

EIDI HOLANDA CAVALCANTI DA TRINDADE

**DAS INFRAÇÕES PENAIS NO CÓDIGO DE DEFESA DO
CONSUMIDOR**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

SÃO PAULO

2011

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
CURSO DE DIREITOS DAS RELAÇÕES DE CONSUMO
CORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO, APEFEIÇOAMENTO E
EXTENSÃO - COGEAE
COORDENADOR: Dr. FREDERICO COSTA CARVALHO NETO

ESPECIALIZANDO:
Eidi Holanda Cavalcanti da Trindade

DAS INFRAÇÕES PENAIS NO CÓDIGO DE DEFESA DO
CONSUMIDOR

Monografia apresentada com intuito de obtenção do título de Especialista em Direito das Relações de Consumo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC-SP, coordenado pelo Prof. Dr. Frederico de Costa Carvalho Neto.

Ao meu Esposo Reinaldo, por todo amor e
compreensão e aos nossos filhos, Guilherme,
Giovanna e Gabrielle, fonte de inspiração e a
alegria de nossas vidas.

RESUMO

O presente trabalho procura analisar a função protetiva do Direito Penal na tutela das relações de consumo.

Está organizado a partir de breves relatos históricos que demonstram a evolução do Direito do Consumidor, sucedido pela exposição do que foi o denominado movimento consumerista e, a seguir, são enfocados os princípios norteadores das relações de consumo. Após discorrer sobre o tratamento constitucional reservado às relações do consumo, é oferecida uma análise do Código de Defesa do Consumidor na esfera administrativa, civil e penal. Posteriormente, serão analisadas todas as infrações penais referentes às relações de consumo, presentes no Código de Defesa do Consumidor.

Será demonstrado também que a tutela penal das relações de consumo é imprescindível tendo em vista o poderio econômico dos fornecedores, a hipossuficiência dos consumidores e a maciça propaganda veiculada para seduzir o consumidor a não só adquirir determinado produto ou serviço, mas também para alterar seu hábito de vida.

Na medida em que os consumidores vêm se conscientizando da importância do Código de Defesa do Consumidor, como instrumento de amparo de seus direitos, bem assim por constituir mecanismo voltado a disciplinar deveres e obrigações aos produtores e fornecedores de bens e serviços, decerto não há como pôr em dúvida que esse seja um importante passo rumo à cidadania.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. DADOS HISTÓRICOS.....	10
2. O MOVIMENTO CONSUMERISTA	14
3. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	16
3.1 No Âmbito Administrativo	17
3.2 No Âmbito Civil	17
3.3 No Âmbito Penal	18
3.4 No Âmbito Constitucional.....	18
4. ALTERAÇÕES PROVOCADAS PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NAS DEMAIS ESFERAS DO DIREITO	22
5. PRINCÍPIOS GERAIS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	26
5.1 Princípio da revisão contratual	26
5.2 Princípio da conservação do contrato.....	27
5.3 Princípio da boa-fé objetiva.....	28
5.4 Princípio da equivalência, equilíbrio ou equidade nas relações de consumo.....	28
5.5 Princípio da igualdade	29
5.6 Dever de informar e o princípio da transparência	29
5.7 Vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor.....	30
5.8 Princípio da vedação ao abuso de direito	32
5.9 Dever de cooperação	33
5.10 Dever de cuidado.....	33
5.11 Protecionismo	34
5.12 Princípio da função social do contrato	34
6. PRINCÍPIOS NORTEADORES DAS RELAÇÕES DE CONSUMO E SEUS REFLEXOS NAS INFRAÇÕES PENAIS	35
7. DA RESPONSABILIDADE NA ESFERA CÍVEL	40
7.1 Responsabilidade Civil.....	40
7.1.1 Responsabilidade Civil Contratual	40
7.1.2 Responsabilidade Civil Extracontratual ou Aquiliana	41

7.1.3 Responsabilidade Civil Subjetiva.....	41
7.1.4 Responsabilidade Civil Objetiva	42
7.2 As práticas comerciais abusivas no mercado de consumo – Art. 39 CDC.....	45
8. INFRAÇÕES PENAIS PREVISTAS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (Artigos 61 a 80).....	47
8.1 Bem Jurídico Tutelado	48
8.2 Natureza Jurídica	49
8.3 Das Infrações	49
8.4 O artigo 61 do Código de Defesa do Consumidor prescreve que:	49
8.5 Colocação no Mercado de Produtos ou Serviços Impróprios – Artigo 62	49
8.6 Omissão de Dizeres ou Sinais Ostensivos – Artigo 63	51
8.7 Omissão na Comunicação às Autoridades e aos Consumidores – Artigo 64.....	54
8.8 Execução de Serviços Perigosos – Artigo 65	57
8.9 Dos Abusos na Publicidade – Artigos 66 Ao 69	59
8.10 Artigo 66 do Código	60
8.11 Artigo 67 do Código de Defesa do Consumidor	63
8.12 Artigo 68 do Código de Defesa do Consumidor	64
8.13 Artigo 69 do Código de Defesa do Consumidor	64
8.14 Emprego de Peças e Componentes de Reposição Usados – Artigo 70	65
8.15 Meios Vexatórios para a Cobrança de Dívidas – Artigo 71	66
8.16 Impedimento de Acesso a Banco de Dados – Artigo 72	68
8.17 Omissão na Correção de Dados Incorretos – Artigo 73	69
8.18 Omissão na Entrega de Termos de Garantia – Artigo 74	70
8.19 A Responsabilidade e Concurso de Pessoas – Artigo 75 do Código de Defesa do Consumidor	71
8.20 Circunstâncias Agravantes – Artigo 76 do Código de Defesa do Consumidor	73
8.21 Pena de Multa – Artigo 77 do Código de Defesa do Consumidor	73
8.22 Outras Penas – Artigo 78 do Código de Defesa do Consumidor	73
8.23 Da Fiança – Artigo 79 do Código de Defesa do Consumidor	74
8.24 Intervenção de Assistentes da Acusação e Ação Penal Subsidiária – Artigo 80 do Código de Defesa do Consumidor.....	74
CONCLUSÃO.....	76
BIBLIOGRAFIA	79

INTRODUÇÃO

A Doutrina muitas vezes informa que a criminalidade não desaparece apenas se transforma. E isto é mesmo verdade. A delinqüência tende a evoluir e, também, nascem atitudes e atividades anti-sociais desconhecidas. “*A Sociedade é refletida nas leis. Toda a dinâmica social sofre (ou precisa sofrer) regulamentação, de modo que as necessidades de harmonização das relações humanas se faz por intermédio de texto legal*”¹.

No decorrer dos anos, o amadurecimento da sociedade e a concentração de riquezas foram criando o que hoje se chama criminalidade não convencional, tida como “*toda manifestação delinvente que, nos dias atuais, não faz parte da rotina investigatória da polícia judiciária ou da praxe forense criminal*”². São exemplos a delinqüência econômica, financeira e tributária, o crime do colarinho branco, o crime organizado e os crimes contra as relações de consumo.

Essas modalidades criminosas geram certa impunidade no seio criminal, certamente por causa da complexidade organizacional e operacional, da aparente licitude dos fatos cometidos no campo empresarial, do distanciamento entre o agente e a vítima – em face do acobertamento pela pessoa jurídica de quem representa e por se fazer representar por prepostos, a pouca repercussão social comparada aos crimes contra a vida e contra o patrimônio, a imagem favorável do agente – associada ao sucesso e bem distante “comum”, o sentimento de impotência da vítima frente à organização empresarial e a descrença nas autoridades constituídas.

Quanto à proteção ou defesa do consumidor, entidades públicas e privadas, líderes comunitários e políticos preocupam-se em mudar esse estado das coisas. Procons, sociedade amigos de bairros, associações de donas de casa ou de proteção do consumidor e até profissionais isoladamente considerados, como o jurista, o economista, o psicólogo, o sociólogo, o professor e, naturalmente, o empresário e o consumidor visam estabelecer a ordem e a estabilidade das coisas. E a razão disso é óbvia: todos são, em maior ou menor grau, consumidores de bens e serviços todos os dias.

¹ SODRÉ, Marcelo Gomes. MEIRA, Fabíola. CALDEIRA, Patrícia. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Verbatim, 2009. p. 343.

² GOMES, Luiz Flávio. *Breves Considerações sobre a Impunidade da Criminalidade Não-Convencional* in **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: 1999. p. 19.

Por ser um tema de extrema relevância, as relações de consumo necessitam de discussão entre os operadores do Direito e a sociedade, uma vez que, são inúmeros ofertas e produtos colocados à disposição do consumidor, cada vez mais vulnerável perante os prestadores e fornecedores.

Devido à condição de hipossuficiência do consumidor nas relações jurídicas, é muito importante informá-lo sobre existência de normas que foram criadas para colocá-lo numa posição de equilíbrio nas aludidas relações, assegurando o efetivo exercício dos direitos a ele atribuído. A simples criação de um direito formal não é suficiente; é preciso que ele seja tornado real.

A preocupação do legislador ao tratar dos crimes contra as relações de consumo no CDC (Código de Defesa do Consumidor) deu-se, primordialmente, no sentido de harmonizar as normas penais existentes e já codificadas, bem como as extravagantes. Era necessário punir determinados comportamentos considerados graves e para os quais meras punições administrativas ou civis eram insuficientes. Outro motivo foi à necessidade de tipificação de condutas que ainda não eram contempladas, como os abusos em matéria de publicidade enganosa.

Tutelar penalmente as relações de consumo tornou-se algo imprescindível, em razão da complexidade das ações cíveis, do poderio econômico dos fornecedores, da maciça propaganda veiculada para seduzir o consumidor e, principalmente, devido ao direito do consumidor constituir um tema novo no cenário legislativo brasileiro.

O critério adotado pelo legislador do Código de Defesa do Consumidor foi produzir um todo harmônico, integrado e, jamais exaustivo, ressaltando-se mais a filosofia de tratamento do tema do que os assuntos que versa. Sua finalidade é assegurar a integridade física, o decoro, a dignidade e o patrimônio do público-alvo, potencialmente considerado consumidor. Assim, as transgressões ao Código atingem toda uma coletividade de pessoas, hipossuficiente e desiguais no tratamento de mercado. Tendo consciência dessa situação, o Código busca assegurar as tutelas civil, administrativa e penal dos consumidores, dada a gravidade e extensão de resultados que as transgressões provocam.

No presente trabalho, após descrever os breves acontecimentos históricos que contribuíram para o desenvolvimento do Direito do Consumidor, os princípios do Direito do Consumidor, seu tratamento constitucional, sua atuação no âmbito administrativo, civil e penal, pretende-se analisar a tutela penal das relações de consumo, dando maior ênfase aos

crimes elencados no Código de Defesa do Consumidor, uma vez que é matéria complexa e que está presente no dia-a-dia das pessoas.

O motivo da escolha deste tema foi a sua importância, pois o Direito do Consumidor se firmou como um dos principais direitos da pessoa humana, sendo certos que todos, em maior ou menor escala, são consumidores e se relacionam como tais diariamente, necessitando, portanto, de proteção jurídica.

1. DADOS HISTÓRICOS³

Tem-se notícia que já no antigo “Código de Hammurabi” existia preceitos que visavam proteger o consumidor.

Assim é que a Lei n° 233 dispunha 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, e, caso o desabamento causasse a morte do morador chefe da família, o empreiteiro pagaria com a sua própria vida pelo infortúnio. Caso a morte recaísse sobre o filho do dono da obra, a pena de morte seria imposta ao descendente do empreiteiro e assim por diante.

Até o vício redibitório era previsto: o construtor do barco era obrigado a refazê-lo caso sobreviesse à descoberta de defeito estrutural.

Na Índia, no século XIII a.C., o Código de Manu previa multa, ressarcimento pelos danos e punição àqueles que adulterassem gêneros alimentícios (Lei n° 697) ou entregassem coisa de espécie inferior àquela acertada, ou vendessem bens de igual natureza por preços diferentes (Lei n° 698).

Na Grécia, sob a égide da Constituição de Atenas, também havia a preocupação com o direito do consumidor. Tanto assim é, que os fiscais de mercados, os fiscais de medidas, os guardiões do trigo e os inspetores do comércio eram sorteados e destinados de forma equânime, metade para o Pireu e a outra metade para a cidade. Suas funções, em síntese, era impedir misturas e adulterações nos produtos, bem como garantir preço e peso justos.

Na Europa Medieval, notadamente na França e na Espanha, os adulteradores de substâncias alimentícias, sobretudo manteiga e vinho, eram submetidos a penas vexatórias. Em 1481, o rei Luís XI decretou punição com banho escaldante para quem vendesse manteiga com pedra em seu interior ou leite misturado com água.

As Ordenações Filipinas, publicadas em 11 de janeiro de 1603, sob o reinado de Felipe II, em Portugal, protegiam indiretamente os consumidores, prevendo penas desproporcionais, inclusive a capital.

³ Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Direito_do_consumidor. Acessado em 08 abr. 2011.

Assim é que, no século XVII, posturas municipais de Salvador determinavam que os vendeiros fixassem os escritos da almoçataria na portaria, para que o povo os lesse, sob pena de pesada multa e até penas corporais para quem vendesse peixe, pastel, bananas, ovos e vinho acima do tabelamento.

Até esta fase da história, o que ocorria era uma relação comercial entre o adquirente e o artesão. As relações de consumo propriamente ditas tiveram origem com o final da Revolução Industrial.

No decorrer do século XX formaram-se grandes centros comerciais. Com a evolução da indústria e da economia, a qualidade de vida foi ameaçada em vários aspectos, atingindo, inclusive, direitos inerentes aos consumidores. Por isso, era necessário a elaboração urgente de um complexo de normas que fosse capaz de colocar em equilíbrio as relações de consumo, possibilitando o exercício de determinados direitos.

Dessa forma, o legislador constituinte de 1988 inseriu a promoção da defesa do consumidor como um dos deveres inerentes do Estado, sendo esta norma pertencente ao campo dos direitos coletivos e sendo consolidada, portanto, como cláusula pétrea. Paralelamente a isso, o legislador ordinário determinou a confecção do Código de Defesa do Consumidor, o qual deveria conter as normas protetivas.

Em atendimento ao mandamento constitucional, após diversos debates sobre o tema (entre a comunidade jurídica e a população, em geral), foi editada, em 11 de setembro de 1990, a Lei federal nº 8.078/90, na qual a proteção ao consumidor foi projetada em três esferas distintas e interligada: administrativa, civil e penal.

Esta Lei é uma lei muito atrasada de proteção ao consumidor. Passou-se um século inteiro aplicando as regras do Código Civil (Lei fundada na tradição do direito civil europeu do século anterior, que entrou em vigor em 1917) às relações de consumo.

No Direito Civil existe uma série de condições para contratar, que não vigem para as relações de consumo. Por isso, de forma bastante equivocada, passou-se um século inteiro aplicando as leis civis para resolver problemas inerentes a essas relações. Tais equívocos permaneceram na evolução jurídica, influenciando na maneira como as pessoas enxergam as relações de consumo. É por esta razão que, hodiernamente, houve tantas dificuldades para interpretar e compreender o Código de Defesa do Consumidor.

Nos Estados Unidos, país que domina o planeta do ponto de vista do capitalismo contemporâneo, a proteção ao consumidor teve início em 1890, com a Lei Sherman (Lei antitruste americana); exatamente um século antes do Código de Defesa do Consumidor.

Foi a partir de 1960, especialmente com o surgimento das associações dos consumidores, com Ralf Nader, que a consciência global e cultural da defesa do consumidor ganhou fôlego. Ou seja, foi apenas na segunda metade do século XX que o movimento consumerista (como se costuma chamar) começou pra valer.

O Código de defesa do Consumidor trouxe resultados positivos, pois foi trazido para o sistema legislativo brasileiro, por aqueles que participaram de sua elaboração, aquilo que existia de mais moderno na proteção do consumidor. O resultado foi tão positivo, que a lei brasileira inspirou a lei de proteção ao consumidor da Argentina, reformas no Paraguai, Uruguai e projetos em diversos países da Europa.

Após a Revolução Industrial, como já dito acima, a indústria passou a querer produzir mais, a fim de vender para mais pessoas, uma vez que precisava atender o aumento da demanda oriundo do crescimento populacional das metrópoles. A partir daí, criou-se a chamada produção em série, a “standartização” e homogeneização da produção, o que possibilitou uma redução marcante nos custos e um grande crescimento da oferta, atingindo, portanto, um maior número de pessoas. Foi um modelo de produção que deu certo e que foi crescendo muito na passagem do século XIX para o século XX. A Primeira e Segunda Guerras Mundiais também contribuíram para este crescimento, com o surgimento da tecnologia de ponta, fortalecimento da informática, incremento das telecomunicações etc.

E foi a partir da segunda metade do século XX que esse sistema começou a avançar sobre todo o globo terrestre, possibilitando a implementação da idéia de globalização. Surge, assim, uma sociedade em massa, onde a produção é planejada unilateralmente pelo fabricante.

Este é o modelo de produção industrial da sociedade capitalista contemporânea, o qual pressupõe que esse planejamento unilateral do fabricante venha acompanhado de um modelo contratual, que acabou tendo as mesmas características da produção em massa: quem faz um produto e o reproduz vinte mil vezes também fazem um único contrato, reproduzindo-o vinte mil vezes.

A Lei 8.078/90 veio a chamar esse modelo contratual de contrato de adesão. O Código de defesa do Consumidor foi a primeira lei brasileira a tratar dessa questão, no seu

artigo 54. Chama-se contrato de adesão, pelo motivo lógico e evidente de que o consumidor só pode aderi-lo, sem discutir cláusula alguma. Ao adquirir um produto, o consumidor só pode analisar as condições que foram previamente estabelecidas pelo fornecedor e pagar o preço exigido, dentro da forma de pagamento pré-fixada.

Esse foi o modo de produção, de oferta de produtos e serviços de massa do século XX. No entanto, no Brasil, até 10 de março de 1991, era aplicado às relações jurídicas de consumo o Código Civil, fato este que gerou sérios problemas para a compreensão da sociedade. Nas relações contratuais do Direito Civil há um pressuposto de que aqueles que querem contratar colocam-se em posição de igualdade de condições e transmitem o elemento subjetivo volitivo, que é colocado em um papel.

Porém, para as relações de consumo, esse esquema legal privatista de interpretação de contratos é equivocado, pois o consumidor, na relação jurídica de consumo, não negocia cláusulas contratuais com o fornecedor. O que ocorre, na verdade, é que o consumidor vai ao mercado e recebe produtos e serviços postos e ofertados segundo os regramentos que o Código de Defesa do Consumidor pretende controlar.

Esta foi, e ainda é, uma situação que acabou afetando o entendimento da lei. Se não houver uma atenção para esses pontos históricos da sociedade contemporânea, haverá muitas dificuldades de interpretar aquilo que o Código de Defesa do Consumidor regrou especificamente.⁴

⁴ Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Direito_do_consumidor. Acessado em 08 abr. 2011.

