

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL – UFRGS  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DO CONSUMIDOR  
E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Edson Jorge Cechet

**A PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR POR NORMAS PENAS INCOMPLETAS:  
UMA ANÁLISE DA NORMATIVIDADE DA LEI N. 8078/90 PELO MECANISMO  
DAS NORMAS PENAS EM BRANCO E DOS TIPOS PENAS ABERTOS**

Professor orientador:  
Prof. Dr. Bruno Miragem

Porto Alegre  
2014

EDSON JORGE CECHET

**A PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR POR NORMAS PENAS INCOMPLETAS:  
UMA ANÁLISE DA NORMATIVIDADE DA LEI N. 8078/90 PELO MECANISMO  
DAS NORMAS PENAS EM BRANCO E DOS TIPOS PENAS ABERTOS**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Especialista em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Bruno Miragem

Porto Alegre  
2014

Usem balanças de pesos honestos, tanto para cereais quanto para líquidos. Eu sou o Senhor, o Deus de vocês, que os tirei da terra do Egito.  
Levítico 19:36

EDSON JORGE CECHET

**A PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR POR NORMAS PENAIS INCOMPLETAS:  
UMA ANÁLISE DA NORMATIVIDADE DA LEI N. 8078/90 PELO MECANISMO  
DAS NORMAS PENAIS EM BRANCO E DOS TIPOS PENAIS ABERTOS**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Especialista em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

---

Prof. Dr. Bruno Miragem  
Orientador

Comissão Examinadora

Prof. \_\_\_\_\_

Prof. \_\_\_\_\_

Prof. \_\_\_\_\_

Porto Alegre  
2014

## **RESUMO**

Esta monografia encontra-se distribuída em quatro partes estruturais. A primeira delas esboça um panorama a respeito do Estado Democrático de Direito, no qual figura o princípio da legalidade como forma de assegurar a garantia dos direitos fundamentais do cidadão, traçando um perfil a respeito do surgimento das bases do alicerce desse princípio, que ocupou lugar em praticamente todas as Constituições da República. Depois, analisa a permeabilidade do mesmo princípio frente ao surgimento e à adoção de normas penais incompletas, denominadas normas penais em branco e tipos penais abertos, com análise em relação aos postulados do princípio constitucional do Estado de Direito. A seguir, examina a incidência dessas normas no âmbito estrito do Direito do Consumidor, frente à dinâmica constante dessa matéria e da anterior inflexibilidade do sistema jurídico-penal. Por fim, conclui pela constitucionalidade da utilização do mecanismo e por sua necessidade frente à amplitude da matéria, em decorrência do princípio da determinação legal.

## **ABSTRACT**

This dissertation is divided into four structural parts. The first of them outlines a panorama about the democratic state under the rule of law – where the principle of legality ensures the respect of fundamental rights of the citizen –, outlining the emergence of the foundations of this principle, which is present in practically all the Brazilian Constitutions. After that, it analyses the permeability of the same principle with respect to the emergence of unregulated criminal norms, called blank criminal norms, with the analysis of the postulates of the constitutional principle of the rule of law. Next, it examines the incidence of these norms within the strict framework of Consumer Law, in face of the constant dynamic of this subject and the previous inflexibility of the criminal legal system. Finally, it concludes that the use of this mechanism is constitutional and necessary because of the magnitude of the subject, as a result of the principle of legality.

## SUMÁRIO

RESUMO.....	
RIASSUNTO.....	
I. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	8
1 O Direito e o Princípio da Legalidade.....	8
1.1 Ramos do Direito.....	9
1.1.1 O Direito Penal.....	9
1.1.2 Princípios norteadores do Direito Penal. A reserva legal.....	12
1.1.3 Normas penais.....	19
1.1.3.1 As normas penais em branco em sentido lato.....	20
1.1.3.2 As normas penais em branco em sentido estrito.....	21
1.1.3.3 As normas penais em branco e o aspecto constitucional.....	23
1.1.3.4 Inexistência de vedação constitucional no uso de normas penais em branco.....	23
1.1.3.5 Os tipos penais abertos.....	25
II. O DIREITO CONSUMERISTA PENAL. A PREVISÃO CONSTITUCIONAL.....	30
2.1 A proteção penal do consumidor no âmbito infraconstitucional. Advento da Lei n. 8.078/90.....	31
2.1.1 A responsabilidade penal nas relações de consumo.....	32
2.1.2 O sujeito ativo nos crimes contra as relações de consumo.....	32
2.1.3 A responsabilidade penal da pessoa física.....	33
2.1.4 A Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas .....	33
2.1.5 Sujeito Passivo dos crimes contra as relações de consumo.....	38
2.1.6 Co-autoria ou concurso de pessoas.....	39
2.1.7 Elemento subjetivo nos crimes consumeristas.....	39
2.1.8 Normas Penais na Lei 8078/90. As normas em branco e os tipos abertos.....	39
2.1.9 Cotejo dos tipos previstos na Lei n. 8.078/90.....	42
III. CONCLUSÃO.....	59
REFERÊNCIAS.....	60

## I. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

### 1 O Direito e o Princípio da Legalidade

De acordo com o art. 1º. da Constituição Federal de 1988, o Brasil é um Estado Democrático de Direito, tendo como características básicas a submissão ao império da lei, a divisão de poderes e a garantia dos direitos individuais.

É justamente no Estado Democrático de Direito em que sobreleva a importância da lei, que deve influir, diante do contexto de uma estrutura jurídica e política, na realidade social, permitindo que direitos e garantias em geral recebam tratamento adequado. A lei representa não apenas um conceito formal de ato jurídico abstrato, mas “o ato oficial de maior realce na vida política”, porque “é por meio dela, enquanto emanada da atuação da vontade popular, que o poder estatal propicia ao viver social modos predeterminados de conduta, de maneira que os membros da sociedade saibam, de antemão, como guiar-se na realização de seus interesses”.<sup>1</sup> Todavia, antes que se ingresse no exame da matéria proposta, convém buscar, ao menos brevemente, expressar o significado do que seja Direito.

Conforme Celso Ribeiro Bastos, Direito é “o conjunto de normas e princípios que regem a atividade do Estado, a relação deste com os particulares, assim como o atuar recíproco dos cidadãos.”<sup>2</sup>

No entanto, a definição de Direito tem variantes que inviabilizam um conceito preciso e unitário, a tal ponto de haver numerosas definições, como já referia Kant, ao afirmar que uma plêiade de juristas procurava uma definição que melhor atendesse ao conceito dessa ciência, conhecida primeiramente como *jus*, passando depois a ter um sentido de retidão, de “reto”, “aquilo que é conforme uma regra.”<sup>3</sup>

Para Plácido e Silva<sup>4</sup>, a expressão deriva do latim *directum*, do verbo *dirigere* (que significa dirigir, endireitar). No étimo da palavra, significa o que é reto, o que se dirige conforme a razão, a justiça. Todavia, nesse sentido de justiça, a ciência do Direito deve ser

---

1 SILVA, José Antônio da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. SP: Malheiros Editores, 9ª. ed. Revista, 1994, p. 110.

2 BASTOS, *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2001.

3 MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1991, p. 31.

4 DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*, RJ: Forense, 2001, verbete *Direito Público*.



entendida como o conjunto de normas, obrigações e deveres legais cujo cumprimento é determinado à coletividade, ou ainda a ciência que estuda as regras coercitivas, do ponto de vista legal, que presidem as relações do ser humano inserido em sociedade.

## **1. 1 Ramos do Direito**

O Direito tem vários ramos. O Direito Romano concebia uma divisão do direito em *jus publicum* e *jus privatum*. O primeiro ocupava-se das relações do cidadão com o poder público, enquanto o segundo buscava regular as relações dos particulares entre si. Embora a existência de uma divisão clássica, que versava sobre o *Jus civilis* (Direito Civil), *Jus gentium* (Direito das gentes) e *Jus naturalis* (Direito natural), foi a divisão tradicional que chegou até nós, permitindo que se conceitue o primeiro, Direito Público, como um “conjunto de leis, criadas para regular os interesses de ordem coletiva, ou, em outros termos, principalmente, organizar e disciplinar a organização das instituições políticas de um país, as relações dos poderes públicos entre si, e destes com os particulares como membros de uma coletividade, e na defesa do interesse público.”<sup>5</sup> Nesse sentido, o Direito Público regula as relações jurídicas em que predomina o interesse do Estado, enquanto o Direito Privado disciplina as relações jurídicas que envolvem os interesses dos particulares.

### **1.1.1 O Direito Penal**

Já o Direito Penal é representado pelo conjunto de normas que o Estado utiliza para prevenção ou para repressão de fatos atentatórios à segurança e à ordem social, pelo qual estabelece e limita responsabilidades e relaciona as sanções punitivas pertinentes. Como segmento responsável por selecionar as condutas humanas consideradas prejudiciais ao coletivo, o Direito Penal busca proteger os valores fundamentais para subsistência da vida em comum, incluindo bens jurídicos como a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade. Age através de normas consideradas valorativas, porque reconhecem valores sociais considerados importantes para o cotidiano da sociedade, mandando ou proibindo, através delas, que se produza algum resultado. Por isso é que o Estado cria leis que impõem ao indivíduo agir em conformidade com as regras traçadas pelo ente público, permitindo-se concluir que através

---

5 DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*, RJ: Forense, 2001, verbete *Direito Público*.

do Direito Penal o Estado atua, num primeiro momento, de forma preventiva, e posteriormente, na hipótese de transgressão da norma, de maneira repressiva, visando a evitar que o indivíduo volte a delinquir. Diz-se, por isso, que a função das normas é a proteção dos bens jurídicos a partir da solução dos conflitos sociais, enquanto o Direito Penal atua no controle social, limitado, naturalmente, pela necessidade de respeito às garantias fundamentais.

O Direito Penal advém das necessidades elementares das sociedades humanas, que a ele se sujeitam a fim de buscar estabilidade e garantia à adequada convivência social, por meio de normas que compõem o ordenamento jurídico. Fatos ou atos que contrariem o ordenamento jurídico são considerados ilícitos penais.

Franz Von Liszt, reconhecido como o principal teórico e fundador da Teoria Finalista do Direito Penal, buscou explicar a origem dessa ciência, assim expressando:

“(...) através de um processo de autolimitação, a força punitiva transformou-se em Direito Penal (*jus puniendi*), e, através de uma recepção da ideia de escopo, a cega e desenfreada razão transformou-se na pena jurídica e a cãõ dominada do instinto fez-se a ação controlada da vontade.”<sup>6</sup>

Definiu também o Direito Penal como “o conjunto das prescrições emanadas pelo Estado, que ligam ao crime, como fato, a pena como consequência.”<sup>7</sup>

Outros doutrinadores buscaram definir o Direito Penal. Magalhães Noronha o conceitua como “o conjunto de normas jurídicas que regulam o poder punitivo do Estado, tendo em vista os fatos de natureza criminal e as medidas aplicáveis a quem os pratica.”<sup>8</sup>

José Frederico Marques explica a significação do Direito Penal como “o conjunto de normas que ligam ao crime, como fato, a pena como consequência, e disciplinam também as relações jurídicas daí derivadas, para estabelecer a aplicabilidade das medidas de segurança e a tutela do direito de liberdade em face do poder de punir do Estado.”<sup>9</sup>

---

6 LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*. Trad. J. Hygino Duarte Pereira, Rio. Apud Jesus, Damásio Evangelista de. *Direito penal: parte geral*. 29ª. ed., ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

7 Idem

8 NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 22ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p.12.

9 MARQUES, José Frederico. In: JESUS, Damásio Evangelista de. *Curso de Direito penal: parte geral*. SP: Saraiva, 29 ed., v. 1, p 10.

Mezger o define como o conjunto de normas jurídicas que regulam “*el ejercicio del poder punitivo del Estado, conectando em el delito como presupuesto, la pena como consecuencia jurídica*”.<sup>10</sup>

Todavia, modernamente, mais do que a conceitualização dessa ciência, as abordagens doutrinárias a respeito da terminologia cederam lugar ao debate sobre a finalidade da ciência, composta pela normatividade. A norma representa a expressão do Direito, dos fundamentos pelos quais o indivíduo aceita submeter-se à vontade do Estado, que atua para disciplinar a vida e a sobrevivência coletivas, em sociedade.

Abordando a questão em sua Teoria Pura do Direito, Hans Kelsen diz que a norma jurídica configura o real objeto do Direito, enquanto este representa uma ciência normativa, haja vista que seu objeto se concentra em normas indicativas de um "dever-ser", uma predeterminação de conduta. Direito, para Kelsen, é norma jurídica.<sup>11</sup>

Para uma compreensão mais adequada, também se mostra conveniente rememorar a distinção entre norma e dispositivo legal, ou lei. Esta, em sentido meramente formal, representa o ato estatal, emanado de autoridade legitimada para tanto, podendo conter uma prescrição jurídica concreta. Já em sentido material, a lei pode ser conceituada como norma. No entanto, nem toda norma é, necessariamente, lei, já que aquela pode estar contida em provimentos diversos, inclusive de caráter administrativo. Lei é um conceito do Direito Positivo, enquanto a norma é um conceito de Lógica Jurídica. É certo que a palavra lei pode ser utilizada com outros significados, mas em Direito convém reservá-la para designar o ato em que se expressa a função legislativa do Estado. Assim, lei é o ato produzido pelo órgão ao qual a Constituição atribui a função legislativa, praticado com observância do procedimento previsto para esse fim. Diz que lei é um conceito de Direito Positivo porque em cada ordenamento jurídico a palavra lei pode ter um significado diverso, no sentido de que pode ser um ato unipessoal, ou coletivo, praticado com obediência a esse ou àquele procedimento. E ainda porque em cada ordenamento jurídico é que se define o que há de ser o conteúdo das leis. É possível que a prática de determinado ato dependa de autorização da lei, em cada caso concreto. A lei, então, não terá uma prescrição normativa.<sup>12</sup>

---

10 MEZGER, Edmund von. *Tratado de derecho penal*, t. 1, p. 1. Apud JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal, Parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 5.

11 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. J. Batista Machado. Apud BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 14<sup>a</sup>. ed., 2009.

