FABIANA OLIVEIRA BORGES

A TIPICIDADE PENAL DOS PRODUTOS IMPRÓPRIOS AO CONSUMO NA SOCIEDADE DE RISCO

Biblioteca de Referência em Políticas Públicas

UniCEUB
Centro Universitário de Brasília

BORGES, Fabiana Oliveira

A tipicidade penal dos produtos impróprios ao consumo na sociedade de risco. Brasília, 2018.

124 f.

Dissertação apresentada para obtenção do grau de Mestre em Direito do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Roscoe Bessa

Ao meu pai Antônio Ferreira Borges, *in memoriam*, que um dia desejou que eu conquistasse este título; e ao meu irmão Fernando Oliveira Borges, *in memoriam*, cujos passos da vida profissional resolvi seguir. Mesmo vocês não estando mais neste mundo, sei que aí do alto vibram por mim.

Sumário

INTRODUÇÃO **5**

CAPÍTULO 1. TIPIFICAÇÃO DE CONDUTAS NO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO **11**

1.1. Direito Penal da sociedade de risco 12
1.1.1. O expansionismo penal 14
1.1.1.1. Corrente máximo restrita ou minimalista. 15
1.1.1.2. Corrente intermediária 17
1.1.1.3. Corrente dos expansionistas penais 21
1.1.2. Os reflexos da expansão penal no Direito do Consumidor 26
1.2. Direito Penal e Interesses Difusos 32
1.3. Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador 37
1.4. A Administrativização do Direito Penal e o descrédito de outras instâncias de proteção 41

CAPÍTULO 2. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO **47**

2.1. Classificação dos crimes e a tipificação do perigo abstrato 48
2.2. O tipo penal de perigo abstrato 52
2.3. O Princípio da Precaução e Princípios Gerais relacionados 56
2.4. Legitimidade dos crimes de perigo abstrato 62

CAPÍTULO 3. O TIPO PENAL DO ART. 7º, INCISO IX, DA LEI N. 8.137/1990: SUAS HIPÓTESES E OS MEIOS DE PROVA **68**

3.1. O crime de entregar mercadoria em condições impróprias ao consumo da Lei n. 8.137/1990, art. 7º, inciso IX 74
3.2. Os meios de prova no Processo Penal 81
3.3. As hipóteses de condições impróprias ao consumo e seus meios de prova 94
3.4. A sociedade de risco e a visão dos Tribunais Superiores 110

CONCLUSÕES **114**

REFERÊNCIAS **119**

Introdução

Fala-se em globalização, relações em massa, avanços tecnológicos, melhor qualidade de vida. Entretanto, as alterações das características dos diversos produtos disponíveis no mercado colocam o consumidor em uma posição de vulnerabilidade cada vez maior.

Uma situação fácil de ser notada diariamente é um consumidor confuso em meio às prateleiras de um supermercado ou diante de um computador desejando esclarecimentos em sítios de buscas da internet sobre os produtos mais adequados ao consumo diário. São tantas as opções disponíveis no mercado que as pessoas coletivamente realizam suas aquisições com base em informações precárias, sem imaginar situações como, no caso dos alimentos, se a compra se refere a um bem *in natura*, processado ou ultraprocessado, se a cerveja possui as características anunciadas, ou no caso de produtos, se por exemplo os óculos possuem o grau anunciado.

A relevância do assunto foi compreendida a partir de uma experiência profissional na Promotoria de Defesa do Consumidor – PRODECON do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – MPDFT, onde são registrados diariamente episódios que restam arquivados e sem solução mesmo diante do potencial negativo que isso pode ter à saúde dos consumidores. Cerca de 90% (noventa por cento) dos casos da promotoria se relacionam ao tipo penal previsto no artigo 7º, inciso IX, da Lei n. 8.137/90 e normalmente são arquivados diante da ausência de laudo pericial exigida pelos magistrados.

É, portanto, premente a necessidade de esclarecimentos quanto à inefetividade da resposta penal nesses delitos. Se a jurisprudência, que antes compreendia a conduta descrita como crime de perigo abstrato, passa a insistir na necessidade de prova concreta dos resultados gerados pela conduta, talvez a urgência maior seja na compreensão dos verdadeiros motivos da positivação e o contexto social do delito contemporâneo.

Os questionamentos iniciais já evidenciam a problemática central da dissertação com relação ao crime contra as relações de consumo que descreve a conduta de inserir mercadoria ou matéria-prima em condições impróprias no mercado de consumo. O Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 18, §6º, elenca os casos em que os produtos serão considerados impróprios ao consumo, em complemento ao artigo 7º, inciso IX, da Lei n. 8.137/90.

Em pesquisa quanto ao momento histórico que a norma foi positivada, bem como

os fundamentos de sua publicação, perceber-se-á que ela sempre foi compreendida como de perigo abstrato, porquanto inserida no Direito Penal com o intuito de prevenir maiores temeridades nas relações de consumo do mundo globalizado.

São questões antes abarcadas apenas pelo Direito Administrativo ou outras instâncias cíveis de proteção, mas que passaram a ser assumidas por um novo Direito Penal, compreendido como Direito Penal moderno. Esse estudo contemporâneo pôde ser inicialmente notado nas demandas econômicas e do meio ambiente, e posteriormente com a inclusão de tipificações contra fraudes massivas, escândalos financeiros e em proteção aos consumidores contra a enorme criminalidade empresarial, como as lesões nos casos de responsabilidade penal pelo produto.[1]

Novas tipificações em que o objetivo em verdade é atuar como norma de reforço ao cumprimento das determinações legais de forma legítima, pois o Direito Penal não pretende oprimir o espaço de regulação. O Estado não deseja se tornar tão opressor a ponto de impedir o exercício da atividade regulatória. Inclusive isso nem é desejável.

O Estado ameaça intervir penalmente a ponto de restringir a liberdade dos indivíduos como uma política criminal de estabilização dos riscos. O Direito Penal entra na política interna e se direciona pelo paradigma da prevenção, sendo utilizado como instrumento de segurança e controle, mas sofrendo em contrapartida uma enorme pressão para a manutenção das garantias.[2]

Dessa forma, visualizando pelo ângulo inverso, de que o Direito Penal não pretende oprimir o espaço de regulação, nota-se que muito mais do que restringir a liberdade das pessoas o que o Estado pretende é garantir a liberdade de todos. A ideia basilar do Direito Penal, então, é a liberdade, porque ele atua como prevenção geral negativa.

A atuação do Direito Penal como prevenção geral negativa visa intimidar o indivíduo a não cometer o ilícito. Possui relação com o princípio da precaução, com foco em medidas eficazes antes da incidência dos prejuízos e, por isso, a criação de um tipo penal com tais características se apresenta como uma solução interessante.

Essa saída seria por meio dos crimes de perigo abstrato que se apresentam como a melhor forma de o Estado conter a criminalidade contemporânea, todavia esbarrando em um problema considerável de efetividade, conforme será apresentado. O ponto

1 GARCIA MARTÍN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Tradução: Érica Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 55.

2 HASSEMER, Winfried. Defesa contra o perigo pelo direito penal – uma resposta para as atuais necessidades de segurança? *Revista de Estudos Criminais*, Ano XII, nº. 55, p.29-42, Out.-Dez/2014. p. 30.

central é que na prática processual o Direito Penal tradicional exige a prova concreta do prejuízo, se direciona pelas consequências do crime, o que impede a condenação baseada na realização da conduta descrita, ou seja, impede a eficácia da punibilidade desses crimes.

No caso específico de inserir no mercado os produtos em condições impróprias, a mera conduta de disponibilizar aqueles considerados impróprios ao consumo (nos termos legais) já deve ser suficiente à incidência da imputação prevista no tipo penal, pois é com intuito preventivo que a norma foi publicada. Bastaria o cometimento do ilícito para se incidir a punição.

O complicado em exigir a prova concreta dos prejuízos é que além da imprevisibilidade dos danos de vários produtos colocados nas prateleiras (físicas ou virtuais), trata-se de danos decorrentes dos riscos que nem sempre são apresentados ou visualizados, contrariando os parâmetros tradicionais.

Além dessas incertezas da sociedade de risco, com o Direito Penal descrevendo condutas que atuam no campo da precaução, deve ser apreciada a falta de estrutura dos órgãos sanitários e a característica de que os produtos, em especial os alimentos, são perecíveis e rapidamente descartados, sendo todos esses fatores comprometedores do alcance da prova concreta do dano.

A partir da consciência dessa situação normativa e histórica do delito penal, os esforços do presente trabalho voltam-se à análise dos julgados sobre o tema nas Cortes Superiores. A norma é uma legislação federal interpretada em acórdão com a finalidade de servir de precedente e de busca pela uniformização de jurisprudência. Mas a falta de aprofundamento no tema pelos ministros da Corte Superior e da Suprema Corte corroboram com uma carência de debates dos pontos polêmicos e contraditórios, tornando ainda mais necessária a compreensão do contexto e origens da norma.

O trabalho apresenta um enfoque distinto dos que foram usados pelos ministros das Cortes Superiores, adotando uma metodologia de pesquisa bibliográfica-jurisprudencial e dedutiva, como forma de compreender o contexto em que os crimes contra as relações de consumo foram promulgados e as possíveis razões para a ineficácia da norma que pune a disponibilização de produtos em condições impróprias ao consumo no mercado.

O estudo chama a atenção dos Tribunais Superiores para assuntos doutrinários que auxiliam na atuação do Direito Penal. São temas como a criminalização de condutas no Direito Penal contemporâneo, a expansão da matéria nas questões da sociedade de

riscos, a proteção dos interesses difusos, a percepção das normas de perigo abstrato como a solução do problema e manutenção das garantias constitucionais, tudo pelo controle de tantos riscos existentes.

A aceitação de tal tese se justifica quando o posicionamento histórico em que a norma foi publicada passa a ser estudado e a importância da polêmica passa a ser vista sob outra perspectiva. O foco nas relações massificadas que vulneram ainda mais o consumidor contribui para a aceitação dos crimes de perigo abstrato como meio legítimo de contenção das irregularidades positivadas. É o caso da regulamentação de quais condições são impróprias ao consumo como forma de subsidiar o julgador na análise do dolo de colocar em risco a vida de tantas pessoas.

Essa consciência de que são cada vez menos palpáveis os prejuízos enfrentados pelos consumidores contribui para a aceitação de que a criminalidade moderna é diferenciada e precisa de uma postura adequada dos órgãos julgadores para dar efetividade à norma. Tais assuntos serão aprofundados nas próximas linhas e se acredita que serão capazes de subsidiar os posicionamentos jurisprudenciais com foco à uniformização, além de despertar nos críticos da matéria o interesse na formação de opinião relacionada.

Deste modo, a estrutura e o conteúdo da dissertação compõem-se em uma sequência com início histórico normativo, posterior apresentação dos preceitos abstratos para, em seguida, se chegar à análise do tipo e fundamentar a dispensa ou exigência do laudo pericial.

O capítulo inicial analisa as mudanças do direito penal na atual sociedade de risco, os fundamentos da expansão do punitivismo penal e os reflexos desse fenômeno no Direito Penal do Consumidor. Uma discussão que envolve interesses difusos, administrativização do Direito Penal e o descrédito de outras instâncias de proteção, com a criação do tipo penal de perigo abstrato como solução protecionista das gerações futuras.

A partir dos ensinamentos dos principais autores quanto ao expansionismo penal, a dissertação apresenta uma proposta de divisão dos argumentos em correntes, denominando-as de máximo restrita ou minimalista, intermediária ou dos expansionistas penais. Elas levam em consideração a incidência do Direito Penal nas questões da sociedade de risco.

Por possuir relação com as demandas da sociedade de massas, apresenta-se o fenômeno da administrativização do Direito Penal, os interesses difusos envolvidos e o descrédito das outras instâncias de proteção, sempre situando o Direito Penal do

Consumidor nessa demanda.

Com a administrativização o Direito Penal passa a tratar de temas de regulamentação administrativa que antes não abordava. E a maior dificuldade nesse fenômeno é não inverter a ordem das matérias a ponto de o Direito Penal não ser mais como *ultima ratio*. Por isso é importante sua compreensão independente do Direito Administrativo Sancionador e da falta de confiança nas outras instâncias de proteção.

No segundo capítulo, intitulado "Crimes de perigo abstrato", analisar-se-á as características do tipo penal, seu diferencial dos demais delitos, princípios pertinentes e legitimidade de seus fundamentos, em uma análise que servirá como pano de fundo para a compreensão do crime contra as relações de consumo de inserir no mercado produto em condições impróprias. As ideias visam subsidiar a compreensão do delito em análise nesse contexto histórico, doutrinário e jurisprudencial dos crimes de perigo abstrato.

Com posicionamentos favoráveis e outros contra a existência do tipo penal, deparar-se-á com a abordagem moderna, de princípios que subsidiam a legitimidade da norma em um Estado Democrático de Direito *versus* a prática processual penal com seus tradicionais fundamentos justificadores de uma condenação.

A consciência dos riscos de um produto inserido no mercado deve existir desde o fabricante, que precisa informar todos os possíveis danos a que estarão expostos os consumidores. Na doutrina alemã essa avaliação é feita em recurso ao princípio da proporcionalidade constitucional, onde são levantados os deveres de vigilância e até retirada necessária à proteção do bem jurídico, relações de consumo.[3]

Nessa linha de raciocínio, o terceiro capítulo apresentará os meios de prova existentes no processo penal e os casos de dispensa de laudo pericial. Serão expostas as conceituações dos principais autores relacionados ao tema prova penal, para permitir que o conhecimento das transformações na criminalização das condutas do Direito Penal contemporâneo do primeiro capítulo, bem como os esclarecimentos no tocante ao crime de perigo abstrato do segundo, possam situar o artigo 7º, inciso IX, da Lei n. 8.137/1990 dentre os delitos de perigo abstrato e os meios de prova apresentados no terceiro capítulo.

A dispensa da perícia no processo penal é legalmente aceitável, mas no que tange ao delito em referência existe uma zona cinzenta em que uma mesma conduta pode

3 CHAIMOVICH, Lautaro Contreras. La responsabilidad penal del fabricante por la infracción de sus deberes de vigilancia, advertencia y retirada. *Política criminal*. Vol. 10, n. 19, jul. 2015, pp. 266-296. Disponível em: <http://www.politicacriminal.cl/Vol_10/n_19/Vol10N19A9.pdf>. Acesso em: 08 maio 2018.

ser regulada por duas áreas bem distintas do direito penal – crimes de perigo abstrato ou crimes de perigo concreto – que influenciam completamente na efetividade das normas na sociedade de risco e contribuem com os questionamentos de um Direito Penal simbólico.

Versar sobre assunto tão controvertido, como a intervenção do Estado em questões até então inalcançáveis ou desconhecidas pelo direito penal, apresenta-se como desafiador, pois em que pesem argumentos de um direito penal mínimo, os novos riscos sociais e as relações globalizadas clamam por um controle efetivo das relações em massa, onde a tipificação dessas condutas tem se mostrado o grande desafio.

O levantamento jurisprudencial nas Cortes Superiores da justiça comum chama a atenção do intérprete sobre a efetividade da norma em oposição a uma realidade de direito penal simbólico. Será mesmo necessário o laudo pericial para a comprovação da impropriedade ao consumo dos crimes previstos no artigo 7º, inciso IX, da Lei n. 8.137/1990?

O tema é polêmico e merece sim o enfrentamento, por isso o ineditismo da proposta sugere, por meio de quadros didáticos na conclusão do terceiro capítulo, a proposta para a solução e uniformização dessas questões.

Foge aos limites desta pesquisa pontuar os avanços sociais que serão alcançados com a aceitação pelos tribunais dos crimes de perigo abstrato. Entretanto, é indispensável que a jurisprudência acompanhe a realidade jurídica e social da publicação das normas, além da importância de contribuírem com a realização de uma política criminal efetiva, porquanto os avanços serão consequência certa.

No sistema de precedentes vinculantes da atual processualística brasileira, enorme é a responsabilidade dos Tribunais Superiores na contemporaneidade, uma vez que os demais órgãos judicantes estão vinculados aos seus entendimentos. Cabe ao judiciário distribuir justiça conforme as necessidades sociais de maneira estável, íntegra e coerente.[4]

Por tal razão o presente trabalho pretende enfatizar ainda a grande responsabilidade dos tribunais na formulação de posicionamentos favoráveis ao reconhecimento dos direitos dos consumidores e sua proteção, com processos que se fundamentem em preceitos preventivos e eficientes no atual contexto.

4 NOVACKI, Eduardo. BAGGIO, Andreza Cristina. O direito do consumidor nos tribunais superiores brasileiros: avanços e retrocessos em tempos de precedentes judiciais vinculantes. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, ano 27, n. 115, jan.-fev. 2018. pp. 393-423.

Capítulo 1. Tipificação de condutas no Direito Penal Contemporâneo

O direito atual vive uma crise de seu modelo. Modelo monista, de paradigma imperial, em que o Estado passa a ideia de resolução de todas as questões por meio do direito e pela lei. Nesse entendimento o Brasil vive uma dualidade entre direito penal mínimo, com processos de descriminalização e informalização (como a criação dos Juizados Especiais Criminais) e, ao mesmo tempo, maximização da atuação estatal, com a criminalização de outras condutas.[5]

As transformações acontecem em todas as searas jurídicas, inclusive no Direito Penal do Consumidor, pois são reflexo do mundo globalizado e da massificação das relações sociais, onde novos interesses e novas inseguranças são verificadas. Diferentes danos às pessoas e ao meio em que vivem, por surgirem de forma distinta da tradicional, necessitam de um Direito Penal que acompanhe as mudanças e seja eficiente na criminalização das condutas.

Dessa forma, a sociedade contribui para a aparição de novos bens jurídicos a serem resguardados, à medida em que novas realidades são vivenciadas, com novos bens ou uma nova roupagem dos já existentes (meio ambiente, novas relações de consumo e instituições de crédito etc). E como o Direito Penal protege os bens jurídicos considerados mais importantes, a expansão da seara criminal seguirá de forma razoável quando as prescrições conseguirem delimitar a proteção e, desarrazoada, quando ultrapassarem os limites concretos.[6]

Em busca desse amparo eficiente, que proporcione segurança aos indivíduos na proteção dos bens jurídicos e as relações que os envolvem, os doutrinadores enfatizam a necessidade de uma ampliação razoável do Direito Penal. Uma expansão baseada em novos parâmetros, novos princípios e novos limites a serem enfrentados concretamente, tendo em que vista que os alcances delineados, como no caso do Direito Penal do Consumidor, visam atingir uma coletividade de pessoas que têm como principal característica a vulnerabilidade.

5 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Criminologia e feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção da cidadania. *In*: CAMPOS, Carmen Hein (Org.). *Criminologia e feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999. pp. 106-107.

6 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 28.

Nessa linha de raciocínio, o tipo penal em análise no estudo hodierno – colocação no mercado de produto em condições impróprias ao consumo – reflete uma típica previsão da sociedade pós-industrial, que clama maiores estudos tanto quanto a sua aplicação prática, como de sua origem, justificativas de criação e necessidade de enquadramento jurídico nos casos concretos, para que as conclusões a seu respeito tornem-se constatações sólidas que justifiquem, ou não, a previsão legal em referência.

Será no contexto da sociedade atual, na tentativa de transmitir segurança e efetividade às instituições de proteção, que o Direito Penal irá se expandir, buscando o enquadramento dessas condutas contemporâneas arriscadas como forma de pacificação social.

Para tanto, à luz das transformações sofridas pelo Direito Penal, analisar-se-á o contexto da sociedade atual, os interesses coletivos de sua globalização, bem como a comparação da seara penal com o Direito Administrativo e outras instâncias de proteção, para então apresentar os pilares da tipificação dos crimes de perigo abstrato, os meios de prova e a possibilidade de dispensa da perícia, sempre com parâmetro na realidade dos Tribunais Superiores e na espécie referenciada[7] de crime contra as relações de consumo.

1.1. Direito Penal da sociedade de risco

As transformações sociais trazem dúvidas, incertezas e espantos, decorrentes de tecnologias que redundam em variadas ameaças. Nesse sentido, as instituições de controle industrial passam a ser criticadas tanto pelos riscos gerados com o desenvolvimento, como pela falta de domínio dos riscos verificados.[8]

Em uma sociedade tecnológica, em constante inserção no mercado de produtos com efeitos nocivos desconhecidos ou de sequelas concretas a serem sabidas em um futuro distante, os riscos estão sempre presentes, gerando a institucionalização da insegurança. Nota-se, desse modo, uma crise do modelo de Estado de bem-estar social, com aumento das desigualdades e variados problemas culturais.[9]

Ampliando-se os riscos por meio de ações humanas que se utilizam desenfreadamente

7 O tipo de inserir no mercado produto em condições impróprias ao consumo previsto na Lei 8.137/90, art. 7º, inciso IX.

8 MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal:* uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 20.

9 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 30.

das tecnologias disponíveis instiga uma atuação do Direito Penal como forma de controle político dos danos que podem ser gerados. Isso reflete, conforme esclarecido, em uma expansão da atuação da matéria criminal para searas antes reservadas a outras disciplinas.

Constata-se que o risco, agora como elemento de construção e abordagem do Direito Penal, que até então encontrava-se limitado aos princípios que o criaram (como taxatividade, lesividade, culpabilidade etc) faz com que as reações da crítica jurídica a essas alterações de cunho legislativo e dogmático sejam diversas.[10]

É analisando as mudanças do contexto social que a sociedade tecnológica passa a ser vista como sociedade de risco. E foi a obra de Ulrich Beck que difundiu a expressão "sociedade do risco" ou "sociedade de riscos" (*Risikogesellschaft*) como característica da sociedade pós-industrial.[11]

A obra é um marco onde a mudança de cenário marca o fim da sociedade industrial, de tutela penal voltada à proteção de bens individuais e comunitários, de incidências penais decorrentes de ações naturais ou derivadas das naturais, em que os bens jurídicos seriam a vida, o patrimônio, a saúde, a propriedade etc. Sinaliza o início de uma sociedade massificada e global, com atuações humanas não identificáveis, mas capazes de gerar riscos globais de reflexos inimagináveis, podendo chegar inclusive ao extremo de extinção da vida.[12]

A avaliação das mudanças de uma sociedade onde está presente constantemente o risco faz com que a matéria seja utilizada como uma tendência político criminal. Ademais, quando se constata que tudo deriva de decisões humanas, ingressam na agenda política a ineficiência dos meios de controle existentes e buscam-se novas formas eficientes de fazê-lo, apontando uma tendência político-criminais.

Nesse sentido:

> A partir do momento em que os riscos tecnológicos são reconhecidos como riscos derivados de decisões humanas, os centros de tomada de decisões e as leis do progresso tecnológico e científico tornam-se questões políticas. Também ingressam na agenda política os temas ligados aos mecanismos de controle e distribuição dos riscos, particularmente, a questão da ineficiência dos mecanismos atuais e da busca de novas alternativas.[13]

10 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato:* crimes de perigo abstrato: direito penal da sociedade de risco, princípio da precaução, evolução dogmática dos crimes de perigo, imputação objetiva e perigo abstrato, direito penal e gestão de risco. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 76.

11 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Op.Cit. p. 29.

12 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal:* parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais. Portugal: Coimbra, 2007. p.134.

13 MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito penal:* uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 32.

As alterações da sociedade moderna fazem com que o Direito Penal se torne muito menos reativo às lesões que ocorrem e passa a ser muito mais um instrumento de defesa da política interna, saindo das divisões tradicionais das matérias de direito e aproximando-se muito mais do Direito Administrativo e até do Direito Civil[14] - ponto que justifica a denominada administrativização do Direito Penal e o descrédito das outras instâncias de proteção, a ser analisado mais adiante.

Vantagens na adaptação à modernidade para uma maior efetividade do Direito Penal existem, mas alguns problemas são notórios. Merecem destaque os déficits de execução, o grande número de processos parados, certos culpados que permanecem ocultos e nem todas as condições de punição são preenchidas, em especial nos crimes de drogas, meio ambiente e economia.[15]

Dessa forma, mesmo sem querer se posicionar sobre a ideia da sociedade de risco, inegável é a constatação de complicações ao Direito Penal e análise de seus novos desafios, com questões de difíceis soluções ou que demandam a compreensão de recursos ainda não habituais na solução efetiva dos conflitos. Conforme mencionado, encerra-se o período da sociedade industrial, em que os problemas adivinham de eventos da natureza ou ação humana identificável e bens jurídicos definidos (vida, saúde, patrimônio etc), para dar início a uma era tecnológica e massificada, de ações humanas não identificáveis ou anônimas, com riscos globais que chegam a ameaçar as próximas gerações.[16]

É nesse contexto que será apresentado o crime contra as relações de consumo de inserir no mercado produtos em condições impróprias, a partir do estudo sobre a expansão do Direito Penal e as influências para a comprovação e tipificação em análise, sempre com foco na efetividade dos Julgados atuais.

1.1.1. O expansionismo penal

A par do fenômeno da sociedade de risco e seus reflexos no Direito Penal, a doutrina se manifesta sob vários contextos meio aos diferentes pontos de vista. Argumentos contrários, propostas inovadoras para o controle desse avanço, bem como outros favoráveis à incidência do Direito Penal nas questões inerentes da sociedade de risco são exemplos de enfoques diferentes a um tema bastante polêmico.

---

14 HASSEMER, Winfried. Características e crise do moderno direito penal. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Ano III, nº. 18, p.144-157, Fev.-Mar/2003. p.151.

15 Ibidem, p.152.

16 DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a sociedade industrial e a sociedade de risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, fasc. 33, p. 39-65, jan-mar.2001. pp. 43-44.

Todos foram cuidadosamente analisados e, como forma de auxiliar na compreensão do assunto e organização do conteúdo da expansão do Direito Penal, divididos em três categorias ou correntes no tocante ao nível de aceitação das mudanças.

A separação em três cernes de entendimento visa facilitar a compreensão desse fenômeno do Direito Penal Contemporâneo de maneira didática, dialogando com outras propostas que também se arriscam em classificar a matéria ou dividir em categorias.

De tal modo, o presente trabalho propõe três grupos ou correntes de reações críticas à incidência do Direito Penal nas questões relacionadas à sociedade de risco com as seguintes denominações: máximo restrita ou minimalista, intermediária e dos expansionistas penais. São designações que possuem como foco a organização da doutrina em graus ou níveis de aceitação do avanço do Direito Penal às demandas de risco.

1.1.1.1. Corrente máximo restrita ou minimalista.

A escolha da denominação da primeira corrente como máximo restrita ou minimalista se desenvolve a partir da concepção de que o Direito Penal deve se fechar às situações intoleráveis ao convívio social e voltadas às origens tradicionais, sem se preocupar com a gestão dos riscos.

O Direito Penal deve se restringir ao mínimo punitivista e não se expandir desarrazoadamente como vem ocorrendo, tendo em vista que a seara criminal não é capaz de influenciar nos riscos sociais.

Este grupo afirma que a atuação do Direito Penal deve ser ao máximo restrita a ponto de incidir especificamente sobre as condutas que violem de forma agressiva os bens juridicamente protegidos[17]. Compreende que o Direito Penal não é capaz de conter esses riscos e defende que o direito administrativo deve minimizar as novas técnicas de produção para proteger a coletividade, enquanto ao Direito Penal caberia preocupar-se com o fato punível, afastando-se da seara criminal a própria gestão de riscos.[18]

Seus estudos insistem em afirmar que o Direito Penal moderno evoluiu de forma

17 Aqui estão autores como Hassemer, Pritwitz, Herzog, Naucke e Albrecht, Muñoz Conde e, no Brasil, Alfren da Silva.

18 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato:* crimes de perigo abstrato: direito penal da sociedade de risco, princípio da precaução, evolução dogmática dos crimes de perigo, imputação objetiva e perigo abstrato, direito penal e gestão de risco. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. pp. 76 e 78.

a ter se tornado contraproducente e precisar voltar às tradições do Direito Penal[19]. É um grupo contrário à expansão desenfreada do Direito Penal e nele existem propostas de criação de um direito especial para tratar dessas demandas, como o "Direito de Intervenção", de maneira a reconduzir o Direito Penal a seus limites tradicionais. Um direito especial cuja denominação está sempre presente nos debates das diferenças entre o Direito Penal Clássico e o Direito Penal Moderno.[20]

A proposta da criação de um ramo especial denominado "Direito de Intervenção" surgiu na Alemanha e seria um ordenamento sancionador voltado às novas demandas de riscos, estando entre o Direito Penal e o Direito Administrativo, entre o Direito Civil e o Direito Público, com conteúdo de Direito Penal voltado a uma atuação preventiva, em que as garantias são menores que as do núcleo criminal, assim como as sanções que fossem aplicadas.[21]

De toda forma, a sugestão do Direito de Intervenção sempre foi a de buscar soluções fora do Direito Penal. As áreas de criminalidade das empresas e as demais intangíveis, sob seu ponto de vista, como aquela contra os bens jurídicos coletivos, com dificuldades de responsabilização e de imputação pessoal, ficariam além da matéria, em uma área prescindível até de codificação. Já os delitos tradicionais seguiriam integrando o Direito Penal.[22]

Nessa corrente máximo restrita se compreende que os riscos em questão derivam de decisões humanas que optam pelo ingresso do problema na agenda política que finda em buscar o Direito Penal como uma forma de solução, o que não é interessante. E o ingresso da disciplina na agenda política, além de refletir em seu crescimento desarrazoado, distorce o objetivo tradicional dos conceitos e estruturas de seus princípios base, o que não consideram interessante.[23]

Sob essa perspectiva, apesar da primeira corrente se opor à nova forma de Direito Penal por violação a princípios de direito que são um núcleo limite a ser respeitado, seus críticos[24] defendem que o Direito deve acompanhar a modernização da sociedade

---

19 HASSEMER, Winfried. *Direito penal libertário.* Tradução: Regina Greve; coordenação e supervisão: Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.189.

20 OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o direito penal brasileiro*: direito de intervenção, sanção penal e administrativa. São Paulo: IBCCRIM, 2013. p. 29.

21 GARCIA MARTÍN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Tradução: Érica Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 107.

22 OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o direito penal brasileiro*: direito de intervenção, sanção penal e administrativa. São Paulo: IBCCRIM, 2013. p. 64.

23 Ibidem, p.18.

24 Dentre os quais Schünemann se inclui.

em razão de uma criminalidade diferenciada que avança em todos os meios e clamam por uma barreira aos danos refletidos na coletividade.[25]

Na análise do Direito Penal moderno verifica-se seu distanciamento do que pode ser chamado centro ideal, até então existente no Direito Penal "clássico", e aproximação dos conceitos preventivos – bem mais do que os da teoria da retribuição.[26] Ou seja, penas voltadas mais a uma atuação preventiva, podendo condenar quem assumiu o risco de causar dano, do que como forma de retribuição ou mesmo vingança ao mal efetivamente causado.

A sociedade moderna tem sido responsável pela expansão desenfreada do Direito Penal, tendo em vista que diante das variadas situações de riscos são ignorados os limites de repressão e expansão da matéria. Sobressaltam, aqui, a necessidade de contenção desse acontecimento[27] que tem como alternativa o Direito de intervenção.[28]

A oposição à expansão do Direito Penal, à proteção coletiva e a criação dos crimes de perigo abstrato tem como premissa o princípio da intervenção mínima, com a tese de restrição de garantias e novos tipos difusos, coletivos ou supraindividuais que na verdade gerariam um excesso de delegação com normas penais em branco.[29]

Nesse sentido, a partir dos argumentos considerados, um diálogo desse grupo com a criminalização da conduta de inserir no mercado produto em condições impróprias ao consumo não seria de grande sucesso. O contexto de uma corrente minimalista impediria o ingresso do Direito Penal em questões relacionadas a crimes empresariais, a prejuízos coletivos ou qualquer imputação fora do Direito Penal Tradicional, como é o caso dos crimes contra as relações de consumo, uma vez que defendem não caber ao Direito Penal o controle das questões que prejudiquem a coletividade.

1.1.1.2. Corrente intermediária

Na corrente intermediária, como o próprio nome diz, existe um meio termo quanto à incidência do Direito Penal nas questões da sociedade de risco. Não chega a

25 SCHÜNEMANN, Bernd. Apresentação à obra de Luis Garcia Martín. Op.Cit., p.10.

26 HASSEMER, Winfried. *Direito penal libertário*. Tradução: Regina Greve; coordenação e supervisão: Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 192.

