

AS AGRAVANTES NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

ANTONIO CEZAR LIMA DA FONSECA

Promotor de Justiça em Porto Alegre-RS.
Professor da Escola Superior do MP-RS.

1. Introdução — 2. As circunstâncias do crime: 2.1 Conceito; 2.2 Classificação; 2.3 Circunstâncias legais e judiciais; 2.4 Causas de aumento e de diminuição de pena — 3. As agravantes legais do Código de Defesa do Consumidor (Art. 76): 3.1 Agravantes legais X atenuantes; 3.2 Agravantes legais quanto ao tempo do crime contra as relações de consumo; 3.3 Agravantes legais quanto aos efeitos do crime contra o consumidor; 3.4 Agravantes legais quanto ao modo de execução do crime contra o consumidor; 3.5 Agravantes legais quanto aos agentes dos crimes contra o consumidor; 3.6 Agravantes legais quanto ao objeto material do crime contra o consumidor — 4. Conclusão.

1. Introdução

Também no campo penal, assim como no do Direito Civil, a Revolução Francesa fez inovações.¹

No Antigo Regime estava presente o sistema de penas arbitrárias, isto é, imperava o puro arbítrio do juiz na imposição e fixação da pena. Era o sistema das penas arbitrárias,² que foi afastado pelo sistema de penas fixas criado pelo Código Penal Francês de 1791.³

Embora a contínua alternatividade histórica de correntes ora favoráveis, ora contrárias, à ampliação dos poderes discricionários do juiz na aplicação da pena,⁴ é do Direito Penal Francês o reconhecimento das circunstâncias atenuantes genéricas (1832) na fixação da pena, que surgem para adaptar a justa punição às particulares circunstâncias da criminalidade, como disse Eduardo Correia.⁵

1. V. nosso estudo “Código Civil Francês, origens e sistemas”, in *RDC* 59/51, onde mostramos a importância da Revolução Francesa no processo legislativo do Antigo Regime.

2. Jimenez de Asua, *La Ley y el delito*, A. Perrot, B. Aires, 1990, p. 447.

3. Giuseppe Maggiore, *Diritto Penale*, trad. José Torres, Temis, Colômbia, v. 2, 1985, p. 60.

4. Maggiore, *op. cit.*, p. 58.

5. In *Direito Criminal*, Coimbra, v. 2, 1971, p. 340.

Não nos deteremos no estudo da pena propriamente dito, não só porque sua origem “se perde na longa noite dos tempos”, no dizer de José Henrique Pierangeli,⁶ mas porque a matéria enseja uma monografia,⁷ o que não é nossa pretensão por aqui.

Nosso modesto estudo se divide em duas partes: numa primeira, situaremos as circunstâncias do crime, seu conceito e classificação, quando veremos em que medida elas influem na aplicação da pena; num segundo momento, veremos as circunstâncias agravantes legais dos crimes contra as relações de consumo, estas previstas no art. 76, da Lei de Defesa do Consumidor.

Lembramos que nosso estudo surge da pura discussão nos meios acadêmicos, daí por que dedico este trabalho aos nossos futuros colegas de Ministério Público, que se animaram a assistir nossas aulas, na Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (ESMP-RS).

2. As circunstâncias do crime

O crime é um bloco compactado, monolítico, formado pela junção de elementos. É formado de elementos essenciais, aos quais a doutrina chama de *essentialia delicti*, ou elementares, em contraposição aos elementos não-essenciais, ou acidentais, os *accidentalialia delicti*. Os elementos essenciais estão necessariamente presentes na composição do crime; em sua ausência, ausente está o fato criminoso assim como tipificado.

Os elementos acidentais é que são as circunstâncias estrito senso, pois podem ou não estar presentes no fato delituoso. Quando presentes, diz-se que o crime é circunstanciado, isto é, “acompanhado de circunstâncias”, como disse Maggiore.⁸ A presença de circunstâncias estrito senso não é indispensável à configuração do crime, pois elas não dizem respeito à qualidade do crime e sim à quantidade da pena. Então, quando ausentes os elementos essenciais a configuração básica, típica, do crime não se altera.

Elas dizem respeito à gravidade do fato delituoso, influenciando na quantidade da sanção a ser imposta pelo juiz, ou, nas palavras de Carrara, elas aumentam ou diminuem a “quantidade política do delito”.⁹

Não se pretende acompanhar a discussão sobre o que é o crime, cujo conceito jurídico, como ensinou Hungria, é um dos mais controversos e desconcertantes da moderna doutrina penal.¹⁰ Basta lembrar a polêmica ocorrida quando Pontes de Miranda disse que o crime era um ato jurídico.¹¹

Nossa pretensão é apenas encaminhar a discussão e posicionar os elementos que podem se fazer presentes no fato criminoso, daí a condição de accidentalidade que possuem.

Os elementos essenciais do crime são as elementares, ou seja, sem elas o crime não se perfaz. O elemento acidental é a própria circunstância.

6. In *Fascículos de Ciências Penais*, Fabris, v. 5, 1992, p. 3.

7. V. Excelente estudo de Cesar Roberto Bitencourt, *Falência da Pena de Prisão*, RT, 1993.

8. Op. cit., p. 4.

9. Citado por Maggiore, op. cit., pp. 4 e 5.

10. Nelson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, Forense, 1/5.

11. V. *Tratado de Direito Privado*, RT, v. 1, § 24.

Segundo o Prof. Cunha Luna, “não se pode falar de um crime incircunstanciado”.¹² Isso somente acompanhamos se entendermos as circunstâncias num amplo sentido, porque quando falamos de circunstâncias, a rigor, temos noção de acessoriedade; daquilo que não é imprescindível à configuração do delito. Dizer-se que todos os crimes são circunstanciados estrito senso é opor-se à existência de crimes sem circunstâncias, os crimes simples, v.g., aqueles sem a presença dos *accidentalia delicti*. Quando o crime se apresenta com uma “constelação de elementos”, utilizando Maggiore, é que se diz o circunstanciado. Dizer-se que todos os crimes são circunstanciados, pelo que inexistiria crime incircunstanciado, é como se dizer que tudo aquilo que possui rodas tem tração motora própria. Sabe-se que isso não é totalmente verdadeiro, mas também não é totalmente falso.

O vocábulo “circunstância”, realmente, pode ser tomado num sentido lato, quando se verifica que as circunstâncias “não são apenas as que excedem a configuração do crime, isto é, as agravantes e atenuantes, genéricas ou especiais, e só influem na medida da pena (*accidentalia delicti*), mas também as que constituem elementos essenciais do crime (*accidentalia delicti*) ou, de qualquer modo, alteram, excluem ou extinguem a punibilidade”.¹³ Aí, sim, se pode dizer que não existe crime incircunstanciado.

É pela presença dessas circunstâncias em sentido estrito num fato delituoso, que se fala em crimes qualificados e privilegiados. As circunstâncias como que revestem o tipo básico ou fundamental, fazendo surgir o “tríplice critério de decisão”, mencionado por Hungria¹⁴: 1) surge um novo crime, com título próprio e pena autônoma; 2) conserva o mesmo crime, mas com pena maior ou menor e 3) determina agravação ou atenuação da pena, em quotas fixas ou variáveis (*exceptum*).

Nas palavras de Wessels, as qualificadoras e as privilegiantes “resultam de que o legislador alarga o tipo fundamental em torno de elementos especiais”.¹⁵

2.1 Conceito

Firmada a premissa de que circunstância está ligada à acessoriedade, vamos verificar como é que a doutrina tem entendido o que seja circunstância.

A expressão deriva do latim *circumstantia de circumstare*, que é rodear, cercar, ou, como ensina De Plácido e Silva “dá bem a idéia de tudo, seja qualidade, acidente ou atributo, que se acerca ou vem anexo ao fato ou ao direito, para, por vezes, lhe mudar a própria substância ou natureza”.¹⁶

Chamam-se circunstâncias, consoante Maggiore, “os elementos não constitutivos, senão simplesmente acessórios do delito, que influem em sua gravidade, deixando intacta sua essência”.¹⁷

12. Everardo da Cunha Luna. *Estrutura Jurídica do Crime*, Saraiva, 1993, p. 5.

13. Hungria, op. cit., p. 351.

14. Op. cit., p. 45.

15. V. Johannes Wessels, *Direito Penal*, trad. Prof. Juarez Tavares, Fabris, Porto Alegre, 1976, p. 26.

16. In *Vocabulário Jurídico*, v. 1, Forense, p. 336.

17. Op. cit., p. 3.

Entende-se por circunstâncias, pela lição do saudoso Heleno Fragoso, os “elementos acidentais do delito, ou seja, aqueles que não são elementos constitutivos do tipo, afetando apenas a gravidade do crime”.¹⁸

Ensina Damásio E. de Jesus que “as circunstâncias são determinados dados acessórios que, agregados à figura típica fundamental, aumentam ou diminuem a pena”.¹⁹

Para Jimenez de Asúa, circunstância é tudo “o que modifica um fato ou um conceito sem alterar sua essência”.²⁰

“São elementos, acidentais e acessórios, que se põem em derredor do tipo, influenciando apenas na quantificação penal”, diz Paulo José da Costa Júnior.²¹

“São dados objetivos ou subjetivos que fazem parte do fato natural, agravando ou diminuindo a gravidade do crime sem modificar-lhe a essência”, como ensina Julio Mirabete.²²

Dizia Magalhães Noronha que “circunstâncias são elementos que se agregam ao delito sem alterá-lo substancialmente, mas produzindo efeitos e conseqüências relevantes”.²³

Vê-se, então, que as circunstâncias são meros elementos, objetivos ou subjetivos, mas não indispensáveis à existência do crime, que ora agravam, ora atenuam a quantidade da pena imposta e que obriga o juiz a valorá-las.

Muitas vezes a presença de uma circunstância forma um novo tipo penal, molda um outro crime, como veremos, o que a despe da condição de circunstância para torná-la um elemento integrativo do tipo. Aí é que se fala de qualificadora, ou qualificativa, ou tipo qualificado.

As qualificadoras são circunstâncias. São também chamadas de qualificativas ou qualificantes. Elas não se confundem, note-se, com as majorantes, como veremos oportunamente. As qualificadoras são aquelas circunstâncias agravantes que “criam um novo tipo penal”, como diz nosso professor Ney Fayet.²⁴

2.2 Classificação

A classificação das circunstâncias varia de autor para autor, sendo outro dos aspectos relevantes da matéria, aliás, como disse o jurista português Eduardo Correia: “varia consoante o ponto de vista por que se encaram.”

Uma das classificações mais usuais é aquela onde se releva a visão objetiva ou subjetiva da circunstância.