12 MACHADO, Hugo de Brito. *Uma Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Dialética, 2000, p.72/73.

Lei e norma, portanto, têm conceitos absolutamente distintos. Afirmava Karl Binding<sup>13</sup> que um delinquente não infringia a lei, mas, com sua conduta, ao contrário, realizava exatamente o que a lei previa. Violava, na verdade, algo que está por detrás da lei, ou, quem sabe, acima da própria lei: a norma jurídica. Nessa linha, sustentava que a norma cria o antijurídico; a lei, o delito. A disposição legal compõe-se de preceitos e sanções, e a norma é proibitiva ou imperativa; daí, nascem a ação e a omissão que o Direito Penal pune. Para o autor germânico, havia distinção entre norma e lei, sustentando que a primeira cria o ilícito, e a segunda, o crime. Na norma estaria o preceito (proibitivo ou positivo em forma de ordem), e na lei encontrar-se-ia a descrição da conduta; exatamente esta é que atribuiria ao Estado o poder punitivo.<sup>14</sup>

### 1.1.2 Princípios norteadores do Direito Penal. A reserva legal

Inserto em um estado democrático de direito, o Direito Penal está calcado em um paradigma garantista, cujos preceitos fundamentais representam a expressão de uma tradição jurídica humanista dos séculos XVII e XVIII, consolidada em um processo de secularização da interpretação cristã da história e também em uma razão ilustrada, aos quais se vincula, como dizia Ferrajoli, “a garantia para os cidadãos de uma esfera intangível de liberdade, assegurada pelo fato de que é punível só aquilo que é proibido pela lei, tudo o que a lei não proíbe não é punível, mas é livre ou permitido” e a “igualdade jurídica dos cidadãos perante a lei”<sup>15</sup>

Como ciência, contém princípios norteadores, assim descritos por Nilo Batista<sup>16</sup>: Lesividade (ou ofensividade); intervenção mínima, legalidade (ou reserva legal), humanidade e culpabilidade. Há, além destes, outros que podem ser considerados desdobramentos, entre os quais o da Taxatividade, da Insignificância, da Adequação Social. A par desses, os da Ampla Defesa, previsto no art. 5º., inc. I, da Constituição; do Juiz Natural, da intransmissibilidade da pena (CF/88 - art. 5º, XLV - A pena não vai além da

---

13 BINDING, Karl. Apud BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, 14ª. ed. p. 143.

14 *Ibidem*, p. 145.

15 FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione. Teoria Del garantismo penale*, Quinta edizione, Roma-Bari. Editori Laterza, 1998 XVI-XVII) (“La garanzia per i cittadini di una sfera intangibile di libertà, assicurata dal fatto che essendo punibile solo ciò che è proibito dalla legge, tutto ciò che la legge non proibisce non è punibile, ma è libero o permesso” e “l’uguaglianza giuridica dei cittadini davanti alla legge”. In: SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *Leis penais em banco e o Direito Penal do Risco*. 2003. 188 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2003.

16 BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Revan Ltda., 2007, p. 61 e segs.

pessoa do delinquente); territorialidade; direito a liberdade e da igualdade de todos perante a lei.

Adstrito ao que interessa ao presente estudo, um dos princípios basilares do Direito Penal Brasileiro decorre do enunciado contido no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. A regra constitucional encontra-se também expressa no artigo 1º do Código Penal (Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940), com redação semelhante: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

O nascedouro dessa disposição decorre de influências que a legislação penalista recebeu em seu desenvolvimento, assim considerando desde o sistema jurídico das chamadas “culturas pré-modernas”<sup>17</sup>, que, como direito sacro, era interpretado por autoridades vinculadas à Teologia e ao Direito. Atravessando o tempo, com a separação da Teologia e a secularização do Direito Penal a partir da proteção do indivíduo e da garantia de seus direitos fundamentais, passou-se a uma ordem científica uniforme, através da qual se estabeleceram princípios pela observação e pelo conhecimento dos fatos.

Mas foi a partir de Beccaria, que se avançou no desenvolvimento do Direito Penal. Dito jurista, também filósofo, economista e literato italiano, observou na obra publicada em 1764, que “só as leis podem determinar as penas fixadas para os crimes, e esta autoridade somente pode residir no legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social.”<sup>18</sup>

Todavia, como adverte Heleno Cláudio Fragoso, o postulado já se encontrava em Montesquieu, ao deduzir a necessidade da divisão dos poderes, na obra *O Espírito das Leis* (*L'Esprit des lois*), publicada em 1748, ou seja, dezesseis anos antes, na qual elaborou conceitos sobre formas de governo e exercícios da autoridade política que se tornaram pontos doutrinários básicos da ciência política, vindo a exercer profunda influência no pensamento político moderno, a par de ter inspirado a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, elaborada em 1789, durante a Revolução Francesa.<sup>19</sup>

---

17 (Expressão de HABERMAS, Jürgen *¿Como es posible la legitimidad por via de legalidad?*, p. 22-23)

18 BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*, 4ª. ed. revista da tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, SP, RT, 2010, p. 44. (Do original *Dei Delitti e delle pene*, Mursia: “...*le sole leggi possono decretar Le pene su i delitti, e quest'autorità non può risiedere Che presso Il legislatore Che rappresenta tutta La società unita poer um contratto sociale*”

19 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. 16ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 108.

Disse Montesquieu:

“Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não pode existir liberdade, pois se poderá temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado criem leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se o poder executivo estiver unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. E se estiver ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo então estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse estes três poderes: o de criar as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as querelas dos particulares.”<sup>20</sup>

A respeito, pondera Fragoso:

“Surge o princípio no direito moderno como fruto do direito natural e da filosofia política à época do Iluminismo, orientada no sentido de proscrever a insegurança do direito, o arbítrio e a prepotência dos julgadores da administração da justiça criminal. Montesquieu, com a teoria da separação dos poderes, afirma que o juiz não pode, sem usurpação dos poderes que competem ao legislativo, estabelecer crimes e sanções. Afirma-se, por outro lado, o princípio da obediência do juiz à letra da lei, com a proibição de interpretá-la. As grandes linhas do direito natural, que remontavam ao século anterior, já haviam formado as bases políticas do princípio, ao estabelecer as relações entre a liberdade e o vínculo de dever imposto pelo cidadão à sociedade civil: deram os cidadãos ao Estado o direito de fixar os seus deveres através da lei, Enquanto a lei não é editada subsiste a liberdade natural.”<sup>21</sup>

Todavia, foi Feuerbach, em seu “Tratado de Direito Penal comum vigente na Alemanha”, que expressou com maior significação o conceito, que teve como marco inicial a teoria da coação psicológica, conhecida como *Psychologischen Zwang*, ao considerar que “o mal infligido pelo Estado, ameaçado através de uma lei é a pena civil (*poena forensis*)” e “o fundamento geral da necessidade e da existência deste (tanto na lei, como pelo exercício dela) é a necessidade de manutenção da liberdade

---

20 MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*, Tradução Jean Melville, Ed. Martin Claret, SP 2002, p. 166.

21 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. 16ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 108.

recíproca de todos”, por meio da eliminação do impulso moral à violação do Direito pela coação psicológica.<sup>22</sup>

O conceito tem a seguinte formulação, nos dizeres de Fragoso:

“Toda inflição de pena pressupõe uma lei penal (*nulla poena sine lege*). Somente a *ameaça de um mal através da lei fundamenta a noção e a possibilidade jurídica da pena*. A inflição de pena está condicionada à existência da ação ameaçada (*Nulla poena sine crimine*). Através da lei a pena ameaçada se liga ao fato como o pressuposto jurídico necessário. O fato legalmente ameaçado (o pressuposto legal) é condicionado através da pena legal (*Nullum crimen sine poena legali*). Através da lei o mal liga-se a determinada violação do direito como necessária consequência jurídica.”<sup>23</sup>

Com efeito, se a pena tem função de coação psicológica, a lógica de sua aplicabilidade pressupõe a existência de lei anterior à prática da conduta tipificada como criminosa. Os princípios básicos do Direito Penal passaram, assim, a ser formulados por Feuerbach, pela máxima “*Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali*”, conhecida como princípio da legalidade ou da reserva legal.

Esse princípio, no direito comparado, é avaliado pelo eminente professor Enrique Bacigalupo, integrante do Tribunal Supremo Espanhol, ao dissertar a respeito da aplicação das leis penais:

"En el ámbito del núcleo internalizado del derecho penal la imposición de una pena presupone el incumplimiento de una amenaza penal cognoscible, pues de otra manera, ésta no podría ser experimentada como una ratificación contrafáctica de la confianza defraudada en las normas, lo que impediría estabilizar la lealtad jurídica existente en los ciudadanos."<sup>24</sup>

Desse enunciado, sobressaem duas regras essenciais: 1 – Da reserva legal, “que consiste em estatuir que a regulamentação de determinadas matérias há de se fazer

---

22 FEUERBACH, Paul Johann Anselm Von. In: SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *Leis penais em banco e o Direito Penal do Risco*. 2003. 188 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2003.

23 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 111.

24 BACIGALUPO, Enrique. *Principios Constitucionales de Derecho Penal*. EDITORIAL HAMMURABI S.R.L.. 1999, p.48.

necessariamente por lei;”<sup>25</sup> 2 – Da anterioridade, para a qual é indispensável que a qualificação de determinado fato como crime esteja definida em lei anterior ao próprio fato.

Abstrai-se do axioma que nenhuma conduta pode ser considerada criminosa sem a existência de lei anterior à sua prática que a defina como tal. E, em consequência, também nenhuma sanção pode ser aplicada a qualquer indivíduo que transgrida a norma sem que a pena esteja prevista em lei, com anterioridade. O princípio é indispensável à segurança jurídica e impede que alguém seja punido por conduta não definida como criminosa ao tempo em que praticada. Há, por assim dizer, uma reserva absoluta de lei formal.

No âmbito pátrio, quase todas as cartas constitucionais e todos os diplomas penais acolheram o princípio. A Constituição de 1824 continha a previsão em seu art. 179:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

(...)

XI. Ninguém será sentenciado, senão pela Autoridade competente, por virtude de Lei anterior, e na fôrma por ella prescripta.<sup>26</sup>

A Constituição de 1830 manteve o princípio em seu artigo 72:

Art. 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 15 - Ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ela regulada.<sup>27</sup>

A Constituição de 1934 reproduziu a previsão em seu artigo 133:

Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à

---

25 SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 1994.

26 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1824. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm)

27 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1830. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_05/evol\\_historica.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_05/evol_historica.htm)



subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:  
 (...)
 

- 26) Ninguém será processado, nem sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior ao fato, e na forma por ela prescrita.<sup>28</sup>

Todavia, a Constituição de 1937 deixou de destacar a definição estreita. Embora Heleno Cláudio Fragoso refira que o princípio fora inserto em todas as Constituições, não há registro nas linhas da carta basilar então outorgada. O que mais se aproxima é o texto do art. 122, em seus incisos XI e XIII:

Art. 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:  
 (...)
 

- 11) à exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei e mediante ordem escrita da autoridade competente. Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, senão pela autoridade competente, em virtude de lei e na forma por ela regulada; a instrução criminal será contraditória, asseguradas antes e depois da formação da culpa as necessárias garantias de defesa.
- (...)
- 13) não haverá penas corpóreas perpétuas. As penas estabelecidas ou agravadas na lei nova não se aplicam aos fatos anteriores. Além dos casos previstos na legislação militar para o tempo de guerra, a lei poderá prescrever a pena de morte para os seguintes crimes:<sup>29</sup>

Essa omissão pode ter relação com o modelo daquela Carta Política, imposta em meio a tendências não democráticas, onde o Estado de Direito, de certa forma, sucumbiu ante a força do autoritarismo. Outorgada pelo presidente Getúlio Vargas em 10 de novembro de 1937, de conteúdo pretensamente democrático, coincidiu, na realidade, com a data em que foi implantada a ditadura do Estado Novo. Tanto é assim que ficou conhecida como “Polaca”, por ter sido baseada na Constituição autoritária da Polônia. Redigida pelo jurista Francisco Campos, ministro da Justiça do novo regime, foi aprovada pelo então presidente Getúlio Vargas e pelo ministro da Guerra, general Eurico Gaspar Dutra.

---

28 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1934. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm)

29 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1937. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/principal.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/principal.htm)

Todavia, a Constituição Federal de 1946 voltou a conter o princípio, na redação do artigo 141, § 27:

Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 27 - Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente e na forma de lei anterior.<sup>30</sup>

A reforma constitucional de 1967:

Art. 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 16 - A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior quanto ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu.<sup>31</sup>

A Emenda Constitucional de 1969 manteve a disposição no artigo 153, § 16:

Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 16. A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior, no relativo ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu.<sup>32</sup>

A Constituição Federal de 1988, conforme antes referido, reproduziu o princípio antes estampado na quase unanimidade dos textos basilares e que também foi reeditado no Código Criminal de 1830, no Código de 1890 e no atual diploma repressivo.

---

30 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1946. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm)

31 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1967. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao67.htm)

32 EMENDA CONSTITUCIONAL DE 1969. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm)

### 1.1.3 Normas penais

Já registrada a diferença entre lei e norma, aduz-se que a norma representa o conteúdo da lei. A infração, portanto, não é à lei, mas à norma nela contida.

As normas penais, em sentido estrito, representam a norma jurídica proibitiva de determinada conduta, à qual o ordenamento jurídico impõe sanções. Em sentido lato, a norma penal pode ser também permissiva, explicativa, comum ou especial, completa ou incompleta.

Reservado o exame a estas últimas, as normas penais podem ser completas ou não. Isso significa que pode reunir, em sua formulação, todo o conteúdo da proibição, o preceito e a sanção, com suas especificações, de modo a não permitir interpretação ampla. Diferem das normas de tipo penal aberto, nas quais se verifica a descrição incompleta do modelo de conduta proibida.

As normas penais completas, portanto, definem as infrações e fixam as respectivas penas. Ao contrário das disposições elencadas na lei Mosaica, que previa o tipo em seu núcleo (Não furtarás, não matarás), a técnica legislativa, na atualidade, não diz expressamente o que é proibido realizar, mas prescreve que a prática de ato tido como ilícito propicia a aplicação de determinada sanção.

Damásio Evangelista de Jesus assim refere a respeito:

“As normas penais podem ser completas e incompletas. Completas são as que definem o delito de maneira precisa e determinada, não necessitando de nenhum complemento. Ex.: Pedro, dolosamente, mata José. O fato se enquadra imediatamente no art. 121, *caput*, do CP, que descreve o crime de homicídio doloso.”<sup>33</sup>

Nas normas penais incompletas, porém, o preceito incriminador contém somente parte do que se pretende proibir, dependendo ela de complementação. É a chamada norma penal em branco, na qual o preceito primário não é completo. Sua principal vantagem, segundo Manoel Pedro Pimentel, “é a estabilidade do dispositivo principal, nuclear,

---

33 Disponível em “<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2286/normas-penais-em-branco-tipos-abertos-e-elementos-normativos> e JESUS, Damásio Evangelista de. Direito penal. Parte geral, 29ª ed., p. 21-22.

emanado da autoridade legislativa de maior categoria, através do moroso e complexo processo parlamentar”.<sup>34</sup>

Todavia, permanecendo indeterminado seu conteúdo, é o mesmo completado por atos extravagantes que passam a integrá-lo. É o que ensina Damásio:

“Leis penais incompletas, também denominadas "cegas", "abertas" ou normas penais em branco, são disposições incriminadoras cuja sanção é certa e precisa, permanecendo indeterminado o seu conteúdo. Este é completado por um ato normativo, de origem legislativa ou administrativa, em geral de natureza extrapenal, que passa a integrá-lo. Ex.: nos termos do art. 168-A do CP, que define a apropriação indébita previdenciária, constitui delito o fato de "deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e na forma legal.”<sup>35</sup>

E complementa:

“Normas penais em branco são disposições cuja sanção é determinada, permanecendo indeterminado o seu conteúdo. ... Depende, pois, a exequibilidade da norma penal em branco (ou ‘cega’ ou ‘aberta’) do complemento de outras normas jurídicas ou da futura expedição de certos atos administrativos.”<sup>36</sup>

Tem-se, portanto, que a norma penal em branco é assim denominada porque seu preceito primário não é completo, necessitando de complementação no que se refere à descrição da conduta típica, através de outras normas legais.