27 Destacando-se os que integram a denominada "Escola de Frankfurt", apesar de ser uma denominação que, entretanto, é rechaçada pelo próprio Hassemer, mas que fez tradição no âmbito acadêmico após a denominação de Schünemann.

28 OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o direito penal brasileiro*: direito de intervenção, sanção penal e administrativa. São Paulo: IBCCRIM, 2013. p. 28.

29 SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; GOMES FILHO, Dermeval Farias. Funcionalização e expansão do direito penal: o direito penal negocial. *Revista de Direito Internacional.*, v. 13, 1, Brasília, 2016. pp. 377-396.

restringir a aplicação do Direito Penal às demandas tradicionais, porquanto inevitável a expansão referida, mas defende a necessidade da observância a princípios tradicionais consagrados e é contra o fenômeno da administrativização do Direito Penal.

Ademais, reconhece a importância da criação de tipos penais apropriados às situações de risco, como é o caso dos tipos penais de perigo abstrato, mas sempre de uma forma delimitada e restrita às previsões tradicionais, pois acima de tudo não compreende como interessante o fenômeno expansionista.

A corrente intermediária fala da importância da criação de tipos penais de perigo abstrato para as situações de risco com a condição de respeitarem os princípios já consagrados no direito penal. Nestas circunstâncias, surge a proposta do chamado "direito penal de duas velocidades"[30], que protege as expectativas sociais com a redução do rigor nas penas privativas de liberdade.[31]

No que tange ao crescimento do Direito Penal, no "Direito Penal de duas velocidades" a primeira seria a parte mais tradicional, com as garantias constitucionais, penas restritivas de direito e demais intervenções da área, e a segunda, com a repressão voltada para a criminalidade contemporânea, manteria o Poder Judiciário na aplicação das novas normas e excluiria a possibilidade de penas restritivas de liberdade.[32]

A proposta crítica a manutenção das garantias de cunho humanista, sob o argumento de que no sistema sancionador elas devem ser diferentes de acordo com a consequência jurídica que se busca. Por isso sugere as duas velocidades ou níveis de imputação e seus princípios, sendo um mais rígido com amplas garantias, e outro com penas mais leves, com menos garantias.[33]

O posicionamento também é exposto como a fórmula redistributiva do ilícito, onde uma parte (o Direito Penal da segunda velocidade, com os ilícitos modernos) se afastaria das penas privativas de liberdade e teria garantias mais flexíveis que o Direito Penal de primeira velocidade, voltado aos delitos tradicionais.[34]

---

30 Como também sugere o espanhol Silva Sánchez.

31 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato:* crimes de perigo abstrato: direito penal da sociedade de risco, princípio da precaução, evolução dogmática dos crimes de perigo, imputação objetiva e perigo abstrato, direito penal e gestão de risco. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 80.

32 OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o direito penal brasileiro*: direito de intervenção, sanção penal e administrativa. São Paulo: IBCCRIM, 2013. pp. 76-78.

33 MUÑOZ CONDE, Francisco. *Crítica ao direito penal do inimigo*. Francisco Muñoz Conde e Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. pp.180-181.

34 GARCIA MARTÍN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Tradução: Érica Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 2005. p. 108.

Em que pese a existência de pontos de contato entre o "Direito de intervenção" (da corrente minimalista) e o "Direito Penal de duas velocidades" (da intermediária) na análise da expansão da matéria, este último não divide o direito de forma a deixar o Direito Penal independente de qualquer polêmica. A ideia é de que a *segunda velocidade* existiria dentro da mesma estrutura que a *primeira*, a ser julgada da mesma forma, a partir dos mesmos princípios processuais, mas com a decisão voltada aos magistrados, de forma a impedir uma administrativização da matéria.[35]

Outra diferença entre as propostas apresentas é que a da corrente intermediária (Direito Penal de Duas Velocidades) possibilita a flexibilização das garantias do Direito Penal, enquanto a da máximo restrita (Direito de Intervenção) afasta da seara tudo que não corresponda ao controle social do intolerável.[36]

Todavia também é possível perceber algumas vantagens do Direito de Intervenção com relação ao Direito Penal de Duas Velocidades, tendo em vista que a segunda velocidade possui a parte sancionatória que falta ao Direito Civil e acrescenta uma neutralidade fundamental ao Direito Administrativo, pois busca a punição de forma imparcial e com maior dificuldade à corrupção política.[37]

Independente das diferenças e pontos comuns entre o "Direito Penal de Duas Velocidades" e o "Direito de Intervenção", fato é que as mudanças fazem com que se admita o Direito Penal para enfrentar situações de risco, com o emprego de tutelas antecipadas e o abandono de princípios básicos, como a culpabilidade e a imputação objetiva. Ou seja, nota-se que a expansão do Direito Penal é necessária ao Estado Social e Democrático de Direito, do ponto de vista histórico.[38]

Podem ainda ser inseridos na corrente intermediária o posicionamento dos funcionalistas, porquanto possuem denominação diferenciada das outras categorias e propostas ímpares da atuação do Direito Penal. Eles inclusive se subdividem em duas linhas: a teleológica, de Claus Roxin, e a radical, de Gunther Jakobs.

Com relação aos funcionalistas radicais o destaque é da normatização dos institutos. Nessa linha de pensamento o entendimento é de que o Direito Penal deve conter normas de proteção ao funcionamento social de forma estruturada, o que é de avaliação

35 OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. Hassemer e o direito penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa. São Paulo: IBCCRIM, 2013. p. 79.

36 BUSATO *apud* MUÑOZ CONDE, Francisco. *Crítica ao direito penal do inimigo*. Francisco Muñoz Conde e Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 182.

37 GARCIA MARTÍN, Luis. Op.Cit., p.109.

38 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato:* crimes de perigo abstrato: direito penal da sociedade de risco, princípio da precaução, evolução dogmática dos crimes de perigo, imputação objetiva e perigo abstrato, direito penal e gestão de risco. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 82.

dificultosa quanto à atividade repressora estatal, sem um objetivo mais específico. Já pelo funcionalismo teleológico ou moderado o sistema penal deve ser construído em respeito à dignidade humana e aos valores constitucionais, mas considera inevitável a ação do Direito Penal sobre os perigos e riscos da sociedade.[39]

Desta feita, a corrente funcionalista moderada ou teleológica[40] é mais prática, e a funcionalista radical, fundamentalmente metodológica, chama a atenção para as diferenças existentes quanto ao grau de funcionalização do sistema[41]. O funcionalismo radical reconhece até a legitimidade do Estado em desconsiderar o delinquente como "pessoa" para tratá-lo como inimigo[42] em certos casos.[43]

O funcionalismo radical com a proposta do Direito Penal do Inimigo nas novas formas de criminalidade se apresenta como uma forma eficiente para um período em que o Direito Penal precisa ser eficaz contra os perigos, atuando de forma preventiva, mas de maneira a ser também pela sociedade. Nessa linha a sugestão do Direito Penal do inimigo parece rebater os questionamentos quanto a sua adequação à criminalidade da sociedade de risco:

> Pois bem, se essas novas formas de criminalidade representam uma permanente falta de segurança cognitiva, como não se pode negar; se a sociedade demanda segurança ao Estado frente a todos esses perigos; e se o direito penal não pode prestá-la adequadamente, devido a esse déficit crônico de eficácia na persecução e punição de seus autores, estaria justificado e deveria ser instituído para esse tipo de criminalidade um Direito Penal especial diferenciado nas suas regras do Direito Penal comum? Poderia legitimar-se esse Direito Penal em uma sociedade democrática e em um Estado de Direito? Essas perguntas foram respondidas afirmativamente por Jakobs, que, ademais, não vê nenhuma alternativa senão esse Direito especial, que denomina "Direito Penal do Inimigo".[44]

---

39 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato:* crimes de perigo abstrato: direito penal da sociedade de risco, princípio da precaução, evolução dogmática dos crimes de perigo, imputação objetiva e perigo abstrato, direito penal e gestão de risco. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 84.

40 Silva Sánchez insere nesse ponto de vista obras de Mir Puig, Bustos Ramirez, Gómez Benítez e Muñoz Conde (este último apresentado anteriormente como da corrente ao máximo restritiva, segundo Bottini).

41 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. Tradução Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 125.

42 Como no exemplo de Niklas Luhmann que, ao levar a proposta para a sociologia, chama a atenção para a possibilidade da polícia poder se utilizar da tortura contra um terrorista que se nega a dizer a localização da bomba.

43 MUÑOZ CONDE, Francisco. *Crítica ao direito penal do inimigo*. Francisco Muñoz Conde e Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 184.

44 GARCIA MARTÍN, Luis. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*. Tradução: Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 129.

Assim sendo, a despeito da corrente intermediária advertir para a necessidade da criação dos tipos de perigo abstrato como forma de conter as situações de risco, a resistência ao expansionismo penal, a autonomia excessiva aos magistrados em alguns casos e a inadmissibilidade da administrativização da matéria aparecem como argumentos contrários à aceitação da corrente como a mais aceitável no meio jurídico brasileiro.

A própria criminalidade contra as relações de consumo relaciona-se com questões da administrativização do Direito Penal e a expansão da matéria, tratando de questões antes pertencentes apenas ao Direito Civil ou Administrativo, o que igualmente desvia a solução da problemática deste estudo a partir dos contextos da presente corrente.

1.1.1.3. Corrente dos expansionistas penais

A terceira corrente é a que retrata o tema da incidência do Direito Penal nas questões de risco de maneira mais direta e aprofundada, porque permite as influências à normatização pela disciplina em questões onde os danos seriam imensuráveis à coletividade. Reconhecem a complexidade das relações modernas com o surgimento de novas atividades que demandam maior efetividade nessa proteção difusa.

Nesse grupo dos expansionistas penais a teoria do crime deve ser compatível com as demandas do Direito Econômico, do Direito Ambiental e do Direito das Relações de Consumo, pois são as searas centrais em que a criminalidade avança de uma maneira que parece incontrolável.

Diversos são os argumentos relacionados ao uso amplo do Direito Penal na sociedade de risco, de maneira que se posicionar pelo Direito Penal "clássico" ou pelo Direito Penal "moderno" nem sempre se apresenta como uma tarefa fácil. Silva Sánchez destaca que a escolha da finalidade da matéria é que influenciará na localização situacional do expansionismo penal.[45]

A maior polêmica diz respeito às dificuldades do Direito Penal moderno em incorporar os bens supraindividuais e as novas condutas ao ordenamento, porquanto refletem em termos vagos que, apesar do caráter preventivo, dificultam questões como a legitimidade, a executoriedade e a expansão exagerada, a partir de um sistema simbólico e com a criação dos crimes de perigo abstrato.[46] Por esse motivo, as mudanças sociais influenciam bem mais que ao Direito Penal e aos bens jurídicos protegidos, pois elas alteram a política criminal e os valores envolvidos.

45 OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o direito penal brasileiro*: direito de intervenção, sanção penal e administrativa. São Paulo: IBCCRIM, 2013. p. 32.

46 Ibidem, p. 36.

> A adequação do direito penal à "sociedade do risco" implica por isso uma nova política criminal, que abandone a função minimalista de tutela de bens jurídicos e aceite uma função promocional e propulsora de valores orientadores da ação humana na vida comunitária.[47]

E as dificuldades na incorporação das demandas coletivas sempre existiram. Mesmo que se fale em Direito Penal moderno de maneira isolada do Direito Penal Tradicional é possível confirmar que um direito penal clássico puro nunca existiu[48], justamente porque sempre estiveram presentes os bens jurídicos coletivos. Destaca-se, inclusive, que a classificação sempre foi confundida com as questões do Direito Penal mínimo, uma vez que os parâmetros de atuação dentro do mínimo necessário ao convívio em sociedade seriam a base do penal clássico.[49]

Na corrente expansionista o Direito Penal "moderno", que normatiza os delitos de perigo abstrato, visa intervir em questões que antes não eram de proteção pelo Direito Penal, mas encontradas no Direito Administrativo ou Comercial. Colaciona condutas decorrentes da globalização, com novos riscos, a criminalidade empresarial e transnacional, além do Direito Penal do inimigo. Uma expansão de novos delitos que se compreende compatível com os princípios constitucionais tradicionais e que visa alcançar uma classe social mais abastada, em contrapartida ao Direito Penal clássico.[50]

Essa linha de estudo do Direito Penal moderno[51] enfatiza a importância do Direito Penal em proteger as gerações futuras[52], o que é necessário a partir de uma tipificação globalizada de condutas, e não por um Direito Penal voltado a punir os pobres.[53]

Logo, os precursores da corrente minimalista criticam o Direito Penal contemporâneo (ou "moderno"), sob argumentos de que desnaturaliza características como a *ultima ratio*, com a criação de punições que seriam de um Direito Penal auxiliar, que antes não era visto. Uma matéria onde os direitos humanos fundamentais parecem ser obstáculo de eficiência e onde o uso de estruturas intermediárias são reduzidos como a tentativa e a participação ante as técnicas de perigo abstrato.[54]

---

47 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal:* parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais. Portugal: Coimbra, 2007. p. 135.

48 Conforme afirmam Schünemann e Sánchez.

49 OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. Op.Cit., p. 39.

50 OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o direito penal brasileiro*: direito de intervenção, sanção penal e administrativa. São Paulo: IBCCRIM, 2013. p. 40.

51 Seguida por Moccia e Baumann, na Itália, no sentido das ideias de Schünemann.

52 Argumento de vários autores, dentre eles Schünemann.

53 OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. Op.Cit., p.43.

54 Ibidem, p. 46.

Em verdade, mesmo alguns críticos da corrente que é ao máximo restrita[55] compartilham argumentos como o da utilização do Direito Penal como promotor do progresso, utilização pelo legislador de tipos abstratos que seriam passíveis de previsão como de resultado, necessidade de preservação das garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito e o dever de buscar alternativas de controle à criminalidade.[56]

Isso porque o núcleo da linha ao máximo restrita entende que o Direito Penal tem a finalidade de prevenção geral, devendo-se pautar pelo princípio da culpabilidade, *in dubio pro reo,* garantias processuais formais e intervenção mínima na proteção dos bens jurídicos individuais. E para liberar o Direito Penal de todas as pressões da modernidade, pensou o autor em criar um direito alternativo, que seria o "Direito de intervenção". Entretanto, seu pensamento foi exposto apenas em linhas gerais, sem um estudo mais aprofundado que tornasse possível o conhecimento detalhado e a aplicação da indicada teoria.[57]

Por isso a corrente minimalista parece caminhar no sentido contrário das alterações sociais, uma vez que o emaranhado legal e tradicional parece seguir na linha dos expansionistas (corrente mais ampla).

Analisando as propostas e posicionamentos exibidos, verifica-se que a sociedade de risco pode ser vista como o período em que o lado obscuro do progresso domina o debate público, uma vez que muito além dos benefícios que a sociedade industrial trouxe, os riscos ultrapassam o individual e alcançam a todos, inclusive política e ecologicamente.[58]

A título de exemplificação é possível apontar os cálculos e regras de seguro que, tão em voga na sociedade contemporânea, encontraram-se diante de demandas confusas quanto à ocorrência de eventos que não seriam previstos e a dificuldade de apontar os responsáveis pelos danos. Com isso, para que os eventos incertos também fossem objeto de uma ação no presente, todo um aparato institucional e jurídico vem surgindo como forma de tranquilizar a sociedade moderna.[59]

Por mais problemático que possa parecer é o Direito Penal que vem se expandindo

55 Dentre eles Donini, Schünemann e Garcia Martín.

56 OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. Op.Cit., p. 48.

57 OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o direito penal brasileiro*: direito de intervenção, sanção penal e administrativa. São Paulo: IBCCRIM, 2013. p. 50.

58 MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal:* uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 36.

59 Ibidem, p. 57.

e regulamentando as situações de risco, seja pela crescente participação pública sobre o sistema, pela vitimização política e das ciências sociais, seja pelo aumento dos movimentos sociais.[60]

Os riscos advindos na sociedade contemporânea tomam proporções tão gigantescas que transmitem a sensação de até mesmo poderem extinguir a humanidade. Diante disso, não parece pertinente a atuação do direito penal com base em resultados, com atuação apenas nos casos de dano comprovado e estrita observância aos princípios do sistema punitivo clássico. Torna-se necessária uma proteção anterior à existência do perigo.[61]

A pretensão foi de chamar a atenção para a modernização do Direito Penal sem abrir mão de nenhum princípio do Estado de Direito, como ocorre na proposta da corrente intermediária quanto ao "Direito Penal do Inimigo". Aqui se estabelece, antes disso, que deve existir uma expansão desses princípios base, de maneira a evoluírem paralelamente à necessária atualização do Direito Penal, mostrando-se bem diferente da resistência dos defensores da corrente máximo restrita.[62]

Inclusive Silva Sánchez[63] (intermediária) ao flexibilizar excessivamente as garantias na divisão das "velocidades", chega ao extremo de mencionar um espaço de privação da liberdade com regras ainda menos estritas do que o Direito penal de Primeira Velocidade (cuja denominação poderia ser *Direito penal de terceira velocidade*), que teria estreita relação com o Direito penal do inimigo apresentado anteriormente[64]. Por isso a melhor proposta não parece ser a flexibilização excessiva de garantias já alcançadas após tantas lutas e demandas relacionadas.

Como é possível perceber, a nova organização social reflete em mudanças no Direito Penal, que passa a reagir com tutelas preventivas, na tentativa de se antecipar ao risco e atuar no campo da precaução. É uma atuação em campos desconhecidos, de efeitos potenciais ocultos diante de tanta tecnologia, onde o legislador cria o tipo penal da precaução por meio do perigo abstrato, tipos de difícil ou até mesmo impossível adaptação. [65]

---

60 Ibidem, p. 88.

61 MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 96.

62 SCHÜNEMANN, Bernd. Apresentação à obra de Luis Garcia Martín. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Tradução: Érica Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 11.

63 Impulsionado pelas ideias de Jakobs.

64 MUÑOZ CONDE, Francisco. *Crítica ao direito penal do inimigo*. Francisco Muñoz Conde e Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 183.

65 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato:* crimes de perigo abstrato: direito penal da sociedade

Apesar de inserir-se dentre os representantes da corrente que é ao máximo restrita, Hassemer descreve muito bem algumas particularidades do Direito Penal atual, a partir de três características centrais, quais sejam, (1) proteção ao bem jurídico, que passa de um conceito negativo para um positivo de proteção; (2) precaução, que se torna um paradigma de Direito Penal, onde os limites mínimos e máximos das penas são aumentados, bem como as formas de proteção, em uma fase punitiva que os fins parecem justificar os meios; e (3) orientação pelas consequências, que torna-se um objetivo e tem como indicador o fato do não se aplicar mais o Direito Penal como *ultima ratio*, mas como *sola* ou *prima ratio*.[66]

Chama-se à reflexão, a partir dos posicionamentos apresentados, para o questionamento: Qual seria a melhor escolha para a sociedade contemporânea? A resposta dependerá do posicionamento doutrinário escolhido. Em verdade, posicionar-se pela manutenção do modelo clássico e resistir à incidência do Direito Penal em questões da sociedade de risco significa desconsiderar a proteção penal aos bens jurídicos coletivos, econômicos, tributários e demais reflexos do risco.[67]

É um campo de incertezas, de tipificação de condutas indeterminadas em que o dano não pode ser exigido e alargam-se as situações de crime de mera conduta, ao mesmo tempo em que diminuem as exigências de provas à imputação[68]. Essa é uma conclusão primordial ao entendimento do contexto em que são criados e o objetivo que se almeja com a promulgação de crimes de perigo abstrato como inicialmente parecem ser aqueles contra as relações de consumo.

A busca por uma segurança antecipatória reflete na tendência da criminalização preventiva e aumento dos tipos de perigo abstrato, anteriormente à intervenção penal estatal. Eles dispensam a produção do resultado lesivo para a sua ocorrência e castigam o que imaginam ser perigoso.[69]

Em suma, os apontamentos relacionados à sociedade de risco, com reflexos diretos na expansão do Direito Penal, influenciam na promulgação de tipos penais diferenciados, que na maioria das vezes visa proteger bem mais que um único bem jurídico, uma

---

de risco, princípio da precaução, evolução dogmática dos crimes de perigo, imputação objetiva e perigo abstrato, direito penal e gestão de risco. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 86.

66 HASSEMER, Winfried. *Direito penal libertário*. Tradução: Regina Greve; coordenação e supervisão: Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 197.

67 OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o direito penal brasileiro*: direito de intervenção, sanção penal e administrativa. São Paulo: IBCCRIM, 2013. p. 29.

68 MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal:* uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 101.

69 Ibidem, p. 130.

vez que um código elaborado para atuar primordialmente na proteção de interesses individuais se encontra diante de questões que envolvem variados interesses coletivos, como é o caso do Código de Defesa do Consumidor, conforme será avaliado no tópico a seguir.

1.1.2. Os reflexos da expansão penal no Direito do Consumidor

O fenômeno expansionista do Direito Penal possui total afinidade com as demandas do Direito do Consumidor, porquanto a sociedade de risco assim se caracteriza pelas relações em massa, globalização, produção em série e avanço das relações interpessoais de maneira constantemente arriscada e em prejuízo de pessoas vulneráveis, como é o caso dos consumidores.

Reveladas as influências das mudanças sociais contemporâneas na disciplina do Direito Penal, conforme apresentado até aqui, passa-se à análise mais detida do Direito do Consumidor nesse contexto, por ser este o objeto central do estudo que se centra em uma tipificação contra as relações de consumo.

O aprofundamento das transformações ocorridas na sociedade de risco e os posicionamentos no tocante ao expansionismo criminal são fundamentais para a localização temporal desta discussão, uma vez que será possível visualizar muitos delitos relacionados ao Direito do Consumidor como tipificações claras da criminalidade contemporânea, além de acrescentar uma bagagem imprescindível à análise crítica dos atuais julgados sobre o tema.

Nesse sentido, antes de adentrar especificamente nos crimes contra as relações de consumo, necessário se faz o estudo das principais mudanças do período tradicional para o Direito Penal da sociedade contemporânea, a relação dos riscos existentes com outras searas do direito, a forma de tipificação mais utilizada na criminalização das condutas e o posicionamento jurisdicional a esse respeito.

Para tanto, além do relacionamento entre as matérias Direito Penal e Direito do Consumidor, forçosa a percepção das bases de surgimento do Direito do Consumidor e da sua relação com a matéria criminal.

As relações de consumo são regulamentadas nos âmbitos administrativo, civil e penal. A Constituição Federal de 1988 preceitua, como direito e garantia fundamental do indivíduo, a garantia de proteção do consumidor pelo Estado (art. 5º, inciso XXXII da CF[70]) e como princípio geral da atividade econômica a defesa do consumidor (art.

70 "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros

170, inciso V da CF[71]). O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 48[72], determinou a elaboração do Código de Defesa do Consumidor que foi instituído com uma origem de preocupação social a partir da Lei n. 8078/90.[73]

Conforme visto, as relações da pós-modernidade são marcadas por uma hipercomplexidade e, dentro deste contexto, o Código de Defesa do Consumidor se enquadra perfeitamente. Ele traz questões de direito privado, de direito público, define conceitos (como o da boa-fé) e encerra o mínimo de proteção ao consumidor para todas as áreas.[74]

Mas não foi apenas com o CDC que a disciplina iniciou sua regulamentação. As referências históricas ao direito penal do consumidor sempre existiram como o Código do Império (1830), o Decreto 2.682/1875, o Código Penal Republicano (1890), o Decreto 19.604, o Decreto 22.626/1933 (conhecido como Lei de Usura), o Decreto 22.796/1933 e o Decreto 869/1938, que já tutelavam interesses relacionados com o consumo de produtos e serviços, mas com uma preocupação individual diferenciada e não voltada para o consumo massificado que é encontrado hoje.[75]

Até mesmo o atual Código Penal (de 1940) tutela interesses do mercado de consumo, como no caso dos tipos de estelionato (art. 171 do CP, onde "alguém" pode ser o consumidor), de fraude no comércio (art. 175 do CP, a atividade de enganar no exercício de atividade comercial), além das infrações contra a saúde pública (arts. 273, 274, 275, 276 e 280, todos do Código Penal).[76]

O direito penal pune as ofensas aos bens jurídicos que o ordenamento optou por tutelar e já protegia os interesses dos consumidores muito antes da existência do CDC. Conforme dito, as relações de consumo já eram objeto de tipificação com o Decreto-Lei da Usura de 1933, o Código Penal de 1940, a Lei 1.521/1951 (crimes contra a economia popular) e, vale acrescentar, em acréscimo ao CDC e no mesmo período publicou-se a Lei n. 8.137/1990, que trata dos crimes contra a economia popular

---

e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor".

71 "Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] V - defesa do consumidor".

72 "Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor".

73 TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor:* direito material e processual. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2014. p. 04.

74 Ibidem, p. 09.

75 BESSA, Leonardo Roscoe; BENJAMIN, Antônio Herman V., MARQUES, Claudia Lima. *Manual do direito do consumidor*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 479.

76 Ibidem, p. 480.

e faz referência a crimes contra as relações de consumo. No CDC os tipos penais preveem crimes de perigo ou de mera conduta, que dispensam a ocorrência de dano efetivo ao consumidor. E nessa linha de previsão de crimes que envolvem as relações de consumo, pode-se dizer que a disciplina própria de direito penal do consumidor decorre do direito penal econômico.[77]

Isso porque os temas são parecidos, tendo o Direito Penal Econômico se consolidado a partir da escassez de mercadorias, com assuntos que envolvem política econômica e visam conter a incessante busca pelo lucro dos empresários, sancionando questões que o Direito Administrativo não foi capaz de conter no que tange às violações à ordem econômica.[78]

Entretanto talvez a descrição mais segura seja de que o direito penal do consumidor provém de uma junção protecionista dos diversos âmbitos do direito, ademais de possuir uma relação direta com o direito penal econômico, tutelando para que as relações de consumo sejam mais honestas e transparentes, com tipos tanto na Lei 8.078/1990 como na Lei 8.137/1990.[79]

O diferencial da Lei 8.078/1990 é ser uma norma de proteção integral do consumidor, seja nos aspectos civil, administrativo, penal e processual, com sanções nas diversas áreas. E para incidir a sanção penal é necessária a prévia tipificação, em atenção aos princípios da anterioridade e da reserva penal[80]. Essa necessidade de proteção integral de uma maioria frágil decorre das carências da sociedade tecnológica, uma vez que os enigmáticos prejuízos que podem advir da inserção no mercado de produtos com efeitos desconhecidos contribuem para a institucionalização da insegurança.[81]

Desta feita, da mesma forma que o CDC busca proteger o bem jurídico "relações de consumo" no Título dedicado aos crimes contra as relações de consumo[82], o bem jurídico penal que se pretende manter íntegro é, também, as "relações de consumo", como indicam os artigos 61 do CDC e 7º, *caput*, da Lei 8.137/1990.

De tal modo, o direito penal no direito do consumidor tem como função a proteção

77 MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 75.

78 GUARAGNI, Fábio André; KOBUS, Renata Carvalho. O abuso do poder sob o enfoque do direito penal econômico. *Revista Jurídica*, Curitiba, vol. 02, nº. 43, 2016. pp. 233-257.

79 BESSA, Leonardo Roscoe; BENJAMIN, Antônio Herman V., MARQUES, Claudia Lima. *Manual do direito do consumidor*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 479.

80 Ibidem, p. 477.

81 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 30.

82 BESSA, Leonardo Roscoe; BENJAMIN, Antônio Herman V., MARQUES, Claudia Lima. *Manual do direito do consumidor*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 476.

do bem jurídico "relação de consumo", que é um bem jurídico supraindividual, onde se tutelam tanto a coletividade de consumidores, quanto o consumidor individualmente considerado. E têm-se, ademais, previsões do direito penal do consumidor tanto no CDC como na Lei n. 8.137/1990, com sanções penais nas hipóteses em que o legislador não considerou suficiente as punições administrativas e indenização civil.[83]

O bem jurídico "relação de consumo" está amparado na Constituição Federal como direito fundamental (art. 5º, inciso XXXII) e princípio da ordem econômica (art. 170, inciso V), ocupando a proteção do consumidor um lugar de destaque na sociedade contemporânea. A necessidade de intervenção penal prevista em relação ao meio ambiente (art. 225, §3º), na defesa do consumidor ao falar em "defesa" as normas são sugestões criminalizadoras.[84]

Além da proteção dos bens jurídicos tutelados ser uma função do Direito Penal, uma outra função importante é o controle social, pois os bens protegidos possuem importância para a coletividade ou mesmo para uma pessoa que pode vir a ser atingida pela ação que se pretende controlar. O Estado intervém de forma a garantir as liberdades públicas e não o contrário como muito se afirma.[85]

O Direito Penal vem reforçar a proteção dos consumidores e para tanto ingressa em seara antes pertencentes a outros ramos, regulando situações onde as novas tecnologias vulneram ainda mais os consumidores. Essa interdisciplinaridade chama a atenção dos agentes do Estado, até mesmo dos agentes econômicos, que devem almejar o solidarismo constitucional, assumindo todos os agentes a responsabilidade pela tutela do consumidor.[86]

Constata-se, portanto, que as mudanças verificadas na sociedade de risco, além de influenciarem a necessidade de expansão do Direito Penal, com a variação do foco de proteção individual para um amparo coletivo, reflete diretamente na valorização das tutelas do Direito do Consumidor que, nesse mesmo sentido, voltam-se à proteção da coletividade. Ou seja, a expansão do Direito Penal parece se alinhar às tutelas preventivas em prol dos Consumidores.

Significa aceitar a tese de que as transformações ocorridas necessitam de um agir

83 MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 789.

84 ANDRADE, Pedro Ivo. *Crimes contra as relações de consumo*. Curitiba: Juruá, 2007. pp. 87-89.

85 DAVID, Décio Franco. BONATO, Gilson. Negacionismo histórico e caso Ellwanger – efetividade ou simbolismo da norma penal?: uma análise sob a perspectiva da teoria do bem jurídico-penal. *Revista Jurídica*, Curitiba, vol. 01, nº. 46, pp. 425 – 464, jan. 2017.

86 EFING, Antonio Carlos; ORTIGARA, Rudinei Jose. Produtos nanotecnológicos e a proteção dos consumidores. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 16, n. 2, pp. 287-313, jul 2017.

com cautela, já imaginando os danos que podem ocorrer. É um dever de cuidado em que a certeza perde seu lugar para o provável e ganha relevo o princípio da precaução, que passa a nortear inicialmente o Direito Ambiental para, depois, ver-se inserido nas mais variadas normas jurídicas[87], influenciando em alterações tanto no conteúdo das tipificações como nos meios de prova.[88]

Seguindo esse raciocínio, nota-se que a proteção dos consumidores se aproxima da proteção do meio ambiente na medida da aplicação do princípio da precaução e da prevenção. Os degradadores potenciais, assim como os fornecedores, devem demonstrar a inofensividade da atividade que propõem.[89]

As formas de lesão e a quantidade de bens atingidos se expandem na mesma proporção da ciência e da tecnologia, o que justifica a incidência das sanções criminais necessárias à convivência humana e à própria sobrevivência[90]. A partir daí é possível visualizar o valor da ação preventiva do Direito Penal tanto no âmbito do Direito Ambiental, como do Direito do Consumidor.

Atuar preventivamente torna-se o objeto principal da expansão do Direito Penal na proteção dos bens coletivos que podem refletir de várias formas nos bens individuais, podendo um bem individual refletir ou não nos coletivos. Reflete como no caso da saúde individual que prejudica o sucesso da saúde coletiva, e não reflete como no caso do prejuízo de um investidor individual que não interfere nas questões da bolsa de valores[91]. E prossegue Schünemann, mencionando o caso da venda de alimentos perigosos à saúde como bem coletivo que reflete de várias formas na saúde e qualidade de vida do indivíduo:

> No caso da distribuição final de alimentos, completamente anônima hoje em dia, a venda é o "setor de distribuição coletivo" ao que se deve conectar o Direito penal quando cria um tipo penal específico de "venda de alimentos perigosos para a saúde" com o fim de proteger bens jurídicos.[92]

87 O Princípio da Precaução está previsto no artigo 4º, incisos I e IV, da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81) e posteriormente também na Constituição Federal de 1988, artigo 225, § 1º, inciso V.

88 COLOMBO, Silvana; FREITAS, Vladimir Passos de. Da teoria do risco concreto à teoria do risco abstrato na sociedade pós-industrial: um estudo da sua aplicação no âmbito do direito ambiental. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, vol. 08, nº. 03, 2015. pp. 1895-1912.