São objetivas, ou reais, aquelas que dizem respeito à natureza, à espécie, aos meios, ao objeto, ao tempo, ao lugar e a qualquer outra modalidade da ação, à gravidade do dano ou do perigo, ou ainda, às condições ou às qualidades pessoais do ofendido; subjetivas, as que se referem a intensidade

18. In *Lições de Direito Penal*, Parte Geral, Forense, 1985, p. 338.

19. In *Direito Penal*, v. I, Saraiva, 1985, p. 475.

20. Op. cit., p. 443.

21. In *Comentários ao Código Penal*, Saraiva, v. I, p. 325.

22. In *Manual de Direito Penal*, Atlas, 1/282.

23. In *Direito Penal*, Saraiva, v. I, 1985, p. 244.

24. In *A Sentença Criminal e suas Nulidades*, Aide, 1987, p. 170.

do dolo ou ao grau da culpa, ou às condições e qualidades pessoais do culpado, ou às relações entre o culpado e o ofendido, ou às inerentes à pessoa do culpado.²⁵

As subjetivas, também, chamadas pessoais por Eduardo Correia,²⁶ relacionam-se com o sujeito ativo do crime, estando entre elas os antecedentes, a personalidade, os motivos do crime e o estado psíquico do agente; as objetivas dizem respeito a todas aquelas que não se relacionam diretamente com a pessoa do agente, podendo referir-se ao meio utilizado para a prática do crime, às conseqüências do delito, à pessoa da vítima, ao concurso de pessoas e à ocasião do fato.²⁷

Fala-se, também, de circunstâncias intrínsecas e extrínsecas. Aquelas, são as que se referem à execução ou consumação do fato incriminado, caracterizando-o como mais grave ou mais leve, e são anteriores ao momento consumativo do próprio crime ou à cessação da permanência; as extrínsecas são as que agravam ou diminuem a responsabilidade do culpado, por causas que não têm atinência com a execução ou com a consumação do crime e que consistem em relações, fatos ou resultados sucessivos ao exaurimento do delito, ou, por qualquer forma, a este estranho (arrependimento ativo, reincidência etc.).²⁸

Podem ser determinadas ou indeterminadas, consoante a sua enunciação seja taxativa ou não, isto é, se formuladas por cláusula geral ou não.²⁹

Podem ser judiciais ou legais, sendo que aquelas, no direito penal brasileiro, vêm elencadas no art. 59, do C. Penal e estas podem vir sob a forma de agravantes, atenuantes, qualificadoras ou causas de aumento ou de diminuição da pena.³⁰ Veremos cada uma no devido momento.

2.3 Circunstâncias legais e judiciais

Realçamos essa classificação, porque é aquela utilizada pelo codificador penal brasileiro (art. 68, CP); é utilizada pela doutrina e é dentro delas que seguiremos o trabalho.

A rigor, todas as circunstâncias, vistas assim, *lato sensu*, são legais, porque previstas na lei. O juiz não poderia apreciar circunstância se não existisse a previsão do art. 59 do CP; nem mesmo quando aprecia uma circunstância inominada, ele só assim atua por força da lei (art. 66, CP).

A doutrina penal separa as agravantes em legais, quando previstas na lei, em número expresso e destacadamente e judiciais, quando outorga ao juiz a apreciação de outras circunstâncias legais, porque previstas "taxativamente"³¹ na lei; judiciais, porque entregues a apreciação do julgador, apreciação discricionária, mas dentro de um modelo legal, ou parâmetro.

A presença dessas circunstâncias num certo fato criminoso é de apreciação obrigatória, isto é, impõe-se ao juiz a sua apreciação e

25. Noronha, op. cit., p. 245.

26. Op. cit., p. 345.

27. V. Mirabete, op. cit., p. 283.

28. Noronha, op. cit., p. 245.

29. Eduardo Correia, ob. cit., p. 344.

30. V. Damásio de Jesus, op. cit., p. 477 e Mirabete, idem, p. 283.

31. Fragoso, op. cit., p. 338.

consideração quando da dosimetria da pena. Claro, em que pese inexistir na lei penal um *quantum* de aumento ou de diminuição, ele é feito segundo a discricção do juiz. É seu agir discricionário que funciona, não arbitrário. Mesmo discricionário, como todas as decisões há que ser fundamentado.

Arriscamo-nos a dizer que nas circunstâncias judiciais o legislador penal criou uma espécie de cláusula geral, um modelo aberto, que necessita de uma mediação concretizadora³² do juiz. Essa “cláusula geral” também está presente em outras legislações, como no Código Penal Suíço e no Italiano, bem como no brasileiro, quando, no art. 59, arrola aqueles “modelos” dentro dos quais o juiz irá sopesar a pena.

As circunstâncias surgem, como diz Eduardo Correia, para adaptar a justa punição às particulares circunstâncias da criminalidade;³³ talvez isso tenha ensejado a feliz manifestação de Asúa, quando disse que a graduação da culpabilidade é uma das conquistas da concepção normativa.³⁴

As circunstâncias legais, então, estão arroladas no Código Penal (arts. 61, 62 e 65), ora sendo agravantes (art. 61), ora atenuantes (art. 65); ora qualificadoras (art. 121 § 2.º), ora privilegiantes (art. 28 § 2.º), ora inominadas (art. 66). Elas sobrevivem também em leis especiais, como na Lei de Economia Popular, v.g. (art. 4.º, § 2.º, Lei 1.521/51) e no Código de Defesa do Consumidor, o que será objeto da pesquisa.

Dizem-se agravantes, porque agravam a situação do réu, quando presentes no fato delituoso. Agravam a pena imposta, mas não podem elevá-la além do máximo previsto abstratamente no tipo penal. Isso significa que se a pena máxima prevista para o crime, v.g., é de cinco anos de reclusão, não se pode impor (ou reconhecer) uma agravante legal e aplicar a pena de cinco anos e dois meses de reclusão.

Nos termos do art. 68 do Código Penal elas são apreciadas, consideradas, na segunda fase da aplicação da pena; se elementares ou componentes de outro crime, ou seja, criando um tipo autônomo elas não são tidas como agravantes, mas crime autônomo ou qualificadora. São inerentes aos tipos dolosos unicamente, salvo a reincidência (CP, art. 61, inc. I), todas as demais agravantes só incidem nos crimes dolosos e jamais nos culposos³⁵ ou nas contravenções.³⁶

Já as atenuantes são aquelas circunstâncias que sempre atenuam, diminuem a pena base, ou no dizer de Mirabete, são dados objetivos ou subjetivos que levam à diminuição da reprimenda.³⁷ Assim como as agravantes não podem elevar a pena acima do máximo, as atenuantes não podem diminuir a pena abaixo do mínimo³⁸ previsto abstratamente em lei, ou seja, elas não podem servir para a transposição dos limites mínimo e

32. V. Paulo Luiz Neto Lobo, *Condições Gerais dos Contratos e Cláusulas abusivas*, Saraiva, 1991, p. 33.

33. Op. cit., p. 340.

34. Op. cit., p. 443.

35. V. Celso Delmanto, *Código Penal Comentado*, Renovar, 1991, p. 97.

36. RT 590/354.

37. Op. cit., p. 298.

38. REsp. 49.500-8, rel. Min. Assis Toledo, j. 29.6.94, v.u., DJU 15.8.94, p. 20.346.

máximo da pena abstratamente cominada.³⁹ Supondo que a pena mínima de um crime seja de dois anos de reclusão, a pena imposta, reconhecida uma atenuante, não pode chegar ao definitivo de um ano e cinco meses de reclusão pela atuação da atenuante.

As atenuantes também estão previstas na lei. No entanto, o Código Penal ainda refere uma circunstância atenuante dita inominada, criação da Lei 7.209/84, que é a possibilidade de o juiz reconhecer outra circunstância qualquer, não imaginada pela lei, relevante para ser apreciada no caso. Enfim, qualquer outra causa que beneficie, que atenua a pena do réu, chegada ao seu conhecimento no próprio feito onde atua.

Temos que quando existe uma outra circunstância que possa ser considerada como atenuante inominada, o juiz não pode deixar de reconhecê-la, mesmo que o art. 66, do CP, diga: a pena poderá. Afinal, trata-se de um direito subjetivo do réu, que não pode ser negado pelo Estado-Juiz.⁴⁰

Pode ocorrer, também, de uma atenuante surgir como causa especial de diminuição de pena, como lembra Fayet,⁴¹ a qual “atuará como tal e não como mera atenuante”. Ex. no homicídio privilegiado — art. 121, § 1.º, “por motivo de relevante valor social ou moral” esse fato atuará como causa especial de diminuição e não como atenuante legal, do art. 65, inc. III, letra “a”, do Código Penal.

2.4 Causas de aumento e de diminuição de pena

As causas de aumento e de diminuição de pena situam-se dentro das circunstâncias legais. Aquelas são chamadas de majorantes e estas de minorantes.

Identificam-se causas de aumento ou de diminuição, ou majorantes e minorantes, como diz Néelson Ferraz, “toda vez que o Código, sem se referir a meses e/ou anos dispõe que a pena deva ou possa ser aumentada ou diminuída em quantidade fixa (um sexto, um terço, metade, dobro etc), ou dentro de determinados limites variáveis (um sexto até metade, um a dois terços), está-se diante de uma causa especial”.⁴²

São fatores de acréscimo ou redução da pena, diz Delmanto, assinalados em quantidades fixas (dobro, metade etc) ou em limites (um a dois terços) previstos na Parte Geral ou Especial do Código Penal.⁴³

Também dentro daquelas se situam as denominadas qualificadoras, aliás, as causas de aumento e de diminuição de pena também são qualificadoras, mas, como diz Mirabete, num sentido amplo.⁴⁴

Ocorre que a qualificadora é, podemos dizer, filha da agravante legal que se uniu ao tipo penal básico ou fundamental. Aí surge aquela, o denominado tipo qualificado, daí se dizer que é uma qualificadora.

39. Mirabete, op. cit., p. 303.

40. No mesmo sentido: v. Delmanto, op. cit., p. 109.

41. Op. cit., p. 196.

42. In *Dosimetria da Pena*, Florianópolis, 1982, p. 14.

43. Op. cit., p. 110.

44. Op. cit., p. 283.

Outra das diferenças entre qualificadora e causa de aumento de pena é a de que naquela há indicação expressa do máximo e do mínimo da pena e nesta simplesmente existem os limites já vistos.

Como ensina Ney Fayet, não se confundem as majorantes com as agravantes, pois nestas o *quantum* do aumento da pena fica ao prudente arbítrio do juiz e aquelas sempre trazem de forma expressa a quantidade fixa ou variável que deverá operar sobre a pena para torná-la definitiva.⁴⁵ Tampouco é de se confundir qualificadora com agravante, o que implica ato de constrangimento sanável pelo *Habeas Corpus*, pois isso contraria o princípio do *non bis in idem*, “valendo notar que a primeira ganha contornos de verdadeiro tipo penal, dito qualificado, no que estabelecidos os limites mínimo e máximo da pena”.⁴⁶

É de se notar, ademais, que as causas em questão permitem a redução abaixo do mínimo e o aumento acima do máximo da pena prevista em lei, mas o juiz não pode reconhecer a causa especial de aumento se ela não estiver descrita na denúncia, implícita ou explicitamente (RT 577/641).

3. As agravantes legais do Código de Defesa do Consumidor (Art. 76)

A Lei 8.078, de 9.9.90, denominada de Código de Defesa do Consumidor, ou CDC, ou CoDeCon, trouxe normas de Direito Civil, Processo Civil, Direito Penal Econômico e Processo Penal. Mas também trouxe matéria relativa ao Direito Administrativo, embora este seja “uma das cidadelas que mais têm procurado resistir à aceitação do Direito Econômico”, como ensina Washington Peluso Albino de Oliveira,⁴⁷ bem como normas de Direito Comercial.

Nossa pesquisa localiza-se na seara do Direito Penal Econômico, insurgindo-se, às vezes, na área de Processo Penal, uma vez que as circunstâncias, é um daqueles temas híbridos, pois de Direito Penal interligado com a imposição, consideração e cálculo da pena na sentença, esta como tema essencialmente de processo.

É sabido que certas práticas econômicas podem ter “o caráter de crime ou de contravenção”⁴⁸ e por isso o Código de Defesa do Consumidor, como microsistema⁴⁹ que é, definiu crimes contra as relações de consumo, objeto material primordial daquela legislação.