O mesmo doutrinador refere a existência de duas classificações para as normas penais em branco:<sup>37</sup>

- a) normas penais em branco em sentido lato;
- b) normas penais em branco em sentido estrito.

### **1.1.3.1 As normas penais em branco em sentido lato**

No primeiro caso, as normas penais em branco em sentido amplo, também denominadas homogêneas, configuram aquelas nas quais o complemento é determinado pela

---

34 PIMENTEL, Manoel Pedro. O crime e a pena na atualidade. SP: Revista dos Tribunais, 1983, p. 53

35 JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 29<sup>a</sup> ed., p. 21-22. /

36 Ibidem

37 Ibidem

mesma fonte de onde se originou a norma de conteúdo incompleto. Tem sua aplicabilidade plenamente aceitável, porquanto, embora deleguem a outras sua complementação, contêm os requisitos formais do processo legislativo ao serem completadas por normas de igual hierarquia, igualmente sujeitas ao exame legislativo, sem violação a preceitos formais ou materiais. Não haveria, portanto, maior problema na utilização de normas penais em branco, cujo complemento se faça em lei distinta da mesma hierarquia.

### 1.1.3.2 As normas penais em branco em sentido estrito

No segundo caso, as em sentido estrito “são aquelas cujo complemento está contido em norma procedente de outra instância legislativa. As fontes formais são heterogêneas, havendo diversificação quanto ao órgão de elaboração legislativa.”<sup>38</sup>

Mais conhecidas como heterogêneas, complementam-se por normas hierarquicamente inferiores, entre as quais podem encontrar-se portarias, regimentos e resoluções. Isso significa que, quando elaboradas, a elas não confere o legislador o sentido integral da norma, resultando em conteúdo a ser complementado por outra norma infra-legal, delegada, legislativamente, a órgãos da administração pública.

A tal respeito, preleciona o Professor José Henrique Pierangelli:

“As normas penais em branco não são leis incompletas, no sentido de tipos abertos, e nem afetam o princípio da reserva legal, pois sempre haverá uma lei anterior (v. *Antonio Pagliaro – “Principi di Diritto Penale”, parte generale, págs. 64, A.giuffrè, Milano, 1972*), desde que isso não implique em delegação de poderes, pois, em tal hipótese, haverá lei só em sentido formal, uma vez que leis estaduais, municipais, portarias, regulamentos ou mesmo decretos, não constituem leis penais. Estes se mantêm dentro de seu caráter e da hierarquia que lhe são próprios, e a lei penal a eles remete, sem abdicar da independência da sanção preestabelecida.”<sup>39</sup>

A razão da existência da norma penal em branco heterogênea, ainda segundo Damásio, ocorre porque o legislador não consegue prever todas as hipóteses passíveis de incidência do tipo penal:

---

38 JESUS. Damásio Evangelista de. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 29<sup>a</sup> ed., p 22.

39 PIERANGELLI, José Henrique. *A norma penal em branco e sua validade temporal*. São Paulo: Justitia, 46 (127):13-17, 1984. Disponível em: <http://www.justitia.com.br/revistas/da0bw2.pdf>

“A vida real... em sua manifestação infinita, cria a todo instante situações que o legislador não lograra fixar em fórmulas legislativas. Como dizia Del Vecchio, o ‘*jus scriptum*’ é insuficiente para refletir a realidade que constantemente se renova, e para oferecer uma solução a todas as exigências novas da vida social. A impossibilidade para o espírito humano de formular previamente todos os casos possíveis do futuro foi explicitamente declarada há séculos pelos juristas romanos. Mas a noção dessa impossibilidade ainda é mais viva na Idade Moderna, em consequência das rápidas transformações das condições de vida, do aparecimento de novas formas de atividade e do despontar de problemas e contrastes novos. E é muito difícil que esses problemas e contrastes possam sempre encontrar uma base segura para solução nas leis já em vigor (*justice, droit, État*, p. 95). Devido a isso, inúmeras situações surgirão não previstas de modo especial pelo legislador. Esgotados os meios interpretativos, cumpre ao aplicador suprir a lacuna da lei, uma vez que não lhe é permitido escusar-se de sentenciar ou despachar a pretexto de omissão da norma. O art. 126 do CPC determina que “o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito.”<sup>40</sup>

Há, por isso, lacunas na norma penal que devem ser complementadas por recursos supletivos. Considerado o princípio da reserva legal, não há unanimidade na adequação a tal respeito, haja vista que aquilo que o Direito Penal não descreve como conduta punível é por ele permitido. Comentando a respeito, ensina o doutrinador:

“Nem todos concordam com isso diante do princípio da reserva legal, sob fundamento de que tudo o que não vem descrito como conduta punível é permitido pelo Direito Penal, estando impedido o intérprete de usar os processos científicos de integração da norma penal, pois seria ela completa em si mesma. De observar, porém, como o fazia José Frederico Marques, que se a lei penal, quando define delitos e comina pena, não pode apresentar falhas e omissões, uma vez que a conduta não prevista legalmente como delituosa é sempre penalmente lícita, extenso campo sobra, mais além das regras penais incriminadoras, no contudo dos preceitos que disciplinam fatos de outra natureza, também afetos à regulamentação jurídica da norma penal (José Frederico Marques, Curso de Direito Penal, 1954, v. 1, p. 162). Assim, não possuem lacunas as normas penais incriminadoras, em face do princípio de reserva legal. As normas penais não incriminadoras, porém, em relação às quais não vige aquele princípio, quando apresentam falhas ou omissões, podem ser integradas pelos recursos fornecidos pela ciência jurídica.”<sup>41</sup>

---

40 JESUS. Damásio Evangelista de. Op. cit., fl. 24

41 JESUS. Damásio Evangelista de. Op. cit.

### 1.1.3.3 As normas penais em branco e o aspecto constitucional

Em um Estado Democrático de Direito, como o Brasil, o poder estatal é subordinado a princípios e a valores jurídicos essenciais, como o da legalidade, elencado no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, e que se torna garantidor dos demais direitos e garantias fundamentais, também asseguradas pela carta basilar.

A questão pertinente à admissibilidade das normas penais em branco na esfera constitucional se refere tanto às normas penais em branco sentido lato como as em sentido estrito, com a observação de que há matérias que, por sua complexidade e natureza, exigem que a proteção penal se dê por meio delas. O cuidado, nessa área, deve ser redobrado, sob pena de permitir a tendência legislativa de tipos amplamente indeterminados.

Essa cautela se impõe, especialmente frente à existência do princípio da legalidade, ou da reserva legal, sendo possível, no entanto, buscar a adequação e a compatibilização de eventuais normas incompletas com esse norte constitucional e legal, assegurando as garantias e os direitos fundamentais existentes, sem prejuízo da competência legislativa. Em razão da própria supremacia da Constituição, os atos normativos infraconstitucionais devem se compatibilizar com as normas constitucionais, aplicando-se o princípio norteador da compatibilidade vertical, que garante a rigidez constitucional.

A respeito, leciona José Afonso da Silva, citando Enrique A. Afatlión: <sup>42</sup>

“...do princípio da supremacia da constituição resulta o da *compatibilidade vertical* das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a constituição. As que não forem compatíveis com ela são inválidas, pois a *incompatibilidade vertical* resolve-se em favor das normas de grau mais elevado, que funcionam como fundamento de validade das inferiores.” <sup>43</sup>

### 1.1.3.4 A inexistência de vedação constitucional no uso de normas penais em branco

Tem-se entendido inexistir inconstitucionalidade em normas penais em branco em sentido estrito quando a proibição estiver corretamente descrita, caso em que a remessa a

---

42 AFTALIÓN, Enrique A. *Introducción al Derecho*. Buenos Aires, La ley, 7ª ed., 1964, p. 201. Apud SILVA, José Afonso da. Op. cit.

43 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 9ª.ed., 1994, p. 48.

dispositivos complementares, unicamente com o propósito de individualização, se evidenciaria jurídica. Ao contrário, todavia, se ultrapassar o propósito de individualização, e à categoria inferior se permitir dispor a respeito da matéria de proibição, a delegação configuraria inconstitucionalidade. Mas, se a descrição da matéria de proibição ocorrer de forma suficiente, não se reconheceria inconstitucionalidade tanto nas normas penais em branco em sentido lato como nas em sentido estrito, já que inexistente afronta ao princípio da legalidade. O fundamento essencial desse princípio é que o destinatário na norma possa prever qual a conduta objeto da vedação legal e qual a sanção a ela aplicada na hipótese de violação da norma. Positivados esses requisitos integradores, estaria composto o princípio constitucional da legalidade, já que o tipo abrangeria todos os elementos pelos quais a conduta típica é definida.

Entretanto, mesmo que ausente descrição pormenorizada de todas as circunstâncias integradoras de uma conduta passível de punição com pena, assim mesmo a norma pode estar verticalmente alinhada com o princípio constitucional da legalidade. A descrição do fato punível ou da matéria de proibição é a principal exigência desse princípio, em seus corolários ou garantias de inviolabilidade, que se desdobram em quatro funções garantidoras (*Lex Praevia*, ou lei prévia; *Lex Certa*, ou lei certa; *Lex Scripta*, ou lei escrita; e *lex stricta*, ou lei escrita). O corolário lei certa exige que a lei penal seja clara, de pronta compreensão e de fácil entendimento. É o ensino de Miguel Reale Júnior, para quem “A lei prévia e certa deve estar revestida de clareza, precisão, generalidade e abstração.”<sup>44</sup>

Essa exigência se dá em relação a ambas as hipóteses de lei penal em branco, tanto àquelas que remetem a dispositivos de hierarquia inferior, ou seja, em sentido estrito, como àquelas que remetem a outros dispositivos da mesma hierarquia, ou seja, em sentido amplo.

No entanto, cumpre que se diga que, na hipótese de a remissão dizer com dispositivos desprovidos de cunho disciplinador de matéria penal, a imprecisão do tipo e a função da garantia das normas mais se evidenciam, tendo em conta que aquilo que não integra a descrição do tipo punível, não faz parte do tipo. Não significa que não haja juridicidade nessas espécies; todavia a questão a indagar é se não resta maculada a constitucionalidade no conjunto entre a norma a ser especificada e a especificadora. Nessa parte, todavia, tem-se entendido que não é a quem se confia a tarefa de completar ou de especificar, senão a

---

44 REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal, PG, vol. I*. Rio de Janeiro: 2ª Ed. Forense, 2004.



medida em que a remissão é utilizada e permite criar riscos para a liberdade e segurança dos cidadãos frente a eventuais punições.

Todavia, a remissão que se autoriza deve ser direta, já que eventual reiteração, ou remissão sucessiva, apresenta grave risco de inconstitucionalidade.

Isso significa que a norma de complementação não pode outorgar a outra a função de complementar a norma penal em branco, já que faltaria a certeza (*Lex certa*) exigida pelo princípio da legalidade, enquanto a sucessividade poderia implicar em delegação de poderes, quando, então, estaria evidenciado o risco de desvirtuamento dos critérios determinados ao legislador original, criando insegurança jurídica ao cidadão.

### 1.1.3.5 As normas penais de tipo aberto

As normas do tipo aberto, por sua vez, são aquelas em que não está expresso, por completo, o comportamento humano, impondo ao intérprete o ônus de investigar a vontade do legislador e tipificar, com base em elementos que não integram a descrição tipificada, as condutas correspondentes.

Atribui-se a Hans Welzel a noção inicial a respeito dos crimes de tipo penal aberto. Autor da obra *Studien zum System des Strafrechts* (Estudos sobre o Sistema Penal), baseado na teoria finalista da ação, Welzel, ao comentar a antijuridicidade da ação, referia que uma vez comprovada a realização do tipo, a antijuridicidade pode ser averiguada por um procedimento puramente negativo: mediante a constatação de que não concorre nenhum preceito permissivo, que seria causa de justificação. Esse método, segundo o jurista, é aplicável também aos tipos “abertos”, ou “que necessitam ser complementados”, salientando que, neste caso, “o juiz te que completar previamente o tipo mediante o critério que se deduz da lei (posição do agente, cuidado necessário no tráfego). Uma vez feito isso, a averiguação da antijuridicidade se realiza como nos tipos fechados”.<sup>45</sup>

Todavia, explicitando a técnica, Welzel mencionava a diferença que se estabelece pela falta de um critério objetivo para completar o tipo aberto. Na obra traduzida por Luiz Regis Prado, assim consta a lição do doutrinador:

“A situação é diferente nos tipos ‘abertos’ em que falta um critério objetivo para completar o tipo, como, por exemplo, a coação do art. 240. Nesse

---

45 WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Tradução de Luiz Regis Prado, 2010, p. 71-72.

dispositivo é descrita como ação típica (entre outras) a de coagir outra pessoa a realizar determinada conduta, mediante a ameaça de um mal manifesto. Esse tipo, tal como está descrito na lei, compreende as ações mais correntes da vida cotidiana, que não podem ser parte da ‘matéria de proibição’. O preceito adicional do § 2º do art. 240 – segundo o qual a coação é antijurídica quando for reprovável o emprego do meio coator para alcançar o fim perseguido – contém apenas um juízo de valor (‘reprovável’), mas não um ponto de apoio que permita conhecer a quais ações faz referência. A antijuridicidade deve ser constatada aqui pelo juiz por meio de um juízo de valor *independente*, o que dá lugar a uma grande incerteza acerca do que esteja proibido. Vide, a esse respeito, Niederschriften, VI, p. 276 e ss.; O. L. Braunschweig, N. J. W. 57,639. É possível dizer o mesmo, até certo ponto, do art. 253 (chantagem), apesar de aqui o tipo ser mais preciso (sobre o assunto, Niederschriften, op. cit.).”<sup>46</sup>

Os tipos penais abertos, justamente pela falta de critérios objetivos, sempre foram objeto de crítica, tanto pela doutrina como pela jurisprudência. Na essência, a crítica tem presente que a modalidade dessa técnica atentaria contra o princípio da legalidade, em especial no que diz com o mandato de certeza. E nesse sentido, a teoria hermenêutica da atualidade, pelo conjunto de métodos que adota, diz que essa posição reflete uma visão superada.

