

ASPECTOS PENAIS DA PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR

ALBERTO ZACHARIAS TORON

Professor de Direito Penal da PUC-SP
Presidente do IBCCRIM e do CONEN-SP
Advogado criminalista em São Paulo

1. Introdução — 2. O significado da intervenção do Direito Penal — 3. Aspectos gerais das normas incriminadoras do Código do Consumidor — 4. Breve análise de alguns tipos penais — 5. Alguns aspectos da Lei 8.137/90.

1. Introdução

Há uma idéia segundo a qual o grau de civilidade de um povo também pode ser aferido em função da utilização maior ou menor do instrumental penal.¹ No caso brasileiro, muito embora amiúde proclame-se a necessidade de se adaptar e conduzir o País à modernidade, o que se verifica é o velho e crescente emprego do Direito Penal como instrumento de controle.

Não bastasse a Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072, de 25.7.90) — ela mesma por muitos considerada hedionda — a promulgação do “Estatuto da Criança” (Lei 8.069, de 13.7.90) e do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11.9.90), tivemos na virada do fecundo ano legislativo de 1990 o aparecimento da Lei 8.137. Esta, que já foi objeto de severas críticas porque, entre outras razões, no seu art. 18, determinou a renumeração do Código Penal a partir do art. 163, teve o “mérito” de ser a primeira lei especial de um código que

ainda não havia entrado em vigor. Vale o registro de que a Lei 8.176, de 8.2.91, no seu art. 6.º, revogou o art. 18 da Lei 8.137/90.

Perplexidade à parte, o Código do Consumidor que entrou em vigor no dia 11.3.91 já estava parcialmente derogado pela Lei 8.137/90 que, além dos crimes contra a ordem tributária e econômica, também definiu os delitos contra as relações do consumo.

O cipoal de normas penais, umas se sobrepondo às outras no tempo, não só propicia a confusão entre os operadores do sistema (juízes, promotores, advogados, delegados de polícia, professores etc.) e os seus destinatários, como também deixa claro a ausência de uma política criminal cientificamente pensada. O legislador, ao que parece, caminha a reboque dos acontecimentos, ensejando inúmeras iniquidades nas diferentes disposições penais.²

2. Por todos, vale a leitura do eloquente artigo do ex-Min. Saulo Ramos: “Mata, mas não beija” (publicado na *Folha de S. Paulo*, ed. de 4.11.90, p. 3) e, também, do trabalho do prof. Damásio de Jesus, “Anotações à Lei 8.072/90 (Crimes Hediondos)”, publicado no *Livro de Estudos Jurídicos*, Rio, Instituto de Estudos Jurídicos, 1990, p. 27.

1. Nesse sentido: Túlio Grimaldi, em “*Trasformazioni sociali e tutela penale*”, *Funzioni e Limiti del Diritto Penale*, Pádua, Cedam, 1984, p. 187.

2. O significado da intervenção do direito penal

O Brasil, que é “reconhecido pelos próprios brasileiros como um País onde 1m. de tecido pode ter apenas 90 cm, o quilo de feijão é vendido com 950 g, o café é torrado junto com palha e vende-se um pedaço de patinho como se fosse filé”,³ clamava mesmo pela adoção de medidas que visassem ao fim dos abusos que ainda ocorrem. Não que houvesse, por inteiro, um vazio em matéria legal. É certo que tanto o Direito Civil quanto o Penal contemplavam situação de molde, no primeiro caso, a permitir a satisfação do prejuízo e, no segundo, a reprimir as formas mais graves e danosas de comportamentos ilícitos. Mas, igualmente correto é o entendimento de que no plano civil, principalmente, vivia-se o angustiante problema da dificuldade de acesso ao Judiciário e, mais que isso, o da própria lentidão na prestação jurisdicional. Do ponto de vista criminal, fundamentalmente, sentia-se a carência de novos tipos incriminadores.

Nessa conformidade, o mais alto ponto de ressonância da aspiração relativa à proteção aos direitos do consumidor está na própria Constituição Federal, onde seu art. 5.º, XXXII, estabelece que o “Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, e, o n. V do art. 170, proclama esta mesma defesa como princípio a ser observado pela ordem econômica.

