que cuidou de meu avô durante toda sua vida. Ao meu pai Dr. Jeferson C. Nogueira, meu amigo e ídolo, que muito contribuiu com seus conhecimentos para a conclusão deste trabalho, nunca se furtando a me prestar auxílio, independentemente da hora e do cansaço, à Débora um forte abraço. À minha mãe, Dra. Silvana M. Rosa, minha protetora, a quem gostaria de escrever o dobro de páginas deste trabalho para agradecê-la, e ainda assim não faria justiça ao seu amor e apoio, receba meus sinceros agradecimentos, pois a amo, lembrando de Amaury e Seu Amaury, grandes amigos. À minha irmã, “Paulinha”, pelo companheirismo e pela ajuda que me prestou no decorrer do curso. À minha namorada, “Cris”, mesmo tendo que concluir sua monografia esteve presente orientando meu trabalho, obrigado por sempre estar ao meu lado, amo você... Ao meu primo, Bruno, que resolveu, como bom amigo que é todos os problemas de informática que surgiram, mesmo com seu tempo escasso. Ao meu grande amigo, Luiz Egydio, quem considero um irmão, obrigado por sua amizade verdadeira; ao amigo João Paulo, pelos debates jurídicos que muito influenciaram este trabalho; ao amigo Pascotto, por me mostrar o real significado da palavra advocacia; ao amigo Caio Zanutto, com quem tenho dívida impagável pelos atos de amizade que sempre dirigiu a mim; ao amigo Gustavo Venturini e sua família que sempre me acolheram em sua casa; ao amigo Wlado, por sua bondade; ao grande amigo Zé Ricardo, pelo exemplo de liderança; aos amigos Dr. Renato, Dr. Fernando Coimbra e Dr. Genovez, por me mostrarem a força de uma equipe de trabalho. Agradeço ao meu Orientador, Dr. Marcus Vinícius, que demonstrou total interesse neste trabalho, ensinando como legítimo Mestre. Deus, obrigado por esta folha não comportar todos nomes que merecem ser lembrados.

RESUMO

No presente trabalho é feita uma análise dos tipos penais em espécie previstos no Código de Defesa do Consumidor, bem como a abordagem de alguns temas correlatos. O objetivo desse estudo é de observar cada crime contido no Código de Defesa do Consumidor, classificando-os e realizando análise crítica acerca dos efeitos que cada um deles proporciona no mundo jurídico. É também discutido um moderno impasse jurídico, ou seja, possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica no direito brasileiro, e, em especial no âmbito do Código de Defesa do Consumidor. Ressalta a extrema importância de haver um sistema de codificação regulamentando o tema atinente ao universo das relações de consumo, por ser instrumento mais poderoso a atuar na reforma do direito vigente, constituindo, desta feita, verdadeiro microsistema das matérias que circundam e são afetas ao direito consumerista. Neste contexto, o autor conclui pela necessidade da existência do capítulo penal inserido no código em discussão; pela possibilidade da responsabilização penal da pessoa jurídica no ordenamento jurídico brasileiro; que os tipos previstos no CDC não devem ser destinatários de tantas críticas, propondo um simples aperfeiçoamento em alguns pontos do CDC, uma vez que em sua grande parte é bem redigido e provido do mínimo de técnica necessária.

Palavras-chave: Consumidor.Aspectos penais.Crimes em espécie.

ABSTRACT

The present research analyzes the penal types in meticulous foreseen inside the Code of Defense of the Consumer, as well as the approach of some similar themes. The objective of this study is observing each crime contained in the Code of Defense of the Consumer, classifying them and accomplishing critical analysis concerning the effects that each one of them provides in the juridical world. This work, also discuss a modern juridical problem, in other words, possibility of penal responsibility of the legal entity in the Brazilian juridical ordainment. This work shows de extreme necessity of a codified system, making rules about the consumer relationship, for being more powerful instrument in the reform of the applied right, constituting a real small system of the subjects that are surround and affect to the consumer rights. In this context, the author concludes for the necessity of the penal chapter inserted in the code; for the possibility of criminal liability of legal entity in Brazilian ordainment, and finally, types foreseen in code of defense of consumer should not be addressees of so many critics, proposing a simple improvement in some points of code of defense of consumer, once in his great part there is a good composition, and that instrument is provided of the minimum of necessary technique.

Keywords: Consumer.Penal aspects.Crimes in meticulous

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA	11
1.1 Características da relação de consumo e organização do fornecedor em período anterior a Revolução Industrial	11
1.2 Características da relação de consumo e organização do fornecedor pós Revolução Industrial.....	12
1.3 Evolução dos direitos do consumidor no Brasil	15
1.4 Tratamento Constitucional e benefícios da Codificação.....	20
2 CRIMINALIZAÇÃO DE CONDUTAS NO ÂMBITO DO CDC: NECESSIDADE OU OFENSA ÀS GARANTIAS NEGATIVAS	23
3 ALGUMAS CRÍTICAS E ELOGIOS ACERCA DOS TIPOS PENAIS PREVISTOS NO CDC	28
4 DA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA	35
5 DA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA	41
5.1 Art. 61- Conflito aparente de normas	41
5.2 Art. 62 – Vetado	42
5.3 Art. 63 – Omissão de dizeres ou sinais.....	44
5.4 Art. 64 – Deixar de comunicar às autoridades e consumidores sobre periculosidade e nocividade de produtos	50
5.5 Art. 65 – Execução de serviço de alta periculosidade contrariando ordem de autoridade competente	55
5.6 Art. 66 – Afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informações relevante acerca dos produtos e serviços.....	61
5.7 Art. 67 – Fazer ou promover publicidade enganosa ou abusiva	65
5.8 Art. 68 – Fazer ou promover publicidade capaz de induzir o consumidor a comportamentos prejudiciais ou perigosos.....	66
5.9 Art. 69 – Deixar de organizar dados que dão base à publicidade	67
5.10 Art. 70 – Utilizar peças usadas sem autorização do consumidor	69
5.11 Art. 71 – Meios indevidos na cobrança de dívidas.....	74
5.12 Art. 72 – Direito de acesso à informação.....	76
5.13 Art. 73 – Correção de informações.....	78

5.14 Art. 74 – Termo de garantia devidamente preenchido.....	79
6 CONCLUSÕES.....	81
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	84

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa abordou as diversas práticas que lesam frequentemente o consumidor, sob a ótica da tutela penal prevista no Código de Defesa do Consumidor.

Interessante a discussão acerca do tema proposto, quando detectadas violações aos ditames do Código de Defesa do Consumidor, tergiversando sobre a respectiva reprimenda aplicável, desaguando por conseqüência na análise de sua eficiência e necessidade de cada tipo penal previsto no “códex” em estudo.

Identificou-se também no presente trabalho quem são os destinatários dos crimes contra o consumidor, ou em outras palavras, quem são os sujeitos de direito que podem eventualmente figurar no pólo passivo ação penal. Questão esta relevante, tendo em vista que existe discussão doutrinária acerca da possibilidade de imputabilidade penal da pessoa jurídica, sendo que em legislações alienígenas, esta prática é inclusive codificada (Código Penal Francês)¹, havendo, portanto, argumentos para a defesa de ambas as teses. No ordenamento jurídico pátrio existe uma barreira muito grande a ser galgada, uma vez que a sistemática do Código Penal Brasileiro é fundada na culpabilidade do agente, ou seja, sua vontade delitiva, “*nullum crimen sine culpa*”. Segundo José Geraldo Brito Filomeno (2000), se a pessoa jurídica sofre algum tipo de sanção afeta ao direito penal, este fato, em verdade, seria apenas imposição de penas acessórias às aplicadas aos agentes responsáveis².

Por outro lado, é sabido que no Brasil em se tratando de crimes ambientais, é expressamente previsto pela lei 9.605/98, mais especificamente em seu artigo 21, o rol de sanções aplicáveis à pessoa jurídica, logo, entende-se que já é admitida em nosso ordenamento jurídico a pessoa jurídica como sujeito de direito penal, fato este que constitui precedente capaz de permear seus preceitos por outras legislações, inclusive pelo Código de Defesa do Consumidor.

¹Código Penal Francês – art. 131-37 e seguintes – rol de sanções criminais aplicáveis a pessoa jurídica.

² “[...] prevalecendo a idéia de que eventuais reflexos na pessoa jurídica, [...] notadamente no âmbito dos crimes contra a economia popular, relações de consumo, [...] se farão mediante a imposição de penas acessórias [...]” (op. cit., p. 47)

Guilherme de Souza Nucci³ sustenta ser perfeitamente possível estender esta tese a outros ramos do direito, inclusive às relações de consumo, desde que haja previsão legal⁴.

Como se nota, o tema acerca da responsabilidade penal da pessoa jurídica ainda é bastante controverso e pouco enfrentado pela doutrina no que toca o Código de Defesa do Consumidor.

Foram feitas também algumas críticas acerca da concepção penal inculcada no Código de Defesa do Consumidor, ora por ferirem a Constituição Federal, já que existem tipos penais extremamente abertos, ora por sua flagrante impropriedade e difícil caracterização, tendo em vista que muitos crimes ali previstos são omissivos próprios e ao mesmo tempo de mera conduta, ou em outras situações o núcleo do tipo não é unívoco, bem como não raras vezes depara-se com normas penais em branco, obrigando, desta feita, o intérprete completá-la com conceitos advindos da parte civil do Código consumerista. O capítulo penal inserto no CDC também foi objeto de elogios neste trabalho de pesquisa, merecendo congratulações alguns pontos, como por exemplo, no que tange a dosagem da pena cominada em abstrato, dentre outros que serão abordados de forma incisiva em momento oportuno.

Nada obstante o exposto acima, teve-se como cerne da pesquisa os crimes em espécie inseridos no Código de Defesa do Consumidor, realizada uma abordagem de suas peculiaridades, aplicação, efetividade, dentre outros aspectos declinados neste trabalho.

³ *“Cremos estar a razão com aqueles que sustentam a viabilidade de a pessoa jurídica responder por crime no Brasil, após a edição da Lei 9.605/98 (op. cit., p.164)*

⁴ *“[...] seria possível, ainda, prever outras figuras típicas contemplando a pessoa jurídica como autora de crime, mormente no contexto dos delitos contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular [...] (op. cit, p.164)*

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

1.1 Características da relação de consumo e organização do fornecedor em período anterior a Revolução Industrial

As relações de consumo têm seu marco inicial após o advento da Revolução Industrial, que eclodiu em meados do século XVIII, na Inglaterra, tendo em vista que somente a partir deste evento iniciou-se uma espécie de relação que se enquadra no conceito de relação de consumo contemporâneo, ou seja, com requintes de impessoalidade, larga escala de produção, não intervenção do consumidor no processo de manufatura, sendo que em épocas anteriores existia mera relação comercial entre o artesão e o adquirente⁵.

No período anterior à revolução citada, verificou-se uma relação muito pessoal, com características totalmente opostas às observadas no presente, ou seja, o fornecedor (artesão) se adaptava as necessidades do adquirente, resultando em um produto final totalmente individualizado. Neste contexto histórico, basicamente a produção se concentrava nas mãos das oficinas artesanais.

Importante adiantar que as mencionadas oficinas artesanais, também denominadas corporações de ofício, surgiram na Europa por volta do século XII, se estendendo até a metade do século XVIII (Revolução Industrial), logo, nota-se que a evolução da estrutura organizacional dos fornecedores permaneceu estática por alguns séculos.

Por óbvio que em períodos anteriores ao surgimento das corporações de ofício estrutura empresarial alguma existia, ocorrendo frequentemente a prática do escambo, ou então singela relação de compra e venda de produtos simples, fato este que de certa forma reduzia a ocorrência de eventual atrito entre comerciante e adquirente.

⁵ Dispõe nesse sentido Eliana Passarelli (2002).

Fazendo alusão a estrutura das corporações de ofício, essas se dispunham na seguinte hierarquia: mestres; jornaleiros ou companheiros e aprendizes.

Logo, temos como parâmetro organizacional dos fornecedores em um período precedente a Revolução Industrial o colacionado acima, o mestre que era o dono da oficina, e lecionava ao aprendiz (este simplesmente pelo aprendizado do ofício sem perceber salário), e o companheiro, que aspirava a classe de mestre. De fácil conclusão que se tratava de estrutura rudimentar, em que os envolvidos interviam diretamente em todas as fases de produção, primando pela individualização do produto, trabalhando, portanto, sempre sob encomenda.

Como dito acima, pode-se afirmar que a relação de consumo no período anterior a Revolução Industrial, realmente não passava de mera relação comercial, entre particulares, tendo em vista que a organização do fornecedor era "caseira", melhor dizendo, não profissional, e como corolário desta ausência de logística empresarial, conferia-se a tal relação este *status* de se dar entre particulares, resultando em um equilíbrio na relação de consumo.

1.2 Características da relação de consumo e organização do fornecedor pós Revolução Industrial

De fato, o que se pode concluir é que a Revolução Industrial trata-se de verdadeiro divisor de águas na história consumerista, o que não poderia ser diferente, pois, diante da mudança do contexto social (formação das cidades – concentração de pessoas – êxodo rural). Neste momento histórico surgiu a necessidade de se aumentar a capacidade de produção de forma exponencial, alterando a estratégia de trabalho, desta feita, inclusive, confeccionando e armazenando o produto para vendas futuras (anteriormente somente sob encomenda), o que implica na necessidade de um mercado que comporte tal estoque, e, por conseguinte, o fornecedor sentiu a urgência de profissionalizar seu empreendimento, pois caso contrário não conseguiria escoar sua produção de maneira satisfatória. Em verdade, a Revolução Industrial apresentou ao mundo uma nova ordem de consumo (*mass consumption society* ou *Konsumgesellschaft*

⁵, sob a ótica do fornecedor, o qual doravante se organiza, estrutura, profissionaliza e otimiza suas atividades, auferindo maiores lucros, se especializando portanto no ramo de fornecer, desenvolvendo técnicas para obter um maior custo-benefício e se desvencilhar da responsabilidade perante o consumidor, que se encontrava cada vez mais em desvantagem, tendo em vista que neste momento a relação contratual já não se findava mais entre particulares, mas entre fornecedor e consumidor.

Em razão de todo este aparato construído pelos fornecedores, as normas já existentes que visavam proteger o adquirente, principalmente a noção de vício redibitório, já não se prestavam para o mister de agora proteger o consumidor, tendo em mira que a partir de então o consumidor não mais tem poder de interferir nas etapas de produção, não mais tem a oportunidade de especificar o produto desejado, consumindo somente o que é posto no mercado.

Aliado a toda esta mudança, prevalecia a política do Estado Liberal (não-intervencionista), totalmente avesso ao dirigismo contratual, refletindo na inexistência de um conjunto de normas protetivas do consumidor que suprissem sua hipossuficiência técnica e econômica evidenciada perante o notável poderio econômico das indústrias, tudo isso, acabava por inviabilizar eventual pleito judicial por parte do consumidor.

Na primeira e segunda fase da Revolução Industrial com a invenção da máquina a vapor e a descoberta do aço, atingiu-se uma potência em um motor jamais vista, bem como surgiu um produto de qualidade a ser trabalhado, possibilitando, doravante, uma produção em larga escala, não mais sob encomenda dos adquirentes, mas sim com relação a quanto o mercado poderia comportar.

O artesão se vê impossibilitado de competir com as indústrias, não lhe restando alternativa, a não ser trabalhar como assalariado para os capitalistas, renunciando a sua autonomia, na medida em que a onerosidade do processo de produção da mesma mercadoria era astronomicamente díspare em comparação ao trajeto percorrido pela indústria e pelo artesão. Fenômeno este facilmente explicado pelas regras básicas de economia, ou seja, o custo dos produtos era diluído pela capacidade de produção em série tendo o respaldo do mercado consumidor ora conquistado.

⁵ Dispõem nesse sentido, Grinover e Benjamin (2001).

Emerge posteriormente a terceira fase da Revolução Industrial, onde se investe na própria administração da empresa, época em que se percebeu a importância de uma equipe preparada e hierarquizada para um melhor rendimento e distribuição de funções e responsabilidades dentro da indústria.

Neste momento histórico pode-se dizer que o fornecedor muito se assemelhava ao fornecedor atual, estruturado em todos os setores de produção e administração, gerando um efeito de desigualar ainda mais a relação de consumo em comparação a primeira e segunda fase da Revolução Industrial.

Este quadro se agravou ainda mais com a formação dos grandes centros urbanos, ambiente ideal para a proliferação das indústrias, que se fortaleceram principalmente em razão da propaganda, a qual tem o poder de influenciar e mudar hábitos dos consumidores, deixando, portanto a relação entre fornecedor e consumidor extremamente desequilibrada.

Mesmo pensamento foi externado por Ada Pellegrini Grinover e Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin (2001, p.06):

A sociedade de consumo, ao contrário de que se imagina, não trouxe apenas benefícios para os seus atores. Muito ao revés, em certos casos, a posição do consumidor, dentro desse modelo, piorou em vez de melhorar. Se antes fornecedor e consumidor encontravam-se em uma situação de relativo equilíbrio de poder de barganha (até porque se conheciam), agora é o fornecedor (fabricante, produtor, construtor, importador ou comerciante) que, inegavelmente, assume a posição de força na relação de consumo e que, por isso mesmo, "dita as regras". E o direito não pode ficar alheio a tal fenômeno.

Como demonstrado, flagrante o desequilíbrio entre consumidor e fornecedor, pois o último se profissionalizou na tarefa de fornecer, enquanto o consumidor permaneceu estático, não desenvolveu técnicas para comprar e nem se organizou, e como corolário de toda esta apatia sobreveio a inevitável desvantagem.

1.3 Evolução dos direitos do consumidor no Brasil

Fazendo uma breve digressão da evolução dos direitos do consumidor, nota-se que estes existem antes mesmo do nascimento da relação de consumo propriamente dita, ou seja, pós Revolução Industrial.

As civilizações, das mais diversas etnias, mostravam preocupação em proteger o adquirente contra abusos ou mesmo imperícias do comerciante ou prestador de serviços.

A afirmação de que alguns direitos inerentes à relação de consumo já existiam muito antes do advento desta é avalizada nos dizeres de Filomeno (2000, p.23):

Há quem denote (Leizer Lerner apud Jorge T. M. Rollemberg, 1987) já no antigo 'Código de Hammurabi' certas regras que, ainda que indiretamente, visavam a proteger o consumidor. Assim, por exemplo, a Lei nº 233 rezava que o arquiteto que viesse a construir uma casa cujas paredes se revelassem deficientes teria a obrigação de reconstruí-las ou consolidá-las às suas próprias expensas. Extremas, outrossim, eram as consequências de desabamento com vítimas fatais: o empreiteiro da obra além de ser obrigado a reparar cabalmente os danos causados ao empreitador, sofria punição (morte), caso houvesse o mencionado desabamento vitimado o chefe da família; caso morresse o filho do dono da obra, pena de morte para o respectivo parente do empreiteiro, e assim por diante. Da mesma forma o cirurgião que 'operasse alguém com bisturi de bronze' e lhe causasse a morte por imperícia: indenização cabal e pena capital. Consoante a Lei nº 235, o construtor de barcos estava obrigado a refazê-lo em caso de defeito estrutural, dentro do prazo de até um ano (noção já bem delineada do 'vício redibitório'). Na Índia, no século XIII a.C., o sagrado código de Manu previa multa e punição, além de ressarcimento dos danos, àqueles que adulterassem gêneros - Lei nº 697 - ou entregassem coisa de espécie inferior àquela acertada, ou vendessem bens de igual natureza por preços diferentes - Lei nº 698'.