2. O MOVIMENTO CONSUMERISTA

No final do século XIX, mais especificamente em 1891, em Chicago, nos Estados Unidos, um movimento trabalhista culminou na criação da denominada “*Consumer’s League*”.

Hoje, aperfeiçoada, esta entidade denomina-se “*Consumer’s Union*” e tem o escopo de conscientizar os consumidores e propor ações judiciais em sua defesa. Mais especificamente, seu trabalho consiste em adquirir quase todos os produtos lançados no mercado norte-americano e analisá-los exaustivamente, emitindo pareceres em sua revista periódica, chamada “*Consumer’s Report*”, apontando as vantagens e desvantagens deste produto.

No Brasil, o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC e o Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – INMETRO vêm desenvolvendo trabalhos semelhantes, avaliando chuveiros elétricos, botijões de gás, fusíveis, contraceptivos de látex, gêneros alimentícios etc., e divulgando resultados periódicos através da mídia.

Entre os anos de 1950 e 1960 ocorreu a era de ouro dos países capitalistas, em que a produção de manufaturas aumentou dez vezes.⁵

Nessa época, em 15 de março de 1962, o Presidente norte-americano, John Kennedy, em um de seus discursos, definiu quatro direitos dos consumidores, quais sejam: “*o direito à segurança, o direito à informação, o direito à escolha e o direito de ser ouvido ou consultado*”.⁶

Debates e construções legislativas advieram, sendo marcante a Carta do Conselho da Europa de 1973 sobre Proteção do Consumidor e a Constituição Espanhola de 1978, que foi a pioneira a tratar da defesa do consumidor e inspiradora da Carta Portuguesa de 1982.

No Brasil, o movimento consumerista teve início, efetivamente, em 1976, quando foi instituída uma Comissão pelo Governador de São Paulo, Paulo Egydio Martins, cujo trabalho culminou na edição da Lei 1.903/78, criadora do “*Sistema Estadual de Proteção ao Consumidor*”, formado por um Conselho (órgão deliberativo) e pelo PROCON (órgão executivo).

⁵ HOBSBAWN, Eric. **Era dos extremos, o breve século XX**. São Paulo: Companhia das Letras, 1994. p. 257.

⁶ HOBSBAWN, Eric. *idem*. p. 257.

Entretanto, dois entes normativos de proteção indireta dos consumidores datam de 1950 e 1960: a Lei federal nº 1.521 de 26 de dezembro de 1951, denominada Lei de Economia Popular, e a Lei delegada nº 04 de 26 de dezembro de 1962, editada para “*assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo*”.

Hoje, o PROCON (Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor) de São Paulo é uma fundação pública e, graças à força e confiança que gerou, sua designação (PROCON) é exclusiva de órgãos oficiais de proteção do consumidor, sejam eles estaduais ou municipais, conforme preceitua a Resolução nº 01, de 06 de abril de 1998, da Comissão Nacional Permanente de Defesa do Consumidor.

3. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Antes da promulgação da Constituição Federal, o então presidente do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, Flávio Flores da Cunha Bierrenbach, constituiu comissão com o fito de apresentar o Anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor. Foram convidados juristas de renome, a saber: Ada Pellegrini Grinover (coordenadora), Daniel Roberto Fink, José Geraldo Brito Filomeno, Kazuo Watanabe e Zelmo Denari, que aproveitaram os estudos anteriores realizados pelos juristas Fábio Konder Comparato, Waldemar Mariz de Oliveira Junior e Cândido Dinamarco. Eles tiveram a assessoria de vários outros operadores do Direito e, conforme publicação oficial, datada de 04 de janeiro de 1989, levaram o Anteprojeto para debate nas Casas Legislativas.

Após ampla discussão, inclusive com audiências públicas, o Projeto foi aprovado em convocação extraordinária do Congresso Nacional, durante o recesso de julho de 1990.

Tal foi a repercussão que, em 08 de julho de 1990, o importante jornal “*O Estado de São Paulo*” veiculou artigo na seção de consumo com o título “lei defende interesse do consumidor” e com a epígrafe “*comerciantes e fornecedores podem ser multados e até ir para a cadeia*”.

A sanção presidencial ocorreu em 11 de setembro de 1990, com publicação no dia seguinte.

É certo que ao país faltava uma legislação exclusiva em matéria consumerista, contudo as relações dessa ordem não estavam a descoberto. Os prejuízos eram buscados com amparo na legislação civil e as fraudes e engodos tratados pelo Direito Penal.

A demora e a carência de novos tipos penais incriminadores dificultavam o acesso à Justiça e é por isso que o Código de Defesa do Consumidor foi recepcionado com alegria e designado como avançado e “*uma das leis mais importantes de defesa do consumidor no mundo*”.⁷

Vale lembrar que o Código de Defesa do Consumidor tutela as relações comerciais no sentido vertical, posicionando o consumidor na parte inferior e, acima dele, o comerciante, o distribuidor e o produtor.

⁷ FONSECA, Antonio César Lima. **Direito Penal do Consumidor: Código de Defesa do Consumidor**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 29.

Diferente tratamento foi dado pela Lei nº 8.137/90, que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, em que a tutela se dá no sentido horizontal, abraçando as relações entre fabricantes, entre fabricante e distribuidor, entre comerciante e fabricante ou mesmo entre consumidores (artigo 7º, inciso I).

O Código de Defesa do Consumidor encontra-se dividido em disposições acerca da política nacional de relações de consumo, dos direitos básicos do consumidor, da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos, das práticas comerciais, da proteção contratual, das sanções administrativas, das infrações penais, da defesa do consumidor em Juízo, das ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos, das ações de responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços, da coisa julgada, do sistema nacional de defesa do consumidor, da convenção coletiva de consumo e das disposições finais.

Na verdade, esse conjunto de normas reveste-se de instrumentos colocados à disposição dos operadores do Direito para, nos âmbitos administrativo, civil e penal, protegerem-se os direitos e interesses dos consumidores.

3.1 No Âmbito Administrativo

As entidades de proteção do consumidor não têm poder de polícia; são receptoras de reclamações e mediadoras contumazes. Sua função é orientar os consumidores, encaminhar seus reclamados aos órgãos oficiais e desenvolver pesquisas sobre o assunto.

Entretanto, o Decreto nº 2.181/97 dotou o PROCON da anômala atribuição de fiscalizar, autuar e multar, ao lado dos órgãos oficiais de inspeção e vigilância sanitária federal, distrital, estaduais e municipais.

3.2 No Âmbito Civil

A defesa do consumidor no campo civil refere-se à satisfação do consumidor com a reparação de prejuízos advindos da relação de consumo.

Os órgãos de proteção ou defesa devem tentar a resolução das reclamações, mediando os interessados e reduzindo a termo os eventuais acordos. Saliente-se que os acordos referendados pelo órgão do Ministério Público constituem-se em títulos executivos extrajudiciais, a teor do disposto no parágrafo único do artigo 57 do Código.

Caso a discórdia permaneça, o consumidor deverá ser orientado a constituir advogado, a procurar a assistência judiciária, conforme o caso podendo inclusive ser gratuita ou buscar diretamente seu direito no Juizado Especial Cível competente ou na Justiça comum.

3.3 No Âmbito Penal

O Código de Defesa do Consumidor erigiu em tipos penais os comportamentos considerados graves nos âmbitos civis e administrativos.

3.4 No Âmbito Constitucional

Para que se compreendam melhor os comandos contidos na Lei 8.078/90, é imprescindível que se conheça a matéria concernente à proteção dos consumidores no texto constitucional.

Em verdade, a Constituição Federal não protegeu o consumidor tão-somente nos dispositivos aqui mencionados. No presente estudo serão enfocados apenas os artigos de lei elencados no corpo da dissertação, por serem aqueles que mais repercutem na esfera penal da proteção destinada ao consumidor.

Conforme diz o Desembargador Álvaro Lazzarini:

“a filosofia do Código de Defesa do Consumidor é a da inarredável proteção e defesa do consumidor, com normas declaradamente de ordem pública e de interesse social, e assim cogentes, tudo em atendimento ao comando maior imposto pelo artigo 5º, inciso XXXII, combinado com o artigo 170, inciso V da Constituição Federal de 1988, bem como o artigo 48 de suas Disposições Transitórias, como previsto no artigo 1º do Código”.⁸

Consoante Álvaro Lazzarini, portanto, a Constituição Federal trata da questão da proteção do consumidor na esfera penal em dois dispositivos legais: o artigo 5º, inciso XXXII, e o artigo 170, inciso V.

Prescreve o inciso XXXII do artigo 5º, da Lei Maior que “o Estado promoverá, na forma da Lei, a defesa do consumidor”. O preceito “defesa do consumidor” está inserido no Título II da Constituição, o qual arrola “os direitos e garantias individuais”. Este, por sua vez,

⁸ LAZZARINI, Álvaro. **Tutela Administrativa e Relações de Consumo**. Justiça, São Paulo: Procuradoria-Geral de Justiça do Estado, out./dez. 1992. n. 54, v. 160. p. 137.

está inserido, mais especificamente, no Capítulo I, que trata dos “direitos e deveres individuais e coletivos”.

José Afonso da Silva define Direitos Fundamentais como sendo “*os direitos fundamentais da pessoa humana*”.⁹ Portanto, direitos fundamentais, consoante as lições de Eliana Passarelli “*são aqueles inerentes à pessoa humana, cuja natureza é, via de consequência, indisponível, inalienável e irrenunciável*”.¹⁰

Na Constituição Federal de 1988 podem ser identificados direitos fundamentais, quais sejam: os direitos individuais (artigo 5º), os direitos coletivos (artigo 5º), os direitos sociais (artigo 6º), os direitos à nacionalidade (artigo 12) e os direitos políticos (artigos 14 a 17). Mais especificamente, os direitos do consumidor encontram-se inseridos nos direitos coletivos.

Ada Pellegrini Grinover ensina que os direitos coletivos só podem ser exercidos comunitariamente, face à existência de um vínculo jurídico que une as pessoas do grupo entre si. Dessa forma, o direito coletivo, entendido como a reunião de direitos fundamentais inerentes a um homem-membro de uma coletividade se contrapõe aos direitos individuais, que são o conjunto de direitos fundamentais inerentes ao homem-indivíduo.¹¹

Assim sendo, pode-se dizer que o direito do consumidor está incluído na categoria dos direitos fundamentais de natureza coletiva, conforme previsão expressa constitucional. Portanto, como todo direito fundamental, possui aplicação imediata, podendo ser estendido até para tratados internacionais dos quais o Brasil faça parte (dependendo de ratificação do Congresso Nacional).

Da classificação acima advém à consequência da impossibilidade de supressão do dispositivo legal em comento. O artigo 60, parágrafo 4º da Constituição Federal dispõe que a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais não será objeto de deliberação.

Vale lembrar que o consumidor reconhecido pela Carta Magna como sujeito de direito é aquele que Código de Defesa do Consumidor conceitua como “*toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final*”. O referido

⁹ SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 177.

¹⁰ PASSARELLI, Eliana. **Dos Crimes contra as Relações de Consumo: Lei Federal n. 8.078/90 (CDC)**, São Paulo: Saraiva, 2002. p. 12

¹¹ SILVA, José Afonso da. op.cit. p. 188.

diploma legal equipara aos consumidores “a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”.¹²

Nelson Nery Junior afirma que, além dos conceitos descritos no artigo 2º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor e no seu parágrafo único, outros conceitos podem ser retirados do referido diploma legal. O primeiro encontra-se no art. 17, que trata das vítimas dos acidentes de consumo; o segundo está previsto no artigo 29, o qual se refere ao sujeito exposto às práticas comerciais (publicidade, oferta, cláusulas gerais dos contratos, práticas comerciais abusivas, dentre outras).¹³

Conforme já salientado anteriormente, os direitos do consumidor atuais são distintos daqueles existentes antes da Revolução Industrial. A antiga relação existente entre o adquirente e o artesão foi substituída por uma cadeia de agentes que vai desde o produtor até o consumidor final do produto.

Portanto, depois da inserção do mandamento constitucional e da edição do Código de Defesa do Consumidor, foi instituída uma disciplina nova no cenário da ciência jurídica, denominado Direito do Consumidor. A criação desta Lei foi uma exigência da realidade social do cotidiano.

Antônio Herman Benjamin, em seu trabalho, oferece três conceitos de Direito do Consumidor. Primeiramente, o de natureza objetiva, ressalta a idéia da relação jurídica de consumo. O segundo, por sua vez, é de cunho teleológico-subjetivo, e realça os sujeitos da relação, ofertando-lhes um estado jurídico permanente, e oferece a proteção a um dos sujeitos mencionados, que é o consumidor. Por fim, o último conceito reúne em seu bojo as duas acepções acima, formando a idéia que Direito do Consumidor é “o conjunto de princípios e normas jurídicas que protegem o consumidor na relação jurídica de consumo”.¹⁴

O Código de Defesa do Consumidor defende e protege o consumidor em três esferas distintas: civil, administrativa e penal.

Diante de tudo o que foi exposto, conclui-se que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXII, assegurou que a promoção da defesa do consumidor deveria ser feita pelo Estado. Porém, o legislador ordinário, uma vez que editou a Lei federal nº 8.078/90, o

¹² Artigo 2º, *caput* e parágrafo único, da Lei federal 8.078/90.

¹³ NERY JUNIOR, Nelson. *Os princípios Gerais do Código de Defesa do Consumidor*. **Revista do Direito do Consumidor**, São Paulo: RT, set./dez. 1992, p. 53.

¹⁴ BASTOS, Celso Ribeiro de, MARTINS Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**, São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1. p.255/257.

Código de Defesa do Consumidor, se desincumbiu da missão delegada pelo constituinte. Sendo assim, o artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias já não se reveste de qualquer utilidade.

No tocante ao artigo 170, inciso V da Constituição Federal, o qual dispõe que “*a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) V – defesa do consumidor*”.

Neste diapasão, nota-se que a defesa do consumidor foi elevada pelo texto constitucional a princípio de ordem econômica. Consoante o *caput* do artigo 170 da Carta magna, a ordem econômica possui o objetivo de assegurar a todos a existência digna, sendo certo que a ordem econômica deve estar baseada nos ditames da justiça social.

Sendo assim, o disposto no artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal, que classifica a defesa do consumidor como direito fundamental, da espécie coletivo, cumulado com o previsto no artigo 170, inciso V da Carta Magna, o qual eleva a aludida defesa a princípio econômico de ordem pública, possui um resultado significante, possibilitando a intervenção do Estado, de todas as formas que lhe couber, objetivando a assegurar a proteção do consumidor.

Vale ressaltar que, apesar da Lei Maior ter considerado a livre concorrência como princípio de ordem econômica (artigo 170, inciso IV), uma vez que houver conflito entre este e o da defesa do consumidor, não haverá possibilidade de sobrepujância de um deles a outro. A medida a ser imposta é a compatibilização e harmonização entre eles. Tanto é, que o artigo 4º, incisos III e IV do Código de Defesa do Consumidor é uma norma que visa expressamente compatibilizar a defesa do consumidor com a livre iniciativa. Conforme os ensinamentos de José Geraldo Brito Filomeno, esta norma visa:

“colocar em prática, no relacionamento consumidor/fornecedor, os preceitos da Constituição Federal mais especificamente do seu Título VII (Da Ordem Econômica), dentre os princípios que balizam a atividade econômica, com especial ênfase na proteção do consumidor, não apenas porque ele é o destinatário final dos produtos e serviços colocados no mercado, como também porque é ele a parte vulnerável nas relações de consumo”¹⁵.

¹⁵ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 1999. p. 58.

4. ALTERAÇÕES PROVOCADAS PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NAS DEMAIS ESFERAS DO DIREITO

Para o professor Nelson Nery, o direito do consumidor foi a peça chave para a renovação da teoria contratual e determinou a derrocada da normativa clássica do direito privado, advindo a nova dogmática liberal do Século XIX¹⁶.

O contrato continuou sendo a principal fonte de circulação de riquezas, entretanto, diante do avanço capitalista e do crescimento da sociedade de consumo, restou imperiosa a interveniência do direito público no âmbito do direito privado.

O princípio do *pacta sunt servanda* foi relativizado e substituído pelas disposições de ordem pública de proteção dos consumidores, de maneira que no lugar da autonomia da vontade privada, passou a vigorar um fenômeno denominado novo dirigismo contratual.

Para Nelson Nery o dirigismo contratual consiste em um elemento imprescindível para as relações contratuais que demandam controle estatal, a fim de que seja mantido o equilíbrio entre as partes contratantes.

O individualismo exagerado foi afastado em benefício da igualdade entre as partes contratantes, resguardando-se uma relação contratual justa e equiparada.

O Código Civil trás preceitos que exigem a boa-fé como princípio fundamental nas relações jurídicas em geral (art. 422 do CC).

Os autores do anteprojeto, mas especificamente Nelson Nery Junior, comparava o preceito legal previsto no artigo 422 do Código Civil, com o Direito Alemão (§ 242 do BGB – *Leistung nach Treu und Glauben* – “Prestação segundo a boa-fé”). Para ele essa boa-fé, que no caso é objetiva, decorre dos princípios gerais do Direito, e a exigência de as partes terem de comporta-se segundo a boa-fé tem sido assim proclamada, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência.¹⁷

Contudo, as relações jurídicas pautadas no princípio da boa-fé têm por consequência a possibilidade de revisão do contrato celebrado entre as Partes, pela incidência das cláusulas *rebus sic stantibus*. A cláusula *rebus sic stantibus* significa “permanecendo as coisas como estavam antes”. A expressão é empregada para designar o princípio da

¹⁶ NERY JUNIOR, Nelson, **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor** – Comentado pelos Autores do Anteprojeto – Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007, 9 ed., p. 43.

¹⁷ NERY JUNIOR, Nelson, **idem**, p. 515.

imprevisão, segundo o qual a ocorrência de fato imprevisto e imprevisível posterior à celebração do contrato diferido ou de cumprimento sucessivo possibilita alteração nas condições da sua execução através do poder judiciário.¹⁸

No Brasil, no que tange as relações de consumo, o legislador optou expressamente pelo primado da boa-fé, conforme estabelecido no artigo 4º, III, do CDC, “(...) sempre com base na boa-fé e o equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”.

Neste sentido, assim como estabelecido por Nelson Nery Junior¹⁹, a incidência das *cláusulas rebus sic stantibus*, possibilita a arguição da proteção contra as cláusulas abusivas, no caso, enunciadas no artigo 51 do CDC, entre outras aplicações da cláusula geral.

A evolução da sociedade de consumo consagrou os contratos de adesão, cujo conteúdo é pré-estabelecido pelo fornecedor, posto que ao consumidor caiba apenas e tão somente o preenchimento do formulário de aceitação de cláusulas unilateralmente redigidas.²⁰

Verifica-se assim a necessidade de proteção ao consumidor exposto a tais contratos de adesão e suas respectivas cláusulas gerais, em que o fornecedor se torna equivocadamente vulnerável, ou seja, o elo mais fraco da relação contratual.

A proteção contratual ao consumidor pretende abarcar não somente as cláusulas gerais contratuais inseridas nos contratos de adesão, bem como as relações contratuais consumeristas fáticas, caracterizadas por condutas que geram efeitos e tem reflexos de ordem jurídica.