Exemplo disso é o entendimento de Zaffaroni, quando referiu:

“Há casos em que o tipo não individualiza totalmente a conduta proibida, exigindo que o juiz o faça, para o que deverá recorrer a normas ou regras gerais, que estão fora do tipo penal. Quando a lei reprime o homicídio culposo, está exigindo do juiz que, frente ao caso concreto, determine qual era o dever de cuidado que o autor tinha a seu cargo, e, com base nele, ‘feche’ o tipo, passando depois a averiguar se a conduta concreta é típica deste tipo ‘fechado’ pelo juiz mediante uma norma geral de cuidado, que necessitou ‘trazer’ ao tipo, vinda de outro contexto (às vezes de outras partes do mesmo ordenamento jurídico, e, às vezes, de regras éticas, quando não se trata de uma atividade regulamentada – acender fósforos, cortar árvores, correr por uma calçada, subir uma escada, etc.).”<sup>47</sup>

Veja-se que a razão da existência dessa técnica ocorre porque não se mostra possível prever todas as condutas possíveis, não havendo como descrever de forma completa o comportamento criminoso, inserindo-se, em sua estrutura, apenas os elementos normativos

46 WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Tradução de Luiz Regis Prado, 2010, p. 71-72.

47 ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: vol. 1, parte geral*. – 7ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 386.

essenciais. Transfere-se, por tal razão, à autoridade o encargo de determinar esse conteúdo, com o necessário controle a fim de evitar incertezas e arbitrariedades, especialmente em relação ao princípio da legalidade. Com o exame de cada fato, o juiz, por assim dizer, *fecha* o tipo penal, mediante norma geral de cuidado que acaba trazendo ao caso.

Comentando a respeito, ensina Greco:

“Em determinadas situações, o legislador, por impossibilidade de prever e descrever todas as condutas possível de acontecer em sociedade, criou os chamados tipos abertos, nos quais não há a descrição completa e precisa do modelo de conduta proibida ou imposta. Nesses casos, faz-se necessária sua complementação pelo intérprete. É o que ocorre, v.g., com os delitos culposos. Conforme a precisa lição de Juarez Cirino dos Santos, "os tipos de imprudência, devido à variabilidade das condições ou circunstâncias de sua realização, são *tipos abertos* que devem ser preenchidos ou completados por uma *avaliação judicial* e, por isso, não apresentam o mesmo rigor de definição legal dos tipos dolosos.”<sup>48</sup>

Para *fechar* a tipicidade e dar consistência ao tipo, Kaufmann menciona serem necessárias regras de completamento, consistentes em *conceptos y clausulas generales que sirven para cerrar los tipos "abiertos"*<sup>49</sup>. E refere, no mesmo opúsculo, a panorâmica de HJRscx LK, 9ª ed., preambulo al paragrafo 51, num. 14 s: *Por contra, yo mismo no he defendido nunca – i frente a lo que indican algunas citas!- la idea de que el cierre de los "tipos abiertos" sea un problema del escalón de la antijuricidad.*<sup>50</sup>

Essa técnica legislativa sofre, naturalmente, críticas, justamente porque, por falta de descrição completa da conduta, a omissão exige acurado trabalho de complementação do intérprete, que é justamente quem aplica a lei: o juiz. E por tal razão, enquanto o princípio da legalidade abriga certeza e definição, a existência de tipos penais abertos pode ocasionar ampla elasticidade e permitir excessiva margem interpretativa.

É o que lecionava Aníbal Bruno, ao comentar a respeito do caráter vago da disposição incriminadora, que deixa ao juiz a missão de precisar os contornos e a aplicabilidade do preceito, reduzindo o alcance do princípio da reserva legal, segundo Alcides Munhoz Neto. O doutrinador, por ocasião de conferência proferida em Belo

48 GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. RJ: Niteroi: parte geral. Editora Impetus, vol. I., 13ª edição Revista, ampliada e atualizada até 1º de janeiro de 2011, p. 166.

49 KAUFMANN, Armin. *Anuário de Derecho Penal: Fundamento del Deber Jurídico Y Delimitación de la Tipicidad*. Fascículo I, 1984, p. 11.

50 Op. cit., p. 11.

Horizonte, referiu que o fenômeno dos tipos penais abertos não escapou à argúcia de Aníbal Bruno, pelas incertezas daí decorrentes:

‘... pode sofrer a firmeza do direito nos chamados tipos abertos, em que o denunciado da formulação típica deixa margem a incertezas na sua interpretação. Ou ainda como afeta a segurança da liberdade o emprego de fórmulas de demasiada amplitude que impõe limites mal definidos na enunciação dos fatos. É nesse mesmo sentido, que vem influir a tendência que se tem manifestado recentemente a introduzir na estrutura do tipo maior número de elementos normativos, de elementos cujo sentido não se deduz prontamente, mas tem de ser apreendido através de particular apreciação por parte do juiz e que trazem consigo, sobretudo quando provém da linguagem comum, o germe da imprecisão. Isso não importa na pretensão de limitar o relativo arbítrio do juiz que se manifesta sobretudo na aplicação da pena, mas em defender a firmeza da definição do tipo, que é segurança da liberdade. Nem significa, também, desconhecer que nem sempre é possível ou mesmo conveniente evitar o emprego de elementos normativos no tipo pelo uso de termos jurídicos ou 'mesmo da língua vulgar.’<sup>51</sup>

Em síntese, significa dizer que enquanto o perfil da determinação afeta a liberdade do legislador, obrigando-o a uma formulação precisa do dispositivo penal e impedindo relação com casos não incluídos na dimensão normativa, a existência de normas penais do tipo aberto determina trabalho do intérprete na aplicação da lei, o que poderia infringir os enunciados clássicos da segurança jurídica e a correta aplicação do princípio da legalidade.

Entretanto, nessa interpretação decorrente da falta de preenchimento de espaços de indeterminação normativa, não é demais lembrar que o julgador deve ter presente o princípio da proporcionalidade, como limite das barreiras, em equilíbrio, caso a caso, entre a proibição de excesso e o da insuficiência, na balança que evita a excessiva discricionariedade judicial.

E, por fim, também deve-se ter presente que, na hipótese de embate entre a formulação de tipos abertos, vagos e ordinariamente imprecisos, decorrentes da técnica legislativa, e os preceitos constitucionais vigentes, a solução pode ser dada principalmente pelo sistema de controle difuso de constitucionalidade, caso em que, independentemente do mecanismo de ação direta, cada juiz, em cada processo, pode examinar e pronunciar, se for o caso, a falta de verticalização legal com os preceitos constitucionais.

---

51 BRUNO, Aníbal. *Ciência Penal*, tomo IV, pág. 41, *apud* MUNHOZ NETTO, Alcides. Anibal Bruno e a Reforma Penal: conferência proferida em Belo Horizonte, em 11.11.76, p. 37-38.

Esses mecanismos servem, a princípio, para o necessário equilíbrio frente à tendência legislativa de intensificar os tipos penais abertos, existentes justamente pela dificuldade que o legislador encontra, como se disse no início, de prever todas as hipóteses passíveis de inserção no dispositivo. A tendência é certa, na sociedade atual. Alamiro Velludo, ao comentar sobre a Sociedade de Risco, aduziu que “a história da evolução típica atinge ao máximo a normatividade e abertura. Conforme se pode afirmar, o mundo torna-se grande demais para os limites rígidos da criminalização penal certa e fechada.”<sup>52</sup>

---

52 SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade Penal e Sociedade de Risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 95.

## II. O DIREITO DO CONSUMIDOR. A PREVISÃO CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal de 1988, atenta à tendência mundial de adotar mecanismos aptos a coibir as violações de direitos que atinjam o consumidor, estabeleceu, em seu Título II, Cap. I, a defesa do consumidor como direito fundamental:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

Direitos fundamentais, como se sabe, são aqueles direitos inerentes à pessoa humana, ou os "direitos fundamentais da pessoa humana", também conhecidos como "direitos humanos fundamentais", na lição de José Afonso da Silva<sup>53</sup>, e que, como um todo, poderia ser definido como “um feixe de posições jurídico-fundamentais”, segundo a didática de Alexy, citada por Ludwig.<sup>54</sup>

E dispôs como um dos princípios gerais da atividade econômica (art. 170,V), a defesa do consumidor, além de determinar providências tendentes à elaboração do Código de Defesa do Consumidor, estabelecendo, para tanto, que o Congresso Nacional o elaborasse no prazo máximo de 120 dias (art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

Ao erigir a defesa do consumidor como direito fundamental, a Constituição Federal buscou estabelecer um juízo de valor sobre a realidade existente, inspirando-se na já vigorosa doutrina e jurisprudência estrangeiras.

Comentando a respeito, Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem assim lecionam:

“Ter direitos constitucionais assegurados é ter liberdade e garantias. Trata-se aqui de uma nova dimensão ou geração de direitos fundamental, direito à ação positiva, direito às prestações do Estado-juiz, do Estado-legislador e do Estado-executivo (*Rechte auf positive Handlungen*), na forma da lei. Mais do que uma política pública, ou do que simples normas infraconstitucionais (regras), reunidas em um Código de Defesa do Consumidor (CDC, ou Lei 8.078/90), a proteção no Brasil é um princípio, um princípio de origem constitucional.

---

53 Ibidem

54 ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 224-228. In: LUDWIG, Roberto José. *A Norma de Direito Fundamental Associada: Direito, moral, política e razão em Robert Alexy*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2014, p. 371.

No art. 170, V, da CF/1988, a defesa deste novo sujeito de direitos, o consumidor, foi consagrada como princípio da ordem econômica, princípio limitador da iniciativa privada ou da autonomia da vontade. A presunção aqui é de desigualdade (material, formal, econômica e informativa) entre sujeitos da relação de consumo, consumidor e fornecedor (art. 4º, I, do CDC), daí a necessidade de proteção especial deste sujeito, individual ou coletivamente considerado no mercado brasileiro, como um corolário do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/1988).”<sup>55</sup>

## **2.1 A proteção penal do consumidor no âmbito infraconstitucional. Advento da Lei 8.078/90**

Cumprindo a previsão constitucional, nos termos dos arts. 5º, inc. XXXII, e 170, V, da CF e do art. 48 do Ato das disposições Constitucionais Transitórias da Carta Basilar, o legislador buscou sistematizar num diploma legislativo específico, as normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, ditado para dispor a respeito, através da Lei n. 8.078/90.

Dito diploma, que representa no país, na atualidade, o estatuto legal de maior envergadura no âmbito da proteção ao consumidor, sendo considerado um dos “mais avançados do mundo, senão o primeiro deles”<sup>56</sup>, reservou um título específico para criminalizar as condutas delituosas praticadas contra o consumidor, conferindo-lhes *status* de infrações penais e protegendo o bem jurídico tutelado. Embora isso, o legislador deixou expresso que o diploma não contempla todas as condutas tidas como delituosas contra as relações consumeristas, haja vista que tanto o Código Penal como leis extravagantes podem prever tipos para dar a proteção prevista constitucionalmente. Exemplo disso, inclusive, foi o advento, no mesmo ano da promulgação do CDC, da Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, que define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo.

O bem jurídico, no caso, é tutelado tanto de maneira imediata como mediata. Na forma imediata, vem expressamente previsto no art. 61, *caput*, da Lei n. 8.078/80, que tem o seguinte conteúdo normativo:

---

55 MARQUES, Cláudia Lima. MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p.149.

56 GOMES, Marcelo Kokke. *Responsabilidade civil: dano e defesa do consumidor*. Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 2001, p. 216.

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

E na forma mediata é diretamente tutelado em cada um dos dispositivos consumerista-penais, cuja descrição consta dos artigos 63 a 74 do Código de Defesa do Consumidor, sem olvidar que, como o legislador previu a possibilidade de inserção de disposições em outros diplomas legais, está contida, exemplificativamente, em cada um dos nove incisos que integram a composição do art. 7º da Lei n. 8.137/9057.

### **2.1.1 A Responsabilidade penal nas relações de consumo**

#### **2.1.2 Sujeito Ativo nos crimes contra as relações de consumo**

Para efeito da legislação em exame, relações de consumo devem ser entendidas como as que são estabelecidas entre fornecedor e consumidor, tendo como objeto produtos e serviços, entendidos aqueles como quaisquer bens móveis ou imóveis, e estes como todo e qualquer trabalho prestado mediante pagamento, inclusive serviços públicos, bancários, financeiros, de crédito e de seguros. O consumidor, segundo a lei, é quem adquire ou utiliza produtos e serviços para uso próprio. O fornecedor, por sua vez, é quem produz, monta, cria, constrói, transforma, importa, exporta, distribui ou vende produtos ou serviços.

Nos delitos contra as relações de consumo, a tutela jurídica penal objetiva à proteção à vida, à saúde, ao patrimônio, à segurança contra riscos que produtos e serviços nocivos e perigosos possam vir a causar ao consumidor, envolvendo também o direito à informação clara e inequívoca sobre esses riscos, abrangendo todos os direitos básicos previstos no art. 6º do Código de Defesa do Consumidor, incluindo, até mesmo, outros que estejam elencados no Código Penal e em legislações especiais.

O sujeito ativo nos crimes contra as relações de consumo é qualquer fornecedor que realiza a figura típica descrita na norma penal incriminadora ou que concorra, de qualquer forma, para a concretização do crime.

---

57 MORAES, Maurício Zanoide de. *O problema da tipicidade nos Crimes contra as Relações de Consumo*. Direito Penal Empresarial. São Paulo: Dialética. 2001, p. 198-199.



### **2.1.3 A Responsabilidade penal da pessoa física**

No tocante à responsabilidade individual, incide o último parágrafo do item anterior, ou seja, o sujeito ativo, pessoa física, do crime contra as relações de consumo é aquele que tenha praticado a figura típica da norma penal incriminadora ou que concorra, de qualquer forma, para a concretização do crime.

Nesse sentido, todo o que praticar quaisquer dos atos tipificados nos artigos 63 a 74, com seus desdobramentos, do Código de Defesa do Consumidor, ou, igualmente, em legislações extravagantes ou mesmo no Código Penal, torna-se responsável criminalmente pela ação ou omissão. Entre eles, figura o prestador de serviço, o comerciante, o fornecedor que ofereça produtos e serviços em desconformidade com os preceitos legais; os publicitários ou responsáveis por veicular comunicação, propaganda ou publicidade enganosa ou abusiva ou que cause dano à saúde ou à vida ou à segurança dos consumidores; o que pratique atos atentatórios à dignidade do consumidor; o que dificulte acesso a informações, que deixe de corrigir informações cadastrais inexatas, em serviço de proteção ao crédito, que saiba ou que deveria saber inexatas; o que deixa de entregar ao consumidor o termo de garantia de produto, adequadamente preenchido, com especificação clara de seu conteúdo.

### **2.1.4 A Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas**

Há autores estrangeiros que entendem que o Direito Penal clássico deve ceder espaço para uma modernização na concepção da responsabilidade da pessoa jurídica. A teoria da ficção, criada por Savigny, enfatiza que as pessoas jurídicas têm existência ficta ou de pura abstração, razão por que seriam incapazes de delinquir, uma vez que ilegalidades seriam praticadas por seus dirigentes, pessoas naturais. Já a teoria da realidade, também conhecida como teoria da personalidade real, e que tem em Otto Gierke o precursor de maior relevância, destaca que a pessoa jurídica possui personalidade real, é provida de vontade própria e, portanto, capaz de praticar ações e atos, inclusive ilícitos, subordinados à responsabilização civil e penal.