Na Grécia, conforme a lição extraída da Constituição de Atenas, de Aristóteles (1995:103-247), também havia essa preocupação latente com a defesa do consumidor. Como explicitado pelo mestre estagirita, 'são também designados por sorteio os fiscais de mercado, cinco para o Pireu e cinco para a cidade; as leis atribuem-lhes os encargos atinentes às mercadorias em geral, a fim de que os produtos vendidos não contenham misturas nem sejam adulterados; são também designados por sorteio os fiscais de medidas, cinco para a cidade e cinco para o Pireu; ficam a seu encargo as medidas e pesos em geral, a fim de que os vendedores utilizem os corretos; havia também os guardiães do trigo; eles se encarregavam em primeiro lugar, de que o trigo em grão colocado no mercado seja vendido honestamente; depois, de que os moleiros vendam a farinha por um preço correspondente ao da cevada, e de que os padeiros vendam os pães por um preço correspondente ao do trigo e com seu peso na medida por eles prescrita (com efeito, a lei ordena que eles o fixem); são também designados por sorteio dez

inspetores do comércio, aos quais se atribuem os encargos mercantis, devendo eles obrigar os comerciantes a trazerem para a cidade dois terços do trigo transportados para a comercialização (...) o juro de uma dracma incidente sobre o capital de uma mina implicava uma taxa de 1% ao mês ou 12% ao ano'.

Conforme relata Leizer Lerner (apud Jorge T.M. Rollemberg, 1987), Cícero sempre chamava a atenção nas causas que defendia, para que se assegurasse sempre ao adquirente de bens de consumo duráveis a garantia de que as deficiências ocultas nas operações de compra e venda seriam sanadas ou então, em caso de impossibilidade, haveria a resilição contratual (cláusula ex empto), circunstância essa, como sabido, consagrada já há muito em nosso direito pátrio sob a rubrica de "vícios redibitórios". Também na Europa medieval, notadamente na França e na Espanha, previam-se penas vexatórias para os adulteradores de substâncias alimentícias, sobretudo a manteiga e o vinho. Assim, "na França, em 1481, o rei Luís XI baixou um édito que punia com banho escaldante quem vendesse manteiga com pedra no seu interior para aumentar o peso, ou leite com água para inchar o volume" (Leizer Lerner apud Jorge T.M. Rollemberg, 1987).

Além disso, em Don Quixote de La Mancha, Miguel de Servantes Saavedra, no início do século XVI, coloca como ordens baixadas por Sancho Pança, na qualidade de governador da imaginária ilha Baratária, a obrigatoriedade de ser anunciada a procedência e o nome do vinho que fosse adulterado com acréscimo de água ou falsificação do nome, castigando-se o culpado com o suplício de ter de bebê-lo até a asfixia. Destacam-se ainda, no Império Romano, as práticas do controle de abastecimento de produtos, principalmente nas regiões conquistadas, bem como a decretação de congelamento de preços, no período de Deocleciano, uma vez que também nesse período se fazia sentir o processo inflacionário, gerado em grande parte pelo déficit do tesouro imperial na manutenção das hostes de ocupação.

De fato, este sistema protetivo primitivo, mostrava-se eficaz em um momento histórico em que havia real equilíbrio na relação entre adquirente e comerciante ou prestador de serviços.

Isto explica o fracasso das legislações anteriores ao Código de Defesa do Consumidor ou legislações similares, em tentar regulamentar a relação de consumo (em se tratando de período posterior ao da Revolução Industrial), na medida em que tratavam ambos de forma igualitária, e, em verdade não o eram.

Além da falta de tato do legislador da época, o mundo se encontrava em um momento histórico em que os Estados em geral preservavam os direitos de 1º e 2º geração, segundo a clássica definição de Bobbio (1988), ou seja, as liberdades públicas e alguns direitos sociais individuais. Nesta linha, os consumidores não eram vistos como classe, ainda não se cogitava acerca dos direitos metaindividuais.

Estava clara a premência de instrumentos que suplantassem a esfera individual de direitos dos cidadãos, para que se distribuisse a justiça de forma mais ágil e igualitária, dado o desamor e sensação de impossibilidade de acesso à justiça que começava apontar, pois os consumidores lesados, se viam obrigados a pleitear seus direitos de forma isolada, mesmo que tivessem ocorrido milhares de lesões idênticas com o mesmo produto e mesmo fornecedor.

De fácil percepção que este tipo de legislação claramente não atendia aos interesses e necessidades da classe consumidora.

No Brasil, a expressão máxima da política liberal foi observada nas Constituições de 1.824 e de 1.891, havendo plena liberdade contratual, primando o Estado pela livre iniciativa, não intervindo de forma alguma nas transações particulares⁶.

No ano de 1.916, foi promulgado o Código Civil, trazendo consigo a Teoria do Direito Obrigacional, e, nos ensinamentos de Contieri (1999, p.12): “O princípio da autonomia da vontade, elemento volitivo que leva o homem ao desenvolvimento das potencialidades sociais. O vínculo contratual assim estabelecido representava o voluntarismo expresso no pensamento político e econômico.”

Descreve a Autora sobre o prestígio que se emprestava à vontade dos contraentes àquela época, considerando-a quase soberana, salvo por algumas poucas exigências ou limitações, ora na forma contratual (como exemplo a exigência da celebração por escritura pública em determinados contratos, vide artigo 1.137 C.C. 1.916), ora material (impossibilidade de se transacionar acerca de herança de pessoa viva, vide art. 1.089 c.c. 1.916).

Notória a liberalidade do referido Código, prestigiando a autonomia da vontade, porém importante lembrar que o consumidor sempre foi vulnerável, muito embora não se tivesse essa noção na época.

O consumidor precisa adquirir os produtos necessários a sua subsistência, logo, aceitará quaisquer condições impostas para tanto, portanto, caracterizada está a desigualdade entre fornecedor e consumidor.

Irrefutável é o fato de que as pessoas, principalmente após a Revolução Industrial se tornaram dependentes da relação de consumo, face o estilo de vida urbano que despontava. A sociedade sofreu várias transformações no seu modo

⁶ Neste sentido Ademir Aparecido Alves (1999).

de produção, inclusive em razão do êxodo rural, resultando no fato de que o indivíduo por si só não mais consegue produzir todos os elementos e realizar todos os serviços para sobreviver, vigorando, portanto, uma relação de interdependência das atividades humanas, característica da sociedade moderna, porém já experimentada pela sociedade da época.

A grande diferença consiste no fato de que milita em favor da sociedade moderna o Código de Defesa do Consumidor e outras normas de proteção, ao passo que aquela sociedade possuía um Código Civil, que não se atentava para a hipossuficiência técnica e econômica dos consumidores, ocorrendo, por conseguinte, inúmeras lesões e abusos, em consequência do prestígio emprestado ao princípio da autonomia da vontade, o que hoje é sabido não passa de uma ficção jurídica (em se tratando de relação de consumo), pois, uma parte sempre imporá sobre a outra sua força política, econômica, portanto, imprestável o Código Civil de 1916 para a missão de assegurar efetivamente os direitos do consumidor.

Mas, no entanto, trazia consigo normas que visavam de certa forma proteger o consumidor, apesar de ineficazes por exigir a culpa do fornecedor, como é o caso do artigo 1.101 do C.C. 1.916, que trata dos vícios redibitórios, e, um exemplo melhor, o artigo 1.125, que atribui nulidade ao contrato que deixa a cargo de um só dos contraentes a função de estipular os preços.

Percebe-se por este último artigo citado o atraso legislativo que se verificava, tendo em vista que as indústrias já se enquadravam no conceito de verdadeiras fornecedoras, e o Código Civil de forma equivocada, conferia tratamento como se o consumidor ainda estivesse em condições de barganhar o preço do produto, hipótese impossível neste momento histórico, pois a relação de consumo já não se dava entre particulares.

Mas, de qualquer maneira, esta era a tentativa do legislador de proteger as transações em geral, o que configura até mesmo um avanço na medida em que a Constituição do Império não previa tal cláusula de nulidade.

A Lei 1.521/51 e 6.385/76 que tratam dos crimes contra a economia popular e crimes contra o mercado de capitais, respectivamente, bem como o Decreto 6.259/44 que dispõe sobre a Loteria Federal, são leis esparsas que de forma mais efetiva que o Código Civil de 1.916 protegem o consumidor. São normas mais específicas, mas, no entanto, anote-se ainda o viés de fragilidade

desta proteção conferida ao consumidor, na medida em que por ora não há um ordenamento jurídico próprio para esta classe, assim como não foi destacado do direito geral, a fim de constituir verdadeiro "microssistema"⁷, portanto, falece de princípios e regramentos típicos da relação de consumo, não tendo, por conseguinte, o condão de modificar o direito em geral.

Somente após a 2ª Guerra Mundial, com o advento e reconhecimento da 3ª geração de direitos, ou seja, direitos de fraternidade, é que se começa a pensar no consumidor como classe, como um direito metaindividual.

O ex-presidente dos Estados Unidos da América, John Kennedy, foi o primeiro líder político a proteger efetivamente o consumidor, reconhecendo suas fragilidades, por intermédio do relatório de Monoly Report, seu assessor, em 15 de março de 1962.

Após este ato, várias nações perceberam a necessidade desta proteção, e passou-se a promulgar leis neste sentido, conferindo a atenção necessária. O Brasil, após uma irritante e inexplicável demora, elaborou, segundo Filomeno (2000, p. 24) "O denominado 'Anteprojeto de Proteção ao Consumidor', formulado pelo Ministério da Indústria e Comércio, em 1983, e posteriormente, em 1.990, foi promulgado o Código de Defesa do Consumidor, que já era deliberado desde 1.978."

Diz-se irritante e inexplicável demora por ter ocorrido nítido massacre do fornecedor sobre o consumidor, tendo em vista que o mercado não conseguiu por si só ajustar a relação de consumo, pois o fornecedor encampava todas as vantagens de fornecer e imputava ao consumidor todos os ônus dos quais havia se desincumbido, e, notadamente para devolver o equilíbrio a esta situação é que adveio o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor.

1.4 Tratamento constitucional e benefícios da codificação

O Brasil conferiu tratamento constitucional à matéria de proteção ao consumidor, enquadrando-a no artigo 5º, XXXII, da Constituição da República Federativa do Brasil, ganhando, portanto, a chancela de direito fundamental:

⁷ Expressão utilizada por Grinover (2001).

Art. 5º [...]

[...]

XXXII - O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

E mais, não satisfeito com o teor programático do artigo mencionado acima, inseriu no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias o seguinte texto:

Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará **Código** de Defesa do Consumidor. <grifo nosso>

Extrai-se do texto proposto a importância que o legislador constituinte emprestou à defesa do consumidor, impondo prazo para a elaboração do Código de Defesa do Consumidor.

O Brasil foi pioneiro na codificação das normas protetivas do consumidor, configurando na realidade um microsistema, e, segundo Ada Pellegrini Grinover (2001, pág. 09) embora possua roupagem de lei (8.078/90), trata-se em verdade de verdadeiro Código, o qual sofreu esta alteração para se esquivar do *lobby* dos empresários que relutavam contra a promulgação das normas de proteção ao consumidor:

Ora, se a Constituição optou por um Código, é exatamente o que temos hoje. A dissimulação daquilo que era Código em lei foi meramente cosmética e circunstancial. É que, na tramitação do Código, o lobby dos empresários, notadamente o da construção civil, dos consórcios e dos supermercados, prevendo sua derrota nos plenários das duas Casas, buscou, através de uma manobra procedimental, impedir a votação do texto ainda naquela legislatura, sob o argumento de que, por se tratar de Código, necessário era respeitar um iter legislativo extremamente formal, o que, naquele caso, não tinha sido observado. A artimanha foi superada rapidamente com o contra-argumento de que aquilo que a Constituição chamava de Código assim não o era.

E, dessa forma, o Código foi votado com outra qualidade, transformando-se na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Mas, repita-se, não obstante a nova denominação, estamos, verdadeiramente, diante de um Código, seja pelo mandamento constitucional, seja pelo seu caráter sistemático.** Tanto isso é certo que o Congresso Nacional sequer se deu ao trabalho de extirpar do corpo legal as menções ao vocábulo Código (arts. 1º, 7º, 28,37,44,51 etc.). <grifo nosso>

Notório e flagrante os benefícios trazidos pela promulgação de um Código ao invés de leis esparsas, na medida em que o Código, por ser sistemático, permite a revolução do direito corrente, além de que realça sua autonomia, sagrando-se como um ramo autônomo do direito⁸, enquanto que as leis esparsas podem ser contraditórias ou até mesmo incompletas, gerando, desta forma, maiores dificuldades na aplicação *in concreto* das normas de proteção ao consumidor.

Desta maneira foi tratada a matéria atinente aos direitos do consumidor no Brasil, com previsão expressa na Constituição da República e posteriormente codificado.

A doutrina enumera alguns dos benefícios trazidos pela codificação de determinado tema:

Muitos são os benefícios da codificação, e não é nosso intuito analisá-los detalhadamente aqui. De qualquer modo, é importante ressaltar que o trabalho de codificação, realmente, além de permitir a reforma do Direito vigente, apresenta ainda, outras vantagens. Primeiramente, dá coerência e homogeneidade a um determinado ramo do Direito, possibilitando sua autonomia. De outro, simplifica e clarifica o regramento legal da matéria, favorecendo, de uma maneira geral, os destinatários e aplicadores da norma. (Grinover e Benjamin, 2001, p.09)

Desta forma fica demonstrado que o legislador de maneira acertada promulgou o Código de Defesa do Consumidor.

⁸ Neste sentido, Grinover (2001).

2 CRIMINALIZAÇÃO DE CONDUTAS NO ÂMBITO DO CDC: NECESSIDADE OU OFENSA ÀS GARANTIAS NEGATIVAS

O Código de Defesa do Consumidor, assim como qualquer outro Código ou Lei, é munido de mecanismos para que seu cumprimento e efetiva aplicação sejam observados, tendo em vista que, como já dito alhures, nenhum sistema privado de proteção às relações de consumo e nem o mercado por si só são aptos a suprir a hipossuficiência inerente ao consumidor, logo traz em seu bojo sanções civis, administrativas e penais. Particularmente as sanções penais carregam consigo, no caso do Código de Defesa do Consumidor, um elemento diferenciador das outras legislações penais, assunto que será discutido no item seguinte, por ora, o debate incide se os tipos penais do Código de Defesa do Consumidor ferem ou não garantias individuais.

A afirmação feita acima, com relação aos mecanismos para o cumprimento das mais diversas legislações, é confirmada no trecho extraído da leitura clássica transcrito abaixo:

Do que fica dito, pode concluir-se que a missão das leis penais só tem sido, até agora, a de defender a sociedade, isto é, todas as classes que a compõem, mas com especialidade os interesses dos que constituem o poder político. As leis penais, servindo-me de uma velha, mas verdadeira, fórmula, tendem a conservar e defender a ordem jurídica constituída. (VACCARO, 2004, p. 97)

Como já explicitado as penas sempre foram utilizadas como tentativas de coibir e educar seus destinatários, e neste contexto é que mais uma vez é empregada, ou seja, na tentativa de frear e neutralizar o poderio econômico das empresas, que muitas vezes é o responsável pela frustração dos direitos do consumidor, e, também como mais uma forma de controle social, além de outras bastante específicas e peculiares que serão exploradas nos capítulos vindouros.

Há séculos existe a discussão acerca da eficácia da pena como mecanismo de contenção da sociedade, mas fato é que a pena sempre existiu, como se observa nos capítulos iniciais da Bíblia, na expulsão de Adão e Eva do Paraíso, ou da

literatura de Dante Alighieri, em sua obra “A Divina Comédia” em que é utilizada por várias vezes o vocábulo condenados: “*Ed ecco verso noi venir per nave un vecchio, bianco per antico pelo, gridando: Guai a voi, anime prave!*”⁹

No entanto, como é sabido, a pena de forma equivocada e desproporcional era empregada, não havendo técnica legislativa, e, portanto quedava-se inócua tamanha severidade.

Com a evolução da ciência penalista, ocorre a humanização das penas, defendida por grandes nomes, por exemplo, Cícero¹⁰, que pregava em favor de penas pecuniárias em detrimento dos suplícios, e, é nesse contexto que se enquadram as penas em geral no Brasil, inclusive as previstas no Código de Defesa do Consumidor, comedidas e providas de proporcionalidade.

Correta essa aparente timidez penal percebida no Código de Defesa do Consumidor e das Leis esparsas que tratam da relação de consumo, haja vista que sanções penais muito severas vão de encontro aos preceitos modernos de punição, que tendem ao implemento de penas pecuniárias e restritivas de direitos, servindo a pena privativa de liberdade como um reagente incentivador do respeito ao bem tutelado, como se extrai do trecho:

[...] determinados comportamentos definidos nos capítulos relativos às normas de natureza civil e administrativa são de tal ordem graves, que não estariam a merecer apenas sanções naqueles âmbitos, mas igualmente de natureza penal, até para o próprio cumprimento daquelas outras normas e garantir-se a incolumidade dos consumidores e a lisura das relações de consumo, além do patrimônio daqueles.” (FILOMENO, 2000, p. 23)

Importante ressaltar inclusive que um dos autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, Dr. Zelmo Denari¹¹, considera este tipo de sanção, assim como aquelas cominadas aos crimes contra a ordem tributária, constituem, em verdade, sanções “*ad terrorian*”, na medida em que já existem reprimendas civis e administrativas para ambos os casos, não se justificando o socorro ao direito penal, em razão de sua subsidiariedade.

⁹ “Eis vejo a nós em barca se acercando, de cãs coberto um velho: Ó condenados, ai de vós! Alta grita levantando (pág. 32, tradução Xavier Pinheiro)

¹⁰ Neste sentido, Filomeno (2000).

¹¹ Entrevista pessoal concedida em abril de 2006

Debate interessante é observado no que tange a necessidade ou não da existência da parte penal prevista no Código de Defesa do Consumidor, em suma, trava-se ferrenha discussão sobre a utilidade da criminalização destas condutas, se realmente são imprescindíveis para arrefecer o poderio econômico das empresas e empregar efetividade ao “codex”.

Alberto Zacharias Toron (1995) entende que o capítulo penal do Código de Defesa do Consumidor ofende o princípio da intervenção mínima, tendo em vista que as sanções administrativas e civis seriam medidas suficientes a coibir a prática lesiva.