Considerou o legislador que aqueles crimes poderiam ter suas penas agravadas, aumentadas no seu *quantum*, desde que ocorrentes determinadas situações acidentais, mas presentes no fato delituoso. Daí por que no Título II, do CDC, definidas as infrações penais, o legislador assim dispôs:

45. Op. cit., p. 210.

46. HC 71.509-5, 2.ª T., rel. Min. Marco Aurélio, STF, j. 30.8.94, v.u., DJU 27.10.94, p. 29.163.

47. In *Primeiras Linhas de Direito Econômico*, FBDE, MG, 1992, p. 53.

48. Idem, p. 51.

49. Nelson Nery Júnior, in *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, Forense Universitária, 1991, p. 272.

“Art. 76. São circunstâncias agravantes dos crimes tipificados neste Código:

I — serem cometidos em época de grave crise econômica ou por ocasião de calamidade;

II — ocasionarem grave dano individual ou coletivo;

III — dissimular-se a natureza ilícita do procedimento;

IV — quando cometidos: a) por servidor público, ou por pessoa cuja condição econômico-social seja manifestamente superior à da vítima; b) em detrimento de operário ou rurícola; de menor de 18 (dezoito) ou maior de 60 (sessenta) anos ou de pessoas portadoras de deficiência mental, interditadas ou não;

V — serem praticados em operações que envolvam alimentos, medicamentos ou quaisquer outros produtos ou serviços essenciais”.

A legislação penal do consumidor, no que diz respeito às agravantes, praticamente copiou aquelas agravantes previstas no art. 4.º, § 2.º, da Lei de Economia Popular (Lei 1.521, de 26.12.51), fazendo pequenas modificações de redação, às vezes adequando-a à modernidade de entendimento e às vezes repetindo seus equívocos. O fato é que só o tempo dirá se tais agravantes não se quedarão como aquelas, inertes e praticamente inaplicáveis.

Veja-se, v.g., quando da ocorrência do Plano Cruzado houve uma verdadeira Cruzada de fiscalização aqui no Sul em busca de vítimas e réus. Inúmeros procedimentos baseados na Lei de Economia Popular foram instaurados. Denunciados, quando os réus não obtinham de imediato o trancamento da ação penal, sobrevinha a absolvição. E tudo isso pela desmoralização governamental federal, que pretendia encontrar no setor privado a *ratio* dos descabros do setor público.

O CDC, em vigência desde 1991, na parte relativa aos crimes contra as relações de consumo, tem sido pouco utilizado no Rio Grande do Sul, bastando ver-se que, até agora, nenhum precedente foi publicado na revista oficial de jurisprudência do Tribunal de Alçada (estamos consultando o n. 89). Não se sabe se é pouca atuação da autoridade policial, do Ministério Público ou do Judiciário. Mas não é crível que em tal período não tenha ocorrido “nenhum” crime contra as relações de consumo (?).

Daí que nossa pretensão no estudo que se segue é a de analisar as agravantes previstas no CDC, uma a uma, propondo uma sistematização e analisando, criticamente, o que a moderna doutrina penal tem ensinado a tal respeito. Faremos, também, com que a pesquisa se interligue com as disposições da Lei de Economia Popular e com o Código Penal vigente, a fim de colaborar para a evolução (e aplicação) desse aparato legislativo.

3.1 *Agravantes legais X Atenuantes*

Já no pórtico daquele dispositivo transcrito deparamo-nos com uma questão que tem sido pouco abordada pela doutrina, que diz respeito ao eventual confronto entre agravantes e atenuantes no CDC.

A parte penal de defesa do consumidor, como sabemos, não trouxe atenuantes, só as agravantes legais ali descritas taxativamente. Mas serão

mesmo apenas taxativas ou em número fechado (*numerus clausus*) aquelas agravantes?

Será que aquelas agravantes, em determinado processo por crime contra as relações de consumo, devem ser analisadas isoladamente? Em outras palavras: será que o aplicador da lei penal do consumidor só pode considerar aquelas agravantes, desconsiderando qualquer análise de outras agravantes legais, especialmente aquelas do Código Penal?

E se porventura existirem outras agravantes, que não aquelas do CDC, poderá o julgador apreciá-las quando da dosimetria da pena? E se coexistirem com as do CDC aquelas do Código Penal?

E com relação às atenuantes: será que estas em estando presentes no fato *sub judice* poderá o juiz apreciá-las, mesmo sabendo que o CDC não trouxe atenuantes legais? Mesmo sabendo que a legislação de direito penal econômico caracteriza-se pelo rigor de suas normas?⁵⁰ E se existir circunstância atenuante inominada, pode o juiz reconhecê-la e diminuir a pena?

Tais questões, aparentemente simples, ficaram dispersas ante a posição de parte da doutrina e até pela redação do *caput* do art. 76, CDC, quando disse que as agravantes ali arroladas “são circunstâncias agravantes dos crimes tipificados neste Código”, o que leva a crer que somente se aplicam aos crimes contra as relações de consumo aquelas agravantes do art. 76. é de se ver a discussão.

O Des. Tupinambá Castro do Nascimento, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, v.g., disse que quando da aplicação da pena em crime contra o consumidor, o juiz deve verificar a existência das agravantes e atenuantes do Código Penal, assim: “Inicialmente, a aplicação de uma pena base considerando as circunstâncias judiciais referidas no art. 59 do C. Penal. Na segunda fase, atuam as circunstâncias agravantes e atenuantes previstas nos arts. 61, 62 e 65 do C. Penal e, de forma especial, as circunstâncias agravantes indicadas no art. 76 do Código do Consumidor.”⁵¹

Não ficou sozinho, porque Paulo José da Costa Júnior também sentenciou: “têm aplicação, igualmente, aos fatos regidos pela presente lei, afora as agravantes aqui enumeradas, as demais circunstâncias agravantes constantes do art. 61 do Código Penal, que possam ser articuladas nas infrações penais contra o consumidor”.⁵²

No mesmo sentido, o Juiz Federal Francisco Cavalcanti, *verbis*: “...ao lado dessas agravantes específicas, podem ocorrer as genéricas, previstas nos incisos I e II do art. 61 e incisos I a IV do art. 62 do Código Penal”.⁵³

Porém, o Min. Cernicchiaro, comentando o dispositivo em análise, referiu que, fixada a pena-base, o juiz “ponderará as circunstâncias do art. 76 do Código do Consumidor. Nesta etapa, vinculado ao *numerus clausus* não poderá, para esse efeito, considerar qualquer outra circunstância”.⁵⁴

50. Antonio Herman Benjamin, in “O Direito Penal do consumidor”, Capítulo do Direito Penal Econômico, RDC 1/107.

51. In *Comentários ao Código do Consumidor*, Aide, 1991, p. 156.

52. In *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*, Saraiva, 1991, p. 256.

53. In *Comentários ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor*, Del Rey, 1991, p. 158.

54. In *Comentários ao Código do Consumidor*, Forense, 1992, p. 303.

Justificou sua posição dizendo que não se aplicariam as agravantes em face do princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege* e aplicar-se-iam as atenuantes porque “é sempre favorável ao réu”.⁵⁵

Embora cientes de que a criminalidade econômica, da qual é espécie a defesa do consumidor, deva sofrer tratamentos penais e processuais próprios, como bem disse a Profa. Marcia D. Lima de Carvalho, em excelente trabalho,⁵⁶ na espécie é de se ter em conta o norte afirmado pela própria legislação penal do consumidor.

De imediato, devemos ponderar que somos contrários ao afastamento puro e simples da análise de outras agravantes, especialmente aquelas do Código Penal. Por vários motivos.

Primeiro, como se disse, porque o CDC é um microsistema e deve ser analisado em suas normas, que lhe são próprias e especiais, portanto, extravagantes. É de se notar que a legislação geral aplica-se quando a especial é omissa. Assim, para o CDC, afirma-se o art. 61, quando dispõe que as normas penais do CDC aplicam-se sem prejuízo do disposto no C. Penal. Dita norma repetiu, aliás, aquela do art. 12, do C. Penal, isto é, há uma nítida interligação entre o CDC e o C. Penal.

Segundo, porque em sendo característica do Direito Penal Econômico o rigor, “cuidando de relações de grande repercussão social e econômica”, como disse Benjamin,⁵⁷ não tem sentido aquela compreensão de fechamento, que simplesmente afasta tal característica.

Terceiro, porque estamos falando de circunstâncias e não de elementares, sendo que a estas aplicar-se-ia tranqüilamente o princípio do *nullum crimen* e não àquelas. Ademais, nem é caso deste, uma vez que as agravantes legais existem em ambos os diplomas. O único instituto a considerar-se aqui é o do concurso aparente de normas penais e não aquele princípio.

Por outro lado, sabedor o legislador da existência do rol daquelas agravantes do C. Penal a elas não se referiu, implícita ou expressamente, quer as adotando, quer as afastando. Então, não há por que afastá-las, quando existe dispositivo penal que permite considerá-las (art. 61, CDC).

Já à redação daquele *caput* podemos dizer que se trata de mais um defeito de técnica legislativa, o que não é bem comum nessa lei penal. Afinal, o legislador poderia ter “copiado” ali no particular também a Lei de Economia Popular, com o que causaria menos danos.

Finalmente, é de se considerar a prática da instrução e julgamento.

Suponhamos o caso da reincidência, que é agravante do art. 61, inc. I, do C. Penal. Então, certo fornecedor reincidente em crime contra as relações de consumo acabaria fazendo escola, pois, aplicada aquela lição, tal pena jamais seria aumentada em razão dessa agravante. Isso, na certa, incentiva o ilícito e desmoraliza o sistema (ainda mais).

Com relação às atenuantes, igualmente, devem ser sopesadas, inclusive as inominadas. Não só porque beneficiam o réu devem ser ponderadas, mas

55. Op. cit., p. 303.

56. In *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*, Fabris, Porto Alegre, 1992, p. 164.

57. Op. cit., p. 107.

porque estão inseridas no sistema de aplicação da pena e devem ser consideradas por força do art. 61, CDC. Aliás, não tem sentido apreciar-se apenas circunstâncias atenuantes para réus de crimes contra as relações de consumo e afastar-se as agravantes, principalmente porque esse tipo de réu até se torna extremamente perigoso em face dos inúmeros delitos que pode cometer.

Afinal, se é para se afastar a apreciação das agravantes do Código Penal então se afastaria até o concurso de crimes, uma vez que estes também pioram e agravam a pena do réu. Daí por que, s.m.j., todas as agravantes devem ser apreciadas.

3.2 Agravantes legais quanto ao tempo do crime contra as relações de consumo

Dizemos que assim se denominam as agravantes do inc. I, do art. 76, *verbis*:

“Art. 76. São circunstâncias agravantes dos crimes tipificados neste Código:

I — serem cometidos em épocas de grave crise econômica ou por ocasião de calamidade.”

São duas agravantes que se referem ao tempo, à época do cometimento do crime contra o consumidor, ou seja, deve ser considerado o exato momento em que ocorreu o ilícito penal, devidamente localizado no calendário.

Para uns são agravantes relativamente ao momento; para outros é o tempo ou a época. Como quer sejam analisadas é isso que conta.

O Código Penal não tem agravante no sentido da primeira parte do inciso, mas se refere, no entanto, a agravante da calamidade pública (art. 61, inc. II, letra j).

A Lei 1.521/51 (Lei de Economia Popular — LEP) referiu-se à agravante para o crime “ser cometido em época de grave crise econômica” (art. 4.º, § 2.º, inc. I).

Exige a lei, então, que haja “crise econômica”. Mas (para nossa desgraça) exige que a crise seja grave, como se pudesse existir “crise” boa ou ruim, leve, levíssima ou gravíssima.

A crise, em se tratando de crimes contra o consumidor, é sempre grave. Mesmo que não traga a expressão. Basta verificarmos que uma crise, sob a ótica do juiz, pode ser taxada de leve, ou desimportante. Mas sob o prisma de visão daquele consumidor que padece, que sofre na própria realidade a crise, ela é sempre grave.

Veja-se o caso, v.g., do mercado de cimento. Para quem não está envolvido com o mercado da construção civil, ou no comércio de construções, essa crise até pode passar “por ouvir dizer”. Desapareceu o cimento e pronto. O cidadão diz: “Não estou construindo. Tenho casa própria. Sou liberal. O que me interessa uns sacos de cimento?” Aquele típico individualista já conhecido. Agora, pode-se dizer que para aquele que sobrevive da revenda do cimento, ou para um pedreiro ou mestre de obras, que chegam

a perder o emprego em face da crise do cimento, a crise não existe e não é grave? Inexiste crise econômica? Pode-se dizer que a crise do cimento, só porque pouco afeta o liberal, não afeta a economia como um todo?