O panorama a respeito da questão da responsabilidade penal da pessoa jurídica variou nas últimas décadas, no cenário mundial. As necessidades político-criminais e as exigências da adequação do direito positivo com as idéias de proteção ecológicas, mundialmente

disseminadas pela maioria dos ordenamentos jurídicos de maior expressão, impuseram adoção de posturas visando à inserção da responsabilidade das pessoas coletivas no âmbito penal, mesmo que não haja idéia de homogeneidade.

O aforismo *societas delinquere potest non*, indicativo de que as pessoas jurídicas estariam alijadas da influência do direito penal, suscitou debates que culminaram com a conclusão de que não necessariamente se vincule a ação a aplicar uma sanção penal, mas em como articular uma resposta punitiva. Essas questões se concentram em três grupos de problemas: 1) se a responsabilidade da pessoa jurídica deve ser direta ou subsidiária; 2) natureza penal ou não da imposição de sanções à pessoa jurídica; 3) modelo de atribuição de responsabilidade a ser adotada em relação à pessoa jurídica.<sup>58</sup>

A maioria dos sistemas estrangeiros optou por uma atribuição de responsabilidade direta e cumulativa com a pessoa física. A cumulação é exigida. Sem a anuência do ser humano se torna impossível afirmar a prática de um crime e especificar o enquadramento da responsabilidade da pessoa jurídica. Hoje, quase todas as legislações e doutrina, especialmente européias, apostam em um modelo em que, independentemente da penalização imposta à pessoa física, também a pessoa jurídica possa estar inserida na responsabilidade penal. A natureza da sanção tem variado de país para país e só pode ser examinada através do prisma da legislação positiva reservada a cada estado sobenano, nos quais a pena esteja expressamente prevista, já que, visando a evitar a ruptura de estruturas penais próprias, o pensamento político-penal leva em conta a escolha da natureza da punição das pessoas jurídicas. Não há, contudo, harmonia entre os vários sistemas estrangeiros, no tocante ao tipo de sanções, sendo evidentes as diferenças. A exemplo, países como Holanda, França, países anglo-saxónicos, Noruega, Finlândia, Dinamarca, Bélgica e Suíça têm adotado unicamente penas de multa, enquanto países como a Alemanha e Portugal optaram por sanções administrativas, e a Polônia e a Itália se inclinaram por sanções de natureza de direito público, aplicadas por um juiz criminal, com observância dos pressupostos processuais e materiais análogos aos exigidos para a imputação da responsabilidade penal.<sup>59</sup>

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 previu a responsabilidade penal da pessoa jurídica, através do que dispõem os artigos 173, § 5º e 225, § 3º, que têm, respectivamente, os seguintes conteúdos:

---

58 PLANAS, Ricardo Robles., *in* ¿Delitos de personas jurídicas? Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, abril de 2006.

59 PLANAS, Ricardo Robles., *in* ¿Delitos de personas jurídicas? Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, abril de 2006, p. 6).

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

(...)

§ 5º - A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da *pessoa jurídica*, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

.....

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

(...)

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas *físicas ou jurídicas*, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Decorrencia da previsão constitucional é que a Lei Ambiental Penal (Lei n. 9605/98) estabeleceu a responsabilidade penal da pessoa jurídica por crimes contra o meio ambiente:

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.

Por evidente que a entrada em vigor dessa lei provocou, no tocante à responsabilidade criminal da pessoa jurídica, críticas e polêmicas entre penalistas renomados, entre os quais se situavam Cezar Roberto Bitencourt e Luiz Regis Prado, especialmente pela consideração de que não há fundamentos para tal responsabilização se considerados os elementos de imputabilidade, potencial consciência de ilicitude e inexigibilidade de conduta diversa, inerentes à pessoa humana, que, ao final, é a única detentora de vontade, de ação finalista e dotada de culpabilidade, sem olvidar da confrontação com o Princípio da Pessoalidade, que rege o Direito Penal.

Dissertando sobre a questão, o professor Eládio Lecey, com apoio em doutrinadores pátrios e estrangeiros, sugere um repensar a respeito e propõe uma adequação do Direito Penal:

“Não podemos ficar adstritos às regras do Direito Penal tradicional, impondo-se um redimensionamento, à vista da peculiaridade da pessoa jurídica como sujeito ativo do delito.

No tocante à capacidade de ação que apresenta, dentre seus elementos, a vontade, a pessoa jurídica tem uma vontade que não é a mesma de seus sócios, mas de determinado grupo majoritário. A divergência da vontade dos sócios, por vezes, é que forma, na confluência da maioria, uma diversa vontade, que não é a de cada sócio individualmente considerado. Esta vontade é que constitui a conduta da pessoa jurídica.

A pessoa jurídica é capaz de conduta tanto no campo cível quanto no penal. Se a pessoa coletiva pode contratar, pode fazê-lo fraudulentamente. Assim, pode realizar conduta que é a base sobre a qual incide o conceito de fato punível em matéria criminal.

Há que se redefinir o fato punível e a culpabilidade.

Pela maioria da doutrina, mesmo os finalistas, o fato punível tem como seus elementos a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade (para alguns a conduta seria também elemento, já para outros, seria a base como apontado). No entanto, como destaca Welzel, a culpabilidade não se esgota na relação de desconformidade

substancial entre a conduta e o ordenamento jurídico, o que é característica da ilicitude. A culpabilidade fundamenta **a reprovação pessoal contra o autor**, no sentido de que não omitiu a ação antijurídica ainda quando podia omiti-la. A culpabilidade, pois, é do autor do fato.

A teoria finalista adotou a concepção normativa pura, de modo que a culpabilidade não tem o dolo e a culpa como elementos (ao contrário da concepção psicológica) e tão só a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de outra conduta, sendo pressuposto a imputabilidade. Por isso, sustentável que, estando o dolo e a culpa já no tipo, o crime será somente o fato típico e antijurídico.

Culpabilidade é apenas a reprovabilidade da conduta, de modo que não constitui elemento do fato punível e tão só pressuposto de aplicação da pena ao autor da conduta típica e antijurídica.

Assim, capaz de ação, pode a pessoa jurídica realizar crime, ação típica e antijurídica.

No tocante à culpabilidade, há que se redefini-la em relação à pessoa coletiva. É possível um juízo (que é sempre externo) de reprovabilidade a respeito de uma empresa, no sentido de que poderia ter agido doutra forma.

A pessoa natural é distinta da pessoa jurídica. Assim, devem receber tratamento diferenciado. Não se pode buscar na pessoa jurídica o que ela não pode ter, qual seja, a consciência da ilicitude. Mas se pode encontrar uma conduta e chegar a um juízo de reprovação social e criminal sobre a ação da pessoa jurídica.

Assim, distinto deve ser o conceito de culpabilidade com relação à pessoa física e à jurídica, não tendo como elemento, com relação à última, a potencial consciência da ilicitude, exigível no tocante à pessoa natural. Assim, diferentemente deve ser medida e conceituada a culpabilidade das distintas pessoas.

Na pessoa jurídica, como a finalidade da pena não é idêntica à modificação da vontade (ao juízo interno de reconhecimento do erro como ocorre em relação à pessoa física), mas à exemplaridade e retribuição, basta o juízo de reprovabilidade, que é sempre externo como já destacado, sem a consciência da ilicitude (que só a pessoa humana pode ter) para que haja culpabilidade e imposição de pena. Possível, assim, a criminalização da pessoa jurídica, compatível com um Direito Penal consentâneo com seu tempo de reclamo à punição da criminalidade contra interesses coletivos e difusos, como as infrações contra o meio ambiente.

Repensemos, pois, o Direito Penal, adequando-o ao seu tempo.”<sup>60</sup>

Todavia, o Código de Defesa do Consumidor, ao tratar das infrações penais, não prevê a responsabilização criminal da pessoa jurídica, eis que incide, na espécie, o aforismo *societas delinquere non potest* - a sociedade não pode delinquir.

Para hipóteses em que a pessoa jurídica incida em determinados tipos penais, entretanto, há que se lembrar que o art. 75 da Lei n. 8.078/90 prevê tanto o concurso de pessoas como a responsabilidade criminal de diretores, administradores ou gerentes da pessoa jurídica que promover, permitir ou por qualquer modo aprovar o fornecimento, oferta, exposição à venda ou manutenção em depósito de produtos, ou a oferta e prestação de serviços, nas condições proibidas pelo código.

Essa providência se ajusta à teoria da identificação (*identification theory*), mencionada por Luiz Régis Prado:

“O juiz ou tribunal deve procurar identificar a pessoa que ‘não seja um empregado ou agente, cuja sociedade seja responsável pelo fato em decorrência de uma relação hierárquica, mas qualquer um que a torne responsável porque o ato incriminado é o próprio ato da sociedade.”<sup>61</sup>

Desse modo, embora afastada a responsabilidade criminal da pessoa jurídica, seus diretores, administradores ou gerentes poderão, eventualmente, figurar como sujeito passivo de imputações criminais em decorrência da prática de condutas típicas contra as relações de consumo, embora a responsabilidade de um não se confunde com a de outro. Leonardo

---

60 LECEY, Eládio. *A proteção do meio ambiente e a responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Direito ambiental em evolução, p. 46-7, especialmente disponível em <http://mundo academico.unifap.br/professor/23/view=verarquivo&cod=205>.

61 PRADO, Luiz Régis. *Direito Penal do Ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª. ed., 2009, p. 129.

Bessa, a tal respeito, esclarece que os fornecedores são, em sua maioria, pessoas jurídicas, e, por isso, "deve-se perquirir, exatamente, na linha do disposto no art. 29 do Código Penal, quem, de qualquer modo, concorreu para o crime. A resposta pode apontar o presidente da empresa, o diretor de *marketing*, o gerente, o chefe do setor e, até mesmo, o secretário ou despachante".<sup>62</sup> Sem empeco, cabe registrar, embora os limites do presente estudo, que a Lei n. 8.137/90 prevê sanções pecuniárias à pessoa jurídica que compete infrações penais contra as relações de consumo.

### 2.1.5 Sujeito Passivo dos Crimes contra as Relações de Consumo

Nessa parte, cumpre primeiramente que se consigne que o sujeito passivo do crime, genericamente falando, é o titular do bem jurídico lesado ou ameaçado. Notoriamente, pela própria natureza dos interesses protegidos, os crimes praticados contra o consumidor atingem, em primeiro lugar, a coletividade, e secundariamente, o indivíduo. Por isso é que a doutrina, especialmente considerando o ensino de Herman Benjamin,<sup>63</sup> entende que a titularidade do bem jurídico tutelável, na forma codificada, é híbrida, pertencendo, a um só tempo, tanto ao consumidor individual como à coletividade de consumidores. No caso da coletividade, porque em regra podem ser atingidos interesses que pertencem a todos os cidadãos, como a saúde pública, classificando-se, assim, como interesses que transcendem o individual, ou, como preferem alguns, de forma supraindividual ou, no dizer de outros, pela proteção a bem jurídico social.<sup>64</sup> Noutro caso, quando se trata de interesses restritos ao cidadão, o sujeito passivo é o consumidor individualizado.

---

62 BESSA, Leonardo. Op. cit., p. 355-356.

63 BENJAMIN, Antônio Herman V. *O Direito Penal do Consumidor*: capítulo do Direito Penal. Disponível em <http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/57be4/57c27/57c28?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0>, acesso em julho. 2014.

### **2.1.6 Co-autoria ou concurso de pessoas**

A co-autoria pode se evidenciar na hipótese de crimes contra as relações de consumo, conforme a redação dada ao art. 75 da Lei n. 8078/90:

Art. 75. Quem, de qualquer forma, concorrer para os crimes referidos neste código, incide as penas a esses cominadas na medida de sua culpabilidade, bem como o diretor, administrador ou gerente da pessoa jurídica que promover, permitir ou por qualquer modo aprovar o fornecimento, oferta, exposição à venda ou manutenção em depósito de produtos ou a oferta e prestação de serviços nas condições por ele proibidas.

O artigo reproduz, em parte, o que prevê o art. 29 do Código Penal, de modo a permitir que, além do autor direto e imediato, que pratica a adequação típica direta e realiza a totalidade da conduta típica, existe também a figura de quem coopera na produção do resultado, a quem se denomina partícipe. Outros ainda poderão ser responsabilizados por concurso pela prática de eventual crime contra as relações consumeristas, como se dá, por exemplo, com eventuais empregados de pessoa jurídica que executem ordens que caracterizem o delito, desde que, em tese, se mostrem presentes os requisitos essenciais a essa imputação, como, por exemplo, a exigibilidade de conduta diversa.

### **2.1.7 Elemento subjetivo nos crimes consumeristas**

Permeado o ordenamento jurídico consumerista de valores que inspiram os Direitos Humanos, com ênfase à dignidade da pessoa, registra-se que a interpretação das normas penais contidas na Lei n. 8.078/90 atendem aos princípios basilares das garantias e direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, à qual se subordina verticalmente o próprio Direito Penal. Nessa obediência, por igual, observados os princípios norteadores do direito repressivo, os tipos penais previstos na legislação específica exigem, para configuração da responsabilidade penal, a necessária apuração de existência de dolo, por vontade livre e consciente de produzir resultados, que impera como requisito elementar da grande maioria dos crimes previstos.

O dolo direto se extrai da expressão "sabe", que aparece destacado antes mesmo da discriminação das infrações penais, na Seção I do Capítulo IV, ao prever, no art. 10, que o

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

Além disso, também prevê a hipótese de dolo eventual, pela expressão "deveria saber", que igualmente aparece no mesmo dispositivo antes mencionado, e que não pode ser confundida com a modalidade culposa. Esse entendimento, por sinal, já era defendido antes mesmo do advento do CDC por Celso Delmanto e Paulo José da Costa Júnior, embora autores como Néelson Hungria, Magalhães Noronha e Heleno Cláudio Fragoso sustentassem que a expressão estaria relacionada ao significado de culpa<sup>65</sup>.

Todavia, a doutrina de maior realce a respeito da modalidade culposa nos crimes praticados contra relações de consumo defende o entendimento de que os crimes culposos, caracterizados por imprudência, imperícia ou negligência, são resumidos às hipóteses expressamente referidas como tal e não à simples fórmula do "deveria saber", até porque se a intenção do legislador fosse definir a modalidade culposa teria adotado a opção contida nos casos previstos no 2º do art. 63<sup>66</sup> e do § 2º do art. 66<sup>67</sup> da Lei n. 8.078/90, que definem, expressamente, as hipóteses de culpa.

A par disso, não é demais lembrar que, pelo princípio da excepcionalidade previsto no parágrafo único do art. 18 do Código Penal, a figura culposa somente será admitida quando estiver expressamente prevista no dispositivo legal, razão maior para se concluir que tal modalidade aparece apenas nos dois dispositivos antes elencados.