O consumidor foi protegido, sobretudo, por meio do resguardo às informações capituladas no artigo 46 do Código que atribui ao fornecedor à obrigação de dar oportunidade de conhecimento prévio às cláusulas contratuais, cujo conteúdo deverá ser claro e preciso.

Ademais, diante da inequívoca realidade de que os termos contratuais são elaborados unilateralmente e buscam proteger os interesses dos fornecedores, impôs o Código interpretação mais favorável ao consumidor.

Essa forma de interpretação tem como objetivo preservar um equilíbrio contratual e assegurar a igualdade entre as partes do contrato, já que o conteúdo é estabelecido de forma unilateral pelo fornecedor.

¹⁸ Disponível em: http://es.wikipedia.org/wiki/Rebus_sic_stantibus. Acessado em 08 abr. 2011

¹⁹ NERY JUNIOR, idem, p. 515

²⁰ NERY JUNIOR, idem, p. 523

Quando da regulamentação da matéria contratual, o Código do Consumidor não se absteve a tratar apenas do contrato individualmente considerado, mas dispôs a respeito de pré-contratos, escritos e contratos preliminares, os quais segundo o artigo 48, são hábeis para vincular o fornecedor e obrigar o cumprimento do conteúdo integral.

O texto consumerista, portanto, obriga o fornecedor ao cumprimento de uma obrigação específica veiculada, divulgada por ele próprio através daqueles meios, sempre pautada na boa-fé e mantendo o equilíbrio entre as Partes.

O CDC também inovou quando em seu art. 6º, IV, do CDC, estabeleceu como direito básico do consumidor, a proteção contra cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos ou serviços. O CDC ainda trouxe uma série de cláusulas consideradas abusivas, prevendo a nulidade de pleno direito (art. 51). O rol em questão não é taxativo, cabe ao Juiz, neste caso, diante do fato concreto, declarar como abusiva e, portanto considerá-la nula de pleno direito. Diante do que foi exposto, podemos concluir que, considerando que as relações de consumo são pautadas no princípio da boa-fé, toda cláusula que infringir tal princípio, deverá ser considerada, *ex lege*, como abusiva.²¹

Podemos dizer que a proteção contra cláusulas abusivas é um dos mais importantes instrumentos trazidos pelo Código de Defesa do Consumidor, em razão das diversas contratações formalizadas por meio de instrumento de Adesão, que impossibilitada o consumidor aderente de discutir eventuais condições dispostas compulsoriamente pelo fornecedor ou prestador de serviços.

Diante do exposto, vale ressaltar que uma das formas de tutela contratual do consumidor, além da esfera administrativa, é pela via judicial. Em ambos os casos o controle poderá ser abstrato ou concreto.

Na esfera administrativa dar-se-á: a) pela instauração de inquérito civil (art. 8º, § 1º, da Lei número 7.347/85, aplicável às ações fundadas no CDC por incidência do art. 90, CDC); b) pela adoção de providências no âmbito da administração pública, relativamente às atividades por ela fiscalizadas ou controladas.²²

Ressaltamos que no inquérito civil o Ministério Público poderá avaliar documentos, informações e até ouvir os interessados, a fim de formar sua opinião sobre a abusividade da referida cláusula. Nessa oportunidade os interessados poderão chegar à

²¹ NERY JUNIOR, **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor** – Comentado pelos Autores do Anteprojeto – Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007, 9 ed. p. 529

²² NERY JUNIOR, *idem*, p. 532

composição extrajudicial, sempre pautado no interesse social de preservar a ordem pública e principalmente a proteção do consumidor. Na segunda forma de controle estabelecia acima, existe a possibilidade de a administração pública exercer seu poder de fiscalização e regulamentação por meio de decretos, portarias e outros atos administrativos, dirigidos ao estabelecimento de padrões para que os administrados possam exercer a atividade controlada e fiscalizada pelo Poder Público.²³

Diferentemente do que ocorre com o Ministério Público e Administração Pública, ou seja, que atuam no limite de seu poder de fiscalização e regulamentação, o poder Judicial pode ser provocado por qualquer dos legitimados do artigo 82 do CDC, e a cláusula declarada judicialmente como abusiva, não estará mais conforme o Direito, tal decisão terá eficácia *erga omnes* ou *ultra partes*, no caso de haver sido pedido o controle judicial abstrato, cujo objetivo seja a proteção dos direitos difusos ou coletivos do consumidor (art. 103, CDC), ou seja, a sentença que considerar abusiva determinada cláusula funcionará na prática como uma decisão normativa, atingindo o estipulante em contratações futuras, proibindo-o de concluir contratos futuros com a cláusula declarada abusiva judicialmente.²⁴ Cabe ressaltar que, quando o pedido de declaração de abusividade da cláusula for individual, nos contratos de comum acordo (não adesão), a coisa julgada será restrita às partes entre as quais foi dada a sentença.

²³ NERY JUNIOR, *idem*, p. 534.

²⁴ NERY JUNIOR, *idem*, p. 535.

5. PRINCÍPIOS GERAIS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Segundo entendimento do professor Rizzatto Nunes²⁵ a interpretação das regras contratuais contidas no Código de Defesa do Consumidor a respeito dos contratos de consumo não estão contidas apenas no capítulo que trata desse tema, mas em também em outros artigos, tais como o da oferta e da publicidade enganosa.

O professor sustenta ainda que o estudo dos contratos de consumo requer o prévio conhecimento dos princípios que norteiam as relações contratuais de consumo e os próprios princípios gerais do Código de Defesa do Consumidor. Desse ensinamento, decorre uma das elementares funções dos princípios, qual seja, a interpretativa.

É importante salientar que os princípios relativos aos contratos de consumo têm como principal característica romperem com antigos dogmas próprios do Direito Privado.

Conforme dispõe a doutrina em geral, o Código do Consumidor é uma lei de natureza principiológica que não é nem lei especial, nem geral, portanto, determina fundamentos sobre os quais se rege a relação jurídica de consumo e os princípios aos quais deve se submeter.

Segundo o ilustre mestre, os contratos de consumo devem ser elaborados com a observância dos princípios gerais do Código do Consumidor, respeitando o microssistema de proteção e defesa do consumidor, ainda que atrelados às matérias regulamentadas por legislação específica, tais como, os contratos de seguro e planos de saúde.

Sendo assim, passa-se à análise dos principais princípios contratuais previstos pelo Código de Defesa do Consumidor.

5.1 Princípio da revisão contratual

Grande parte da doutrina consumerista cita a mitigação do princípio da obrigatoriedade (ou *pacta sunt servanda*) como uma das mais relevantes mudanças introduzidas pelo Código de Defesa do Consumidor no sistema contratual até então vigente, contido no Código Civil.

²⁵ NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2000.

Tratado como princípio da revisão e previsto nos artigos 4º, III e 6º, V do Código de Defesa do Consumidor, este princípio dispõe acerca da possibilidade do consumidor alterar cláusulas contratuais ou até mesmo o teor integral do contrato caso advenham circunstâncias supervenientes capazes de tornar as prestações desproporcionais ou contrato excessivamente oneroso.

Referido princípio não deve ser confundido com a máxima da cláusula *rebus sic stantibus* vigente no sistema do Direito Privado do Código Civil. Isso porque, a revisão contratual prevista no Código de Defesa do Consumidor prescinde da superveniência dos fatos e possibilidade de previsão dos acontecimentos pelas partes.

No sistema de revisão adotado pelo Código Civil, ou seja, o da cláusula *rebus sic stantibus*, a alteração das cláusulas contratuais somente pode ser realizada a partir da inequívoca demonstração da onerosidade excessiva por parte de um dos contratantes ou desproporcionalidade no cumprimento das prestações.

Já no sistema de revisão adotado pelo Código do Consumidor não há necessidade de demonstrar que os fatos supervenientes eram imprevisíveis no momento em que foi celebrado o contrato de consumo, sendo suficiente a onerosidade excessiva.

Para doutrina, tem-se que de acordo com o princípio da revisão, não se pergunta, nem interessa saber se na data de seu fechamento as partes podiam ou não prever os acontecimentos futuros.

Ademais, também não se pode falar na aplicação do *pacta sunt servanda* nos contratos de consumo, pois nestes, via de regra, as informações da oferta vinculam e o teor dos contratos é unilateralmente elaborado e imposto aos consumidores.

Não obstante, o princípio da revisão continua aplicável às relações de natureza estritamente privada, alheias às relações de consumo, ainda que haja negociação de cláusula contratual em separado.

5.2 Princípio da conservação do contrato

Trata-se de premissa implícita no artigo 6º, V do Código do Consumidor, segundo a qual o legislador, em benefício do consumidor, busca manter em vigor os contratos de consumo.

Simultaneamente, porém, o mesmo legislador estabelece diversos mecanismos contratuais para modificar cláusulas com prestações leoninas e a revisão contratual em caso de fatos supervenientes que tornem as prestações excessivamente onerosas.

5.3 Princípio da boa-fé objetiva

A boa-fé no Código de Defesa do Consumidor aparece ora como cláusula geral, ora como princípio. A boa-fé como princípio pode ser concebida sob dois prismas, quais sejam: objetivo e subjetivo.

A boa-fé objetiva consiste em um modelo de conduta esperado pelo homem médio, um padrão de comportamento considerado adequado para o convívio em sociedade.

Exercendo a função de cláusula geral, a boa-fé possibilita que o juiz crie uma norma aplicável ao caso concreto, considerando o contexto e ordenamento jurídico vigente.

No que diz respeito ao Direito do Consumidor, a utilização da boa-fé como princípio ou cláusula geral permite que o aplicador da norma corrija ou impeça situações de desequilíbrio entre os contratantes.

Por isso, pode-se concluir que a boa-fé funciona como um princípio de que promove equidade contratual, permitindo ao intérprete buscar, encontrar e manter as partes em equilíbrio na relação obrigacional estabelecida com o fim de alcançar uma justiça contratual.

5.4 Princípio da equivalência, equilíbrio ou equidade nas relações de consumo

Previsto nos artigos 4º, III e 51, IV, § 1º, III do Código do Consumidor enseja a nulidade das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desiguais entre as partes do contrato.

Segundo Rizzatto Nunes o equilíbrio das prestações e contraprestações contratuais pode referir-se não apenas ao seu objeto, mas também às partes, no tocante à vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor²⁶.

²⁶ NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2000. P. 11

5.5 Princípio da igualdade

Previsto no artigo 5º, *caput* da Constituição Federal e no artigo 6º, II, do Código de Defesa do Consumidor o princípio da igualdade proíbe que o fornecedor faça distinções entre os consumidores, quanto às condições de fornecimento de produtos e serviços.

Conforme ensina Rizzatto Nunes a igualdade almejada pelo Código é material e não meramente processual. Desta maneira, para concretizá-la são admitidos alguns privilégios em benefício dos consumidores que precisam de proteção especial, tal como, idosos, gestantes, crianças.²⁷

5.6 Dever de informar e o princípio da transparência

O dever de informação previsto em diversos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor impõe ao fornecedor a obrigação de disponibilizar ao consumidor todas as informações necessárias e relevantes, a respeito dos produtos, serviços, características, qualidades, preço, riscos, de maneira clara e precisa, não sendo admitidas falhas ou omissões nesse sentido.

Tal dever de informação é exigido por parte do fornecedor a partir da fase pré-contratual (na oferta), na apresentação e na publicidade, tendo em vista que os dados veiculados por esse meio integrarão o contrato a ser celebrado posteriormente.

Previsto expressamente nos artigos 4º, IV e 46 do Código de Defesa do Consumidor trata da obrigatoriedade em se dar prévio conhecimento ao consumidor acerca dos direitos e obrigações que lhe serão atribuídos pelo contrato, antes que este se vincule a avença.

A imposição do dever de informação decorre do fato de que o elemento formador do contrato é típico de adesão. Logo, não há sentido lógico ou jurídico em se obrigar o consumidor a cumprir cláusulas contratuais criadas unilateralmente pela vontade e decisão do fornecedor, sem antes permitir que o consumidor delas tome conhecimento, compreenda o sentido e o alcance do texto imposto.

Nos termos do artigo 46 do Código do Consumidor, o contrato não obrigará o fornecedor se não lhe for dada oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo,

²⁷ NUNES, Rizzatto. *idem.* p. 14.

nem se o instrumento for redigido de modo a dificultar a compreensão de sentido e seu alcance.

A adoção dessa linguagem de difícil compreensão não precisa ser intencionalmente proposital por parte do fornecedor, pois o pressuposto de clareza é absoluto.

Novamente, de acordo com Rizzatto Nunes²⁸, os deveres de informação e transparência expostos acima, houve a inversão da regra do *cavet emptor* segundo a qual cabia ao consumidor buscar informações a respeito do produto ou serviço que fosse de seu interesse. A regra passou a ser do *cavet vendicto* que dispõe caber ao fornecedor dar cabal informação sobre o produto ou serviço.

Alexandre Malfatti acrescenta que é um princípio constitucional implícito que atua em conjunto com a dignidade da pessoa humana, livre iniciativa, redução das desigualdades sociais, proteção à vida, promoção do bem de todos, liberdade de expressão, acesso à informação e defesa do consumidor.

O princípio da informação muitas vezes é equiparado ao princípio da transparência, uma vez que há a obrigação do fornecedor veicular informações claras, corretas e precisas. Para outros autores é decorrência do princípio da transparência.

No entendimento da autora Cristiane Hessler, o princípio da informação envolve a educação e informação propriamente dita, pois a educação relaciona-se com o conhecimento das partes, enquanto a informação concerne ao conteúdo da mensagem e ao poder de assimilação que embasará a escolha do fornecedor.

5.7 Vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor

Por meio das ferramentas jurídicas postas à disposição do consumidor, a lei reconhece o fato de que esse é vulnerável na medida em que não tem acesso ao sistema produtivo, condições de conhecer seu funcionamento, nem de ter informações sobre o resultado que são os produtos e serviços oferecidos. Para Rizzatto Nunes, o

“(...) consumidor é a parte fraca da relação jurídica de consumo. Essa fraqueza, essa fragilidade, é real, concreta, e decorre de dois aspectos: um de ordem técnica e outro de cunho econômico. O primeiro está ligado aos meios de produção, cujo conhecimento é monopólio do fornecedor. E quando se fala em meios de produção não se está apenas referindo aos

²⁸ NUNES, Rizzatto. *idem*, p. 15

aspectos técnicos e administrativos para a fabricação de produtos e prestação de serviços que o fornecedor detém, mas também ao elemento fundamental da decisão: é o fornecedor que escolhe o que, quando e de que maneira produzir, de sorte que o *consumidor* está à mercê daquilo que é produzido”.²⁹

Neste sentido, o reconhecimento de que o consumidor é a parte vulnerável da relação de consumo, enseja a observância de dois aspectos: um de ordem técnica e outro de cunho econômico.

O de aspecto técnico diz respeito ao elemento fundamental da decisão do que, como e quando produzir, ou seja, o consumidor fica refém daquilo que é produzido pelo fornecedor.

Por esse motivo a escolha do consumidor já é reduzida, na medida em que ele somente pode optar por aquilo que existe e foi oferecido no mercado. E esta oferta foi decidida unilateralmente pelo fornecedor, visando seus interesses empresariais que são por evidente a obtenção de lucro.

O aspecto econômico corresponde à maior capacidade econômica que o fornecedor tem em relação ao consumidor. É certo que haverá consumidores individuais com boa capacidade econômica e às vezes até superior à de pequenos fornecedores. No entanto, essa é a exceção à regra geral.

Para Antonio Herman Benjamin a diferença entre a vulnerabilidade e hipossuficiência é a seguinte:

*“A vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educadores ou ignorantes, crédulos ou espertos. Já a hipossuficiência é marca pessoal, limitada a alguns - até mesmo a uma coletividade - mas nunca a todos os consumidores”.*³⁰

Portanto há uma diferença entre vulnerabilidade e hipossuficiência. A hipossuficiência é uma situação que determina a falta de suficiência para realizar ou praticar algum ato, ou seja, é uma situação de inferioridade que indica uma falta de capacidade para realizar algo.

Entende-se por Consumidor hipossuficiente aquele que se encontra em situação de impotência ou de inferioridade na relação de consumo, ou seja, está em desvantagem em

²⁹ NUNES, Rizzatto, op. cit. p. 106.

³⁰ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. São Paulo: Forense Universitária, 2000. p. 325.

relação ao fornecedor, decorrente da falta de condições de produzir as provas em seu favor ou comprovar a veracidade do fato constitutivo de seu direito.

Tanto mais, considerando-se que os contratos são tipicamente de adesão, ou seja, não lhes é dada oportunidade para se manifestar a respeito dos termos da contratação.

Por isso na interpretação dos contratos de consumo tem-se de levar em conta a vulnerabilidade e a hipossuficiência do consumidor.

Tratado nos artigos 4º, I e 6º, VIII do Código, o princípio da vulnerabilidade e hipossuficiência decorre, nos dizeres de Roberto Senise Lisboa³¹, do princípio da isonomia a partir do momento em que desiguais são tratados desigualmente.

O reconhecimento dessa desigualdade provém do crescimento da sociedade de consumo, do volume de produtos e serviços, oferecimento de crédito e marketing exagerado e negócios em massa e práticas comerciais que cada vez mais denotam a superioridade do fornecedor.

Cumprido ressaltar que apenas Claudia Lima Marques divide a vulnerabilidade do consumidor em técnica, fática e jurídica. A técnica procede do desconhecimento específico sobre o objeto de consumo. A jurídica e econômica deriva da desproporção fática de forças intelectuais e financeiras³², os demais autores a vulnerabilidade independe desta divisão.

5.8 Princípio da vedação ao abuso de direito

Esse princípio deve ser considerado como basilar para interpretação dos contratos de consumo, obrigando o intérprete sempre a considerá-lo como fonte para entendimento dos termos contrato.

O princípio da boa-fé objetiva, mencionado acima, impede quaisquer formas de abuso de direito pode ser tolerada. Isto é, a boa-fé limita o exercício do direito subjetivo para evitar qualquer tipo de abuso, o mínimo que seja.

Expressada nos artigos 6º, IV e 51 do Código do Consumidor, o princípio significa a vedação aos abusos cometidos por meio de cláusulas contratuais notoriamente desfavoráveis ao consumidor, opressivas, vexatórias, excessivas.

³¹ LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade nas Relações de Consumo**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, p. 83

³² MARQUES, Claudia Lima. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008. p. 112.

A existência de cláusulas nulas, porém, não torna necessariamente nulo todo o contrato, mas permite a declaração da nulidade das cláusulas que atuem em prejuízo do fornecedor.

As cláusulas abusivas são nulas de pleno direito, pois ofendem princípios de ordem pública. São, por exemplo, cláusulas de não indenizar, eleição de foro, limitação de indenização, renúncia a direitos, dentre outras.