Em existindo tal crise, para o julgador ou para a autoridade que preside o inquérito, ela até pode ser inofensiva. Mas para aqueles consumidores potenciais de mercado existe uma crise séria, crise econômica, claro, pois diretamente ligada à sobrevivência ela é gravíssima.

Então, nossa conclusão é a de que em existindo crise ela é sempre grave, porque se sob a ótica daquele que julga ela se apresenta simples, sob a visão daquele para o qual a lei dá a proteção penal — o consumidor — ela é sempre grave. Daí por que o legislador jamais deveria ter copiado a “grave crise econômica” de uma lei da década de 50, pois a crise que chega a afetar a própria sobrevivência da pessoa, a dignidade do cidadão, afeta sobretudo a economia e, data vênha, isso é muito grave. E desimporta que leve um adjetivo.⁵⁸

Daí porque não se pode generalizar, exigindo-se uma afetação sensível das relações econômicas, digna de nota, para se fazer incidir a agravante. Parece que em havendo crise, isso basta para ser considerada “grave”, porque a crise não se confunde com a anormalidade.

Em economia, a crise é o ponto de transição entre uma época de prosperidade e outra de depressão, ou vice-versa, como explica Aurélio de Holanda Ferreira. A crise econômica é uma perturbação da vida econômica, atribuída pela Economia clássica a um desequilíbrio entre produção e consumo, localizado em setores isolados da produção, como ensina Paulo Sandroni.⁵⁹

A utilização do termo “grave” está em desuso em matéria econômica, falando-se em crise “séria”, sendo que as teorias mais modernas denominam essa fase como “depressão”.⁶⁰ Ademais, aquele adjetivo nem é classificação de crise, pois parece indicar a existência de, como já disse, crise simples, leve ou levíssima, como se estivéssemos frente a uma lesão corporal.

Ora, se o legislador quisesse agravar a crise econômica teria dito logo “depressão”, que é mais adequada tecnicamente. Então, sem razão o copiator.

Para finalizar, é de se referir que na apreciação dessa agravante pode haver juízes que reconheçam a existência de crise econômica e outros não, o que torna a agravante mais incerta em sua aplicação. O Ministério Público deve fazer prova da crise, seja documental ou testemunhal; aquela por declarações de autoridades do setor, corporações, sindicatos.

Fala a lei penal do consumidor em calamidade.

Houve um aprimoramento da técnica, aqui, relativamente ao Código Penal.

Temos entendido que a lei penal do consumidor, quando praticamente copiou a primeira parte do inc. I, da LEP, não foi muito feliz, porque deveria ter aprimorado a técnica, assim como fez com a palavra “calamidade” que vinha do Código Penal com o adendo “pública”.

58. V. Cernicchiaro, op. cit., p. 304.

59. In *Dicionário de Economia*, Ed. Best Seller, 1989, p. 73.

60. Idem, op. cit., p. 73.

A lei penal do consumidor, claro, foi correta quando retirou a expressão “pública”, porque calamidade privada só é desgraça pessoal, infortúnio. Para isso o próprio Código Penal disse “desgraça particular do ofendido” (art. 61, inc. II, letra i).

Calamidade está ligada ora a fatos da natureza, ora a fatos humanos. Entende-se assim aquelas situações especiais, sejam de ordem climática ou não, que mudam sobremaneira a ordem e a paz públicas. É o infortúnio público. Há mudança na ordem pública, entendendo-se que esta se insere na ordem jurídica, como diz o Prof. Eros Roberto Grau.⁶¹

O próprio Código Penal a exemplifica mencionando o incêndio, o naufrágio, a inundação, às quais podemos acrescentar as guerras, revoluções, maremotos, vendavais, furacões, epidemias, terremotos, chuvas torrenciais e contínuas, inundações e enchentes, enfim, situações que propiciam aos agentes a prática de crimes contra o consumidor.

Tais situações, como ensina Cernicchiaro, “diminuem a capacidade de resistência da vítima e o delinqüente, como abutre, se prevalece da situação, encontra mais facilidade para praticar o delito”.⁶²

Claro, essas verdadeiras desgraças públicas fazem com que as autoridades em geral, especialmente aquelas encarregadas de fiscalizar os delitos contra o consumidor, voltem sua atenção para os fatos em si, com isso diminuindo a fiscalização e tornando mais fácil a atuação do criminoso.

Como se viu pelo rol de exemplos, naquelas situações pode existir ou não a mão do homem, como agente deflagrador da calamidade, desimporta. Há calamidades, até, que podem ser ocasionadas ora pela mão do homem, ora pela natureza. Veja-se o caso de um incêndio criminoso e outro causado pela queda de um raio. Também não importa, i.é., basta presente a situação de calamidade.

Não é de confundi-la com a desgraça particular, ou seja, com aquelas verdadeiras “calamidades”, tomado o termo em sentido amplo, que se abatem sobre o indivíduo. É que essas situações, no atinente aos crimes contra o consumidor, estão em outra agravante do Código Penal ou da lei penal do consumidor, mas jamais na que é aqui apreciada. Na lei penal do consumidor se fala de calamidade e não em desgraça particular, como diz o Código Penal.

A rigor, a adoção dessa agravante legal era desnecessária, ante a previsão expressa do Código Penal.⁶³

Diz a lei que é por ocasião de calamidade, o que se entende é que a situação deve estar ocorrendo, ou ainda no momento em que se fazem surgir os seus efeitos. A agravante, claro, abrange o que está por vir e inclui a cessação da calamidade.

Explica-se.

Veja-se o caso de início de calamidade, ou naquele em que existe previsão de sua ocorrência. Em ambas o agente se prevalece da situação ocorrente ou prestes a ocorrer para a prática de crime contra o consumidor. Veja-se que cessada a calamidade, v.g., cessado o vendaval, o incêndio, as

61. In *A ordem Econômica na Constituição de 1988*, RT, p. 63.

62. Op. cit., p. 305.

63. Paulo Costa Júnior, v.g., diz ter ocorrido o *ne bis in idem*. Op. cit., p. 256.

chuvas torrenciais, ainda persistem seus efeitos que devem ser considerados para a agravante. Exatamente porque o mercado de consumo não está regulado e as autoridades ainda encontram-se enfraquecidas no tocante à fiscalização.

É natural que a agravante é apreciada com relação ao tempo, ou seja, não interessa que a sentença surja quando já normalizado o mercado de consumo, ou que o inquérito finde algum tempo depois, a agravante deve ser afirmada pelo Ministério Público.

3.3 Agravantes legais quanto aos efeitos do crime contra o consumidor

Dizemos que são agravantes quanto aos efeitos aquelas ligadas diretamente com o resultado do crime, ou seja, são circunstâncias nas quais aquilo que resulta do fato delituoso é por demais relevante e deve ser considerado como causa de agravamento da pena.

Assim dispõe o inc. II do art. 76, CDC:

“Art. 76 (*omissis*)

I — (*omissis*)

II — ocasionarem grave dano individual ou coletivo.”

Então, quando o crime ocasionar um dano individual, ou coletivo, que deve ser grave, aumenta-se a pena imposta.

O Código Penal não trouxe agravante similar, mas a Lei de Economia Popular dispôs como agravante o fato de o crime “ocasionar grave dano individual” (art. 4.º, § 2.º, inc. II).

Os crimes contra as relações de consumo, via de regra, são crimes sem resultado naturalístico, afinal, tratamos de crimes formais, de mera conduta, omissivos em sua maioria. Então, despiendo o resultado, pois “os tipos penais de proteção ao consumidor, como regra e em razão da presunção de perigo que carregam, não exigem, para sua consumação, a realização de qualquer dano físico, mental ou econômico ao indivíduo-consumidor”.⁶⁴

Daí que quando a lei considerou essa agravante teve em mira, basicamente, o resultado naturalístico, o dano. Assim, não podemos deixar de criticar o dispositivo.

Ora, se os crimes omissivos são de mera conduta, como ensinou Manoel Pedro Pimentel,⁶⁵ o resultado, além do agravamento, pode (e deve quando for o caso) ser analisado como tipo penal autônomo e isso dá em concurso de crimes, s.m.j. e não em agravante.

Veja-se o caso de crime contra o consumidor de que resulte lesão corporal. Aí, deixar-se-ia de analisar o tipo autônomo — lesão dolosa ou culposa — para se aplicar uma agravante? Isso contraria o sistema geral de circunstâncias.

O caso do dano patrimonial causado em matéria-prima ou mercadoria pode configurar o art. 7.º, inc. VIII, da Lei 8.137/90 ou, sendo contra o

64. V. Benjamin, op. cit., p. 112.

65. In “Aspectos Penais do Código de Defesa do Consumidor”, RT 661/251.

próprio consumidor, o crime de dano do art. 163 do CP, delito autônomo, mas jamais a agravante.

Não se há de confundir a existência de dano patrimonial, para aplicar a agravante com o dano físico, pessoal, pois aquele parece ter sido a intenção da norma.

Paulo da Costa Junior defende que o dano aqui tratado é aquele de natureza patrimonial, dizendo que “segundo a quantificação do dano, poderá agravar-se a pena”.⁶⁶

Ora, se é de considerar-se o dano patrimonial somente, como vamos administrar a questão da agravante com o crime de dano previsto no Código Penal?

Por outra, se o crime de dano é de ação penal privada (art. 167, CP) e aqui tratamos de agravantes legais, em crimes de ação penal pública incondicionada, nesta se deve aplicar a agravante sem consideração à vontade do ofendido, como se faria naquela. Como, então, conciliar tais sistemas?

Argumentando, ainda, suponhamos que o juiz, considerada a existência de grave dano patrimonial, aplique a agravante. A vítima, o ofendido, porque houve dano ao seu patrimônio, move ação penal privada com base no Código Penal. Então, poderia o acusado ser duplamente condenado pelo mesmo fato, que ora é considerado como agravante, ora como crime autônomo? Óbvio que não. Então, parece-nos que o dano aqui considerado tende a ser físico, pessoal, por isso que a lei se referiu a “dano individual”, ou seja, do indivíduo, da pessoa. Jamais do seu patrimônio. E então, voltamos ao ponto de partida: se há dano físico, o caso é de concurso, jamais de agravante. Daí o lamentável equívoco do legislador.

Há mais.

A questão do dano patrimonial já tinha sido abordada pelo CDC em dois dispositivos anteriores àquele ora tratado: arts. 15 e 57, *caput*.

O dano de âmbito nacional, *v.g.*, vinha considerado para fins administrativos, quando da cobrança de pena de multa (art. 57, CDC), sendo que aí o legislador havia deixado ao critério da autoridade, observado o procedimento legal. Todavia, essa questão perdeu a importância, uma vez que o art. 1.º, da Lei 8.656, de 21.5.93, afastou a exigência de dano patrimonial nacional dando nova redação ao art. 57.

Igualmente, o art. 15 do CDC, que fazia alusão a dano irreparável ao consumidor, teve sua redação vetada. Isso significa que se o legislador fez vistas largas a extensão do dano patrimonial para fins civis e administrativos, não poderia tê-lo considerado somente para fins penais, afinal, é de sistema que se trata.

Refere a lei que o dano, admitindo-se fosse a agravante escorreita, deve ser individual e grave. Considerar o dano grave foi outro equívoco, não exatamente pelas razões já expendidas ao inciso anterior, mas pela mesma razão sociológica.

Ocorre que estamos diante de crimes contra o consumidor, ou seja, crimes de mera conduta, de perigo abstrato, onde não se sabe exatamente o número de vítimas, porque também difusamente considerados.