Assim, dando consequência e eficácia ao comando constitucional, o CDC, dotado de normas da mais variada natureza (civil, comercial, administrativa, penal e processual), procura tutelar os direitos do consumidor. Segundo o então Dep. Geraldo Alckmin (PSDB-SP), membro da Comissão Mista do Congresso que elaborou o Código, “esse

é o mais completo instrumento de que o consumidor brasileiro já dispôs para protegê-lo”.⁴

Do ponto de vista penal, no entanto, a tutela dos interesses do consumidor, com as modificações e complementos dados agora pela Lei 8.137/90, reflete, em grande medida, aquela visão ingênua e mágica, de que fala o Prof. Norberto Spolansky, da Universidade de Buenos Aires, segundo a qual “com o direito Penal se pode resolver todo tipo de problema, desde a proteção da vida até a solução da inflação”.⁵

Ademais, algumas das condutas incriminadas provocam o ofuscamento do princípio que preconiza a adoção de “mecanismos alternativos de resolução de conflitos de consumo”, tal como inscrito no art. 4.º, V, do CDC. Mais grave, ainda, é a percepção de que muitas condutas criminalizadas ou bem poderiam ser alvo de controle administrativo ou bem resolvíveis no âmbito da transação civil.

A elevada quantidade de leis penais denunciada por tantos e em reiteradas oportunidades,⁶ demonstra cabalmente que o princípio da intervenção mínima, segundo o qual deve-se reservar as sanções penais para os casos mais graves⁷ é, no mínimo, ignorado. Aliás,

4. Idem, *ibidem*.

5. Norberto Spolansky, “O delito de posse de entorpecentes e as ações privadas dos homens”, trad. Miguel Reale Jr., *Cadernos de Advocacia Criminal*, 1/102, Porto Alegre, ed. Sérgio Antonio Fabris, 1988.

6. Por todos: v. de René Ariel Dotti “O outro lado do colarinho branco”, em *Direito Penal dos Negócios*, S. Paulo, AASP, s/d, pp. 24 e 25; ou, do mesmo autor, *Bases e Alternativas para o Sistema de Penas*, S. Paulo, Saraiva, 1980, pp. 23, 28 e 185.

7. Como exaustivamente se tem registrado na doutrina: “La gravedad del control penal, es decir el modo tan directo y personal de ejercicio de la violencia estatal que él significa, impone que sólo se lo considere como

3. Revista *Veja*, de 4.7.90, p. 24.

como já salientei em trabalho anterior, “parece intuitivo que um sistema sobre-carregado, ao menos para não perder sua funcionalidade, deva restringir seu alcance aos delitos de maior gravidade”. Mesmo porque, parafraseando Hulsman, “há uma enorme diferença entre a capacidade do sistema e as tarefas que lhe são atribuídas”.⁸

Caberia aqui repetir a sábia advertência do Prof. italiano Franco Bricola, hoje na Universidade de Roma, para o fato de que “o caráter subsidiário do Direito Penal é utilizado mais como *slogan* do que como projeto real”.⁹

A propósito, ainda na esteira da lição de Bricola, é bom salientar que: “a tutela extrapenal e administrativa em particular pode oferecer, em determinadas situações, garantia de maior tempe-

última instancia. El carácter fragmentario apunta justamente al hecho de que dada la gravedad del control penal no es posible utilizarlo siempre, sino frente a determinados hechos muy específicos y de cierta significación en la vida social” (Juan Bustos Ramirez, *Introducción al Derecho Penal*, Bogotá, Temis, 1986, p. 26). Hans Welzel assinala que: “Cuando las disposiciones penales constroen casi todas las actividades vitales, cuando hasta los actos de defensa de la existencia pueden ser punibles, entonces el Derecho Penal padece de exceso de punición” (*Derecho Penal Alemán — Parte General*, 12.ª ed., Santiago do Chile, Ed. Jurídica de Chile, 1987, p. 17). No mesmo sentido, entre muitos outros autores: S. Mir Puig, *Derecho Penal — Parte General*, Barcelona, PPU, 1985, p. 74; Jescheck, *Tratado de Derecho Penal — Parte General*, trad. de F. Muñoz Conde e S. Mir Puig, Barcelona, Bosch, 1981, p. 73. Entre nós por todos, Francisco de Assis Toledo, *Princípios Básicos de Direito Penal*, 3.ª ed., S. Paulo, Saraiva, 1987, pp. 5 e 7.