De acordo com as regras processuais explicadas pelo professor Nelson Nery³³, as cláusulas abusivas são declaradas nulas, judicialmente, através de ação direta, exceção substancial alegada em defesa ou ainda ato do juiz que consubstanciará defesa constitutiva negativa e não sentença declaratória.

A declaração de nulidade das cláusulas abusivas não está sujeita à preclusão, já que esta não pode se impor sobre matérias reconhecidamente de ordem pública.

A análise a respeito vedação da abusividade das cláusulas pode ser complementada pelo estudo dos dois deveres acessórios, conexos a esse princípio, expostos abaixo.

5.9 Dever de cooperação

Consiste no dever de colaborar para que o contrato atinja a finalidade para o qual foi celebrado. Serão consideradas contrárias ao dever de cooperação medidas da outra parte que inviabilizem ou dificultem o cumprimento dos fins buscado pelo contrato.

5.10 Dever de cuidado

Pode ser traduzido como um dever para com o patrimônio e a integridade física ou moral do outro contraente. É a obrigação de segurança que a parte deverá ter para não causar danos morais ou materiais à outra.

³³ NERY JUNIOR., Nelson. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor** – Comentado pelos Autores do Anteprojeto. 9 ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007, p. 555.

5.11 Protecționismo

É o princípio que inaugura o sistema da lei consumerista. Decorre diretamente do texto constitucional, que estabelecesse a defesa do consumidor como um dos princípios gerais da atividade econômica.

Dessa forma, as normas instituídas pelo Código têm por objetivo e meta a proteção e defesa do consumidor. E no âmbito dos contratos não seria diferente, já que neles também deve incidir o princípio do protecționismo.

Assim cláusulas vagas, ambíguas, contraditórias devem ser interpretadas em desfavor de seu estipulante e de maneira mais favorável ao consumidor, segundo o artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor.

5.12 Princípio da função social do contrato

A função social do contrato não tem como objetivo limitar a autonomia da vontade privada. Não corresponde a uma simples intervenção estatal na liberdade de contratar, mas sim uma intervenção regrada capaz de garantir a concretização dos preceitos constitucionais da função social da propriedade, valor social da livre iniciativa e princípio da ordem econômica.

Como ensina Nelson Nery³⁴, a função social do contrato constitui um abandono da busca de interesse puramente individuais e adoção de limites impostos ao conteúdo do contrato, efetivando-se assim a socialização do instituto jurídico para movimentar o mercado de consumo e realizar os interesses da coletividade.

Embora o Código de Defesa do Consumidor não mencione expressamente, é certo que a função social do contrato deve ser atendida tanto nos contratos de consumo, quanto nos contratos mercantis regidos pelo Código Civil, tendo em vista que a principiologia do CDC reflete exatamente o conceito de função social das contratações.

³⁴ NERY JUNIOR, Nelson, *idem*, p. 555.

6. PRINCÍPIOS NORTEADORES DAS RELAÇÕES DE CONSUMO E SEUS REFLEXOS NAS INFRAÇÕES PENAIS

O Código de Defesa do Consumidor possui um sistema formado por princípios previstos, explícita ou implicitamente, entre os artigos 1º e 7º, os quais deverão ser respeitados pelo intérprete. Tudo o que mais constar da Lei, consoante lições de Nelson Nery Junior, será uma projeção destes princípios gerais³⁵.

O artigo 1º do Código de Defesa do Consumidor prescreve que as normas que se encontram ali inscritas são de ordem pública e interesse social. As consequências que derivam do dispositivo em questão são que o juiz possui o dever de examinar qualquer matéria concernente às relações de consumo *ex officio* e que a preclusão não ocorre em tempo algum, sendo certo que as questões provenientes daquela poderão ser analisadas e revistas sempre, independente do grau de jurisdição.

A participação do Ministério Público é obrigatória em todas as ações que envolvam a lide de consumo. A Instituição possui legitimidade para defender, em juízo, os direitos individuais homogêneos do consumidor, justamente por serem eles de interesse social; atendendo, assim, a própria finalidade institucional.

Serão analisados agora os princípios norteadores das relações de consumo que repercutem na esfera penal, sendo certo que os demais serão arrolados na medida do desenvolvimento da exposição daqueles.

Primeiramente, focar-se-á o princípio da isonomia, por ser ele um dos principais garantidores dos direitos individuais. Sua incidência se dá sobre o Código de Defesa do Consumidor e está previsto no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, no artigo 1º da Resolução da ONU (Organização das Nações Unidas) sobre os direitos do consumidor e, por fim, no artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor.

Figuram em uma relação de consumo, imprescindivelmente, consumidor e fornecedor. Segundo Celso Bandeira de Melo “a isonomia se consagra como o maior dos princípios garantidores dos direitos individuais. *Praeter legem*, a presunção genérica é absoluta de igualdade, porque o texto da Constituição a impõe. Editada a lei, aí sim, surgem

³⁵ NERY JUNIOR, Nelson. op. cit. p. 51.

as distinções (que possam se compatibilizar com o princípio máximo) por ela formuladas em consideração à diversidade das situações”³⁶.

A Constituição Federal almeja a igualdade real, em detrimento da formal. Sendo assim, em determinadas situações, o legislador pode adotar um fator de *discrímén*, para colocar em passo de igualdade dois sujeitos de uma relação jurídica qualquer. Se fosse assegurada apenas a igualdade formal, em algumas relações jurídicas em que um dos sujeitos é hipossuficiente, jamais seria alcançado o equilíbrio de forças.

Em seu artigo 4º, inciso I, o Código de Defesa do Consumidor colocou o consumidor como parte vulnerável nas relações de consumo. E de fato, ele é mesmo hipossuficiente na relação jurídica de consumo. Para que seja alcançado o equilíbrio dessa relação, mister que a lei traçasse um conjunto de medidas com o objetivo de colocá-lo em posição idêntica à do fornecedor.

Para Nelson Nery Junior, a inversão do ônus da prova é manifestação incontroversa do princípio da isonomia, pois dois requisitos são impostos para a quebra do princípio segundo o qual o ônus da prova é de quem alega: hipossuficiência do consumidor ou alegação verossímil deste. O doutrinador salienta que a hipossuficiência aludida não é apenas econômica, mas também técnica³⁷.

Com o escopo de atingir a paridade real entre consumidor e fornecedor, o Código de Defesa do Consumidor adota uma outra medida, a qual consiste na inversão do ônus da prova da veracidade da publicidade. Nesta hipótese, a presunção é absoluta, sempre em desfavor do fornecedor.

No tocante à interpretação das cláusulas contratuais, havendo mais de uma possível, o artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor prescreve que será acolhida a mais favorável ao consumidor. Essa regra é muito importante, principalmente no que diz respeito aos contratos de adesão, nos quais, via de regra, o consumidor não possui o domínio de alterar, retirar ou adicionar cláusulas, conforme já salientado anteriormente.

Consoante Eliana Passareli, “o princípio da isonomia é a razão de ser da incriminação de determinadas condutas perpetradas pelo fornecedor. A incidência do direito

³⁶ MELO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do princípio da Igualdade**, São Paulo: Malheiros, 1993. p. 13.

³⁷ NERY JUNIOR, Nelson. op. cit. p. 55.

repressivo também foi uma forma encontrada pelo legislador para estabelecer o equilíbrio entre os dois sujeitos da relação jurídica de consumo³⁸.

Neste sentido, nota-se que a maior parte das infrações penais previstas nos artigos 63 ao 74 do Código de Defesa do Consumidor é classificada doutrinariamente como de perigo, ou seja, o dano material é prescindível, bastando, apenas, a conduta do fornecedor ter gerado potencialidade de dano. Sendo assim, fica demonstrado que o consumidor foi considerado hipossuficiente pela lei, a qual estabeleceu meios através dos quais busca-se balancear a relação jurídica de consumo.

No tocante à responsabilidade civil, o Código de Defesa do Consumidor elencou diversos princípios, tais como o da responsabilidade objetiva, acumulação de dano moral com material, o da indenização integral, o da responsabilidade do profissional liberal e o da solidariedade.

Tratando-se de Direito Penal, não há que se falar em responsabilidade objetiva, pois a presunção de dolo ou de culpa em sentido estrito já foi há muito abandonada. A responsabilidade penal é eminentemente subjetiva.

A razão da edição do artigo 75 do Código de Defesa do Consumidor é explicada, porém não justificada, pela ansiedade do legislador em estender a responsabilidade objetiva no campo penal. Este dispositivo abriria uma brecha para a consagração da responsabilidade objetiva, e, por isso, foi revogado pelo artigo 11 da Lei federal nº 8.137/90.

Quanto ao princípio da solidariedade, este também não pode ser aplicado no campo repressivo da esfera penal, tendo em vista que a co-autoria e participação, não podem ser presumidas, havendo a necessidade de estarem fática e juridicamente demonstradas.

Também foram inscritos pelo legislador no Código de Defesa do Consumidor diversos princípios versando sobre os contratos. São eles o princípio da boa-fé, da conservação do contrato, da interpretação dos contratos de consumo, da proibição de cláusulas abusivas e da execução continuada ou diferida.

O princípio referente à cobrança de dívidas é muito importante no âmbito penal, pois seu enunciado resultou na criação do tipo penal insculpido no artigo 71 do Código de Defesa do Consumidor. O artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor prescreve que “na

³⁸ PASSARELLI, op. cit. p. 27.

cobrança de débitos o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça”.

Neste sentido, o Código de Defesa do Consumidor proíbe a cobrança vexatória de dívida, visando resguardar a honra e a incolumidade física e psíquica do consumidor, punindo a prática de cobranças vexatórias, capazes de expor o consumidor a ridículo, ou ainda efetuadas mediante emprego de coação, ameaça, violência ou outros meios desproporcionais. O legislador também entendeu por bem preservar o consumidor de cobranças em seu local de trabalho ou de lazer.

No tocante aos princípios relativos à publicidade, Nelson Nery Junior identificou seis princípios básicos: princípio da identificação da mensagem publicitária, da vinculação contratual da publicidade, da veracidade, da não abusividade da publicidade, do ônus da prova a cargo do fornecedor e da correção do desvio publicitário³⁹.

O Código de Defesa do Consumidor traz em seu bojo quatro delitos referentes ao mau uso da publicidade, os quais se encontram nos artigos 66 a 69. A referida lei regulou a publicidade, apenas entendida como a veiculação com sentido comercial, que tem o escopo de convencer o consumidor a adquirir o produto ou utilizar-se do serviço. A propaganda vista como veiculação de idéias de conteúdo político, ético, religioso ou moral não foi disciplinada no Código de Defesa do Consumidor.

No artigo 66 da supramencionada lei, está consagrado o princípio da veracidade, segundo o qual a publicidade veiculada deve estar relacionada com as características, a natureza e a qualidade, segurança, desempenho, quantidade e durabilidade reais do produto ou serviço.

A veiculação da publicidade falsa foi punida e, de acordo com Nelson Nery Junior, ela “pode ser verdadeira, mas, ainda assim, ser considerada como enganosa, se omitir dado essencial para aquele anúncio publicitário”⁴⁰.

O artigo 67 do Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, tipificou a ofensa a dois princípios, quais sejam, o da veracidade e o da não abusividade da propaganda. O artigo 37, parágrafo primeiro da referida lei define o que vem a ser publicidade enganosa, sendo inexigível a prova da enganiosidade real, mas tão-somente da mera potencialidade.

³⁹ NERY JUNIOR, op. cit. p. 67.

⁴⁰ NERY JUNIOR, op. cit. p. 68.

Importante salientar que, nesse ponto, o legislador penal foi rigoroso, tendo em vista que o texto legal pune o fornecedor que sabia do caráter enganoso da publicidade ou que deveria saber dessa característica, contudo, não foi acolhido o princípio da inversão do ônus da prova, ao menos na esfera penal. Compete ao órgão acusador demonstrar que o fornecedor deveria saber da natureza enganosa da publicidade.

7. DA RESPONSABILIDADE NA ESFERA CÍVEL

Os contornos atuais da responsabilidade civil se deram através do Direito Francês, com o advento do Código Napoleônico, que, aperfeiçoando as regras do Direito Romano, abandonou o critério de enumeração dos casos de composição obrigatória e generalizou o princípio aquiliano de que a culpa, ainda que levíssima, obriga a indenizar, consagrando o princípio *in lege aquila, lesissima culpa venit* (Na Lei Áquila, trata-se até da Culpa Levíssima).

A mudança de perspectiva da responsabilidade civil migrou, ao longo da história, de uma perspectiva privada (voltada para a proteção individual) para uma perspectiva ampliada de garantia da incolumidade dos bens de titularidade difusa⁴¹.

É a situação jurídica de sujeição do patrimônio do agente ou de terceiro indicado pela lei ao ressarcimento de prejuízos sofridos pela vítima e imputáveis ao agente, conforme requisitos legais.

Para Maria Helena Diniz⁴² o conceito de responsabilidade civil se resume da seguinte maneira:

“Responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesmo praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal”.

Em suma, a responsabilidade civil consiste na obrigação do agente causador do dano em reparar o prejuízo causado a outrem, por ato próprio (autor direto) ou de alguém que dele dependa (autor indireto).

7.1 Responsabilidade Civil

7.1.1 Responsabilidade Civil Contratual

Para sua caracterização, pressuposto essencial é a existência de um contrato vinculando as partes.

⁴¹ RESURREIÇÃO, Mauricio Gaspari. **Da co-responsabilidade civil dos bancos por danos ambientais**. São Paulo, 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9142>> Acessado em: 08 abr. 2011.

⁴² DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva. v. 7º. 21 ed., rev., e atual. 2007, p. 35.

Para Paulo Sérgio⁴³ existe um liame anterior entre as partes, vinculando-as através de uma relação obrigacional, contida em um contrato ou na declaração unilateral, a qual é violada por uma delas de forma a causar prejuízo à outra.

Segundo Maria Helena Diniz⁴⁴, a responsabilidade civil contratual pode assim ser definida: “*Resulta de ilícito contratual, ou seja, de falta de adimplemento ou da mora no cumprimento de qualquer obrigação*”.

7.1.2 Responsabilidade Civil Extracontratual ou Aquiliana

Ela também é conhecida como Responsabilidade Aquiliana, derivada da *Lex Aquilia* e não exige nenhum vínculo anterior ao fato que gera a responsabilidade do agente.

Neste tipo de responsabilidade, o que se exige é um dever contido em uma norma legal, a qual é violada pelo agente, causando dano à vítima⁴⁵.

Para Maria Helena Diniz⁴⁶, a responsabilidade civil aquiliana é aquela resultante *da prática de um ato ilícito por pessoa capaz ou incapaz, não havendo vínculo anterior entre as partes, uma vez que não estão ligadas por uma relação obrigacional ou contratual*.

7.1.3 Responsabilidade Civil Subjetiva

Nesta espécie de responsabilidade, a conduta culposa do agente é o pressuposto do dever de indenizar. Na responsabilidade subjetiva, o lesado deve demonstrar o elemento subjetivo do agente, ou seja, se ele agiu intencionalmente ou atuou por imprudência, negligência ou imperícia⁴⁷.

Os elementos fundamentais desta teoria são: ação ou omissão ilícita, dano, culpa e nexos causal.

⁴³ ALONSO, Paulo Sergio Gomes. **Pressupostos da Responsabilidade Civil Objetiva**. São Paulo: Saraiva. 2000, p. 17.

⁴⁴ DINIZ, op. cit. p. 127.

⁴⁵ ALONSO, op.cit. 19.

⁴⁶ DINIZ, op. cit. p. 128.

⁴⁷ BRASIL. Código Civil. Artigo 186 - Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Para que se constitua a responsabilidade civil subjetiva, imprescindível a presença do elemento culpa, ou seja, a violação do dever genérico de cuidado, podendo configura-se através da imprudência⁴⁸, negligência⁴⁹ ou imperícia⁵⁰.

Além do mais, como requisito essencial, a ação ou omissão que atinge, de forma injusta, a esfera da moralidade alheia, deve causar prejuízos à vítima.

O dano, evidentemente, constitui fato gerador da responsabilidade civil, necessitando de comprovação do resultado lesivo, seja ele um dano moral⁵¹ ou material⁵². Destarte, o dano deve ser atual (embora também se aceite o dano futuro), certo (também se admitindo o dano eventual/possível), pessoal (todavia, também sendo ressarcível o dano ocasionado a pessoa da família) e, direto (também sendo passível o dano reflexo).

Para finalizar os requisitos da responsabilidade civil, entre a ação ou omissão ilícita, faz-se necessária a ligação, o elo com o evento danoso. Assim, o nexo de causalidade é a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão culposa do agente e o prejuízo sofrido pela vítima.

7.1.4 Responsabilidade Civil Objetiva

A transição da responsabilidade civil subjetiva, fundada na culpa, para a responsabilidade objetiva, fundada nos riscos da atividade, tem sua origem precipuamente com o advento das Revoluções Industrial e Tecnológica, com o início da massificação da produção e do consumo e dos infortúnios decorrentes dos riscos e sujeições à perigos, transformando o consumidor identificado em consumidor anônimo.

Por esse motivo, em razão destes riscos criados pela nova ordem tecnológica, eis que surge a necessidade de uma segurança jurídica através da justa reparação dos danos sofridos, nascendo, assim, a tese da responsabilidade objetiva, onde aquele que obtém lucro em determinadas situações deve responder pelos riscos e desvantagens, independentemente de ter agido ou não com culpa. Desta forma, a vítima não tem o ônus de demonstrar a existência de culpa, cabendo-lhe, tão somente, o dever de demonstrar a relação de causalidade entre a atividade do agente e o dano produzido.

⁴⁸ É a modalidade de culpa em que a violação do dever de cuidado ocorre por ação.

⁴⁹ É a modalidade de culpa em que a violação do dever de cuidado ocorre por omissão.

⁵⁰ É a violação de uma conduta técnico-profissional que deveria ser exercida. É a modalidade de culpa decorrente da violação não intencional de regra técnico-profissional.

⁵¹ Repercuta na emoção, na afronta experimentada pela pessoa.

⁵² Implica na diminuição de patrimônio.

Neste sentido, a Jurisprudência pátria determina a Responsabilidade Civil Objetiva do fornecedor da seguinte maneira:

“O Código de Defesa do Consumidor responsabiliza o fornecedor, independentemente de culpa, pelos reparos dos danos causados ao consumidor, por defeitos na prestação de serviços (artigo 14). Apenas eventual culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros, e não concorrente, pode elidir a responsabilidade”. (TAPR, 1ª Câ. Ap. 66.096-8, Emenda 3/9.915, Repertório IOB de Jurisprudência, 15:45).

Assim, pelo fato da responsabilidade, tradicional, baseada na culpa subjetiva, quando aplicada ao direito do consumidor, dificultar demasiadamente a comprovação da negligência do agente, não possibilitando a resolução de diversos casos que a civilização moderna criava ou agravava, além de resultar na impunidade do fornecedor, restando à sociedade o ônus de suportar os prejuízos decorrentes de sua ação ou omissão, esta responsabilidade deu lugar à Responsabilidade Civil Objetiva.