66. Op. cit., p. 256.

Explico. Se o crime origina um dano “leve” relativamente a um consumidor, com o que, em tese não se aplicaria a agravante, ele é muito grave quando diz respeito a uma pluralidade e consumidores. Afinal, é assaz difícil considerar o número de ofendidos em determinados crimes contra o consumidor. Daí está a gravidade naquilo que, em tese, era dano “leve”. Dizemos, então, que certos crimes contra as relações de consumo são sempre graves e sempre trazem graves danos aos consumidores, porque não se sabe, com certeza, a extensão do dano a ser considerado, exatamente pela desnecessidade de um resultado.

Aliás, como já advertira Benjamin: “o infrator econômico prefere atentar contra a ordem pública através dos chamados crimes do colarinho branco, praticando-os aos milhares, convicto de que nada lhe acontecerá”.⁶⁷

Assim, não foi feliz a agravante, que até é de duvidosa aplicação, não só porque proporciona um concurso de crimes em agravante (?), mas porque mistura ação penal incondicionada com ação penal privada.

Diz-se, ainda, que o dano pode se coletivo.

Assim como ao dano individual, nesse aspecto, a agravante parece se referir à coletividade de consumidores, ao seu número. Mas se já dizíamos que relativamente ao dano individual existe gravidade, imagine-se a uma coletividade de consumidores...

Não se pode entender que aqui o legislador tenha se referido a interesses coletivos, que são uma categoria intermediária entre o interesse público e o interesse privado, como ensina Mazzilli. São aqueles referentes a toda uma categoria de pessoas, sendo interesses meta-individuais, “porque atingem grupos de pessoas que têm algo em comum”.⁶⁸

Tais interesses compreendem uma categoria determinada, ou determinável de pessoas. São aqueles interesses coletivos em sentido estrito, previstos ali mesmo no CDC, art. 81, parágrafo único, inc. II.

Se relacionarmos essa agravante com os interesses coletivos incidimos em equívoco, porque o coletivo, aqui, está relativamente ao dano físico causado em grupos de consumidores e não aos interesses coletivos em si considerados, como já se disse.

E aqui acontece outro problema, pois se existe dano causado a uma coletividade de pessoas, identificáveis, o caso é de concurso de crimes e não de agravante. Alguns autores passaram ao largo desse exame. Então, lamentável a agravante, porque se o crime é contra as relações de consumo, contra os consumidores, sempre se supõe um dano coletivo e, pela amplitude, grave. Então, sempre incidiria a agravante analisada? Isso, aliás, também reforça a evidência de que a agravante não está ligada a danos patrimoniais e se estiver a pessoas, está mal dirigida.

Outra dúvida que pode causar tal inciso é se na aplicação da agravante devemos considerar o número de vítimas identificáveis ou só as identificadas no processo penal que se julga? Em outras palavras: basta que o *parquet* diga que houve dano causado a uma coletividade, ou deve fazer prova de

67. In “A repressão penal aos desvios de *Marketing*”, *RDCon* 4/95.

68. Hugo Nigro Mazzili, *A defesa dos interesses difusos em júízo*, RT, 1991, p. 18.

número sensível de prejudicados? Se o Ministério Público não provar o dano coletivo, voltaríamos à Idade Média com a presunção de culpa; se o *parquet* quiser provar, isso praticamente inviabiliza a agravante.

Arriscamo-nos a dizer que o Ministério Público deve tentar trazer a juízo um número razoável de consumidores ofendidos, caso quiser fazer incidir a agravante. Como quer que seja, era melhor que tal inciso inexistisse.

3.4 Agravantes legais quanto ao modo de execução do crime contra o consumidor

Dizemos que a agravante respeita ao modo de execução, porque nela se encontra particular aspecto do proceder íntimo, interior, do agente ativo, o qual, ao praticar o crime, exterioriza sobremodo a sua torpeza.

É assim que dispõe o inc. III, do art. 76, *verbis*:

“Art. 76. (omissis)

I — (omissis)

II — (omissis)

III — dissimular-se a natureza ilícita do procedimento”.

Como se sabe, o CDC valoriza aquilo que nosso saudoso Mestre Clóvis Veríssimo do Couto e Silva, quando se referiu à boa-fé, chamava de mandamento de consideração,⁶⁹ ou seja, o interesse conferido a cada participante da relação jurídica, encontra sua fronteira nos interesses do outro figurante, dignos de serem protegidos.

As partes da relação jurídica de consumo devem agir dentro da boa-fé, com interesses a serem protegidos. O consumidor, porém, que é parte manifestamente fraca da relação, merece uma maior proteção.

O Código Penal se refere à dissimulação como um dos recursos que pode dificultar ou tornar impossível a defesa do ofendido (art. 61, inc. II, letra c).

A Lei de Economia Popular se refere à agravante como dissimular-se a natureza usurária do contrato, no inc. III, do § 2.º, art. 4.º. Como se vê, a lei penal do consumidor apenas “adaptou” essa agravante e não foi muito feliz, como veremos.

É de se ressaltar que o legislador se utilizou de termo técnico, da linguagem processual (procedimento), para um sentido vulgar, o que bem poderia ter sido evitado.

Diz-se, então, que se o agente “dissimula” a natureza ilícita do seu procedimento incide-lhe a agravante.

A dissimulação, como ensina Damásio de Jesus, “é o escondimento da vontade ilícita para apanhar o ofendido desprevenido. Admite o emprego do disfarce ou outra forma destinada a apanhar a vítima indefesa”.⁷⁰

É ocultar a realidade, sendo que nela se compreende também a simulação,⁷¹ sua outra face.

Através da dissimulação o fornecedor esconde sua insídia e por isso demonstra a gravidade com que atua para lesar ou enganar o consumidor.

69. In *A Obrigação como Processo*, José Bushatsky Editor, 1976, p. 30.

70. In *Código Penal Anotado*, Saraiva, 1989, p. 152.

71. V. Min. Cernicchiaro, op. cit., p. 305.

É preciso que a vítima não suspeite da real intenção do fornecedor, pois se soube do seu fingimento a agravante não incide.

A palavra dissimulação vem do latim *dissimulatio, dissimulare*, a qual, “é mais propriamente indicada como ocultação”.⁷² É mais utilizada no Direito Tributário, onde se liga às dissimulações nas declarações de Imposto de Renda. Ela significa estratagem, traição, infidelidade, maquinação maliciosa, como diz Ulderico Pires dos Santos.⁷³

Refere-se, ainda, o inciso em comento, a “natureza” dessa dissimulação, que deve ser “ilícita”. Dissimulação lícita, realmente, é bem raro de ocorrer, pois, se o fornecedor dissimula, enconde; aí, à evidência, não está sendo sincero e com isso descumpra seu dever de informar ao consumidor. Então, se o fornecedor dissimula na relação de consumo já está com um proceder írrito, ilícito. Daí por que despidiendo a referência à ilicitude da natureza do procedimento.

Embora a desnecessidade da agravante, porque já prevista no Código Penal a dissimulação,⁷⁴ é bem comum o cometimento de crimes contra o consumidor com a presença dessa circunstância.

Observe-se o cuidado para não agravar a pena quando a agravante já perfaz um tipo autônomo.

Veja-se o caso de fornecedor que com um gesto de dedos, o tradicional “positivo”, v.g., faz com que certo consumidor adquira produto nocivo à saúde. Houve uma dissimulação, um escondimento pelo fornecedor de que o produto é nocivo à saúde do consumidor. Mas aí já existe um crime autônomo, de *marketing*, pois foi omitida informação relevante. Neste caso a agravante não se faz presente, porque elementar daquele crime.⁷⁵

A *dissimulatio*, efetivamente, demonstra toda a torpeza do agente ativo, o qual, não tem balizas decentes perante o consumidor. É um dos ramos da traição, parente da covardia e prima do estelionato.

É com a dissimulação que o fornecedor também viola o direito que tem o consumidor a uma informação adequada e clara sobre produtos e serviços (art. 68, inc. III, CDC), daí nossa advertência anterior de que fazê-la incidir naqueles crimes nos quais podem se tornar elementares (arts. 66 a 69, CDC).

Não se deve confundi-la, contudo, com a simulação, pois nesta existe a aparência, que é falsa; na dissimulação existe a ocultação; naquela existe um disfarce, um simulacro, uma imitação, enfim, um fingimento; nesta existe um “acobertamento da verdade”.⁷⁶

O claro exemplo trazido pelo Min. Cernicchiaro não deixa dúvidas: “Há simulação quando se apresenta objeto de latão afirmando ser de bronze. Há dissimulação quando o objeto de bronze é apresentado como latão”.⁷⁷

72. De Plácido e Silva, op. cit., p. 550.

73. In *Teoria e Prática do Código de Proteção do Consumidor*, Paumape, 1992, p. 160.

74. No mesmo sentido: Paulo Costa Jr., op. cit., p. 257.

75. No mesmo sentido: Cernicchiaro, op. cit., p. 306.

76. De Plácido e Silva, op. cit., p. 1.452.

77. Op. cit., p. 305.

Já se disse que não foi feliz o legislador quando se utilizou da expressão “procedimento” no sentido comum de comportamento, de proceder-se perante alguém de alguma forma. É este o sentido do texto, pois o agente esconde que está com “segundas intenções” frente ao consumidor, pronto para enganá-lo (quicá esganá-lo).

3.5 Agravantes legais quanto aos agentes dos crimes contra o consumidor

Diz-se que são agravantes quanto aos agentes porque se leva em consideração a circunstância no que respeita aos pólos ativo e passivo da relação de consumo, isto é, fornecedor e consumidor. Valoriza-se, portanto, a condição pessoal dos sujeitos da relação de consumo.

Já vimos em outro nosso estudo que não é sempre um fornecedor o sujeito ativo de crimes contra o consumidor,⁷⁸ já existindo doutrina apontando a existência de diversos sujeitos passivos nesses crimes.⁷⁹

Contudo, nestas agravantes se consideram aqueles especiais aspectos inerentes aos mencionados agentes (ativo e passivo), ou seja, circunstâncias que refletem especial condição objetiva ou subjetiva, ora do criminoso, ora da vítima.

Assim dispõe o art. 76, inc. IV, do CDC:

“Art. 76. (*omissis*)

(....)

IV — quando cometidos: a) por servidor público, ou por pessoa cuja condição econômico-social seja manifestamente superior à da vítima; b) em detrimento de operário ou rurícola; de menor de 18 (dezoito) ou maior de 60 (sessenta) anos ou de pessoas portadoras de deficiência mental, interdidas ou não”.

O Código Penal aludiu a vários conceitos dessa agravante, referindo-se a funcionário público (art. 327), ao abuso de autoridade ou violação de dever inerente à cargo, ofício (art. 61, II, f); à criança, velho ou enfermo (idem, letra h).

A Lei de Economia Popular (LEP) também se refere à agravante de seus crimes quando cometidos “por militar, funcionário público... por pessoa cuja condição econômico-social seja manifestamente superior à da vítima; em detrimento de operário ou de agricultor; de menor de 18 (dezoito) ou de deficiente mental, interdito ou não” (art. 4.º, § 2.º, inc. IV). Como se vê a agravante da lei penal do consumidor fez algumas modificações (supressões) e praticamente aproveitou a da LEP.

Verifica-se aqui uma *divisio* na agravante, pois ora pode se referir ao agente ativo, ora ao agente passivo. É quanto ao agente ativo, quando for o crime praticado por servidor público ou por pessoa de condição econômico-social superior à da vítima; é quanto ao sujeito passivo quando o crime é praticado em detrimento de operário ou rurícola, menor de dezoito ou maior de sessenta anos, ou de deficientes mentais, interdidos ou não.

Primeiro, agrava-se o crime o fato de ser praticado por servidor público.

78. In *Revista do MPRS* 30/174.

79. V. Damásio de Jesus, *RT* 696.

A agravante comporta algumas observações.