89 MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 106.

90 DOTTI, René Ariel. *A proteção penal do meio ambiente*. Curitiba: Instituto dos Advogados do Paraná, 1978. p. 25.

91 SCHÜNEMANN, Bernd. Apresentação à obra de Luis Garcia Martín. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Tradução: Érica Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 10.

92 Ibidem, p. 11.

Em suma, estas anotações iniciais demonstram como uma imputação penal do consumidor possui total afinidade com as questões relacionadas à criminalidade moderna e a expansão do Direito Penal na sociedade de risco, uma vez que a crescente utilização de crimes de perigo abstrato reflete uma tendência da compreensão prática da matéria no momento da imputação dos grandes empresários e demais culpados pela colocação irresponsável de produtos impróprios no mercado.

A busca pela responsabilização dos culpados, no Direito Penal, é delineada pelo princípio da fragmentariedade, ao preocupar-se em impor sanções a autores das condutas humanas que mais afetem a comunidade, podendo restringir a liberdade caso seja necessário à proteção dos bens de maior valor. Confere-se, por meio dele, uma proteção jurídica diferenciada dos outros ramos do direito[93] e assim será da mesma forma com o Direito Penal do Consumidor.

> Em perspectiva mais ampla do ordenamento jurídico brasileiro, a ofensa a bens jurídicos relacionados a interesses patrimoniais e existenciais do consumidor, além de ensejar o dever de reparar danos materiais e morais, a invalidade (nulidade ou anulação) do negócio jurídico ou de cláusulas contratuais, a aplicação de multa ou outras penalidades por órgãos administrativos (Procon, Anatel, ANP etc.), pode acarretar, cumulativamente, sanções penais para o infrator, se a conduta estiver previamente descrita como infração penal (princípio da reserva legal).[94]

Esse quadro onde os interesses dos consumidores vivenciam uma nova realidade de enquadramento, sem divisão exata entre direito público e direito privado, ocorre em razão da produção em massa e necessidade de o Estado controla-la assim como a todos os interesses difusos que surgem na coletividade. São mudanças que se apresentam como uma dificuldade não apenas no Brasil, como apresentado, mas de forma ampla a outros continentes como na Europa onde o aumento das vítimas dos interesses difusos aumentam a necessidade de proteção inclusive penal.[95]

Por isso serão estudados os principais interesses da atualidade (interesses difusos), o excesso (ou não) da utilização do Direito Penal em relação às outras instâncias de proteção, bem como a tipificação mais utilizada na tentativa de assegurar um controle

93 BESSA, Leonardo Roscoe; BENJAMIN, Antônio Herman V., MARQUES, Claudia Lima. *Manual do direito do consumidor*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 475.

94 BESSA, Leonardo Roscoe; BENJAMIN, Antônio Herman V., MARQUES, Claudia Lima. *Manual do direito do consumidor*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 476.

95 BOSCH, Marcia Helena. *Crimes contra as relações de consumo: uma teoria a partir da jurisprudência*. 2016. 155 f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 32.

por parte do Estado – os crimes de perigo abstrato, suas características, princípios, meios de provas e o necessário à compreensão de sua legitimidade no ordenamento jurídico brasileiro.

1.2. Direito Penal e Interesses Difusos

Para a melhor compreensão da problemática que insere o Direito Penal dentre as ferramentas de proteção do consumidor destaca-se que esse fenômeno ocorre a partir do momento em a produção artesanal ou individualizada cede lugar à produção em massa. Isso porque diante da possibilidade de danos em massa ou coletivos (a grupos, categorias, classes etc) torna-se indispensável uma maior atuação estatal em busca da proteção desses interesses difusos (dentre os quais se inserem os direitos dos consumidores).[96]

O bem jurídico coletivo precisa ser gozado por todos os indivíduos de forma indiscriminada e, por esse motivo, existe um interesse individual legítimo na preservação do coletivo. E como é função do Direito Penal a tutela subsidiária dos bens jurídicos-penais, a matéria será chamada inclusive na proteção dos bens jurídicos coletivos.[97]

Verifica-se que, na verdade, a dogmática do Direito Penal progrediu com relação aos direitos individuais, mas muito pouco quanto aos bens coletivos. Dessa forma, a criminalização no âmbito coletivo é necessária e legítima, pois os bens envolvidos são indispensáveis à tutela dos mega-riscos que ameaçam a humanidade.[98]

Compreender a evolução histórica do Direito é essencial ao domínio das mudanças da sociedade moderna, que parte da proteção de interesses individuais para amparar interesses coletivos. O tema gera uma discussão dogmática e questionamentos quanto à real utilização do Direito Penal, aponta para a discussão do Direito Penal mínimo e, ao mesmo tempo, uma verdadeira expansão do Direito Penal diante de novas tecnologias.[99]

> Das preocupações iluministas ao Direito Penal clássico, seguindo-se o positivismo, suas derivações e as dificuldades enfrentadas pela

96 Ibidem, p. 33.

97 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal:* parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais. Portugal: Coimbra, 2007. p. 151.

98 DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a sociedade industrial e a sociedade de risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, fasc. 33, p. 39-65, jan-mar. 2001. p. 58.

99 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra individual:* interesses difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 30.

> posição assumida, na Alemanha, pela Escola de Kiel, chega-se, pois, à teoria finalista e à imputação objetiva. Longo e duro foi o caminho até hoje percorrido. A linha evolutiva do Direito Penal, em muito, sentiu o peso dos regimes e das ideias de cada época.[100]

As mudanças históricas em muito influenciam na identificação dos bens a serem protegidos, porquanto os interesses identificados alteram-se conforme as transformações sociais. Por isso, para aprofundar o estudo dos interesses difusos no Direito Penal moderno faz-se mister conhecer suas características na sociedade atual que, em linhas gerais, apresenta algumas teorias contemporâneas quanto ao bem jurídico, bem como os principais autores que "encabeçaram" o tema.

Após a Segunda Grande Guerra, nota-se uma revalorização do bem jurídico e um novo intento na determinação do *jus puniendi* estatal. E as modernas teorias que dão contorno ao momento histórico são as sociológicas[101] e as constitucionais[102], que buscam explicar o bem jurídico que necessita de proteção.[103]

Do ponto de vista dos autores das teorias sociológicas[104] destaca-se uma disfunção sistêmica de bem jurídico, onde a pessoa deve ser protegida por conta de toda a sociedade e a tutela individual pode ser sacrificada, se necessário. Aqui compreende-se que o Direito Penal se funda em um conceito de danosidade social, onde o bem jurídico é uma perspectiva jurídico-criminal[105], e a "danosidade social" legitima a intervenção punitiva do Estado.[106]

Ainda nas teorias sociológicas é possível encontrar escritos de que a noção de "verdade" sedimenta, em termos instrumentais, as teorias funcionalistas, legitimando e delimitando a incriminação de determinadas condutas. Mas as teorias socialistas deixam de esclarecer a lesão específica das condutas jurídicas e o motivo de criminalização da conduta por uma sociedade e por outras não.[107]

Nas teorias constitucionais a eleição dos bens jurídicos protegidos se apoia nos princípios constitucionais que se baseiam na liberdade do indivíduo e marcam a

100 Ibidem, p. 27.

101 Com Knut Amelung, Winfried Hassemer e Jürgen Habermas.

102 Com Claus Roxin e Hans-Joachim Rudolphi.

103 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra individual:* interesses difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 50.

104 Amelung, nas ideias de Parsons e Luhmann.

105 Hassemer assim como Amelung, também reinicia o postulado de Von Liszt.

106 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Op.Cit., pp. 48-49.

107 Ibidem, p. 50.

capacidade punitiva do Estado[108]. Afirmam que valores essenciais devem ter referência constitucional[109], num Estado de Direito legitimado na justiça material.[110]

Ademais, sendo o Direito Penal instrumento de controle social de um Estado Democrático de Direito que visa proteger as lesões mais graves e que mais afetem ao convívio em sociedade, o primordial é compreender que o bem jurídico penalmente tutelado deverá observar ao princípio da ofensividade e à dignidade da pessoa humana, sem afetar o status de liberdade individual, por mais que o bem seja tratado de forma coletiva.[111]

Para tanto, parte-se da compreensão de que as teorias contemporâneas buscam legitimar o bem jurídico a ser protegido com a constatação de mudanças do foco de proteção, que deixa de ser apenas individual e passa corresponder aos interesses de uma coletividade.

Como a evolução tecnológica, a globalização e as relações sociais massificadas realçam a necessidade de uma maior efetividade das instâncias de proteção nas relações que envolvem grande número de pessoas, surgem as questões relacionadas à proteção no âmbito coletivo e os conceitos de interesses difusos.

Existe, igualmente, a compreensão mais ampla relacionada ao assunto que é a que envolve direitos metaindividuais, que seriam os direitos coletivos *lato sensu* de que fariam parte as subespécies direitos difusos, coletivos e os individuais homogêneos. Os difusos seriam os comuns a uma categoria indeterminada de pessoas unidas por uma situação de fato. Os coletivos são os transindividuais de natureza indivisível que se vinculam a um grupo determinável de pessoas. Já nos individuais homogêneos seria um fato de origem comum que geraria diversas pretensões indenizatórias, em que os interessados se habilitariam depois individualmente para a execução do julgado.[112]

Portanto os interesses difusos são aqueles que repousam sobre indivíduos que integram uma coletividade afetada, onde eles não possuem vínculo formal, mas podem vir a unirem-se em classes ou categorias. Envolve bem jurídico indivisível em que a origem da pretensão é fática e circunstancial. Isso porque em uma pretensão difusa não é possível identificar previamente todos os afetados por ausência de vínculos entre

108 Roxin.

109 Rudolphi.

110 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Op.Cit., pp. 50-51.

111 SCOLANZI, Vinícius Barbosa. A tipicidade penal à luz da missão do direito penal no estado democrático de direito. *Argumenta: Revista Jurídica*, Jacarezinho/PR, 2013. P.173-206, 34p. p.182.

112 BESSA, Leonardo Roscoe; BENJAMIN, Antônio Herman V., MARQUES, Claudia Lima. *Manual do direito do consumidor*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 524.

os indivíduos que integram a coletividade afetada.[113]

É possível exemplificar a situação em referência com o crime contra as relações de consumo de inserir no mercado produto em condições impróprias. A partir do momento em que vários consumidores adquirem um produto que a lei positivou como impróprio ao consumo (por várias razões), significa que um número indeterminado de pessoas passa a integrar uma coletividade de indivíduos afetados nas mesmas circunstâncias fáticas.

Nesse sentido, considerar que o Direito Penal precisa se expandir para proteger os interesses difusos da sociedade moderna, significa que as relações em massa de um mundo globalizado geram mudanças nas relações sociais e alteram o foco de proteção individual para uma busca de defesa generalizada, coletiva, como é o caso das relações que envolvem o meio ambiente e as relações de consumo.

A atuação do Direito Penal sempre foi destacada para valer-se de acordo com o princípio da *última ratio*, como um norte de criminalização quando necessário à proteção de determinado bem jurídico. Hoje, com a evolução da sociedade moderna e necessidade de proteção de valores supra individuais, na proteção de bens coletivos como meio ambiente, ou do consumidor, a atuação deve-se dar dentro do princípio da estrita necessidade.[114]

Identifica-se, assim, um avanço extremamente complexo na sociedade de risco, que se mostra como uma verdadeira quebra do estado de bem-estar social, tão desejado. Ganha relevo os crimes de perigo e o risco de se aceitar o Direito Penal não como *última ratio*, mas como a primeira ou única *ratio* na proteção de alguns bens jurídicos relevantes.[115]

Chega-se à constatação, em suma, de que o Direito Penal não é mais mero amparo à manutenção da ordem ou às políticas como a de "lei e ordem". É necessário compreender os interesses a serem protegidos na sociedade do amanhã.[116]

O que por um lado parece ser evolução, globalização, desenvolvimento e acessibilidade sob o ponto de vista positivo, por outro nota-se como um retrocesso ao acúmulo de riquezas, onde uma minoria consegue crescer e evoluir, enquanto a maioria da população integra a classe passiva (beneficiários de transferência de riqueza, que não contribuem para o excedente, como pensionistas, consumidores, desempregados,

113 HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 14, n. 14, pp. 618-688, julho/dezembro de 2013.

114 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra individual:* interesses difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 29.

115 Ibidem, p. 32.

116 Ibidem, p. 34.

aposentados). Nessa última classe encontra-se o consumidor, sujeito passivo dos efeitos nocivos do desenvolvimento, que se depara com uma legislação simbólica de hiper-responsabilização dos sujeitos ativos.[117]

Essa consciência da necessidade de proteção dos bens jurídicos supra individuais dá-se de uma forma bem diferenciada, com a criação dos crimes de perigo abstrato, porquanto dispensam a demonstração de um efetivo dano ao bem jurídico – daí o questionamento se, inclusive, deveriam encontrar-se na seara do Direito Penal.[118]

Por uma decisão jurídica, decorrente das evoluções tecnológicas da sociedade, o paradigma do Direito Penal deixa de ter o indivíduo como centro de proteção, uma vez que nas sociedades pós-industriais formatam-se novos bens jurídicos supra individuais. É um abandono da conceituação iluminista, com foco nos bens metaindividuais, sem perder a referência dos elementos autônomos. No Brasil existem autores que consideram os interesses difusos ou supra individuais como sinônimos ou como complemento dos "interesses coletivos". [119]

Entretanto, lesividade não pode ser entendida como dano[120]. A lesão ocorre com a situação de perigo a que é submetido o bem. E pelas características dos bens supra individuais é fundamental perceber que serão tipificados delitos como de perigo abstrato. E um dos grandes impasses atuais é a delimitação da atuação do Direito Penal nessas situações abstratas, onde o DP não tutela vítimas, mas funções.[121]

Existem, assim, os crimes de perigo concreto, onde o perigo está descrito no próprio tipo penal, a ser verificado em cada caso, e os crimes de perigo abstrato, em que apesar de não ser constatável materialmente a lesão e o perigo não estar mencionado no tipo, define a ação perigosa que fará surgir o perigo.[122]

Os crimes que defendem os interesses difusos na sociedade de risco antecipam a criminalização e, conforme entende a doutrina alemã, operam em âmbito prévio, atuando o Direito Penal como forma primeira de controle social, em desconsideração ao princípio da subsidiariedade.[123]

---

117 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. pp. 41-49.

118 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra individual:* interesses difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 65.

119 Ibidem, p. 57.

120 Pondera Walter Kargl.

121 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Op.Cit., pp. 66-68.

122 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra individual:* interesses difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 97.

123 Ibidem, p. 123.

No Direito do Consumidor as previsões caminham no mesmo sentido. Os crimes contra os interesses difusos na sociedade de risco, mesmo nas relações de consumo, possuem diversas dúvidas:

> Como se saber quem vem a ser o responsável por estes delitos? Como realizar a devida imputação? Devem-se manter, também nesses casos de crimes contra o consumidor, as mesmas categorias e princípios de distinção entre partícipes e autores, entre ação e omissão, entre dolo e imprudência?[124]

São questões existentes no novo contexto jurídico e que demandam certa cautela dos magistrados no momento da aplicação da imputação ao caso concreto, tendo em vista que a complexidade das relações sociais e massificação das relações de consumo dificultam bastante a identificação dos responsáveis pelo cometimento de ilicitudes.

Toda cautela é necessária, inclusive porque a utilização do Direito Penal na sociedade moderna, com a criação de novos tipos, ao que se constata, vem gerando uma falsa expectativa de resolução dos problemas e desvirtuando os princípios de um Estado Democrático de Direito.[125]

O Direito Penal torna-se como um meio "novo" de condução da sociedade e novos instrumentos, novas funções, geram novos problemas, como o risco de uma execução deficitária e de resumir-se a uma função simbólica.[126]

E esse Direito Penal simbólico, que vem se consolidando, coloca em risco as conquistas de liberdade trazidas pelo Iluminismo, gerando uma insegurança jurídica e chamando a atenção de que os bens supra individuais precisam sim ser protegidos. O que é necessário observar é a técnica legislativa empregada, com a criação de tipos penais que não caiam ao casuísmo.[127]

1.3. Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador

Para melhor compreender a criação do tipo penal de inserir no mercado produto em condições impróprias ao consumo será apresentado de início como são as tipificações

124 Ibidem, p. 154.

125 Ibidem, p. 170.

126 HASSEMER, Winfried. *Direito penal libertário*. Tradução: Regina Greve; coordenação e supervisão: Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 201.

127 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra individual:* interesses difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 70.

no Direito Penal contemporâneo, de forma a contextualizar historicamente a promulgação do tipo penal e analisar suas características.

São delitos característicos da sociedade de risco, onde o discurso quanto ao expansionismo penal é a principal polêmica da seara tanto do Direito Penal em si, como do Direito Penal do Consumidor. Isso porque passam as disciplinas a enfrentarem problemas de uma sociedade de massas em que tudo ganha uma enorme proporção por envolverem a coletividade de indivíduos.

Nesse sentido, o educador nem sempre consegue individualizar a seus pupilos os conteúdos isolados de direito público e direito privado, de direito civil, penal e administrativo, por exemplo. As disciplinam ganham uma abrangência ampla e necessária às novas realidades. Por isso os reflexos da expansão do Direito Penal estão tão presentes na disciplina do Direito do Consumir.

Todavia, para adentrar na seara da criminalidade contra as relações de consumo, inúmeros são os questionamentos no que tange à possibilidade de controle das intempéries por meio de outras searas, como o Direito Civil ou o Direito Administrativo, através de sanções ou mesmo multas a serem aplicadas às empresas.

E para que melhor se compreenda o delito contra as relações de consumo em referência, primordial a diferenciação básica entre uma sanção penal e uma sanção administrativa. O intuito principal da discussão é compreender a tipificação específica de um crime contra as relações de consumo que pode vir a sofrer os dois modelos de punições, cada um com seus diferentes reflexos e todos com sua grande importância diante dos enormes prejuízos sociais que podem vir a causar.

As teses clássicas diferenciavam o ilícito penal do ilícito administrativo em razão do tipo de lesão. No primeiro a lesão de um bem jurídico seria reprovável eticamente, enquanto no segundo o ato de desobediência seria mais neutro valorativamente.[128]

Uma definição tradicional seria de que o Direito Administrativo sancionador possui previsões que visam proteger os setores da atividade. Não precisa que tenha havido lesão no caso concreto. Já as punições do Direito Penal visam alcançar os bens de acordo com o caso concreto.[129]

No contexto da sociedade de risco o que se verifica é uma proliferação de ilícitos administrativos na tentativa de enfrentar as novas situações tecnológicas, o que muitas

128 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 115.

129 Ibidem, p. 117.

vezes faz aumentar a dúvida quanto ao âmbito das matérias. A constatação é de que o poder legislativo se torna um centro de disputa no emaranhado proibitivo jurídico, gerando confusão do que é permitido ou proibido, pois em todas as áreas tornam-se cada vez mais nítidos os reflexos de um Estado intervencionista.[130]

A busca da proximidade entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, ou seja, por sanções e medidas tomadas pelo Direito Administrativo (por meio do poder de polícia, por exemplo) que beiram ao Direito Penal e vice versa irão, possivelmente, transmitir a sensação de aplicação prática do Direito de Intervenção de Hassemer, mencionado no que se designou corrente minimalista da incidência do Direito Penal nas questões da sociedade de risco.[131]

Por isso Schünemann afirma que essa proposta máximo restrita do Direito Penal se aproxima da ideia do Direito de Polícia e afirma que o princípio da *ultima ratio* diz respeito à relação entre o Direito Administrativo e o Direito penal – se com maior diálogo entre as áreas ou não[132]. Dessa forma, independentemente da falta de parâmetros práticos conferidos pela proposta do "Direito de Intervenção", este se apresenta interessante para uniformizar o sistema punitivo que funciona fora do Direito Penal, além de aproximar as áreas jurídicas.[133]

Os problemas que foram introduzidos no Direito Penal devem ser afastados dele, voltando aos ilícitos civis, administrativos e ao Direito Público, uma vez que como se viu não serão mais bem tutelados no Direito Penal. Daí um "Direito de Intervenção", localizado entre as matérias mencionadas possa dispor de garantias menos exigentes que o Direito Penal, mas que ao mesmo tempo também possua sanções não tão rígidas - numa adaptação à modernidade mais voltada à sociedade do que ao indivíduo.[134]

Relacionar as áreas de Direito Penal e Administrativo para compreender a possibilidade de variadas punições para uma mesma conduta poderia até inserir na contenda a discussão quanto ao princípio *ne bis in idem*, que vai contra a dupla punição pelo mesmo fato. Mas os regimes sancionatórios são heterogêneos, e o cruzamento das

---

130 NONINO, Marina Esteves; FERREIRA, Daniel. O recrudescimento do direito administrativo sancionador na sociedade de riscos. *Revista Percurso*. vol. 2. Set, p.238-258. 21p. 2016.

131 OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o direito penal brasileiro*: direito de intervenção, sanção penal e administrativa. São Paulo: IBCCRIM, 2013. p. 99.

132 SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* de proteção de bens jurídicos! – sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 13, n. 53, p.09-37, mar.-abr.2005. p. 21.

133 OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o direito penal brasileiro:* direito de intervenção, sanção penal e administrativa. São Paulo: IBCCRIM, 2013. p. 265.

134 HASSEMER, Winfried. Características e crise do moderno direito penal. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Ano III, nº. 18, p.144-157, Fev.-Mar/2003. p.156.

sanções dos dois regimes são legalmente reconhecidas quando positivadas como uma inter-relação de competências.[135]

Seria o caso de se pensar na atuação do Direito Administrativo sancionador de maneira acessória, por uma intervenção quanto aos novos riscos de forma suplementar ao Direito Penal. Este, utilizado como o principal meio de solução das questões gravosas em prol de uma coletividade, num formato de solidariedade às gerações que hão de vir, acaba por demonstrar uma inversão do mencionado princípio da *ultima ratio*. [136]

No Código de Defesa do Consumidor também existem as sanções que aproximam-se do sistema punitivo penal, devendo os dois diplomas serem utilizados de maneira complementar em um "diálogo das fontes", que convergem em prol de valores constitucionais. Deve-se buscar um consenso entre os códigos "em temas como concurso de pessoas, fixação da pena, agravantes genéricas etc".[137]

O diálogo das fontes deve estar presente entre o CDC e o Código Penal, assim como com os demais códigos do ordenamento jurídico brasileiro. As punições penais e civis merecem ser analisadas de maneira conjunta, de modo a complementarem-se, como vários ilícitos que são imputáveis penalmente e administrativamente.

A diferenciação entre o ilícito civil e o ilícito penal não deve ser uma preocupação quando se tem ciência da atuação do Direito Penal em hipóteses realmente necessárias e de acordo com o princípio da subsidiariedade. As sanções civis e criminais são paritárias, nas quais o sancionado encontra-se sob o poder do sancionador, tendo no caso civil, como exemplo, a cláusula penal, onde as partes estabelecem uma indenização exigível e seu conceito abrange quase a totalidade das penas privadas.[138]

O que tem ocorrido é que a definição de um ilícito individual não pode ignorar a necessidade de proteção coletiva em todas as searas, e nesse sentido os tipos penais que têm como objeto um bem coletivo, não podem ignorar a relevância dos interesses individuais. Isso porque têm-se verificado que o referente individual é que tem contribuído para a administrativização do Direito Penal, pois a seara tem sido usada

135 MAÑALICH, Juan Pablo El principio *ne bis in idem* frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio. *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales.* Universidad de Chile. Vol. 9, n. 18, art. 8, pp. 543-563, Diciembre, 2014.

136 DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a sociedade industrial e a sociedade de risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, fasc. 33, p. 39-65, jan-mar.2001. p. 50.

137 BESSA, Leonardo Roscoe; BENJAMIN, Antônio Herman V., MARQUES, Claudia Lima. *Manual do direito do consumidor*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 502.

138 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal:* parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais. Portugal: Coimbra, 2007. pp. 174-175.

como reforço de normas administrativas.[139]

Mas qual seria a justificativa em normatizar um fato no Direito Penal que já esteja regulamentado pelo Direito Administrativo Sancionador? – este seria um questionamento que se respondido talvez esclareceria a polêmica da administrativização do Direito Penal, a concluir (ou não) pelo o descrédito das outras instâncias de proteção, conforme será analisado no tópico a seguir.

Por mais que no observar de um leigo a previsão criminal demonstre intimidar a atuação ilegal de fornecedores de produtos, fato é que vultuosas multas impostas a uma empresa por irregularidades em corrupção e sonegação fiscal, por exemplo, são sanções administrativas que comprovadamente auxiliam no combate à corrupção. Isso porque, em muitas situações, os fins a que se buscam não restringem-se à punição de uma pessoa física que colaborou com a empreitada criminal, mas podem expandir-se à restauração de um dano ou mesmo maior inibição, por ingressar a questão financeira.

Dessa forma, as punições do Direito Administrativo sancionador mostrar-se-iam mais eficazes que uma pena privativa de liberdade[140]. Mas na prática o que se percebe é a sensação de que a solução é buscada apenas no Direito Penal, ou seja, vem à tona a discussão quanto ao uso excessivo do Direito Penal em razão da falta de confiabilidade nas outras instâncias de proteção.

1.4. A Administrativização do Direito Penal e o descrédito de outras instâncias de proteção

O crime contra as relações de consumo previsto na Lei 8.137/1990, art. 7º, inciso IX, que fala sobre a proibição de inserir no mercado produtos considerados impróprios ao consumo é um delito que claramente envolve o descumprimento de determinações do Direito Administrativo como, no mínimo, o de normas da vigilância sanitária, o que já torna possível imaginar que a prescrição penal talvez decorra da incapacidade das sanções administrativas regularem a questão.

A proposta da pesquisa é fornecer o embasamento jurídico necessário ao posicionamento crítico da questão, inclusive quanto ao fenômeno da administrativização

139 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato:* crimes de perigo abstrato: direito penal da sociedade de risco, princípio da precaução, evolução dogmática dos crimes de perigo, imputação objetiva e perigo abstrato, direito penal e gestão de risco. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 152.

140 OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o direito penal brasileiro:* direito de intervenção, sanção penal e administrativa. São Paulo: IBCCRIM, 2013. p. 243.

do Direito Penal. Para tanto, compreender o contexto da promulgação do tipo penal contra as relações de consumo, através de uma pesquisa com o método dedutivo e de pesquisa bibliográfica-jurisprudencial, visa proporcionar a compreensão de várias situações práticas que envolvem o tema – que trata de um tipo onde os casos concretos possuem relação com as questões do dia-a-dia.

Trata-se de crime praticado por empresários e fornecedores que se encontram em uma posição de vantagem com relação aos consumidores, apresentando-se a fiscalização do Estado com meios insuficientes à inibição de possíveis danos à saúde das pessoas. Em verdade a Administração Pública não consegue controlar os riscos a que estão expostos os consumidores e passa a se utilizar do Direito Penal para tanto.

Há quem considere a administrativização do Direito Penal como uma outra denominação do Direito Administrativo Sancionador, porque o tema que envolve corrupção empresarial compreende sanções civis e administrativas, mas seria a matéria penal a mais adequada para solucionar esses tipos de ilícitos[141]. Entretanto, este estudo já esclareceu, as sanções aplicadas por meio do Direito Administrativo incluem-se na denominação Direito Administrativo Sancionador, enquanto o fenômeno da administrativização do Direito Penal é próprio da matéria criminal (mesmo que de forma desvirtuada) e este último que interessa ao presente estudo.

O desenvolvimento de atividades perigosas demanda uma ampliação do Direito Penal e das tutelas voltadas para a prevenção desses novos riscos. E essa maior atuação do Direito Penal é reflexo da incapacidade de solução dos problemas por outros meios de controle social.[142]

Ao que se constata, parece até incoerente imaginar que os novos riscos poderiam ser controlados pelas forças de auto regulação do mercado, tutelas civis ou administrativas. É imediata a necessidade de atuação do Direito Penal em casos mais graves, onde sanções civis e administrativas não bastariam à punição dos responsáveis, como danos à camada de ozônio, clonagem, lixos tóxicos, transgênicos e outros prejuízos coletivos (caso dos consumidores). E considerar o descrédito das outras instâncias de proteção, com o intuito de barrar a suposta "administrativização" do Direito Penal, iria em sentido contrário do princípio penal da subsidiariedade e da *ultima ratio*.[143]

---

141 COSTA, Daniela Carvalho Almeida da. SODRÉ, Edyleno Italo Santos. Reflexão acerca da administrativização do direito penal brasileiro (com a Lei 12.846/2013). *Revista Jurídica*, Curitiba, vol. 02, n°. 43, pp 50-71 abr. 2016.

142 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato:* crimes de perigo abstrato: direito penal da sociedade de risco, princípio da precaução, evolução dogmática dos crimes de perigo, imputação objetiva e perigo abstrato, direito penal e gestão de risco. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 69.

143 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal:* parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do

Tal esclarecimento chama a atenção para que o presente tópico ("Administrativização do Direito Penal e o descrédito de outras instâncias de proteção") não seja reconhecido, de imediato, como um fato sendo reflexo de outro. A questão é justamente para refletir se é, ou não, em razão do descrédito das outras instâncias de proteção, que vem ocorrendo a "administrativização" do Direito Penal. Essa perspectiva chamaria à discussão questões políticas de gestão pública e o desvirtuamento da matéria criminal. Mas o tema também pode ser visto como destino interessante de uma complexidade que, quando não solucionada por outros meios jurídicos e a gravidade merecer maior repressão, caberá à matéria punitiva, preceituada para agir em último caso ou subsidiariamente, entrar em cena.

O Direito Civil e o Direito Administrativo mostram-se incapazes de prevenirem de forma eficaz as atividades arriscadas, porque o primeiro poderia até indenizar os danos e o segundo, em razão da ausência de estrutura, sequer intimidaria a ação que gera o risco. Daí a unanimidade confiar ao Direito Penal uma expansão de atuação para manutenção da estrutura social. É o Direito Penal do risco, que adapta seu sistema repressivo à sociedade de risco, sofrendo alterações legislativas e dogmáticas.[144]

Nessa dúvida entre as searas de atuação das matérias, verifica-se que o Direito Penal tem se preocupado com questões que anteriormente pertenciam ao Direito Administrativo, mas que em razão da repetição dos acontecimentos em grande escala, tomaram uma proporção que reivindicou a atuação da seara criminal. Por isso diz-se que na sociedade pós-industrial tem ocorrido uma administrativização do Direito Penal.[145]

> É isso que se quer indicar quando se alude ao processo de "administrativização", em que, a nosso juízo, se acha imerso o Direito Penal. E tal poderia nos levar ainda mais longe: assim, não somente a afirmar que o Direito Penal assume o modo de racionalizar próprio do Direito Administrativo sancionador, senão que inclusive, a partir daí, se converte em um Direito de gestão ordinária de grandes problemas sociais.[146]

Posicionamentos contrários ao excesso de punição acabam se contradizendo por

crime. São Paulo: Revista dos Tribunais. Portugal: Coimbra, 2007. p.147.

144 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato:* crimes de perigo abstrato: direito penal da sociedade de risco, princípio da precaução, evolução dogmática dos crimes de perigo, imputação objetiva e perigo abstrato, direito penal e gestão de risco. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. pp. 71-72.

145 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 121.