Nesta esteira, quem quiser se beneficiar de algo que lhe trará vantagens, como, v.g., a captação de lucros, de prestígio, de sucesso, entre outros, deverá assumir os riscos e prejuízos que daí podem advir.

Corrobora este entendimento a seguinte Jurisprudência:

“O Poder Público ou o concessionário de serviço público, embora no exercício regular do direito, tem o dever de reparar o dano causado aos particulares. A Teoria Objetiva foi agasalhada, mesmo pelo legislador constituinte, quando inseriu na Carta Magna o preceito do Art. 170... Auferindo as vantagens da atividade industrial, o concessionário de serviço público deve assumir os riscos que essa atividade carrega consigo. A aplicação estreita dos princípios de direito privado, em situações como a retratada nos autos, conduziria à negação do próprio direito⁵³”.

Neste sentido, as atividades potencialmente perigosas que surgiram principalmente com o industrialismo, demandam a incidência de uma responsabilidade objetiva, já que a vítima não tem o ônus de demonstrar a existência de culpa, cabendo-lhe, tão somente, o dever de demonstrar a relação de causalidade entre a atividade do agente e o prejuízo produzido.

O conceito da responsabilidade civil objetiva é muito bem lecionado por Maria Helena Diniz⁵⁴, que determina:

⁵³ Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo disponível em: RJTJSP, 68:142, j. 24/06/1980.

⁵⁴ DINIZ, op. cit. p. 128.

“Se funda no risco, que explica essa responsabilidade no fato de haver o agente causado prejuízo à vítima ou a seus bens. É irrelevante a conduta culposa ou dolosa do causador do dano, uma vez que bastará a existência do nexa causal entre o prejuízo sofrido pela vítima e a ação do agente para que surja o dever de indenizar”.

Imprescindível se faz destacar que esta Responsabilidade Civil objetiva, prevalece no direito das relações de consumo, pois a comprovação da culpa do fornecedor, pelo consumidor, parte hipossuficiente e vulnerável na relação, seria dificultosa. Assim, admite-se a inversão do ônus da prova, cabendo ao fornecedor o ônus de provar que não agiu com culpa ou dolo, no entanto, em se tratando de profissionais liberais, temos a análise diante da responsabilidade subjetiva.

O Código de Defesa do Consumidor nada mais é do que um microsistema jurídico⁵⁵ de caráter multidisciplinar⁵⁶, de ordem pública e de interesse social, baseado na Constituição Federal de 1988 ⁵⁷, cujos princípios se inspiram numa tutela específica que leva em conta a vulnerabilidade do consumidor nas relações de consumo.

A jurisprudência é clara ao sustentar a responsabilidade objetiva do fornecedor em relação aos produtos colocados no mercado de consumo, punindo inclusive os comerciantes em geral, como se observa:

9082813-24.2006.8.26.0000 Apelação
Relator(a): José Carlos Ferreira Alves
Comarca: Piracicaba
Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Privado
Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Privado
Data do julgamento: 05/04/2011
Data de registro: 15/04/2011
Outros números: 994061318235
Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - Fato do produto - Dano moral - Responsabilidade do fornecedor - Responsabilidade subsidiária do comerciante - Responsabilidade objetiva - Inversão do ônus da prova - Desnecessidade de produção de prova técnica pericial que demonstre o defeito do produto - Alegações verossimilhantes de consumidores que gozam do benefício da inversão do ônus probatório - Ré que não se desincumbiu de demonstrar qualquer excludente de sua responsabilidade -

⁵⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *O Direito do Consumidor no Limiar do Século XXI*, p. 22: É um microsistema jurídico porque é composto de princípios que lhe são próprios, fazendo parte de um todo. É de caráter interdisciplinar pelo fato de relacionar-se com outros ramos do direito. Também de caráter multidisciplinar, vez que cuida de questões de Direito Civil, Constitucional, Ambiental, Processual Civil entre outros.

⁵⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *idem*, p. 22: são normas de sobre direito, aplicáveis em todos os ramos do direito onde ocorrerem relações de consumo.

⁵⁷ Tal regra consta no Título II da Constituição Federal, referente aos direitos e garantias fundamentais precisamente no Artigo 5º, XXXIII, C.F.: O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

Discussão sobre o quantum da condenação - Funções ressarcitória e dissuasória da condenação - Não cabe recurso adesivo contra parte que não recorreu da decisão - Sentença procedente - Recurso da ré parcialmente provido para reduzir o valor do quantum - Recurso adesivo dos autores não conhecido em face de segunda ré e prejudicado em face de primeira.

Desta forma, trata-se de uma responsabilidade, inclusive subsidiária em que são protagonistas: Fornecedor e Comerciante, sendo aplicado o direito de inversão do ônus da prova em favor do consumidor.

7.2 As práticas comerciais abusivas no mercado de consumo – Art. 39 CDC

Antes de abordar as infrações penais propriamente ditas, faz-se necessário discorrer breves reflexões acerca do artigo 39 do CDC, “*é vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (...)*”.

Para Jean Baudrillard, citado por Fabíola Meira, os consumidores sofrem constantemente o chamado “constrangimento da inércia”, ou seja, não conseguem permanecer alheios à força da oferta dos variados produtos e serviços.⁵⁸ Os fornecedores e prestadores de serviços se utilizam de todos os meios, que nos dias de hoje são muitos, para envolver os consumidores, seduzindo-os constantemente sem a sua anuência.

Antônio Herman Benjamin menciona que os procedimentos comerciais apresentam-se, como um momento pós-produção. Isso porque, para ele, existem em nossa economia dois processos básicos. Um é a produção – com a criação de produtos e serviços. Outro é a comercialização – o conjunto de atividade através das quais os produtos fluem do produtor para o consumidor final.⁵⁹

Como mencionado no capítulo sobre “**ALTERAÇÕES PROVOCADAS PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NO DIREITO**”, as relações jurídicas devem ser iniciada com base no princípio da boa-fé, a ponto de manter o equilíbrio entre as Partes. Os excessos praticados pelos fornecedores e prestadores de serviços, na oferta e venda de seus produtos ou serviços, deve ser observado de perto pelo poder Administrativo ou Judiciário.

Não somente o artigo 39 do CDC, como também outros dispositivos do próprio CDC, destacam algumas das práticas consideradas abusivas, e principalmente, o mercado de

⁵⁸ SODRÉ; MEIRA; CALDEIRA. op. cit. p. 243

⁵⁹ BENJAMIN, Antonio Herman. **Código de Defesa do Consumidor - Comentário pelos Autores do Anteprojeto**, p. 252.

consumo em geral, pode ser considerado outra fonte de tantas outras abusividades que não estão previstas expressamente em nosso ordenamento, mas que, violando os direitos básicos do consumidor, devem ser consideradas também como impróprias ou abusivas, pois vão contra a boa-fé e o equilíbrio contratual.

Como bem citado por Fabíola Meira⁶⁰, o Código de Defesa do Consumidor, como norma de ordem pública, permite que o Estado resguarde as relações interpessoais por meio de uma atuação intervencionista e pelo dirigismo contratual. Esta intervenção na autonomia da vontade se dá pelo Poder Legislativo, emitindo normas de caráter cogente e observância obrigatória. Ela cita ainda, o conceito de ordem pública trazido por Demolombe,

“a) as disposições que têm por função a manutenção da honestidade pública; b) as disposições protetivas dos indivíduos que, por algumas razões presume-se não deter a mesma liberdade dos demais; c) as disposições que têm por fim assegurar a paz, a harmonia; d) enfim, todas as disposições que tocam o interesse de terceiros, do público, a boa-fé, e a segurança das transações”.⁶¹

Retornando a abusividade, citamos que está é uma questão que o CDC visou suprimir, seguindo os entendimentos de Fabíola Meira, está foi a razão pela qual o referido código traçou premissas e mecanismos de proteção para eliminar ou, ao menos, mitigar os danos à parte vulnerável na relação.

O que podemos observar é que, embora o CDC estabeleça premissas contra abusividade, os abusos continuam ocorrendo e presentes nas relações de consumo em geral. O artigo 4º do CDC, inciso VI, trás o princípio da coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, capazes de causar prejuízos ao consumidor.

Embora, como mencionado por Antonio Herman Benjamin, as práticas comerciais sejam *procedimentos, mecanismo, métodos e técnicas utilizadas pelos fornecedores para, mesmo indiretamente, fomentar, manter, desenvolver e garantir a circulação de seus produtos e serviços até o destinatário final*⁶² é primordial que estas estejam baseadas nos preceitos legais e princípios de proteção ao consumidor. É relevante frisar o CDC não visa impedir e/ou inviabilizar a oferta/venda dos produtos e serviços são ofertados, o principal objetivo é repudiar as condutas irregulares, proibindo o abuso, exigindo um controle contínuo das práticas comerciais, tendo em vista o dinamismo da sociedade em que vivemos.

⁶⁰ SODRE; MEIRA; CALDEIRA. op. cit. p. 244.

⁶¹ DEMOLOMBE (1869), apud MEIRA, Fabíola. in *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, p. 243

⁶² BENJAMIN, Idem, p. 253

8. INFRAÇÕES PENAIS PREVISTAS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (Artigos 61 a 80)

Os crimes previstos no Código de Defesa do Consumidor são crimes de consumo próprios, porque possuem sujeitos e objeto material próprios. O sujeito ativo do crime é o fornecedor, que tem seu conceito trazido pelo artigo 3º, *caput*, do aludido Código. Já o sujeito passivo é o consumidor, cujo conceito, conforme já salientado anteriormente, está previsto nos artigos 2º, *caput* e parágrafo único (conceito de consumidor padrão), 17 e 29 (conceito de consumidor equiparado), todos do mesmo dispositivo legal acima citado.

Para José Augusto Peres Filho, “os crimes contra as relações de consumo são aqueles que atentam contra as relações estabelecidas ou por se estabelecer entre consumidores e fornecedores de produtos ou serviços.”⁶³

Considerando ainda o posicionamento de José Augusto Peres filhos, no momento em que for constatada uma infração ao CDC, é necessário realizar três perguntas: “A primeira é: há sanção de natureza administrativa a ser aplicada ao fornecedor? A segunda: há possibilidade de se buscar indenização de natureza civil – reparação de dano patrimonial, moral, físico ou psíquico, individual ou coletivo? E a terceira: o fato constitui crime contra as relações de consumo?”⁶⁴. A chave para a solução ou identificação está na terceira pergunta, se esta for afirmativa, é porque as primeiras respostas também o foram.

O Legislador de 1990 criminalizou certas condutas, para as quais foram determinadas figuras típicas, dada a especificidade da matéria e por acreditar que era necessário punir de maneira mais severa comportamentos mais graves, para os quais as punições administrativas e civis não seriam suficientes, buscando com isso dar maior efetividade à normas de natureza civil do CDC, ao mesmo tempo em que tenta prevenir novas infrações e preservar a incolumidade do consumidor, de seu patrimônio e a lisura das relações de consumo.⁶⁵

Para José Augusto Peres Filho, não são apenas culturais e sociais as dificuldades para a imposição de penas aos crimes contra as relações de consumo, para ele, existe uma

⁶³ SODRÉ; MEIRA; CALDEIRA, op. cit. p. 345

⁶⁴ SODRÉ; MEIRA; CALDEIRA, op. cit. p. 345

⁶⁵ FILOMENO, Jose Geraldo Brito apud. SODRÉ; MEIRA; CALDEIRA. op. cit. p. 346.

desarmonia da legislação recente, com relação aos costumes da sociedade – não há o hábito de se punir quem ofende ao consumidor, ma há muito mais.⁶⁶

Em um capítulo destinado aos crimes nas relações de consumo, José Augusto Peres Filhos, no livro *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, cita alguns exemplos de crimes e a dificuldade em puni-los, tais como quando o consumidor deixa um automóvel em uma oficina autorizada e, sem que saiba, são empregadas no reparo, peças usadas, diminuindo a confiabilidade do serviço.⁶⁷

No tocante aos outros crimes, que não se encontram no Código de defesa do Consumidor, alguns são crimes de consumo próprios (como, por exemplo, os crimes dos artigos 272, 273, 278, 279 e 280, do Código Penal; artigo 7º, incisos I, II, III, VII e IX – exceto quanto à entrega da matéria-prima, pois ambos os sujeitos da relação comercial são profissionais) e outros são crimes de consumo impróprios, uma vez que, nem sempre, o agente da infração tem a qualidade de fornecedor, o sujeito passivo, de consumidor e nem sempre o objeto material é um produto ou serviço. Segundo o Promotor de Justiça Marco Antonio Zanellato, estes últimos afetam as relações de consumo apenas acidentalmente ou reflexamente⁶⁸.

8.1 Bem Jurídico Tutelado

Nos crimes de consumo a tutela é dirigida diretamente a um bem-interesse jurídico coletivo ou difuso, supra-individual, denominado relações de consumo. Portanto, a lei protege diretamente a relação jurídica de consumo, bem autônomo e imaterial, e, reflexamente, interesses primários do indivíduo-consumidor, como a vida, a saúde, a integridade psíquico-física, o patrimônio etc., tendo em vista que, nos delitos de consumo, normalmente, há um interesse lesado particularmente com a atuação criminosa, além de um interesse metaindividual.

A coletividade, nos crimes contra as relações de consumo, aparece como sujeito passivo principal, imediato e constante (o que pode ser chamado de vitimização coletiva ou difusa), ao passo que o consumidor figura como o sujeito passivo secundário e mediato, que nem sempre sofre ofensa em um de seus bens jurídicos primordiais.

⁶⁶ SODRÉ; MEIRA; CALDEIRA, op. cit. p. 345

⁶⁷ SODRÉ; MEIRA; CALDEIRA, op. cit. p. 346

⁶⁸ CASTELO, Dora Bussab, MATTA, Natália Fernandes Aliende da. **Manual dos Crimes contra as Relações de Consumo**. São Paulo: Imprensa Oficial, 1999. p. 280.

8.2 Natureza Jurídica

Consoante a doutrina majoritária, os crimes contra as relações de consumo são crimes de perigo abstrato (ou de perigo presumido – presunção *juris et de jure*, tendo em vista que a lei presume o perigo de forma absoluta) ou de mera conduta.

8.3 Das Infrações

Serão estudados aqui os tipos penais insculpidos no Código de Defesa do Consumidor. A preocupação recairá sobre o conceito de cada infração penal, a determinação de seus objetos material e jurídico, a definição dos sujeitos dos delitos, a caracterização da conduta, o elemento subjetivo exigido pelo tipo e a classificação doutrinária do crime.

8.4 O artigo 61 do Código de Defesa do Consumidor prescreve que:

*“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”.*⁶⁹

É importante frisar que o fato do Código de Defesa do Consumidor estar vigente e prevendo os crimes contra as relações de consumo, não trás prejuízo aos demais diplomas legais que também estabelece, ainda que forma indireta, a defesa ou proteção do consumidor, sob o aspecto criminal.

Para Costa Junior e Costa, o Código Penal e a legislação penal extravagante continuam em vigor, com efeito subsidiário em relação ao Código de defesa do Consumidor.⁷⁰

8.5 Colocação no Mercado de Produtos ou Serviços Impróprios – Artigo 62

Este artigo previa a punição a quem disponibilizasse produtos ou serviços impróprios. Porém, ele foi vetado pelo Presidente da República, por intermédio da Mensagem n° 664, endereçada ao Presidente do Senado Federal, pela seguinte justificativa: “em se tratando de norma penal, é necessário que a descrição da conduta vedada seja precisa e

⁶⁹ ??

⁷⁰ COSTA JUNIOR, Paulo José da. e COSTA, Fernando da. *Crime contra o Consumidor*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999. p. 3.

determinada. Assim, o dispositivo afronta a garantia estabelecida no artigo 5º, da Constituição”⁷¹.

Algumas críticas foram dirigidas ao veto presidencial. José Gerando Brito Fenômeno, por exemplo, discorda da retirada do referido dispositivo, por entender que este não fere o princípio da legalidade, consagrado pela Carta Magna, tendo em vista tratar-se de uma norma penal em branco⁷².

O fundamento do veto é questionado, portanto, pois a norma penal em branco em referência era complementada pelo disposto nos artigos 18 e 20 do próprio Código, os quais trazem o significado de “produtos” e “serviços impróprios”.

“Artigo 18. (...)

Parágrafo Sexto: São impróprios ao uso e ao 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”.

“Artigo 20 (...)

Parágrafo Segundo: São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendem as normas regulamentares de prestabilidade”.

Em suma, a técnica legislativa adotada para a redação do artigo 62 do Código de Defesa do Consumidor não compromete, em razão de o preceito não padecer de imprecisão ou indeterminação, já que seu necessário complemento vem disposto no próprio estatuto. Trata-se, portanto, de norma penal em branco *lato sensu*.

Visando amenizar o problema causado pelo veto presidencial, foi inserido na Lei federal nº 8.137/90 um dispositivo legal cujo conteúdo é semelhante ao do artigo de lei retirado do Código de Defesa do Consumidor. Dispõe o artigo 7º, inciso IX, daquele diploma:

“Constitui crime contra as relações de consumo: vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo.

Pena – Detenção, de dois a cinco anos, ou multa.

⁷¹ LAZZARINI, Marilena, RIOS, Josué de Oliveira, NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Código de Defesa do Consumidor – anotado e exemplificado pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC)*, São Paulo: ASV, 1991. p. 123.

⁷² FILOMENO, José Geraldo Brito. op. cit. p. 236.

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

Vale ressaltar que o artigo acima transcrito também é uma norma penal em branco em sentido amplo. Curiosamente, seu complemento também é extraído dos artigos 18 e 20 do Código de Defesa do Consumidor.

Comparando as duas redações, conclui-se que a norma vetada era a mais elaborada, por empregar os vocábulos “produtos” e “serviços”, cujas definições encontram-se no artigo 3º, parágrafos 1º e 2º, do Código de Defesa do Consumidor. Por sua vez, a norma penal vigente menciona os termos “matéria-prima” e “mercadoria”, que, além de não estarem definidos na legislação aludida, seguramente não englobam os “serviços”.

Consoante lições de Eliana Passarelli, “o conceito legal de “produto” é mais amplo do que o de “matéria-prima” e o de “mercadoria”, por se constituir em qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”⁷³.

Por todo o exposto, resta claro que teriam sido atendidos os princípios da boa técnica legislativa caso fosse mantida a redação original no artigo 62 do Código de Defesa do Consumidor, merecedora, inexplicavelmente, do veto presidencial.

8.6 Omissão de Dizeres ou Sinais Ostensivos – Artigo 63

É a consequência penal para o descumprimento do disposto no artigo 9º da Lei, que diz que o “fornecedor de produtos ou 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”.

Este dispositivo pode ser caracterizado como um tipo penal aberto, ou seja, que exige complementação por parte do intérprete, tendo em vista a inexistência de descrição ou a constatação de uma descrição incompleta. Isso porque, não há definição do que venha a ser nocividade ou periculosidade de produtos. Também inexistente um rol de todos os produtos nocivos ou perigosos. Ambos os vocábulos devem ser considerados elementos normativos do tipo, cujos significados devem ser interpretados.

⁷³ PASSARELLI, Eliana. op. cit. p. 47.