A lei penal do consumidor atualiza, ao modelo constitucional (art. 37 e ss.) a utilização da expressão “funcionário público” (da Carta anterior).

Os servidores públicos, com os agentes políticos, forma um dos grandes grupos de agentes estatais, como disse Celso Antonio Bandeira de Mello:⁸⁰ todos aqueles que mantêm com o Poder Público relação de trabalho, de natureza profissional e caráter não eventual, sob vínculo de dependência.

Na expressão se utiliza daquela largueza vinda do Direito Penal, ou seja, eles são os funcionários públicos da Administração Direta ou Indireta; servidores de autarquias em geral; contratados pela legislação trabalhista e remanescentes dos antigos extra-numerários.

Também no conceito se abarca a equiparação, isto é, aqueles que exercem cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, transitório ou não, bem como aqueles vinculados às entidades fundacionais instituídas pelo poder público e aqueles que servem sociedades de economia mista ou empresas com a participação do capital federal, estadual ou municipal.

A expressão servidor público, aqui, é utilizada num sentido amplo, com o que se apreende a agravante do Código Penal, quando se refere àquele que pratica o crime com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo ou ofício. Óbvio que se o servidor público for a vítima não tem qualquer conseqüência, pois a agravante diz respeito ao agente ativo e não ao passivo.

É de se observar que nem sempre o servidor público ocupa um cargo público, no sentido administrativo do termo e nem sempre o fato de prestar um serviço público e só por ser um servidor público que incidirá na agravante.

Explicamos.

Existem servidores públicos que estão apenas ocupando funções transitórias, funções ditas de confiança ou gratificadas. Mesmo assim são considerados para a agravante em questão. Daí que, em conclusão, não tem importância a forma de ingresso do servidor na função, isto é, desimporta se prestou concurso público ou foi indicado. Também, desimporta se o inquérito é concluído depois de o agente ter saído da função.

A lei não restringe ao regime de trabalho do servidor público. Tanto faz seja celetista ou estatutário, ou trabalhista, ou temporário. É aquela conceituação que nos apresenta Ivan Barbosa Rigolin: “servidor público é o cidadão vinculado à Administração Pública por um regime jurídico, seja ele qual for...”.⁸¹

Já no que respeita à segunda observação, é de se notar que não basta ser servidor público e ter cometido um ilícito contra o consumidor, através de serviço público, para que haja a incidência da lei penal do consumidor e sua agravante.

Em excelente trabalho, nosso Colega de Ministério Público Gaúcho, Prof. Adalberto Pasqualotto, discutiu a questão dos serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor,⁸² concluindo que “não são abrangidos

80. In *Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos*, RT, 1981, p. 8.

81. In *O Servidor Público na Constituição de 1988*, Saraiva, 1989, p. 82.

82. V. *Revista do MPRS* 26/81.

no CDC os serviços públicos próprios, prestados *uti universi* diretamente pelo Estado, mantido pelos tributos gerais, porque falta-lhes, sob a ótica do Código do Consumidor, o requisito da remuneração específica.”

Isso significa que o servidor público para ver agravada sua pena deve estar naqueles serviços públicos “impróprios, prestados direta ou indiretamente pelo Estado ou, ainda, por meio de concessão, autorização ou permissão... porque remunerados pelo pagamento específico de taxas ou tarifas,⁸³ ou preços públicos acrescentaria, para evitar polêmica.

Não estendemos, porém, a expressão “servidor público” para abarcar os militares, porque estes têm legislação penal própria (Dec.-Lei 1.001, de 21.10.69) e é difícil (pelo menos não nos ocorre) situação em que um servidor militar venha a praticar crime contra o consumidor sem que se trate de crime militar. Ademais, tem origem constitucional a divisão entre servidores públicos civis e militares (arts. 39 e 42, CF), sendo que nas funções diretamente ligadas ao mercado de consumo estão mais os servidores civis do que os militares. Todavia, não é de se descartar situação excepcional em que um militar esteja praticando crime contra o consumidor, sem que se trate de crime militar, onde se poderia incidir a agravante.

Aos servidores públicos que efetivamente cometerem crimes contra o consumidor a pena deve ser agravada. É que os servidores públicos detêm um *munus* público, de onde decorre uma natural confiança do administrado naquele, o administrador. Em algumas pequenas cidades, um servidor público, de qualquer órgão estatal ou paraestatal, detém grande importância na comunidade, às vezes “autoridade”, até por ser único representante do Estado no local; também porque mantendo a respeitabilidade do cargo, mas sempre porque é pública a função exercida. Daí a natural confiança que não deve ser rompida com facilidade. E se o for, justificada está a agravante.

Não se pode confundir, ainda, a agravante em análise com a majorante do art. 327, § 2.º, do Código Penal, que não se aplica aos crimes contra o consumidor.⁸⁴

Mas será que no conceito de servidor público se pode alargar para abranger jurados, requisitados pelo Estado para membro de mesa apuradora ou receptora de votos em período eleitoral?

Parece-nos que sim,⁸⁵ pois não se pode dissociar a posse de um jurado, v.g., daquela de prestador de serviços ou fornecedor íntegro, honesto e cumpridor dos deveres cívicos.

É que não entendemos como possa um fornecedor praticar crime contra o consumidor durante a noite e no dia seguinte ir julgar seus pares durante um júri. Qual a confiança que tal tipo de jurado pode inspirar? Isso é como um cidadão que se embriaga publicamente ser chamado como Juiz para julgar crimes cometidos pelo efeito da bebida, ou contravenção penal de embriaguez. Isso é risível, para não dizer imoral.

83. Op. cit., p. 97.

84. Nesse sentido: Min. Cernicchiaro, op. cit., p. 306.

85. No mesmo sentido: Paulo José Costa Jr., op. cit., p. 257.

Assim também os concessionários, os permissionários de serviços públicos, ou de obras públicas, pois, embora “pessoas que prestam serviços ao Poder Público, são particulares que cumprem uma função pública”.⁸⁶

Também agrava a pena quando o sujeito ativo, o réu, o fornecedor, possuir condição econômico-social manifestamente superior à da vítima.

Condição, aqui, está no sentido de *status* econômico-pessoal, que obviamente repercute no plano social. Não se confunde nem com causa, nem com aquele acontecimento futuro e nem com “estado”. Na verdade, “retrata modo de ser, situação social ou profissional de uma pessoa”.⁸⁷

Não se pode deixar de relacionar a agravante com a situação de “classes aquisitivas positivamente privilegiadas” de que nos falava Max Weber, que são “os comerciantes, armadores, empresários, industriais, empresários agrários, banqueiros e empresários financeiros e, em certas circunstâncias, profissionais liberais com capacidade ou formação especial e trabalhadores com qualidades monopólicas (próprias ou adquiridas)”.⁸⁸

Então, os agentes devem fazer parte de uma ou mais dessas classes para a aplicação da agravante.

A condição diz respeito ao econômico-social e não ao cultural, porque quando o agente se prevalece da *intelligentsia* para o cometimento do crime é de se verificar se não o pratica “dissimulando a natureza ilícita do procedimento”, o que faria incidir o inc. III, do art. 76 comentado.

Também deve ser de manifesta condição superior, ou seja, visível sem muito esforço. Claro, para incidir a agravante ela deve estar diretamente relacionada com a prática do crime, pois, do contrário, alguém teria sua pena agravada pelo simples fato de ser rico e aí a lei poderia fazer uma diferenciação e com isso violar o art. 3.º, inc. IV, da CF, que proíbe qualquer forma de discriminação. A pena só pode ser agravada se alguém se utilizar de sua riqueza para impor sua vontade ao consumidor, assim cometendo o crime.

O fato de a vítima ser manifestamente pobre nada significa para a agravante e nem a mera comparação, na espécie, entre um e outra (réu e vítima) pode aumentar a pena. Em outras palavras: não se agrava a pena porque a vítima é manifestamente pobre, pois aí se estaria no campo da responsabilidade penal objetiva, afastada de nosso direito penal positivo, como é sabido.

A condição social, sozinha, embora muitas vezes esteja ligada à ótima situação econômica, igualmente, pouco significa. Pode ocorrer de um fornecedor deter condição social proeminente, às vezes decorrência de laços familiares e não possuir também uma forte condição econômica, suficiente a atender a circunstância. A condição manifesta deve ser provada pelo Ministério Público e não se presume.

Também é de se atentar que a agravante exige uma vítima, para se cotejar a sua situação econômica com a do réu. Então, aqui se exige, estranhamente, que ao crime contra o consumidor tenha sobrevivido um

86. V. Celso A. Bandeira de Mello, in op. cit., p. 9.

87. Min. Cernicchiaro, op. cit., p. 307.

88. In *Economia e Sociedade*, UnB, v. 1, 1991, p. 201.

resultado com uma vítima, o que se choca com a especial natureza de tais ilícitos, crimes de mera conduta em sua ampla maioria.

A comparação entre réu e vítima deve ser direta, isto é, se no caso concreto a vítima detiver condição econômico-social em igualdade com a do réu, inexistente a agravante. Nem a mínima diferença é relevante, eis que se exige seja “manifestamente superior” à condição em causa.

Agrava o crime contra o consumidor quando a vítima é operário ou rurícola. Aqui se considera a pessoa da vítima unicamente, daí dizer-se que tem relação com o pólo passivo da relação de consumo: o consumidor.

Operário é a pessoa simples, da cidade, geralmente entendido como o trabalhador assalariado. É tido como aquele que trabalha sob as ordens de outrem, que não executa serviço seu, mas por conta alheia, recebendo um salário.⁸⁹ Pode ser ou não o salário mínimo fixado pela União, até podendo perceber algo além daquele. Não desempenha qualquer serviço público, embora muitos servidores públicos, infelizmente, até percebam abaixo do mínimo. A relação não é só salarial, mas também.

Não se inclui na agravante aquele que, mesmo humilde, trabalha por conta própria, que não é empregado de alguém, pois a agravante diz respeito ao simples operário, somente ao empregado, ao bóia-fria.

Tem-se dito que “se o operário for pessoa de cultura e tiver padrão social muito bom, tal agravante inexistirá... já que o legislador visa proteger as pessoas desvalidas.”⁹⁰

Isso deve ser entendido em termos, uma vez que só concordamos com a segunda parte da assertiva.

Primeiro, porque operário “com cultura” num país de imensa maioria de analfabetos, pessoas que assinam com dificuldade o próprio nome, realmente, é muito difícil. Isso para não dizer impossível se formos olhar para certas regiões do país. Não se é de confundir operário alfabetizado, onde incidiria a agravante, com operário com cultura, onde também ela incidiria. Coisas diversas, sabemos, alfabetização, cultura, situação econômica etc., mas aquelas não afastam a agravante, s.m.j., que não está ligada ao nível cultural ou social do operário.

Segundo, porque operário de padrão social muito bom numa sociedade, como a nossa, onde existe velada (às vezes explícita) discriminação social, é muito raro. Ao operário brasileiro, infelizmente, na maioria das vezes não é dado qualquer padrão social. O padrão social que se oferece é o mais simples possível, porque o padrão social elevado exige algo que o operário comumente não possui: o capital. Claro, quem tem condições econômicas tem elevado padrão social e não se enquadra como operário, quase sempre é patrão. E aí não incide a agravante em análise.

Não se descarta, porém, a vinda de operários do mundo desenvolvido, para trabalhar no país, na operação de máquinas importadas ou filiais de empresas. Cremos que a norma não se dirige à proteção de tais “operários”, os quais vêm ao país com padrão remuneratório e cultural de Primeiro

89. De Plácido e Silva, op. cit., p. 1.096.

90. Vianna e Barros, in *Comentários ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor*, Lumen Juris, 1991, p. 94.

Mundo. Daí por que concordamos que a norma visa proteger os desvalidos somente.