Da mesma opinião compartilha Dr. Zelmo Denari, que afirmou em entrevista serem as penas previstas para as relações tributárias e relação de consumo, em verdade, sanções “*ad terrorian*”, entendendo o jurista que o direito penal é subsidiário, tendo como destinatários somente os que praticam atos de flagrante repugnância e que atentam com o estilo de vida da sociedade em geral, àqueles que impedem o convívio pacífico entre os homens.

Ambos autores guardam resquícios de um movimento nascido em 1945 denominado “Nova Defesa Social”, o qual apontava o fracasso dos objetivos propostos pelo direito penal, devendo este ser substituído por sanções civis e administrativas.

Com argumentos confrontantes aos esposados, leciona Passarelli (2002, p.39) “Ademais trata-se de direito novo, cujo respeito e obediência nunca foram a regra em nosso país. Portanto, o caráter intimidativo da sanção penal contribuirá, por certo, para que os direitos conferidos ao consumidor possam ser exercidos efetivamente”.

Opinião congruente a exposta no parágrafo anterior, ou seja, em defesa da parte penal do Código de Defesa do Consumidor, demonstrada no trecho sugerido e transcrito abaixo:

A verdade é que quando se trata, por exemplo, de sugerir penas cada vez mais graves para o autor de simples furto, ou então roubo, seqüestros, e outros ainda mais gravosos ao patrimônio individual – e não é que foi editada lei de punições exatamente nesse sentido denominada de ‘lei contra crimes hediondos’? – todos são favoráveis, chegando-se mesmo a sugerir a pena capital.

Todavia, quando se trata de, ainda, por exemplo, punir-se aquele que defrauda substância que deve entregar ao consumidor ou então o engana mediante meios publicitários e de 'marketing' enganosos ou abusivos, ou ainda o coloca no mercado produtos ou serviços que comprometem a saúde, vida e segurança de um número indeterminado de pessoas, desde logo sobrevêm acerbas críticas pretendendo tratar a matéria como simplesmente econômica e resultante da própria atividade empresarial, entendendo-se que tudo deva ser tratado como simples fato a ser indenizado, tal qual num balcão de um estabelecimento comercial, com o que se resolveria o conflito surgido. Isso é inconcebível e obtuso, à vista, do consumo de massa, em que o consumidor é – e isso certamente ninguém em sã consciência negar – a parte mais fraca das relações de consumo. Não tendo qualquer meio de por si só intervir em tal processo inexorável da produção em massa de produtos e serviços que, muitas vezes, criam verdadeiros estados de perigo público em face de sua potencial lesividade, ficam totalmente desprotegidos. Quem se esquecerá da tristemente célebre 'talidomida', que produziu legiões de deficientes físicos, ou então da não menos sinistra substância medicinal 'clioquinol' que produziu hordas de paráliticos e deficientes visuais notadamente no Japão? (FILOMENO, 2000, p. 231)

Abordagem perspicaz trazida no trecho transcrito acima, sob a ótica não do desvalor da conduta do agente, mas sim do potencial ou até mesmo efetivo dano causado aos consumidores, que são extremamente vulneráveis, bastando uma simples conduta irresponsável para atentar contra a segurança e/ou saúde de inúmeras pessoas.

Pacífica entre os profissionais do direito a questão acerca da independência das responsabilidades no âmbito civil, administrativo e penal, não havendo, portanto, impedimento na utilização simultânea dos três mecanismos, tendo em vista que cada qual, individualmente, tutelam bens da vida distintos.

Corroborando com o entendimento de Filomeno (2000, p.231), conclusão fatal que se chega é a de que os tipos penais previstos no Código de Defesa do Consumidor, refletem, em última análise, um avanço substancial da consciência da sociedade moderna, a qual repudia as práticas lesivas contra a classe consumidora, não permitindo abusos, e, pune os respectivos infratores com severidade, inclusive na seara penal.

Justificável aparente intromissão se observada a relação de consumo em seus detalhes, na qual o consumidor confia amplamente no fornecedor, na medida em que não intervém no processo de produção, logo, quando o fornecedor incorre em algum crime, necessariamente infringiu o princípio da confiança, quebrando desta forma a

tônica imprescindível nas relações de consumo modernas, sendo este fornecedor negligente merecedor de sanções, inclusive no que toca sua liberdade individual.

Ainda mais importante que eventual prisão do empresário, principalmente após o advento da lei 9.099/95, as sanções penais previstas no Código de Defesa do Consumidor realizam o papel de indicador de boa conduta do fornecedor, possibilitando ao consumidor que realize consultas no intuito de aferir a responsabilidade do futuro contratado, e, contra aquele que pesar indícios de condutas criminosas, estará desde já em desvantagem no âmbito comercial, funcionando, portanto, os tipos penais também como incentivadores de boa conduta.

3 ALGUMAS CRÍTICAS E ELOGIOS ACERCA DOS TIPOS PENAIS PREVISTOS NO CDC

A questão acerca dos tipos penais previstos no Código de Defesa do Consumidor já foi bastante debatida e destrinchada pela doutrina, exarados argumentos amplamente sustentáveis em defesa ou crítica à técnica legislativa empregada. Contudo, para aqueles que militam em favor dos crimes previstos no Código em discussão, a tarefa se torna um tanto quanto espinhosa, afirmação abonada pela doutrina:

Nelson Nery Junior, por seu turno, incumbiu-se da espinhosa missão de defender o segmento penal do Código de Defesa do Consumidor. Assinalou o mestre que ' criticam a parte penal, por conter muitos tipos abertos, sem atentarem para o fato de que, em matéria de crimes contra o sistema financeiro (do colarinho branco) e contra as relações de consumo, têm esses tipos, necessariamente, de ser abertos, ou melhor, de conter elementos normativos (tipos anormais, elementos subjetivos do injusto), que pedem valoração normativa pelo juiz, conforme acentuado na mais moderna doutrina do direito penal. (PASSARELLI, 2002, p.40)

Diz-se difícil a defesa dos tipos penais previstos no Código de Defesa do Consumidor por carecer muitas vezes de técnica legislativa, ou, até mesmo pelo fato dos crimes ali previstos serem punidos com pena inferior ou igual a dois anos, logo de competência do Juizado Especial Criminal. Não se faz necessário raciocínio jurídico muito hábil para concluir que neste contexto fica impossibilitado na maioria das situações o manejo da ação civil "*ex delicto*".

Em sendo a transação penal direito público subjetivo do réu, na maioria dos processos de competência do JECRIM não haverá sentença penal condenatória, tendo em vista os inúmeros benefícios trazidos pelo instituto da transação penal, e, por conseguinte, ante a ausência de sentença de mérito penal, o consumidor se lesado pela prática dos tipos previstos no Código de Defesa do Consumidor não terá meios para promover a ação civil "*ex delicto*", sendo este fato mais um desestímulo para que se dê notícia do crime à autoridade.

De fato, em alguns momentos não foram observadas regras básicas inerentes ao direito penal pátrio, como por exemplo, o respeito a responsabilização subjetiva, sugerindo ares de responsabilidade penal objetiva.

Outra crítica corrente consiste no fato de que alguns tipos ali previstos são omissivos puros e ao mesmo tempo de mera conduta, ficando extremamente difícil sua caracterização, e também por serem tipos penais muito abertos, não conferindo certeza aos destinatários.

Contudo, não obstante as críticas ferrenhas mas também pertinentes dirigidas aos crimes estampados no Código de Defesa do Consumidor, as quais de fato existem e são identificáveis, não se pode negar a sua essencialidade para a existência do Código em comento, como um organismo saudável, e, em que muito pesem argumentos contrários, pois exarados por profissionais renomados, acredita-se ter acertado o legislador no que toca a cominação das penas, aplicando valores importantes para o direito penal brasileiro, como a proporcionalidade e a razoabilidade.

Ora, o direito é produto cultural da sociedade, e neste momento histórico em que vive a sociedade brasileira, os crimes contra o consumidor foram considerados tão adversos ao convívio pacífico dos homens que tais condutas foram criminalizadas.

Não é do espírito do Código de Defesa do Consumidor garantir o cumprimento de seus preceitos mediante sanções penais, até mesmo porque já existem meios administrativos e civis muito mais ágeis e eficazes a tutelar a relação de consumo. Por óbvio que as condutas ali tipificadas também gera o efeito de arrefecer condutas ilícitas e garantir a aplicabilidade geral do Código, mas sua primordial função é explicitar o total repúdio da sociedade ao fornecedor negligente, bem como proteger o consumidor, e, com certeza a simples existência desses crimes gerou no íntimo dos fornecedores uma sensação de necessidade de empregar maiores cuidados no que diz respeito o consumidor, exteriorizada nas palavras do dirigente empresarial Mário Amato, Presidente da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo:

[...] o texto instala o regime de terror, já que prevê a prisão dos empresários responsabilizados por fraude na venda de produtos.“ (apud FILOMENO, 2000, p. 231)

Flagrante a impropriedade do comentário feito, pois transmite a idéia de julgamento arbitrário, porém, em suas próprias palavras o Presidente das Indústrias do Estado de São Paulo se contradisse, pois fala que *os empresários responsabilizados* serão penalizados, logo, responsabilizados entenda-se que houve o devido processo legal, com a garantia do contraditório e a ampla defesa, além do que, necessário seria que o empresário incorresse numa das hipóteses previstas no CDC, as quais já ditas outrora de difícil configuração.

Ora, se processado e a sanção correspondente for uma pena privativa de liberdade, qual a desproporção desta medida? Dispensados maiores comentários, tendo em vista que na verdade o terror se instalou entre os próprios empresários que teriam que se reeducar e reestruturar suas empresas para que não incorressem inclusive em ilícitos penais, e, não com menos freqüência em ilícitos civis e administrativos. Logo com o advento do Código de Defesa do Consumidor os péssimos hábitos altamente lesivos praticados pelos fornecedores e que já vinham se sedimentando ao longo dos anos, foram extirpados do meio consumerista.

Posto isto, é que se defende a inserção dos tipos penais do Código de Defesa do Consumidor, já que estes têm uma característica “gauche”¹², demonstrando a evolução da população consumidora na busca por seus direitos, a qual não mais coaduna com abusos, prevendo inclusive a prisão daqueles que usurpam da vulnerabilidade e confiança atinentes ao consumidor.

A doutrina não diverge muito acerca da necessidade da existência dos tipos penais do Código de Defesa do Consumidor, pendendo o entendimento da maioria no sentido de prestigiar o capítulo penal, respeitadas posições em contrário. Por outro lado, no que toca a dosagem das penas a discussão é veemente.

Passarelli (2002, p.41) em sua dissertação expõe o seguinte pensamento:

¹² Carlos Drummond de Andrade em seu escrito “Poema de Sete Faces” usou o termo “gauche” fr (gôshi) para designar deslocado, subentendido, à margem dos fatos.

Sob outro prisma, **as reprimendas cominadas pelo legislador foram muito brandas**, não chegando sequer a atender o aspecto intimidativo da sanção penal.

Grande parte dos delitos previstos na Lei federal n. 8.078/90 são infrações de menor potencial ofensivo, consoante o disposto no art. 61 da Lei federal n. 9099/95. Portanto, os crimes previstos nos arts. 63, §2º, 66, caput, §§1º e 2º, 67,69,70,71,72,73 e 74, todos do Código de Defesa do Consumidor, por preconizarem pena máxima igual ou inferior a um ano e por não existir previsão de procedimento especial, são passíveis da aplicação de transação penal, uma vez preenchidos os requisitos legais previstos no art. 76 da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

No tocante aos demais delitos, em razão de a pena mínima prevista ser igual ou inferior a um ano, é facultado ao Ministério Público propor a suspensão condicional do processo, uma vez atendidas as exigências preconizadas no artigo 89 da Lei federal n. 9.099/95. <grifo nosso>

Muito eloqüente o discurso empregado pela autora, porém, há de ser levantada a seguinte hipótese de que lei que inseriu o Código de Defesa do Consumidor no ordenamento jurídico brasileiro é do ano de 1.990, enquanto que a lei a qual previu procedimento especial para os crimes com penas máximas de 2 (dois) anos é de 1.995. Ora, cai por terra tal argumento, na medida em que no contexto em que foi criado o Código de Defesa do Consumidor não havia a hipótese do réu obter transação penal, e, é justamente na hipótese de se obter transação penal que a respeitável autora fundamenta sua crítica, no sentido da serenidade das penas cominadas, contudo tal possibilidade nem existia há época.

Não é razoável atribuir falha ao legislador da época neste sentido, pois de forma racional foram cominadas reprimendas razoáveis e proporcionais, na medida em que se analisados os tipos penais insertos no texto legal, verificar-se-á que se tratam de situações corriqueiras do cotidiano, e, provocadas por empresários ou empregados que no final das contas estão trabalhando e podem cometer um deslize. Imaginado mais ou menos desta forma o tipo penal:

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

Pena – Reclusão de 12 a 20 anos e multa¹³

Seria justo ou mesmo de acordo com os estudos modernos da ciência penal o emprego de uma pena de 12 (doze) a 20 (vinte) anos de reclusão e multa por ter

¹³ Na verdade a pena é de detenção de um a seis meses ou multa.

deixado o réu de entrega o termo de garantia adequadamente preenchido ao cliente? Destoa um pouco o elemento primário do elemento secundário do tipo, se fosse verídica a pena acima exposta.

Também menciona a Autora o instituto da suspensão condicional do processo como mais um elemento arrefecedor do rigor que os crimes do Código de Defesa do Consumidor deveriam conter. Vale também o que foi dito com relação à transação penal, ou seja, este direito do réu foi criado 5 (cinco) anos depois da promulgação do CDC, portanto, não há meios de se atribuir esta responsabilidade ao legislador da época.

Ademais o rigor das penas há muito já foi discutido por Cícero, Beccaria, Vaccaro¹⁴ e também pelos iluministas em geral, chegando-se a conclusão de que deve haver proporcionalidade e razoabilidade, e mais, que o rigor por si só não é capaz de coibir a prática criminosa. Nota-se também que esta linha de raciocínio proposta pela Autora não reflete o real espírito do Código de Defesa do Consumidor, a pena pela pena, como forma de reeducação do infrator, mais a fundo deve ser apreciado o capítulo penal do CDC, uma vez que toda a sistemática do “codex” é traçada sob a ótica do consumidor, ensinando-lhe e outorgando-lhe mecanismos de defesa, criando um verdadeiro instinto defensivo, servindo, portanto, as condenações mais como formas de processo seletivo no momento da contratação do que efetivamente punir o réu e lhe mostrar que o Estado está presente e então retirá-lo por um grande lapso temporal do convívio social. Por este motivo é que de qualquer forma o JECRIM não interveio negativamente nesta seara, em verdade pouco modificou. Com penas “brandas” o legislador usou de coerência e lucidez, amarrando todo o CDC em um único contexto, que é o da defesa efetiva do consumidor, criando um reino de consciência para aqueles que se dispuserem a pesquisar a vida da empresa e dos empresários com quem contrata.

O Código de Defesa do Consumidor já possui, como dito alhures, meios muito mais eficazes e céleres que o processo penal para garantir a defesa do consumidor propriamente dita, é claro que de forma indireta isto ocorre, mas é necessário entender que o CDC vai muito além desta técnica legislativa primitiva, visa

¹⁴ Vaccaro (2004) “Origem e funções das escolas penais” e Beccaria em “Dos delitos e das penas”.

demonstrar a repugnância da sociedade, e, servir de referência aos consumidores futuros a inidoneidade dos infratores. Secundariamente é que se visa punir o infrator, não é como no crime de homicídio em que o Estado tenta recuperar o indivíduo e ao mesmo tempo puni-lo, aqui existem acima de tudo o interesse patrimonial do empresário, pois pelo simples fato de ser acusado de eventual crime contra o consumidor manchará a imagem da empresa, logo esse indivíduo em verdade não necessita ser recuperado, pois está bem consciente do que faz. Porém, de forma inteligente o legislador encontrou um meio de estigmatizar esse empresário negligente na sua própria pessoa, caso inaugure uma outra pessoa jurídica na tentativa de fugir da má fama.

Portanto, é razoável pensar que neste tipo de apenamento o legislador se preocupa mais com informações ao consumidor do que com a reeducação ou mesmo punição penal do empresário, até porque a pessoa jurídica já sofrerá graves sanções no âmbito administrativo e civil, existindo, portanto, diferença substancial com relação aos crimes contra a vida, contra os costumes, pois nestes a reprimenda é voltada analisando o réu, sua recuperação social, capacidade lesiva, e, tendo em mira a possibilidade ou não deste infrator voltar a delinqüir, enquanto que naqueles, a preocupação é maior no sentido de criar mais uma fonte de consulta aos consumidores para que possam analisar melhor as pessoas com quem contrata, não se preocupando tanto com o infrator em si mesmo.

Importante esclarecer que de fato, muito embora entenda-se haver preponderância desta intenção de proteger o consumidor, por óbvio é que os tipos penais ali previstos também exercem suas funções típicas, ou seja, função reeducativa, retributiva, intimidativa, mas utilizando a teoria da preponderância apregoada por Pontes de Miranda, acredita-se haver uma superposição do efeito protetivo, inclusive no âmbito penal, por serem estas as diretrizes axiológicas arraigadas no Código de Proteção e Defesa do Consumidor, por isso diz-se da não imprescindibilidade de cominação de penas exorbitantes.

Em suma, este raciocínio segue a linha de que mesmo nas penas empregadas o interesse do legislador consistia na proteção do consumidor, porém se valeu de mecanismo astuto, não visando a condenação do infrator pura e

simplesmente (tanto que não existem regras processuais penais no CDC), mas antes, identificar penalmente os empresários irresponsáveis (garantindo mais uma fonte de informações aos consumidores), tendo pleno conhecimento que para a perda da confiança em uma empresa não é necessária condenação penal efetiva, bastam meros indícios.

Posto isto, elogia-se a dosagem das penas por serem compatíveis com as situações ali previstas e descarta-se a argumentação de que o JECRIM possa ter influenciado de forma perniciosa a proteção do consumidor, já que a prisão efetiva do empresário não seria capaz de proteger a classe consumerista, pois a empresa poderia continuar nas mãos de outra pessoa, mas, um instrumento eficaz foi encontrado pelo legislador, ou seja, a informação e exposição do empresário publicamente, forçando, quase que de forma artificial, a seleção natural do mercado.

E continua a Autora em sua obra:

Se o infrator for impedido de desfrutar das benesses legais apontadas acima resta a possibilidade de ser agraciado com a suspensão condicional da pena, considerada por parte da doutrina como direito público subjetivo do réu, exigindo-se o preenchimento das condições elencadas no art. 77 do Código Penal.

Por sua vez, a lei federal n. 9.714/98 que alterou a redação conferida aos arts. 43 e seguintes do Código Penal, ampliando sobremaneira o rol de hipóteses de cabimento das penas alternativas, também é aplicável a todos os delitos tipificados no Código de Defesa do Consumidor. (PASSARELLI, 2002, p. 41/42)

Mais uma vez não se pode ser conivente com o entendimento da Autora, tendo em vista que as críticas a que ela dirige, em verdade, são para alguns institutos processuais penais, não tendo correlação alguma com as penas cominadas ou os tipos penais do Código de Defesa do Consumidor na sua essência, logo, o que deveria ser mudado são estes institutos processuais, pois eles sim é quem garantem enormes benefícios aos réus, sendo que os crimes previstos no CDC, por questão jurídica ou até em certos casos aritmética, se encontram encampados pelas citadas regras processuais. Denota-se que o erro não se encontra nos crimes ali presentes, como afirma a Autora, mas sim nas benesses processuais a que os réus têm direito.