8. A. Z. Toron, “Sobre o juizado especial de pequenas causas em matéria penal”, *RT* 638/396.

9. Franco Bricola, “Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela”, *Funzioni e Limiti del Diritto Penale*, cit., p. 22.

tividade e certeza de atuação e, portanto, demonstrar-se mais idônea sob o aspecto da prevenção geral...”.¹⁰ E, com Hungria, a advertência de que o “Estado só deve recorrer à pena quando a conservação da ordem jurídica não se possa obter com outros meios de reação, isto é, com os meios próprios do Direito Civil (ou de outro ramo do Direito que não o penal)”.¹¹ Até porque, “somente quando a sanção civil se apresentar ineficaz para a reintegração da ordem jurídica, é que surge a necessidade de enérgica sanção penal”.¹²

Como procurarei demonstrar, a grande maioria das figuras delitivas descritas na Lei 8.078/90, ou são desnecessárias ou, pior que isto, além de violarem garantias constitucionais e princípios da Ciência Penal, podem significar um entrave na solução daquilo que se chamou conflito de consumo. Sob o plano do simbólico, e também do pragmático, a tendência restritiva atuante a nível repressivo não é facilmente harmonizável com a outra parte do discurso, aquela permissiva, inovadora, que procura caminhos alternativos, a qual resultará frustrada ante os fatos sob a influência que a orientação repressiva exercita.¹³

Não é que se queira dar proteção ao que o Prof. René Ariel Dotti chamou de “delinquência dos respeitáveis”,¹⁴ trata-se, isto sim, de alertar para a circuns-

10. Idem, p. 19.

11. Nelson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, 4.ª ed., v. VII/173, n. 74, Rio, Forense, 1980.

12. Idem, p. 178. No mesmo sentido é o entendimento do Prof. Frederico Marques no seu *Tratado de Direito Penal*, 2.ª ed., v. I/2, S. Paulo, Saraiva, 1984.

13. Assim, Giuseppe Mosconi, embora referindo-se às penas alternativas no contexto do sistema penal, no ensaio “Bene giuridico e silenzio del sociale. Proposte d'intervento”, *Funzioni e Limiti...* cit., p. 182.

14. René Ariel Dotti, *Direito Penal dos Negócios*, ob. cit., p. 15.

tância de que nem sempre o instrumento mais draconiano (no caso, o Direito Penal) é, por paradoxal que possa parecer, capaz de afastar condutas tidas como indesejáveis.

Não raro, os partidários da visão “ingênua e mágica” do Direito Penal acabam, pelo efeito perverso da infração penalística, experimentando o amargo sabor da ineficácia deste instrumento, seja pela lentidão do aparato policial e do Judiciário, ou por qualquer outro motivo.

O pior, o mais grave, contudo, está no fato de que, por tratar das relações do cotidiano (que vão da compra do pão e leite até a prestação de serviços por profissionais liberais), o Código de Defesa do Consumidor pode criar, a exemplo do que se verificou nos diferentes planos cruzados e no incio do governo Collor, um permanente clima policialesco de “denúncias” e mais “denúncias” de crimes praticados por fornecedores, vendedores em geral ou prestadores de serviços.

Num quadro marcado pelo alarma social, sustentado por leis repressivas, a modernidade representada pela utilização do Direito Administrativo como instrumento de controle, com a consequente reafirmação do caráter subsidiário do Direito Penal, no Brasil, ficará afastada pelo erigimento de uma espécie de regime “democrático-policial”.

3. Aspectos gerais das normas incriminadoras do Código do Consumidor

As considerações precedentes não têm o condão de querer, por inteiro, afastar o Direito Penal das relações de consumo, tal como pretendeu José Francisco Palopoli Jr., assessor jurídico da Federação do Comércio do Estado de São

Paulo.¹⁵ Prestam-se unicamente a mostrar a necessária limitação que se deve impor à utilização deste meio de controle.

Com o Prof. Klaus Tiedemann, penso que “o Direito Penal não tem na atualidade, como missão, a de conformar a ordem econômica. Pelo contrário e como princípio, unicamente, ratifica uma ordem extrapenal e colabora assim para sua efetividade”. No âmbito da economia, arremata o Prof. Tiedemann, que é Diretor do Instituto de Criminologia e Direito Penal Econômico da Universidade de Friburgo de Brisgóvia, “o Direito Penal resulta ser secundário e acessório”.¹⁶

Admitindo-se nessa exata medida a legítima utilização do Direito Penal, é evidente que, ainda assim, seu emprego deve observar os princípios e as garantias constitucionais que o regem.