146 Ibidem, p. 120.

defenderem a expansão da seara penal como forma de atingir as classes mais poderosas. Ou seja, continuam as críticas ao excesso de punição estatal e, ao mesmo tempo, são mantidas as solicitações de sua atuação nos campos em que parecem atraentes aos interesses de quem reivindica.[147]

Os magistrados afirmam caber a eles uma tarefa impossível de produzir valores na aplicação da norma ao caso concreto, ponto que a própria sociedade estaria incumbida de vivenciar. A previsão de ressarcimento no Direito Civil não contribui para o aumento da diligência do indivíduo à medida que o modelo de seguros faz com que seja dispensado o excesso de cuidado. Quanto ao Direito Administrativo, a realidade é o enorme descrédito pelo excesso de burocratização, além da desconfiança da Administração por cumplicidade a delitos socioeconômicos.[148]

O reflexo dessa realidade é a transferência para o Direito Penal de uma responsabilidade ou diga-se até um "fardo" que não é capaz de solucionar. Uma expansão até mesmo absurda para a seara compreendida como *ultima ratio*. Talvez a ilusão de que à matéria cabe a proteção social como um todo de questões que nem mesmo os grupos sociais ou políticos são capazes de esclarecer.[149]

O Direito Penal é utilizado como meio de manutenção dos acordos decorrentes do contrato social, tendo em vista que os fatos se tornam típicos quando ocorrem violações a esse contrato. E como o Estado não suporta essas violações, torna-se o Direito Penal seu principal aliado e fonte de poder.[150]

Não obstante as mudanças sociais reivindicarem uma nova variação de paradigma ao legislador, a produção legislativa necessita de cautela antes de se voltar ao clamor público, pois quando isso ocorre, o resultado é uma quantidade excessiva de normas que, na maior parte, sequer serão aplicadas. O incremento dos riscos, na sociedade pós-industrial, transmite a sensação de um Direito Penal que se expande sob variadas searas, de forma simbólica, fazendo com que dificilmente o Direito Penal cumpra sua função de prevenção geral.[151]

Existe uma falsa pretensão de que o Direito Penal irá solucionar os problemas de insegurança social com o distanciamento das fontes de risco da sociedade pós-industrial.

147 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 64.

148 Ibidem, p. 61.

149 Ibidem, p. 62.

150 HASSEMER, Winfried. *Direito penal libertário*. Tradução: Regina Greve; coordenação e supervisão: Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 194.

151 SUXBERGER, Antônio Henrique. *Legitimidade da intervenção penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. pp. 68-76.

A busca de solução em matéria que sempre agiu posteriormente ao dano mostra-se inadequada na prevenção de riscos e não promove nem mesmo "intimidação contra a realização de práticas delitivas. O Direito penal se converte, assim, em um mero *Direito penal simbólico*, incapaz de alcançar sequer os propósitos a que se propõe".[152]

O Estado, contudo, por encontrar-se perdido diante dos novos riscos, não pode utilizar-se da norma penal para estabelecer valores sociais como tem feito, uma vez que com isso acaba por desvirtuar a utilização dos tipos penais[153]. A partir das análises dos discursos quanto ao expansionismo criminal é possível extrair que o Direito Penal se desenvolveu até um ponto em que se tornou contraproducente e anacrônico, devendo-se repensar suas propostas tradicionais.[154]

É nesse sentido que para a proposta da corrente que é ao máximo restrita quanto à expansão do Direito Penal (ou minimalista), com o "Direito de Intervenção", o Direito Penal Clássico possui um núcleo central que precisa ser respeitado e mantido, mas o que tem acontecido é o afastamento desse núcleo e a contribuição para o surgimento de novos problemas.[155]

Diante desse diagnóstico, precisar-se-ia pensar em um outro plano de auxílio dos diversos ramos do direito (além do Direito Penal) perante os mega riscos da sociedade moderna, como forma de conter o excessivo uso de antecipação das tutelas, dos termos vagos e do aumento desenfreado de crimes de perigo abstrato. Lançar mão de crimes tributários, ambientais, econômicos e demais relacionados à coletividade seria uma forma de reduzir a atuação do Direito Penal a seu núcleo essencial e impedir que a matéria se torne a *prima ratio* ou até a *sola ratio* de proteção jurídica.[156]

Essa proposta chama novamente à reflexão no tocante à credibilidade e efetividade das outras instâncias de proteção – Estaria a sociedade moderna preparada para dar credibilidade às outras instâncias de proteção? Ou, a *contrario sensu*, estariam as outras instâncias de proteção preparadas para assumirem o controle dos novos riscos da sociedade pós-industrial de maneira mais eficaz que o Direito Penal?

---

152 MUÑOZ CONDE, Francisco. *Crítica ao direito penal do inimigo*. Francisco Muñoz Conde e Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 162.

153 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato:* crimes de perigo abstrato: direito penal da sociedade de risco, princípio da precaução, evolução dogmática dos crimes de perigo, imputação objetiva e perigo abstrato, direito penal e gestão de risco. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 145.

154 HASSEMER, Winfried. Características e crise do moderno direito penal. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Ano III, nº. 18, p.144-157, Fev.-Mar/2003. p. 145.

155 Ibidem, p. 146.

156 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal:* parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais. Portugal: Coimbra, 2007. p. 139.

É nesse contexto da tipificação de condutas no Direito Penal Contemporâneo que o artigo 7º, inciso IX, da Lei n. 8.137/1990, complementado pelo artigo 18, § 6º, Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), precisa ser analisado.

O Direito Penal da sociedade de risco possui particularidades especiais que podem ou não ser aceitas com facilidade em um ordenamento jurídico, variando de acordo com a amplitude de aceitação das mudanças, conforme proposta feita pelo presente trabalho que dividiu a temática em três correntes (minimalista, intermediária e expansionistas).

Demais disso, chama-se a atenção para o ponto crítico da controvérsia que é o receio de uma subversão do Direito Penal, uma vez que é importante seu reconhecimento como *ultima ratio*, pois com a administrativização o Direito Penal passa a tratar de temas de regulamentação administrativa para incidir nos casos de ineficácia dessas previsões.

Analisando essas ponderações, melhor fica a constatação de que o Direito do Consumidor também é uma norma preparada para ser eficaz em uma sociedade de risco, gerando a convicção de que são diretos os reflexos da expansão penal no Direito do Consumidor.

Em suma, além das novas características da sociedade, a abstrativização dos bens jurídicos é uma característica dessa expansão que lida a todo instante com interesses difusos, com a relação do Direito Penal com outras matérias e sua utilização como norma de reforço. Ou seja, diante do aparente descrédito de outras instâncias de proteção a disciplina penal vem reforçar a oposição do Estado à realização daquela conduta. São alterações que contribuem para o fenômeno da administrativização do Direito Penal também no tocante aos delitos contra as relações de consumo.

Capítulo 2. Crimes de perigo abstrato

O estudo dos crimes de perigo abstrato ou outro elemento dogmático exige a compreensão do contexto social. Antes da análise do perigo é possível visualizar o risco em que a sociedade constantemente se encontra e que parece ser maior nos dias atuais. Tudo a partir da Revolução Industrial, com a livre concorrência, onde o risco passa a compor o núcleo da atividade social e contribui para o surgimento da "sociedade de risco".[157]

Nessa sociedade, o incremento de prescrições como a colocação no mercado de produtos impróprios ao consumo é justamente a face de uma nova metodologia de imputação que juristas e legisladores veem-se obrigados a encarar. Isso porque a incorporação do risco repercute nas relações sociais e tornam necessárias sanções mais severas ao descumprimento dos limites impostos[158]. Sanções que a partir do momento em que são previstas devem ser respeitadas e analisadas a fundo quanto aos motivos e fundamentos de seu reconhecimento.

No caso da tipificação em estudo, claro está o ensejo de proteção dos consumidores vítimas de um mercado de massas, com base em teorias que buscam fundamentos modernos de comprovação de prejuízos sociais para que os infratores não permaneçam impunes de suas ações.

Desta feita, o esboço da criminalidade moderna, em uma sociedade de riscos de interesses difusos e muitas vezes de confusão entres as searas do direito quanto à eficácia no controle das demandas, demonstram que a compreensão dos crimes de perigo abstrato são fundamentais ao Direito Penal Contemporâneo, no que se inclui as modernas prescrições contra as relações de consumo e os meios de prova suficientes à imputação dos responsáveis.

Portanto, à luz dos ensinamentos expostos até aqui, apresentar-se-á a definição do tipo penal de perigo abstrato, a principal diferença dos demais delitos, os princípios a ele relacionados e passíveis de discussão/oposição, bem como a legitimidade de sua prescrição, para posteriormente se analisar o delito contra as relações de consumo de inserir no mercado produto em condições impróprias.

157 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato:* crimes de perigo abstrato: direito penal da sociedade de risco, princípio da precaução, evolução dogmática dos crimes de perigo, imputação objetiva e perigo abstrato, direito penal e gestão de risco. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. pp. 24-25.

158 Ibidem, p. 33.

Para fins dessa dissertação o raciocínio apreendido visa subsidiar favoravelmente ou mesmo contra a compreensão da previsão do crime do art. 7º, inciso IX, da Lei n. 8.137/1990 como um delito de perigo abstrato. A partir daí a disposição para análise da jurisprudência dos tribunais superiores poderá ser aprofundada diante de julgados muitas vezes discordantes que parecem clamar por uma fundamentação baseada no Direito Penal moderno, em especial nas mudanças ocorridas com a sociedade de risco.

2.1. Classificação dos crimes e a tipificação do perigo abstrato

As maiores dificuldades da sociedade de risco tornaram-se a missão ou mesmo o desafio do Direito Penal com foco a solucionar questões graves e proteger as gerações futuras. Nessa linha de raciocínio, diante das possibilidades punitivas em que se encontra a disciplina, importante analisar qual seria o tipo penal eficiente na inibição dos riscos. Por isso serão apresentadas as principais classificações dos crimes, em especial dos crimes de perigo, para que a decisão quanto ao tipo "ideal" às questões de risco da sociedade moderna seja feita de maneira acertada.

Os conceitos de crime mais tradicionais exigem dano e a prova concreta de seu cometimento. Alguns entendem que mesmo sem prejuízos aparentes ou possibilidade de demonstração material já seria possível constatar o enorme risco que o infrator optou por correr. E dentre essas possibilidades o indispensável é compreender quando realmente ocorrerá o crime e como a previsão legal pretende abordar essa temática.

Os tipos penais se diferenciam com relação ao bem protegido. Como classificação existem os tipos simples ou mono-ofensivos (tutelam um único bem jurídico), os complexos ou plurissubjetivos (que cuidam de vários interesses jurídicos) e os tipos de lesão ou perigo (que provocam danos ou expõem a perigo certos interesses).[159]

Ainda quanto aos tipos de crimes previstos, os conceitos podem ser sintetizados da seguinte forma:

> Os *crimes materiais* apresentam um *resultado naturalístico* relacionado com o *objeto da ação*, ou seja, com o *suporte, substrato material sobre o qual recai a ação*; os *crimes formais* enunciam um *resultado previsto no tipo*, mas que é *desprezado* para efeito de consumação do delito; os *crimes de mera conduta* não exigem nem pressupõem qualquer resultado naturalístico relacionado com o objeto material da conduta;

159 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra individual:* interesses difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 87.

> os *crimes de dano* consumam-se com a efetiva lesão imposta ao *bem jurídico*; por fim, nos *crimes de perigo* basta a *turbação ao bem jurídico* para seu aperfeiçoamento.[160]

No estudo da classificação dos crimes e divisão deles em grupos com características comuns são variadas as denominações, alterando bastante a depender da doutrina. Existe por exemplo a que leva em conta a base comum do resultado do delito dividindo-o em (1) delitos de resultado, (2) delito de resultado cortado, (3) delito mutilado, (4) delito qualificado pelo resultado e (5) delito de mera atividade ou conduta. Já quanto à materialidade em (1) delito de lesão, (2) delitos de perigo, sendo (2.1) delito de perigo abstrato, (2.2) delito de perigo abstrato-concreto ou de aptidão para a produção de um dano, e (3) delito de perigo concreto.[161]

Categorizar em crimes de dano e de perigo leva a se constatar a consumação destes últimos (perigo) com a mera probabilidade de dano e daqueles (dano) com a efetiva lesão ao bem jurídico tutelado[162]. Nos crimes de dano a conduta é dirigida à produção do resultado, acarretando um dano ao bem jurídico protegido ou gerando uma situação de perigo. E os crimes de perigo podem ser subdivididos em crimes de perigo abstrato, em que é suficiente a prática do comportamento previsto, e crimes de perigo concreto, onde a situação precisa ser demonstrada no caso concreto para verificar se realmente colocou em perigo ou não o bem juridicamente protegido.[163]

Não obstante o valor das categorias tradicionais de classificação dos delitos conforme apresentado, é importante o esclarecimento dessas características mesmo quando a questão envolver problemas que sequer existiam quando das definições doutrinárias ora em estudo.

No Direito Penal contemporâneo o tipo/tipicidade deve ser observado sob o olhar de uma nova realidade. O tipo sempre foi o conjunto de elementos do fato punível pelo Direito Penal. Tem como funções do bem jurídico a indiciária (que levanta indícios de que a conduta é também antijurídica), de garantia (reflexo do princípio da legalidade), fundamentadora (descrição da tipicidade para sua caracterização), sistematizadora (de preenchimento de lacunas entre a parte geral e a especial do Direito Penal) e dogmática

160 SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. pp. 60-61.

161 PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal:* parte geral. 2. ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, Vol. I. p. 502.

162 NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 139.

163 GRECO, Rogério. *Curso de direito penal:* parte geral. 19. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017, Vol. I. p. 224.

(delimitação dos caracteres, do dolo).[164]

Considerando as classificações tradicionais de crime e a localização da problemática em estudo na matéria dos crimes de perigo abstrato, é possível constatar que o perigo pode ser pontuado ainda: (1) de *perigo concreto*, onde a referência ao perigo está na descrição do tipo, sem maiores dúvidas; (2) de *perigo abstrato ou presumido*, onde o perigo motiva o crime, está inserido na própria ação, existindo uma presunção de sua ocorrência; (3) de perigo abstrato com presunção *juris tantum* (presunção relativa da ocorrência do perigo), apesar de não ser a forma adequada, poderá ocorrer quando o legislador equivocar-se na tipificação, fazendo-a de forma artificial, sem o perigo ser inerente à conduta; (4) de *perigo abstrato-concreto*, categoria pouco mencionada, que seria um meio termo entre os de perigo abstrato e os de perigo concreto, uma vez que previstos abstratamente pelo legislador, mas de análise concreta necessária pelo juiz; e (5) de *perigo comum (ou coletivos) e crimes de perigo individual*, categorias em que os primeiros têm como sujeito passivo a coletividade e, os últimos, vítimas certas ou individualizadas.[165]

Iniciar o estudo da criminalização de condutas no Direito Penal contemporâneo tem se apresentado como os "primeiros passos" rumo à compreensão dos crimes de perigo abstrato. Tal previsão penal tornou-se a mais interessante e talvez a melhor saída para o Direito Penal da sociedade de risco, o que reflete diretamente no Direito Penal do Consumidor – maior repressor das questões que envolvem os prejuízos de uma minoria nesse mundo globalizado.

Em que pesem os desafios que o Direito Penal se depara na sociedade de risco, importante reconhecer seus principais avanços com a previsão dos delitos de perigo abstrato, de bens jurídicos coletivos e a responsabilização penal da pessoa jurídica. São todas questões modernas que precisam conciliar sua aplicação com as garantias e direitos individuais já conquistados, em prol do equilíbrio do Direito Penal.[166]

As rápidas mudanças sociais tornam comuns normas com expressões indeterminadas, como forma de eximir o legislador de definir pontos de risco, ou não. O que se busca acima de tudo é transmitir à sociedade uma sensação de segurança.[167]

---

164 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra individual:* interesses difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 85.

165 Ibidem, pp. 68-82.

166 WEDY, Miguel Tedesco. Alguns desafios do direito penal na sociedade de risco. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*. São Leopoldo/RS. pp. 65-73, jan./jun. 2013.

167 MENDES, Gilmar Ferreira (Org.); BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Org.); PACELLI, Eugênio (Org.). *Direito penal contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 116.

O fato de conviver com situações de risco faz com que a dogmática penal se adeque e, não por acaso, surge a teoria da imputação objetiva. O novo quadro não necessita mais relacionar o ato praticado com a ocorrência do resultado lesivo para que incida a imputação. A análise será quanto ao risco gerado e possibilidade de dano a bens jurídicos relevantes.[168]

E nesse contexto, os riscos a que todos estão cada vez mais expostos, bem como os problemas deles decorrentes, são reflexo de decisões humanas e atingem diretamente as relações de consumo e suas tipificações de condutas.

> A comodidade de nossos dias em utilizar energia elétrica, em movermo-nos em automóveis e utilizarmos telefones celulares, implicam em riscos de funcionamento das usinas nucleares ou termo-elétricas, nas enormes cifras de acidentes de trânsito e do depósito altamente contaminante das baterias dos telefones. Em resumo, estamos expostos mais permanentemente a riscos, que são problemas derivados de decisões humanas.[169]

É exatamente a partir dessa compreensão do quanto as mudanças trazidas pela sociedade pós-industrial influenciam nas relações de consumo que o presente estudo centraliza a análise da discussão. Procura-se cautelosamente apresentar o raciocínio lógico e jurídico de que a situação atual é diferente, reflete em empresas diferentes, em consumidores com uma vulnerabilidade diferenciada, que merece a compreensão das razões de um Direito Penal voltado à punição de agentes que nem sempre conseguem ser identificados ou à imputação de delitos que sequer serão materialmente provados. Uma realidade a ser esclarecida através de uma política criminal diferenciada.

Uma nova política criminal expansionista e intervencionista responde aos anseios de uma maioria vitimizada, porquanto prescreve delitos que visam punir o lado mais forte e adentra em searas antes inalcançáveis pelo Direito Penal.[170]

Com a produção legislativa influenciada pelas mudanças sociais e econômicas, em meio à utilização constante de produtos em massa, nota-se um aumento do uso de textos legislativos e sua abrangência. Isso reflete em uma ampliação da culpa nas tipificações penais que, por serem desmedidas, oportunizam novos horizontes aos delitos de perigo abstrato.[171]

---

168 Ibidem, p. 129.

169 MUÑOZ CONDE, Francisco; BUSATO, Paulo César. *Crítica ao direito penal do inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 160.

170 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 53.

171 MENDES, Gilmar Ferreira (Org.); BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Org.); PACELLI, Eugênio (Org.). *Direito penal contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 115.

Dessa forma, compreendida a classificação doutrinária dos tipos penais, bem como as necessidades surgidas na sociedade de risco com o expansionismo penal, aumento de demandas que envolvem interesses difusos e o fenômeno da administrativização do Direito Penal, indispensável o aprofundamento do estudo no tipo penal característico da atualidade, qual seja, o tipo de perigo abstrato, frequentemente referenciado nos crimes contra as relações de consumo, que será melhor apresentado no tópico seguinte.

2.2. O tipo penal de perigo abstrato

A relevância do tipo penal de perigo abstrato faz parte de um contexto de novas modulações do sistema penal hodierno que necessita de maior domínio de conteúdo tanto por parte da doutrina como pelos magistrados, uma vez que é fato o deslocamento abstrato das leis penais para o campo de maior atuação das tipificações atuais. E apenas com conhecimento e autoridade no assunto que o poder de julgar dos magistrados poderá se realizar com maior clareza e objetividade.[172]

O tipo de perigo abstrato pune o comportamento, independente da ocorrência do resultado (por isso difere dos crimes de lesão ou perigo concreto). O desvalor reside no comportamento, e não no resultado, que é dispensado.[173]

Descrito como aquele onde o perigo "é presumido *juris et de jure* [...], compreende-se como um tipo em que seria suficiente a simples prática da ação que se pressupõe perigosa"[174], ou em que "a situação é presumida, como no caso da quadrilha ou bando, em que se pune o agente mesmo que não tenha chegado a cometer nenhum crime"[175], ou mesmo como sendo uma simples possibilidade, existindo, ademais, posicionamentos favoráveis e contrários à sua constitucionalidade, conforme será estudado a seguir.

Os crimes de dano ou de perigo concreto parecem estar ultrapassados, recebendo destaque os crimes de perigo abstrato como uma forma delitiva do moderno Direito Penal. É uma forma delitiva que facilita a aplicação do Direito Penal pelo juiz, com a

172 FURTADO, Heloysa Vareschini. SILVA, Marcos Alves da. Compreensão do atual complexo científico-judiciário: um novo modo de estudar as leis penais. *Revista Percurso*, Curitiba, Vol. I, pp. 45-60, Janeiro, 2016.

173 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato:* crimes de perigo abstrato: direito penal da sociedade de risco, princípio da precaução, evolução dogmática dos crimes de perigo, imputação objetiva e perigo abstrato, direito penal e gestão de risco. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 88.

174 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal:* parte geral, I. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 282.

175 CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. Parte geral: (arts. 1º a 120). 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. Volume I, p. 287.

renúncia à prova do dano.[176]

Tratados de diferentes formas como crimes de periculosidade[177], de perigo presumido[178], de perigo hipotético[179], de perigo implícito[180], dentre outros, o fato é que os delitos de perigo abstrato versam sobre situações arriscadas, com potencial perigo a bens jurídicos, sem que a presença do perigo seja exigida. Talvez seriam melhor definidos como delitos de risco ou de periculosidade, mas como doutrina e jurisprudência já consolidaram as expressões crimes de lesão, de perigo abstrato e perigo concreto, o melhor parece ser utilizar essas tradicionais denominações.[181]

E o legislador enfrenta o novo contexto de riscos utilizando-se dos delitos de perigo abstrato, pois as novas tecnologias, com organismos geneticamente modificados, produtos e atividades altamente lesivas, tornam necessárias ações que visem controlar as condutas. Isso se dá, ainda, em razão da dificuldade crescente de identificação das partes autor-vítima, uma vez que os sujeitos passivos da relação fazem parte da massificação dos bens, de uma coletividade.[182]

Desta feita, é possível compreender que o delito de perigo abstrato vem sendo responsável pela expansão do Direito Penal [183]. Ou, vendo por outro ângulo, o tipo de perigo abstrato é a principal característica e o mais interessante desafio dos crimes modernos, como é o caso de inserção no mercado de produtos impróprios ao consumo.

O desenvolvimento do conceito de delitos de perigo abstrato tem seus primeiros estudos com o positivismo de Binding (estrita legalidade)[184] e as propostas de Habl (que fala em crimes de perigo concreto presumido) e Stubel (onde basta o perigo para se ter um abalo social).[185]

Já o Neokantismo afere a tipicidade da conduta a partir de uma interpretação mais flexível destes delitos, de acordo com finalidades sociais. Possui premissas[186] de que o

176 HASSEMER, Winfried. Características e crise do moderno direito penal. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Ano III, nº. 18, p.144-157, Fev.-Mar/2003. p.151.

177 Hirsch.

178 Grasso.

179 Torío.

180 Escrivá.

181 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Op.Cit., p. 89.

182 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato:* crimes de perigo abstrato: direito penal da sociedade de risco, princípio da precaução, evolução dogmática dos crimes de perigo, imputação objetiva e perigo abstrato, direito penal e gestão de risco. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. pp. 92-93.

183 Ibidem, p.98.

184 Discorre sobre os crimes de perigo abstrato de forma crítica em que colocar em perigo equivaleria à sua lesão.

185 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Op.Cit., pp. 100-102.

186 De Mezger.

perigo já existe diante da probabilidade de um acontecimento e os valores existentes no momento da prática de um ato deverão ser levados em consideração.[187]

No Finalismo, que tem Welzel como principal representante, o comportamento final do ser humano é o que mais importa, a intenção dele em ameaçar os bens, a finalidade de criar um risco aos bens jurídicos.[188]

Sem desejar a conceituação ideal aos crimes de perigo abstrato, uma afirmação inevitável é a de que eles refletem exatamente os anseios criminais do Direito Penal Moderno e, talvez por isso, compreenda-se que a corrente quanto à incidência do Direito Penal nas questões da sociedade de risco que melhor explica a realidade em estudo é a dos expansionistas.

A corrente expansionista busca uma resposta eficiente contra a criminalidade coletiva cujos danos podem vir a atingir a coletividade de pessoas. É uma corrente que justifica a normatização dos crimes de perigo abstrato para proteger as gerações futuras.

Não obstante essas justificativas nas análises contemporâneas, a aparição do risco na organização social faz com que os tipos de perigo abstrato encontrem dificuldades de adaptação aos preceitos tradicionais do Direito Penal[189], surgindo novos paradigmas para a aplicação do Direito Penal atual. [190]

A principal adaptação que os tipos de perigo abstrato precisam fazer é com relação aos meios de prova, conforme será mencionado a seguir, uma vez que os parâmetros encontrados para subsidiar a prova penal para a imputação dos crimes modernos advêm por completo dos preceitos tradicionais do Direito Penal. E para enfrentar os riscos inéditos o legislador cria os tipos penais de perigo abstrato, que antecipam o resultado lesivo visando evitar o perigo e deslocam o injusto do resultado para a conduta, como forma de garantir a proteção a bens jurídicos indispensáveis à vida em sociedade.[191]

O risco se torna elemento de construção dogmática, onde os conceitos de autoria e participação também são objetos de uma nova abordagem, e o Direito Penal se vê menos limitado aos princípios que o criaram (como da taxatividade, da lesividade, da

187 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Op.Cit., p. 103.

188 Ibidem, p. 106.

189 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato:* crimes de perigo abstrato: direito penal da sociedade de risco, princípio da precaução, evolução dogmática dos crimes de perigo, imputação objetiva e perigo abstrato, direito penal e gestão de risco. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.107.

190 Que o autor coloca como sendo as classificações de delitos de perigo abstrato de lesão, de perigo abstrato formais e de perigo abstrato de periculosidade.

191 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Op.Cit., p. 74.

culpabilidade). Além disso, basta que se crie um risco ou que ele seja aumentado para estar presente o injusto penal.[192]

Tanto nos crimes de perigo abstrato como nos de perigo concreto a periculosidade está atrelada a um risco anterior que é necessário para que incida a pena. A diferença está na constatação posterior de um perigo concreto para os segundos, e do risco para os primeiros (perigo abstrato).[193]

Proximidade existe entre o conceito de crime culposo e de perigo abstrato, distinguindo o primeiro quanto à necessidade de ocorrência de um resultado lesivo que no sentindo subjetivo apurará a existência ou não do ato intencional, existindo o ponto comum entre os dois crimes da necessidade de um risco anterior não permitido, seja por violação de cuidado ou possibilidade de causar uma lesão.[194]

Em oposição à amplitude do tipo de perigo abstrato é possível encontrar também alguns autores[195] que destacam que a característica presente nos novos tipos da sociedade de risco de se valer do Direito Penal de forma antecipada à lesão tornou-se um instrumento de governo para realização de política estatal. Mas fazer política a partir do uso da matéria penal é um tema contestado sob alguns aspectos, pois a legitimidade da intervenção estatal deveria dar-se apenas como *ultima ratio*, além da questão da dispensa da prova do dano poder ser questionada.[196]

Assim, para uma melhor compreensão dos crimes de perigo abstrato e, por consequência, do crime contra as relações de consumo de maior incidência – colocação no mercado de produtos em condições impróprias ao consumo[197] –, apresentar-se-ão os princípios contestados quando utilizados os tipos penais em referência, bem como as principais abstrações da matéria para fundamentar a legitimidade dos crimes de perigo abstrato e os meios de prova de seu cometimento.

---

192 Ibidem, pp. 175-178.

193 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato:* crimes de perigo abstrato: direito penal da sociedade de risco, princípio da precaução, evolução dogmática dos crimes de perigo, imputação objetiva e perigo abstrato, direito penal e gestão de risco. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 191.

194 Ibidem, p. 192.

195 Alice Bianchini é um exemplo. A autora enfatiza que seu posicionamento é contrário à existência dos tipos de perigo abstrato.

196 BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 66.

197 Destaca-se que a informação de que o art. 7º, inciso IX da Lei 8.137/90 (colocar no mercado produtos em condições impróprias ao consumo) é o tipo de maior incidência quando se pesquisa o termo "crimes contra as relações de consumo" na jurisprudência dos tribunais superiores.

2.3. O Princípio da Precaução e Princípios Gerais relacionados

A principal finalidade do Direito do Consumidor e dos tipos penais contra as relações de consumo previstos na Lei n. 8.137/1990 é proteger o consumidor dos inúmeros riscos a que é constantemente exposto. Proteger contra a aquisição de produtos vencidos, em desacordo com as normas de vigilância sanitária, ou mesmo daqueles adulterados, independentemente de virem a fazer mal à saúde ou não.

Os consumidores precisam ser protegidos contra o consumo de alimentos impróprios à disponibilização no mercado e por esse motivo as normas foram positivadas. Não existe uma relação direta com o fato de fazer mal ou prejudicar a saúde de alguém, mas sim com o descumprimento de normas instituídas para garantir a qualidade dos bens no mercado.

Isso porque um produto estragado pode prejudicar a saúde de uma pessoa que o consumiu, enquanto outro indivíduo que venha a ingerir daquele mesmo recipiente pode não sentir nada. E independente dos danos à saúde de cada um deles é fundamental que ambos estejam protegidos, pois o fornecedor precisa ser responsabilizado pelos riscos a que expôs a vida nas duas situações.

A partir daí, com a constatação das alterações normativas diretamente influenciadas pelas mudanças sociais, além de observar a norma positivada e a finalidade a que se propõe, indispensável compreender os princípios a ela inerentes e sua compatibilidade com outros capitais princípios já consolidados pela matéria em estudo.

Essa consciência de que vários princípios são primordiais à manutenção Estado Democrático de Direito irá garantir a efetividade das normas de proteção no ordenamento jurídico, conferindo-lhes legitimidade, ponto que será melhor apresentado no tópico a seguir.

Os crimes de perigo abstrato são contestados por infringirem vários princípios gerais do Direito Penal, tese que é levantada em especial pelos autores que resistem às adaptações do Direito Penal contemporâneo. De toda forma, em que pesem os argumentos contrários ou favoráveis à violação pelos tipos de perigo abstrato, convergente é o entendimento de que o princípio da precaução é a essência deles.

Portanto, no estudo dos crimes de perigo abstrato, que visam atuar como um espírito protetor de situações cientificamente incertas, o princípio da precaução é seu principal fundamento. Ele enfatiza a necessidade de atenção e cautela para os atos em que os efeitos e os riscos concretos são desconhecidos até mesmo pela ciência e

obriga a adoção de medidas prévias de proteção à saúde humana antes mesmo que as consequências com danos venham a se concretizar.[198]

A característica dos crimes de perigo abstrato é possuir punições que atuam de forma cautelosa, preliminar, agindo com atenção às situações de risco, por isso o princípio da precaução se torna o fundamental no estudo da matéria. Por isso a denominação do título neste tópico em destacar apenas o princípio da precaução com relação aos demais princípios que serão mencionados.

O princípio da precaução ou da prevenção (utilizados como sinônimos na maioria das vezes, mas com conceituações diferenciadas em alguns autores que se arriscam a fazê-lo) tem como objetivo tutelar os bens jurídicos antes da ocorrência do dano ou lesão. O intuito é reprimir as condutas preparatórias como forma de prevenção ao dano buscando inibir os enormes riscos como ocorre no caso dos danos ambientais[199] – fundamento que pode ser utilizado com o mesmo contorno para o Direito Penal do Consumidor.

Os que se arriscam a diferenciar os princípios da precaução e da prevenção o fazem mais quando na análise da disciplina do Direito Ambiental. Afirmam que o princípio da precaução busca reduzir as probabilidades de danos graves sem se preocupar com o desconhecimento pela ciência da certeza da ocorrência do dano. Nele, apesar de também serem tomadas medidas preventivas, não exige a certeza científica do dano. Agora o princípio da prevenção obriga a adoção de medidas que evitem danos conhecidos ou prováveis de virem a ocorrer. Adota medidas que se acionam desde o conhecimento científico. [200]

Como no caso do crime de inserir no mercado produto impróprio ao consumo nem sempre são conhecidos os danos e prejuízos que podem ser causados aos consumidores de bens com características de impropriedade, entende-se que não haverá prejuízo à pesquisa a adoção do termo prevenção como sinônimo de Princípio da Precaução, adotado na denominação do presente tópico.

Não obstante o reconhecimento e valorização do princípio da prevenção nos crimes de perigo abstrato, outros nucleares do Direito Penal são amplamente criticados quando da tipificação desses delitos. O Direito Penal moderno é criticado por ser

198 HENAO, Diana Patricia Arias. Principio de precaución ambiental en posconflicto: importancia de la incertidumbre científica en las zidres. *Revista de Derecho Publico*, Universidad de los Andes, n. 37, jul-dez. 2016.

199 GOMES, Magno Federici; SILVA, Andressa Kelle Custódio. A persecução penal sustentável dos crimes de perigo abstrato nos delitos ambientais. *Revista da Universidade Vale do Rio Verde*, Três Corações, v. 15, n. 2, pp.152-157, ago./dez. 2017.