.

4 DA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

Antes ainda de se atingir o cerne deste trabalho de pesquisa se faz necessária a discussão em preliminares da viabilidade de eventual responsabilização da pessoa jurídica, sob a cosmovisão do universo jurídico previsto no ordenamento pátrio.

Em se tratando dos crimes previstos no Código de Defesa do Consumidor a pessoa jurídica não pode ser responsabilizada, por falta de cominação legal, logo a discussão recairá na possibilidade de haver a inserção de norma nesse sentido.

Pensamentos mais recentes apontam a total viabilidade e compatibilidade do ordenamento jurídico brasileiro com a responsabilização de pessoas jurídicas. Por óbvio que se é criada determinada lei imputando responsabilidade à pessoa jurídica a questão estará encerrada, como é o caso da lei 9.605/98, que prevê sanções penais oriundas de crimes ambientais, afirmação abonada pelo trecho abaixo:

[...] seria possível, ainda, prever outras figuras típicas contemplando a pessoa jurídica como autora de crime, mormente no contexto dos delitos contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular [...] (NUCCI, p.164)

Contudo, a intenção é discorrer abstratamente acerca da juridicidade deste tema.

Se analisados os motivos pelo qual foi criada esta ficção jurídica que é a personificação de um ente, que não existe no mundo real, a resposta fatal será viabilidade econômica.

Retirou-se dos empresários, que são pessoas naturais, o peso e a responsabilidade inerentes ao mercado, incentivando, portanto, o investimento e o empreendimento. Permitiu-se que uma pessoa jurídica fosse criada, e mais, que poderia se associar a pessoas naturais, sendo que na verdade quem corre os riscos do fracasso é a pessoa jurídica, respondendo os sócios, em regra, somente com o patrimônio investido para a formação da respectiva sociedade.

Ora, separou-se, em vias normais, o patrimônio pessoal dos sócios do patrimônio da pessoa jurídica, e, em suma, o direito deixou que o próprio mercado se

regulasse, não demonstrando tanta preocupação com as transações realizadas entre fornecedores. O legislador sacrificou o mencionado credor em nome do fomento econômico, limitando a responsabilidade pessoal dos sócios, entendendo que neste meio, cada profissional deve se resguardar e empregar critérios na venda ou prestação de serviços, realizando análises sobre a saúde da pessoa jurídica e se existem possibilidades de honrar suas dívidas.

Nota-se que se existe uma dívida em nome da pessoa jurídica, salvo nos casos em que for comprovado algum tipo de fraude, somente esta responderá perante os credores, e, mesmo sem capacidade volitiva alguma, pois é simples instrumento nas mãos dos sócios. Será responsável perante os credores por que assim quis a lei.

Interessante pensar que mesmo no âmbito do direito civil, uma pessoa não pode ser responsabilizada por dívidas que não teve a intenção de fazer, já que um dos elementos do contrato é a vontade do agente. Caso esta vontade seja viciada, ocasiona a nulidade do negócio jurídico, contudo, esta “violação” aos princípios básicos norteadores do direito civil é aceita, tendo em vista o fomento econômico e principalmente porque assim previu a lei.

O que se pode concluir é que a pessoa jurídica foi criada para arcar com responsabilidades, e, grosso modo, servir de barreira para causar menos impacto no patrimônio pessoal dos sócios, ou, ao menos, servir de termômetro para que afirmem o tamanho de sua responsabilidade.

Se analisado por este ângulo, a pessoa jurídica poderia perfeitamente figurar no pólo passivo da ação penal, pois foi criada para sofrer conseqüências, e a sanção penal pode ser considerada conseqüência do risco empresarial.

Por outro lado, argumentos fortes quase derrubam a pretensão de se imputar responsabilidade penal ao ente fictício, como por exemplo, a impossibilidade de cumprimento de pena privativa de liberdade, que é por excelência a arma do direito penal.

Argumento poderoso também se extrai daquele que menciona a incapacidade da pessoa jurídica exprimir vontade, logo, impossível a caracterização do dolo ou culpa na conduta da empresa, elementos imprescindíveis para o direito penal que é

lastreado pelo sentimento de delinqüência do agente, e, por conseguinte, inexistindo tais elementos, o Estado se veria impedido de exercer o “jus puniendi”.

Também constata-se pensamentos no sentido de que a aplicação de pena ao ente personalizado feriria o princípio constitucional de que a pena não pode passar da pessoa do condenado, e, por óbvio que a responsabilidade da pessoa jurídica será medida pela conduta de seus sócios, como se extrai dos dizeres:

Adverte o mencionado autor, entretanto, que “convém salientar que apesar de a responsabilidade penal da pessoa jurídica ser uma realidade de direito positivo, a doutrina ainda permanece em grande parte reticente quanto ao seu fundamento jurídico – sobretudo num sistema que se diz lastreado no princípio da culpabilidade (nullum crimen sine culpa) -, aplicabilidade e eficácia; para estes últimos aspectos, só o futuro poderá dar a verdadeira resposta”.

Por enquanto, portanto, em nosso sistema jurídico o que temos é o elenco de crimes econômicos na legislação penal propriamente dita, no código do consumidor e na legislação penal especial, prevalecendo a idéia de que **eventuais reflexos na pessoa jurídica**, cujos responsáveis praticaram um deles, notadamente no âmbito dos crimes contra a economia popular, relações de consumo, ordem econômica e tributária, se farão mediante a imposição de **penas acessórias**, tal como estatuído pelas Leis nº 1.521/51 e 8.078/90.

Ou então, mediante **sanções de cunho civil**, como a dissolução de sociedades (art. 1.218, inc. VII, do Código de Processo Civil de 1.973), mediante o procedimento previsto pelos arts. 655 a 674 do Código de Processo Civil de 1.939” (FILOMENO, 2000, p. 227/228) <grifo nosso>

Enfim, em que pese todos os argumentos utilizados para defender a inviabilidade da responsabilização penal da pessoa jurídica no ordenamento jurídico brasileiro, que são fortes e contundentes, deixando os que militam em sentido contrário quase sem saída, ainda assim, pode-se afirmar que tais argumentos não encerram solução em si mesmos, dando margem a questionamentos e principalmente que se traga a baila três afirmações, sendo que uma já foi anunciada anteriormente, ou seja, a pessoa jurídica foi criada para sofrer conseqüências e arcar com responsabilidades inerentes ao objetivo de sua criação, não fazendo a lei distinção alguma se esta responsabilidade seria somente no âmbito civil ou administrativo, e, pela segunda afirmação de que as pessoas jurídicas não são detentoras de todas as garantias e direitos inerentes as pessoas naturais, haja vista que são criações jurídicas para fins específicos. Muito embora sejam meros

instrumentos nas mãos dos sócios e apesar de não possuírem vontade própria, o fato é que podem ser penalmente responsabilizadas, por ato de seus sócios.

Dizer o contrário equivaleria admitir-se que a pessoa jurídica se valha da própria torpeza para eximir-se de responsabilidade, na medida em que foi criada para ser instrumento, não podendo, portanto, invocar-se este argumento, ao menos não neste contexto, porque feriria um princípio geral de direito.

Logo, para validar a responsabilização em debate, falta apenas a positivação destas regras, no que toca a esfera do Código de Defesa do Consumidor, já que como demonstrado, o ordenamento é capaz de comportar normas neste sentido. Uma terceira afirmação em defesa da imputação penal da pessoa jurídica seria que esta não possui os mesmos direitos atinentes às pessoas naturais. Para ilustrar o dito indica-se o direito de ir e vir, não aplicável à pessoa jurídica, na medida em que esta nunca poderia ser privada de sua liberdade física, (pois não é pessoa física) logo, este direito não tem aplicação, e, como corolário a garantia do “*habeas corpus*” também se mostra inútil, por absoluta impossibilidade de aplicação prática. Indo um pouco mais além, tendo como parâmetro o artigo 5º da Constituição Federal, é cediço que se contempla e eleva os direitos inerentes ao ser humano, alusivos às liberdades públicas, reconhecendo este como ser individual e merecedor de direitos e garantias fundamentais, justamente pelo fato de ser pessoa natural. O que se tenta demonstrar é que, da mesma forma que algumas penas são incompatíveis com a pessoa jurídica, alguns direitos e garantias também o são.

Não se contesta que a pessoa jurídica seja destinatária de alguns direitos e garantias¹⁵, mas sim que esta gama de direitos e garantias se restringe face suas peculiaridades, dando alguns autores até mesmo a interpretação de que os direitos individuais são inerentes somente à pessoa humana, como se depreende das palavras de Rui Barbosa “direitos individuais são aspectos ou manifestações da **personalidade humana** em sua existência subjetiva ou em relação à sociedade”¹⁶ e também do transcrito a seguir:

¹⁵ “Assim o regime jurídico das liberdades públicas protege tanto as pessoas naturais, brasileiros ou estrangeiros no território nacional, como as pessoas jurídicas, pois têm direito à existência, à segurança, à propriedade, à proteção tributária e aos remédios constitucionais” (MORAES, p. 63).

¹⁶ Apud NUCCI, p. 356.

Desse modo, são direitos individuais – porque inerentes à pessoa humana – o direito à liberdade de locomoção, garantido, como mencionado pelo devido processo legal e seus corolários; o direito à liberdade de consciência e de crença, garantido pelo livre exercício de cultos religiosos, protegidos os locais onde se realizam tais cultos e suas liturgias; o direito à livre manifestação de pensamento e o direito à honra, garantidos pelo direito de resposta; o direito à vida, garantido pela proibição de pena de morte e tortura, e assim sucessivamente. (NUCCI, 1.999, p. 25)

Posto isto, conclui-se que não é porque a pena privativa de liberdade não pode ser aplicada à pessoa jurídica que não possa existir sanção penal para ela; que não é porque não possua vontade própria que não poderá ser responsabilizada (a ninguém é dado o direito de se valer de condição que deu causa para se eximir de responsabilidades), trata-se de situação específica.

A pessoa jurídica é criada e autorizada a atuar no mundo jurídico, por intermédio de seus sócios, logo, se sua vontade está atrelada à vontade dos sócios não é razoável se aplicar o princípio penal da necessidade da existência de dolo ou culpa para responsabilização, por ir de encontro a própria essência do instituto da pessoa jurídica. Portanto, resta a conclusão de que se a vontade da empresa é inevitavelmente atrelada a dos sócios, sua responsabilidade inevitavelmente também deve ser.

Neste sentido, o pensamento transcrito abaixo:

Creemos estar a razão com aqueles que sustentam a viabilidade de a pessoa jurídica responder por crime no Brasil, após a edição da Lei 9.605/98 (NUCCI, p. 164)

Respeitadas opiniões contrárias que defendem a impossibilidade de se responsabilizar penalmente pessoas jurídicas, as quais são providas de fortíssimo embasamento jurídico, inclusive desta opinião comunga um dos autores do Código de Defesa do Consumidor, Dr. Zelmo Denari, o qual ao ser questionado sobre a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica, deu a seguinte resposta: “*societas delinquere non potest*”, defendendo a idéia de que somente a pessoa física pode ser destinatária do direito penal, uma vez que somente a pessoa natural é dotada de vontade própria, ainda assim se defende a viabilidade da

discutida responsabilização, por óbvio, desde que haja prévia cominação legal, de forma alguma admite-se responsabilizações penais mediante construções jurídicas, o tipo deve preexistir.

5 DOS CRIMES EM ESPÉCIE – ARTS. 61 A 80 DO CDC

5.1 Art. 61- Conflito aparente de normas

Art. 61. Constituem crimes contra as relações de consumo previstas neste código, sem prejuízo do disposto no Código Penal e leis especiais, as condutas tipificadas nos artigos seguintes.

Este dispositivo veio integrar o Código de Defesa do Consumidor repetindo o princípio da especialidade previsto no Código Penal, tendo função simplesmente didática, trabalhando no sentido de extirpar quaisquer dúvidas acerca de eventuais conflitos aparentes de normas, como dispõe o trecho abaixo transcrito:

“Referido artigo vale, todavia, precisamente pelo seu caráter didático e de modo a *advertir o intérprete* sobretudo no sentido de que as infrações penais aqui previstas não excluem, e nem poderiam fazê-lo, outras que dizem respeito, ainda que de forma indireta, às “relações de consumo”. “(GRINOVER, p. 608)

Este dispositivo evitou discussões acerca da aplicação ou não de outras legislações correlatas ao tema “relação de consumo”, sendo que as normas previstas no Código Penal ou em legislações esparsas continuam em vigor, naquilo em que o CDC não lhes foi contrário.

Exemplos práticos podem ser visualizados no artigo 175 do Código Penal, ali intitulado como “fraude no comércio”, os crimes contra a saúde pública também dispostos no Código Penal, assim como os crimes previstos na lei 1.521/51 denominados “crimes contra a economia popular”, também é aplicável a lei 4.591/64 (incorporações imobiliárias), lei 8245/91 (locações prediais urbanas), lei 6766/79 (loteamentos), enfim existe ainda uma gama muito grande de leis visando punir as condutas lesivas ao consumidor em vigência.

Importante informar que este tema é pacífico na doutrina, como se denota dos dizeres abaixo:

“O Código Penal e a legislação especial extravagante continuam em vigor, com efeito subsidiário em relação à lei ora em comentário. Vale dizer: se determinada hipótese fática for simultaneamente regida por um dispositivo do Código Penal e por um outro deste Título II, prevalecerá este sobre aquele. Isto se dá em razão do princípio da especialidade, segundo o qual a lei especial derroga a lei geral (*lex specialis derogat legi generali*). O concurso que se estabelece momentaneamente entre ambas as normas, do Código Penal e da presente lei, não é real, é aparente. Para que não seja violado o princípio do *ne bis in idem*, somente uma norma irá regulamentar efetivamente a hipótese fática. A disputa entre ambas as normas, a genérica e a específica, desenrola-se no plano meramente abstrato. *In concreto*, a norma especial, dotada de um maior número de requisitos que a norma geral (todos os seus e um *quid pluris*), é a única aplicável à espécie concreta.

Nesta disputa aparente haverá de prevalecer a norma específica, que integra o presente diploma. Somente ela irá regulamentar o fato, sem conflitar com as demais normas, pela natureza genérica destas. É o que determina o artigo 12 do Código Penal: “As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso.” (COSTA JR, P. 15)

5.2 Art. 62 – Vetado

art. 62 - Colocar no mercado, fornecer ou expor para fornecimento produtos ou serviços impróprios.

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

§1º - Se o crime é culposo:

Pena – Detenção de três meses a um ano ou multa.

§2º - As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à lesão corporal e à morte.

O veto presidencial foi fundamentado na ofensa à garantia constitucional prevista no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, o qual traduz o princípio da reserva legal.

De fato o tipo penal em comento é incompleto, concordando parte da doutrina com o veto presidencial, como se extrai das palavras colacionadas a seguir:

“De fato, um dos corolários do princípio da legalidade é o princípio da taxatividade do tipo penal. De acordo com mencionado princípio, o tipo penal deverá ser claro, determinado, descrevendo com precisão

a conduta incriminada. Veda-se, assim, a criação de tipos penais abertos, vagos e indeterminados, que gerem insegurança jurídica. Com efeito, como fazer para estabelecer que o produto ou serviço são impróprios?” (COSTA JR, p. 16)

Contudo, é incompleto o tipo penal em discussão, se analisado isoladamente, o que não corresponde à melhor interpretação, já que como demonstrado alhures, o Código de Defesa do Consumidor equivale a um microsistema, logo deve ser observado de maneira conglobada, e, portanto, se analisado como um todo, o conceito de produtos ou serviços impróprios pode ser encontrado no artigo 18, § 6º do mesmo diploma.

Neste sentido entende outra parcela da doutrina, entendimento este dotado de maior juridicidade e técnica:

‘O veto oposto ao comentado art. 62 diz, laconicamente, que, “em se tratando de norma penal, é necessário que a descrição da conduta vedada seja precisa e determinada.’

Assim, prossegue, ‘o dispositivo afronta a garantia estabelecida no art. 5º, inc. XXXIX, da Constituição da República, como se sabe, apenas enuncia o princípio tradicional da ‘reserva legal’, estabelecendo que não há crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal.’

Dessarte, quer-nos parecer que quem assessorou a Presidência da República nesse aspecto por certo desconhece a chamada *norma penal em branco*, ou seja, a que fica na dependência de outra que a complemente ou aclare.

No caso, entretanto, o tipo vetado já aponta para o intérprete o que entende por ‘produtos e serviços impróprios’ para consumo, a saber:

Art. 18 (...)

§6º - São impróprios ao uso e consumo:

- I – os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos;
- II – os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação;
- III – os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam.

Quanto aos serviços são considerados impróprios:

Art. 20 (...)

§2º - São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade.

Ora pergunta-se, onde está a falta de previsão ou reserva legal?

É evidente que as condições dos produtos e serviços impróprios são definidas em normas específicas de saúde pública, metrologia e qualidade industrial. (GRINOVER, p. 614/615)

De fato, existem crimes previstos no Código de Defesa do Consumidor muito mais abertos que este, logo o argumento defendendo o princípio da reserva legal não é suficiente a ponto de extirpar o artigo 62 do CDC.

5.3 Art. 63 – Omissão de dizeres ou sinais

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.

O tipo penal em questão tem como núcleo o verbo *omitir*, logo o agente ativo deste crime deixa de cumprir imperativo legal que lhe é imputado. Segundo a doutrina possui a seguinte classificação, bem colocada pela autora:

No tocante à classificação doutrinária de crimes, o delito previsto no artigo 63 do Código de Defesa do Consumidor é comum (quanto à legislação), próprio (quanto ao sujeito ativo), de perigo abstrato (quanto à lesão do bem jurídico tutelado), de mera conduta (quanto ao resultado), omissivo próprio (quanto à ação), principal (quanto à exigibilidade de consumação de outro crime), unissubsistente (quanto ao fracionamento do *iter criminis*), unissubjetivo (quanto ao número de sujeitos ativos), doloso ou culposo (quanto ao elemento subjetivo), de ação única (quanto ao núcleo do tipo), de ação penal pública incondicionada (quanto à ação penal) e instantâneo (quanto à duração). (PASSARELI, p. 54)

Sem necessidade de maiores explanações, o agente ativo não pratica conduta exigida por lei, incorrendo no crime previsto no artigo 63 por sua inércia, “*non facere quod debetur*”, por óbvio se caracterizados os demais elementos do tipo e se não

houver excludentes ou dirimentes que rompam algum dos elementos que compõem o crime.