A primeira e, talvez, a mais importante garantia do Direito Penal, é a de que — como corolário do princípio da legalidade¹⁷ — suas normas sejam sempre estritas e plenamente determinadas, devendo, como alerta o Prof. Paulo Bessa (PUC-RJ), “descrever precisamente as condutas proibidas pela ordem

16. Klaus Tiedemann, *Poder Económico y Delito*, trad. Amélia Mantilha Villegas, Barcelona, Ed. Ariel, 1985, p. 21.

17. O Min. e Prof. Luiz Vicente Cernicchiaro, no *Direito Penal na Constituição*, atenta que o princípio da reserva legal “não se pactua com garantia meramente formal. Insuficiente apenas a lei anterior à conduta. Impõe-se descrição específica, individualizadora do comportamento delituoso... Uma lei amplamente genérica, seria suficiente para, respeitando o princípio da legalidade, definir-se como delito qualquer prejuízo ao patrimônio ou a outro bem jurídico. Não estaria, porém, resguardado o princípio da legalidade” (ob. cit., S. Paulo, Ed. RT, 1990, p. 14). No mesmo sentido o Min. e Prof. Francisco de Assis Toledo no consagrado *Princípios Básicos de Direito Penal*, 3.ª ed., n. 24, Saraiva, 1987, p. 28.

15. *Folha de S. Paulo*, 30.5.90, no artigo de Pedro Del Picchia intitulado: “Empresários consideram Código de Defesa do Consumidor muito severo”.

jurídica”¹⁸. “Máxime em matéria econômica, pois o cálculo dos riscos jurídicos adquire especial importância onde o empresário privado deve atuar com base no seu próprio risco financeiro e pessoal”¹⁹.

Santiago Mir Puig, Professor da Universidade de Barcelona, registra que desde a Revolução Francesa se considera necessário delimitar com a máxima clareza possível as condutas que se podem considerar constitutivas de delito.²⁰ Já o saudoso Prof. Heleno Fragoso, com apoio na lição de Soler, reavivava que: “a só existência de lei prévia não basta; esta lei (a penal) deve reunir certos caracteres, deve ser concretamente definitiva de uma ação, deve traçar uma figura cerrada em si mesma, por força da qual se conheça não somente qual é a conduta compreendida, senão também qual é a ação não compreendida”. E conclui: “A incriminação vaga e indeterminada faz com que, em realidade, não haja lei definindo como delituosa certa conduta, pois entrega, em última análise, a identificação do fato punível ao arbítrio do julgador”²¹.

Todavia, não é somente sob o aspecto da garantia que se deve observar o primado da *lex certa*. O Prof. Claus Roxin, da Universidade de Munique, explica, do ponto de vista da sociedade, que as normas penais, se não forem certas e determinadas, não cumprirão seu papel de prevenção geral, porquanto “não poderiam nem cunhar a consciência jurídica dos cidadãos, nem evitar

que estes se apartem do delito ante a cominação penal”²².

Pois bem. Alguns tipos penais descritos pelo Código de Defesa do Consumidor são manifestamente abertos e indeterminados, p. ex., arts. 67 (quando se refere à propaganda abusiva — art. 37, § 2.º) e 68.

Do ponto de vista penal, o Código de Defesa do Consumidor chega mesmo, paradoxalmente, a violar o princípio da legalidade por meio da própria lei.²³ E tudo em manifesto desalinho com as recomendações do XIII Congresso Internacional do Direito Penal sobre: “O conceito e os princípios fundamentais do Direito Penal Econômico e da Empresa”, celebrado no Cairo em 1981. Com efeito, a 7.ª recomendação expressa o seguinte: “No Direito Penal Econômico e da Empresa deveriam evitar-se no que for possível, as cláusulas genéricas. Ali onde resulte necessário o emprego de cláusulas genéricas, estas deverão interpretar-se restritivamente. As condutas proibidas devem ser descritas com precisão”²⁴.

O princípio da absorção, segundo o qual o delito mais grave absorve o

22. Claus Roxin, *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal*, trad. Luiz Arroyo Zapatero e J. L. Gomes Colommer, Barcelona, Ariel, p. 36. No mesmo sentido é o escólio do Prof. W. Hassemer para quem a lei certa é lei do efeito seguro, sendo esta a natural esperança de qualquer legislador (cf. *Fundamentos del Derecho Penal*, trad. F. Muñoz Conde e L. A. Zapatero, Barcelona, Bosch, 1984, § 24, p. 314).

23. No sentido do enfraquecimento do “significado essencial” do princípio da reserva legal, v. o trabalho do Prof. Vives Antón, “Problemas constitucionales de la prevención y represión del tráfico de drogas tóxicas y estupefacientes”, inserto na coletânea, *Delitos contra la Salud Pública*, Valência, Ed. Universidade de Valência, 1977, p. 549-552.