200 HENAO, Diana Patricia Arias. Op.Cit.

antigarantista, ao argumento de quebrar as garantias e se afastar dos princípios bases do modelo tradicional, como a fragmentariedade e subsidiariedade da intervenção penal. [201]

A substituição do modelo tradicional de lesão concreta aos bens jurídicos individuais por tipos penais de perigo abstrato ou presumido, apontados como a solução da sociedade de risco, seriam uma resposta política do Estado que em verdade viria a contrariar vários princípios – como lesividade, subsidiariedade, culpabilidade e proporcionalidade. [202]

Mas o Direito Penal tem sido apresentado como preferencial no gerenciamento de riscos e por meio dele parece ser possível modificar o enfrentamento da criminalidade na sociedade moderna, seus dilemas e questões concretas. A crítica central o Direito Penal da precaução como instrumento de controle de riscos seria realmente a possibilidade de infringir alguns princípios basilares de um Estado Democrático.

O Direito Penal visa preservar o funcionamento do modelo social em que é criado, sendo que no Estado Democrático de Direito impõe-se a observância ao princípio da dignidade humana. E estes são os parâmetros a serem observados também na determinação da natureza jurídica dos crimes de perigo abstrato.[203]

Os novos riscos na sociedade atual não são deixados ao azar ou sem referência de um sujeito responsável, pois os problemas que surgirem irão sempre decorrer de uma decisão humana que deverá ser punida. Isso de certa forma transforma o caso fortuito em um injusto punível, além de possibilitar a inclusão de condutas vagas e de interesse geral em prescrições penais, por ser um tipo carente de limites, entrando em conflito com o princípio da legalidade.[204]

No entanto para tornar possível a implementação desses tipos penais e dessas mudanças devem ser observados os princípios da lesividade, da subsidiariedade e da fragmentariedade, bem como o da proporcionalidade, indispensáveis a um sistema penal que tem como preceito a dignidade da pessoa humana.[205]

---

201 GARCIA MARTÍN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Tradução: Érica Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 93.

202 Ibidem, p. 96.

203 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato:* crimes de perigo abstrato: direito penal da sociedade de risco, princípio da precaução, evolução dogmática dos crimes de perigo, imputação objetiva e perigo abstrato, direito penal e gestão de risco. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. pp. 132-133.

204 GARCIA MARTÍN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Tradução: Érica Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 98.

205 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato:* crimes de perigo abstrato: direito penal da socie-

O próprio bem jurídico apresenta, de maneira sucinta, como basilares, os princípios da lesividade (necessidade de lesão a um determinado bem), da intervenção mínima (Direito Penal como último recurso a ser aplicado), da fragmentariedade (tutela seletiva do que é merecedor de pena) e da subsidiariedade (só intervém se não for possível outras formas de intervenção).[206]

O princípio da lesividade ou ofensividade (*nullum crimen sine iniuria*) caracteriza-se no respeito à dignidade da pessoa humana e à liberdade como basilar de um Estado Democrático de Direito, no sentido de que a tutela penal incidirá nos casos de agressões a bens eleitos como essenciais pela comunidade. O caráter de prevenção do Direito Penal, com base em tal princípio, mostra que a proteção a alguns bens jurídicos apenas será possível de forma eficaz se ocorrer de forma antecipada, mediante os tipos de perigo abstrato, que não afrontam, assim, o princípio apontado.[207]

Sob o ponto de vista da denominação do princípio da lesividade, que fala em perigo real ou dano efetivo a um bem jurídico, sua temática poderia ser desconsiderada inicialmente no caso dos delitos abstratos, em razão da ausência de resultado externo. Mas parece ser legítimo a lesividade tanto no campo legal, sob os interesses que visa resguardar, como no fático, com a verificação em concreto do potencial lesivo e risco de dano, mesmo que em uma perspectiva abstrata.[208]

A aceitação dos riscos da sociedade moderna implica numa reestruturação dos mecanismos do Direito Penal de maneira que seja utilizado apenas como último recurso de controle social, com a não atuação em questões que podem ser solucionadas no âmbito administrativo ou por outros meios de gestão de riscos, o que define o princípio da subsidiariedade.

Além disso os delitos de perigo abstrato devem ser definidos de forma criteriosa, com a garantia de bens importantes e atuação concreta apenas em questões intoleráveis, de grave risco, indispensável é a observância, equivalendo tais critérios ao princípio da fragmentariedade.[209]

---

dade de risco, princípio da precaução, evolução dogmática dos crimes de perigo, imputação objetiva e perigo abstrato, direito penal e gestão de risco. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 154.

206 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 54.

207 SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. pp. 99-101.

208 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato:* crimes de perigo abstrato: direito penal da sociedade de risco, princípio da precaução, evolução dogmática dos crimes de perigo, imputação objetiva e perigo abstrato, direito penal e gestão de risco. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 157.

209 Ibidem, pp. 158-160.

Diferentemente desses autores que ampliam as denominações das hipóteses em que o Direito Penal atuará apenas nos casos mais graves, Muñoz Conde destaca que o princípio da intervenção mínima pode ser explicado por meio de várias características, como a subsidiariedade. Entende que "*la 'subsidiariedad', 'accesoriedad' o 'secundariedad', como también se llama, del derecho penal no es más que uma de las consecuencias que se derivan del principio de intervención mínima*".[210]

Fundamental, ainda, a observância ao princípio da proporcionalidade que, nesses delitos, deverá ser aplicado levando em consideração o perigo potencial, o risco constatado e o *quantum* proporcional ao cometimento para a fixação da pena no caso concreto.[211]

O princípio da proporcionalidade tem como elementos a necessidade, adequação e equilíbrio entre o meio utilizado e o fim a que se busca. Ora, se o bem protegido decorre da CF/88 ou não é contraditório a ela, entende-se que não há afronta dos crimes de perigo abstrato a este princípio (proporcionalidade), pois mesmo o perigo sendo presumido, ele é inerente à conduta e, na maior parte dos casos, não incorrerá em excesso (podendo o contrário ser analisado na busca do equilíbrio entre a incriminação e a tutela do bem no caso concreto).[212]

O princípio da intervenção penal mínima significa que o Direito Penal deve ser usado apenas em último caso, dado a seu caráter fragmentário, sendo utilizado de forma subsidiária, conforme a necessidade à proteção de bens essenciais. E, caso a tipificação não seja possível como um delito de perigo concreto, necessária será a intervenção penal por meio de uma norma de perigo abstrato, sob pena de a omissão vir a "punir" (prejudicar) toda a população, respeitando, dessa forma, o princípio em referência.[213]

O princípio da culpabilidade relaciona-se com reprovação, onde o agente que comete a infração detinha, no momento da investida, o conhecimento do proibido. E o entendimento pode ser aplicado nos crimes de perigo abstrato, sendo equivocada a afirmação de que no caso deles a culpabilidade será presumida.[214]

Em verdade, o Direito Penal não está preparado para tutelar os grandes riscos que se encontra obrigado a solucionar, justamente porque não é dele o papel de zelar

210 MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introdución al derecho penal*. Buenos Aires: Montevideo, 2001. p.107.

211 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Op.Cit., p. 161.

212 SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 116.

213 Ibidem, p. 129.

214 Ibidem, p. 138.

pela sobrevivência das gerações futuras. Demais disso, não se pode pensar em manter os princípios tradicionais para solucionar os problemas da modernidade[215]. Com a sociedade em constante evolução, o Direito Penal precisa ser eficaz sem abrir mão de seus princípios básicos, todavia por meio de tutelas que não sejam ultrapassadas.[216]

Deste modo, analisados os princípios capitais do Direito Penal que poderiam colidir com a dogmática dos crimes de perigo abstrato, e constatado que é possível a existência desses crimes sem desrespeitar ou descumprir a base principiológica essencial do Direito Penal tradicional, a novidade passa a ser especialmente a valorização e observância ao princípio da precaução.

Logo que se compreende que o tipo penal de perigo atua antecipadamente à existência do risco, constata-se que sua função é agir previamente à existência do dano, ou seja, operar para que nas hipóteses previstas os envolvidos ajam com a maior precaução possível. É assim com todos os tipos de perigo abstrato e com o tipo de inserir no mercado os produtos em condições impróprias ao consumo. A finalidade é proteger uma massa de consumidores dos ilimitados danos que podem vir sofrer tanto nas searas social, biológica, política, criminal ou sabe-se lá quais mais.

A materialização dos crimes de perigo abstrato se destina à proteção de bens em que se verifica a transgressão do valor da dignidade da pessoa humana. Verifica-se o risco de dano em concreto àqueles bens dignos de proteção. Na prática, a sociedade atual, cercada pelos novos contornos de risco que ameaçam a estabilidade, faz com que o princípio da precaução se desloque para o centro das discussões, além de refletir no uso do Direito Penal como meio de reforço dessa política de precaução.[217]

E essa excessiva precaução é justificada pelo fato de que o moderno Direito Penal se converteu na primeira forma de solução das questões sociais, sendo que os problemas da sociedade de riscos deveriam ser naturalmente solucionados com o Direito de Polícia pelo Direito Administrativo sancionador, ao qual pertencem em verdade os tipos de perigo abstrato. O Direito Penal não deveria se ocupar com essas questões. [218]

---

215 DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a sociedade industrial e a sociedade de risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, fasc. 33, p. 39-65, jan-mar.2001. p. 45.

216 SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. Op.Cit., p. 144.

217 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato:* crimes de perigo abstrato: direito penal da sociedade de risco, princípio da precaução, evolução dogmática dos crimes de perigo, imputação objetiva e perigo abstrato, direito penal e gestão de risco. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. pp. 196 e 205.

218 GARCIA MARTÍN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Tradução: Érica Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 99.

> Na tradição liberal garantista, o conceito de bem jurídico desempenha uma função crítica com sentido descriminalizador, enquanto no Direito penal moderno, segundo o exposto pela crítica, o conceito de bem jurídico desempenharia uma função oposta com sentido completamente criminalizador.[219]

Entretanto o próprio Pierpaolo Cruz Bottini, estudioso do tema que muito colaborou com a presente pesquisa, posiciona-se pela incompatibilidade do Direito Penal da precaução com os princípios de um Estado Democrático de Direito. Ele entende que ao agir de maneira simbólica pela mitigação de riscos, o Direito Penal atua em searas que não lhe seriam próprias e prevê penas que na maioria dos casos são desconsideradas, gerando insegurança na população e enfraquecendo o Direito Penal.[220]

Obviamente que a conclusão em destaque encontra críticas tanto por violação à democracia, ao Estado de Direito, como à legalidade. Mas um direito que sequer tem cumprido sua finalidade de proporcionar segurança à sociedade, conforme proposto, confirma a função meramente simbólica do Direito Penal[221] - o que independe da compreensão de violação, ou não, a algum princípio fundamental do Direito Penal para a legitima aceitação dos crimes de perigo abstrato. Aliás, razão possuem os estudiosos que buscam novas formas de punição para uma criminalidade inalcançável até o momento.

Apesar dos desafios envolvidos na presente temática, onde os autores que melhor esclarecem o assunto muitas vezes concluem sua pesquisa de maneira desfavorável à existência dos crimes de perigo abstrato, essa pesquisa segue firme na perspectiva de que mudanças ocorrem e ainda irão ocorrer de maneira favorável aos delitos de perigo abstrato. Inclusive a análise de cada princípio considerado transgredido por tais normas foram analisados e apresentados sem qualquer violação – o que contribui ainda mais com a fundamentação do tópico seguinte que reforça a legitimidade desses crimes.

2.4. Legitimidade dos crimes de perigo abstrato

Abrangido dentre as transformações do Direito Penal contemporâneo na sociedade de risco, o crime de perigo abstrato apresenta-se como passível de ser aplicado em um

219 Ibidem, p. 103.

220 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato:* crimes de perigo abstrato: direito penal da sociedade de risco, princípio da precaução, evolução dogmática dos crimes de perigo, imputação objetiva e perigo abstrato, direito penal e gestão de risco. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 219.

221 GARCIA MARTÍN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Tradução: Érica Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 104.

Estado Democrático de Direito, porquanto observa princípios constitucionais e busca defender interesses relevantes à vida em sociedade.

Fala-se muito em legitimidade de um termo, órgão, instituição ou pessoa que represente outros envolvidos que estejam na mesma linha de raciocínio. Com o tipo penal, a partir do momento em que se demonstra observância aos princípios constitucionais e com capacidade de ação diante das novas dificuldades da sociedade de risco, sua aceitação passa a ser interessante.

A palavra legitimidade designa o que está revestido pelas formalidades da lei, em obediência às exigências legais e satisfazendo todas as exigências nesse sentido. Algo reconhecido como legítimo possui a qualidade necessária para ser reconhecido como válido para todos os cidadãos e todas as autoridades.[222]

Partindo dessa compreensão não parece ter sentido a corrente que se opõe à legitimidade dos crimes de perigo abstrato, porquanto promulgados conforme o processo legislativo e com aplicação prática que respeita todos os princípios constitucionais relacionados ao conteúdo.

Viver em comunidade, onde os anseios são tão variados e a produção em larga escala tão diversificada e indiferente ao ser individual, que o Estado precisa ser capaz de utilizar-se de um meio considerado legal e legítimo em prol de tantos interesses difusos dispersos pela coletividade, em especial de consumidores.

Nesse sentido, na busca por considerar se os delitos de perigo abstrato são legítimos ou não, primordial observar que o enfoque inicial do Direito Penal moderno é a dignidade da pessoa humana, com respeito a seus direitos fundamentais inerentes ao Estado Democrático de Direito.[223]

É exatamente essa constatação da necessidade de manutenção de um Estado Democrático de Direito que se nota ainda mais clara a legitimidade dos crimes de perigo abstrato, pois a abstração a que se referem servem como fundamento à preservação das garantias constitucionais, ademais quando se percebe que os bens jurídicos tutelados refletem os interesses de uma coletividade.

Diferente do Direito Penal clássico, que tem como referência o homicídio contra um indivíduo, o Direito Penal da globalização parte da criminalidade organizada em grande escala (tráfico de crianças, mulheres e escravos, terrorismo, delinquência

222 SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 825.

223 SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 24.

econômica etc). E a existência de ilícitos diferenciados implica em uma flexibilização dos princípios, que também devem observar essa tendência de expansão.[224]

A constitucionalidade da forma do injusto dos tipos de perigo abstrato encontra duas frentes opostas de pensamento, uma favorável e outra contrária a esse modelo apresentado. E analisar a compatibilidade com a ordem constitucional significa não cercear os direitos e liberdades ali previstos, além de ter a consciência de que nem tudo estará expressamente previsto, nem tem essa necessidade.[225]

Observa-se que, se a intervenção penal é justificada na tutela de bens jurídicos fundamentais à convivência social, a compreensão da teoria do bem jurídico é de enorme importância para a atuação da tutela penal. Como o homem vive em função de valores, a análise será em qual deles merece a proteção penal naquele momento histórico.[226]

A título de exemplificação, caso não existisse qualquer menção à proteção do meio ambiente na Carta Magna, essa preocupação já seria imaginada, tendo em vista que se trata de uma questão necessária à sobrevivência humana.[227]

Significa que seria perceptível a necessidade de proteção ao meio ambiente diante de tantas fontes perecíveis e situações degradantes em que a sociedade se encontra. E denota, da mesma forma, que as novas relações sociais, com mecanismos adiantados em tecnologia antes impensada, denotam uma obrigação do Estado de agir em busca de proteção desse mercado completamente manipulador.

O Direito Penal contemporâneo deve refletir uma intervenção penal que ocorre segundo um modelo de Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, as leis, para serem válidas, além de observarem as formas e procedimentos de sua elaboração, devem respeitar aos princípios constitucionais.[228]

Antes de qualquer conclusão quanto à constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, necessário passá-los pelo crivo de dois princípios: princípio da ofensividade (ou *nullum crimen sine iniuria*) e o princípio da dignidade da pessoa humana. Em seguida, dado o caráter minimalista do Direito Penal em um Estado social e democrático de

224 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 114.

225 SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 84.

226 Ibidem, pp. 36-37.

227 Ibidem, p. 86.

228 SUXBERGER, Antônio Henrique. *Legitimidade da intervenção penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 26.

direito, repensar se o tipo não poderia ser punido apenas pelo direito administrativo.[229]

Nesse raciocínio, posicionamento contrário à prescrição dos crimes de perigo abstrato assevera que a conduta criminalizada abstratamente pode levar à condenação de alguém que realizou uma conduta, sem colocar em perigo o bem protegido. Criminalizar a mera conduta do agente, sem levar em conta a probabilidade da ocorrência do dano, permitiria a punição de quem esteve longe de colocar em perigo o bem protegido, o que não justificaria a intervenção penal e sequer deveria ser objeto do Direito Penal.[230]

Zaffaroni entende que o perigo abstrato seria uma mera possibilidade e afirma que "não há tipos de perigo concreto e de perigo abstrato – ao menos em sentido estrito –, mas apenas tipos em que se exige a prova efetiva do perigo submetido ao bem jurídico, enquanto noutros há uma inversão do ônus da prova"[231]. O autor entende que seria uma mera classificação processual, sem maior relevância penal, ignorando os créditos próprios de tão importante tipo penal.

Já Jorge de Figueiredo Dias assevera que são improcedentes as afirmações contrárias à legitimidade e constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato porque a antecipação da proteção é necessária ao amparo dos bens existentes e, assim, legitima o preceito no Estado de Direito. A ideia se aproximaria das prescrições dos crimes de perigo concreto punidos pela tentativa. Sempre uma justificativa de tutela dos bens jurídicos existentes.[232]

Por derradeiro, verifica-se a necessidade de aceitação da legitimidade e constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, com novos critérios do ilícito penal que não enfraqueçam a relação ação e bem jurídico, sem barrar os princípios tradicionais, feitos em observação ao bem jurídico individual, sejam também utilizados quando possível com relação aos bens jurídicos coletivos. [233]

Destarte, a intensificação dos delitos de "perigo abstrato" demonstram que os Tribunais precisam se preparar para a proteção da sociedade diante dos novos crimes, onde um exemplo que até pode vir a acontecer no Brasil são os atentados terroristas

229 BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 71.

230 Ibidem, p. 72.

231 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro:* parte geral. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, *volume I*. p. 488.

232 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral:* tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais. Portugal: Coimbra, 2007. p. 134.

233 DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a sociedade industrial e a sociedade de risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, fasc. 33, p. 39-65, jan-mar.2001. p. 61.

que sequer estão positivados no ordenamento jurídico. Portanto, a política criminal deve atender às necessidades do seu tempo.[234]

Como os crimes de perigo abstrato são apresentados como a melhor saída para os desafios criminais da sociedade de risco e, como eles já são uma realidade não apenas doutrinária, mas também jurisprudencial nos tribunais brasileiros, não há justificativa que subsista à tese de ilegitimidade desses delitos.

Seja por política criminal, seja por perfeito enquadramento legal, seja por opção legislativa, tudo são formas diferenciadas que não impedem a visualização do reconhecimento do perigo abstrato como uma realidade. A legitimidade já foi reconhecida pelo STJ, tribunal com competência para uniformizar a interpretação e aplicação das leis infraconstitucionais.

A título de exemplo confira-se sobre os crimes dos artigos 14 e 16, ambos da Lei n. 10.826/2003, que fala da posse irregular de munição de uso permitido. São reconhecidos como de perigo abstrato, que dispensam a lesividade concreta da conduta, porquanto o objeto jurídico tutelado não é a incolumidade física e sim a segurança pública e a paz social, colocadas em risco com a posse de munição, ainda que desacompanhada de arma de fogo. Entende o STJ, de tal modo, que a comprovação do potencial ofensivo do artefato dispensa comprovação por laudo pericial.[235]

Outro exemplo em que a Corte Superior reconhece a legitimidade do crime de perigo abstrato é na polêmica em torno do delito previsto no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro. O entendimento é como crime de perigo abstrato em que é suficiente que o condutor do veículo esteja com a capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou outra substância entorpecente, dispensando-se a

234 HASSEMER, Winfried. Defesa contra o perigo pelo direito penal – uma resposta para as atuais necessidades de segurança?. *Revista de Estudos Criminais*, Ano XII, nº. 55, pp. 29-42, Out.-Dez/2014. p. 33.

235 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Penal. Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Inadequação. Art. 14 da Lei n. 10.826/2003. Posse irregular de munição de uso permitido. Absolvição. Excepcionalidade na via eleita. Crime de perigo abstrato. Atipicidade material da conduta evidenciada. Uma munição apreendida. Ausência de dispositivo de disparo. Writ não conhecido. Ordem concedida de ofício. [...] 3. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça aponta que os crimes previstos no art. 14 e 16 da Lei n. 10.826/2003 são de perigo abstrato, sendo desnecessário perquirir sobre a lesividade concreta da conduta, porquanto o objeto jurídico tutelado não é a incolumidade física e sim a segurança pública e a paz social, colocadas em risco com a posse de munição, ainda que desacompanhada de arma de fogo, revelando-se despicienda a comprovação do potencial ofensivo do artefato através de laudo pericial. Por esses motivos, via de regra, inaplicável, nos termos da jurisprudência desta Corte, o princípio da insignificância aos crimes de posse e de porte de arma de fogo ou munição, sendo irrelevante inquirir a quantidade de munição apreendida. [...] 6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para absolver o paciente do crime do art. 14 da Lei n. 10.826/2003. *HC 428.181/RS*. Quinta Turma. Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Paciente: Ederson Stolz da Rosa. Relator Ministro Ribeiro Dantas. Brasília, 20 de março de 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201703193949&dt_publicacao=26/03/2018>. Acesso em: 06 maio 2018.

demonstração da potencialidade lesiva da conduta.[236]

São exemplos que amparam a legitimidade dos crimes de perigo abstrato e sustentam uma condenação criminal independentemente da comprovação de situação que tenha colocado em risco o bem jurídico tutelado. Ou seja, não se exige a prova de perigo real, que é presumido pela norma.

As situações que demandam a tipificação de condutas por meio dos tipos de perigo abstrato, conforme visto, além de perturbarem a ordem pública, lesionam direitos e interesses coletivos, difusos, colocando em risco a segurança de várias pessoas e por isso justificam a presunção de ofensa ao bem jurídico, como parece ser o caso do crime contra as relações de consumo de inserir no mercado produtos em condições impróprias, que será melhor analisado a seguir.

236 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Penal. Agravo regimental nos embargos de declaração no habeas corpus. Artigos 306, § 1º e 311 do CTB. Nulidade da ação penal. Desconsideração de depoimentos de testemunhas da defesa. Falsidade do laudo de constatação de alteração de sinais psicomotores. Violação à súmula 11/STF. Supressão de instância. Inépcia da denúncia. Superveniência da sentença condenatória. Prejudicialidade. Artigo 306. Crime de perigo abstrato. Teste alveolar ou sanguíneo. Desnecessidade. Crime praticado após a lei n. 12.760/2012. Declarações de policiais. Validade. Artigo 311 do ctb. Comprovação de perigo à vida de pessoas. Prescindibilidade. Segurança do trânsito. Crimes de perigo. Constitucionalidade. Agravo regimental desprovido. [...] 3. O delito previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro é de perigo abstrato, sendo suficiente para a sua caracterização que o condutor do veículo esteja com a capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou outra substância entorpecente, dispensada a demonstração da potencialidade lesiva da conduta. 4.Após a vigência da Lei n. 12.760/12, a comprovação do delito do artigo 306 da Lei n. 9.503/97 pode ocorrer por qualquer meio de prova em Direito admitido, sendo prescindível a realização dos testes alveolar ou sanguíneo. No caso, o crime ocorrera em 10/8/2014, restando a comprovação quanto a estar o agravante dirigindo veículo automotor com a capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool, atestada pelo Termo de Constatação de Sinais de alteração da capacidade psicomotora, o qual indicou que o réu não estava sóbrio, encontrando-se com os olhos avermelhados, possuindo desordem nas vestes, odor de álcool no hálito, atitude arrogante, exaltado, irônico, dispersivo e falante, características, igualmente, constatadas pelos depoimentos dos policiais encarregados de sua prisão (e-STJ fls. 106/107). 5. "É válido e revestido de eficácia probatória o testemunho prestado por policiais envolvidos com a ação investigativa, mormente quando em harmonia com as demais provas e confirmado em juízo, sob a garantia do contraditório" (AgRg no AREsp 366.258/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJe 27/03/2014). 6. O crime previsto no artigo 311 do CTB não exige para sua configuração dano efetivo a outras pessoas por ser o perigo presumido por lei, haja vista a proteção da segurança do trânsito, sendo suficiente que reste comprovado estar o condutor trafegando em velocidade incompatível com a segurança nas proximidades de escolas, hospitais, estações de embarque e desembarque de passageiros, logradouros estreitos, ou onde haja grande movimentação ou concentração de pessoas, gerando perigo de dano. [...] 9. Agravo regimental a que se nega provimento. *AgRg nos EDcl no HC 354.810/PB*. Quinta Turma. Agravante: Thiago Bandeira Dionisio da Silva. Agravado: Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 17 de outubro de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201601099592&dt_publicacao=23/10/2017>. Acesso em: 06 maio 2018.

Capítulo 3. O tipo penal do art. 7º, inciso IX, da Lei n. 8.137/1990: Suas hipóteses e os meios de prova

Os crimes contra as relações de consumo foram elencados na Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) e na Lei n. 8.137/1990, que trata também esta última dos crimes contra a ordem tributária e econômica.

O intuito seria a interpretação harmônica e dialogável entre as normas legalmente justificada pelo art. 61 do CDC que prevê que "Constituem crimes contra as relações de consumo previstas neste código, sem prejuízo do disposto no Código Penal e leis especiais, as condutas tipificadas nos artigos seguintes"[237]. Portanto o CDC destaca a possibilidade de outras leis também tratarem de crimes contra as relações de consumo.

O Código de Defesa do Consumidor foi publicado em 11 de setembro de 1990, com *vacacio legis* de cento e oitenta dias, e a Lei n. 8.137/1990 teve sua eficácia a partir da publicação em 27 de dezembro de 1990. Ou seja, em que pese o CDC ser anterior à Lei n. 8.137/1990, a data de início de sua vigência é posterior. Destaca-se que a proximidade temporal não impediu a publicação das normas com idêntico capítulo "crimes contra as relações de consumo".

Os crimes contra as relações de consumo previstos na Lei n. 8.137/1990 estão contidos no artigo 7º e têm como bem jurídico os interesses econômicos e sociais do consumidor, além de tutelar a vida, a saúde, o patrimônio e o mercado. Possuem como sujeito ativo o fornecedor, incluindo toda pessoa física envolvida na cadeia produtiva, e como sujeito passivo a coletividade de consumidores.[238]

Apesar de se considerar que diversas leis possam influenciar direitos do consumidor[239], o fato de o legislador optar pela tutela do mesmo bem jurídico por

237 BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 19 mar. 2014.

238 PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 138.

239 Em tais situações deverão as normas ser analisadas primeiramente sob o âmbito constitucional, em observância aos preceitos da carta magna, e, em seguida, sua compatibilidade à lei de proteção ao consumidor, que é o Código de Defesa do Consumidor, de acordo com o princípio da especialidade. Não adentraremos na discussão quanto à hierarquia de normas e possibilidade de revogação tácita, por não ser objeto do presente estudo. O importante é a compreensão de que a CF/88 e o CDC sempre serão observados na proteção do consumidor. Encontramos inclusive posicionamentos de que ocorreu a revogação integral do art. 7º da Lei 8.137/90 quando a Lei 8.078/90 entrou em vigor (Alexandre Wunderlich, que retrata também a opinião de Miguel Reale Jr.),

duas legislações distintas gera questionamentos sobre a necessidade de regulamentação em duplicidade, dificulta a atividade do jurisdicionado na aplicação ao caso concreto e demonstra falta de didática na abordagem da matéria – ademais quando verificamos que já havia determinação no ADCT de elaboração do CDC.

Confira-se, a propósito, crítica no tocante à publicação das duas normas com assunto idêntico em um mesmo espaço de tempo (mesmo período):

> Talvez este seja o exemplo mais claro da incompetência do Poder Legislativo a partir da ausência de seriedade com que, às vezes, produz a legislação penal no país. É inadmissível o que se produziu em relação à tutela penal das relações de consumo. Da mesma fonte provém uma lei que se sobrepõe à outra, sem qualquer técnica legislativa, sem clara determinação de política criminal, formando, com isso, um cipoal de tipos incompatíveis entre si, uma vez que disciplinam a mesma matéria, porém utilizam conceitos juridicamente diversos – consumidor, cliente e freguês.[240]

Existe uma euforia na publicação de leis no Brasil principalmente no que tange à codificação penal que já pode ser verificada na tutela das relações de consumo. Buscam soluções emergenciais pela matéria criminal onde a aplicação ao caso concreto deve estar atenta aos limites de um Direito Penal democrático. Apesar de existirem previsões penais contra as relações de consumo em duas normas, é o Código de Defesa do Consumidor que direciona as demais normas como um banco de dados normativos, pois é o CDC que explicita os conceitos de fornecedor e consumidor, dentre outros.[241]

O importante é compreender que a aplicação e abrangência do CDC e da Lei n. 8.137/1990 deve ser entendida de forma conjunta, buscando-se sempre a harmonia e o diálogo das fontes legais, sob pena de serem supridos direitos e inobservadas previsões específicas.

Quando se fala em crime contra as relações de consumo já se sabe ser o assunto de questões mais graves a fazer necessária a intervenção do Direito Penal para a solução da questão. No caso, se entendeu como indispensável a incidência do Direito Penal para inibição de situações prejudiciais às relações de consumo.

Esse ingresso do Direito Penal na seara do Direito do Consumidor é, conforme dito, pela verificação da necessidade de maior rigor nas demandas descritas nos tipos

---

opinião da qual divergimos e que sequer é mencionada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, apesar de destacarmos a desnecessidade da tratativa do tema em duas leis.

240 WUNDERLICH, Alexandre. Sobre a tutela penal das relações de consumo: da exegese da Lei nº 8.078/90 à Lei 8.137/90 e as consequências dos "tropeços do legislador". *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 53, n. 336, p. 77-98, out. 2005. p. 82.

241 Ibidem, pp. 77-97.

penais, mas também possui relação direta com os esclarecimentos do primeiro capítulo sobre o descrédito das outras instâncias de proteção.

O Direito Penal do Consumidor se tornou uma necessidade acima de tudo em razão da ineficácia do controle fiscalizatório e mesmo punitivo do Direito Administrativo e do Direito Civil. As ações administrativas se mostram cada vez menos eficientes na organização e regulação de condutas que possam expor os consumidores a tantos riscos como na atual sociedade de risco.

No Direito Penal vigora o princípio da intervenção mínima ou *ultima ratio* em que só se legitima a criminalização de uma conduta quando for efetivamente necessária à proteção do bem jurídico tutelado. O Direito Penal, dessa forma, não irá incidir quando forem suficientes medidas administrativas ou civis para inibição. Por isso ele é a *ultima ratio* e só atuará na incapacidade dos demais ramos do direito, com uma feição subsidiária. [242]

O bem jurídico, relação de consumo está inserido na ordem econômica que inclui o mercado de consumo. A regulamentação da relação de consumo seria a tutela macrossocial que está ligada ao bem jurídico microssocial que é o consumidor. O Estado protege os bens jurídicos difusos ou coletivos e, de forma automática, os interesses individuais e particulares. A relação de consumo apresenta tanto o interesse de proteger a coletividade de consumidores como o consumidor em particular. [243]

Verifica-se daí que a incidência da norma de previsão de crimes contra as relações de consumo irá atuar independentemente do número de consumidores lesados, mesmo que se trate apenas de uma pessoa. Até mesmo porque é através do controle e punição do micro é que se torna possível alcançar o sucesso no macro.

Conforme melhor entendimento, os sujeitos ativos e passivos nos crimes contra as relações de consumo tutelados pelo CDC e pela Lei n. 8.137/1990 vão além dos parâmetros entre consumidor e fornecedor. Muitos tipos inclusive não fazem menção aos conceitos de fornecedor ou consumidor, dando a compreensão de que as mais diversas pessoas podem estar envolvidas na descrição das condutas, com o detalhe, é claro, de que a sanção incidirá sobre uma pessoa física em nome da qual a atividade da pessoa jurídica é desenvolvida.[244]

---

242 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral.* 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 54.

243 WUNDERLICH, Alexandre. Sobre a tutela penal das relações de consumo: da exegese da Lei nº 8.078/90 à Lei 8.137/90 e as consequências dos "tropeços do legislador". *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 53, n. 336, p. 77-98, out. 2005. p. 88.