### **2.1.8. Normas Penais na Lei 8.078. As normas em branco e os tipos abertos**

O título relativo às infrações penais é dedicado à criminalização de práticas contrárias ao interesse do consumidor, matéria abordada por Antônio Herman Benjamin na obra *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*:

---

65 JESUS, Damásio Evangelista de. Artigo, disponível em <http://www.amperj.org.br/artigos/view.asp?ID=52>, acesso em 29 maio. 2014.

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

(...)

**§ 2º Se o crime é culposo:**

Pena - Detenção de um a seis meses ou multa.

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

(...)

**§ 2º Se o crime é culposo:**

Pena - Detenção de um a seis meses ou multa.



“Mencionamos que há, de fato, um lugar para a sanção penal na proteção do consumidor, mesmo após toda a renovação por que vem passando a normativa privada da matéria. É o Direito Penal do Consumidor integrando – como elemento instrumental – o próprio sistema da ordem pública e de proteção ao consumidor, conforme já aludido. Se é correto que o consumidor não pode e não deve ser resguardado somente com a ameaça da sanção penal, já que posta como *ultima ratio*, de outra parte temos de reconhecer que o direito penal pode, com certeza, cumprir, quanto aos consumidores, sua destinação de tutela dos vulneráveis(...) O Direito penal do Consumidor, em contrapartida, protege não o consumidor em si, mas a relação jurídica de consumo (CDC, art. 61), identificada como um bem jurídico autônomo (no cotejo com outros bens jurídicos), supra-individual (que vai além da pessoa do consumidor) e imaterial (não tem realidade material-naturalística).”<sup>68</sup>

A proteção penal a bens jurídicos protegidos pelo ordenamento jurídico pode depender tanto de elementos descritivos do tipo, como também de situações exteriores ao mesmo, ordinariamente de natureza axiológica. Para dar amplitude à tipificação é comum fazer-se uso do que se tem denominado de técnicas legislativas, pela utilização de normas penais em branco, pelas quais, como referido anteriormente, os tipos penais são complementados por outros dispositivos, sejam estes da mesma classe hierárquica, sejam de classe inferior, tendo como principal vantagem dar estabilidade ao dispositivo legal, sem prejuízo ao princípio da taxatividade. Também é comum utilizar-se de tipos penais abertos, para os quais não há individualização total da conduta proibida, exigindo que o juiz o faça, recorre a normas ou a regras gerais que se encontram fora das linha do tipo penal.

A especialidade da matéria, que tem caráter dinâmico, exigiu do legislador ordinário a utilização dessas técnicas legislativas, frente frente à amplitude e à diversidade de condutas passíveis de ocasionar prejuízos ao consumidor.

Aqui também não foram poupadas críticas ao uso indiscriminado da técnica. Passareli adverte e critica a utilização de numerosos dispositivos em que o tipo penal aberto fica evidente. E a respeito também cita a crítica formulada por Antônio Herman V. Benjamin, antes citado, um dos redatores do próprio diploma legal e que lançou a seguinte advertência: "os tipos de consumo, próprios ou impróprios, são variados, nem sempre com

---

68 MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 894-895.

redação escurrita e, por vezes justapostos, cabendo ao intérprete fazer verdadeiros malabarismos no momento de aplicá-los.”<sup>69</sup>

Segundo essa autora:

"A maior parte das normas penais incriminadoras fere um dos desdobramentos do princípio da legalidade, consagrado no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal e no art. 1º do Código Penal: '*nullum crimen, nulla poena sine certa lege*'. Ao analisar a matéria, Francisco de Assis Toledo adverte que a 'exigência de lei certa diz com a clareza dos tipos, que não devem deixar margens a dúvidas nem abusar do emprego de normas muito gerais ou tipos incriminadores genéricos e vazios.'" <sup>70</sup>

E, como se verá, o legislador ordinário não foi econômico no uso de tipos penais incompletos, o que determina que, no caso de normas em branco, a complementação se dê por outras de igual ou inferior hierarquia, e no caso de tipos abertos deva haver adequada interpretação do julgador.

### 2.1.9 Cotejo das normas penais na lei 8.078

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

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

**§ 1º - Se o crime é culposo:**

**Pena - Detenção de três meses a um ano ou multa.**

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

Esse dispositivo foi vetado pela Mensagem n. 664, de 11 de setembro de 1990, do então Presidente da República ao Presidente do Senado Federal, pelo entendimento de que "Em se tratando de norma penal, é necessário que a descrição da conduta vedada seja precisa e determinada. Assim, o dispositivo afronta a garantia estabelecida no art. 5º, XXXIX, da Constituição."

Críticas foram feitas ao veto, haja vista que, dentre numerosos preceitos imprecisos de maior relevo, o art. 62 ainda mantinha boa técnica legislativa. Todavia, o tipo penal

69 PASSARELLI, Eliana. *Dos crimes contra as relações de consumo*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 39.

70 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 29, apud PASSARELLI, Eliana. *Dos crimes contra as relações de consumo*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 40

previsto era, claramente, norma penal em branco, porque exigia complementação por outras normas.

Exemplos de normas externas que complementam a norma penal em branco aludida podem ser encontrados nos arts. 133 e 302 do Decreto 30.691, de 29 de março de 1952, que aprovou o Regulamento da Inspeção Industrial e Sanitária de Produtos de Origem Animal. O primeiro deles (art. 133) considerava impróprio os animais que, sacrificados de emergência, se enquadrassem nos casos de condenação previstos naquele regulamento ou por outras razões justificadas pela Inspeção Federal. O segundo (art. 302) dizia respeito a compostos também não enquadrados nas especificações e tratados como os previstos para produtos gordurosos não comestíveis.

Também figura como norma complementar o art. 445 do Regulamento da Inspeção Industrial e Sanitária de Produtos de Origem Animal do Ministério da Agricultura, aprovado pelo Decreto supra mencionado, relativo a pescados deformados, com lesões ou doenças microbianas, entre outros.

Exemplificativamente, também é elemento integrativo o art. 542 do mesmo Regulamento, que considera impróprio para consumo em natureza o leite que revele acidez inferior a 15° D (Dornic) e superior a 20° D.

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

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

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

**§ 2º. Se o crime é culposo:**

**Pena - Detenção de um a seis meses ou multa.**

O delito previsto no art. 63, doutrinariamente classificado como delito omissivo próprio e de mera conduta, é claramente um tipo penal aberto, já que inexistente descrição completa especialmente no tocante à nocividade ou à periculosidade do produto, nem há explicitação a respeito dos produtos nocivos ou perigosos, que são elementares do tipo, formando sua *essentialia*.

Esse dispositivo está ligado diretamente ao direito de informação, expressamente garantido no art. 6º, incisos I e III, e assegura, igualmente, os deveres previstos nos arts. 8º, °,

10 e 31 do Código de Defesa do Consumidor. O consumidor tem o direito de conhecer os riscos que o produto ou serviço apresenta.

E nesse sentido refere Antônio Herman Benjamin que o delito do art. 63 se compõe quando o fornecedor deixa de informar o consumidor sobre os riscos dos bens antes da própria colocação do produto ou serviço no mercado.<sup>71</sup> É certo que o dever de informar a respeito dos riscos dos produtos e serviços refere-se tanto à periculosidade inerente quanto à periculosidade adquirida, não sendo o elemento diferenciador principal, segundo dito doutrinador, o tipo de risco, mas, sim, o dado temporal do conhecimento prévio ou não da insegurança, ou seja, sua percepção, *a priori* ou *a posteriori*, em relação ao instante da colocação do produto ou serviço no mercado.<sup>72</sup>

Os elementos normativos do tipo, segundo Herman Benjamin, são a nocividade a periculosidade, como conceitos mais dinâmicos que outros elementos normativos tradicionais. Enquanto isso, o dever se manifesta a partir de um risco que apresente o produto ou serviço.

O dispositivo, todavia, recebeu críticas da doutrina em relação ao que Maurício Zanoide de Moraes chama de “precariedade redacional do legislador”. Esclarece esse doutrinador as razões desse entendimento:

“À evidência seria melhor a todos que a indesejada omissão do dever de informar fosse cumulativa tanto a ‘dizeres’ quanto a sinais. Porém, ao utilizar a disjuntiva ‘ou’ e pelo influxo da interpretação restritiva que deve prevalecer nos tipos penais, somente é possível considerar crime a omissão completa, de dizeres ou de sinais, é dizer, não ter qualquer aviso ao consumidor”.<sup>73</sup>

Já para Orlando Celso da Silva Neto, “a grande questão (a mesma que permeia o dever de informação) é definir qual a informação adequada. No caso concreto, isso significa definir quais dizeres ou sinais devem constar das embalagens, cuja omissão caracterizará o tipo penal.”<sup>74</sup>

E continua o doutrinador:

---

71 MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 904.

72 MARQUES et alli. Op. cit., p. 905.

73 MORAES, Maurício Zanoide de. *O problema da tipicidade nos Crimes contra as Relações de Consumo*. Direito Penal Empresarial. São Paulo: Dialética. 2001, p. 205.

74 SILVA NETO, Orlando Celso da. *Comentário ao Código de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.756.

“É certo que, em alguns casos, haverá normativa própria, como no caso de cigarros e de certos produtos químicos, o que torna mais fácil (ou, ao menos, mais objetiva), a determinação de eventual omissão. Em relação à maior parte dos produtos, no entanto, não há regulação. Deve ser lembrado que a intenção do legislador é proteger a população contra os riscos, e que os sinais e dizeres devem dar clara noção desses riscos ao consumidor. Caso não existam sinais e dizeres aptos a proporcionar ao consumidor a informação adequada, restará caracterizado o tipo penal.”<sup>75</sup>

Examinando imputação que envolve dito dispositivo, o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe julgou procedente em parte ação penal em que era atribuída a fornecedora a prática desse delito, reconhecendo, nessa parte, sua responsabilidade penal:

APELAÇÃO CRIMINAL – IRRESIGNAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - PLEITO DE REFORMA DA SENTENÇA QUE ABSOLVEU A RÉ DOS CRIMES PREVISTOS NO ART. 129, § 6º, do CP; art. 63 do CDC, e art. 7º da Lei n. 8.137/90. **PROCEDÊNCIA PARCIAL - CONFIGURAÇÃO DO CRIME PREVISTO NO ART. 63 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - CRIME DE MERA CONDUTA - DOLO CONFIGURADO - CONFISSÃO DA RÉ - IMPÕE-SE A CONDENAÇÃO.** - NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A CONDUTA DA RÉ E AS LESÕES CORPORAIS CAUSADAS NA VÍTIMA - OCORRÊNCIA DO CRIME NA SUA MODALIDADE CULPOSA POR NEGLIGÊNCIA DA RÉ - NÃO CONFIGURAÇÃO DO CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO PREVISTO NO ART. 7º DA LEI Nº 8.137/90 - INEXISTÊNCIA DE LAUDO PERICIAL COMPROVANDO A IMPROPRIEDADE DO PRODUTO - ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. APELO MINISTERIAL CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME

(Apelação Criminal. Acórdão n. 13764/2011. Processo número 2011309331. Feito n. 0690/2011. 1ª. Vara Criminal de Socorro. Rel. Desa. Geni Silveira Schuster) (Ênfase acrescentada)

De anotar-se que o crime previsto nesse dispositivo contempla, em seu parágrafo primeiro, extensão dos efeitos da norma penal incriminadora aos fornecedores que prestem serviço cuja periculosidade também possa ser constatada.

Além disso, em seu parágrafo segundo, o dispositivo exhibe a forma culposa do tipo penal, especialmente na modalidade da negligência.

**Art. 64. Deixar de comunicar à autoridade competente e aos consumidores a nocividade ou periculosidade de produtos cujo conhecimento seja posterior à sua colocação no mercado:  
Pena - Detenção de seis meses a dois anos e multa.**

---

75 Op. cit., p. 757.

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

O art. 64, em seu *caput*, também é classificado como tipo penal aberto. Definindo a conduta por “deixar de comunicar”, utiliza igualmente as mesmas elementares relativas à nocividade e à periculosidade, deixando a definição a cargo do intérprete da norma. É crime omissivo próprio que reproduz um “desdobramento” do art. 63, haja vista incriminar a omissão a respeito da qualidade nociva ou perigosa de produtos, com a diferença de que, no art. 63, essas condições são previamente conhecidas pelo fornecedor, enquanto no art. 64 o conhecimento se dá após a colocação do produto no mercado. Trata-se de conduta omissiva própria, que se consuma com a omissão do agente.

A diferença entre um e outro dispositivo é explicada por Maurício Zanoide de Moraes:

“Relevante notar que a grande diferença entre os tipos descritos nos artigos 63 e 64 reside no momento em que surgem a nocividade ou periculosidade. Se pela característica do produto (por exemplo, fogos de artifício, botijões de gás, remédios em geral, bebidas alcoólicas, cigarros, etc.) ou serviço (por exemplo, dedetização, limpeza de fachadas, intervenções cirúrgicas ou dentárias, etc.) a nocividade ou a periculosidade estão imanentes, deverá o fornecedor informar o consumidor antes do bem ser adquirido e, caso isso não ocorra, incide a norma prevista no art. 63. Caso contrário, ou seja, caso o fornecedor descubra um vício no produto ou serviço de modo à nocividade ou periculosidade ser adquirida, vale dizer, posterior ao perfazimento da relação de consumo, deverá o responsável (fabricante ou distribuidor) informar de imediato aos seus consumidores e às autoridades competentes. Nessa última hipótese o descumprimento desse dever de informação implicará a incidência da norma do art. 64 do Código de Defesa do Consumidor.”<sup>76</sup>

Enquanto isso, seu parágrafo único incrimina a inércia no tocante à retirada, do mercado consumidor, de produtos nocivos ou perigosos, que deverá ser feita por quem receber a determinação da autoridade competente.

Comentando o dispositivo, Antônio Herman Benjamin a ele se refere dizendo:

“Na hipótese do art. 64, *caput*, o fornecedor só vem a conhecer os riscos do produto após sua colocação no mercado, isto é, após perder, inteira ou

---

76 MORAES. Maurício Zanoide de. Op. cit., p. 207.

parcialmente, controle sobre ele. É omissão *a posteriori*. Cuida-se, neste caso, tanto da periculosidade inerente como da adquirida (defeito) que o fornecedor não conhecia – não tinha condições de conhecer – no momento do lançamento do bem no mercado.”<sup>77</sup>

E quanto à objetividade da norma, citando a dispensabilidade de ordem direta, assim conclui o doutrinador:

“A conduta punida é claramente omissiva. O crime é omissivo próprio. São requisitos objetivos para a caracterização do delito: a) que exista uma determinação da autoridade competente, válida e conforme o Direito; b) que o produto seja perigoso ou nocivo à incolumidade físico-psíquica do consumidor; c) que a retirada não seja efetuada ou que o seja inoportunamente.