Paralelamente a isso, foi omitido pelo legislador a qual espécie de bem jurídico tutelado foi dirigida a norma penal. Porém, o artigo 9º, acima redigido, esclarece da forma mais correta essa omissão, fazendo-se concluir que a tutela penal do artigo 63 é dirigida ao enunciado do artigo 9º, ou melhor, a nocividade ou periculosidade expressas na norma penal, dizem respeito, tão-somente, à saúde ou segurança do consumidor.

O legislador também não se preocupou em elaborar as definições legais de embalagens, invólucros e recipientes, o que pode gerar dificuldades na aplicação da própria lei penal. De acordo com os ensinamentos de Antônio Herman Benjamin, *“Embalagem é a apresentação externa do produto, tal qual ele é exposto ao consumidor. Os invólucros, normalmente, protegem o produto e não são expostos ao consumidor. Os recipientes acomodam os produtos, quase sempre, líquidos”*⁷⁴.

Todas as omissões mencionadas devem ser sanadas pelo aplicador da lei penal, possibilitando inúmeras interpretações acerca do tema.

Os sujeitos do delito ora em análise serão aqui determinados. O fornecedor, cuja definição encontra-se no artigo 3º da Lei federal 8.078/90, com exceção da pessoa jurídica, que não comete crimes, figura no pólo ativo. Além do fornecedor, pode o comerciante figurar como sujeito ativo deste crime, quando, por exemplo, retira da embalagem o produto industrializado (salsichas, queijos), a fim de expô-lo. Não sendo o produto industrializado, qualquer integrante da cadeia de produção e comercialização pode ser considerado sujeito ativo do referido crime.

Como sujeito passivo, tem-se a coletividade, como principal e o consumidor, como secundário, nos termos do artigo 2º do supramencionado diploma legal.

No tocante ao objeto jurídico da infração penal em tela, o principal é a relação de consumo. Secundariamente, tem-se a saúde e a segurança do consumidor. Isso porque, a norma penal protege, indiretamente, bens jurídicos outros, que não as relações de consumo.

O delito tipificado no artigo 63 do Código de Defesa do Consumidor é doutrinariamente classificado como de mera conduta, uma vez que na norma penal, não existe a indicação de um resultado a ser alcançado para restar caracterizada a consumação do delito. O núcleo do tipo é “omitir”, não havendo qualquer preocupação com o resultado materialístico originado pela ação negativa.

⁷⁴ HERMAN JUNIOR, Antônio. *Crimes de Consumo no Código de Defesa do Consumidor*, **Revista de Direito do Consumidor**, n° 03, São Paulo: RT set./dez., 1992, p. 99.

O consumidor deve ser avisado através de dizeres (texto escrito nas embalagens, invólucros e recipientes, que nem sempre são suficientes para alertar o consumidor, principalmente num país cuja taxa de analfabetismo é muito alta) e sinais (substitutivo gráfico que tem o condão de informar o consumidor acerca dos riscos de determinado produto).

Este crime considera-se consumado, tão-somente, com a omissão de sinalização ou dizeres acerca da nocividade ou periculosidade do produto.

A figura da tentativa é inadmissível, por ser este um crime omissivo próprio. Segundo Magalhães Noronha, “*em crimes desta natureza, até o momento em que o agente pode praticar o ato, a ausência deste não concretiza a tentativa; se não mais o pode, o delito se consuma*”⁷⁵.

O elemento subjetivo exigido pelo tipo penal é o dolo genérico, bastando que o agente possua a vontade livre e consciente de realizar o tipo descrito no dispositivo legal, não se exigindo uma finalidade específica.

A pena cominada é cumulativa (detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa), ou seja, há a previsão da aplicação de uma pena privativa de liberdade acompanhada de uma sanção pecuniária.

Doutrinariamente, o crime previsto no artigo 63, da Lei federal 8.078/90, é classificado como: comum (quanto à legislação), próprio (quanto ao sujeito ativo), de perigo abstrato (quanto à lesão ao 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*), unisubjetivo (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 á ação penal) e instantâneo (quanto à duração).

Como exemplo da prática deste crime, pode-se citar o caso da “pílula de farinha”, contida em embalagens do anticoncepcional “Microvilar”, do laboratório “Schering do Brasil Química e Farmacêutica Ltda.”. O presidente, o farmacêutico e o direito industrial foram condenados porque os placebos – usados para testes – foram distribuídos no mercado e várias mulheres engravidaram, algumas com risco para sua saúde. A omissão tornou-se penalmente relevante e a circunstância agravante do inciso V do artigo 76 da Lei foi aplicada na dosimetria da pena.

⁷⁵ NORONHA, Edgard Magalhães. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 1. p. 125.

No parágrafo primeiro do artigo 63 do diploma legal ora analisado, o legislador estendeu os efeitos da norma penal incriminadora aos fornecedores prestadores de serviço cuja periculosidade pode ser constatada.

Os comentários acima tecidos acerca da caracterização do tipo penal aberto, dos sujeitos do delito, do objeto jurídico, da consumação, da inadmissibilidade da tentativa, do elemento subjetivo, da pena e da classificação doutrinária são válidos para a norma do parágrafo primeiro.

O parágrafo segundo, por sua vez, trata da modalidade culposa do crime; e a mais comum para este delito é a negligência (quando o sujeito, podendo e devendo agir de determinado modo, por indolência ou preguiça mental, não age ou se comporta de modo diverso).

8.7 Omissão na Comunicação às Autoridades e aos Consumidores – Artigo 64

Trata-se de um tipo penal semelhante ao acima analisado, que emprega os mesmos elementos normativos daquele, quais sejam, nocividade e periculosidade. Sendo assim, também é classificado como um tipo penal aberto e caberá ao intérprete da lei definir o significado desses dois vocábulos.

Pode-se dizer que o tipo penal em questão nada mais é do que o desdobramento do tipo penal acima, sendo certo que este último incrimina a omissão de dizeres e sinais ostensivos sobre a nocividade ou periculosidade de produtos nas embalagens, nos invólucros, recipientes ou publicidade. Assim sendo, o caráter nocivo ou perigoso do produto é conhecido anteriormente à sua colocação no mercado. Já no caso do artigo 64, verifica-se a natureza nociva ou perigosa do produto após a sua colocação no mercado.

No entanto, os comentários formulados quando da análise dos elementos normativos do artigo 63, bem como considerações a respeito dos sujeitos, objetos jurídico e material do delito, se adaptam perfeitamente ao dispositivo legal aqui estudado.

O crime previsto no artigo 64 da Lei federal nº 8.078/90 é omissivo próprio, devendo o agente praticar uma abstenção para restar caracterizada sua consumação.

O tipo penal define a conduta “deixar de comunicar” e os destinatários dessa conduta são as autoridades e os consumidores, os quais devem ser comunicados por intermédio de anúncios publicitários. Ele visa a “pós-venda saudável” e determina o “recall” –

expressão que significa notificar o consumidor para devolver o produto que adquiriu, porque identificado algum problema depois da venda, que cause nocividade ou periculosidade.

As autoridades competentes que devem receber a comunicação da nocividade ou periculosidade estão elencadas no artigo 4º, inciso III, do Decreto nº 2.181 de 20 de março de 1997, que trata da organização do Sistema Nacional de Defesa ao Consumidor. Este dispositivo prescreve que incumbe ao órgão estadual, distrital e municipal de proteção e defesa do consumidor, criado, na forma da lei, especificamente para esse fim, fiscalizar as relações de consumo.

Do artigo 10 do Código, pode-se extrair o fundamento deste crime, que está inserido nos parágrafos 1º, 2º e 3º. Dali se extrai que os consumidores têm direito à informação e que o fornecedor tem a obrigação de notificar não só o consumidor, mas também as autoridades, para que medidas urgentes sejam tomadas em prol da segurança, da saúde e da vida do consumidor, aqui considerado como um número indeterminado de pessoas.

Para restar configurada a prática da empreitada criminosa é preciso que o produto seja introduzido no mercado, tornando possível a pessoa física ou jurídica adquiri-lo ou utilizá-lo, como destinatário final. A consumação, por sua vez, se dá quando o comerciante e/ou fornecedor, tão logo se certifiquem da nocividade ou da periculosidade do produto, não a comunicam às autoridades competentes e aos consumidores, por intermédio de anúncios publicitários.

Nesta infração penal não é previsto um resultado natural, portanto é classificado como crime de mera conduta. O que se tem, apenas, é a produção de um resultado jurídico. Além da natureza omissiva própria da conduta, a tentativa é inadmissível, como já fora frisado anteriormente, durante a análise do artigo 63 da Lei federal nº 8.078/90.

A pena deste delito é cumulativa, tendo em vista a previsão da reprimenda de detenção, juntamente com a sanção pecuniária (detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa).

Doutrinariamente, o crime definido no artigo 64 da supramencionada lei é classificado 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 da consumação de outro crime), simples (quanto à estrutura do tipo), unissubsistente (quanto ao fracionamento do *iter*

criminis), unisubjetivo (quanto ao número de sujeitos ativos), doloso (quanto ao elemento subjetivo), de ação única (quanto ao núcleo do tipo) e instantâneo (quanto à duração).

A título de exemplo desta conduta criminosa, tem-se o caso de medicamento que, embora não se tenha notícia, está causando certos distúrbios a um número indeterminado de pessoas; e de uma máquina lançada sem qualquer risco ao trabalhador, contudo, em vista do avanço tecnológico, descobre-se que suas correias podem prender os membros do operado.

No tocante ao parágrafo único desse mesmo artigo em análise, ele tipifica a abstenção da retirada de produtos considerados nocivos ou perigosos pela autoridade competente.

Por oportuno, é importante salientar que o artigo 11 da Lei federal nº 8.078/90, que obrigava o fornecedor a retirar imediatamente do mercado o produto ou serviço que, mesmo adequadamente utilizado ou fruído, apresentasse alto grau de nocividade ou periculosidade, recebeu veto presidencial. Seu cumprimento era resguardado pela norma penal incriminadora do parágrafo do artigo 64.

A justificativa do veto presidencial ao aludido artigo 11, contida na mensagem nº 664, endereçada ao Presidente do senado federal foi que “o dispositivo é contrário ao interesse público, pois, ao determinar a retirada do mercado de produtos e serviços que apresentem alto grau de periculosidade ou nocividade, mesmo quando adequadamente utilizados, impossibilita a produção e o comércio de bens indispensáveis á vida moderna (v.g. materiais radioativos, produtos químicos e outros)”⁷⁶.

O tipo penal do parágrafo único emprega os mesmos elementos normativos utilizados pelas normas penais incriminadoras analisadas anteriormente: “nocivo” e perigoso”.

No momento em que for verificada a nocividade ou periculosidade de um produto já introduzido no mercado, é dever do fornecedor ou comerciante, avisar as autoridades e os consumidores sobre tal constatação. No caso de aquelas concluírem que a nocividade ou periculosidade se encontra dentro dos limites técnicos estabelecidos, basta ser inserida no recipiente, embalagem ou publicidade uma advertência ao consumidor.

Porém, se as autoridades constatarem que a nocividade ou periculosidade do produto inserido no mercado extrapola os limites técnicos exigidos, expondo a risco de

⁷⁶ LAZZARINI; NUNES JUNIOR. op. cit. p. 120.

grandes proporções os consumidores, o produto deve ser retirado do mercado imediatamente (ou seja, a retirada do produto do mercado deve ser iniciada logo após a determinação da autoridade). Em virtude desta norma, o destinatário da determinação da autoridade competente deve cumpri-la com urgência, sem demora. Não se trata, portanto, de um crime próprio, pois, além do comerciante ou do fornecedor, os fiscais ou outros agentes públicos (responsáveis pela fiscalização das relações de consumo e pelo fiel cumprimento das ordens emanadas das autoridades competentes), podem perpetrá-lo.

A consumação deste delito se dá quando o responsável pela retirada do produto nocivo ou perigoso, após a determinação da autoridade competente, abstém-se do dever legal. Por ser um crime de mera conduta, caso a ordem não seja cumprida imediatamente, também ocorre a consumação.

No que diz respeito aos objetos material e jurídico, ao sujeito passivo, à inadmissibilidade da modalidade tentada, ao elemento subjetivo, à pena cominada, as considerações abordadas para o crime do artigo 64 são válidas para o parágrafo único. A classificação doutrinária coincide, quase que integralmente, salvo no que concerne ao fato de o crime aqui analisado ser comum, no tocante ao sujeito ativo, e não ser crime próprio, pela razão já exposta anteriormente.

8.8 Execução de Serviços Perigosos – Artigo 65

Trata-se de mais uma norma penal em branco, uma vez que emprega, como preceito primário, a locução “serviço de alto grau de periculosidade”, que precisa de um instrumento legislativo que a complete.

Antônio Herman Benjamin afirma, acertadamente, que “os serviços referidos nesse artigo são dotados de periculosidade adquirida (defeito), razão pela qual nem sequer podem ser colocados no mercado”⁷⁷.

No pólo ativo deste crime encontra-se o fornecedor do serviço (artigo 3º, parágrafo segundo do Código de Defesa do Consumidor), tratando-se, portanto, de um crime próprio. Já no pólo passivo, encontra-se a coletividade de consumidores, podendo, também, ser incluída a Administração Pública, já que a ordem desrespeitada dela provém.

⁷⁷ BENJAMIN, op. cit., p. 104.

O objeto jurídico principal é a proteção das relações de consumo, enquanto que o secundário é o resguardo da saúde e da segurança do consumidor.

O núcleo do tipo é o verbo “executar”, não havendo, portanto, necessidade de produção de qualquer resultado naturalístico. Logo, trata-se de um crime de mera conduta. Contudo, os resultados que deste crime podem ser provenientes estão previstos no seu parágrafo único (morte e lesão corporal).

A consumação se dá com o fornecimento do serviço considerado de alto grau de periculosidade sem a devida observação provinda da autoridade competente.

A figura tentada, neste caso, é admitida, pois é permitido o fracionamento do *iter criminis*. Consoante as lições de José Silva Junior, “a interrupção da execução possibilita a tentativa, apesar de difícil caracterização”⁷⁸.

No tocante ao elemento subjetivo exigido pela norma penal incriminadora, é necessário o dolo genérico, não sendo a culpa admitida no plano jurídico, ao passo que é admitida no plano fático, uma vez que há a ausência de expressa disposição legal.

A pena prevista é cumulativa: detenção e multa.

Como exemplos práticos deste crime, pode-se citar as atividades de dedetização, desratização e espargimento de lavouras com defensivos agrícolas. Evidentemente, o material utilizado é venenoso e sua utilização regulada pelos órgãos sanitários.

Houve um caso em que uma empresa foi contratada para dedetizar uma indústria em Mogi das Cruzes e, na atividade, utilizou veneno expressamente proibido pela Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, causando a morte de três operários e a intoxicação de dezenas de outros. Soube-se, na época, que a referida empresa também dedetizava os ambientes do Metrô de São Paulo.

Quanto à classificação doutrinária do delito em questão, 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), plurissubsistente (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).

⁷⁸ SILVA. op. cit. p. 488.

Em relação ao parágrafo único, o qual dispõe que “*As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à lesão corporal e à morte*”, consiste, em síntese, em o fornecedor deixar de observar a determinação da autoridade competente acerca da execução de um serviço entendido como de alto grau de periculosidade, e em decorrência vir a matar uma pessoa. Neste caso, atenta contra dois objetos jurídicos diversos (as relações de consumo e a vida humana), devendo ser punido pela violação de ambos.

No entanto, o dispositivo acima mencionado é alvo de algumas críticas, no sentido de que viola as regras referentes ao concurso formal de crime previstas nos artigos 69 e 70 do Código Penal. Por esta regra entende-se que, quando o agente pratica apenas uma ação e causa dois ou mais resultados, deve ser adotado o critério da exasperação das penas, através do qual deve haver a majoração da pena mais grave, de um terço até a metade, conforme orientação jurisprudencial predominante. Contudo, optou-se pelo critério da cumulação material, que é aplicado, via de regra, ao concurso material de crimes e, excepcionalmente, no concurso formal impróprio e no concurso material benéfico. Um dos operadores do direito que criticou essa cumulação das penas foi Alberto Zacharias Toron.

8.9 Dos Abusos na Publicidade – Artigos 66 Ao 69

Antes de proceder a análise dos crimes previstos nos artigos 66 ao 69, é imprescindível tecer algumas considerações prévias sobre o regime jurídico da publicidade.

A legislação extravagante tentou, de maneira pontual, tratar do assunto, contudo essas práticas se repetiam e a sociedade ansiava por uma legislação mais abrangente e que protegesse, efetivamente, a boa-fé dos consumidores.

Consoante Edney G. Narchi, publicidade é “*mero instrumento do que se convencionou chamar de marketing (para alguns puristas, mercadologia), esta sim uma ciência que procura desvendar os mistérios sobre qual a melhor forma de fazer funcionar a economia, aproximando-se produtores e consumidores*”⁷⁹

A publicidade enganosa ou abusiva era usada como artifício para a prática do estelionato, na sua forma simples e tradicional (artigo 171 do Código Penal), ou como fraude

⁷⁹ NARCHI, Edney G. **Da Publicidade e sua Disciplina do Código de Defesa do Consumidor**. *Justitia*. Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo/ Associação Paulista do Ministério Público, São Paulo, out./dez. 1992.

no comércio (artigo 175 do Código Penal), ou ainda crime contra a economia popular (artigo 2º, inciso IX da Lei 1.521/51), ou, finalmente, na concorrência desleal.

A Lei de Incorporações Imobiliárias (artigo 65 da Lei 4.591/64), a Lei de Loteamentos (artigo 55, inciso III da Lei 6.766/79), a Lei de economia Popular (artigo 3º, inciso VII da Lei 1.521/51) e o Código da Propriedade Industrial (artigo 195 da Lei 9.279/93 – quando trata da concorrência desleal) também cuidam do assunto.

O Anteprojeto do Código Penal (Portaria 790, de 27/10/87) contemplava a publicidade enganosa como tipo autônomo, situado no parágrafo único do artigo 184 (fraude no comércio):

“incorre na mesma pena” (isto é, reclusão, de 7 meses a 2 anos, e multa para fraude no comércio) “o comerciante, o prestador de serviços ou o publicitário que, mediante publicidade, induz ou mantém alguém a erro sobre a natureza, a qualidade e quantidade de bens e serviços”.

Na realidade, a preocupação do legislador era a de proteger a livre concorrência e não os consumidores (proteção subjacente), rumando na contramão da tendência mundial.

Em Estocolmo, em 1967, reviu-se o conteúdo do texto da Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial, acrescentando-se que constituem concorrência desleal os atos capazes de induzir o público em erro sobre a natureza, modo de fabricação, características, possibilidade de utilização ou quantidade de mercadorias.

Hodiernamente, com o Código de Defesa do Consumidor, verdadeiramente os crimes contra a publicidade falsa ou enganosa visam dar efetivo cumprimento às disposições contidas na parte material do Código, no que pertine à lisura da publicidade e a salvaguarda dos direitos dos consumidores, sujeitando os infratores às sanções civis, administrativas, penais e até admoestações por parte do CONAR – Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária.