O tipo taxa a “omissão de dizeres ou sinais ostensivos”, sendo que a exata definição destes vocábulos é imprescindível, haja vista a exigência constitucional da prévia cominação legal, como acerca da univocidade dos tipos penais. “Dizeres” segundo Paulo José da Costa Jr. significa “frases destinadas a alertar o consumidor acerca dos riscos que o produto apresenta”, enquanto que “sinais são marcas que poderão suprir a advertência escrita, como o desenho de uma caveira , ou o átomo em movimento que simboliza o perigo nuclear”.pág. 20

Corroborar com a opinião do autor acima mencionado outra parcela da doutrina:

O significado de dizeres, *in casu*, é o texto escrito nas embalagens , invólucros, recipientes ou publicidade. Como bem lembrado por Antonio Herman e Benjamin, nem sempre os dizeres são suficientes para alertar o consumidor, máxime num país com taxa elevada de analfabetismo. Por esta razão, optou o legislador por incluir no dispositivo legal o vocábulo sinais, entendido aqui como substitutivo gráfico, possuindo o condão de informar o consumidor acerca dos riscos de determinado produto. O emprego de dizeres ou sinais gráficos varia de acordo com o caso concreto, tomando como parâmetro a capacidade de inteligência do consumidor ao qual é destinado o produto.(PASSARELI, p. 53)

A palavra “ostensivo” indica que não basta estar presentes dizeres ou sinais, mas estes devem estar estampados de forma chamativa e amplamente visível, sob pena de se adequar ao caso concreto o crime previsto no artigo 63 do CDC.

E continua o tipo penal, “sobre a nocividade ou periculosidade de produtos”. Mais uma vez houve necessidade de socorro à parte civil do Código de Defesa do Consumidor para que se pudesse fechar o tipo penal em discussão.

Atente-se que o sentido dos vocábulos nocividade ou periculosidade não são suficientes para que se possa definir e individualizar a verdadeira intenção do dispositivo, ou em outras palavras não é possível definir que bem jurídico é tutelado por esta norma.

Para solucionar o problema proposto, é que se invoca o artigo 9º do Código de Defesa do Consumidor:

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. <grifo nosso>

Por intermédio, e somente se valendo de uma interpretação conglobante do Código de Defesa do Consumidor é possível desvendar o verdadeiro comando do artigo 63, ou seja, este dispositivo tem como bens jurídicos tutelados a saúde e a segurança do consumidor.

O professor Vicente Greco Filho fez uma importante observação:

“Em tese, muitos produtos inócuos ou mesmo benéficos à saúde poderão em concreto apresentar-se como nocivos. Como observou Vicente Greco Filho, em palestra proferida no Conselho Técnico de Economia, Sociologia e Política da Federação do Comércio de São Paulo, **“uma garrafa de água mineral é potencialmente nociva, se cair na cabeça de alguém”**. Anote-se que certos produtos, inócuos para a grande maioria das pessoas, podem ser nocivos em situações específicas. **O açúcar, por exemplo, consumido por grande parte das pessoas, é prejudicial aos diabéticos.**” (apud COSTA JR, 2005, p. 17/18)

De fato razão assiste ao autor, mas, no entanto, não parece ser esta a filosofia pregada pelo artigo em questão. Interpretação que se considera plausível seria a de que o produto deve guardar potencial lesivo em si mesmo. Em sendo assim, nota-se que a mencionada garrafa de água não traz em si mesma risco à segurança, não cometendo crime, portanto, o fornecedor que não colocar dizeres ou sinais na embalagem da garrafa de água mineral informando sobre os possíveis danos que seu produto poderia causar se arremessado contra outrem. Acredita-se que o tipo em testilha se referiu ao uso e consumo dos produtos, colocados à disposição no mercado, em condições e vias normais. Ora, a garrafa de água mineral destina-se tão somente a guardar o líquido, bem como servir de apoio para que o consumidor possa bebê-lo. Se o material da garrafa não contamina o líquido e quando o uso normal desta não oferece riscos à segurança, não há que se falar em responsabilidades do fornecedor, tendo em vista que seu produto se usado corretamente, o que é dever do consumidor, não é nocivo e nem perigoso.

Por óbvio que se uma garrafa é arremessada contra alguém pode causar danos, contudo não é desta situação que trata o tipo penal previsto no Código de Defesa do Consumidor, mas sim dos riscos ofertados pelos produtos quando utilizados da maneira correta e em situações normais, para os fins a que foram destinados. A má utilização dos produtos elide inclusive a responsabilidade civil do fornecedor por afetar o nexo de causalidade.

Situação parecida é verificada no caso do açúcar, que é nocivo aos diabéticos. Este produto é consumido normalmente pela maioria das pessoas, sendo que para algumas pode ser extremamente prejudicial. É intrigante pensar sob o seguinte aspecto: pode-se dizer que o açúcar guarda potencial lesivo ou na verdade o mal que pode causar é decorrente da disfunção do organismo verificada nos diabéticos?

Acredita-se ser mais lógica a segunda proposição, logo, o fornecedor não está obrigado a alertar na embalagem do produto que contenha açúcar, que o mesmo pode causar danos à saúde do consumidor, porque se é usado em situações normais não oferece riscos. Atente-se que se o diabético consome açúcar equivale àquela situação do arremesso da garrafa d'água, ou seja, situação atípica. É imprescindível, no entanto, que o fornecedor informe a composição do produto, mencionando que contém açúcar, para que o consumidor possa analisar se não há substâncias tóxicas a seu organismo.

Por outro lado, o fornecedor de inseticidas e similares, estão obrigados a alertar os consumidores sobre a nocividade do seu produto, na medida em que este pode causar danos à saúde de qualquer ser humano. Não se trata de oferecer riscos a um grupo "a" ou "b", sendo detentor de considerável potencial lesivo.

Logo, ao contrário da garrafa de água mineral e do açúcar, o fornecedor deste produto comete crime previsto no artigo 63 do CDC, se não imprimir dizeres ou sinais ostensivos sobre a nocividade inerente aos inseticidas e similares, alertando que o simples contato com o produto pode ensejar complicações. É flagrante a diferença deste para aqueles produtos, na medida em que aqueles possuem um risco inerente, enquanto estes não são perigosos por natureza, claro que podem se tornar se usados de forma inadequada ou por pessoas que por alguma disfunção esteja impossibilitada de consumir determinado produto, enquanto que no caso dos

venenos, a nocividade é parte do produto, mesmo que este seja usado de forma correta.

Vale dizer que é necessária a existência de risco inerente do produto, estando o fornecedor, neste caso, obrigado a informar todos os danos que seu produto pode causar, se transgredidas as regras de uso. De outra banda se não existe risco inerente, o fornecedor não se vê obrigado a explicar todas as reações de seu produto, ou, de um dos seus componentes, basta informar sua presença, pois o CDC exige somente que os consumidores sejam informados sobre a nocividade e periculosidade dos produtos, logo, se não existem estes elementos, não é preciso informar todas as conseqüências fisiológicas decorrentes do consumo. Exemplo: a água mineral, informa-se a composição, e não sobre os efeitos do líquido no organismo, porque partindo da premissa que a água é potável, não se observa riscos no produto.

Seguindo o destrinchamento do artigo 63, mais uma vez o legislador não formulou conceito acerca dos vocábulos embalagens, invólucros e recipientes, trabalhando a doutrina no sentido de delimitá-los:

*“Embalagem, galicismo escusado (vem de *emballage*), equivale ao acondicionamento, enfardelamento, ou empacotamento de um objeto. É aquilo que envolve o produto.*

*Invólucro, que provém do latim *involucrum*, é o envoltório, a capa, a cobertura, o revestimento exterior, que se presta a envolver, a encobrir, a revestir ou a embrulhar o produto.*

*Recipiente, do latim *recipens entis*, é o receptáculo, o continente, que se destina a receber ou a conter o produto (vaso, vasilha, frasco, caixa, lata, ampola, bisnaga, etc.). O vocábulo recipiente não constava do art. 48 do anteprojeto, que corresponde ao artigo 63 da lei atual.*

Publicidade é a divulgação do produto por meio de anúncios e reclamos, em programas de rádio ou televisão, em jornais, revistas, cartazes, entrevistas, concursos.” (COSTA JR, p. 20/21)

Como já dito alhures, o crime é de perigo na medida em que não se exige evento danoso, basta a potencialidade do dano, bem como se trata de crime de mera conduta ou formal, logo inadmissível sua modalidade tentada. Verifica-se, portanto, sua consumação no momento em que o produto é disponibilizado à população em geral, sem que haja as devidas recomendações exigidas pelo artigo 63, e por óbvio

que se presentes alguns dos elementos subjetivos dolo ou culpa, sendo suficiente o dolo genérico, não sendo necessária a comprovação de vontade específica do agente, como argumenta Passarelli (2002, p. 53/54): “basta que o agente possua a vontade livre e consciente de realizar o tipo descrito no dispositivo legal. Não é exigida, conseqüentemente, uma finalidade específica na prática do delito.”

Com relação ao §1º do artigo, o legislador também inseriu neste contexto o prestador de serviços, o qual também está obrigado a alertar o consumidor sobre os riscos inerentes do seu serviço.

Apenas um apêndice a ser feito, mais uma vez se verifica a falta de preocupação do legislador com os termos utilizados no CDC, na medida em que no §1º, ao contrário do *caput* do artigo, foi exigida do prestador de serviços somente que informe sobre a periculosidade dos serviços, não mencionando a palavra nocividade. Não é razoável pensar que o prestador esteja desonerado de informar sobre serviços que prejudiquem a saúde (nocividade), porém, careceu de técnica o legislador, somente exigindo que informe sobre serviços perigosos (segurança). Em tese a palavra nocividade faz alusão à saúde, enquanto que periculosidade refere-se à segurança do consumidor, logo, se levada às últimas conseqüências a interpretação literal do texto, o profissional somente seria responsabilizado penalmente se não informasse sobre a periculosidade dos serviços, o que não é tão utópico de se pensar, na medida em que trata-se de matéria penal, onde a taxatividade é princípio inatingível, por ser atinente ao Estado de Direito. Entretanto, em respeito a uma interpretação mais inteligente e que seja realmente capaz de atender às necessidades do consumidor, é que melhor hermenêutica, até mesmo por uma questão de isonomia, também imputar responsabilidade ao prestador por omitir-se na informação acerca da nocividade. Contudo, seria de qualquer forma interpretação extensiva, o que é um tanto quanto indigesto no direito penal, provando a falta de técnica do legislador, deixando uma fenda na lei. Melhor pensar que realmente seja mera falta de técnica jurídica.

Importante realçar que as recomendações devem ser feitas por escritas e de forma ostensiva, nos mesmos moldes do *caput* do artigo.

O §2º prevê a hipótese de responsabilidade culposa, o que dá margem a alguns debates no que toca a compatibilidade dos crimes de mera conduta com a previsão de culpa estrito senso.

No tocante a previsão legal da modalidade culposa, pelo art. 63, §2º, do Código de Defesa do Consumidor, Manoel Pedro Pimentel posicionou-se contrariamente. Alegou que a culpa *stricto sensu* é incompatível com os delitos classificados como de mera conduta. Defendia a previsão de uma única sanção, tanto aos crimes dolosos quanto aos culposos.

Seu entendimento não convence, por ser plenamente possível a tipificação de um crime de mera conduta culposo. Ademias, é inadmissível a equiparação, em termos de reprimenda de uma conduta dolosa, em que há vontade livre e consciente de agir, a uma ação culposa, ocorrida tão-somente por negligência do agente, na medida em que este não queria, nem sequer assumiu o risco de produzir resultado criminoso. (PASSARELLI, p. 56)

Provido de maior racionalidade o argumento da autora, já que é arbitrário e injusto equiparar duas vontades distintas, devendo o agente responder penalmente nos limites de seus atos.

Finalizando os comentários a este artigo, vale lembrar que a pena para os incursos neste tipo na modalidade dolosa é privativa de liberdade cumulada com multa, enquanto que na modalidade culposa é alternativa.

5.4 Art. 64 – Deixar de comunicar às autoridades e consumidores sobre periculosidade e nocividade de produtos

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 6 (seis) meses a 2 (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.

O artigo 64, *caput*, do CDC, é considerado crime omissivo próprio, uma vez que incorre neste tipo os agentes que se absterem de comunicar aos consumidores e autoridade competente da nocividade e periculosidade de produtos.

Doutrinariamente o artigo 64 do CDC pode ser classificado da seguinte maneira:

“O crime definido no art. 64, *caput*, do supramencionado *codex* pode ser classificado doutrinariamente como comum (quanto à legislação e à natureza), próprio (quanto ao sujeito ativo), de perigo (quanto à lesão do bem jurídico tutelado), de mera conduta (quanto ao resultado), omissivo próprio (quanto à ação), principal (quanto à exigibilidade de consumação de outro crime), simples (quanto à estrutura do tipo), unissubsistente (quanto ao fracionamento do *iter criminis*), unissubjetivo (quanto ao número de sujeitos ativos), doloso (quanto ao elemento subjetivo), de ação única (quanto ao núcleo do tipo) e instantâneo (quanto à duração).” (PASSARELLI, p. 59)

A doutrina converge quanto a definição do bem jurídico tutelado por este dispositivo, entendendo Paulo José da Costa Junior serem a saúde e segurança do consumidor “Os bens tutelados na norma em questão são a vida e a saúde dos consumidores, embora não haja menção expressa no texto legal.”.

Professor Filomento (2000, p. 236), aponta da mesma forma a saúde e segurança do consumidor como bem jurídico tutelado: “Enfim, os exemplos tendem a multiplicar-se, sendo relevante contudo salientar que o objetivo é a preservação da vida, saúde e segurança dos consumidores difusamente considerados [...]”.

No entanto, com todo o respeito emprestado aos autores, parece ser mais crível a exegese no sentido de que os dispositivos penais previstos no Código de Defesa do Consumidor, preservam antes de mais nada a própria relação de consumo, tendo como efeitos colaterais a proteção da saúde e segurança do consumidor, neste sentido Passarelli (2002, p.52): “[...] como objeto jurídico principal da infração penal em tela têm-se as relações de consumo. Já o objeto jurídico secundário do delito em análise é a segurança e saúde do consumidor”

De fato para que exista o consumidor, por uma questão até mesmo lógica e filosófica de anterioridade das causas, necessária a existência da relação de consumo. Para que um homem e uma mulher recebam a nomenclatura de cônjuges,

necessário que antes advenha o casamento, da mesma forma que para que duas pessoas naturais possam ser considerados sócios, imprescindível a existência de contrato social, caso contrário seria ilegítima tal condição.

Em sendo assim, consumidor e fornecedor corolários de determinada relação de consumo, fica evidente que antes de mais nada existam normas as quais protejam a própria existência deste tipo de relação, aliás, a pacífica existência destas relações. Não é interessante para a sociedade que as relações de consumo sejam extintas, pela ditadura do consumidor ou fornecedor, o que se busca na verdade é o equilíbrio, bem como a manutenção e viabilidade das relações consumeristas, caso contrário, o modo de vida e produção contemporâneo seria totalmente modificado.

E mais, partindo-se da premissa de que as normas penais do CDC, antes mesmo de proteger o consumidor, visam blindar a viabilidade da relação de consumo, e, para que esta seja viável a confiança do consumidor no fornecedor é indispensável, conclui-se que os crimes do CDC também têm como escopo primário a preservação do princípio da confiança, previsto no artigo 6º, II, do CDC.

A confiança é elemento necessário para a existência das relações de consumo, e devido a esta importância extrema é que se diz ser este princípio tutelado pelas normas penais do CDC, inclusive o artigo 64, além da relação de consumo propriamente dita, e por via reflexa a saúde e segurança do consumidor.

Atente-se ao fato de que não se tenta colocar o consumidor em segundo plano, o que iria de encontro aos preceitos do CDC, mas o raciocínio é que para que haja relação de consumo e para que exista confiança, lógico que os produtos e serviços consumidos não podem oferecer riscos à saúde e a segurança dos consumidores. Logo protegendo-se a relação de consumo em si e o princípio da confiança, vem a reboque a proteção da saúde e segurança dos consumidores.

Outro motivo para que se pense desta forma se depreende da própria leitura do artigo, o qual não exige a ocorrência do evento danoso, trata-se de crime formal. Portanto, se o tipo visasse primariamente proteger a saúde e segurança do consumidor, exigiria-se que estes danos realmente ocorressem para a caracterização do delito, mas de maneira astuta, protegeu-se uma causa anterior,

não se exigindo dano efetivo, primando, desta forma, pela viabilidade da própria relação de consumo.

Este artigo difere do anterior (artigo 63) quanto ao momento em que o fornecedor tomou ciência da nocividade ou periculosidade do produto posto à disposição do consumidor.

No artigo 63, o fornecedor já tinha ciência de que o produto era nocivo ou perigoso à saúde e segurança do consumidor, e mesmo assim insiste em colocá-lo no mercado, ou então, por negligência permite que o produto chegue ao alcance do consumidor, comungando desta opinião a doutrina:

Na verdade o art. 64 da Lei federal n. 8.078/90 nada mais é do que um desdobramento do tipo penal abordado anteriormente. Este último incrimina a omissão de dizeres ou sinais ostensivos sobre a nocividade ou periculosidade de produtos nas embalagens, nos invólucros, recipientes ou publicidade. Portanto, o caráter nocivo ou perigoso do produto é conhecido anteriormente a sua colocação no mercado. Já no primeiro se verifica a natureza nociva ou perigosa do produto após sua colocação no mercado. O traço distintivo entre ambos, em síntese, é o momento em que é constatada a periculosidade ou a nocividade do produto. (PASSARELLI, 2002, p. 57)

Portanto, o que se incrimina é a omissão do fornecedor, no caso de tomar conhecimento da nocividade ou periculosidade do produto após sua colocação no mercado, em informar autoridade competente e consumidores acerca dos efeitos maléficis que o produto pode causar, por óbvio que estes males devem estar dentro do limite do razoável, caso contrário o produto deve ser retirado do mercado.

No parágrafo único o que se incrimina é também a omissão do fornecedor em retirar do mercado produtos nocivos ou perigosos quando determinado pela autoridade competente.

Nota-se que se o produto estiver fora dos limites técnicos estabelecidos, este deve ser retirado imediatamente do mercado, como é a situação prevista no parágrafo único do artigo em comento, ou seja, a semântica de “perigoso ou nocivo” neste caso foi empregada de forma mais contundente do que no caput do artigo ou mesmo no artigo 63.

Se o produto está dentro dos limites aceitáveis de periculosidade e nocividade, basta informar na embalagem do produto tal condição, sem prejuízo de se informar a autoridade competente, como exige o caput do artigo 64.

No entanto, se não for razoável a perniciosidade do produto este deve ser retirado de circulação, como nos ensina a doutrina:

O tipo penal ora objeto de estudo emprega os mesmos elementos normativos utilizados pelas normas penais incriminadoras analisadas anteriormente: “nocivo” e “perigoso”. Mister aclarar o sentido do artigo de lei, nos termos expostos a seguir.

O art. 63 da Lei federal n. 8078/90 dispõe que constitui crime omitir dizeres ou sinais ostensivos sobre a periculosidade ou nocividade de produtos nas embalagens, recipientes ou publicidade. Portanto, constatada a nocividade ou periculosidade intrínseca a um produto ou serviço, dentro de um limite técnico previamente estabelecido, antes de serem colocados no mercado, basta a inclusão de sinais ou dizeres que advertam o consumidor.