244 BESSA, Leonardo Roscoe; BENJAMIN, Antônio Herman V., MARQUES, Claudia Lima. *Manual do*

Isso quer dizer que as demandas da legislação que criminalizam condutas contra as relações de consumo almejam uma proteção a um nível até mesmo mundial, onde nas relações massificadas nem sempre estão presentes apenas consumidor e fornecedor, ou estes com o fabricante etc, mas envolvem terceiros desinteressados que podem ser consumidores equiparados uns mesmo outros responsáveis por prejuízos às pessoas que poderão ser responsabilizados penalmente como se fornecedores.

A amplitude das tipificações tem uma relação direta com as condutas do Direito Penal contemporâneo e por isso é indispensável a bagagem fornecida pelo primeiro capítulo. Será a partir do entendimento do que é o Direito Penal da Sociedade de risco que a classificação de um tipo penal atual poderá ser bem estudada.

Compreender o movimento expansionista penal nas questões da sociedade de risco e diferenciar os movimentos existentes é o que auxiliará na fundamentação das características da criminalidade atual, no posicionamento quanto à flexibilização das garantias e no discernimento sobre os tipos que buscam agir anteriormente à existência do perigo.

A característica protecionista do Direito do Consumidor está diretamente relacionada com a preservação das garantias de um Estado Democrático de Direito. É uma norma com foco na proteção da coletividade que pensa nas gerações futuras e tutela interesses difusos que nem sempre são palpáveis – por isso a dificuldade na exigência de resultados concretos para a punição de uma conduta.

O Direito Penal Moderno e, na mesma linha, o Direito Penal do Consumidor, se abrem à atuação do Direito Penal com base nesses argumentos protecionistas e preventivos não apenas pela seriedade das demandas. Mas porque a rapidez das alterações sociais e relações de consumo não têm sido acompanhada pelo Direito Administrativo e o Direito Civil, demonstrando que a ineficiência da Administração Pública contribui para o fenômeno da administrativização do Direito Penal.

O ingresso do Direito Penal em searas antes desconhecidas pela matéria faz com que seja necessária uma adaptação às novas realidades. Não se debate mais sobre um crime que envolve autor, vítima e um dano comprovado, mas sobre relações bem mais amplas e complexas que o Direito Penal Tradicional não conseguiria agir com eficiência no controle dessas novas realidades.

Identifica-se, assim, a criação de um novo tipo penal com a denominação de "crimes de perigo abstrato", porquanto diante de relações abstratas e difusas, sem exigência de

direito do consumidor. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 483.

dano concreto, uma vez que a falta de atuação do tipo penal é que geraria sérios danos às gerações futuras.

A gestão dos riscos deve ser assumida pelo Estado de modo relevante e, para o sucesso desse objetivo, o legislador recorre aos crimes de perigo abstrato para auxiliar no controle e prevenção dos delitos, por meio do denominado "Direito penal do risco", que é o Direito Penal Moderno característico da sociedade de riscos.[245]

Os crimes de perigo abstrato são guiados pelo princípio da precaução, muito estudado no Direito Ambiental, cuja seara é um exemplo claro de onde a atuação prévia é indispensável à preservação das fontes naturais e do meio ambiente equilibrado.

Na verdade, a complexidade das relações e o envolvimento entre todas as searas tem sido tamanha que nem sempre é possível individualizar completamente uma disciplina da outra. O Direito Penal passa a atuar em áreas antes restritas ao Direito Administrativo, assim como o Direito do Consumidor passa a ter relação com as questões de Direito Ambiental, ao entendimento de que os riscos das relações de consumo têm direta relação com o meio ambiente equilibrado.

Apesar dos desafios envolvidos e das oposições ao crime de perigo abstrato, doutrina e jurisprudência avançam no desenho desse tipo penal que se apresenta necessário à contenção de uma criminalidade nem sempre palpável.

A doutrina segue aprofundando seus estudos sobre o crime de perigo abstrato, suas características de consumação independentemente da existência de resultados, de um perigo presumido, mas onde a imputação penal incide na punição do comportamento.

Para a jurisprudência ainda parece ser difícil uma punição penal em que confirmam a desnecessidade de se perquirir a lesividade concreta da conduta, como a espécie de inserir no mercado produto em condições impróprias ao consumo. Mas alguns outros casos já são pacificamente aceitos e confirmados pelo Superior Tribunal de Justiça – como os exemplos da posse irregular de munição de uso permitido e o de conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa, apontados no capítulo anterior ao explicitar no tocante à legitimidade dos crimes de perigo abstrato.

Tudo passa a ideia de que os crimes de perigo abstrato, além serem tidos como o tipo penal da atualidade, demonstram alguma relação com a ineficiência da atuação

245 GARCIA MARTÍN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Tradução: Érica Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 48.

Estatal fiscalizatória ou mesmo da disciplina do Direito Administrativo. Poder-se-ia questionar até quanto a uma confiança cega ou ilusória de que a fiscalização existente será capaz de fornecer todos os subsídios necessários à tipificação da conduta – ilusório no caso da alcoolemia na condução de veículo automotor e até no caso da aferição da impropriedade dos produtos ao consumo. Ou seja, não se pode esperar dos órgãos administrativos e policiais uma investigação e comprovação técnica além do que é possível alcançar na prática.

Daí ao alcance de uma uniformidade e ajuste da conduta penal à classificação como crime de perigo abstrato, onde não podem ser exigidas provas concretas de seu cometimento, significa que o entendimento merece ser observado e seguido pelos Tribunais – especialmente a Corte Superior, responsável pela uniformização de jurisprudência.

O STJ não pode se abster de uniformizar seu entendimento sobre um crime de perigo abstrato com base em preceitos processuais penais tradicionais que são retrógados ao caso concreto (como a exigência de perícia para um crime definido como de perigo abstrato). Ao tipo penal da modernidade devem ser utilizados os preceitos de um direito material e processual do risco, com fundamentos adequados à nova realidade, mas de toda forma legítimos ao que se espera de um Estado Democrático de Direito.

O tipo penal do artigo 7º, inciso IX, da Lei n. 8.137/1990 está carente de uma visualização baseada no Direito Penal da sociedade de risco, com amparo para a dispensa da prova pericial no geral ou mesmo que seja em algumas situações específicas. Mas fato é que a discussão não pode ser encerrada com julgados contraditórios e sem aprofundamento sobre o tema.

O basilar das normas que envolvem proteção do consumidor é agir para que os produtos disponíveis no mercado estejam em perfeitas condições de consumo, sem expor nenhuma pessoa a riscos de saúde ou mesmo à segurança, obviamente com a exceção daqueles onde o risco é conhecido em razão da natureza e forma de utilização já informados pelos fornecedores em observância ao princípio da transparência que orienta as relações de consumo.[246]

Por derradeiro é preciso envolver o delito do artigo 7º, inciso IX, da Lei n. 8.137/1990 nas questões da sociedade de riscos para o perfeito enquadramento legal do crime e o reconhecimento do meio de prova mais adequado ao cometimento das condutas

246 BIZAWU, Kiwonghi; LOPES, André Luiz. Manipulação genética e organismos geneticamente modificados à luz do direito à informação do consumidor. *Revista Thesis Juris*, São Paulo, v.3, n.1, pp. 166-190, jan./jun.2014. p. 184.

descritas. Para tanto, além de apresentar o crime em espécie, será aprofundado o estudo dos meios de prova legalmente existentes no processo penal brasileiro, as hipóteses legais da impropriedade dos produtos e a relação de tudo isso com o expansionismo penal, a ponto de ser escolhida a melhor corrente aplicada ao presente delito dentre as três propostas do primeiro capítulo.

3.1. O crime de entregar mercadoria em condições impróprias ao consumo da Lei n. 8.137/1990, art. 7º, inciso IX

Inicialmente falou-se em tipificação de condutas no Direito Penal contemporâneo, as mudanças com o expansionismo penal e a maneira com que os crimes de perigo abstrato vêm ganhando espaço nas normas atuais, além de auxiliarem na compreensão do contexto em que o legislador prescreveu o tipo penal de disponibilizar aos consumidores produtos em condições impróprias ao consumo.

O art. 7º, inciso IX, da Lei n. 8.137/1990 é a restauração de um artigo vetado do Código de Defesa do Consumidor. O artigo 62 do CDC, que falava sobre "colocar no mercado, fornecer ou expor para fornecimento produtos ou serviços impróprios"[247] foi vetado[248] com fundamento no princípio da reserva legal, por ser a previsão aberta e dependente de descrição da conduta delituosa. [249]

No entanto o art. 7º, inciso IX e parágrafo único, da Lei n. 8.137/1990 foi publicado prevendo que constituiria crime contra as relações de consumo vender, ter de qualquer forma ou expor à venda matéria-prima ou mercadoria em condições impróprias ao consumo.[250]

247 Artigo vetado: "Art. 62 - Colocar no mercado, fornecer ou expor para fornecimento produtos ou serviços **impróprios**. Pena - Detenção de seis meses a dois anos e multa. § 1º - Se o crime é culposo: Pena - Detenção de três meses a um ano ou multa. § 2º - As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à lesão corporal e à morte." Grifo nosso.

248 Justificativa do veto: "Em se tratando de norma penal, é necessário que a descrição da conduta vedada seja precisa e determinada. Assim, o dispositivo afronta a garantia estabelecida no art. 5º, XXXIX, da Constituição." Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/ anterior_98/vep664-L8078-90.htm#art62>. Acesso em: 18 mar. 2014.

249 RODRIGUES, Eliane de Andrade. Crimes contra as relações de consumo: uma consequência da falta de fiscalização do Poder Público sob a análise do código de defesa do consumidor e da lei 8.137/90. *Pensar: Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 14, n. 1, p. 27-41, janeiro/junho, 2009. p. 37.

250 Art. 7° Constitui crime contra as relações de consumo: [...] IX - vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, **em condições impróprias ao consumo**;
Pena - detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.
Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II, III e IX pune-se a modalidade culposa, reduzindo-se a pena e a detenção de 1/3 (um terço) ou a de multa à quinta parte.

A expressão "produtos ou serviços impróprios" foi mantida na Lei n. 8.137/1990 como "em condições impróprias ao consumo", pouco alterando o sentido da norma que não justificasse novo veto ao artigo, pois a norma continuaria, em tese, dependente de normatização, de descrição da conduta delituosa.

Porém se diz "em tese" poderia ter sido vetada. Mas por que "em tese" e qual o motivo do artigo não ter sido novamente vetado? Porque na publicação da Lei n. 8.137/1990 já estava em vigência o Código de Defesa do Consumidor que, entendeu o legislador, descreveria a conduta delituosa de "condições impróprias ao consumo" no art. 18, §6º incisos I, II e III.[251]

A norma assevera que os fornecedores respondem solidariamente pelos vícios dos produtos que os tornem impróprios ao consumo e pelas informações díspares da embalagem ou rótulo, podendo o consumidor exigir a troca do produto.

Elenca, ainda, três casos de produtos impróprios ao uso ou consumo, que é quando o prazo de validade já se esgotou (I), quando estiverem deteriorados, fraudados ou em desacordo com as normas regulamentares (II), ou quando se revelarem inadequados ao fim a que se destinam (III).

Deste modo a expressão "condições impróprias ao consumo" estaria de acordo com o princípio da reserva legal. É que a tipificação do artigo 7º, inciso IX, da Lei n. 8.137/1990 é uma norma penal em branco, uma vez que matéria-prima ou mercadoria imprópria ao consumo encontra-se mencionada no Código de Defesa do Consumidor (art. 18, §6º do CDC), numa enumeração que não é taxativa. O que a matéria-prima precisa é encontrar-se em condições impróprias ou inadequadas ao consumo habitual. É possível a modalidade culposa para esse crime, sendo que a tentativa será admitida nos casos de vender e entregar.[252]

As normas do Código de Defesa do Consumidor são de ordem pública, de interesse

---

251 Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.
[...]
§ 6° **São impróprios ao uso e consumo**:
I - os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos;
II - os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação;
III - os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam.

252 PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.148.

social e atuam nos âmbitos administrativo, civil e criminal. A previsão criminal com descrição de quando os produtos serão impróprios ao consumo completam diretamente o crime previsto no art. 7º, inciso IX, da Lei n. 8.137/1990.

Trata-se de uma conduta delitiva a ser caracterizada como crime de forma livre, instantâneo em "vender e entregar" e permanente no "ter em depósito ou expor à venda", comissivo e formal, que independeria do efetivo prejuízo ao consumidor (apesar da jurisprudencial exigir laudo do prejuízo à saúde, de perigo abstrato, que admite tentativa, sendo ainda norma penal em branco porque é complementada pelo CDC quanto às condições impróprias ao consumo.[253]

A comprovação das condições impróprias ao consumo do produto têm sido o motivo de maior discórdia na aplicação prática do tipo que, por ter sido considerado desde sua publicação como de perigo abstrato, que dispensariam a prova do dano. No entanto a Corte Superior, que fixa os parâmetros jurisprudenciais de questões infraconstitucionais, tem alterado seu posicionamento e contribuído para a ineficácia prática da legislação em referência.

A polêmica jurisprudencial gira em torno da necessidade de laudo pericial para a comprovação da condição imprópria ao consumo e possível lesividade ao consumidor. De um lado, afirmam que a impropriedade ao consumo apenas poderá ser comprovada por meio de laudo pericial, não sendo suficiente a denominação do CDC. De outro defendem ser o crime de perigo abstrato, que independe de perícia ou lesividade comprovada. [254]

Em acórdão do Recurso em *Habeas Corpus* de número 15.087 de São Paulo, julgado em 21/02/2006, o STJ posicionou-se pela dispensa de perícia se o produto se encontrar impróprio ao consumo com prazo de validade vencido. Destacou-se que o mero depósito ou exposição à venda de mercadoria vencida já configuraria, em tese, o delito do artigo 7º, inciso IX, da Lei n. 8.137/1990, porquanto de perigo abstrato ou presumido. [255]

---

253 BOSCH, Marcia Helena. *Crimes contra as relações de consumo*: uma teoria a partir da jurisprudência. 2016. 155 f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 102.

254 RODRIGUES, Eliane de Andrade. Crimes contra as relações de consumo: uma consequência da falta de fiscalização do Poder Público sob a análise do código de defesa do consumidor e da lei 8.137/90. *Pensar: Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 14, n. 1, pp. 27-41, janeiro/junho, 2009. p. 37.

255 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus. Crime contra as relações de consumo. Direito penal. Trancamento da ação penal. Ausência de justa causa. Inocorrência. Transação penal. Requisitos objetivos. Apreciação em sede de habeas corpus. Incabimento. Suspensão condicional do processo. Acusado que responde a outro processo. Ofensa ao princípio da presunção de inocência. Inexistência. Recurso improvido. 1. [...] 2. O mero depósito ou exposição à venda de "matéria-prima ou mercadoria" imprópria para o consumo, com prazo de validade vencido (cf. artigo 18, parágrafo 6º, da Lei nº 8.078/90), configura, em tese, o delito

O julgado entendeu como imprópria ao consumo para a tipificação do art. 7º, inciso IX, da Lei n. 8.137/90 o produto com seu prazo de validade vencido. Isso significa que o conteúdo da norma foi preenchido pelo inciso I, do art. 18, §6º, da Lei n. 8.078/1990 (CDC). Mas o julgado faz referência ao art. 18, §6º, do CDC de maneira geral, sem especificar o inciso. Ou seja, passa a convicção de que o entendimento da Corte seria pela dispensa da comprovação do risco de dano em todos os incisos que especificam o que são impróprios ao uso e consumo, seguindo o raciocínio que seria comum aos crimes de perigo abstrato.

A compreensão inicial para todas as condições impróprias ao consumo (previstas em lei, conforme transcrito anteriormente) era de que se tratava de crime formal, de perigo abstrato ou presumido, sendo desnecessária a comprovação da materialidade delitiva por meio de laudo pericial. Bastaria a constatação de que o produto se encontrava, nos termos da lei, impróprio ao consumo.

De tal modo, tudo parecia caminhar no sentido da aceitação e adaptação às mudanças que o Direito Penal moderno trouxe com o fortalecimento do tipo de perigo abstrato. O entendimento parecia, conforme verifica-se no STJ no Recurso Especial de número 1060917 do RS, pacífico e unânime, pois afirmavam ser desnecessária a comprovação da materialidade delitiva por meio de laudo pericial se existissem outros elementos que contribuam na formação da convicção do juiz. Destacavam, ainda, tratar-se de crime formal, de perigo abstrato.[256]

---

tipificado no artigo 7º, inciso IX, da Lei nº 8.137/90, que é de perigo abstrato ou presumido. Precedentes do STJ. [...] 4. Não é cabível o instituto da transação penal ao delito tipificado no artigo 7º, inciso IX, da Lei nº 8.137/90, que não é considerado como de menor potencial ofensivo, eis que a pena cominada é de 2 a 5 anos de reclusão. 5. Incabe suspensão condicional do processo, se responde o acusado a outra ação penal e a pena mínima cominada ao novo crime que lhe imputa o Ministério Público superior a um ano, como é da letra da norma inserta no artigo 89 da Lei 9.099/95. Precedentes do STJ e do STF. 6. [...] 7. Recurso improvido. *RHC 15.087/SP*. Sexta Turma. Recorrente: Sérgio Roberto De Niemeyer Salles. Paciente: José Carlos De Morais Japiassú. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Brasília, 21 de fevereiro de 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2236300&num_registro=200301774384&data=20070205&tipo=5&formato=PDF> Acesso em: 26 fev. 2018.

256 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Processual penal. Recurso especial. Crime contra a relação de consumo. Produto impróprio ao consumo. Perícia. Desnecessidade. Delito formal. Recurso conhecido e provido. 1. Consoante o entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça, a conduta do comerciante que vende ou expõe à venda produto impróprio ao consumo é suficiente para configurar o delito constante do art. 7º, inciso IX, da Lei 8.137/90, sendo desnecessária a comprovação da materialidade delitiva por meio de laudo pericial, desde que existam outros elementos de convicção a respeito, como no caso, mesmo porque se cuida de crime formal, de perigo abstrato. 2. Recurso conhecido e provido para, anulando o acórdão recorrido, determinar ao Juízo singular que proceda ao trâmite regular do feito, desde o recebimento da denúncia. *REsp 1060917/RS*. Quinta Turma. Recorrente: Ministério Público Do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: José Neri Greinert. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 19 de março de 2009. DJe 13/04/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/ documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4937204&num_registro=200801141162&data=20090413&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 18 fev. 2018.

O precedente entendeu que o juiz poderia firmar sua convicção com base em outros elementos de prova. No caso concreto, para constatar a impropriedade da carne apreendida, existia laudo técnico subscrito por médica veterinária da Secretaria Municipal da Agricultura (fl. 7), o qual consignou a inobservância das normas municipais e federais pertinentes (Lei Municipal n. 1.992/2004 e Lei Federal n. 7.889/1989) e apresentou fotografias que documentam o irregular armazenamento da carne.

No entanto essa decisão, assim como as mencionadas anteriormente, não é clara quanto ao complemento do art. 7º, inciso IX, da Lei 8.137/90 para a constatação da carne como imprópria ao consumo. Mas como o produto estava "em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação" verifica-se que a tipificação completa do delito depende da cominação do inciso II, do art. 18, §6º, da Lei n. 8.078/1990 (CDC).

Nesse sentido o Ministério Público tem fundamentado seus pedidos de condenação na teoria dos crimes de perigo abstrato, que não dependem de comprovação por meio de laudo, como no Recurso Especial 1050908/RS[257], em que alega que "o crime previsto no art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/90, é formal e de perigo abstrato, aperfeiçoando-se com a mera transgressão da norma incriminadora, dispensando realização de perícia para a comprovação da imprestabilidade material ou real do produto"[258] – tendo o *parquet,* no presente caso e na maioria das demandas a partir de então, tido seus recursos improvidos, uma vez que o STJ passou a entender ser necessária a realização de exame pericial.

Os pleitos do Ministério Público pelo reconhecimento das especificidades de um tipo de perigo abstrato eram julgados procedentes de acordo com o juízo anterior do Superior Tribunal de Justiça. Para a transgressão da norma seria dispensável a elaboração de laudo pericial por se tratar de crime de perigo presumido, ou seja, para a caracterização do art. 7.º, inciso IX, da Lei n. 8.137/90 bastaria o descumprimento

257 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Penal e processual criminal. Abatedouro clandestino. Art. 7º, inciso ix, da lei nº 8.137/90 e art. 18, § 6º, inciso ii, do código de defesa do consumidor. Necessidade de laudo pericial para a constatação da impropriedade da mercadoria. Recurso improvido. 1. Para a configuração do delito previsto no art. 7º, inciso IX, da Lei n.º 8.137/90, c/c art. 18, § 6º, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor, necessária a comprovação, mediante perícia, de que a mercadoria esteja inadequada ao consumo, não bastando, in casu, a mera presunção de sua impropriedade pelo fato do abate dos bovinos ter sido realizado em abatedouro clandestino. Precedente do Pretório Excelso. 2. Recurso improvido. *REsp 1050908/RS.* Quinta Turma. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Fabrício Gomes Degliuomeni. Relator: Ministro Jorge Mussi. Brasília, 21 de maio de 2009. DJe 03/08/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRe gistro&termo=200800876152&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 26 fev. 2018.

258 Argumento do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul na petição de recurso elaborada no Resp 1050908/RS, fls. 130 e 131 dos autos. Fl. 05 do acórdão. O recurso foi julgado improvido por ter o tribunal alterado seu entendimento.

da norma incriminadora, sendo desnecessária a existência de laudo atestando a impropriedade do produto para o consumo.

Ou seja, enquanto tudo parecia caminhar no contexto das condutas do Direito Penal contemporâneo da sociedade de risco, mudanças de entendimento da Corte Superior passam a ocorrer, suscitando dúvidas quanto à correta aplicação do tipo penal contra as relações de consumo de disponibilizar aos consumidores produtos em condições impróprias (um tipo penal próprio dos crimes de perigo abstrato) e a necessidade de prova pericial para sua comprovação.

Autores importantes da disciplina penal chegaram a manifestar-se de acordo com a dispensa de laudo pericial, sendo contrários à sua necessidade, por entender ser o crime de perigo abstrato, não apto a deixar vestígio. [259]

Exemplo de jurisprudência da Corte Superior, que inclusive tem referenciada em sua ementa o posicionamento da Suprema Corte no mesmo sentido, é o Recurso Especial 620.237/PR, julgado em 2004, que destacou para o caso especial dos produtos com prazo de validade vencido seria despicienda a verificação pericial após a apreensão do produto, porquanto o delito é de perigo presumido.[260]

Todavia no decorrer de 2009 as deliberações do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema começaram a tomar uma nova direção, com manifestações pela indispensabilidade da realização de perícia para a imputação do tipo em análise, como se o caso fosse de crime de perigo concreto, o que alterou por completo a posição vigente até o momento. [261]

---

259 É o caso de Guilherme de Souza Nucci que, em obra de 2011, fazendo referência a uma decisão de 2005, se manifesta de acordo com a dispensa de laudo pericial. Coloca-se contra a necessidade de laudo pericial por entender o crime como de perigo abstrato, não apto a deixar vestígio. Afirma o autor que "Especificamente no tocante ao delito do art. 7º, IX, da Lei 8.137/90, cuidando da matéria-prima ou mercadoria em condições impróprias ao consumo, a jurisprudência é dividida quanto à necessidade de realização do exame pericial. Cremos ter razão a posição do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de ser desnecessário o laudo, afinal, o crime é de perigo abstrato, não sendo apto a deixar vestígios" (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 386). Mas em que pese tratar-se de obra de 2011 verifica-se que entendimento do autor é referente às decisões anteriores a 2009. Em 2011, data de publicação da obra, o autor possivelmente já se manifestava de maneira contrária ao ora exposto, em harmonia com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (alterado em 2009).

260 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Penal e processual penal. Recurso especial. Art. 7º, inciso IX da Lei nº 8.137/90 e art. 18 § 6º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor. Exame pericial. Desnecessidade. A conduta do comerciante que expõe à venda a matéria-prima ou mercadoria, com o prazo de validade vencido, configura, em princípio, a figura típica do art. 7º, inciso IX da Lei nº 8.137/90 c/c o art. 18 § 6º da Lei nº 8.078/90, sendo despicienda, para tanto, a verificação pericial, após a apreensão do produto, de ser este último realmente impróprio para o consumo. O delito em questão é de perigo presumido. (Precedentes do STJ e do Pretório Excelso). Recurso provido. *RESP 620.237/PR*. Quinta turma. Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná. Recorrido: Arno Schuks. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, 21 de outubro de 2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?com ponente=ATC&sequencial=1488358&num_registro=200302362229&data=20041116&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 26 fev. 2018.

261 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Penal. Recurso Especial. ART. 7º, inciso IX da Lei Nº 8.137/90. Materialidade. Perícia. Necessidade. **Revendo orientação prevalente nesta Corte** (v.g., REsp

As decisões passam a considerar indispensável a realização de perícia para aferir a impropriedade do produto ao consumo, porquanto a nova visão é de que se trata de delito material[262] - entendimento que vem prevalecendo até a presente data.

Nota-se, ao que parece, uma mudança de interpretação pelo STJ da classificação do delito do art. 7º, inciso IX, da Lei n. 8.137/1990, em abandono aos preceitos de perigo abstrato e com a nova visualização como material, de perigo concreto, indica ser necessária a realização de perícia para a comprovação da impropriedade, sem diferenciar as hipóteses do art. 18, §6º, da Lei n. 8.078/1990 (CDC).

Raramente os votos presentes nos acórdãos do STJ fazem menção a alguma diferença entre as hipóteses dos incisos do artigo 18, §6º, do CDC. Apenas em casos pontuais como no REsp 1050908/RS, é possível encontrar a diferenciação como fez o relator, Ministro Jorge Mussi, asseverando que "na hipótese do inciso I, § 6º, art. 18 do CDC, a perícia mostra-se desnecessária, pois para sua constatação basta a identificação, *ictu oculi*, do prazo indicado no produto como limite de sua validade"[263]. Ou seja, o posicionamento vai de acordo ao que o presente estudo tanto pretende chamar a atenção para a diferença entre cada uma das hipóteses legais. Falar-se em

---

472.038/PR, 5ª Turma, Rel. Min Gilson Dipp, DJ de 25/02/2004 e REsp 620.237/PR, 5ª Turma, de minha relatoria, DJ de 16/11/2004), cumpre alterar o entendimento acerca da matéria, para estabelecer que nos crimes previstos no art. 7º, inciso IX, da Lei nº 8.137/90 **é indispensável a realização de perícia, quando possível sua realização, a fim de se atestar se o produto é ou não impróprio para o consumo** (Precedente do c. Supremo Tribunal Federal). Recurso especial desprovido. *REsp 1112685/SC*. Quinta Turma. Recorrente: Ministério Público Do Estado De Santa Catarina, Recorrido: Demétrio Demartini Segundo. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, julgado em 06/10/2009, DJe 29/03/2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1112685&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=7#>. Acesso em: 24 mar. 2014.

262 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. 1. EXPOSIÇÃO DE MERCADORIA IMPRÓPRIA PARA CONSUMO. ART. 7º, IX, DA LEI N. 8.137/1990. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO POR LAUDO PERICIAL. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. 1. Para a demonstração da materialidade do crime previsto no art. 7º, inciso IX, da Lei n. 8.137/1990, é imprescindível a realização de perícia para atestar se as mercadorias apreendidas estavam em condições impróprias para o consumo. Precedentes. 2. Agravo regimental provido para desconstituir a decisão agravada e negar seguimento ao recurso especial. *AgRg no REsp 1111736/RS*. Quinta Turma. Agravante: Setembrino Martins De Carvalho Procurador: Esdras Dos Santos Carvalho - Defensor Público Da União. Agravado: Ministério Público Do Estado do Rio Grande Do Sul. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, julgado em 17/12/2013, DJe 19/12/2013. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newses sion=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=1111736#>. Acesso em: 24 mar. 2014.

263 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial*. Penal e processual criminal. Abatedouro clandestino. Art. 7º, inciso IX, da Lei nº 8.137/90 e art. 18, § 6º, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor. Necessidade de laudo pericial para a constatação da impropriedade da mercadoria. Recurso improvido. 1. Para a configuração do delito previsto no art. 7º, inciso IX, da Lei n.º 8.137/90, c/c art. 18, § 6º, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor, necessária a comprovação, mediante perícia, de que a mercadoria esteja inadequada ao consumo, não bastando, *in casu*, a mera presunção de sua impropriedade pelo fato do abate dos bovinos ter sido realizado em abatedouro clandestino. Precedente do Pretório Excelso. 2. Recurso improvido. *REsp 1050908/RS*. Quinta Turma. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Fabrício Gomes Degliuomeni. Relator: Ministro Jorge Mussi. Brasília, 21 maio 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=886064&num_registro=200800876152&data=20090803&formato=PDF>. Acesso em: 27 mar. 2018.

indispensabilidade da prova técnica seria apenas nos casos dos incisos II e III, do §6º, art. 18 do CDC, ou mesmo apenas na do inciso III, conforme será proposto no próximo capítulo.

Nesse sentido, esclarecidas as características da sociedade moderna e a identificação do tipo penal inicialmente como um crime de perigo abstrato, bem como com o apanhado geral da jurisprudência dos tribunais superiores, mostra-se indispensável compreender os meios de prova e os parâmetros do Direito Penal tradicional relacionados ao tema, de maneira a fundamentar a possibilidade de aplicação conjunta com os preceitos do Direito Penal moderno, por mais que a jurisprudência dos tribunais superiores possa caminhar no sentido oposto.

3.2. Os meios de prova no Processo Penal

A compreensão dos debates sobre a necessidade de laudo pericial para a incidência do delito de inserir no mercado produtos em condições impróprias ao consumo, previsto na Lei n. 8.1137/1990, art. 7º, inciso IX, combinado com o artigo 18, §6º, do Código de Defesa do Consumidor, abrange a noção de criminalização de condutas no Direito Penal contemporâneo, bem como a de efetividade jurisdicional para colocar em prática novos tipos penais.

Trabalhar o Direito Penal com interesses difusos, atuando em searas antes pertencentes apenas ao âmbito civil ou administrativo, demonstra que mudanças são necessárias em benefício de uma massa prejudicada por danos coletivos. São danos imensuráveis, desmedidos, a consumidores vulneráveis vitimados por um mercado impessoal. E zelar por uma proteção coletiva na atual sociedade de risco significa contribuir para a preservação do Estado Democrático de Direito, onde as normas modificam-se conforme a necessidade social, amparam e adaptam-se às necessidades do caso concreto.

Para tanto, visualizado o fenômeno da administrativização do Direito Penal e o aumento das tipificações de perigo abstrato, sob a alegação de que algumas condutas necessitam ser criminalizadas e punidas, independente da prova concreta de dano, significa que o Estado busca alterar exigências mínimas de prova material em prol de interesses maiores de controle social como uma forma de política criminal.

Agir com cautela em certos delitos, utilizando-se dos preceitos básicos de processo penal e meios de prova, sem afastar as mudanças legislativas, viabiliza o necessário

diálogo de normas, numa política à eficiência do Direito Penal. É a revisão dos preceitos básicos da matéria meios de prova no processo penal que se passa agora a estudar, inclusive chamando a atenção para uma repaginada interpretativa inclusive dos magistrados, responsáveis pela aplicação da lei ao caso concreto.

O Código de Processo Penal traz em seu Título "Da Prova" um rol não taxativo dos meios de prova existentes no processo penal. No Capítulo II "Do exame do corpo de delito, e das perícias em geral" fala do meio de prova pericial nos artigos 158 ao 184, tema de maior interesse neste debate.

Nos capítulos seguintes são apresentados outros meios de prova. O Capítulo III fala "Do interrogatório do acusado" (artigos 185 a 196), o Capítulo IV "Da confissão" (arts. 197 a 200), o Capítulo V "Do ofendido" (art. 201), Capítulo VI "Das testemunhas" (arts. 202 a 225), Capítulo VII "Do reconhecimento de pessoas e coisas" (arts. 226 a 228), Capítulo VIII "Da acareação" (arts. 229 e 230), Capítulo IX "Dos documentos" (arts. 231 a 238), Capítulo X "Dos indícios" (art. 239) e Capítulo XI "Da busca e da apreensão" (arts. 240 a 250).