24. *Apud* Klaus Tiedemann, *Poder Económico y Delito*, cit., p. 184.

18. Paulo Bessa, *Curso de Direito Ambiental*, Rio, Renovar, 1990, p. 51.

19. Klaus Tiedemann, *Poder Económico y Delito*, cit., p. 23.

20. Santiago Mir Puig, *Derecho Penal*, 2.ª ed., Barcelona, Ed. PPU, 1985, p. 26.

21. Heleno Cláudio Fragoso, “Notas sobre o princípio da reserva legal”, *Revista de Direito Penal* 1/86, Rio, Borsó, jan.-mar./71.

menos grave, principalmente quando este é meio para aquele, porque guarda uma relação direta de consequencialidade, fica arranhado quando o legislador, no art. 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 (art. 70 do CP) segundo a qual quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de 1/6 até a metade.

Por outro lado, a rigor, as disposições contidas nos arts. 72 e 74 do diploma em exame não carecem de sanção penal. Veja-se que a conduta incriminada no art. 72, a teor do disposto no art. 43, § 4.º, do mesmo "Código", pode sofrer neutralização com a impetração do *habeas corpus*. Ainda que se queira reprimi-la com sanções, bastava que o juiz, ao conceder a ordem, como efeito secundário da decisão, a exemplo do que, em parte, está previsto no *habeas corpus* (art. 653 do CPP) impusesse, além do dever de indenizar o impetrante pelos eventuais danos e custas processuais, uma multa.²⁵ Mais fácil ainda, seria a imposição autônoma de multa administrativa para coibir o comportamento daquele que impede ou dificulta o acesso do consumidor às informações ou dados constantes de cadastro, banco de dados etc.

De qualquer modo, a intensidade da resposta penal (6 meses de detenção no patamar mínimo) não faz sentido. Principalmente quando se coteja esta con-

duta com a descrita no art. 64, que é, à evidência, muito mais grave. Mesmo porque esta pode atingir e sacrificar um contingente apreciável de pessoas.

O conteúdo da norma inscrita no art. 74, sem quaisquer outras considerações, poderia, facilmente, ser alvo de disposição civil, segundo a qual a inadequação do preenchimento do termo de garantia deve, quanto ao conteúdo, ser presumida em favor do consumidor. Dessa forma, o comportamento do fornecedor "esperto", de saída, ficaria neutralizado e, o que é mais grave, com o risco de poder significar responsabilidade à maior. No mais, é cediço que o termo de garantia, ainda que em branco, ao lado da nota fiscal de venda ao consumidor sempre opera efeitos.

Aqui, novamente, cabe insistir com o fato de que a multa administrativa atuaria com maior tempestividade e eficácia.

Por fim, resta analisar a delicada questão da responsabilidade penal para os casos definidos no "Código". Sim, porque os demais, conquanto ligados ao consumo, deverão reger-se pelos diplomas que os regulam, por expressa determinação do art. 61.

Hoje em dia, há uma tendência para, não raro em detrimento do princípio da responsabilidade pessoal, que rege o Direito Penal,²⁶ alcançar-se o diretor, administrador ou gerente da pessoa jurídica.²⁷

O art. 75 do "Código" repete a regra do art. 29 do CP quanto ao concurso de agentes, isto é, "quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua

25. Sobre os efeitos secundários da decisão concessiva de *habeas corpus*, com este mesmo título, v. o trabalho do Prof. David Teixeira de Azevedo, em *Cadernos de Advocacia Criminal*, cit., pp. 137-142.

26. Entre muitos outros, v. a já citada obra do Prof. Vicente Cernicchiaro, *Direito Penal na Constituição*, pp. 71-78 e do Prof. Francisco de Assis Toledo, *Princípios...*, cit., pp. 205 e ss.

27. Nesse sentido, Prof. Manoel Pedro Pimentel, *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*, S. Paulo, Ed. RT, 1987, p. 172.

culpabilidade". Em seguida o legislador utiliza-se da expressão, bem como o diretor, administrador ou gerente da pessoa jurídica que promover, permitir ou por qualquer modo aprovar o fornecimento, oferta, exposição à venda ou manutenção em depósito de produtos ou a oferta e prestação de serviços nas condições por ele proibidas.