Quando é verificada a nocividade ou periculosidade de um produto após a sua introdução no mercado, é dever do fornecedor ou do comerciante comunicar as autoridades e os consumidores sobre tal constatação. Caso aquelas concluam que a nocividade ou periculosidade encontram-se dentro dos limites técnicos estabelecidos, basta ser inserida no recipiente, embalagem ou publicidade do produto uma advertência ao consumidor final. Por vezes, no entanto, é observado quando o produto já se encontra no mercado, que a nocividade ou periculosidade extrapola os limites técnicos exigidos, expondo os consumidores a um risco de grande monta, não desejável. Quando isso se verifica, o produto deve ser retirado do mercado imediatamente, consoante o texto legal. Portanto, é notória a atribuição, por parte do legislador, de maior extensão ao significado dos vocábulos “nocivo” e “perigoso” no parágrafo único do art. 64 do Código de Defesa do Consumidor do que aquela contida nos tipos penais estudados anteriormente.

Sem qualquer dúvida, pecou o legislador ao empregar os mesmos vocábulos, quais sejam “nocividade” e “periculosidade” em situações absolutamente díspares. Em uma delas, basta que haja a inscrição de sinais e dizeres ostensivos, com a finalidade de advertir o consumidor, pela razão do grau de perigo a que é exposto nessa situação. Em outra, pelo fato de o risco ser de grande proporção, exige-se a retirada do produto do mercado.

Resta patente que se atribuiu mais de um significado aos vocábulos “nocivo” e “perigoso” no mesmo diploma legal. A técnica legislativa, ainda mais na seara repressiva, recomenda que cada termo possua um significado claro, não podendo ser interpretado de forma diversa, com diferentes alcances e sentidos. É mais uma vez exposto o despreparo do legislador na elaboração de normas penais. (PASSARELLI, p. 61)

O crime em discussão é consumado quando sabendo da nocividade ou periculosidade do produto posto no mercado, não comunica à autoridade e nem aos consumidores no caso do caput, e quando não retira os produtos do mercado segundo previsão do parágrafo único. Como não foi prevista a modalidade culposa,

mister se faz o conhecimento acerca da periculosidade ou nocividade e ainda necessário que haja com dolo, ou seja, que não comunique a autoridade e consumidores e não retire o produto de livre consciência.

Entende Costa Jr. (2005, p.52) que para a consumação do caput deste delito, necessário que o agente deixe de comunicar tanto a autoridade como os consumidores, caso contrário o crime não fica caracterizado: “Necessário, entretanto, à consumação do delito, que a omissão, seja dúplice: à autoridade e aos consumidores. Se o agente, embora não comunicando o fato à autoridade, venha fazê-lo aos consumidores, não e perfaz o crime.”

Corroborando com esta opinião Eduardo Arruda Alvim, citado por Costa Jr. (2005, p.25), posicionando-se de maneira contrária Marco Antonio Zanellato, também citado pelo autor acima, entendendo que se verificada uma das omissões o crime se configura, na medida em que existe a conjuntiva “e”, indicando adição, logo, tanto autoridade como consumidor devem ser advertidos.

A pena prevista é de seis meses a dois anos e multa, devendo o magistrado aplicar ambas penalidades.

5.5 Art. 65 – Execução de serviço de alta periculosidade contrariando ordem de autoridade competente

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

Pena – Detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e multa.

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

Ao contrário dos artigos anteriormente comentados, o artigo 65 trata-se de crime comissivo, na medida em que o agente executa serviços que haviam sido

proibidos pela autoridade competente. Outra diferença que se pode extrair é que este tipo é plurisubsistente, uma vez que para a configuração do delito necessária a conduta do agente e também ordem de autoridade competente determinando a não execução dos serviços. O delito é contemplado somente na modalidade dolosa, tendo em vista que a culpa não consta do texto legal, logo impossibilitada está sua aplicação. Imprescindível, por conseguinte, a presença do dolo do agente, no caso dolo genérico. Importante ressaltar que o artigo 65 comporta a forma tentada, já que o *iter criminis* é passível de fracionamento, por ser comissivo.

A doutrina classifica da seguinte forma o artigo 65 do Código de Defesa do Consumidor:

Trata-se de delito comum (quanto à legislação e à natureza), próprio (quanto ao sujeito ativo), de perigo (quanto à lesão do bem jurídico tutelado), de mera conduta (quanto ao resultado), comissivo (quanto à ação), principal (quanto à exigibilidade de consumação de outro crime), simples (quanto à estrutura do tipo), plurisubsistente (quanto ao fracionamento do *iter criminis*), unissubjetivo (quanto ao número de sujeitos ativos), doloso (quanto ao elemento subjetivo), de ação única (quanto ao núcleo do tipo) e instantâneo (quanto à duração). (PASSARELLI, 2002, p. 66)

Tem-se como núcleo do tipo a ação “executar serviços”, logo, o sujeito ativo do crime é o próprio fornecedor de serviços. O bem jurídico tutelado acredita-se que num primeiro plano seria a relação de consumo, existindo a mesma divergência doutrinária exposta no capítulo anterior, contudo esta distinção ganha valor prático em função do parágrafo único do artigo 65, por entender parcela da doutrina ser o bem jurídico tutelado a saúde, a vida, a integridade física do consumidor¹⁷.

No entanto, acredita-se que melhor interpretação seria a de que, como já dito, em primeiro lugar o bem jurídico tutelado são as relações de consumo, por serem causas anteriores ao próprio consumidor, como descrito no item 6.4, e, secundariamente é que o tipo penal protege o consumidor.¹⁸

Além destes bens tutelados, entende-se que este tipo também tutela o prestígio da administração em geral, pois pune o descumprimento de ordem exarada

¹⁷ Dispõem nesse sentido Costa Jr. (2005) e Filomeno (2000).

¹⁸ Nesse sentido, Passarelli (2002).

por autoridade competente, portanto, clara é a proteção neste sentido, ainda que por via reflexa.

Incorre neste crime o fornecedor que presta serviços de “alto grau de periculosidade” e ainda que “contrarie determinação de autoridade competente”. Não basta para a caracterização do delito em testilha, a simples execução de serviços perigosos, devendo coexistir transgressão de determinação exarada por autoridade competente.

Mais uma vez a doutrina de modo atento aponta algumas falhas técnicas nas expressões utilizadas pelo legislador.

Por exemplo, verifica-se a mesma falha apontada no artigo 64 quando empregou a expressão “nocividade e periculosidade” para situações totalmente adversas. No presente artigo a expressão “alto grau de periculosidade” já foi utilizada em outros momentos no CDC, que não guardam relação com o artigo 65.

O artigo 10, *caput*, do CDC traz consigo a expressão “alto grau de periculosidade”, contudo refere-se a produtos que possuem elevado risco inerente, e, de forma alguma poderiam ingressar no mercado, neste sentido, Benjamin: “os serviços referidos nesse artigo são dotados de periculosidade adquirida (defeito), razão pela qual nem sequer podem ser colocados no mercado.”, citado por Passarelli (2002, p. 104). Por outro lado, no caso do artigo 64, o serviço é perigoso, mas se seguidas as determinações da autoridade competente, pode ser prestado, na medida em que os riscos são aceitáveis. Neste sentido escreve a autora em sua obra:

Mais uma vez, o Código de Defesa do Consumidor atribuiu a uma mesma expressão dois significados diversos: num primeiro momento, o serviço dotado de alto grau de periculosidade ou nocividade nem sequer pode ser introduzido no mercado; num segundo momento, é possível a colocação do serviço no mercado, com as mesmas características mencionadas anteriormente, uma vez observadas as determinações da autoridade competente. (PASSARELLI, 2002, p. 63)

Buscar-se-á, portanto, o real sentido da expressão “serviço de alto grau de periculosidade”, já que aquele constante do artigo 10, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor não supre a omissão legislativa.

Tendo em mira que o tipo em comento exige para sua consumação, além da realização de serviços perigosos deve contrariar determinação de autoridade competente, conclusão fatal é a de que necessária a existência de alguma lei, regulamento, decreto ou qualquer outro instrumento normativo prévio o qual contenha tanto a definição do que seja serviços perigosos, bem como traga em seu bojo as determinações a serem cumpridas para a regular prestação dos serviços.

Trata-se de verdadeira simbiose entre as duas expressões, pois mesmo que o serviço seja considerado perigoso, contudo não haja determinações da autoridade competente, o crime não se perfaz. Da mesma forma que se existem determinações da autoridade competente, contudo não foi especificado que aquele serviço é perigoso, o fato é atípico.

Em suma, o serviço a ser prestado não pode fugir aos limites de periculosidade e nocividade razoáveis, caso contrário, em hipótese alguma poderão ser realizados, e, se dentro dos padrões aceitáveis podem ser prestados normalmente. Fica somente a ressalva se existir alguma norma classificando o serviço como perigoso, e houver determinações de autoridades, neste caso, deve ser prudente o fornecedor em seguir a risca estas especificações, sob pena de responsabilização penal, por infringir o artigo 65 do CDC.

No que toca a polêmica acerca do parágrafo único do artigo 65, diversas posições são ventiladas pela doutrina, na medida em que a disposição ali contida revoluciona as regras acerca do concurso de crimes previstas no Código Penal.

O debate se resume basicamente em se aceitar o concurso material, defender o princípio da consunção ou então militar em favor do concurso formal, entre o artigo 65 e os crimes de lesão corporal ou homicídio.

Para Alberto Zacharias Toron, é aplicável o princípio da absorção, e quando muito cabível somente o concurso formal:

O princípio da absorção, segundo o qual o delito mais grave absorve o menos grave, principalmente quando este é meio para aquele, porque guarda uma relação direta de consequencialidade, fica arranhado quando o legislador no artigo 65, parágrafo único, proclama a punição pela conduta nele descrita a título autônomo e, portanto, sem prejuízo da ocorrência do delito mais grave como a morte. Ainda que assim não se entenda, espezinhou-se a regra do

concurso formal (artigo 70 do CP), segundo a qual quando o agente mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes idênticos ou não, aplica-lhes a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de 1/6 até a metade (apud PASSARELLI, 2002, p. 67)

Nota-se que para ocorrer a absorção do delito é necessário ser fracionar a conduta do agente, e, se for verificado que um crime constituía etapa para que se alcançasse o objetivo final, possível a aplicação da absorção.

Entretanto, o crime previsto no CDC trata do dolo do agente em executar serviços perigosos contrariando determinação de autoridade competente, ou seja, para a configuração deste crime o agente deve ter a vontade livre e consciente de realizar o serviço não importando as conseqüências. Logo, se ocorrer homicídio ou lesão corporal não se tratam estes crimes de meio para que executasse os serviços. Muito pelo contrário, em verdade, eventual lesão corporal ou homicídio são resultados da atitude no mínimo desidiosa do agente. Por tais motivos, é que se considera a hipótese de absorção um tanto quanto inaplicável nesta situação. Além do que há que se analisar o elemento subjetivo do crime, ou seja, a vontade do agente, sendo que se o dolo deste se referia a simples execução do serviço conseqüentemente responderá pelo crime do artigo 65, e possivelmente na modalidade culposa de lesão corporal ou homicídio, ou até mesmo lesão corporal seguida de morte. De outro modo, se o dolo do agente fosse o homicídio ou lesão corporal, e tendo ciência de que a execução dos serviços perigosos causariam este resultado, aí sim teria cabida a absorção, pois responderia o agente por lesão corporal ou homicídio na modalidade dolosa, constituindo a execução dos serviços mero caminho para o resultado final.

Já o concurso formal se mostra mais plausível, pelo disposto no Código Penal, em que por uma só ação o agente gera mais de um resultado danoso. De fato é o que ocorre, o agente pela execução de serviços perigosos, produz lesões ou homicídios além de atentar contra as relações de consumo, seguindo esta linha aplicar-se-ia a pena mais grave.

Pertinente tal posição, mas entendimento interessante é esposado por Passarelli (2002), afirmando concordar que a questão se amolda nos ditames do

concurso formal, todavia, o Código de Defesa do Consumidor é estatuto especial, enquanto que o Código Penal trata-se de legislação geral, neste conflito prevalecerá a legislação especial. No artigo 65 foi criada nova regra acerca do concurso de crimes, revogando, desta feita, o disposto no Código Penal. Nos demais crimes previstos no CDC, por não tratarem da matéria aplica-se a regra geral do Código Penal acerca do concurso de crimes, e, especificamente no caso do artigo 65, vigora a autonomia dos crimes, por ter assim disposto o legislador.

No entanto, como se trata de lei específica, que tipifica condutas e comina sanções na seara das relações de consumo, deve ser aplicada a nova regra introduzida pelo legislador apenas em relação ao art. 65 do aludido estatuto legal. Os demais dispositivos, na hipótese de concurso de crimes, submetem-se ao prescrito no Código Penal. Trata-se do princípio da especialidade. (op. cit., p. 68)

Provido de técnica o argumento utilizado pela autora, na medida em que o Código de Defesa do Consumidor é lei federal, produzido pelo legislador federal, detentor da competência derivada constitucional para dispor sobre matéria penal, logo, trata-se de inovação que não fere o ordenamento, e segundo os instrumentos para dirimir conflitos de normas, pela temporariedade e especialidade vigoraria o “concurso material obrigatório” criado pelo CDC, independentemente do elemento subjetivo.

Porém, considera-se de difícil sustentação por desprezar totalmente a vontade do agente que delinqüe, o que afronta toda a sistemática penal brasileira, lastreada pela culpa.

É contra a técnica penal moderna e até mesmo afronta o próprio Estado de Direito imputar responsabilidade ao agente sem analisar sua real vontade e participação no evento criminoso. Anote-se que, segundo a Autora, o CDC teria alterado as regras relativas ao concurso de crimes, contudo, nada dispôs acerca do elemento subjetivo, prevalecendo a regra geral, a qual leva em consideração o dolo e a culpa.

Uma vez perseverante a regra geral de culpabilidade, fica incompatível com a aplicação do “concurso obrigatório”, no caso já citado exemplo do agente se valer dos serviços perigosos para cometer homicídio ou lesão corporal. Neste caso a

execução de serviços seria mero caminho para o crime final, que era a vontade real do agente, não cabendo concurso algum neste caso.

Contudo, aplicável a brilhante teoria criada pela Autora se o dolo do agente corresponde a simples execução dos serviços, pois neste caso um crime não equivale à meio para a consumação do outro, cabendo o “concurso obrigatório” em detrimento do concurso formal previsto no Código Penal.

5.6 Art. 66 – Afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informações relevante acerca dos produtos e serviços

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 3 (três) meses a 1 (um) ano e multa.

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

§2º Se o crime é culposo:
Pena – Detenção de 1 (um) a 6 (seis) meses ou multa.

O crime previsto no artigo 66 caput do Código de Defesa do Consumidor pode ser classificado doutrinariamente como de delito comum; próprio; de perigo; de mera conduta; comissivo ou omissivo, unissubsistente, unissubjetivo, doloso e instantâneo.

O tipo em comento traz uma conduta comissiva e outra omissiva, tendo como núcleo o verbo fazer e omitir, incorrendo neste delito o fornecedor o qual fazer afirmação falsa ou enganosa, ou mesmo omitir informações relevantes acerca do produto ou serviço.

Importante mencionar que este tipo foi previsto no intuito de coibir as práticas abusivas cometidas diretamente entre fornecedor e consumidor, ou seja, na venda direta do produto ou serviço. Não se trata aqui daquela publicidade em massa, mas sim da conversa mantida entre o consumidor e o gerente, o vendedor, enfim, algo mais particular, até mesmo porque o artigo 67 do CDC trata da publicidade destinada ao público em geral.

O artigo 66 tem correlação com o direito à informação previsto no artigo 6º, III do CDC, e também com o artigo 31 do mesmo *codex*, atente-se para o fato de que a correspondência é verdadeira na medida em que o próprio artigo 31 não contém a palavra “publicidade”, mas somente os vocábulos “oferta e apresentação” ao contrário do artigo 30, demonstrando mais uma vez a intenção de se proteger as relações mantidas corpo a corpo:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
[...]

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;

Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

Esta afirmação é avalizada pelo trecho transcrito abaixo, o qual manifesta opinião convergente:

Edney G. Narchi salienta que a publicidade foi excluída voluntariamente da inteligência do art. 31 do Código de Defesa do Consumidor. Conseqüentemente, nos dizeres do doutrinador, o tipo penal descrito no artigo 66 não tem a ver com a publicidade veiculada pelos meios de comunicação de massa. Terá a ver com o balconista, o vendedor, o lojista, o gerente do estabelecimento, o responsável por um prospecto que acompanhar o produto, um manual de instruções, uma bula, etc.; nunca atividade publicitária massiva. (PASSARELLI, 2002, p. 71)

No mesmo sentido apregoa a autora em manifestação de apoio ao pensamento exposto acima:

Inquestionavelmente, assiste razão ao autor. Referido dispositivo de lei faz menção à oferta e à apresentação, sendo omitida a publicidade. Sem embargo dos respeitáveis entendimentos em sentido contrário, aplicação do artigo 66 da Lei federal n. 8.078/90, via de conseqüência, é residual, por não abranger a publicidade. A conduta criminosa cuja incidência se verifica no campo publicitário é aquela descrita no art. 67 do mencionado Código, como será demonstrado posteriormente. (op. cit., 2002, p.71)

Mais uma vez vale ressaltar que bem jurídico tutelado é a relação de consumo, num plano primário, sendo secundariamente protegidos a saúde e segurança dos consumidores. O sujeito ativo é identificado na figura do fornecedor, sendo os consumidores sujeito passivo.

O delito se consuma no momento em que se faz a afirmação falsa ou enganosa, ou quando da omissão de informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços. Como se tratam de delitos instantâneos, consomem-se no momento em que é praticada a ação elementar do tipo.

O sentido do vocábulo “falsa” utilizado pelo CDC significa afirmação que não corresponda à realidade, enquanto que “enganosa” quer dizer afirmações as quais ludibriem o consumidor, jogos de palavras, enfim expedientes ardis. Em comparação grosseira, afirmação falsa estaria ligada a uma idéia de falsidade material, enquanto que, afirmação enganosa se assemelharia a falsidade ideológica.

No que toca a omissão de informações relevantes o legislador foi muito mais diligente, especificando exatamente o que pode ser considerado juridicamente relevante.

A doutrina se incumbiu do trabalho de conceituar e delimitar a extensão daqueles significados:

Por natureza dever-se-á entender a essência, os atributos, os elementos constitutivos do produto ou do serviço prestado.

A característica do produto ou do serviço é aquilo que o distingue são as suas propriedades.

Quantidade como ensinam os léxicos, provém do latim *quantitas* e é a qualidade do eu é suscetível de aumento ou diminuição, é a qualidade do que pode ser medido e enumerado. Quantidade do produto é o número, sua porção numérica.

Segurança é a ação ou o efeito de segurar, é o afastamento de todo o perigo. É a certeza, a infalibilidade, que preserva o produto ou serviço de eventuais riscos.