A partir desta breve apresentação inicial, será analisado o controle da publicidade, mais especificadamente no âmbito repressivo.

8.10 Artigo 66 do Código

O tipo penal descrito no artigo 66 do Código de Defesa do Consumidor não tem a ver com a publicidade veiculada pelos meios de comunicação em massa. Diz respeito ao

balconista, ao vendedor, ao lojista, ao gerente do estabelecimento, ao responsável por um prospecto que acompanhar o produto, um manual de instruções, uma bula etc, mas nunca á uma atividade publicitária massiva.

Em outras palavras, o referido dispositivo faz menção à oferta e à apresentação, sendo omitida a publicidade. Portanto, segundo Eliana Passarelli, “a aplicação do artigo 66 da Lei federal nº 8.078/90, via de consequência, é residual, por não abranger a publicidade. A conduta criminosa cuja incidência se verifica no campo publicitário é aquela descrita no artigo 67 do mencionado Código”⁸⁰.

O objeto jurídico do delito aqui focado é a relação de consumo, no âmbito primário. Secundariamente, é possível apontar a segurança e a saúde da coletividade de consumidores.

Como sujeito ativo da infração penal, tem-se o fornecedor (anunciante) e como sujeito passivo, encontra-se a coletividade de consumidores.

Importante salientar que são dois os núcleos do tipo: Fazer e Omitir, sendo certo que há uma ação positiva e uma abstenção, respectivamente. Portanto, a execução de afirmação falsa ou enganosa, bem como a omissão de informação relevante deve dizer respeito à natureza (essência ou substância da coisa⁸¹), característica (descrição, evidência⁸²), qualidade (grau de perfeição, de precisão, ou de conformidade a certo padrão; atributo pelo qual alguém se individualiza, distinguindo-se dos demais⁸³), quantidade (porção definida de alguma coisa, grandeza de coisas que podem ser medidas ou expressas numericamente⁸⁴), segurança (proteção, confiança, firmeza, o que torna algo livre de perigo⁸⁵), desempenho (qualidade da atuação da execução⁸⁶), durabilidade (o tempo em que uma pessoa, coisa, instituição ou fato tem existência, estado daquilo que dura certo período de tempo⁸⁷), preço (soma devida a alguém como contraprestação ou remuneração de prestação de serviço⁸⁸) e garantia (documento em que o fornecedor assume perante o comprador o compromisso de ressarcir-lo em caso de vício ou fraude⁸⁹) de produtos ou serviços.

⁸⁰ PASSARELLI, op. cit. p. 71.

⁸¹ DINIZ, op.cit., v. 3, p. 336.

⁸² HOLANDA, Aurélio Buarque de. **Dicionário da Língua Portuguesa**, São Paulo: Nova Fronteira.

⁸³ DINIZ, op. cit. v. 4. p. 3.

⁸⁴ Idem, v. 4. p. 5.

⁸⁵ Idem, v. 4. p. 278.

⁸⁶ Idem, v. 2. p. 22.

⁸⁷ Idem, v. 2. p. 252.

⁸⁸ Idem, v. 2. p. 681.

⁸⁹ Idem, v. 2. p. 350.

O momento da consumação do delito é atingido com a prática da conduta comissiva ou omissiva, tratando-se de crime formal, tendo em vista que é necessário que haja um resultado naturalístico.

A figura tentada é admitida somente na modalidade comissiva do crime, como bem exemplifica José Geraldo Brito Filomeno, quando propõe uma situação em que a oferta já elaborada e prestes a ser veiculada, repleta de falsidades ou chamadas enganosas, não chega a conhecimento do consumidor por circunstâncias alheias à vontade do agente⁹⁰.

O elemento subjetivo, por sua vez, é o dolo genérico, logo, não é exigida nenhuma finalidade específica do agente. Já a pena imposta é cumulativa, devendo ser aplicada pelo magistrado, tanto a pena privativa de liberdade, quanto a reprimenda pecuniária.

Como exemplo prático, tem-se a escritura que contém medidas falsas de um imóvel, o que prejudica direitos, bem como a expedição de atestado médico falso, o que altera a verdade sobre fato juridicamente relevante, milagrosos métodos para emagrecimento, elixires de potência sexual, tônicos que fazem nascer e crescer cabelos, amuletos e simpatias que melhoram a sorte do consumidor, falsos móveis de madeira etc.

Em relação ao parágrafo primeiro, o qual preceitua que “*Incorrerá nas mesmas penas quem patrocinar a oferta*”, o núcleo do tipo é “patrocinar” (“favorecer, beneficiar, auxiliar, amparar do ponto de vista financeiro aquele que oferta o produto ou serviço, de sorte a viabilizar essa mesma oferta”⁹¹). Dessa forma, o sujeito ativo é o patrocinador e a consumação se verifica no momento em que o sujeito ativo oferece o patrocínio. A figura tentada é admissível.

Já o parágrafo segundo prescreve a conduta culposa dos dois delitos descritos acima. Portanto, o elemento subjetivo será a culpa, especificadamente a negligência. A pena imposta, de cumulativa, passou a ser alternativa. Por fim, por tratar-se de modalidade culposa, não admite a tentativa.

⁹⁰ FILOMENO, op. cit. p. 251.

⁹¹ ZANELATTO, Marco Antônio. *Crimes contra as Relações de Consumo*. **Cadernos de Doutrina e Jurisprudência da Associação Paulista do Ministério Público**. n° 05. p. 38.

8.11 Artigo 67 do Código de Defesa do Consumidor

Trata-se, novamente, de uma norma penal em branco, cujo preceito primário (publicidade enganosa e abusiva) é indeterminado e necessita de complemento de outra norma.

Este complemento está contido no próprio Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 37, o qual traz as definições legais de publicidade enganosa e abusiva: Publicidade enganosa “*é 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*” – artigo 37, parágrafo primeiro. Publicidade abusiva é aquela “*discriminatória de qualquer natureza, e que incite a violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e inexperiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa á sua saúde*” – artigo 37, parágrafo segundo.

A objetividade jurídica da norma penal incriminadora em questão, como nos crimes estudados acima, também é dúplice, uma vez que tutela, de imediato, as relações de consumo e, mediatamente, resguarda a integridade psíquica do consumidor coletivamente considerado.

O sujeito ativo é o profissional responsável diretamente pela elaboração da publicidade enganosa ou abusiva, ou o profissional responsável pelo veículo de comunicação em que a dita publicidade foi divulgada ao público consumidor. Na condição de sujeito passivo, encontra-se a coletividade de consumidores.

Trata-se de um crime de dano, ao revés do dispositivo analisado anteriormente, pois exige-se a produção de lesão ao bem jurídico tutelado, sendo insuficiente a periclitación ou a probabilidade de dano.

A consumação se dá no instante em que há a veiculação da mensagem publicitária, sem que haja a necessidade de se configurar o resultado naturalístico. A tentativa é admitida.

No tocante ao elemento subjetivo, é admitido tanto o dolo direto (extraído da expressão “*que sabe*”), quanto o dolo eventual (extraído da expressão “*que deveria saber*”).

A reprimenda prevista é cumulativa, pois ao juiz cabe a imposição da pena privativa de liberdade, juntamente com a pena de multa.

8.12 Artigo 68 do Código de Defesa do Consumidor

De acordo com Eliana Passareli, “enquanto o artigo 67 da Lei federal nº 8.078/90 trata genericamente da conduta relacionada à execução ou promoção da publicidade enganosa e abusiva, o dispositivo legal ora focado dirigiu sua atenção para uma espécie de publicidade abusiva determinada: aquela capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança⁹²”.

A objetividade jurídica, mais uma vez dúplice, primariamente é a relação de consumo e, secundariamente, a saúde ou segurança dos consumidores.

No tocante aos sujeitos do delito, momento consumativo, elemento subjetivo e à reprimenda, as considerações tecidas ao delito anteriormente analisado são estendidas ao presente, pela inexistência de qualquer distinção.

8.13 Artigo 69 do Código de Defesa do Consumidor

É o último crime referente à publicidade, o qual visa assegurar a aplicação do artigo 36, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor, o qual impõe ao fornecedor o dever de manter em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos responsáveis pela sustentação do conteúdo da mensagem.

Isso porque, caso haja a necessidade de ajuizamento de qualquer ação, em se tratando de publicidade enganosa ou abusiva, tanto no âmbito particular, como coletivo, terá o judiciário melhores condições de analisar a tendenciosidade ou não de cada publicidade. O motivo disso tudo é assegurar a respeitabilidade, a decência, a honestidade, a veracidade, a idoneidade do anúncio.

O objeto jurídico primário é a relação de consumo, e o secundário, a veracidade publicitária. No pólo ativo figura o fornecedor e no passivo, os consumidores, coletivamente considerados.

⁹² PASSARELLI, op. cit. p. 77.

Quanto à conduta punida pelo legislador, é omissiva própria, exteriorizada pelo núcleo do tipo “*deixar*”.

É importante ressaltar que, mesmo sendo verdadeira a publicidade, caso os dados exigidos pela lei não estejam em poder do fornecedor, o crime subsiste, pois encerra um juízo de inverdade, salvo se por caso fortuito ou força maior.

A consumação se dá quando o agente, antes de veicular a publicidade, deixa de cumprir o dever legal. Não é admitida a tentativa, pois trata-se de um crime omissivo próprio.

O elemento subjetivo é o dolo genérico e a pena cominada é alternativa.

8.14 Emprego de Peças e Componentes de Reposição Usados – Artigo 70

Foi feliz o legislador ao tipificar esta conduta, pois é um tipo de fraude muito existente no País, sob a égide da denominada “Lei de Gerson”. Este dispositivo complementa o artigo 175 do Código Penal (Fraude no Comércio).

Esta norma foi criada para assegurar parcialmente a aplicação do artigo 21 do Código de Defesa do Consumidor, o qual prevê que o prestador de serviços é obrigado a empregar componentes de reposição novos.

Figurando como sujeito ativo da infração penal, tem-se o fornecedor de serviços, por isso a classificação doutrinária deste delito como crime próprio. Já na condição de sujeito passivo, está a coletividade de consumidores.

Quanto à objetividade jurídica, primariamente tem-se as relações de consumo e, secundariamente, o patrimônio do consumidor lesado efetivamente com a fraude perpetrada pelo fornecedor de serviços.

É um crime de mera conduta, pois não se exige qualquer resultado naturalístico para superveniência da consumação. Não há menção alguma sobre o prejuízo a ser experimentado pelo consumidor. Pune-se, tão-somente, a conduta comissiva do fornecedor, cujo núcleo do tipo é “empregar”. Tal afirmação contradita por alguns autores, dentre eles Paulo José da Costa Junior, René Ariel Dotti, os quais lecionam no sentido de o tipo penal reclamar um prejuízo material e concreto ao consumidor, que precisa ser demonstrado.

Atinge-se a consumação da norma penal incriminadora no momento em que o produto reparado pelo fornecedor de serviço é entregue ao consumidor, tendo sido utilizados

peças ou componentes de reposição usados. No entanto, caso haja um acordo prévio entre fornecedor e consumidor, para a utilização de componentes ou peças usados, inexistente crime. Tal fato é tratado pela doutrina como uma excludente da antijuridicidade.

A tentativa é admissível. Se antes de entregar o produto ao consumidor, o fornecedor decide substituir as peças de reposição usadas que havia utilizado por outras novas, não há crime, obviamente.

O dolo genérico é o elemento subjetivo do crime sob análise, não sendo necessário o dolo específico. A conduta culposa não é punível. Já em relação à pena, observa-se sua natureza cumulativa, devendo ser aplicadas, concomitantemente, a reprimenda de detenção e a sanção pecuniária.

Por fim, este crime é 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), 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).

8.15 Meios Vexatórios para a Cobrança de Dívidas – Artigo 71

É um crime que visa assegurar o cumprimento do disposto no artigo 42 do Código, o qual assinala que o consumidor não pode ser exposto a ridículo, nem submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça quando o fornecedor efetuar a cobrança de seus débitos.

Esta infração guarda alguma semelhança com os crimes de constrangimento ilegal, contra a honra e o exercício arbitrário das próprias razões, contudo, deles difere, por referir-se às relações de consumo.

A história mostra que vários foram os abusos cometidos pelos credores na cega busca do que tinham direito. Em São Paulo, havia os conhecidos “vermelinhos” ou “cenourinhas”, que eram cobradores contratados que faziam escândalo na porta dos devedores.

O consumidor não pode ser constrangido, indevidamente, ao pagamento se suas dívidas. Por esta razão, é válido o emprego do advérbio “injustificadamente” na letra da lei.

Não configura crime a hipótese do credor dizer que vai protestar o título ou inscrever o nome do devedor no Cadastro de Serviço de Proteção de Crédito (SPC).

O principal objeto jurídico a ser tutelado é a relação de consumo, sendo certo que, remotamente, são protegidos, também, a honra e a incolumidade física e psíquica do consumidor lesado.

O sujeito ativo do crime é o fornecedor de produtos e serviços (podendo incluir as empresas de cobrança). Já o sujeito passivo, é o consumidor afrontado e a coletividade de consumidores.

Trata-se de um crime comissivo, já que o núcleo do tipo é “utilizar”, e, ainda, de um tipo misto alternativo, pois o agente do crime pode se utilizar de mais de um dos meios previstos para sua prática, de modo que cometerá um único crime.

Para restar consumado o delito, basta que o fornecedor se utilize de qualquer dos meios previstos no tipo penal. Não há necessidade de produção de um resultado materialístico, portanto, trata-se de crime de mera conduta, com exceção nas hipóteses de “informações falsas, incorretas ou enganosas”, quando escritas. Nestas, o crime passará a ser material, sendo que o momento consumativo será alcançado quando houver ciência das informações por parte de terceiros, ou do próprio ofendido.

O elemento subjetivo é o dolo específico de expor o consumidor a ridículo na cobrança de dívidas. Não é prevista a modalidade culposa e a tentativa é admitida, apenas na modalidade escrita.

Doutrinariamente, o crime é classificado como comum (quanto á legislação e à natureza), próprio (quanto ao sujeito ativo), de perigo (quanto á 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).

8.16 Impedimento de Acesso a Banco de Dados – Artigo 72

O escopo desta norma é resguardar a aplicação do artigo 43, *caput* do Código de Defesa do Consumidor, onde está previsto o acesso do consumidor ao conteúdo dos cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre suas respectivas fontes.

O consumidor tem o direito de saber o que consta em seu nome nos cadastros, bancos de dados, fichas e registros ao passo que o fornecedor tem o direito de se prevenir dos maus-pagadores, criando sistemas de defesa de créditos, portanto, o direito de acesso às informações, cujo titular é o consumidor, é justificado, na medida que este pode desejar se redimir, sendo necessário saber, anteriormente, o que consta em seu desfavor. Ele também deve comprovar se os dados ali constantes são verídicos.

O objeto jurídico deste crime é a proteção às relações de consumo e o direito de informações aos consumidores. Ao contrário dos outros crimes anteriormente analisados, este crime é comum, tendo em vista que no pólo ativo figurar qualquer pessoa, não sendo necessária a qualidade especial de fornecedor. O sujeito passivo é a coletividade de consumidores, além daquele que foi efetivamente lesado.

Trata-se de um delito comissivo, que possui dois núcleos do tipo: Impedir e Dificultar. É um crime de mera conduta, de modo que o momento consumativo se dá com o impedimento ou imposição de embaraços pelo sujeito ativo, no acesso às informações pelos consumidores, inexistindo necessidade do resultado de dano. A pena é alternativa, podendo o magistrado decidir entre a pena privativa de liberdade ou a sanção pecuniária.

Na doutrina, o delito do artigo 72 tem a seguinte classificação: 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 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 múltipla (quanto ao núcleo do tipo) e instantâneo (quanto à duração).

8.17 Omissão na Correção de Dados Incorretos – Artigo 73

Trata-se de um crime considerado pela doutrina como um desdobramento do crime anterior, cujo escopo é assegurar a aplicação dos parágrafos 3º e 5º do artigo 43 da Lei federal nº 8.078/90, que prevê que o arquivista deve, no prazo de cinco dias úteis após provocação pelo consumidor, comunicar a alteração dos dados aos eventuais destinatários das informações incorretas.

É possível a impetração de *habeas data* para operar a retificação dos constantes nos cadastros aludidos anteriormente, conforme mandamento constitucional inscrito no artigo 5º, inciso LXXII, alíneas *a* e *b* da Constituição Federal.

Os artigos 72 e 73 do Código de Defesa do Consumidor visam garantir, por força do Direito Penal, a dignidade e o crédito do consumidor – que à evidência necessita de financiamentos para a compra de vários bens de consumo.

Como sujeito ativo deste crime, há a figura do responsável pelo armazenamento, manutenção e retirada das informações que integram os cadastros. Já como sujeito passivo, figura o consumidor.

O núcleo do tipo é o verbo “deixar”, portanto, trata-se de crime omissivo próprio, que se consuma quando o arquivista se abstém de retirar, imediatamente (entenda-se 5 dias), informação sobre o consumidor constante no cadastro, que *sabe ou deveria saber inexata*.

No tocante ao elemento subjetivo, pode existir o dolo direto (extraído da expressão “que sabe”) ou o dolo eventual (extraído da expressão “que deveria saber”). A figura da tentativa não é prevista.

Em relação à pena, verifica-se a existência da alternatividade, envolvendo a pena de detenção e a sanção pecuniária.

Doutrinariamente, este crime é classificado 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).

8.18 Omissão na Entrega de Termos de Garantia – Artigo 74

O artigo 50 do Código de Defesa do Consumidor prevê a possibilidade de garantia complementar à legal. Isto quer dizer que a garantia legal sempre existirá, cabendo ao fornecedor decidir se irá ou não conferir a garantia adicional ao consumidor.

A garantia legal tem dupla finalidade: zelar pelo bom nome do fornecedor e assegurar ao consumidor tranquilidade em face de eventuais e previsíveis defeitos decorrentes da produção em massa de produtos.

A garantia contratual (ou complementar) pode ser afastada pelo fornecedor. Na hipótese apenas de o fornecedor assinalar que o produto ou serviço não tem garantia, omitindo referência à garantia contratual, uma vez que a legal jamais pode ser afastada, estará praticando o delito previsto no artigo 66, tendo em vista que o artigo 74 diz respeito, única e exclusivamente, à garantia contratual, na qual, por força do artigo 50, deve existir termo de garantia devidamente preenchido, com especificação clara de seu conteúdo, enquanto que na garantia legal não se exige o termo de garantia, pois este é presumido pela lei.

Primariamente, o objeto jurídico tutelado é a relação de consumo. Reflexamente, tutela-se o patrimônio dos consumidores que poderá ser lesado na hipótese de estes arcarem com gastos na reparação dos produtos, ainda dentro do lapso temporal determinado pelo termo de garantia inadequadamente preenchido.