De tal forma, a despeito da ênfase à prova pericial, não podem ser olvidadas os outros meios de prova admitidos como o interrogatório do ofendido, depoimento de testemunhas, o reconhecimento de pessoas e coisas, acareação, provas documentais e outros indícios, além de outras que podem auxiliar no esclarecimento da conduta criminosa ao se constatar que o rol é meramente exemplificativo.

O processo penal gira em torno da busca da verdade real, onde o juiz analisa os fatos apresentados pela acusação e pela defesa e, com base nas informações das testemunhas, interrogatório, provas periciais e documentos juntados pelas partes proferirá sua sentença. [264]

Dentre as provas admitidas no ordenamento jurídico brasileiro a pericial se destaca pela segurança jurídica que proporciona. A palavra "prova", "traduz as ideias de verificação, inspeção, exame, aprovação ou confirmação. Dela deriva o verbo provar, que significa verificar, examinar, reconhecer por experiência", relacionando-se a comunicações intelectuais e transmissão do conhecimento. [265]

O que deseja a prova em um processo é reproduzir com a maior proximidade possível a realidade dos fatos narrados. Isso propicia segurança ao magistrado para que decida

264 MADEIRA, Ronaldo Tanus. *Da prova e do processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 01.
265 LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 2. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012. Vol. I. p. 819.

a causa com maior precisão em sua decisão[266]. Já o termo "perícia" deriva de *perita* e denota "habilidade, saber, capacidade" em que com especialização e conhecimentos adquiridos no decorrer do tempo torna suas informações altamente especializadas no assunto[267]. Esclarece-se ainda:

> Perícia é o exame de algo ou alguém realizado por técnicos ou especialistas em determinados assuntos, podendo fazer afirmações ou extrair conclusões pertinentes ao processo penal. Trata-se de um meio de prova. Quando ocorre uma infração penal que deixa vestígios materiais, deve a autoridade policial, tão logo tenha conhecimento de sua prática, determinar a realização do exame de corpo de delito (art. 6º, VII, CPP), que é essencialmente prova pericial. Não sendo feito, por qualquer razão, nessa fase, pode ser ordenado pelo juiz (art. 156, II, CPP).[268]

Outro conceito de prova analisado com relação à certeza que a prova pretende gerar é:

> Provar, dessarte, significa estabelecer um estado de convicção e certeza. Consiste, pois, em elucidar, esclarecer e demonstrar a veracidade de um fato, episódio ou relação jurídica, tornando-os sobranceiros e indenes a qualquer dúvida, fazendo-os certos e determinados quanto à sua existência.[269]

A prova pericial busca examinar os fatos com base no conhecimento técnico-científico do perito de maneira a tornar o laudo a forma mais segura de se colocar os acontecimentos de acordo com a realidade. É claro que não se pode "endeusar" a prova pericial a ponto de considera-la como "a rainha das provas". Ela deve ser valorada com base no contexto probatório e da realidade apresentada, inclusive tecnológica. O perito é um auxiliar da justiça e visa esclarecer os fatos da melhor forma, mas o juiz possui discricionariedade na decisão. [270]

Quando o STJ passa a considerar indispensável a comprovação da impropriedade da mercadoria por meio de laudo pericial verifica-se uma valorização da prova pericial e do exame de corpo de delito. Nessa linha de raciocínio, passa-se aos estudos de tais meios de prova, com o objetivo de fornecer parâmetros argumentativos nos crimes

266 PEDROSO, Fernando de Ameida. *Prova penal:* doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 20.

267 ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 181.

268 NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 400.

269 PEDROSO, Fernando de Ameida. Op.Cit., p. 21.

270 LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 612.

contra as relações de consumo, no sentido de seguirem um padrão de provas do Direito Penal tradicional ou, a partir das alterações da sociedade de risco, receberem mudanças na aplicação do direito ao caso concreto.

Entretanto as conclusões positivas ou negativas do laudo terminam por influenciar na decisão do juiz, por mais que o Código de Processo Penal preveja em seu art. 182 que o juiz não está vinculado às conclusões da perícia[271]. Será com base nessa certeza e convicção comprovados em laudo pelo perito que o juiz irá proferir sua decisão, analisando sempre com cautela a previsão do art. 182 do CPP quanto à possibilidade de afastar as conclusões do laudo em sua decisão. Diz o art. 182 que "O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte".[272]

A cautela é necessária porque existem as hipóteses de prova tarifada, em que a lei limita a possibilidade do juiz agir de acordo com seu livre arbítrio, como no caso dos crimes que deixam vestígios em que será necessário o exame de corpo de delito. Previsões específicas irão limitar a atuação do magistrado que, de toda forma, sempre deverá fundamentar e motivar sua decisão, indicando as causas da rejeição do parecer técnico. [273]

Com a juntada da prova pericial aos autos do processo estar-se-á dando conhecimento ao juiz e às partes da opinião técnica e profissional daquela avaliação específica. A relevância da prova pericial é enorme e isso deve ser levado em conta no momento de sua elaboração – tanto nos cuidados com a escolha dos peritos quanto no momento da elaboração do laudo.

O procedimento da perícia deve ser analisado em três momentos. No primeiro, quanto à iniciativa, a autoridade solicita sua realização, propiciando a formulação de quesitos e indicação de assistente técnico pelas partes. No segundo a perícia é realizada nos termos propostos e em seguida (em um terceiro momento) ocorre a corporificação da perícia, onde é elaborado o laudo pericial com as conclusões e observações dos peritos. [274]

Portanto, verifica-se que a normatização para elaboração dos laudos periciais indica maior imparcialidade na prova elaborada, de maneira que, por mais que por

271 GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 140.

272 BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 19 fev. 2014.

273 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 419.

274 CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 20. ed. São Paulo, Saraiva, 2013. pp. 421 e 422.

convicções íntimas ou tendências pessoais inerentes a qualquer ser humano o juiz queira pronunciar-se de forma diferente, nos delitos que deixam vestígios será muito complicado ao juiz fundamentar e motivar sua decisão de forma contrária ao laudo.

Dentre as provas periciais previstas no Código de Processo Penal são encontradas o exame de corpo de delito, indispensável à comprovação da materialidade do crime que deixa vestígio, podendo ser dispensado com cautela apenas em algumas situações específicas, como será esclarecido a seguir.

Corpo de delito, expressão criada por Farinácio[275], está ligado à materialidade do delito e significa o conjunto dos vestígios materiais e sensíveis que a infração penal deixa para trás. Não significa que se refere a um corpo humano deixado pelo crime, mas sim a tudo que compõe o local em que ele ocorreu. [276]

Para um melhor esclarecimento da matéria de provas, exame de corpo de delito e materialidade, confira-se:

> Corpo de delito, propriamente, só pode significar aquilo que representa a exteriorização material e a aparição física do delito. Mas, a exteriorização material e a aparição física do delito não podendo consistir senão no que imediatamente se liga à consumação do próprio delito, representam, por assim dizer, sua figura física.
> Nem todas as materialidades constituem, portanto, corpo de delito, mas só aquelas imediatamente ligadas à consumação criminosa. Só nestas consiste a exteriorização e a material individualização do delito, só elas representando a figura física; e aquela figura física, para se usar de linguagem arrijada, é o corpo da entidade jurídica que se chama delito. [277]

O exame de corpo de delito é uma perícia que se preocupa em demonstrar a materialidade do crime e será realizado naqueles em que deixam vestígios. Será a elaboração de uma prova técnica especializada em que peritos com credibilidade elaboram laudo valendo-se inclusive de técnicas modernas. [278]

O exame de corpo de delito não pode ser confundido com as perícias em geral. O exame de corpo de delito influencia sobre a materialidade do crime. Acende assim na prova de sua existência e a ausência do exame pode inclusive gerar nulidade processual

---

275 ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 185.

276 LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 2. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012. p. 912.

277 MALATESTA, Nicola Flamarino dei. *A lógica das provas em matéria* criminal. Tradução: Paolo Capitanio. 6. ed. Campinas: Bookseller, 2005, Vol. I. p. 590.

278 MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de processo penal*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010. pp. 468-469.

(art. 564, III, "b" CPP). Já a falta de perícia em certos locais ou aspectos da infração irão influenciar apenas sob o convencimento do juiz, não sobre a materialidade do crime. [279]

A existência do crime é confirmada pelo exame de corpo de delito, com suas circunstâncias, sendo prova para o processo penal. É a conclusão que se extrai da leitura do art. 158 do Código de Processo Penal: "Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo suprilo a confissão do acusado".[280]

A própria legislação proíbe que a confissão do acusado supra a inexistência do exame de corpo de delito[281]. Tamanha é a importância do exame de corpo de delito em no ordenamento jurídico brasileiro que o juiz ou autoridade policial poderá negar as perícias requeridas pelas partes quando forem desnecessárias, salvo no caso de exame de corpo de delito. É a redação do art.184 do Código de Processo Penal, que diz "Salvo o caso de exame de corpo de delito, o juiz ou a autoridade policial negará a perícia requerida pelas partes, quando não for necessária ao esclarecimento da verdade". [282]

Tudo isso significa que naqueles delitos com vestígios a análise por meio de exame de corpo de delito é obrigatória, pois não seria possível a imputação por outro elemento. Não se pode pensar na incidência de uma imputação ou consideração de uma qualificadora de delito que deixa vestígio sem a elaboração do laudo de exame de corpo de delito – salvo delitos que cumpram condições objetivas.

Existe a possibilidade de elaboração de exame de corpo de delito de forma direta e de forma indireta. A elaboração consiste na formação do Auto de Corpo de Delito (ACD) e formação da prova pericial, que pode ser feito tanto com o exame direto como com o indireto. O que irá mudar para a elaboração serão as circunstâncias analisadas serem diretas ou indiretas aos vestígios deixados pelo crime. E assim poderia ser com os crimes contra as relações de consumo e o delito de inserir no mercado produto em condições impróprias.

Ou seja, na impossibilidade de realização do exame de corpo de delito na forma

279 LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 617.

280 BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 19 fev. 2014.

281 Sugere-se, aqui, a reflexão: Como pode a lei proibir a substituição do exame de corpo de delito pela confissão do acusado e permitir pela prova testemunhal? Não estariam as duas sujeitas às mesmas possibilidades de erro e risco de cometimento de injustiças? A reflexão da aceitação da prova testemunhal em substituição ao laudo influencia inclusive nas hipóteses de dispensa de perícia em casos de produtos em condições impróprias ao consumo.

282 BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Op.Cit.

direta – que é a situação recorrente nos processos judiciais – o magistrado estaria apto a verificar por meio de laudo pericial na forma indireta se os produtos seriam impróprios ao consumo, podendo até nomear perito para a elaboração de laudo indireto, sem a necessidade de tantas absolvições por falta de provas no tipo penal contra as relações de consumo mais incidente no país.

A existência do laudo pericial na forma direta com certeza simplificaria as dúvidas e facilitariam a solução das lides. Mas os problemas práticos enfrentados na realidade brasileira não podem ser desprezados. Estados sem policiamento adequado ou insuficiente, má gestão pública dos órgãos de segurança, inexistência de efetivo pericial ou sua insuficiência, além de vários outros aspectos que poderiam ser indicados como contribuição à insatisfação das investigações presentes no processo.

Em realidade os policiais trabalham com prioridades, onde apenas crimes mais graves ou relacionados a pessoas mais importantes são devidamente investigados. E não se pode cogitar em absolvição simplesmente pela inexistência de laudo nos autos. Existem aquelas infrações que deixam vestígio, mas que, por opção do próprio legislador, são relacionadas diretamente a uma infração por meio de uma condição objetiva. Significa que em casos específicos o legislador sabe que seria possível a incidência da tipificação legal independente da constatação pericial.

Porém a proposta não é observada sequer pelo STJ, que insiste em afirmar que um produto exposto à venda em condições impróprias ao consumo, mesmo se demonstrado estar fora do prazo de validade, precisará passar por uma perícia técnica para que ocorra a imputação pelo tipo penal. Com base nesse fundamento, a jurisprudência na Corte Superior continua registrando a posição de que "o delito de expor à venda produtos impróprios ao consumo exige exame pericial para a prova da materialidade delitiva, nos termos do art. 158 do Código de Processo Penal".[283]

Para tanto, em razão da variedade de meios de prova que poderiam contribuir na demonstração da impropriedade dos alimentos, inclusive com a realização do exame

283 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial. Crime contra as relações de consumo. Artigo 7º, inciso IX, da Lei 8.137/90. Expor à venda mercadoria em condições impróprias ao consumo. Produto com prazo de validade vencido. Inexistência de perícia técnica. Ausência de prova da materialidade delitiva. Absolvição. Análise de dispositivo constitucional. Não cabimento. Agravo regimental improvido. 1. Inviável, na via eleita, o exame de violação de dispositivo constitucional, cuja competência é reservada ao STF, nos termos do art. 102, III, da CF. 2. O delito de expor à venda produtos impróprios ao consumo exige exame pericial para a prova da materialidade delitiva, nos termos do art. 158 do Código de Processo Penal. 3. Agravo regimental improvido. *AgRg no REsp 1342523/SC*. Sexta Turma. Agravante: Ministério Público do estado de Santa Catarina. Agravados: Anderson Bólis e Adriana Strapazzon. Rel. Ministro Nefi Cordeiro. Brasília, 20 de julho de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/ mediado/?componente=ITA&sequencial=1615640&num_registro=201201903011&data=20170626&formato=PDF>. Acesso em: 27 fev. 2018.

de corpo de delito de forma indireta, não é possível conformar-se com uma linha de decisões que não preza pela busca da verdade real e não considera as novas realidades sociais.

Dessa forma, conforme visto, importa-se registrar que o exame de corpo de delito pode ser realizado tanto na forma direta, como indireta. E o intuito não é ignorar a importância da prova pericial. Ela é de enorme seriedade na finalização de processos e deve ser observada conforme todos os preceitos do Direito Penal tradicional já mencionados, sendo que o exame de corpo de delito é uma dentre várias outras diferentes formas de prova da realização da conduta.

Seriam os meios de prova do Direito Penal tradicional em auxílio ao esclarecimento de condutas da criminalidade moderna. Um apoio respeitável e considerável, com a extração de parâmetros legais que servem de apoio e não como barreira ao esclarecimento das condutas contemporâneas.

O exame de corpo de delito deverá ser realizado quando possível e será dispensado em alguns casos, como os crimes que não deixam vestígios. [284] Acrescenta-se, ainda, que não será elaborado também nos casos em que a lei expressivamente dispensar, por considerar possível a constatação por outros meios.

Diante da perspectiva de ser realizado na forma direta e indireta, Ada Pelegrini apresenta de forma simplificada o entendimento sobre exame de corpo de delito e a diferenciação entre as possibilidades:

> O exame de corpo de delito constitui perícia destinada a comprovar a materialidade do crime. Pode ser direto, se incide sobre os vestígios deixados pela infração, ou indireto, quando é feito por meio da prova testemunhal, por terem desaparecido tais vestígios (art. 167 do CPP). Tanto o exame de corpo de delito direto como o indireto não podem ser supridos pela confissão do acusado (art. 158 do CPP). [285]

O exame de corpo de delito direto é aquele realizado por perito oficial (ou dois peritos não oficiais) nos vestígios deixados sobre o próprio corpo de delito. No caso do crime de homicídio em que o corpo é encontrado é a análise feita sobre o cadáver.[286] Nele não existem maiores controvérsias, pois o perito analisa a materialidade real, feita sobre o próprio corpo de delito.[287]

---

284 LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 617.

285 GRINOVER, Ada Pellegrini; FILHO, Antonio Magalhães Gomes Filho; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 142.

286 LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 2. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012, Vol. I. p. 918.

287 ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São

Em que pese entendimento pacificado com relação ao exame de corpo de delito direto, o mesmo não ocorre sobre o exame de corpo de delito indireto, objeto de algumas polêmicas judiciais. Não sendo possível a realização do exame de corpo de delito direto, a lei poderá suprir-lhe a falta por meio da prova testemunhal, nos termos do art. 167 do CPP: "Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta". [288]

Quanto ao exame de corpo de delito indireto há posicionamentos em dois sentidos, um mais rigoroso, que exige a elaboração de laudo por perito[289], e outro que pode ser entendido como uma observação feita por testemunhas e pela conclusão do magistrado, sem a necessidade de elaboração de laudo pericial.

No exame de corpo de delito indireto o juiz irá colher os depoimentos das testemunhas e com base nas informações colhidas os peritos irão elaborar um laudo. Ou seja, os peritos irão elaborar um laudo de maneira indireta, a partir as informações prestadas pelas partes, e não com base no exame direto do corpo de delito. O juiz poderá requisitar relatórios, guias, fichas e tudo mais que possa auxiliar aos peritos na elaboração do laudo. [290]

Exame indireto é um raciocínio dedutivo feito a partir dos depoimentos das testemunhas, que pode ser complementado por relatórios e fichas hospitalares, informações de médicos e enfermeiros para que seja possível a elaboração do exame indireto[291]. Ele não se confunde com mero depoimento de testemunhas, que pode suprir o exame de corpo de delito. Uma coisa é a opinião de testemunhas e outra é o entendimento pericial profissional elaborado com base nas descrições das testemunhas[292]. Por isso tal forma de prova indireta, fundamentada em tantos parâmetros legais, deveria ser cautelosamente avaliada antes do mero arquivamento de um processo criminal por falta de provas.

Paulo: Saraiva, 2004. p. 187.

288 BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 26 fev. 2014.

289 Posicionam-se de acordo com este entendimento (mais rigoroso) Antônio Alberto Machado, Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha, Guilherme de Souza Nucci. Hélio Tornaghi, Aury Lopes Jr., Fauzi Hassan Choukr, dentre outros. Alguns julgados manifestam-se pela necessidade de análise mais rígida da norma, entretanto tem prevalecido pela suficiência da substituição do laudo pela prova testemunhal sem elaboração de laudo, nas hipóteses de exame de corpo de delito indireto.

290 MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de processo penal*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 469.

291 ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 186-187.

292 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004. p. 340, art. 158, item 4 e TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 9. ed. atual. São Paulo, Saraiva, 1995, v. 1, p. 321 *apud* PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito processual penal*: teoria, crítica e práxis. 3. ed., rev., ampl. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2005. p. 862.

Apesar disso, não se pode negar, adequado seria que o exame fosse feito diretamente sobre o corpo de delito, o que não significa que em situações excepcionais, quando tiverem desaparecido os vestígios, ele também não possa ser realizado na forma indireta, por outros meios de prova, como fichas do hospital, fotografias, filmes, atestados médicos[293]. E isso é primordial ao presente estudo:

> [...] há casos em que os peritos, exatamente por seus conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos, podem 'opinar à vista dos elementos de que disponham': depoimentos, filmes, fotografias, objetos encontrados etc. Nessa hipótese a lei permite o exame indireto. O exame indireto não se confunde com o mero depoimento de testemunhas [...]. Nele, no exame indireto, há sempre um juízo de valor feito pelos peritos. Uma coisa é as testemunhas afirmarem que viram tais ou quais sintomas, e outra os peritos concluírem daí que a causa mortis foi essa ou aquela.[294]

De acordo com o caso concreto o exame de corpo de delito indireto poderá ser realizado como uma exceção excepcionalíssima. O desaparecimento dos vestígios e supressão pela prova testemunhal não pode ser tratada de forma banalizada. Ademais, deve-se ficar atento à possibilidade de esclarecimento também por fotografias, filmagens, gravações e todos os meios disponíveis para a maior proximidade com a verdade que se pretende demonstrar. [295]

A possibilidade de realização do exame de corpo de delito indireto fica clara pela inexistência de materialidade para a constatação direta. Não pode ocorrer nos casos em que ficou constatado que a perícia não se realizou por desídia do Estado, falta de preparo técnico dos peritos ou outro imprevisto que, de forma alguma, poderá ser imputado ao réu. O acusado não pode ser prejudicado por desídia ou retardo que de forma alguma contribuiu para sua ocorrência.[296]

No entanto o posicionamento de que é suficiente a substituição pela prova testemunhal (e outras) quando não for possível o exame de corpo de delito direto é o entendimento que tem prevalecido na jurisprudência, além de ser defendido por vários autores de peso.[297]

---

293 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado.* 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 382.

294 TORNAGHI, Hélio Bastos. *Curso de processo penal.* São Paulo: Saraiva, 1980. p. 322.

295 LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 619.

296 HASSAN CHOUKR, Fauzi. Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial, p. 306 *apud* LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 620.

297 Dentre eles Ada Pelegrini Grinover, Fernando da Costa Tourinho Filho, Espínila Filho e outros.

O que não se compreende é que ainda não foi mencionado como uma solução interessante à prova dos crimes contra as relações de consumo, pois o exame de corpo de delito indireto não exige qualquer formalidade[298] e o mero depoimento de testemunhas que presenciaram o fato pode ser suficiente para suprir o exame de corpo de delito direto. [299]

O STJ, em alguns julgados, demonstra que não considera necessária a elaboração de laudo no exame de corpo de delito feito na forma indireta. Os outros meios que comprovem a existência da materialidade seriam suficientes. Afirma que "A prova técnica não é a única apta a comprovar a materialidade das condutas, podendo ser suprida por outros meios de prova capazes de levar ao convencimento o julgador"[300]. Mas existem casos em que a Corte Superior já assentou na linha de que "se era possível a realização da perícia, mas esta não ocorreu, a prova testemunhal e o exame indireto não suprem a sua ausência".[301]

Porém quando o assunto é a materialidade do delito contra as relações de consumo em análise, o que se percebe é a manifestação pela indispensabilidade do laudo

298 Fernando da Costa Tourinho Filho, no mesmo sentido de Espínila Filho.

299 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1989, vol. 3, p. 223-4 *apud* PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito processual penal:* teoria, crítica e práxis. 3. ed., rev., ampl. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2005. p. 862.

300 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Criminal. Furto qualificado. Divergência Jurisprudencial não comprovada. Não conhecimento. Rompimento de obstáculo. Ausência de laudo pericial. Condenação com base em outros elementos. Recurso parcialmente conhecido e provido. I. Não se conhece do recurso pela alínea "c" se o recorrente deixou de transcrever trechos dos acórdãos recorrido e paradigma nos quais os julgados se assemelham e diferenciam, limitando-se à transcrição de suas ementas. II. A prova técnica não é a única apta a comprovar a materialidade das condutas, podendo ser suprida por outros meios de prova capazes de levar ao convencimento o julgador. III. Na hipótese, a condenação pelo crime de furto, qualificado pelo rompimento de obstáculo, se deu com base em outros elementos dos autos que não a perícia. IV. Recurso parcialmente conhecido e provido, para cassar o acórdão recorrido e restabelecer a sentença de primeiro grau. *REsp 715.023/SC*. Quinta Turma. Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Recorrido: Cleiton Nunes da Silva. Rel. Ministro Gilson Dipp. Brasília, 04 de agosto de 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componen te=ATC&sequencial=1831171&num_registro=200500032426&data=20050829&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 28 fev. 2018.

301 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Penal. Crime de furto qualificado pelo rompimento de obstáculo. Exame pericial não realizado. Inexistência de justificativas para a não realização do exame. Afastamento. 1. No que tange à imprescindibilidade da prova técnica para o reconhecimento do furto qualificado por rompimento de obstáculo, vale lembrar que a jurisprudência tem-se orientado no sentido de que o exame de corpo de delito direto, por expressa determinação legal, é ausência indispensável nas infrações que deixam vestígios, podendo apenas supletivamente ser suprido pela prova testemunhal quando o delito não deixar vestígios, se estes tiverem desaparecido ou, ainda, se as circunstâncias do crime não permitirem a confecção do laudo. Assim, se era possível a realização da perícia, mas esta não ocorreu, a prova testemunhal e o exame indireto não suprem a sua ausência. 2. No presente caso, não foi apresentada qualquer justificativa para a de elaboração do exame direto, devendo ser afastada a qualificadora referente ao rompimento do obstáculo. 3. Agravo regimental não provido. *AgRg no AREsp 1104445/DF*. Quinta Turma. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Felipe Canabrava de Oliveira. Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 12 de setembro de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201701248 379&dt_publica cao=20/09/2017>. Acesso em: 04 abr. 2018.

pericial direto, causando certa insegurança na aplicação dos tipos da criminalidade moderna. A análise do julgado em referência é de que a jurisprudência se manifesta pela desnecessidade de laudo no caso de exame de corpo de delito indireto, porque outros meios de prova seriam suficientes.

Identifica-se que não é feito nos julgados análise ou referência ao entendimento mais rígido de exame de corpo de delito indireto com a preparação de laudo por profissional adequado (perito). Entretanto se considera muito importante a análise do tema quando da aplicação dos novos tipos penais, uma vez que mesmo sem a materialidade dos produtos a opinião dos peritos poderá fornecer maior segurança quanto à impropriedade ao consumo – já que essa tem sido a principal barreira para a incidência prática dos tipos.

Na prática, a diferenciação não é levada muito à risca:

> A rigor, o exame indireto deveria corresponder à perícia feita pelos técnicos a partir de outros elementos que não o corpo de delito, tais como depoimento de testemunhas, fotografias, filmagens etc. Seria um **laudo emitido a partir dessas informações**. Isso é, tecnicamente, o exame indireto. Ocorre que, na prática forense, isso não é observado, e o chamado exame indireto acaba sendo a produção de outras provas (testemunhal, fotografias etc) para suprir a falta de exame direto. Ou seja, o chamado exame indireto não é, tecnicamente, um exame indireto, senão o suprimento da falta de exame direto por outros meios de prova. Trata-se de se admitir que a materialidade de um delito seja demonstrada de outra forma. [302] (grifo no original)

Deste modo, para a análise do caso concreto, não se exige a elaboração de laudo por meio de um exame indireto. Não se trata de um "exame" no sentido técnico da palavra, mas impressões abstraídas das partes e provas juntadas aos autos. Como no caso das condições impróprias ao consumo a Corte Superior não entende ser suficiente a substituição da perícia por outros meios de prova, poder-se-ia ao menos ser mais valorado o exame de corpo de delito na forma indireta, com a elaboração de laudo pericial a partir das provas colhidas nos autos.

Mesmo quando os produtos são encontrados fora do prazo de validade, com fotos do prazo expirado, constatação por prova testemunhal, o que tem ocorrido é até mesmo a reforma pelo STJ das decisões dos tribunais estaduais que dispensam a perícia que atesta a impropriedade dos produtos. Foi o que ocorreu em acórdão recente, ao

302 LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 619.

apontar os assuntos centrais da necessidade de perícia técnica para o oferecimento da denúncia pela conduta tipificada no artigo 7º, inciso IX, parágrafo único da Lei n. 8.137/1990, bem como "se o laudo de constatação e fotografação de produtos" seriam suficientes para suprir a ausência de perícia. Mas a Corte Superior concluiu que o delito "deixa vestígios, razão pela qual a perícia é indispensável para a demonstração da materialidade delitiva, nos termos do art. 158 do Código de Processo Penal". [303]

E diante da possibilidade de elaboração do exame de corpo de delito indireto, parece precário um magistrado optar por decidir sozinho pela absolvição por falta de provas em um delito de tamanha gravidade aos consumidores que vivem na atual sociedade de risco.

Apenas um perito habilitado poderia aferir se as informações disponíveis são suficientes a colocar em risco a saúde e a vida dos consumidores. Um profissional nomeado é que deveria esclarecer se os produtos seriam considerados nitidamente como impróprios ao consumo e, a partir daí, é que o magistrado deveria proferir sua decisão, mesmo sem estar vinculado ao resultado consolidado.

Tal proposta é feita na possibilidade da Corte insistir pela necessidade de laudo pericial para a confirmação da impropriedade, pois em verdade, considerado o crime como de perigo abstrato, bem como aprofundada a realidade expansionista do Direito Penal moderno e os novos anseios desses tipos penais, talvez falte uma valorização na prática de um tipo que não depende da existência de prejuízo ou da comprovação de dano concreto.

Demais disso, apesar dos julgados do STJ reformarem as decisões dos Tribunais

303 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *habeas corpus*. Crime contra as relações de consumo. ART. 7º, Parágrafo Único, Inciso IX da Lei n. 8.137/90. Alimentos impróprios para o Consumo. Mercadoria com prazo de validade vencida. Ausência de perícia técnica. Materialidade delitiva não demonstrada. Falta de justa causa para a ação penal. Trancamento. Recurso provido. 1. Esta Corte Superior pacificou o entendimento segundo o qual, em razão da excepcionalidade do trancamento da ação penal, tal medida somente se verifica possível quando ficar demonstrado, de plano e sem necessidade de dilação probatória, a total ausência de indícios de autoria e prova da materialidade delitiva, a atipicidade da conduta ou a existência de alguma causa de extinção da punibilidade. É certa, ainda, a possibilidade de trancamento da persecução penal nos casos em que a denúncia for inepta, não atendendo o que dispõe o art. 41 do CPP, o que não impede a propositura de nova ação desde que suprida a irregularidade. 2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se firmou no sentido de que a conduta tipificada no art. 7º, parágrafo único, inciso IX, da Lei 8.137/90 – expor à venda produtos impróprios para o consumo – deixa vestígios, razão pela qual a perícia é indispensável para a demonstração da materialidade delitiva, nos termos do art. 158 do Código de Processo Penal. Precedentes. 3. A realização de mero laudo de constatação não é suficiente para atestar que a mercadoria é efetivamente imprópria para o consumo, sendo imprescindível a realização de perícia técnica. Precedente. 4. Recurso em habeas corpus ao qual se dá provimento para determinar o trancamento da ação penal por falta de justa causa. *RHC 91502/SP*. Quinta Turma. Recorrente: Natalina Vanilde Botam. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator Ministro Joel Ilan Paciornik. Brasília, 12 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1667709&num_registro=201702876556&data=20180201&formato=PDF > Acesso em: 28 fev. 2018.

Estaduais que dispensaram a necessidade do laudo, fato é que o entendimento tem analisado o tipo penal e as condições impróprias ao consumo como uma tese única, de interpretação singular e sem ampliação da discussão. Isso demonstra falta de zelo com cada hipótese de condição imprópria prevista em lei, que precisam ser melhor estudadas, conforme será demonstrado no tópico seguinte.

3.3. As hipóteses de condições impróprias ao consumo e seus meios de prova

A partir do estudo dos meios de prova em direito admitidos para o processo penal torna-se possível o entendimento dos recursos probatórios disponíveis para a imputação dos delitos previstos nas Leis n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) e 8.137/1990.

Quando se fala em criminalidade moderna, valorização dos crimes de perigo abstrato na sociedade de massas, bem como do tipo penal de entregar mercadorias impróprias ao consumo como um delito da sociedade de risco, está-se mencionando uma mudança de paradigmas que envolvem os meios de prova disponíveis no sistema penal e uma alteração do contorno legal de laudo pericial, uma vez que sua elaboração nem sempre será possível e mesmo sem ele não poderão os autores dos delitos ficarem impunes.

No tópico anterior, ao tratar da prova pericial e do exame de corpo de delito, verificou-se que a legislação brasileira dá um excessivo valor à prova pericial, existindo divergências até mesmo em relação aos casos de possíveis dispensa de elaboração de laudo se o crime for daqueles que deixa vestígios.

Em razão da controvérsia quanto à possível dispensa da prova pericial foram apresentados os variados meios de prova do Processo Penal Tradicional de maneira a fornecer fundamentos ao estudo do tipo penal em análise e as provas a ele aplicáveis. Ou seja, é a partir da disciplina de provas do Processo Penal Tradicional que será possível visualizar os meios de provas disponíveis para o crime das condições impróprias ao consumo e então definir os meios adequados à prova.

Como o Código de Defesa do Consumidor elenca as hipóteses de condições impróprias, apresentar-se-á uma divisão pontual e didática do texto legal como auxílio ao posicionamento favorável ou contrário à exigência do laudo pericial ao caso concreto e da criminalidade tratar-se de perigo abstrato ou de dano palpável.

O inciso IX do art. 7º da Lei n. 8.137/1990 prevê crime contra as relações de consumo "vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo"[304], com pena de detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa. E a expressão "condições impróprias ao consumo" é complementada pelo § 6º do artigo 18 da Lei n. 8.078/1990[305] (Código de Defesa do Consumidor), que prescreve os casos em que a matéria-prima ou mercadoria deverão ser consideradas impróprias ao consumo[306].

Nesse sentido, mesmo sendo uma norma prevista em oposição à criminalidade difusa, tipicamente apontada como conduta de perigo abstrato, sua caracterização não pode ser genérica em nenhuma das linhas de pensamento propostas – seja pela dispensa da prova e imputação como crime de perigo, seja pela exigência de perícia e comprovação concreta do prejuízo.