Desempenho é ação e efeito de desempenhar. Desempenhar é cumprir o papel, é resgatar. Desempenho do produto ou do serviço é a execução daquilo que havia sido prometido em publicidade ou em folhetos; é o cumprimento de obrigações ou compromissos assumidos.

Durabilidade (do latim *durabilitas*) é a qualidade do que é durável. Durável, que vem de *durabilis*, é aquilo que perdura no tempo, aquilo que é duradouro e que não é perecível em curto espaço de tempo.

Preço (do latim *pretium*) é o valor pecuniário de uma coisa, o dinheiro que se paga por ela, o custo da unidade de objeto vendível.

Garantia equivale a segurança, fiança, abonação, caução. Produto ou serviço garantido significa produto ou serviço que se garante, que se assegura. (COSTA JR., 2005, p. 36)

Para que se configure o crime previsto no artigo em discussão necessário que haja um liame entre a falsidade ou enganiosidade da afirmação e as informações que o legislador elencou como relevantes, ou seja, durabilidade, segurança, preço, qualidade, quantidade, desempenho ou garantia, caso contrário, se a omissão se referir a outro tipo de informação o fato será atípico.

O §1º do artigo 66 colocou como potencial sujeito ativo deste crime além do próprio fornecedor aquele quem patrocina a oferta.

O elemento subjetivo é o dolo genérico, necessitando a vontade do agente em patrocinar oferta falsa ou enganosa, ou omissa nas informações exigidas.

Para melhor ilustrar o que vem sendo esposado, transcreve-se um julgado do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo:

Tipifica o delito previsto no art. 66, §1º, da Lei 8.078/90, a conduta do agente que patrocina a oferta de produtos cosméticos que não contêm suas especificações exigidas por lei, omitindo, assim, informações relevantes sobre a natureza, característica, qualidade, segurança, desempenho e durabilidade destes produtos, sendo irrelevante a alegação de distração na conferência dos mesmos. (Ap. 896.375/7, 8ª Câmara, 24/11/1994, RJDTCr 24/78)

No §2º do artigo 66 é cominada a modalidade culposa do delito em tela, e por uma questão topográfica é admitida para todas as situações, inclusive para o patrocinador da oferta.

A pena para o fornecedor e para o patrocinador é de detenção de três meses a um ano e multa, enquanto que na modalidade culposa a pena é de detenção de um a seis meses ou multa.

5.7 Art. 67 – Fazer ou promover publicidade enganosa ou abusiva

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)

O tipo em análise contempla duas ações estampadas no verbo “fazer” e “promover”. Partindo-se desta premissa conclui-se que existem dois possíveis sujeitos ativos, o publicitário e o responsável pelo veículo publicitário, sendo que o primeiro faz a publicidade enquanto o segundo a promove.

O bem jurídico tutelado é a lisura das relações de consumo de forma primaz. Secundariamente é protegido o patrimônio, a saúde, segurança do consumidor.

Alguns defendem ainda a posição de que o crime de publicidade abusiva ou enganosa por ser pluriofensivo, o bem jurídico tutelado também seria a paz pública e o meio ambiente, como se depreende dos dizeres:

Na modalidade restante, de natureza igualmente pluriofensiva, busca-se combater a turbação efetiva da paz pública, evitando-se um sentimento generalizado de alarme, que venha a comprometer o sentimento de paz e tranqüilidade social. Procura-se ainda tutelar o meio ambiente, bem como a saúde e a integridade física, ou mesmo o patrimônio. (COSTA JR., 2005, p. 42)

O crime consuma-se no momento em que é feita ou promovida a publicidade abusiva ou enganosa, não necessitando a comprovação de dano efetivo, mas frise-se que no momento em que é veiculada a publicidade já se considera ocorridos os danos ao bem jurídico tutelado.

Imprescindível delimitar-se a semântica de publicidade enganosa ou abusiva, extraída do artigo 37 §§1º e 2º, do Código de Defesa do Consumidor:

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

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter 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.

§ 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, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

Quanto ao elemento subjetivo necessário a presença do dolo genérico, admitindo até mesmo, expressamente o dolo eventual, não prevendo o tipo em tela a modalidade culposa, como se denota dos ensinamentos de Passarelli (2002, p.76): “Quanto ao elemento subjetivo, observa-se a admissão tanto do dolo direto (retirado da expressão que sabe) quanto do dolo eventual (extraído da locução que deveria saber)”.

A pena é de detenção de três meses a um ano cumulado com pena pecuniária.

5.8 Art. 68 – Fazer ou promover publicidade capaz de induzir o consumidor a comportamentos prejudiciais ou perigosos

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)

Em verdade, o tipo penal em testilha, trata-se de especialidade em relação ao crime previsto no artigo 67, que é genérico. Para a caracterização do artigo 68 do CDC é necessário que além da confecção ou promoção da publicidade abusiva, esta induza o consumidor a comportamentos que atentem contra sua saúde ou segurança, caso contrário o crime se subsumirá na regra geral do artigo anterior.

Tem-se como bem jurídico tutelado principal a relação de consumo, e coadjuvante a proteção da saúde e segurança dos consumidores em geral.

No que terversa a questão do sujeitos ativos, do momento em que se consuma o crime e ao elemento subjetivo, estes são idênticos aos do artigo anterior, na medida em que como dito alhures, este delito trata-se de especialização daquele.

Um exemplo prático pode ser demonstrado:

Um exemplo da espécie de publicidade abusiva tratada no dispositivo legal em apreço pode ser retirado da obra de Luiz Antonio Rizzato Nunes. Consoante o autor, o IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, ingressou com ação civil pública visando tirar do ar propaganda do tênis Puma, da Vulcabrás, sob a alegação de que as estripulias apresentadas no anúncio – jovens saltando de avião sem pára-queda, caindo de pé na asa de outro avião, pulando nas ferragens de uma roda gigante, etc. – são mirabolantes e impossíveis de serem realizadas e perigosas para quem tentar imitá-las. (PASSARELLI, 2002, p. 78)

Entenda-se, portanto, que tais induções são apelativas, mirabolantes, fantásticas, situações em que movido pela confiança no produto impingida no consumidor pela publicidade em detrimento de sua vulnerabilidade, este se sinta inclinado a realizar igual façanha ou empreitada parecida, prejudicando desta forma sua saúde ou periclitando com sua vida.

Neste tipo penal é reconhecida toda a vulnerabilidade que é inerente ao consumidor, e o poder que a publicidade em massa possui, podendo formar opiniões ou mesmo induzir o consumidor a atentar contra a própria saúde ou segurança. Encontra correspondência no artigo 39, inciso IV do CDC:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

IV – prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços;

5.9 Art. 69 – Deixar de organizar dados que dão base à publicidade

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

Pena – detenção de um a seis meses ou multa.

O crime em comento pode ser classificado como omissivo, uma vez que para sua concretização necessário que o fornecedor deixe de organizar dados fáticos, técnicos e científicos que emprestam sustentabilidade à publicidade.

O bem jurídico tutelado, como em todos previstos no CDC, é a relação de consumo, e em segundo plano é a lisura da via publicitária.

Configura inclusive infração no Código de Ética dos publicitários, quando se veicula dados infundados:

O código de ética dos profissionais de propaganda estabelece ser imoral deturpar ou apresentar de maneira capciosa elementos de pesquisa ou estatísticas. Recomenda-se também que tais dados sejam utilizados como elemento fundamental de persuasão, mencionado sua fonte de origem (nº 16). (COSTA JR., 2005, p. 50)

O que se pretende é obrigar o fornecedor a pesquisar e por conseguinte comparar seu produto aos seus concorrentes no mercado, bem como evitar situações em que se tem poderio econômico e conquista mercado somente com base em publicidade infundada.

Por óbvio que este tipo é insuficiente para coibir esta prática, mas é neste sentido que ele trabalha, forçando o fornecedor a ser honesto quando da divulgação de seu produto, obrigando-o a colher dados para comprovar a qualidade do mesmo, e , indiretamente fomenta a melhora da qualidade dos produtos.

O sujeito ativo deste crime é o fornecedor, tendo em vista o que dispõe o parágrafo único do artigo 36 do CDC:

Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.

Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.

Parcela da doutrina entende de maneira diversa, como escreveu Costa Jr (2005, p.50): “O crime é próprio. Seus agentes são os publicitários, autores da publicidade assentada no vácuo”, posicionando-se no sentido de identificar o sujeito

ativo deste crime na figura do publicitário, contudo, melhor interpretação seria com base no próprio artigo 36 por uma questão de simetria legislativa.

O professor Filomeno (2000, p.253) demonstra outra visão da intenção do artigo, extraído de sua obra o trecho abaixo:

Em se tratando de publicidade, dispõe o parágrafo único do art. 36 que o fornecedor, na publicidade de seus produtos e serviços, manterá em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem. Isto porque, se necessário o ajuizamento de qualquer ação, quer no âmbito individual, quer no âmbito coletivo, em se tratando de publicidade enganosa ou abusiva (vide art. 37 e seus parágrafos) o judiciário terá melhores condições de aquilatar sobre a tendenciosidade ou não de dada publicidade, ou então os órgãos administrativos incumbidos de seu controle, sobretudo na área de saúde.

Respeitada opinião do autor, até mesmo porque foi o autor da parte penal do Código de Defesa do Consumidor e logicamente que provido de fundamento seus escritos, muito embora toda a autoridade no assunto, é sabido que a norma quando promulgada se desprende da vontade do legislador, abstraindo-se e tomando diferentes proporções ou não. De fato estes arquivos serviriam de subsídios para futura ação de indenização pela má veiculação de publicidade, mas, no entanto, entende-se que uma finalidade maior seria a proteção da lisura dos produtos, a proibição de utilização de dados falsos e ainda refletindo um valor que a sociedade cobra dos fornecedores, ou seja, honestidade com o consumidor em geral. De qualquer forma assiste razão também ao autor acima citado.

5.10 Art. 70 – Utilizar peças usadas sem autorização do consumidor

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.

O delito em evidência traz como elementares do tipo o verbo “empregar na reparação de produtos”, portanto, o âmbito de incidência deste crime fica adstrito nestas situações de prestadores de serviços efetuando consertos.

A prática mostra o freqüente conflito aparente de normas entre o artigo 70 do Código de Defesa do Consumidor, o artigo 175 do Código Penal e o artigo 171 também do Código Penal.

<p>Art. 70. Empregar na reparação de produtos, peça ou componentes de reposição usados, sem autorização do consumidor:</p>	<p>Fraude no comércio Art. 175. Enganar, no exercício de atividade comercial, o adquirente ou consumidor: I - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada; II - entregando uma mercadoria por outra: § 1º Alterar em obra que lhe é encomendada a qualidade ou o peso de metal ou substituir, no mesmo caso, pedra verdadeira por falsa ou por outra de menor valor; vender pedra falsa por verdadeira; vender, como precioso, metal de outra qualidade:</p>	<p>Estelionato Art. 171. Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:</p>
---	---	--

No que concerne o crime denominado fraude no comércio, a conduta se caracteriza como enganar o consumidor ou adquirente, vendendo mercadoria falsificada ou deteriorada como sendo perfeita ou verdadeira, ainda prevendo o parágrafo primeiro algumas situações de alterações em produtos específicos.

Em relação ao crime de estelionato, necessário que o agente obtenha para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante meio fraudulento.

O crime do artigo 70 do CDC é formal, por não se exigir evento danoso efetivo, basta que o agente empregue no conserto de produtos peça usada sem o consentimento do consumidor, não é necessário o elemento lúdico neste tipo, algo que distorça a realidade, ao contrário do que é observado na fraude no comércio e estelionato, ou seja, em ambos os crimes é preciso existir expediente fraudulento, artimanhas do agente capazes de confundir a vítima, mascarando uma realidade.

Outra diferença é que o artigo 70 do CDC é aplicável somente nas relações de consumo, enquanto que o crime de fraude no comércio abarca todas relações comerciais, mesmo aquelas em que não se verifique consumidor e fornecedor, haja vista que seu *caput* prevê o vocábulo “ adquirente”, e, o crime de estelionato encampa quaisquer relações, sendo genérico e de vasto alcance.

Um crime está contido no outro, portanto, para a correta subsunção no caso concreto é preciso percorrer o caminho do artigo 70 do CDC eliminando as hipóteses até chegar no crime de estelionato, que é subsidiário, face o princípio da especialidade.

O crime de fraude no comércio não se confunde por prever a fraude na venda de produtos, enquanto que o artigo 70 prevê situações de reparação dos produtos, não havendo maiores problemas entre os dois artigos, sendo mais drástica a diferenciação entre fraude no comércio e estelionato, o que se deixará de abordar por não ser pertinente ao trabalho, focando sempre da ótica do artigo 70 do CDC para os demais.

Para a diferenciação entre o artigo 70 do CDC e o artigo 171 do CP a atenção deve ser voltada antes de mais nada se há relação de consumo, caso não haja inaplicável o artigo 70, e, posteriormente se realmente houve a obtenção de vantagem ilícita, por ser elementar do tipo do crime de estelionato, e por fim necessário que se atente para a forma como ocorreu a reposição da peça usada, se houveram expedientes no sentido de confundir o consumidor, na medida em que se o próprio agente comunica que utilizou peças usadas ou se é notório que a peça não é nova o crime de estelionato não subsiste pela falta de elemento ardil ou meio fraudulento. O meio empregado deve ser apto a iludir o homem médio, não podendo ser grosseiro.

Neste caso prevaleceria a aplicação do artigo 70 do CDC, em suma, se na reposição de peças usadas sem consentimento do consumidor, se o meio empregado não é ardiloso ou fraudulento, ou até mesmo é confessado pelo agente, o crime não é de estelionato. Da mesma forma, se o fornecedor não obtiver vantagem ilícita nesta empreitada, o crime de estelionato também não se perfaz, da mesma maneira se não houver prejuízo à vítima.

Enfim, são sustentáveis os entendimentos de configuração do artigo 70 ou 171. Em defesa da possível aplicação do estelionato, fulcrado o argumento de que as situações previstas no artigo 70 referem-se àquelas em que somente haja a colocação de peças usadas sem consentimento, não experimentando prejuízos a vítima, sendo que se presentes todos elementos do tipo de estelionato, este deve ser aplicado, esta é a posição de Zanellato citado por Passarelli (2002, p.81). Todavia, posição mais segura e técnica, seria a de que configurada as elementares do tipo do artigo 70 do CDC, que seja indiciado, processado e condenado por este crime, face o princípio da especialidade, pois assim quis o legislador, retirando a necessidade de se provar o meio ardiloso ou fraudulento, a vantagem indevida, enfim, simplificando a configuração do crime devendo a persecução penal percorrer este trajeto, até mesmo porque este dispositivo penal mantém liame jurídico com o artigo 21 do CDC, provando mais uma vez a vontade consciente do legislador em tipificar esta conduta, que na verdade é uma espécie de estelionato, dentro do CDC, simplificando a caracterização do crime e cominando pena diversa da do estelionato, ou seja, entendeu o legislador que melhor solução seria retirar a generalidade do estelionato e aplicar o artigo 70 para tais situações, portanto, desta forma deve ser interpretado e aplicado.

Art. 21. No fornecimento de serviços que tenham por objetivo a reparação de qualquer produto considerar-se-á implícita a obrigação do fornecedor de empregar componentes de reposição originais adequados e novos, ou que mantenham as especificações técnicas do fabricante, salvo, quanto a estes últimos, autorização em contrário do consumidor.

Imagine que o artigo 70 exigisse os mesmos requisitos do artigo 171, não haveriam dúvidas acerca da aplicação do crime especial. No entanto, quando como dito anteriormente, o legislador simplifica a comprovação do crime, dúvidas cercam o intérprete. Segundo este entendimento, a obtenção de vantagem ilícita, o prejuízo alheio, e todas as conseqüências advindas da reposição de peça usada, são, na verdade, mero exaurimento do crime, dispensáveis para a caracterização do delito.

Com efeito, o artigo 21 dirime todas as dúvidas acerca do conflito de normas, na medida em que guarda relação com o artigo 70, demonstrando a intenção em se

manter um microsistema de proteção ao consumidor, não devendo, desta feita, o intérprete fugir desta realidade, contrariando o princípio da especialidade e a vontade da lei neste sentido.

Ainda existe parcela da doutrina que entende ser imprescindível a prova do dano efetivo mesmo no crime do artigo 70 do CDC, como por exemplo Costa Jr (2005) e Dotti apud Passarelli (2002), porém, contra-argumento fatal é que o tipo exige empregar sem consentimento peças usadas, não se exigindo resultado, trata-se de crime de mera conduta, como por exemplo a violação de domicílio, carecendo de sustentação jurídica esta corrente, já que o artigo 70 atende e satisfaz o princípio da taxatividade.

O sujeito ativo deste crime é o fornecedor e o sujeito passivo os consumidores em geral. O bem jurídico tutelado são as relações de consumo, e secundariamente o patrimônio dos consumidores, que pode ser diminuído por conduta ilícita.

O crime se consuma no momento em que se emprega peças usadas sem consentimento do consumidor, independentemente de dano efetivo. Chega a ser prolixo mas importante esclarecer que se houve acordo prévio entre fornecedor e consumidor o crime não se perfaz, legitimando a conduta.

O elemento subjetivo do dispositivo em questão é o dolo genérico, não havendo previsão culposa do crime, logo, deve haver vontade consciente de empregar peça usada.

A doutrina classifica o artigo 70 do Código de Defesa do Consumidor da seguinte forma:

Comum (quanto à legislação e à natureza), próprio (quanto ao sujeito ativo), de perigo (quanto à lesão do bem jurídico tutelado), de mera conduta (quanto ao resultado), comissivo (quanto à ação), principal (quanto à exigibilidade de consumação de outro crime), simples (quanto à estrutura do tipo), unissubsistente (quanto ao fracionamento do *iter criminis*), unissubjetivo (quanto ao número de sujeitos ativos), doloso (quanto ao elemento subjetivo), de ação única (quanto ao núcleo do tipo) e instantâneo (quanto à duração). (PASSARELLI, 2002, p. 84)

5.11 Art. 71 – Meios indevidos na cobrança de dívidas

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.

Trata-se de crime comissivo, e é exigido o dolo específico, uma vez que para sua consumação necessário o agente se valer de meios indevidos, elencados no artigo, para cobrar dívidas.

Tem estereótipo, grosso modo, parecido com o exercício arbitrário das próprias razões previsto no artigo 345 do Código Penal. Existe justa causa a princípio, contudo a forma de proceder do detentor do direito extrapola os limites aceitáveis pela sociedade, cometendo em regra um abuso de direito punível.

As condutas proibidas pelo legislador encontram-se descritas no próprio corpo do artigo, e ao final, deu abertura a outras situações quaisquer que sejam consideradas meios indevidos de cobrança pelo intérprete. Tentativa feliz de abarcar todas as situações de maneira inteligente, na medida em que seria um trabalho hercúlio elencar todas as hipóteses.