O que pretendemos deixar claro é que desimporta se o operário tem ou não a cultura ou o elevado, ou o simples padrão social. Para nós, pelo menos no que se verifica em regra geral, sendo operário basta, porque a própria expressão já identifica um tipo único de trabalhador assalariado.

A lei penal fez essa diferença, tanto que quando valorou a agravante no aspecto financeiro e social, ela adotou o critério de diferença quanto ao pólo ativo, ou seja, quanto ao autor do crime, na sua condição econômico-social manifestamente superior à da vítima, como já visto.

“Rurícola” é expressão ampla, isto é, diz respeito ao trabalhador rural, do campo, ao agricultor. É aquele humilde trabalhador do campo, da zona rural; que vive do campo e no campo, abrangendo, portanto, aqueles que trabalham nas ditas “lides campeiras”, como o domador, o colono, o alambrador, o lavrador, o esquilador, enfim, todos os que têm suas atividades ligadas ao meio rural.

Não adotou o legislador a restrição que existe na Lei de Economia Popular: agricultor. São expressões que, parecidas, não se confundem, dada a amplitude de rurícola.

A expressão não deve englobar, porém, aquele empresário do meio rural, o ruralista, o fazendeiro, o estancieiro, os criadores de animais, enfim, consumidores que embora vivam no meio rurícola têm sólidas condições financeiras e o crime, muitas vezes, não se lhes repercute no bolso. Aqui, adota-se a similitude ao operário, antes vista.

Não é necessário, embora muitas vezes possa ocorrer, que o crime seja praticado no meio rural ou por ocasião de atividade rural (compra de agrotóxicos, v.g.). Pode acontecer de um rurícola vir à cidade e aí existir o fato criminoso, também acontecendo a agravante.

Claro, a situação de rurícola deve restar provada nos autos, com o que se exige, também, a presença de vítima em tais ilícitos. Mesmo que o produto ou o serviço sejam destinados só ao meio rural, porque entender diversamente significaria a responsabilidade objetiva.

Ademais, não é porque a vítima usa bombachas, botas e lenço maragato, que o juiz vá se deixar impressionar com tal “rurícola” e aplicar a agravante. Afinal, existe muito estelionatário por aí fantasiado e falando como gaúcho, que só conhece “tento” como sinônimo de ponto marcado num jogo.

Também, relativamente ao sujeito passivo é que ocorre a agravante quando o crime é praticado em detrimento de menor de 18 ou maior de 60 anos adotando, nesse passo, o critério etário como relevante.

O Código Penal não se referiu expressamente a idade, mas adotou como agravante o fato de a vítima ser criança ou velho.

A Lei de Economia Popular (LEP) só se referiu a agravante quando a vítima é menor de 18 anos.

A agravante do CDC afastou-se, portanto, daquela polêmica havida entre os penalistas com relação à idade da vítima, isto é, até qual idade se consideraria “criança”, ou mesmo qual o critério para apurar-se o conceito de “velho”.

Sabe-se, ainda há no Código Penal a discussão se “criança” é a de até 7 (sete) anos ou daí até aos 14 (quatorze) anos de idade, havendo decisões

em ambos os sentidos. Hoje, com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente se pode entender criança apenas como sendo a pessoa até os 12 anos de idade (art. 2.º, Lei 8.069, de 13.7.90).

Com relação a “velho” se discute qual o critério para assim ser considerada uma pessoa, identificados pelo menos quatro correntes, que vão do critério biológico ao cronológico. Mas esse debate, para o efeito dessa agravante, como disse o Min. Cernicchiaro, é secundário.⁹¹

A lei penal do consumidor resolveu a questão adotando um critério puramente cronológico: menor de dezoito e maior de sessenta anos de idade. Desimporta, portanto, se o menor ou o idoso tinham condições de defenderem-se ou não, bastando possuírem tais idades e que o criminoso dissesse tenha ciência, aliás, prevalecendo-se disso.

Dessa forma, com relação ao menor de dezoito anos, também não adotou a lei penal do consumidor a orientação do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), que praticamente dividiu os menores em crianças e adolescentes, na aplicação daquela lei. Para nós, assim, não faz diferença se é criança ou adolescente, bastando ser menor de 18 anos. Com isso, restaram fora do agravo aqueles menores entre 18 e 21 anos de idade.

Assim sendo, em que pese Paulo José da Costa Jr. dizer que a agravante se refere aos adolescentes tão-somente,⁹² a verdade é que os adolescentes, na forma da lei, vão de 12 a 18 anos de idade e a agravante abrange também os menores de 12 anos. A agravante vai mais longe.

Sem dúvida que o inciso em comento afina-se com o denominado “menorismo”, este visto como um movimento social em prol do menor, de base jurídica, centrado no atendimento judiciário, auxiliado pelos recursos das demais ciências humanas e biomédicas, com especial participação, legalmente prevista, da comunidade atuante”.⁹³

A proteção a tais sujeitos (menores de 18 e maiores de 60) não implica que, eventualmente, possam estar “protegidos” por terceiros na ocasião da ocorrência do fato criminoso. Isso significa que mesmo que tais menores ou idosos estejam acompanhados, respectivamente, por pais, tutores ou filhos, noras ou genros, a agravante ocorre. Basta que o criminoso tenha pleno conhecimento de que está perante vítima menor ou idoso.

Claro, o criminoso pode alegar que desconhecia a idade da vítima, com o que, devidamente provado, não incidira a agravante. Porém, é de se notar que se a Justiça é cega não o é o juiz; e assim como existem situações plenamente justificáveis, existem aquelas inaceitáveis diante do caso concreto, ou seja, menores e idosos que “está visto” que são e só podem ser menores de idade ou de idade superior a sessenta anos. Então, cumpre ao juiz fazer os olhos da justiça e aplicar a agravante.

O Ministério Público, por seu turno, deve ter o cuidado de tecer a agravante em sua peça acusatória, acostando a devida prova de idade que só se faz com a competente certidão de Registro Civil. Cremos que não se aplica na hipótese o fato de “não ter havido contestação sobre a idade

91. Op. cit., p. 308.

92. Op. cit., p. 258.

93. V. Barreira e Brazil, *O Direito do Menor na Nova Constituição*, Atlas, 1988, p. 13.

da vítima”, eis que de agravante se trata e ela deve penetrar não só na esfera do conhecimento do acusado, mas como concretude no mundo dos autos.

O crime, então, deve ser praticado prevalecendo-se o agente dessa inferioridade cronológica da vítima, com o que, relativamente ao menor, atende-se o dever de velar pela sua dignidade pondo-os a salvo de tratamento às vezes vexatório, às vezes constrangedor, em uma relação de consumo. Essa também a proteção que visa o ECA (art. 18).

Observe-se, ainda, com relação aos menores, que a idade da vítima a ser considerada é aquela do dia do delito, ou seja, na data em que o crime é cometido é que se apura esse critério cronológico, ou etário. É isso é óbvio, senão não teria sentido a agravante para o caso de um menor que viesse a completar dezenove ou vinte anos no curso do processo penal.

Outra agravante quanto à vítima, ou sujeito passivo da relação de consumo, ocorre quando o crime é praticado em detrimento de pessoas portadores de deficiência mental, interditadas ou não.

O Código Penal se refere a uma agravante quando o crime é praticado contra enfermo.

A LEP expressa a agravante quanto ao crime praticado contra deficiente mental, interditado ou não (art. 4.º, § 2.º, inc. IV, b).

Sabe-se que deficiente mental é aquela pessoa acometida de retardo mental, geralmente por causas genéticas, hereditárias, congênicas, enfim, aquelas com uma disfunção cerebral ligada a lesão cerebral.⁹⁴ Os termos comumente empregados na designação dessas pessoas são: imbecis, idiotas e débeis mentais.

A interdição é um ato judicial originador da curatela e surge como uma proibição oriunda de decreto judicial, em virtude do qual se impede a prática de atos jurídicos ou se torna defesa a feitura de qualquer coisa; para as pessoas é uma privação de direitos.⁹⁵

A disciplina da interdição é a civil (arts. 446/458, Código Civil) e deve ser promovida pelos pais, cônjuge, parentes ou pelo Ministério Público, este em caso de loucura furiosa ou na ausência de parentes ou responsáveis do interditando.

Ao deficiente mental, portanto, quando interditado, aplica-se o instituto da curatela, que é “um encargo deferido por lei a alguém para reger a pessoa e administrar os bens de outrem, que não pode fazê-lo por si mesmo.”⁹⁶

A lei penal do consumidor afasta a necessidade da existência desses institutos (interdição e curatela) quando considera a agravante em sendo a vítima deficiente mental, referindo-se a “interditadas ou não”. Isso significa que basta o enquadramento inicial: deficiente mental.

O estado (deficiência mental), para ser reconhecido na agravante exige o competente atestado médico especializado, não se havendo de exigir prova pericial, salvo quando o réu contesta a deficiência mental trazendo prova ao juiz nesse sentido. Também, pode o juiz entender discutível a deficiência,

94. Isaac Mielnik, *Dicionário de Termos Psiquiátricos*, Roca 1987, p. 69

95. De Plácido, op. cit., p. 847.

96. Machado e Passos de Freitas, *Interdição e Curatela*, Jalovi, p. 12.

quando poderá determinar o exame. Este, aliás, deve ser procedido por profissional habilitado na área de Psiquiatria. Não faz diferença para o reconhecimento da agravante, parece-nos, o fato de estar em curso processo de interdição da vítima, pois basta a mera declaração do médico nesse sentido.

Essa deficiência mental abrange, igualmente, o surdo-mudo, sem educação, isto é, aquele que não sabe enunciar precisamente a sua vontade, como está no art. 446, inc. II, do CCivil). Se o surdo-mudo tiver pleno entendimento, isso afasta a agravante, pois esta exige a deficiência daquele.

Se, além de deficiente mental a vítima for menor de idade a agravação é maior, ou seja, deve-se salientá-la quando da fixação da pena, uma vez que é por demais doloso o comportamento daquele que se aproveita de consumidor menor e ainda doente mental para cometer ilícito contra a relação de consumo.

3.6 Agravantes legais quanto ao objeto material do crime contra o consumidor

No inc. V do art. 76, o Código dispôs como agravante o fato de tais crimes “serem praticados em operações que envolvam alimentos, medicamentos ou quaisquer outros produtos essenciais.”

Nada existe em tal sentido no Código Penal ou na Lei de Economia Popular, pelo que a agravante tem relação única e exclusivamente com as relações de consumo.

Diz-se que se relaciona com o objeto (material) de crimes contra o consumidor, porque se refere “à coisa sobre a qual incide a ação delituosa”.⁹⁷

A relação de consumo é uma relação jurídica, assim como o é a relação obrigacional, a relação processual etc. Tal como as outras, ela possui dois pólos: um fornecedor (pólo ativo) e um consumidor (pólo passivo) e gira em torno de produtos e serviços, que são o objeto material dos crimes contra o consumidor.⁹⁸ Já o objeto jurídico desses crimes é a mencionada relação de consumo.⁹⁹

Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial, como expressa o § 1.º, do art. 3.º, do CDC; serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista, como dispõe o § 2.º.

Existe mercado “quando compradores que pretendem trocar dinheiro por bens e serviços estão em contato com vendedores desses mesmos bens e serviços”, como ensina Paulo Sandroni.¹⁰⁰ Daí que se nele predomina o consumo, ou seja, presente nele um consumidor, entendido este como destinatário final do produto ou do serviço, presente o mercado de consumo.

97. V. Min. Cernicchiaro, op. cit., p. 309.

98. V. Manoel Pedro Pimentel, “Aspectos Penais do CDC”, RT 661/249.

99. V. também Min. Cernicchiaro, op. cit., p. 309.

100. Op. cit., p. 193.

É no mercado de consumo, então, que giram as relações de consumo, sobre bens e serviços, entre fornecedor e consumidor, ou vendedores e compradores desses bens e serviços.