Tal composição da regra do concurso se, de um lado, reafirma o clássico postulado da responsabilidade pessoal, de outro, isto é, na segunda parte, abre espaço para a responsabilidade objetiva, caso não se realize uma interpretação restritiva do preceito.

Sobre o tema, porém, o art. 11 da Lei 8.137/90, regulando a matéria do concurso de agentes, revogou a segunda parte do art. 75 do "Código", pois, salvo a inclusão da expressão "por meio da pessoa jurídica", limita-se a repetir o disposto no art. 29 do CP. Eis a norma: "Quem, de qualquer modo, inclusive por meio de pessoa jurídica, concorre para os crimes definidos nesta lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida de sua culpabilidade".

A não se entender que esta norma revogou a inscrita no art. 75 do "Código", teremos o absurdo de ver o tema submetido a regimes diferentes em crimes da mesma natureza. Portanto, em matéria de concurso de agentes, a norma a ser observada, que inclusive mais se afina com a sistemática do CP, é a contida no art. 11 da Lei 8.137/90.

4. Breve análise de alguns tipos penais

O art. 65 da Lei 8.078/90 incrimina a seguinte conduta: "Executar serviços de alto grau de periculosidade, contrariando determinação de autoridade competente".

Pelo teor do preceito não se sabe se o referido "alto grau de periculosidade" está ligado à proteção da pessoa que executa o serviço, à do transeunte que

passa pela via, ou à do futuro adquirente do serviço ou produto entregue.

A determinação do que se resguarda é importante, pois se ata ao bem jurídico tutelado, isto é, à preservação da incolumidade do trabalhador ou do cidadão que atravessa a rua ou, por fim, garantir a qualidade de determinado produto ou serviço. A norma é muito vaga, até porque não dá nenhum contorno e, tampouco, faz remissão ao que entende por alto grau de periculosidade. De qualquer modo, por se inserir num Código do Consumidor, é de se convir que tutela bem ou serviço destinado ao consumo.

Mais grave, porém, é que, pela sua redação, cria-se a possibilidade de se desrespeitar a determinação legal. É que se reprova unicamente a contrariedade à determinação da autoridade competente. Paradoxalmente, pode-se o mais (desrespeitar a determinação legal), e não o menos (desrespeitar o comando da autoridade).

Já o art. 66, para que o consumidor não saia lesado no campo das relações de consumo no que concerne ao seu direito à informação, procura protegê-lo das "artimanhas" do vendedor.

Como bem observa o Prof. Paulo José da Costa Júnior, em seus *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*, acerca da objetividade jurídica deste dispositivo legal, "Busca-se assegurar, antes de mais nada, a veracidade, tutelando-se o consumidor da falsidade e do engano (...) Objetiva finalmente a figura assegurar a lisura nas relações de consumo" (ob. cit., Ed. Saraiva, S. Paulo, 1991, p. 231).

Ocorre que a regra tem ensejado não poucas arbitrariedades quando se vê seu emprego em situações duvidosas, tais como as geradas pelos acréscimos decorrentes do pagamento com cartão de crédito. Nestes casos, mesmo que o consumidor fosse avisado previamente

da diferença a ser paga, houve a tentativa de se enquadrar o vendedor como infrator do art. 66.²⁸

De outra parte não se pode olvidar que a figura típica em foco contempla hipótese omissiva em concurso com a culpa em sentido estrito. Todavia, no delito omissivo próprio não pode haver modalidade culposa.

Sim, porque é indiscutível que o tipo penal em questão descreve uma conduta omissiva pura em que o agente não faz o que a lei determina. Neste caso, omitir informações relevantes sobre produto destinado a consumo.

Seguindo esta linha de raciocínio, também é certo afirmar que se trata de crime de mera conduta, uma vez que é punível independente da verificação de um resultado. Ou seja: somente o fato do fornecedor, vendedor ou prestador de serviço omitir informação relevante é suficiente para que se enquadre a conduta no tipo previsto pelo art. 66, *caput*, da legislação em foco, mesmo que para o consumidor não acarrete nenhum prejuízo.

Sobre o tema, o saudoso Prof. Manoel Pedro Pimentel, cujas luzes ainda nos iluminam, explica: “Segundo entendemos, os crimes omissivos próprios são sempre de mera conduta, enquanto que os crimes omissivos impróprios (comissivos por omissão) são sempre crimes materiais. Nos primeiros o resultado nunca integra o tipo, e, nos segundos, o resultado é sempre essencial para a existência do delito” (*O Crime e a Pena na Atualidade*”, S. Paulo, Ed. RT, 1983, p. 116).