Não se exige que a ordem de retirada seja pessoal, isto é, dirigida especialmente ao infrator. O descumprimento à ordem geral também caracteriza a infração. Assim, o fornecedor – especialmente o comerciante que tem o produto em suas prateleiras – que, ouvindo no rádio a ordem de *recall*, deixa de cumpri-la, pratica o delito em questão.”<sup>78</sup>

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

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

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

O tipo penal descrito no art. 65 do CDC, crime comissivo, de perigo abstrato ou presumido, pode ser classificado como norma penal em branco, cujo preceito primário exige complementação por recursos supletivos, compostos por normas de igual hierarquia, ou por normas procedentes de outras instâncias legislativas, hierarquicamente inferiores, entre as quais podem encontrar-se portarias, regulamentos e resoluções. A maior imprecisão do dispositivo consiste na expressão "alto grau de periculosidade", cuja definição deve ser buscada em outras normas externas. Essa composição, no entendimento de Herman Benjamim, diz respeito aos serviços que, em sua prestação, "*por possuírem periculosidade*

77 MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 911.

78 Op. cit., p. 914.

*inerente exacerbada, exigem atenção e cuidados especiais. Trata-se de elemento normativo do tipo. Entre outros, cabe citar as dedetizações, os parques de diversão, as escolas de pára-quedismo, o transporte aéreo.”<sup>79</sup>*

Segundo Silva Neto, “os serviços de alta periculosidade são aqueles que, por sua natureza, envolvem riscos, mesmo quando executados de forma adequada e com as cautelas necessárias”. E cita como exemplo: “escolas de paraquedismo, serviços de podas de árvores, passeios de rafting (descida de corredeiras em botes infláveis de borracha), serviços médico-hospitalares, entre tantos outros.”<sup>80</sup>

Todavia, entre as elementares do tipo estão a execução de serviço perigoso, que esse perigo seja considerado alto e que haja contrariedade a determinação de autoridade competente. Além disso, essa autoridade, embora varie de caso a caso, deve ser entendida como a que possui atribuições, competência e legitimidade para a exigibilidade de conduta, devendo a determinação ser expressa de modo formal. Dir-se-ia servir de exemplo de proibição a emanada de autoridade municipal que veda a utilização de rios para a prática de *rafting* (exemplo dado na citação anterior), em determinado período do ano, em que os riscos mais se evidenciam.

Trata-se de crime de perigo presumido, que prevê, em seu parágrafo único, a hipótese de concurso material.

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

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

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

**§ 2º Se o crime é culposo;**

**Pena Detenção de um a seis meses ou multa.**

A disposição do art. 66 tem como objetivo dar proteção à informação adequada sobre produtos ou serviços, não se enquadrando no caso a hipótese de publicidade veiculada pelos meios de comunicação de massa, no dizer de Narchi. Segundo o doutrinador, citado por Passarelli, a publicidade foi excluída voluntariamente da inteligência do art. 31 do Código de Defesa do Consumidor e, por consequência, “*o tipo penal descrito no art. 66 ... terá a ver*

---

79 Op. cit. Disponível em <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33257-42314-1-PB.pdf>. Acesso em 29 julho.2014.

80 Op. cit., p. 759



*com o balconista, o vendedor, o lojista, o gerente do estabelecimento, o responsável por um prospecto que acompanhar o produto, um manual de instruções, uma bula, etc.; nunca atividade publicitária massiva.”*<sup>81</sup>

Mais uma vez, é o caso de tipo penal aberto, que, segundo Passarelli<sup>82</sup>, possui dois núcleos em seu preceito primário, encerrando modalidades de ações distintas: fazer e omitir.

De acordo com o ensino de Silva Neto, “teoricamente, qualquer afirmação falsa ou enganosa sobre quaisquer elementos mencionados no caput já caracteriza o tipo penal”<sup>83</sup>, o que lhe dá, como se disse, a característica de tipo aberto, permitindo ou impondo que, em cada ação penal, o juiz deva completar o tipo, já que a descrição de modelo de conduta não se mostra completa.

Examinando imputação que envolve esse dispositivo, a Turma Recursal Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do RS julgou procedente acusação feita por oferta de um colchonete fisioterápico, em situação na qual o réu atribuía falsamente característica curativas de doenças ortopédicas, cardíacas, neurológicas e respiratórias, dispensando, inclusive, o uso de medicamentos. A responsabilidade criminal do fornecedor foi reconhecida no caso:

**APELAÇÃO CRIME. PROPAGANDA ENGANOSA. ART 66 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - LEI 8.078/90. SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. DOLO CARACTERIZADO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA REFORMADA.** Suficientemente demonstrada a conduta dolosa do réu, que ofereceu à venda um colchonete fisioterápico, atribuindo-lhe falsamente características curativas de doenças ortopédicas, cardíacas, neurológicas e respiratórias, dispensando, inclusive o uso de medicamentos, impositiva a condenação. O delito em tela não exige a presença de elemento subjetivo específico, sendo, ainda, punido na forma culposa. RECURSO PROVIDO. (Recurso Crime Nº 71002463214, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Cristina Pereira Gonzales, Julgado em 29/03/2010)

Além disso, o acórdão anotou, mesmo que não se tratasse de delito na forma culposa, a possibilidade de reconhecimento de tal modalidade.

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

81 NARCHI, Edney G. *Da publicidade e sua disciplina no Código de Defesa do Consumidor*. Apud PASSARELLI, Eliana. *Dos Crimes contra as Relações de Consumo*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 71.

82 PASSARELLI, Eliana. Op. cit., p. 71.

83 SILVA NETO, Orlando Celso da. Op. cit., p. 760.

**Pena – Detenção de três meses a um ano e multa.  
Parágrafo único - (VETADO)**

Neste caso, o tipo penal é classificado como norma penal em branco em sentido amplo. Isso porque exibe um preceito primário e um secundário, o primeiro dos quais é indeterminado, o que oportuniza a complementação por intermédio de outro instrumento legislativo, e o segundo determinado.

O complemento externo, que é de igual hierarquia, consiste nas linhas do art. 37 do Código de Defesa do Consumidor, já que desse dispositivo é que podem ser retiradas as definições legais do que seja publicidade enganosa e abusiva.

Diz o art. 37:

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

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

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

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

§ 4º **(Vetado)**. (Ênfase acrescentada)

A respeito da publicidade enganosa ou abusiva, ensina Herman Benjamin:

"A garantia de informação plena do consumidor, tanto no seu aspecto sanitário quanto no econômico, funciona em duas vias. Primeiro, o direito do consumidor busca assegurar que certas informações negativas (a "má informação", porque inexata – digo algo que não é – como na publicidade enganosa) não sejam utilizadas. Em segundo lugar, procura garantir que certas informações positivas (deixo de dizer algo que é, como, por exemplo, alertar sobre os riscos do produto ou serviço) sejam efetivamente passadas ao consumidor."<sup>84</sup>

---

84 BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 6ª. ed., 2000, p. 90

Examinando imputação que envolve esse dispositivo, a Turma Recursal Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do RS julgou procedente acusação feita pelo Ministério Público, tendo a responsabilidade criminal do fornecedor sido reconhecida no caso:

**ART. 67 DA LEI 8.078/90. CONDENAÇÃO. APELO DA DEFESA.** Comprovada a existência do fato e certa a autoria, a condenação é medida que se impõe, razão pela qual é mantida a sentença. DESPROVIDO. (Recurso Crime Nº 71000789537, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Osnilda Pisa, Julgado em 25/04/2006)

**Art. 68. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança:  
Pena - Detenção de seis meses a dois anos e multa:  
Parágrafo único. (Vetado).**

O dispositivo trata de publicidade que poderá ser considerada abusiva se for capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou à sua segurança. Trata-se de crime de mera conduta, norma penal em branco, que admite complementação como, por exemplo, pelo art. 33 do Código de Auto-Regulamentação Publicitária do Conselho Nacional de Auto-Regulamentação. Aliás, especialmente pelos elementos relativos ao *prejuízo* e ao *perigo*, que devem ser perquiridos, é necessário que o conteúdo da norma seja preenchido por outras fontes legais ou administrativas.

A doutrina é unânime quanto ao entendimento de que as observações relativas ao art. 67 do CDC também podem ser aqui aplicadas, sendo desnecessário que os bens objeto da publicidade sejam efetivamente consumidos pelo destinatário, já que suficiente a veiculação da matéria e a omissão no tocante à informação que deveria ser prestada. O elemento normativo é a publicidade capaz de induzir o consumidor a se portar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou à sua segurança.

Comentando o dispositivo, Herman Benjamin entende o alcance da punição:

“Punidos, na forma deste tipo penal, são anúncios que estimulem o consumidor a agir de modo irresponsável ou contrariando a legislação em vigor. Assim, exemplificativamente, os anúncios de automóveis ou acessórios que utilizam manobras perigosas (‘cavalos de pau’) ou que mostram os modelos em excesso de velocidade. Também violam a norma sob análise anúncios de alimentos que estimulam seu consumo exagerado e os que levam o consumidor à automedicação. Nas mesma linha, a

publicidade de equipamentos desportivos e de condicionamento físico, quando deixam de alertar sobre os riscos envolvidos com seu uso por certas categorias de pessoas.”<sup>85</sup>

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

**Pena - Detenção de um a seis meses ou multa.**

Trata-se de mais uma norma penal em branco, que admite complementação por outras de igual ou inferior hierarquia, cuja conduta é omissiva própria, caracterizada pelo núcleo do tipo “deixar” de fazer. Para complementar a normal, o próprio CDC prevê, no parágrafo único de seu art. 36,<sup>86</sup> que o fornecedor deverá manter em seu poder, para informação dos legítimos interessados, dados fáticos, técnicos e científicos responsáveis pela sustentação do conteúdo de mensagem. E tal organização visa justamente a assegurar o direito do consumidor a informações adequadas, porque o fornecedor deve dispor de meios para eventual produção de prova a respeito dos dados pertinentes.

A razão é explicada por Filomeno, citado na obra de Passarelli, ao mencionar que quando necessário o ajuizamento de qualquer ação, seja no âmbito individual, seja no coletivo, relativa a publicidade enganosa ou abusiva, “o judiciário terá melhores condições de aquilatar sobre a tendenciosidade ou não de dada publicidade, ou então os órgãos administrativos incumbidos de seu controle.”<sup>87</sup>

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

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

Este tipo penal aberto é crime próprio e decorre de conduta comissiva, prescindindo, para sua consumação, de prejuízo ou de dano, no entender de Herman Benjamin. O

---

85 MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. Op. cit., p. 942.

86 Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal. Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.

87 FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. São Paulo, Atlas, 1998, p. 256, apud PASSARELLI, op. cit., p. 79.

dispositivo veio dar aplicabilidade ao art. 21 do Código de Defesa do Consumidor, que prevê, no fornecimento de serviços de reparação de qualquer produto, implícita a obrigação do fornecedor quanto ao emprego de componentes de reposição originais adequados e novos, ou que mantenham as especificações técnicas do fabricante, exceto, quanto a estes, se houver autorização em contrário do consumidor.

A lacuna efetivamente existia, não sendo remotos os tempos em que a conduta era tratada pelas linhas do art. 171, “caput”, do Código Penal, na modalidade de estelionato, porque se entendia que a obtenção de vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante meios fraudulentos, caracterizava como criminosa a conduta, hoje inserta no ambiente consumerista-penal. Na Comarca de Tramandaí, ao tempo da atuação do signatário em unidade jurisdicional lá existente, houve um caso específico nesse sentido. Outra opção que se percebia exercida era a denúncia com base no art. 175 do Código Penal, pela existência de fraude no comércio, praticada contra adquirente ou consumidor. Todavia, pelo princípio da especialidade, a adoção do dispositivo consumerista faz desaparecer qualquer discussão sobre a incidência do diploma legal pertinente.

Examinando imputação que envolve esse dispositivo, a Turma Recursal Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do RS julgou recurso quanto a nulidade de procedimento, alegada em processo criminal. A relatoria foi do signatário:

**APELAÇÃO CRIME. EMPREGO DE PEÇAS USADAS NO CONserto DE PRODUTOS, SEM A AUTORIZAÇÃO DO CONSUMIDOR. ART 70 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - LEI 8.078/90. CITAÇÃO NO DIA IMEDIATAMENTE ANTERIOR À DATA DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.** Inexiste irregularidade na circunstância de o acusado ser citado em dia anterior à data aprazada para audiência de instrução e julgamento. inexistindo na legislação de regência prazo mínimo entre a citação e o ato designado, aplica-se, por analogia, o disposto no art. 192 do CPC. APELO IMPROVIDO. (Recurso Crime Nº 71004565230, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Edson Jorge Cechet, Julgado em 25/11/2013)

De lembrar-se que a tipificação do delito não exige o dolo específico do agente, bastando o dolo genérico.

**Art. 71. Utilizar, na cobrança de dívidas, de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas incorretas ou enganosas ou de qualquer outro procedimento que exponha o**

**consumidor, injustificadamente, a ridículo ou interfira com seu trabalho, descanso ou lazer:**

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

A cobrança de maneira vexatória é proibida pelo artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor, ao dispor que na cobrança de débitos o consumidor inadimplente não será exposto ao ridículo e não será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou de ameaça.

No sentido de inibir essa prática, o legislador ordinário incluiu no texto do art. 42, *caput*, da Lei n. 8089 a vedação e culminou com sanção penal o descumprimento da norma.

Sem empeco do exercício regular do direito do credor em cobrar dívida existente, a disposição veda qualquer procedimento que ridicularize ou constranja o devedor na cobrança de débitos existentes, como era costume ocorrer há algumas décadas. O Almanaque Gaúcho, *blog* de Ricardo Chaves<sup>88</sup>, menciona a forma de atuação de credores nos anos 60, quando as cobranças, não raras vezes, eram feitas por cobradores identificados em suas vestimentas, “implacáveis homens de vermelho”, que batiam às portas dos devedores, tanto para resgatar dívidas atrasadas quanto para expor o morador à execução pública.

A conduta também é referida por Filomeno, quando comenta as “práticas pouco recomendáveis, como a que vigorou durante um certo tempo na Capital de São Paulo, com os famosos ‘cenourinhas’ ou ‘vermelhinhos’... fazendo um verdadeiro carnaval à porta de suas casas, inclusive com alto-falantes ou bandas de música.”<sup>89</sup>

Trata-se de crime de mera conduta, que se perfaz sem a necessidade de resultado naturalístico. O tipo também apresenta similitude com o delito de constrangimento ilegal e com o exercício arbitrário das próprias razões. Todavia, condutas da espécie, pelo princípio da especialidade, são examinados com base no dispositivo consumerista.

Poucas são as decisões, no âmbito do Judiciário gaúcho, a respeito do tema. A jurisprudência indica a existência de dois julgados locais, um da Turma Recursal Criminal do TJRS, outro da Quarta Câmara Criminal do mesmo Tribunal, conforme se colaciona:

**CONSUMIDOR. UTILIZAR COAÇÃO E CONSTRANGIMENTO NA COBRANÇA DE DÍVIDA. ART. 71 DA LEI Nº 8.078/90.** A prova produzida em juízo não traz elementos suficientes para a formação de um juízo condenatório. Atendendo ao princípio do *in dubio pro reo*, impositiva a manutenção da sentença absolutória, com fulcro no art. 386, VII, do Código de Processo Penal. APELOS IMPROVIDOS. (Recurso Crime Nº 71002326213, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Laís Ethel Corrêa Pias, Julgado em 14/12/2009)

<sup>88</sup> <http://wp.clicrbs.com.br/almanaquegaucho/2012/09/17/no-vermelho/?topo=13,1,1,,13>

<sup>89</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito. Manual de direitos do consumidor. São Paulo: Atlas, 1998, p. 271.