O fornecedor figura como sujeito ativo do delito em análise, podendo ser incluído o fabricante (quando não entrega ao fornecedor direito o termo de garantia que deveria ser repassado ao consumidor). Neste caso, haverá o concurso de pessoas. Como sujeito passivo, além da coletividade de consumidores, tem-se o consumidor efetivamente lesionado.

Conforme já salientado anteriormente, o fornecedor não é obrigado a prestar a garantia contratual, no entanto, sua ausência deve ser expressa e específica, sob pena de subsistir a conduta criminosa. Tendo este informado à coletividade de consumidores que o produto ou serviço não é abrangido pela garantia contratual, a ausência de entrega do respectivo termo não constitui crime.

Trata-se de um crime de perigo e mera conduta, pois não exige a demonstração de um resultado naturalístico. Basta a periclitación do bem jurídico tutelado para o crime restar consumado. Por ser um delito omissivo próprio, a tentativa é inadmissível.

O elemento subjetivo é o dolo, sendo certo que admite-se tanto o dolo direto, quanto indireto (eventual ou alternativo). A pena imposta pelo referido artigo é alternativa.

Quanto à classificação doutrinária, temos um 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 (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 conteúdo variado (quanto ao núcleo do tipo) e instantâneo (quanto à duração).

Encerra-se, assim, o estudo das normas penais incriminadoras contidas no Código de Defesa do Consumidor, restando diversas figuras criminosas, disciplinadas em outros dispositivos legais, as quais serão expostas mais adiante. Resta, ainda, analisar os dispositivos contidos nos artigos 75 a 80 da Lei federal nº 8.078/90, os quais tratam do concurso de pessoas, das agravantes genéricas, da fixação da pena pecuniária, das espécies de penas restritivas de direitos passíveis de aplicação, do valor da fiança e, por último, da legitimação dos assistentes do Ministério Público no curso da ação penal.

8.19 A Responsabilidade e Concurso de Pessoas – Artigo 75 do Código de Defesa do Consumidor

Há críticas para a existência deste dispositivo no Código de Defesa do Consumidor. Primeiro, porque o artigo 29 do Código Penal, que trata do concurso de pessoas, é bastante claro e abrangente. Este preceito do artigo 75 não constava da redação do Anteprojeto original, porque seus autores consideram que o Código Penal é subsidiário, complementar ao Código de Defesa do Consumidor. Em segundo lugar, porque traz a idéia de responsabilidade penal objetiva ao diretor, administrador ou gerente da pessoa jurídica que praticar os atos proibidos pelo Código.

Na verdade, não se trata de responsabilidade penal objetiva (compreendida como a punição do sujeito pela simples produção do resultado lesivo ao bem jurídico, prescindindo-se da constatação do elemento subjetivo da conduta, bem como do juízo de reprovação da culpabilidade) e sim de um caráter explicativo da norma, ficando claro que todos os dirigentes da pessoa jurídica podem ser punidos, conhecedores de alguma infração ao Código do Consumidor.

Alberto Zacharias Toron afirma que “a norma do artigo 11, da Lei federal nº 8.137/90 revogou a inscrita no artigo 75 do Código”⁹³, Eliana Passareli, por sua vez, afirma que “é correto aferir que a norma referente ao concurso de pessoas, estatuída na Lei federal nº 8.078/90, jamais entrou em vigor. Foi derogada antes do término da *vacatio legis*”⁹⁴ e, por fim, Damásio de Jesus afirma que “não é suficiente, pois, descrever genericamente o fato e apontar como responsável o presidente, diretor, administrador ou gerente da empresa, como fazia o artigo 75 do Código de Defesa do Consumidor, felizmente derogado pelo artigo 11 da Lei nº 8.137/90, de 27 de dezembro de 1990”⁹⁵.

O referido artigo 11 da Lei 8.137/90 é uma reprodução, quase que integral do artigo 29 do Código Penal, tendo como única distinção a inclusão da locução “*inclusive por pessoa jurídica*”:

“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.”

Este dispositivo veio reafirmar a responsabilidade pessoal, valendo-se da locução “*na medida de sua culpabilidade*”, afastando a natureza objetiva da responsabilidade penal. Isso porque o Código de Defesa do Consumidor foi promulgado em 11 de setembro de 1990, com vigência estabelecida para 180 dias após a devida publicação. Já a Lei federal nº 8.137/90 foi promulgada em 27 de dezembro de 1990, tendo sido sua *vacatio legis* estipulada em 5 dias contados da publicação. Desta forma, conclui-se que a Lei federal nº 8.137/90 entrou em vigor quando ainda transcorria o prazo de *vacatio legis* previsto para o Código de Defesa do Consumidor. Portanto, o primeiro derogou o segundo.

O tratamento do concurso de pessoas, nos crimes contra as relações de consumo, é praticamente igual ao disposto no Código Penal.

⁹³ TORON, Alberto Zacharias. **Aspectos penais da proteção ao consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 671, set. 1991. p. 289-296,

⁹⁴ PASSARELLI, op. cit. p. 105.

⁹⁵ JESUS, Damásio E. de. A individualização da responsabilidade penal nos crimes cometidos por meio de empresa, In: **Direito Penal Empresarial** (tributário e das relações de consumo). São Paulo: Dialética, 1995. p. 63.

8.20 Circunstâncias Agravantes – Artigo 76 do Código de Defesa do Consumidor

O preceito acentua a situação de desigualdade, sobretudo econômica, entre consumidor e fornecedor, repetindo, em boa parte, as disposições já contidas no parágrafo segundo do artigo 4º da Lei nº 1.521/51 (Lei de Economia Popular).

Em razão da natureza peculiar da matéria que disciplina, o Código de Defesa do Consumidor traz em seu corpo agravantes genéricas que diferem daquelas constantes nos artigos 61 e 62 do Código Penal.

8.21 Pena de Multa – Artigo 77 do Código de Defesa do Consumidor

Assim como o Código Penal, o Código de Defesa do Consumidor também calcula a pena pecuniária em dias-multa. Naquele, a pena varia de 10 a 360 unidades de acordo com a situação econômico-financeira do agente, com a possibilidade de triplicação se sua fixação, no máximo for ineficaz, tendo em vista a favorável condição econômica do agente (artigos 49 e 60, parágrafo primeiro, do Código Penal).

O código de Defesa do Consumidor disciplina o assunto autorizando o Juiz a fixar a quantidade de dias-multa dentro da cominação mínima e máxima do crime.

Assim, o agente condenado a três meses de detenção por violação ao artigo 66 do Código de Defesa do Consumidor poderá ter essa pena suspensa pelo *sursis* e a mesma pena considerada para a fixação de multa. Isto é, terá que pagar o equivalente a 90 dias-multa.

8.22 Outras Penas – Artigo 78 do Código de Defesa do Consumidor

O Código Penal, em seus artigos 44 a 47, cuida das penas restritivas de direitos, como substitutivas às penas privativas de liberdade, conforme o caso. Diferentemente, o Código de Defesa do Consumidor faculta a imposição das penas restritivas de direitos cumulativa ou alternadamente.

8.23 Da Fiança – Artigo 79 do Código de Defesa do Consumidor

A regra geral para o arbitramento da fiança está contida no artigo 325 do Código de Processo Penal. O artigo 79 da Lei federal nº 8.078/90 cuida apenas dos crimes contidos na referida Lei.

A fiança, ou seja, caução destinada a garantir o cumprimento das obrigações processuais do réu, era fixada em valores ínfimos e, por isso, não alcançava os seus objetivos.

O legislador, no Código de Defesa do Consumidor resolveu fixar a fiança em valores que podem chegar a cifras altíssimas, indexando-as ao BTN (Bônus do Tesouro Nacional).

O BTN foi extinto pela Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991, a qual “desindexou” a economia e nenhum índice econômico foi criado em substituição. Na ocasião, a instituição do “Plano Collor” criou a TR (Taxa de Referência), porém, esta não é um indexador. O BTN foi congelado pelo seu valor de 1º de fevereiro de 1991, qual seja, Cr\$ 126,86.

É objeto de indagação, então, se estaria congelada a fiança criminal. O entendimento majoritário dos Tribunais é no sentido de rechaçar a tese do congelamento, pois o valor obtido pela aplicação do BTN deve ser atualizado, a partir de 1º de fevereiro de 1991, pela TR, até a data do efetivo pagamento da fiança.

8.24 Intervenção de Assistentes da Acusação e Ação Penal Subsidiária – Artigo 80 do Código de Defesa do Consumidor

O Código Penal é aplicado subsidiariamente ao Código de Defesa do Consumidor. Por isso, os institutos da Assistência à Acusação e da Ação Penal Privada Subsidiária da Pública têm plena aplicação, podendo o ofendido ou seu representante legal agir individualmente na defesa de seus interesses e direitos, consoante o artigo 81 do Código.

Além disso, o legislador previu que “*as entidades e órgãos da Administração Pública, direta e indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código*” e “*as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblear*” poderão tanto atuar como Assistentes da Acusação, como Autores na lide penal, caso o

Ministério Público não se manifeste sobre os fatos no prazo legal (artigo 82, incisos III e IV do Código de Defesa do Consumidor).

O sistema processual confere ao órgão do Ministério Público a livre convicção, facultando-lhe exercer, no prazo legal, uma das três condutas possíveis: oferecer a denúncia, requerer o arquivamento ou requerer novas diligências.

Sem sombra de dúvidas, o envolvimento das entidades de proteção ao consumidor na ação penal, seja como assistentes ou como autores, materializa o sentido do Código, que reconhece a condição de vulnerabilidade dos consumidores e sua importância no contexto social. Além disso, essas entidades, dada a especialidade, podem fomentar a ação com estudos e pesquisas que melhor conduziriam a decisão judicial.

CONCLUSÃO

Desta monografia, com fundamento na pesquisa bibliográfica efetuada, extraem-se as seguintes conclusões, as quais serão apresentadas em tópicos:

- a) O que havia era um mero esboço de proteção contra os abusos praticados no mercado. Posteriormente, surgiu o Código de Defesa do Consumidor, que criou um sistema de responsabilidade de natureza civil, administrativa e penal.
- b) A Constituição Federal de 1988 consagrou a promoção da defesa do consumidor como atividade inerente ao Estado.
- c) Atualmente, o Direito do Consumidor é considerado como uma disciplina autônoma. Ele tem a necessidade de equilibrar as relações jurídicas envolvendo o fornecedor e o consumidor, sendo certo que este é inferiorizado, seja no plano econômico, seja no técnico. Além disso, ele visa assegurar mecanismos de proteção e defesa do consumidor no curso das relações de consumo.
- d) Cabe ao operador do Direito, além de aplicar a norma jurídica, interpretá-la.
- e) Ao prever normas incriminadoras para aqueles que lesam os interesses dos consumidores, foi muito feliz o legislador, dado o poderio econômico dos fornecedores. A única falha, o que é, inclusive, objeto de crítica de muitos doutrinadores, foi ter estabelecido inúmeros tipos penais em branco, o que remete o intérprete sempre a outras legislações para garantir a eficácia da aplicação da norma penal incriminadora.
- f) A proteção conferida ao consumidor é bastante ampla, com as defesas administrativas, civis e penais, previstas não somente no Código de Defesa do Consumidor, mas também no Código Penal e Legislação Extravagante. Não obstante a esta vasta tutela e proteção, o que mais tem se visto é a violação constante e grave aos dispositivos protetores. Anúncios publicitários sem escrúpulos e respeito, enganações acerca dos produtos e má prestação de serviços têm se tornado tão cotidianos, que o consumidor, nem ao menos tem a expectativa de ser ressarcido ou reintegrado à sua situação anterior.
- g) A lei não consegue suprir a hipossuficiência do consumidor, pois não é de todos conhecida e, quando conhecida, nem sempre é aplicada de modo eficaz,

haja vista o próprio Governo não permitir sua aplicação quanto ao racionamento de energia elétrica. Entende-se que o principal caminho a ser percorrido não é nem a conscientização dos direitos à população, mas sim o respeito à norma com sua conseqüente efetividade.

- h) O consumidor imagina que o simples fato de comunicar os fatos aos órgãos encarregados da proteção do consumidor, por si só, provocará a satisfação de seus prejuízos. Não é assim. Cada qual em sua seara, movimentará o Estado para as providências de sua alçada. A Polícia Judiciária colhe provas e municia o Ministério Público para a persecução criminal. A Polícia Administrativa fiscaliza e impõe multas. O PROCON propõe acordos, fiscaliza e atua dentro de suas atribuições.
- i) É por isso que o consumidor deve ser orientado sobre seus direitos e desempenhar sua importante função no macro-sistema de defesa e proteção criado para ele e toda a coletividade de consumidores.
- j) Os crimes tipificados no Código de Defesa do Consumidor são de ação penal pública incondicionada, cabendo a sua promoção ao Ministério Público, através de denúncia. O rito a ser observado é o sumário, uma vez que todos eles são punidos com detenção.
- k) Grande parcela dos crimes elencados no referido Código são classificados pela Doutrina como crimes de perigo, não exigindo a produção de um resultado naturalístico.
- l) As normas penais incriminadoras que versam sobre condutas lesivas ao consumidor não se esgotam no Código de Defesa do Consumidor. Outros diplomas legais trazem definições de normas repressivas relacionadas ao tema, dentre os quais merecem destaque o Código Penal.
- m) O critério adotado pelo Código de Defesa do Consumidor foi o residual, no tocante a definição dos delitos, pois, como se pôde perceber, procurou incriminar condutas consideradas como irrelevantes nas outras legislações. Tanto é que não revogou nenhum dispositivo da Lei de economia Popular ou da Lei de Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e contra as relações de consumo.

Diante das principais conclusões que foram expostas acima, é importante destacar que cabe à sociedade civil organizar-se e exigir o cumprimento de tais dispositivos, de maneira a oporem-se, assim, ao poderio econômico dos fornecedores. Foram criados, como auxiliares desta função, alguns órgãos protetivos dos interesses dos consumidores, que vêm obtendo excelentes resultados em suas reivindicações e, conseqüentemente, tornando-se verdadeiros referenciais na luta por uma igualdade efetiva nas relações de consumo. No Estado de São Paulo, um órgão que merece destaque é o Instituto de Defesa do Consumidor (IDEC), não obstante venha se projetando com muita firmeza em âmbito nacional.

Com relação aos juristas, cabe a eles garantir a aplicação das normas contidas no Código de Defesa do Consumidor, pois, existem poucas obras específicas a respeito do assunto, sendo que a maioria delas são artigos encartados em revistas especializadas ou textos enxutos em livros sobre o Direito do Consumidor em geral. Quanto maior for a produção intelectual, maior será o debate sobre a matéria, o que ensejará o favorecimento do surgimento de propostas legislativas, visando solucionar os diversos problemas envolvendo o Consumidor, conforme premissas contidas no Código de Defesa do Consumidor, assinaladas nesta exposição.

BIBLIOGRAFIA

ALONSO, Paulo Sergio Gomes. **Pressupostos da Responsabilidade Civil Objetiva**. São Paulo: Saraiva. 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro de, MARTINS Inês Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1989.

BENJAMÍN, Antonio Herman de Vasconcelos e. *Crimes de Consumo no Código de Defesa do Consumidor*. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, set./dez. 1992, RT.

BENJAMIN, Antonio Herman. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Comentado pelos Autores do Anteprojeto. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CASTELO, Dora Bussab, MATTA, Nathália Fernandes Aliende da. **Manual dos Crimes contra as Relações de Consumo**. Ministério Público do Estado de São Paulo. São Paulo: Imprensa Oficial, 1999.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **O Direito do Consumidor no Limiar do Século XXI**, 1ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. e COSTA, Fernando da. **Crime contra o Consumidor**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2003.

FONSECA, Antonio César Lima. **Direito Penal do Consumidor**. Código de Defesa do Consumidor. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

FRANCO, Alberto Silva e Outros. **Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial**. Vol. 2, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Luiz Flávio. *Considerações sobre a impunidade da Criminalidade Não-Convencional*. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 9. São Paulo, 1994.

GRINOVER, Ada Pellegrini e Outros. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Comentado pelos Autores do Anteprojeto. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Comentado pelos Autores do Anteprojeto. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

HERMAN JUNIOR, Antonio. *Crimes de Consumo no Código de Defesa do Consumidor*. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 3. São Paulo, set./dez. 1992, RT.

HOBBSAWN, Eric. **Era dos Extremos. O Breve Século XX**. São Paulo: Companhia das Letras, 1994.

HOLANDA, Aurélio Buarque de. **Dicionário da Língua Portuguesa**, São Paulo: Nova Fronteira.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. v. 7. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

JESUS, Damásio E. *A Individualização da Responsabilidade Penal nos Crimes cometidos por meio de Empresa*. In: **Direito Penal Empresarial (tributário e das relações de consumo)**. São Paulo: Dialética, 1995.

LAZZARINI, Álvaro. Tutela **Administrativa e Relações de Consumo**. *Justitia*. n. 54 (v. 160) Procuradoria-Geral de Justiça de São Paulo. Out./dez. 1992.

LAZZARINI, Marilena, RIOS, Josué de Oliveira, NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Código de Defesa do Consumidor Anotado e Exemplificado pelo Instituto de Defesa do Consumidor (IDEC)**. São Paulo: ASV, 1991.

LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade nas Relações de Consumo**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006.

MACHADO, Marlon Wander. **Crimes nas Relações de Consumo**. São Paulo: Madras, 2001.

MARQUES, Claudia Lima. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MELO, Celso Antonio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros, 1993.

MELO, Sonia Maria Vieira de. **O Direito Constitucional na Era da Globalização: A Descoberta da Cidadania**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NARCHI, Edney G. **Da Publicidade e sua Disciplina do Código de Defesa do Consumidor**. *Justitia*. Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo/ Associação Paulista do Ministério Público, São Paulo, out./dez. 1992.

NERY JUNIOR, Nelson, **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 9 ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007.

_____. Os Princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. **Cadernos de Doutrina e Jurisprudência**. nº. 5. São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público, 1992.

_____. **O Ministério Público e sua Legitimação para Defesa do Consumidor em Juízo**. *Justitia*. n. 54. São Paulo. 1992.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Curso de Direito Penal**. v. 1. São Paulo: RT, 1995.

NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2000.

PASSARELLI, Eliana. **Dos Crimes contra as Relações de Consumo**. Lei federal nº 8.078/90 (CDC). São Paulo: Saraiva, 2002.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Legislação Penal Especial**. São Paulo: RT, 1972.

RESURREIÇÃO, Mauricio Gaspari. **Da co-responsabilidade civil dos bancos por danos ambientais**. São Paulo, 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9142>> Acessado em: 08 abr. 2011.

SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1995.

SODRÉ, Marcelo Gomes. MEIRA, Fabíola. CALDEIRA, Patrícia. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Verbatim, 2009.

TORON, Alberto Zacharias. **Aspectos penais da proteção ao consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 671, set. 1991.

ZANELATTO, Marco Antônio. *Crimes contra as Relações de Consumo*. **Cadernos de Doutrina e Jurisprudência**, nº 05. São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público, 1992.

Sites consultados:

http://pt.wikipedia.org/wiki/Direito_do_consumidor. Acessado em: 08 abr. 2011