Dessa forma, como ainda bem observa o mesmo Professor em artigo publicado na RT 661/149, intitulado “Aspectos Penais do Código de Defesa do Consumidor”, em sendo crime de mera conduta, impossível admitir-se que seja

praticado por negligência, imprudência ou imperícia: “Tratando-se de crimes omissivos puros, crimes de mera conduta, portanto, parece-me que a previsão feita no § 2.º — ‘Se o crime é culposos’ — não tem cabimento. A melhor doutrina ensina que não existem crimes de mera conduta culposos. Em outra oportunidade escrevemos: ‘Em face dessas considerações, é difícil admitir a possibilidade de serem reconhecidos crimes culposos de mera conduta. Parece-nos que a modalidade culposa exige pelo menos um perigo concreto — que já deve ser entendido como resultado — e, assim, não existirá nos crimes em que a ação ou a omissão constituem o único elemento determinante da incriminação.’” (*Crimes de Mera Conduta*, 3.ª ed., S. Paulo, Ed. RT, 1975, p. 96).”

O art. 67 do Código em exame cuida do importante tema ligado à publicidade enganosa ou abusiva.

Define o próprio Código a publicidade enganosa como sendo “qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer modo, mesmo por omissão (grifei), capaz de gerar dúvidas ou induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedade, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços” (art. 37, § 1.º, da Lei 8.078/90).

A definição oferecida pelo legislador do que seja publicidade enganosa acaba por tornar a figura incriminadora descrita no art. 67 muito vaga e ampla, pois ao congrega, além dos aspectos que explicita (características, qualidade...), “quaisquer outros dados sobre produtos e serviços” como componente do tipo, abre espaço para uma interpretação elástica. Além do mais, pode ocorrer que os “outros dados” referidos não tenham potencialidade para enganar. Então, o tipo perde sua objetividade jurídica.

28. Sobre o tema, consultar RT 701/259, “Pagamento com cartão de crédito não torna ilícita a majoração no preço do produto”.

O mesmo e com maior realce vale para a propaganda abusiva. Sim, porque o art. 37, § 2.º, do CDC define-a da seguinte maneira: “É abusiva, dentre outras (grifei), a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite a violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais (grifei), ou seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.”

Toda publicidade é discriminatória no sentido de destacar o produto ou serviço que veicula, por isso, ainda que pareça óbvio, deveria estar expresso no art. 37, § 2.º, do código, que a discriminação proibida é a de sexo, religião, cor, raça ou outra análoga.

A lei fala, ainda, sem a menor explicitação, no desrespeito a valores ambientais. Que valores são esses?

Causa estranheza a dupla incriminação da propaganda que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança, classificada como abusiva (art. 67, c/c o art. 37, § 2.º, parte final) e, novamente, a título autônomo, a mesma descrição típica é encontrada no art. 68, porém, com pena maior.

De outra parte, causa perplexidade o fato de o art. 67 do diploma em tela cominar idêntica resposta penal, tanto no proceder daquele que sabe ser a publicidade enganosa ou abusiva e, portanto, age com dolo, bem como àquele que deveria saber da condição da propaganda e, assim, age com culpa em sentido estrito.

Esta observação foi feita pelo Prof. Miguel Reale Jr., em recente e memorável palestra na AASP e tem como significado o tratamento paritário de ações cuja esfera subjetiva do proceder é manifestamente diferenciada. Para usar

um argumento *ad terrorem*, seria o mesmo que punir indistintamente o homicida que agiu com dolo e o que procedeu com culpa.

O quadro relativo à incriminação da propaganda ampliou-se um pouco com o advento da Lei 8.137/90, pois o art. 7.º, VII, cuidou de tipificar a seguinte conduta: “Induzir o consumidor ou usuário a erro, por via de indicação ou afirmação falsa ou enganosa sobre a natureza, qualidade de bem ou serviço, utilizando-se de qualquer meio, inclusive a veiculação ou divulgação publicitária”.

Pois bem, como a publicidade enganosa é: art. 37, § 1.º do CDC: “...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”.

Resta concluir que os casos em que o consumidor é efetivamente induzido a erro mediante publicidade enganosa, que incida sobre a natureza e a qualidade do bem ou serviço, serão regulados pelo art. 7.º, VII, da Lei 8.137/90, cujas penas oscilam dentre o mínimo de 2 e o máximo de 5 anos de detenção ou multa. Se o engano é meramente potencial, incide a disposição do Código de Defesa do Consumidor, que tem penas mais brandas (detenção de 3 meses a 1 ano). Na primeira hipótese (Lei 8.137/90) temos um crime material que admite a tentativa e na segunda (Código do Consumidor) um crime formal que não a admite.