**APELAÇÃO. CONCUSSÃO. ART. 71 DO CDC. PROVIMENTO PARCIAL.**

1 - Devidamente comprovadas autoria e materialidade do delito de concussão, pela acurada análise do conjunto probatório, não havendo como afastar, a condenação de primeiro grau. 2 - A ausência de fixação individualizada das penas para delitos praticados em concurso formal, desautoriza o aumento previsto no art. 70 do estatuto penal, devendo ser afastada a condenação pelo crime não dosado corretamente pela magistrada. **ART. 71 DO CDC. SEGUNDO FATO. PRESCRIÇÃO. DA PRETENSÃO PUNITIVA.** Tendo ocorrido o lapso temporal de prescrição da pretensão punitiva entre o recebimento da denúncia e a sentença recorrível, extinta está a punibilidade, em razão da pena concretizada. (Apelação Crime Nº 70013767041, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gaspar Marques Batista, Julgado em 09/03/2006)

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

**Pena - Detenção de seis meses a um ano ou multa.**

O delito previsto no art. 72 do CDC busca proteger o consumidor de atos tendentes a impedir ou a dificultar seu acesso a informações cadastrais ou registrais abertas em seu nome. Mesmo que tais lançamentos, feitos em cadastros, bancos de dados, fichas e registros tenham como propósito precaver o fornecedor de maus pagadores, como forma de proteger o crédito inclusive em relação aos adimplentes, é direito do consumidor ter acesso ao que consta em seu nome. Essa disposição penal tem como propósito resguardar, inclusive, o disposto no art. 43, *caput*, do CDC, que prevê o direito do consumidor às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo, arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

Comentando o dispositivo, Herman Benjamin refere que, “se os arquivos de consumo por um lado facilitaram enormemente o crédito ao consumidor, por outro trouxeram uma invasão de sua privacidade e, com ela, inúmeros abusos.”<sup>90</sup> E para evitar informações incorretas, “Ampara-se, primordialmente, a relação de consumo econômica, na medida em que informações incorretas ou proibidas podem dificultar o crédito do consumidor”.<sup>91</sup>

E continua o doutrinador:

“Trata-se de crime de mera conduta e de ação múltipla, pois prevê, no mesmo tipo, mais de uma conduta (impedir ou dificultar). São elementos do delito: a) uma ação (*lato sensu*, já que o simples ‘corpo mole’ basta) de

---

90 P. 953

91 Idem 953

impedimento ou de dificuldade do acesso; b) a existência de informações sobre o consumidor; c) que as informações estejam em cadastros, bancos de dados, fichas ou registros.”<sup>92</sup>

O delito é formal e independe de resultado naturalístico que atinja o consumidor, bastando, para configurar o tipo, qualquer atitude que obstaculize o acesso do interessado a dados existentes em seu nome.

Na jurisprudência da Turma Recursal Criminal gaúcha, exemplo de caso em que se examinou a legitimidade do sujeito ativo do crime:

CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO. ARTIGO 72, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (LEI Nº 8.078/90). REJEIÇÃO DA QUEIXA-CRIME. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO CONHECIDO COMO APELAÇÃO PELO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. No âmbito do JECrim, a apelação é o recurso cabível da decisão que rejeita a queixa-crime (art. 82, caput, da Lei 9.099/95). Trata-se de delito cuja ação é pública incondicionada, nos termos dos artigos 100 do Código Penal e 80 do CDC. Só aquele que possui cadastros, banco de dados, fichas e registros referentes à vítima pode praticar o crime de impedir ou dificultar o acesso do consumidor às informações que sobre ele constem em cadastros, banco de dados, fichas e registros, o que não é o caso dos autos. Mantida a decisão que rejeitou a queixa-crime por atipicidade da conduta e descabimento da ação penal privada. RECURSO DESPROVIDO. (Recurso Crime Nº 71002644789, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Laís Ethel Corrêa Pias, Julgado em 27/09/2010).

**Art. 73. Deixar de corrigir imediatamente informação sobre consumidor constante de cadastro, banco de dados, fichas ou registros que sabe ou deveria saber ser inexata:  
Pena - Detenção de um a seis meses ou multa.**

A falta de imediata correção de dados informativos sobre o consumidor, também constante de cadastros, bancos de dados, fichas ou registros inexatos também figura entre as ações consideradas criminosas pela Lei n. 8.078/90, observando-se que, nos termos do art. 43, § 3º, do CDC, sempre que houver inexatidão de seus dados, o consumidor tem o direito de exigir sua correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas.

O tipo é omissivo próprio, cujo núcleo consiste no verbo “deixar”. Nesse sentido, o arquivista que deixa de corrigir informação que sabe inexata, ou que deveria saber, incorre nas sanções do tipo. Exemplo citado comumente é o de dívida prescrita, cujos registros ainda

---

92 P. 954



permanecem ativos no sistema cadastral de órgãos de proteção ao crédito. Como delito formal de natureza instantânea e efeito permanente, o crime também tem este caráter de permanência enquanto cessarem os registros incorretos.

Quanto ao elemento subjetivo, Herman Benjamin refere que “o tipo nivela as condutas dolosas (‘sabe’) e as culposas (‘deveria saber’).”<sup>93</sup>

**Art. 74. Deixar de entregar ao consumidor o termo de garantia adequadamente preenchido e com especificação clara de seu conteúdo;  
Pena - Detenção de um a seis meses ou multa.**

Neste caso, deve-se explicitar que a sanção prevista diz respeito à omissão do fornecedor em relação à garantia contratual, e não à legal. Para esta, não há punição por ato omissivo em relação ao termo de garantia adequadamente preenchido, justamente porque a garantia legal de adequação do produto ou serviço independe de termo expreso, não podendo, quanto a ela, exonerar-se contratualmente o fornecedor, nos termos do art. 24 do CDC.

E nesse sentido, o termo de garantia configura uma espécie de declaração da vontade do fabricante/fornecedor, que assume a obrigação de dar solução a eventuais defeitos de fabricação ou a vícios que surjam durante determinado prazo, desconsiderado o legal.

A razão da existência do tipo penal em exame é o de evitar que interpretações incorretas prejudiquem a boa-fé das relações comerciais ou de serviço. No dizer de Herman Benjamin: “O dispositivo visa assegurar que o consumidor receberá informações adequadas sobre o conteúdo da garantia – um dos pontos altos da sociedade de produção em massa e da concorrência entre empresas – que o fornecedor confere ao produto ou serviço.”<sup>94</sup>

Examinando imputação pertinente a esse tipo penal, disse o TJRS:

**APELAÇÃO. CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO. ART. 74 DA LEI Nº 8.078/90. CONSERTO DE NOTEBOOK. TROCA DE PEÇA. OMISSÃO NA ENTREGA DE TERMO DE GARANTIA.** Comprovado, pela palavra da lesada, que o réu consertou um notebook que anteriormente havia vendido à mesma, e colocou peça nova, sem fornecer termo de garantia, está configurado o crime contra as relações de consumo, previsto no art. 74 da Lei nº

---

93 BENJAMIN, p. 957.

94 Herman Benjamin, p. 958-959.

8.078/90. Apelação da defesa improvida. (Apelação Crime Nº 70034601146, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gaspar Marques Batista, Julgado em 17/06/2010)

Vê-se, assim, que o elenco dos delitos previstos contra as relações de consumo na Lei n. 8.078/90 é composto, em sua grande maioria, por disposições incompletas, seja na modalidade de normas penais em branco, carentes de complementação, seja de tipos penais abertos, suscetíveis de interpretação pelo órgão jurisdicional competente para o exame da imputação.

Sem empeco da limitação do presente estudo, também se registra, como mencionado no início, que no mesmo ano da edição do Código de Defesa do Consumidor foi sancionada a Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e que recebeu alteração pela Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Dita lei, que definiu crimes contra a ordem tributária e econômica, também o fez quanto às relações e consumo e definiu infrações penais na redação de seu art. 7º, usando da mesma técnica legislativa de tipo penal aberto.

## CONCLUSÃO

Diante do ensaio a que se procedeu, é possível concluir que o princípio da legalidade, ou da reserva legal, ultrapassa, em seu conceito, o enunciado “*nullum crimen, nulla poena, sine praevia lege*”.

Mesmo em se tratando de um Estado Democrático de Direito, em que vigora o princípio da reserva legal, vinculado à proteção dos direitos e das garantias individuais, constitucionalmente assegurados, a norma penal não pode ser considerada tão-somente pelas linhas previstas em disposições legais completas, uma vez que se permite afirmar sua constitucionalidade quando legítima for sua origem legislativa.

É possível concluir, também, no âmbito estrito da legislação consumerista, que a adoção de normas penais em branco, cuja complementação se admite para a construção de tipos incriminadores penais, não viola o princípio da legalidade, especialmente porque os elementos constitutivos do tipo penal são aprovados em processo legislativo regular. Enquanto isso, nos tipos penais abertos, em que se exige o trabalho do intérprete na aplicação da lei, presente o princípio da proporcionalidade como limite das barreiras, a adoção da técnica legislativa, igualmente sujeita à observância da verticalização constitucional, não cria empecos ao reconhecimento da legalidade dos tipos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFTALIÓN, Enrique A. **Introducción al Derecho**. Buenos Aires, La ley, 7ª ed., 1964, p. 201, apud SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9ª. ed. revista. 4ª. Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, S. 224-228. In: LUDWIG, Roberto José. **A Norma de Direito Fundamental Associada: Direito, moral, política e razão em Robert Alexy**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2014.

BACIGALUPO, Enrique. **Princípios de derecho penal**. 4ª.ed. Madrid: Editora Akal, 1990, Apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2001.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Revan Ltda., 2007.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**, 4ª. ed. revista da tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010,

\_\_\_\_\_. **Dei delitti e delle pene**. A cura de Renato Fabietti. Milano: Mursia, 1973.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª ed., 2009.

\_\_\_\_\_. **O Direito Penal do Consumidor: capítulo do Direito Penal**. Disponível em <http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/57be4/57c27/57c28?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0>.

\_\_\_\_\_. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 6ª. ed., 2000, p. 90.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 14ª. ed. 2009.

BRUNO, Aníbal. **Ciência Penal**, tomo IV, pág. 41, apud MUNHOZ NETTO, Alcides. Anibal Bruno e a Reforma Penal: conferência proferida em Belo Horizonte, em 11.11.76, p. 37-38.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Apud BENJAMIN, Antônio Herman V. **O Direito Penal do Consumidor: capítulo do Direito Penal**. Disponível em <http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/57be4/57c27/57c28?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0>.

EMENDA CONSTITUCIONAL DE 1969. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm).

FERRAJOLI, Luigi, **Diritto e ragione. Teoria Del garantismo penale**, 5ª. edizione, Roma-Bari. Editori Laterza, 1998. In: SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Leis penais em banco e o Direito Penal do Risco. 2003**. 188 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2003.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Von. In: SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Leis penais em banco e o Direito Penal do Risco. 2003**. 188 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2003.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. São Paulo, Atlas, 1998, apud PASSARELLI Eliana. **Dos Crimes contra as Relações de Consumo**. São Paulo: Saraiva, 2002.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. 16ª. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2004.

GOMES, Marcelo Kokke. **Responsabilidade civil: dano e defesa do consumidor**. Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 2001.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. RJ: Niteroi: parte geral. Editora Impetus, vol. I., 13ª edição Revista, ampliada e atualizada, 2011.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 29ª. ed., ver. e atual., 2009.

KAUFMANN, Armin. **Anuário de Derecho Penal: Fundamento del Deber Jurídico Y Delimitación de la Tipicidad**. Fascículo I, 1984.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. J. Batista Machado. Apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 14ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LECEY, Eládio. **A Proteção do Meio Ambiente e os Juizados Especiais**. Disponível em <http://orbita.starmedia.com/tj.rj.paracambi/paginas/cj7.htm>. Acesso em 19 maio.2011.

\_\_\_\_\_. **A Proteção do Meio Ambiente e a Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. Direito ambiental em evolução, p. 46-7, mas especialmente: Disponível em <http://mundoacademico.unifap.br/professor/23/view=verarquivo&cod=205>). Acesso em 19 maio.2011.

LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão**. Trad. J. Hygino Duarte Pereira, Rio. Apud JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 29ª. ed., 2008.

LUDWIG, Roberto José. **A Norma de Direito Fundamental Associada: Direito, moral, política e razão em Robert Alexy**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2014.

MACHADO, Hugo de Brito. **Uma Introdução ao Estudo do Direito**, São Paulo: Dialética, 2000.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, José Frederico. **Curso de Direito penal**, 1954, v. 1. In: JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**, parte geral. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEZGER, Edmund von. **Tratado de derecho penal**, t. 1, p. 1, Apud JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**, Parte geral. 29ª. ed., ver.e atual. Saraiva: São Paulo, 2008.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondatt. **Do Espírito das Leis**. Tradução Jean Melville. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2002.

MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. 20ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

NARCHI, Edney G. **Da publicidade e sua disciplina no Código de Defesa do Consumidor**. In: PASSARELLI, Eliana. **Dos Crimes contra as Relações de Consumo**. São Paulo: Saraiva, 2002.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. 18ª.ed. São Paulo: Saraiva, 1986. In: PRADO, Luiz Régis. **Direito Penal do Ambiente**. 2ª. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

PASSARELLI, Eliana. **Dos Crimes contra as Relações de Consumo**. São Paulo: Saraiva, 2002.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **O crime e a pena na atualidade**. SP: Revista dos Tribunais, 1983, BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 14ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PLANAS, Ricardo Robles., *in* **¿Delitos de personas jurídicas?** Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, abril de 2006). Envio do artigo (mensagem pessoal). Mensagem recebida por [ejcechet@tj.rs.gov.br](mailto:ejcechet@tj.rs.gov.br) em 20 maio.2011.

PLANAS, Ricardo Robles., *in* **¿Delitos de personas jurídicas?** Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, abril de 2006, p. 6). Mensagem recebida por [ejcechet@tj.rs.gov.br](mailto:ejcechet@tj.rs.gov.br) em 20 maio.2011.

PRADO, Luiz Régis. **Direito Penal do Ambiente**. 2ª. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**, PG, vol. I. 2ª Ed. Forense: Rio de Janeiro, Apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 14ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9ª. ed. revista. 4ª. Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

SILVA, DE PLÁCIDO E. **Vocabulário Jurídico**. RJ: Forense, 2001.

SILVA. Pablo Rodrigo Alflen da. **Leis penais em branco e o Direito Penal do Risco. 2003**. 188 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2003.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Tradução de Luiz Regis Prado, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: vol. 1, parte geral. – 7ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.