Pode-se dizer que o âmago contido na relação de consumo é a negociação, a transação entre seus sujeitos. É nesse sentido que está a palavra operações. Afinal, a relação de consumo precisa da operação para sobreviver, sendo que esta é inerente e não exclusivamente àquela: A operação é um dos nexos a vincular os sujeitos da relação de consumo, aliás, na verdade elas “representam a relação jurídica celebrada pelo fornecedor e consumidor”, como ensina Cernicchiaro.¹⁰¹

A expressão operações, a rigor, tem mais um sentido técnico-econômico, principalmente no meio das bolsas de valores, eis que ali se praticam operações, especialmente quando da compra e venda de ações. Trata-se, portanto, de termo que salienta certa “tecnicidade”, que é característica do direito penal econômico, como salienta Benjamin.¹⁰²

Alimentos e medicamentos são produtos ligados diretamente com a saúde e a vida do consumidor, ou seja, à própria sobrevivência. Tanto a saúde quanto a vida do consumidor têm proteção direta na lei, sendo, portanto, alguns de seus direitos básicos (art. 6.º, inc. I, CDC).

Os alimentos e os medicamentos foram igualmente protegidos pela lei penal comum, no Capítulo relativo aos crimes contra a saúde pública do Código Penal Brasileiro, quando ali se referiu às substâncias alimentícias ou medicinais.

Não se pode entender que em tais crimes do Código Penal se deva aplicar a presente agravante, uma vez que esta diz respeito unicamente às relações de consumo, ou seja, em negociação de massa, em operações. Veja-se o seguinte caso: “A” adultera certo produto (alimento), destinado a consumo, tornando-o nocivo à saúde e repassa ao consumidor. Em tese, há o crime do art. 272, CP. Trata-se de crime impróprio, da categoria “acidentalmente de consumo”.¹⁰³ Não se pode aplicar à espécie a agravante em causa porque não temos um crime de consumo próprio, ou seja, que diga respeito diretamente à relação de consumo.

Agora, vamos supor que “A” possua certo medicamento nocivo e não inclua a advertência escrita sobre aquela nocividade. Aí já está tipificado de imediato o art. 63, *caput*, do CDC, independentemente da comercialização. Agora, quando “A” realizar venda daquele medicamento e o medicamento for considerado essencial aplicar-se-ia a agravante em análise. Veja-se, estamos frente a uma relação de consumo e a um crime próprio.

Com isso também queremos dizer: que estas agravantes exigem um resultado no mundo exterior para se configurarem, ou seja, há de restar provada a operação para ser aplicada a agravante.

Exige a lei que os produtos e serviços, alimentos e medicamentos, sejam essenciais, ou seja, imprescindíveis ao atendimento daqueles direitos básicos do consumidor, antes mencionados. Aqui, como disse Francisco Cavalcanti,¹⁰⁴

101. Op. cit., p. 309.

102. Op. cit., p. 107.

103. V. Benjamin, op. cit., p. 113.

104. Op. cit., p. 159.

é a “essencialidade dos bens e serviços envolvidos que conta”, pois se não fosse assim se poderia supor que toda e qualquer operação envolvendo alimentos ou medicamentos incidiria na agravante.

É de se notar, por outro lado, que a lei parece ter se referido a alimentos e medicamentos e a outros produtos ou serviços como a exigir um complemento, uma norma posterior que diga quais são os produtos ou serviços a serem considerados pela agravante, quais os alimentos ou medicamentos essenciais. Temos, assim, uma norma penal em branco em uma agravante, o que não é muito usual, mas efetivamente deve ser dado às autoridades de cada área (medicamentos, alimentos, outros produtos ou serviços) uma certa elasticidade para mover-se na área da proteção ao consumidor.

Veja-se o caso da carne que para um gaúcho da campanha é considerada essencial, pois contendo proteínas é fundamental à saúde e sobrevivência, segundo aquela ótica. Mas isso não é regra, uma vez que se intensifica cada vez mais o gosto por cereais, vegetais etc. com muitos gaúchos que absolutamente não têm o gosto pela carne.

A existência de normas penais em branco que descreva quais os alimentos, medicamentos ou outros produtos e serviços essenciais parece ser a que melhor atende aos interesses do consumidor, uma vez que é a autoridade administrativa, legislativa, quem está melhor habilitada e aparelhada para conhecer os problemas, as deficiências do mercado de consumo. Não fosse assim, ficaria o juiz sujeito ao “entendimento do dia”, com o que se daria insegurança ao consumidor e ao réu, sendo que aquele não sabe da falta e este pode não saber porque lhe agravam a pena.

4. Conclusão

Não pretendíamos alongar-nos tanto, mas o assunto é por demais digno de atenção.

Ocorre que a pena é o fruto da chamada coerção penal, entendida esta como ação de conter ou reprimir que o Direito Penal exerce sobre os indivíduos criminosos, no dizer de Raúl Zaffaroni.¹⁰⁵ Aliás, o estabelecimento de penas é uma das características essenciais do Direito Penal, dizia Ramírez.¹⁰⁶ E a agravante tem amizade íntima com a pena.

As agravantes tornam-se instrumento poderoso nas mãos dos juízes, que devem manejá-las com muito cuidado, uma vez que dizem respeito ao *status libertatis* de cada um.

Não foi muito feliz o legislador penal do consumidor brasileiro, pois parece não ter dado muita atenção à criação de agravantes, tanto que copiou o sistema da Lei de Economia Popular, que já estava falido. Aliás, como bem disse Vicente Greco Filho, é deplorável o que estamos presenciando nos últimos anos quanto à técnica legislativa em geral.¹⁰⁷

Mas aí está a lei e *tollitur quaestio*.

105. In *Manual de Derecho Penal*, Parte General, Ediar, 4.ª ed., p. 633.

106. Juan Bustos, “A pena e suas Teorias”, *Fascículos*, Fabris, 1992, p. 90.

107. In *Dos crimes da lei de licitações*, Saraiva, 1994, p. 1.

No que diz respeito a essas agravantes, vimos também um excessivo número de elementos normativos: época de grave crise econômica, calamidade, grave dano individual ou coletivo, operário, rural, enfim, conceitos que devem ser buscados em outros ramos do Direito ou da Ciência em geral. Isso, à evidência, enfraquece o tipo e a segurança jurídica.

Mas verifica-se que ao menos o legislador resolveu pecar por excesso do que por falta, daí ter copiado a Lei de Economia Popular em 70% das agravantes.

A preocupação com os menores e os idosos é saudável e possivelmente seja a mais aplicada, não só porque de fácil ocorrência, mas porque de fácil constatação. Com isso, fez bem a lei em ser severa, porque, lembrando Eduardo Correia quando cita Pacheco, três classes de pessoas há a quem naturalmente devemos respeito: aos velhos, por razão da sua idade, às mulheres por razão do seu sexo, às crianças, por razão da sua inocência. Quem não respeita as crianças, as mulheres e os velhos é um ser mau, destituído de sentimentos morais. Quem os ofende é um vilão, que não tem nenhum sentimento generoso. Faz bem a lei em olhá-los com aversão, como os olha a sociedade, porque os seus delitos são mais perversos, mais vis, mais dignos de esmerada e dura correção.¹⁰⁸

Bibliografia

- ASÚA, Jiménez de. *La Ley y el Delito*. A. Perrot, B. Aires, 1990.
- BARREIRA E BRAZIL. *O Direito do Menor na Nova Constituição*, Atlas, 1988.
- BENJAMIN, Antonio Herman. *Direito do Consumidor*, RT, S. Paulo, v. 1.
- BITENCOURT, Cezar R. *Falência da Pena de Prisão*, RT, S. Paulo, 1993.
- CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*, Coimbra, Portugal, 2 vols., 1971.
- CARVALHO, Marcia D. Lima de. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*, Fabris, Porto Alegre, 1992.
- CAVALCANTI, Francisco. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*, Del Rey, MG, 1991.
- CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Comentários ao Código do Consumidor*, Forense, Rio, 1992.
- COUTO E SILVA, Clóvis V. *A Obrigação como Processo*, José Bushatsky Editor, S. Paulo, 1976.
- DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*, Forense, Rio, 1978.
- FAYET, Ney. *A Sentença Criminal e suas nulidades*, Aide, Rio, 1987.
- FERRAZ, Néelson. *Dosimetria da Pena*, Florianópolis, s/d.
- FILHO, Vicente Greco. *Dos crimes na lei de licitações*, Saraiva, S. Paulo, 1994.
- FRAGOSO, Heleno C. *Lições de Direito Penal*, Forense, Rio, 1985.
- GRAU, Eros R. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, RT, S. Paulo, 1991.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, Forense, Rio, 1983.
- JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*, Saraiva, S. Paulo, 1985.

108. Op. cit., p. 357.

- JUNIOR, Paulo José C. *Comentários ao Código Penal*, Saraiva, S. Paulo, 1985.
- . *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*, Saraiva, S. Paulo, 1991.
- JUNIOR, Nelson Nery. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, Forense Universitária, Rio, 1991.
- LOBO, Paulo L. Neto. *Condições Gerais dos Contratos e Cláusulas Abusivas*, Saraiva, S. Paulo, 1991.
- LUNA, Everardo da Cunha. *Estrutura Jurídica do crime*, Saraiva, S. Paulo, 1993.
- MACHADO E PASSOS DE FREITAS. *Interdição e Curatela*, Jalevi, S. Paulo, s/d.
- MAGGIORE, G. *Diritto Penale*, trad. J. Torres, Temis, Colômbia, 1985, 5 vols.
- MAZZILLI, Hugo N. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, RT, S. Paulo, 1991.
- MELLO, Celso A. Bandeira de. *Apointamentos sobre agentes e órgãos públicos*, RT, S. Paulo, 1981.
- MIELNIK, Isaac. *Dicionário de Termos Psiquiátricos*, Roca, 1987.
- MIRABETE, Julio F. *Manual de Direito Penal*, Atlas, S. Paulo, 1989.
- MIRANDA, Francisco Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, RT, S. Paulo, 1983.
- NASCIMENTO, Tupinambá M. Castro. *Comentários ao Código do Consumidor*, Aide, Rio, 1991.
- NORONHA, Magalhães. *Direito Penal*. At. Adalberto Camargo, Saraiva, S. Paulo, 1990.
- OLIVEIRA, Washington Peluso Albino. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*, FBDE, MG, 1992.
- RIGOLIN, Ivan Barbosa. *O Servidor Público na Constituição de 1988*, Saraiva, S. Paulo, 1989.
- SANDRONI, Paulo. *Dicionário de Economia*, Ed. Best Seller, S. Paulo, 1989.
- SANTOS, Ulderico Pires dos. *Teoria e Prática do Código de Proteção do Consumidor*, PAUMAPE, 1992.
- VÁRIOS AUTORES. *Fascículos de Ciências Penais*, Fabris, Porto Alegre, v. 5, 1992.
- VIANNA E BARROS. *Comentários ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor*, Lumen Juris, 1991.
- WEBER, Max. *Economia e Sociedade*, Ed. UnB, Brasília, 1991.
- WESSELS, J. *Direito Penal*, trad. Juarez Tavares, Fabris, Porto Alegre, 1976.
- ZAFFARONI, Raúl. *Manual de Derecho Penal*, Ediar, B. Aires, 1989.

Artigos

- JESUS, Damásio de. "Nova visão da natureza dos crimes de consumo", *RT* n. 696.
- PASQUALOTTO, Adalberto. "Os Serviços Públicos no CDC", *Revista do Ministério Público do RS* 30, Porto Alegre, 1992.
- PIMENTEL, Manoel Pedro. "Aspectos Penais do Código de Defesa do Consumidor". *RT* 661/251.
- RAMÍREZ, Juan Bustos. "A pena e suas Teorias", *Fascículos*, Fabris, 1992.