Como bem apontou Passarelli (2002), a conduta do agente é punida quando abusiva, quando se extrapola os limites do razoável, realçando a importância do vocábulo “injustificadamente” presente no artigo em comento, o qual indica que a inclusão do nome do consumidor inadimplente nos quadros de sistema de proteção do crédito (SPC, SERASA, etc.) equivale a exercício regular de um direito e meio idôneo de resguardo:

“O consumidor não pode se constrangido, indevidamente, ao pagamento de suas dívidas. Por essa razão, é válido o emprego do advérbio “injustificadamente” na letra da lei. Por ilustração, o constrangimento moral justificado em lei não é criminoso. Assim sendo, o fornecedor pode encaminhar o nome do consumidor inadimplente ao Cartório de Protestos ou ao Serviço de Proteção ao Crédito (SPC). Nestas hipóteses, obviamente não incorrerá em crimes. Pune-se na realidade, a natureza abusiva do procedimento empregado para a cobrança de dívidas. (op. cit., p. 86)

Da mesma opinião comunga o autor Filomeno (2000, p.269), como expôs em sua obra:

Trata-se, ainda, no que tange ao exercício regular do direito de cobrar, porquanto os comportamentos vedados são evidenciados pelo constrangimento vil e covarde, do tipo anormal, visto que muitas vezes se pode justificar a divulgação do nome do consumidor relapso ou inadimplente contumaz, mediante protesto de títulos e inserção de seu nome no cadastro de serviços de proteção ao crédito, não havendo como se evitar tal tipo de constrangimento, no caso admissível, porquanto derivado da própria lei (no caso de protestos em cartórios), ou da praxe e costumes comerciais (serviços de proteção ao crédito).

O advérbio *injustificadamente*, pois, tem por escopo resguardar o mencionado exercício regular do direito de cobrar, guardadas as limitações, por certo elencadas pelo próprio tipo, que exige sejam punidos os exageros ou abusos que ultrapassam os limites do referido exercício regular de direito.

O artigo 71 guarda íntima relação com o artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor, ambos os artigos protegem bens jurídicos semelhantes:

Art. 42 - Na cobrança de débitos o consumidor, o consumidor inadimplente não será exposto ao ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.

O bem jurídico tutelado é a relação de consumo e secundariamente a doutrina aponta a honra, a incolumidade física e psíquica do consumidor.

Acredita-se, no entanto, que o dispositivo atendeu a princípio constitucional, protegendo a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição da República, bem como previne que se exerça de forma brutal a autotutela, o que é bárbaro e remete há séculos atrás.

O sujeito ativo pode ser o fornecedor ou quem exercer tal função de cobrança, tendo como sujeito passivo o consumidor lesado. O crime se consuma no momento da cobrança por meios proibidos da dívida, não exigindo o artigo resultados danosos efetivos, por tratar-se de crime formal, a não ser no caso de afirmações falsas ou enganosas em que é necessário que tais dizeres inverídicos cheguem ao conhecimento de terceiros.

A doutrina classifica o artigo 71 do Código de Proteção do Consumidor do seguinte modo:

Crime comum (quanto à legislação e à natureza), próprio (quanto ao sujeito ativo), de perigo (quanto à lesão do bem jurídico tutelado), de mera conduta ou material (quanto ao resultado), comissivo (quanto à ação), principal (quanto à exigibilidade de consumação de outro crime), simples (quanto à estrutura do tipo), unissubsistente ou plurissubsistente (quanto ao fracionamento do *iter criminis*), unissubjetivo (quanto ao número de sujeitos ativos), doloso (quanto ao elemento subjetivo), de ação múltipla (quanto ao núcleo do tipo) e instantâneo (quanto à duração). (PASSARELLI, 2002, p.88)

5.12 Art. 72 – Direito de acesso à informação

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.

O dispositivo visa dar condições ao consumidor de obter informações acerca dos fatos que pesam contra sua pessoa, para que em querendo se redima, se defenda, ou tome outra providência que entender cabível.

O artigo prestigia o acesso livre à informação, garantia constitucional, a qual uma vez desrespeitada, tem como remédio o *habeas data*, execrando a obscuridade, o sigilo injusto, pois se o fornecedor tem o direito de se defender contra a inadimplência, o que é feito mediante as instituições protetoras do crédito, o consumidor também tem direito a saber o que consta destes arquivos.

Assim lecionou Filomeno (2000, p. 275) em sua obra já citada neste trabalho:

São notórios o dissabor e as grandes restrições e constrangimentos para qualquer consumidor que venha a ter seu nome incluído no temido SPC (serviço de proteção ao crédito), porquanto automaticamente todas as portas de crediários se lhe fecharão.

Como já salientado noutro passo, ao se comentar o delito capitulado pelo art. 71 do Código de Defesa do Consumidor, nada há de irregular nessa inclusão dos nomes dos maus pagadores, compreendendo-se perfeitamente também os fornecedores de produtos e serviços devem preservar-se contra tais atitudes.

Primeiramente, todavia, de salientar-se que todo negócio somente pode ser reputado bom, quando assim é considerado por ambas as partes

envolvidas. Tanto isso é verdade que, por uma questão de evidente justiça, prevê o art. 44 do Código do Consumidor a criação igualmente de um cadastro de maus fornecedores.

Em segundo lugar, ainda, de observar-se que apesar de redimido, não é justo que o nome do outrora mau consumidor-pagador fique constando dos cadastros do SPC sem negativação e, o que é pior, não possa saber o que realmente dali conste contra si para a devida correção mediante providência administrativa ou judicial competente. Daí porque o tipo de que ora se cuida, do art. 72 do Código do Consumidor utiliza verbos *impedir* ou *dificultar* o acesso do consumidor àquelas informações dos SPC ou outros bancos de dados com a mesma finalidade de resguardo dos fornecedores, quanto a prejuízos futuros ou 'calotes' dos maus pagadores. Trata-se de salutar preceito, por razões mais que óbvias além das já elencadas, o delito *meramente formal*, independentemente de qualquer resultado que possa advir em detrimento do consumidor, quer no seu patrimônio quer no que concerne ao seu conceito moral, caracterizando-se tal impedimento por qualquer atitude que obste referido acesso.

O sujeito ativo são os agentes que tenham a obrigação de repassar os dados, enquanto que o sujeito passivo deste delito são os consumidores que tenham interesse na obtenção dos dados a que se refere o artigo 72, e que se vejam impedidos ou dificultados nesta tarefa.

O elemento subjetivo é o dolo, devendo haver vontade livre e consciente em não fornecer os dados. O bem jurídico tutelado é a relação de consumo e secundariamente, como já dito acima, o direito à informação. Este artigo possui liame jurídico com o artigo 43 e parágrafos do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

§ 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos.

§ 2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele.

§ 3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas.

§ 4º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público.

§ 5º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores.

Importante também citar aqui a classificação doutrinária aplicada ao artigo 72 do Código de Defesa do Consumidor:

Delito comum (quanto à legislação e à natureza e quanto ao sujeito ativo), de perigo (quanto à lesão do bem jurídico tutelado), de mera conduta (quanto ao resultado), comissivo (quanto à ação), principal (quanto à exigibilidade de consumação de outro delito), simples (quanto à estrutura do tipo), unissubsistente (quanto ao fracionamento do *iter criminis*), unissubjetivo (quanto ao número de sujeitos ativos), doloso (quanto ao elemento subjetivo), de ação múltipla (quanto ao núcleo do tipo), e instantâneo (quanto à duração). (PASSARELLI, 2002, p.92)

5.13 Art. 73 – Correção de informações

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.

O crime em análise é corolário do artigo anterior, ou seja, visa, dentre outros objetivos, empregar o uso correto dos sistemas de proteção ao crédito ou quaisquer outros tipos de arquivos.

Também guarda ralação com o artigo 43 e parágrafos, acima transcritos, tutelando bens jurídicos parecidos, protegendo a correta informação, bem como a dignidade e o crédito ao consumidor:

O que se procura preservar, por certo, é a dignidade e o crédito do consumidor, porque, como notório, raros bens, sobretudo os de consumo duráveis podem prescindir de financiamento, sem falar-se em impedimento de abertura de contas bancárias, hospedagens em hotéis, passagens aéreas, etc. (FILOMENO, 2000, p. 276)

Figura como sujeito ativo deste crime o detentor e responsável pela manutenção da informação, enquanto que no pólo passivo figura o consumidor vítima da informação incorreta.

A conduta do agente para a configuração do crime em estudo, é omissiva, “deixar de corrigir”, anote-se ainda que existe um advérbio temporal expressado no vocábulo “imediatamente”, sendo que melhor interpretação foi dada por Filomeno (op. cit., p. 276), já que o Código não define o que significa esta palavra:

Como o tipo utiliza o advérbio *imediatamente* com vistas à correção dos dados inexatos, e o ainda § 3º do art. 43 fala em cinco dias úteis para que o responsável pelo banco de dados a comunique aos interessados, entendemos que se haverá de interpretar o prazo para a efetiva correção como sendo também de cinco dias úteis por uma questão de coerência mesmo porque ainda que a *negativação*, como se diz com relação a dados constantes de serviços de proteção ao crédito, por exemplo, possa ser feita com uma simples digitação, por certo haverá uma ordem de processamento dos dados. Trata-se mais uma vez de delito de perigo, porquanto, independentemente de qualquer resultado danoso – por exemplo o consumidor com seu nome não negativado não consegue fechar determinado negócio em decorrência do dado inexato – consuma-se pela simples constatação de que aquele não foi corrigido no prazo assinalado. É evidente que, se houver danos efetivos, serão objeto de indenizações cabais.

O delito ora em estudo, foi classificado da seguinte maneira pela doutrina:

Delito comum (quanto à legislação e à natureza), próprio (quanto ao sujeito ativo), de perigo (quanto à lesão do bem jurídico tutelado), de mera conduta (quanto ao resultado), omissivo próprio (quanto à ação), principal (quanto à exigibilidade de consumação de outro delito), simples (quanto à estrutura do tipo), unissubsistente (quanto ao fracionamento do *iter criminis*), unissubjetivo (quanto ao número de sujeitos ativos), doloso, abrangendo tanto o direto quanto o eventual (quanto ao elemento subjetivo), de ação única (quanto ao núcleo do tipo), e instantâneo (quanto à duração). (PASSARELLI, 2002, p.96)

5.14 Art. 74 – Termo de garantia devidamente preenchido

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.

O presente artigo visa atender ao disposto no artigo 50 e parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 50. A garantia contratual é complementar à legal e será conferida mediante termo escrito.

Parágrafo único. O termo de garantia ou equivalente deve ser padronizado e esclarecer, de maneira adequada, em que consiste a mesma garantia, bem como a forma, o prazo e o lugar em que pode ser exercitada e os ônus a cargo do consumidor, devendo ser-lhe entregue, devidamente preenchido pelo fornecedor, no ato do fornecimento, acompanhado de manual de instrução, de instalação e uso do produto em linguagem didática, com ilustrações.

Tem como escopo proteger o patrimônio do consumidor, obrigando o fornecedor a cumprir como se comprometeu e se justifica na medida em que a garantia serve para se evitar futuros desentendimentos entre consumidor e fornecedor, e, já que de livre vontade o fornecedor quis se vincular a essa responsabilidade, que então preencha com todas as especificações necessárias.

O sujeito ativo é o fornecedor e segundo Filomeno (2000, p.279): “[...] podendo ainda haver concurso de agentes por parte do comerciante do produto que aquiesce à atitude de seu fornecedor, entregando ao consumidor termo de garantia lacunoso.” O sujeito passivo é o consumidor o qual é destinatário do termo de garantia insuficiente.

A conduta do agente consiste em deixar de entregar termo de garantia devidamente preenchida e com especificação de seu conteúdo, logo por óbvio que se é entregue em branco, o crime está configurado. Se entregue preenchido de forma insatisfatória também se concretiza o delito, mas mister se faz a tarefa de se embasar juridicamente o que é satisfatório, que são obtidos da leitura do artigo 50 e parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor, devendo o fornecedor cumprir aqueles requisitos sob pena de subsunção do artigo 74 do CDC.

Sua classificação doutrinária se dá da seguinte maneira:

Delito comum (quanto à legislação e à natureza), próprio (quanto ao sujeito ativo), de perigo (quanto à lesão do bem jurídico tutelado), de mera conduta (quanto ao resultado), omissivo próprio (quanto à ação), principal (quanto à exigibilidade de consumação de outro delito), simples (quanto à estrutura do tipo), unissubsistente (quanto ao fracionamento do *iter criminis*),

unissubjetivo (quanto ao número de sujeitos ativos), doloso, abrangendo tanto o direto quanto o eventual (quanto ao elemento subjetivo), de ação única (quanto ao núcleo do tipo), e instantâneo (quanto à duração). (PASSARELLI, 2002, p. 102)

6 CONCLUSÃO

No presente trabalho de pesquisa foi destrinchado o retrospecto histórico da evolução das relações de consumo, desde a simples transação do escambo, passando pelas corporações de ofício, até o advento da Revolução Industrial a qual modificou a relação até então existente, para impingir nova ordem consumerista, dando a noção de relação de consumo moderna. Neste momento foi observada a grande mudança ocorrida no modo de pensar do fornecedor, se estruturando e se especializando cada vez mais no ramo de fornecer, surgindo inclusive alguns fundamentos de logística e recursos humanos nesta época, e por óbvio também acompanhado de todos estes fatores a produção em larga escala, não intervenção do consumidor no processo de fabricação, publicidade e outros elementos determinantes para a ocorrência do desnivelamento que se verificou nas relações de consumo, assim permanecendo por algumas décadas. Também foi feita digressão do histórico da evolução das relações de consumo especificamente no Brasil, tomando como parâmetro as antigas Constituições, inclusive a do Império, para aferir o grau de sensibilidade do legislador da época no que toca o assunto consumidor, concluindo que somente com o advento do Código de Defesa do Consumidor a relação de consumo foi novamente igualada, tendo em vista que em legislações anteriores, ora ainda se tratava a relação de consumo como aquela existente no período das corporações de ofício, ora o assunto foi regulamentado em legislações esparsas, como na lei de crimes contra a economia popular, resultando em uma incipiência legislativa, face os grandes anseios e vulnerabilidade da sociedade de consumo.

Em razão da apatia das leis esparsas em tentar dispor sobre assunto tão complexo e abrangente, foi ventilada a questão acerca dos benefícios da codificação, sendo que conclusão fatal foi a de que os benefícios são notórios. A opção pela codificação foi imprescindível para a revolução do direito corrente, e para extirpar os péssimos hábitos já sedimentados nas práticas comerciais. Concluiu-se também que, apesar da questão procedimental legislativa que gerou polêmica acerca da natureza do CDC, se é realmente um código ou não, por ter sido aprovado por um quorum

suficiente apenas para aprovação de Leis, não restam dúvidas que trata-se de típica codificação, por haver expresso mandamento constitucional e levando em conta a primazia da realidade, se feita a análise de sua sistemática.

Também foi feita conjectura acerca da necessidade da criminalização de condutas no âmbito do CDC, havendo posicionamentos de grande prestígio entendendo que o capítulo repressivo fere o princípio da intervenção mínima e que não seriam necessários face o caráter subsidiário do direito penal. Segundo tal corrente, dispensável o capítulo penal até mesmo porque a parte civil e administrativa do códex, são suficientes para empregar efetividade aos ditames ali insertos. Por outro lado, entendimentos não menos autorizados opinam pela necessidade do capítulo penal e não haver ofensa alguma às garantias individuais. A conclusão foi a de que mais plausível a argumentação dos que militam em favor do segundo entendimento, dada a fragilidade das relações de consumo, que facilmente são deturpadas, necessitando desta proteção, e principalmente face a independência das responsabilidades civil, administrativa e penal. O Autor concluiu também que além das funções típicas dos tipos penais, estes no caso do CDC, ainda têm o mister de proteger o consumidor, na condição de banco de dados público de informações, possibilitando a consulta sobre quem sofreu condenação penal por infringir normas do CDC.

A possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica foi amplamente debatida, foram trazidos à tona argumentos sustentáveis em defesa ou contra este tipo de punição. Em que pese toda a doutrina clássica e que tem razão em todas suas pontuações acerca deste assunto, a conclusão que se chegou foi pela viabilidade da responsabilização, pelo fato de que a pessoa jurídica nasceu para suportar riscos que o mundo oferece, e a responsabilização penal é risco do negócio empresarial, logo, equivaleria a se valer da própria torpeza afirmar que a pessoa jurídica não pode ser destinatária de sanções penais; também pelo fato de que a pessoa jurídica não é detentora de todas garantias fundamentais, portanto, uma vez que não possui vontade própria, nada mais lógico que atribuir responsabilidade a ela de acordo com a responsabilidade dos sócios, entendendo o autor pela viabilidade deste tipo de norma no ordenamento jurídico pátrio.

No que concerne aos tipos penais em espécie, previstos do artigo 62 ao artigo 74 do CDC, o Autor pretendeu atenuar as críticas dirigidas àqueles artigos, críticas muitas vezes carregadas sem embasamento jurídico conciso ou até mesmo de maneira confusa, como se observa nas reclamações acerca da suspensão condicional do processo e da transação penal, porém enfatizou-se que o tipo penal não guarda relação com estes institutos processuais penais, na verdade, merecedores de críticas, talvez, deveriam ser as benesses processuais, que tecnicamente são direitos públicos subjetivos de todas pessoas naturais.

Outra crítica corrente é verificada em relação à dosagem das penas, sendo que foi concluído que o legislador foi coerente e razoável, respeitando o princípio da proporcionalidade, demonstrando avanço e maturidade, por entender não ser a severidade da pena que inibirá a prática criminosa e muito menos cumprirá sua função social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALIGHIERI, D. **A divina comédia – inferno, purgatório e paraíso**. 5. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2003.

ALVES, A. A. **Código do Consumidor: dano moral**. 1999. 128 f. Monografia (Pós – Graduação) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente/SP.

ANDRADE, C. D. **Antologia poética**. 40. ed. Rio de Janeiro: Record, 1998.

ANDRADE, F. S. **Da codificação: crônica de um conceito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

BECCARIA, C. **Dos delitos e das penas**. 16. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004.

BOBBIO, N. **A era dos direitos**; Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 15^a. triagem. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

CINTRA, A. C. de C.; DINAMARCO, C. R., GRINOVER, A. P. **Teoria Geral do Processo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CONTIERI, T. A. **A questão da vulnerabilidade e hipossuficiência e as novas cláusulas abusivas no direito do consumidor**. 1999. 153 f. Monografia (Pós Graduação) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente/SP.

COSTA JR., P. J. **Crimes contra o consumidor**. 2. ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2005.

FILOMENO, J. G. B. **Manual de direitos do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

GRINOVER, A. P. **A marcha do processo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

GRINOVER, A. P. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

MORAES, A. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NUCCI, G. S. **Júri: Princípios Constitucionais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

NUCCI, G. S. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NUNES, R. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

PASSARELLI, E. **Dos crimes contra as relações de consumo** - Lei Federal n. 8.078/90 (CDC). São Paulo: Saraiva, 2002.

TORON, A. Z. **Direito Penal Empresarial**. São Paulo: Dialética, 1995.

VACCARO, M. A. **Origem e funções das escolas penais**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2004.