Fica, outrossim, o registro da possibilidade de tratamento punitivo muito diferenciado para condutas assemelhadas.

Nesse delicado tema colhe-se a impressão que a matéria relativa à publicidade enganosa foi tratada com melhor técnica no anteprojeto da Parte Especial do Código Penal. No parágrafo único do art. 184 tipifica-se este crime quando o agente “mediante publicidade, induz ou mantém alguém em erro sobre a natureza, a qualidade e a quantidade de bens ou serviços”.

Observe-se que sabiamente não se cuidou da publicidade abusiva que dada a sua fluidez e subjetividade deveria ser objeto de exclusiva regulação administrativa, ou por meio do CONAR (Conselho Nacional de Auto-Regulamentação) ou, ainda, e, no máximo, no âmbito da jurisdição civil.

5. Alguns aspectos da Lei 8.137/90

A lei em exame, como grande mérito, apresenta um tratamento à questão do concurso de pessoas inteiramente afeiçoado à sistemática do CP. Afasta a regra do art. 75 do CDC e, assim, expunge a possibilidade da responsabilidade objetiva. Além disso, incorpora (repetindo) diversas normas pertencentes à Lei de Economia Popular (cf. art. 2.º, II, III e V) e, colocando-as num mesmo diploma, procura dar unidade ao plexo protetivo do consumidor.

A nova norma propõe um tratamento mais rigoroso aos seus infratores. Sim, porque as condutas antes previstas pela Lei da Economia Popular, no art. 2.º, tinham penas que iam de 6 meses a 2 anos de detenção. Agora, o mínimo é de 2 anos e o máximo é de 5 anos de detenção.

Introduziu-se, porém, a possibilidade de se converter a sanção corporal em pena pecuniária. Com efeito, estabelece o art. 9.º, III, o seguinte:

Art. 9.º A pena de detenção ou exclusão poderá ser convertida em multa de valor equivalente a:

III — 50.000 até 1.000.000 de BTN, nos casos definidos no art. 7.º.

Inobstante a possibilidade do juiz, “considerando o ganho ilícito e a situação do réu”, poder reduzir a onerosidade da sanção patrimonial, é de se lamentar a adoção do BTN como base para cominação da pena, quando o CP adota o sistema de “dias-multa”, que é capaz de se ajustar a qualquer padrão monetário e às condições do sentenciado. Aliás, é bom lembrar que o Bônus do Tesouro Nacional foi extinto pelo recente “Plano Collor 2”.

Por fim, não pode passar sem críticas a figura incriminadora descrita pelo art. 7.º IX, da lei em estudo. Revogando o art. 279 do CP, esta norma está cunhada assim:

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

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

O art. 279 do CP reprimia conduta assemelhada, mas circunscrita à substância alimentícia ou medicinal avariada. Agora, a nova regra amplia de forma exagerada o corpo de incidência incriminado. Cria-se um tipo aberto e incompatível com a garantia da *lex certa*.

A propósito, veja-se que o art. 18, § 6.º, do CDC, define como impróprios ao uso e consumo, entre outros, “os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam” (inc. III).

Imagine o leitor o exemplo da mulher que vai à farmácia e adquire um absorvente, mas, em virtude de um anormal e abundante fluxo menstrual, este (o absorvente) se revele impróprio ao fim a que se destina. A anormalidade insere-se, absurda, mas certamente, no “qualquer motivo” da lei.

Dessa forma, o arbítrio pode se instalar comodamente no interior do tipo

penal e a incerteza entre os produtores e comerciantes campear. Isto, para não falar nos aproveitadores.

O art. 62 do projeto do CDC, que tinha assemelhada configuração típica, fora vetado pelo Presidente, ao que parece por violar a garantia da legalidade. Agora, inexplicavelmente, ressurge.

Com Zaffaroni, para concluir, convém alertar para a circunstância de que

“a proliferação de tipificações com limites difusos, com elementos valorativos eticizantes, com referências de ânimo, com omissões ou ocultamentos de verbo típico etc., são outras formas de debilitar ou cancelar a legalidade penal”.²⁹

29. Zaffaroni, *Em Busca de las Penas Perdidas*, 2.^a ed., Bogotá, Temis, 1990, p. 17.