De tal forma, em que pese o delito ser tipicamente de perigo abstrato, a profundidade dessa dissertação em tema tão específico acaba por visualizar uma norma com características mistas – com casos de perigo abstrato, imputação independente do resultado e condutas objetivamente descritas, e outros onde a definição possui conceitos bem amplos e subjetivos que poderiam impedir uma imputação criminal sem análise concreta e provas, mas que por uma questão de política criminal também devem ser consideradas como de perigo abstrato.

Para uma melhor compreensão do que seria essa tipificação moderna com características mista este estudo propõe a divisão das hipóteses elencadas em objetivas e subjetivas[307]. Objetivas seriam aquelas em que a legislação é clara para a tipificação, uma vez que independem de outros requisitos para inserção da norma e possuem requisitos diretos para incidir a imputação do delito. Já as subjetivas seriam as que dependem de análise particular por outros meios de prova, de condições outras que variam em cada situação fática e análises capazes de convencer ao juiz da incidência da norma ao caso concreto.

---

304 BRASIL. *Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm>. Acesso em: 18 mar. 2014.

305 § 6º São impróprios ao uso e consumo: I - os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos; II - os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação; III - os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam.

306 BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 19 mar. 2014.

307 A sugestão é apresentada como uma ideia facilitadora do estudo, sem mencionar autores com a mesma proposta porque, em que pese muitos apontarem as hipóteses legalmente previstas, nenhum deles apresenta a divisão e aprofunda a análise entre elas como está sendo feita neste trabalho.

Organizando a proposta em um quadro esquemático é possível visualizar as condições impróprias ao consumo da seguinte forma:

Condições impróprias ao consumo (art. 18, §6º CDC):	Hipóteses Objetivas	Hipóteses Subjetivas
Inciso I:	Prazos de validade vencidos	----------
Inciso II, 1ª parte:	----------	Deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos
Inciso II, 2ª parte:	Em desacordo com as normas regulamentares	----------
Inciso III:	----------	Inadequados ao fim a que se destinam

A divisão da tabela é uma sugestão criada para melhor esclarecimento do trabalho e visualização direta do objetivo da pesquisa, qual seja, destrinchar as possibilidades legais de condições impróprias ao consumo e compreender que o processo penal deve se desenvolver de maneira diferenciada conforme as necessidades de cada hipótese – seja dispensando de imediato a exigência de prova pericial, seja considerando a imputação contemporânea passível de ser evidenciada por outros meios de provas.

a) Hipóteses objetivas de condições impróprias ao consumo

Objetivas seriam aquelas teorias em que a legislação é clara para a tipificação, sendo a legislação direta à imputação que pretende conferir. Demonstram um perfeito enquadramento aos crimes de perigo abstrato explicitados no capítulo segundo e caracterizam-se como as hipóteses da atual sociedade de risco.

São condições objetivas de impropriedade ao consumo os produtos com prazo de validade vencido e aqueles em desacordo com as normas regulamentares. As duas possibilidades perceptíveis de imediato, obviamente quando se tem pleno conhecimento das normas regulamentares. Bastam os produtos estarem com o prazo de validade ultrapassado ou terem descumprido determinações regulamentares para o requisito ter sido preenchido.

O episódio do produto encontrar-se fora do prazo de validade ou em desacordo com as normas regulamentares é suficiente para demonstrar que o mesmo é inadequado ao consumo. Considerado como crime formal e de perigo abstrato, a data de validade deve ser observada com rigor nas relações de consumo, da mesma forma que as normas regulamentares, tendo em vista que é a segurança do consumidor para atestar as condições adequadas em que se encontram os produtos. As hipóteses objetivas

não dependem de comprovação material para sua tipificação, mas a jurisprudência nem sempre as diferenciam na análise do caso concreto – nem quanto aos requisitos objetivos e subjetivos, ou nem mesmo, como regra, esclarecendo os incisos legais –, gerando enorme confusão na aplicação da matéria.

Em pesquisa cautelosa dos casos na Corte Superior é possível visualizar acórdãos recentes que exigem o laudo pericial mesmo se o produto encontrar-se vencido, como o AgRg no REsp 1476252/SC (DJe 15/09/2015) que assenta que "O fato de os produtos estarem com o prazo de validade expirado não afasta a regra geral aplicada pela Sexta Turma"[308], e o RHC 60.937/RJ (DJe 01/03/2016) onde acrescentam que a exigência é necessária "sob pena de inaceitável responsabilidade penal objetiva".[309]

---

308 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial. Penal e Processo penal. Crime contra as relações de Consumo. Mercadoria imprópria para consumo. Prazo de validade expirado. Perícia. Necessidade. Precedentes da sexta turma. 1. O Superior Tribunal de Justiça entende que, para caracterizar o delito previsto no art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/1990 - crime contra as relações de consumo -, é imprescindível a realização de perícia a fim de atestar se as mercadorias apreendidas estavam em condições impróprias para o consumo (AgRg no REsp n. 1.175.679/RS, da minha relatoria, Sexta Turma, DJe 28/3/2012). 2. O fato de os produtos estarem com o prazo de validade expirado não afasta a regra geral aplicada pela Sexta Turma. 3. Agravo regimental improvido. *AgRg no REsp 1476252/SC*. Sexta Turma. Agravante: Ministério Público Federal. Agravados: Valdecir Eger e Vanderlei Bonatti. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, 25 de agosto de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/ mediado/?componente=ITA&sequencial=1434371&num_registro=201402151328&data=20150915&formato=PDF>. Acesso em 27 mar. 2018.

309 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *habeas corpus*. Crime contra as relações de consumo (art. 7º, IX, Parágrafo Único, da Lei N. 8.137/1990). Pretensão de trancamento da ação penal. Inépcia da denúncia. Inicial que logra atribuir a conduta delituosa ao paciente que, na condição de único responsável pelo setor, faltou com o dever objetivo de cuidado, ao não tomar as providências relativas à exposição das mercadorias, em tese, impróprias para o consumo. Ausência de justa causa. Existência de laudos atestando a normalidade dos gêneros alimentícios. Imputação que se limita a considerar a ausência de informações obrigatórias de rotulagem e o prazo de validade vencido. Inexistência de comprovação da impropriedade ao consumo. Ausência de materialidade. Reconhecimento de que a conduta deve ser responsabilizada no âmbito administrativo. Justa causa para a ação penal. Ausência. Constrangimento ilegal evidenciado. [...] 3. No caso, forçoso reconhecer que a inicial acusatória não é inepta, porquanto atribui conduta culposa ao recorrente, descrevendo as circunstâncias que, em tese, configurariam a violação de seu dever objetivo de cuidado na conservação e exposição de gêneros alimentícios em setor do estabelecimento comercial sob sua responsabilidade. 4. Inobstante parte da doutrina e da jurisprudência entendam que o delito previsto no art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/1990, crime formal, de perigo abstrato, é norma penal em branco, cujo elemento normativo do tipo "impróprio para consumo" deve ser complementado pelo disposto no art. 16, § 8º, do Código de Defesa do Consumidor, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que há necessidade de realização de exame pericial nos produtos pretensamente impróprios, a fim de que seja comprovada a sua real nocividade para consumo, sob pena de inaceitável responsabilidade penal objetiva. 5. Evidenciado nos autos que há prova pericial, produzida pelo Instituto de Criminalística Carlos Éboli e consubstanciada em três laudos, os quais, não obstante atestem características sensoriais normais, consideram, paradoxalmente, a impropriedade do consumo exclusivamente na ausência de informações obrigatórias de rotulagem e/ou no prazo de validade vencido, não há falar em justa causa para a ação penal, já que ausente a prova da materialidade do crime. 6. Tendo o laudo pericial atestado a normalidade dos gêneros alimentícios apreendidos no estabelecimento comercial, afastando a prova direta, necessária *in casu*, do elemento objetivo do tipo (produto "impróprio para o consumo"), reserva-se apenas ao Direito Administrativo eventual punição pelo descumprimento de normas relativas à conservação e exposição, para venda, de gêneros alimentícios. 7. Recurso provido para determinar o trancamento da ação penal, por ausência de justa causa (adesão às razões do voto-vista proferido pelo Ministro Rogério Schietti). *RHC 60.937/RJ*. Sexta Turma. Recorrente: Valter Roberto Montrezol. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, 01 outubro 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1441598&num_registro=201501511649&-

Mesmo na Suprema Corte é possível encontrar manifestações sobre o tema, uma vez que o STF realiza a interpretação da norma infraconstitucional, mesmo competindo ao STJ tal interpretação. E os julgados nem sempre seguem o que a Corte Superior decidiu. O Supremo Tribunal Federal acaba estabelecendo sua própria explanação quanto à norma e, no que tange ao crime contra as relações de consumo de inserir no mercado produto em condições impróprias, manifesta-se em dois julgados específicos.

No primeiro, o RHC 80.090/SP[310], de 09 de maio de 2000, da relatoria do Ministro Ilmar Galvão (DJ 16.06.2000), assentou que se o produto estiver vencido, o crime é formal e de mera conduta, dispensando a comprovação da impropriedade material. Destaca que o perigo de dano ao consumidor restou configurado com a exposição de produtos vencidos à venda, pois o delito seria formal e de mera conduta, bastando para a consumação a ação do agente descrita na lei e em especial no Código de Defesa do Consumidor, dispensando a ocorrência de efetivo prejuízo.

O segundo caso analisado pelo STF é o HC 90.779/PR[311] (DJ 24.10.2008), e os magistrados concluíram pela necessidade da perícia quando indispensável à demonstração inequívoca da impropriedade do produto. Ressaltaram, inclusive, que o caso é do crime do art. 7º, inciso IX, da Lei n. 8.137/1990 c/c art. 18, §6º, inciso II,

---

data=20160301&formato=PDF>. Acesso em: 27 mar. 2018.

310 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso de Habeas Corpus interposto contra decisão denegatória proferida pelo superior tribunal de justiça. Pretensão ao trancamento de ação penal por infração aos arts. 7º, IX, Da Lei Nº 8.137/90 C/C O ART. 16, § 6º, Da Lei Nº 8.078/90. Exposição à venda de mercadoria com prazo de validade vencido. A tipificação da figura penal definida no art. 7º, IX, da Lei nº 8.137/90, por ser norma penal em branco, foi adequadamente preenchida pelo art. 18, § 6º, I, do Código de Defesa do Consumidor, que define como impróprio ao uso e consumo produto cujo prazo de validade esteja vencido. A exposição à venda de produto em condições impróprias ao consumo já configura o delito, que é formal e de mera conduta, consumando-se com a simples ação do agente, sendo dispensável a comprovação da impropriedade material. Recurso de Habeas Corpus improvido. *RHC 80090/SP*. Primeira Turma. Recorrente: Alessandro Schirrmeister Segalla. Paciente: José Carlos Martins ou José Carlos Martins Pereira. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator(a): Ministro Ilmar Galvão. Brasília, 09, de maio, de 2000. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102689>. Acesso em: 31 mar. 2018.

311 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus.* Crime contra as relações de consumo. Fabricação e depósito de produto em condições impróprias para o consumo. Inciso IX do art. 7º da Lei 8.137/90, combinado com o inciso II do § 6º do art. 18 da Lei nº 8.078/90. Configuração do delito. Crime formal. Prescindibilidade da comprovação da efetiva nocividade do produto. Reajustamento de voto. Necessidade de demonstração inequívoca da impropriedade do produto para uso. Independência das instâncias penal e administrativa. Ônus da prova do titular da ação penal. Ordem concedida. 1. Agentes que fabricam e mantém em depósito, para venda, produtos em desconformidade com as normas regulamentares de fabricação e distribuição. Imputação do crime do inciso IX do art. 7º da Lei nº 8.137/90. Norma penal em branco, a ter seu conteúdo preenchido pela norma do inciso II do § 6º do art. 18 da Lei nº 8.078/90. 2. São impróprios para consumo os produtos fabricados em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação. A criminalização da conduta, todavia, está a exigir do titular da ação penal a comprovação da impropriedade do produto para uso. Pelo que imprescindível, no caso, a realização de exame pericial para aferir a nocividade dos produtos apreendidos. 3. Ordem concedida. *HC 90779/PR*. Primeira Turma. Paciente: Eugenio Schuch Júnior; e Milton Fernando Sesti Neves. Impetrante: Savio de Faria Caram Zuquim e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator(a): Ministro Carlos Britto. Brasília, 17, de junho, de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=557283>. Acesso em: 01 abr. 2018.

da Lei n. 8.078/1990, onde a criminalização exige a comprovação da impropriedade. Já na hipótese de incidência do inciso I, produto fora do prazo de validade, sequer há que se falar em perícia, bastando para a configuração que o produto esteja fora do prazo de validade.

O Supremo Tribunal Federal se posicionou sobre o entendimento inciso II, em especial à 2ª parte (produtos em desacordo com as normas regulamentares), onde asseverou que o titular da ação penal tem o ônus de comprovar a impropriedade do produto a partir de um exame pericial, de maneira a aferir a nocividade dos produtos apreendidos.

A manifestação da Suprema Corte foi para reformar o antigo posicionamento do STJ de que o crime seria formal, de perigo abstrato, e independeria da constatação da impropriedade para a demonstração do prejuízo.[312]

A divergência sobre o tema é amplamente discutida pelos ministros em seus votos, a ponto de o próprio relator Carlos Britto rever seu posicionamento inicial. Britto inicia destacando que o delito do inciso IX, artigo 7º, da Lei n. 8.137/1990 é formal, consumando-se com a prática do ato sendo descabida a exigência da demonstração do dano.[313]

Afirma que o crime se aperfeiçoa com a prática da conduta, visando coibir as práticas que contrariam a livre concorrência e que mesmo tratando-se de impropriedade formal são as situações peculiares em que os produtos expõem a risco uma enorme quantidade de consumidores. Mas, conforme dito, tais argumentos são por ele mesmo desconsiderados, diante de sua revelação para acompanhar os votos dos demais.

O relator opta (ainda no HC 90.779/PR do STF) por seguir as manifestações dos

312 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*. Crime contra as relações de consumo. Fabricação e depósito de produto em condições impróprias para o consumo. Inciso IX do art. 7º da Lei 8.137/90, combinado com o inciso II do § 6º do art. 18 da Lei Nº 8.078/90. Configuração do delito. Crime formal. Prescindibilidade da comprovação da efetiva nocividade do produto. Reajustamento de voto. Necessidade de demonstração inequívoca da impropriedade do produto para uso. Independência das instâncias penal e administrativa. Ônus da prova do titular da ação penal. Ordem concedida. 1. Agentes que fabricam e mantém em depósito, para venda, produtos em desconformidade com as normas regulamentares de fabricação e distribuição. Imputação do crime do inciso IX do art. 7º da Lei nº 8.137/90. Norma penal em branco, a ter seu conteúdo preenchido pela norma do inciso II do § 6º do art. 18 da Lei nº 8.078/90. 2. São impróprios para consumo os produtos fabricados em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação. A criminalização da conduta, todavia, está a exigir do titular da ação penal a comprovação da impropriedade do produto para uso. Pelo que imprescindível, no caso, a realização de exame pericial para aferir a nocividade dos produtos apreendidos. 3. Ordem concedida. *HC 90779/PR*. Primeira Turma. Pacientes: Eugenio Schuch Júnior e Milton Fernando Sesti Neves. Impetrantes: Savio De Faria Caram Zuquim e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Carlos Britto. Brasília, 17, de junho de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador pub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=557283>. Acesso em: 05 mar. 2018.

313 Ibidem. Fls. 253-255.

demais, como a do Ministro Marco Aurélio, que defende que "o crime é realmente formal, mas há que se demonstrar a impropriedade do produto para o uso"[314]. Cármen Lúcia e Menezes Direito mencionam que o inciso I do produto fora do prazo de validade não precisa ser discutido, mas que nos demais casos seria necessária a elaboração do laudo.

Desta feita, mesmo sem adentrar à classificação do delito ou nas questões do Direito Penal contemporâneo da sociedade de risco, já é possível verificar que a punição para o crime nesses casos dispensa a existência de outras provas como laudo pericial, se as próprias características do produto demonstra estarem com o prazo de validade expirado ou em desacordo com as normas regulamentares.

Por mais que o delito como um todo seja uma tipificação contemporânea e com características de promulgação como crime de perigo abstrato, a diferenciação entre as hipóteses legais são importantes para a eficiência do processo penal, tendo em vista que a partir da incidência penal é que será possível valorizar diferentes meios de prova que indicam as características do produto ou dispensá-las.

Para o caso dos produtos com prazo de validade vencido já é possível encontrar um ou outro julgado mais recente do STJ pela dispensa da perícia, porque "suficiente a constatação de que o prazo de validade do produto já se encontrava expirado no momento da apreensão"[315]. Entretanto não se pode afirmar que é o entendimento pacífico da Corte Superior.

As condições objetivas podem ser conjuntamente encontradas no caso concreto, contribuindo ainda mais para a consideração da imprestabilidade dos produtos, pois

314 Ibidem. Fl. 262.

315 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *habeas corpus*. Crime contra as relações de consumo. (artigo 7º, inciso IX, da Lei 8.137/1990). Inquérito policial. Trancamento. Exposição à venda de produtos com a data de validade vencida. Existência de laudo pericial atestando que a mercadoria se encontrava em exposição ao consumo com o prazo de validade expirado. Prova idônea da materialidade delitiva. Desprovimento do reclamo. 1. Da leitura do artigo 7º, inciso IX, da Lei 8.137/1990, percebe- se que se trata de delito não transeunte, que deixa vestígios materiais, sendo indispensável, portanto, a realização de perícia para a sua comprovação, nos termos do artigo 158 do Código de Processo Penal. Doutrina. Precedentes do STJ e do STF. 2. Na espécie, o laudo pericial acostado aos autos, ao explicitar a data de validade das mercadorias apreendidas no estabelecimento comercial, é suficiente para a comprovação do delito em tela, uma vez que, nos termos do artigo 18, § 6º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, são impróprios ao uso e consumo os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos. 3. Se a própria legislação consumerista considera imprestáveis para utilização os produtos com a data de validade expirada, revela-se totalmente improcedente o argumento de que seria necessária a realização de exame pericial de natureza diversa da que foi realizada na hipótese, sendo suficiente a constatação de que o prazo de validade do produto já se encontrava expirado no momento da apreensão. 4. Recurso improvido. *RHC 42.499/SP*. Quinta Turma. Recorrentes: Agnaldo Merci e Robson Adauto da Costa. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator Ministro Jorge Mussi. Brasília, 10 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_regis tro=201303726477&dt_publicacao=03/02/2014> Acesso em: 08 maio 2018.

que "com a data de validade expirada ou em desacordo com as normas de distribuição ou apresentação, revela-se totalmente improcedente o argumento de que seria necessária a realização de exame pericial".[316]

Ou seja, nesse caso confirma-se a proposta do estudo de que o inciso II, segunda parte, é também uma condição objetiva que dispensa a realização de perícia.

Em acórdão do STF que discute a matéria o Ministro Menezes Direito chega a destacar que na hipótese da tipificação pelo inciso I (prazo de validade vencido), bastaria a constatação da data pelo rótulo do produto:

> Evidentemente, não se impõe a realização de perícia, porque basta a constatação da exposição com o prazo de validade constante do rótulo. A identificação pericial se faz ictu oculi. Não há necessidade de dilação probatória para esse efeito. Agora, quanto aos dois outros incisos, estes sim, tenho a convicção de que se impõe a realização da prova pericial.[317]

316 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Crime contra as relações de consumo. (artigo 7º, incisos II e IX, da lei 8.137/1990). Ação penal. Trancamento. Vender, ter em depósito para venda e expor à venda mercadorias cuja embalagem está em desacordo com as prescrições legais, bem como produtos com a data de validade vencida. Existência de laudo pericial atestando que parte das mercadorias estava embalada em desacordo com as normas legais, e parte com o prazo de validade expirado. Prova idônea da materialidade delitiva. Desprovimento do reclamo. 1. Da leitura do artigo 7º, incisos II e IX, da Lei 8.137/1990, percebe-se que se trata de delito contra as relações de consumo não transeunte, que deixa vestígios materiais, sendo indispensável, portanto, a realização de perícia para a sua comprovação, nos termos do artigo 158 do Código de Processo Penal. Doutrina. Precedentes do STJ e do STF. 2. Na espécie, o laudo pericial acostado aos autos, ao explicitar o conteúdo das embalagens dos produtos apreendidos no estabelecimento do recorrente, bem como a data de validade de algumas das mercadorias ali encontradas, é suficiente para a comprovação da materialidade do delito em tela, uma vez que, nos termos do artigo 18, § 6º, incisos I e II, do Código de Defesa do Consumidor, são impróprios ao uso e consumo os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos, bem como aqueles em desacordo com as normas regulamentares de distribuição e apresentação . 3. Se a própria legislação consumerista considera imprestáveis para utilização os produtos com a data de validade expirada ou em desacordo com as normas de distribuição ou apresentação, revela-se totalmente improcedente o argumento de que seria necessária a realização de exame pericial de natureza diversa da que foi realizada na hipótese, sendo suficiente a constatação de que o prazo de validade dos produtos já se encontrava expirado no momento da apreensão, bem como de que alguns deles estariam embalados em desacordo com as prescrições legais. 4. Recurso improvido. *RHC 40.921/SP*. Quinta Turma. Recorrente: José Antônio Marcello de Pádua. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator Ministro Jorge Mussi. Brasília, 22 de abril de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201303191709 &dt_publicacao=29/04/2014>. Acesso em 08 maio 2018.

317 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*. Crime contra as relações de consumo. Fabricação e depósito de produto em condições impróprias para o consumo. Inciso IX do art. 7º da Lei 8.137/90, combinado com o inciso II do § 6º do art. 18 da Lei Nº 8.078/90. Configuração do delito. Crime formal. Prescindibilidade da comprovação da efetiva nocividade do produto. Reajustamento de voto. Necessidade de demonstração inequívoca da impropriedade do produto para uso. Independência das instâncias penal e administrativa. Ônus da prova do titular da ação penal. Ordem concedida. 1. Agentes que fabricam e mantém em depósito, para venda, produtos em desconformidade com as normas regulamentares de fabricação e distribuição. Imputação do crime do inciso IX do art. 7º da Lei nº 8.137/90. Norma penal em branco, a ter seu conteúdo preenchido pela norma do inciso II do § 6º do art. 18 da Lei nº 8.078/90. 2. São impróprios para consumo os produtos fabricados em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação. A criminalização da conduta, todavia, está a exigir do titular da ação penal a comprovação da impropriedade do produto para uso. Pelo que imprescindível, no caso, a realização de exame pericial para aferir a nocividade dos produtos apreendidos.

No entanto a contenda segue quanto aos outros dois itens (II e III), que na opinião do ministro impõem a prova pericial[318]. Mas como os julgados normalmente não diferenciam os incisos previstos no Código de Defesa do Consumidor, uma pesquisa sistemática e aprofundada da jurisprudência dos Tribunais Superiores demonstra que, mesmo manifestando-se em pouquíssimos casos quanto às hipóteses objetivas, existe sim uma diferenciação no tratamento do inciso I e II, segunda parte, com os demais incisos do §6º, art. 18 do CDC.

Compreender que no caso do inciso I e do inciso II, 2ª parte o requisito é objetivo para a incidência criminal, significa afirmar que o laudo pericial nestes casos poderá ser dispensado, voltando-se a discussão da indispensabilidade do laudo apenas nas condições subjetivas dos incisos II, 1ª parte, e III, que serão explicitados a seguir.

Logo, no estudo de casos do STJ é indispensável se atentar para que os mais antigos afirmam que expor à venda produto impróprio ao consumo com o prazo de validade vencido não precisaria de laudo pericial para a comprovação da materialidade delitiva[319]. Mas de regra o entendimento mais recente continua sendo de que o delito

---

3. Ordem concedida. *HC 90779/PR*. Primeira Turma. Pacientes: Eugenio Schuch Júnior e Milton Fernando Sesti Neves. Impetrantes: Savio De Faria Caram Zuquim e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Carlos Britto. Brasília, 17, de junho de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=557283>. Acesso em: 05 mar. 2018.

318 Esse mesmo acórdão e os debates nele contidos serão melhor analisados logo a seguir ao aprofundar-se as escritas no tocante às hipóteses subjetivas, até porque relaciona-se a elas a discussão central do *Habeas Corpus*.

319 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*. Ação penal. Crime contra as relações de consumo. Art. 7.º, inciso IX, da Lei n.º 8.137/90. Bem exposto ao comércio impróprio para consumo. Produto agrotóxico vencido. Laudo pericial dispensável, no caso. Ordem denegada. 1. A antiga jurisprudência desta Egrégia Corte era no sentido de que o delito tipificado no art. 7.º, inciso IX, da Lei n.º 8.137/90, é crime formal e de perigo abstrato, ou seja, que não exige lesão ou dano, contentando-se com a mera potencialidade lesiva. 2. Não se descura, entretanto, que no dia 06/10/2009, quando do julgamento do REsp 1112685/SC, Rel. Min. FELIX FISCHER, esta Turma modificou seu anterior entendimento, "para estabelecer que nos crimes previstos no art. 7º, inciso IX, da Lei nº 8.137/90 é indispensável a realização de perícia, quando possível sua realização, a fim de se atestar se o produto é ou não impróprio para o consumo" (DJe 29/03/2010). 3. Tal alteração se deu após o julgamento do HC 90.779-2/PR, Rel. Min. Carlos Britto (DJ de 24/10/2008) pela Primeira Turma do Pretório Excelso. No referido writ, os Pacientes foram denunciados em razão da produção de desinfetantes para uso geral, desodorante sanitário e sabão em pedra em desconformidade com as normas e regulamentos de fabricação e distribuição, situação fática que exigiu perícia para comprovar a lesividade ao consumidor. 4. No presente caso, o Paciente, representante de empresa, expôs à venda 08 litros do produto denominado "Score" (embalagem de 01 litro), e 04 galões do produto chamado "*Contain*" (embalagem de 05 litros), todos com as respectivas datas de validade vencidas. A hipótese dos autos, portanto, é diversa da que se exigiu perícia para aferição da lesividade do produto. Na espécie trata-se de comercialização de agrotóxico, que por si só, sem maiores discussões, é produto perigoso ao manuseio humano. Não só isso, repita-se, os produtos tinham prazo de validade vencido. 5. À luz do art. 18, § 6.º, do Código de Defesa do Consumidor, "São impróprios ao uso e consumo: I - os produtos cujo prazo de validade estejam vencidos". 6. Despicienda, portanto, nesta hipótese, a perícia, pois absolutamente "desnecessária a comprovação da materialidade delitiva por meio de laudo pericial". *REsp 1060917/RS*. Quinta Turma. Impetrante: Marcelo Tadeu Netto. Impetrado: Tribunal De Justiça Do Estado De São Paulo. Paciente: Altair Eduardo Cezine. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 19 de março de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_regis tro=200801141162&dt_publicacao=13/04/2009>. Acesso em: 04 mar. 2018.

exige exame pericial para a prova da materialidade delitiva, mesmo no caso de produto com o prazo de validade vencido.[320]

Mas em alguns casos recentes a Corte Superior chega a sinalizar uma separação das previsões de incidência legal, como no voto da relatora Ministra Laurita Vaz, em que a manifestação foi pela necessidade de laudo pericial para atestar a nocividade do produto apreendido sem documentação de procedência e inspeção sanitária, destacando que o caso seria diferente se referisse à hipótese do inciso I (produtos vencidos).[321]

De tal forma, o que se busca chamar a atenção, a partir da pesquisa jurisprudencial, é que as hipóteses de incidência das condições impróprias ao consumo devem ser melhor apresentadas e estudadas pelos tribunais, pois não vale para todos os casos o mesmo entendimento de que o laudo pericial é indispensável. Isso apenas em observação ao texto legal já seria possível concluir. E mais complexa ainda é a discussão quando se fala em expansionismo penal e a dispensa da demonstração do dano em desfavor de várias vítimas, num contexto de imputação ampliado assim como o leque de opções para a imputação das hipóteses subjetivas do tipo da sociedade do risco.

Os esclarecimentos apontam pela urgente necessidade de cautela, parâmetros legais fundamentados e uniformização da interpretação da norma, sempre com parâmetro da realidade social e até empresarial dos delitos em estudo.

---

320 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial. Crime contra as relações de consumo. Artigo 7º, inciso IX, da lei 8.137/90. Expor à venda mercadoria em condições impróprias ao consumo. Produto com prazo de validade vencido. Inexistência de perícia técnica. Ausência de prova da materialidade delitiva. Absolvição. Análise de dispositivo constitucional. Não cabimento. Agravo regimental improvido. 1. Inviável, na via eleita, o exame de violação de dispositivo constitucional, cuja competência é reservada ao STF, nos termos do art. 102, III, da CF. 2. O delito de expor à venda produtos impróprios ao consumo exige exame pericial para a prova da materialidade delitiva, nos termos do art. 158 do Código de Processo Penal. 3. Agravo regimental improvido. *AgRg no REsp 1342523/SC*. Sexta Turma. Agravante: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Agravados: Anderson Bólis, Adriana Strapazzon. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Brasília, 20 de junho de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/ ?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201201903011&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 04 mar. 2018.

321 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial. Penal. Crime contra as relações de consumo. Art. 7.º, inciso IX, da lei n.º 8.137/90. Produto impróprio para consumo. Perícia. Necessidade para constatação da nocividade do produto apreendido. Recurso desprovido. 1. Para caracterizar o elemento objetivo do crime previsto no art. 7.º, inciso IX, da Lei n.º 8.137/90, referente a produto "em condições impróprias ao consumo", faz-se indispensável a demonstração inequívoca da potencialidade lesiva ao consumidor final. 2. No caso, foi realizada uma vistoria por órgãos oficiais, que atestaram a apreensão de 02 animais suínos, pesando ambos 130 kg (cento e trinta quilogramas), e 01 animal bovino, pesando 125 kg (cento e vinte e cinco quilogramas), sem documentação de procedência e inspeção sanitária (exame *ante-mortem* e *post-mortem*). No entanto, as irregularidades constatadas não permitem concluir que o produto estava impróprio ao consumo, sendo imprescindível exame pericial para atestar a nocividade da mercadoria apreendida. 3. Na ausência de argumento apto a afastar as razões consideradas no julgado agravado, deve ser a decisão mantida por seus próprios fundamentos. 4. Agravo regimental desprovido. *AgRg no REsp 1181141/RS*. Quinta Turma. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Antônio dos Santos Martins. Rel. Ministra Laurita Vaz. Brasília, 17 de agosto de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=993290&num_registro=201000279621&data=20100913&formato=PDF>. Acesso em 05 mar. 2018.

Demais disso, afirmar que apenas o laudo poderá demonstrar a impropriedade dos bens é ignorar a hipótese objetiva dos produtos com prazo de validade vencido ou em desacordo com as normas regulamentares, não cabendo a justificativa de que prevê o Código de Processo Penal ser indispensável a realização do exame de corpo de delito nas infrações que deixam vestígios.

As normas devem ser interpretadas de forma harmônica e atentas às realidades da aplicação ao caso concreto. Ademais, o Código de Defesa do Consumidor, em decorrência do princípio da especialidade, tem preferência na aplicação dos crimes contra as relações de consumo em desfavor do Código de Processo Penal – além de ser o CDC posterior ao CPP.

Portanto, no caso da condição imprópria com o produto fora do prazo de validade ou em desacordo com as normas regulamentares, mesmo que se trate de uma infração que deixa vestígio, que faria necessário o exame de corpo de delito, o legislador optou por considerar objetivamente a condição do produto impróprio ao consumo com a dispensa de maiores análises.

b) Hipóteses subjetivas de condições impróprias ao consumo

Inseridas dentre as hipóteses subjetivas estão aquelas em que os produtos dependem de uma análise particular das condições da espécie, uma vez que cada situação terá suas características específicas e possibilidades de prova da impropriedade. São casos que irão demandar maior atenção e cautela dos magistrados para a efetivação da justiça.

No presente caso considera-se subjetivo quando o produto está (II, 1ª parte) deteriorado, alterado, adulterado, avariado, falsificado, corrompido, fraudado, nocivo à vida ou à saúde, perigoso ou (III) que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam.

No próprio HC 90.779/PR, mencionado na alínea anterior quando do debate dos produtos vencidos não necessitarem de perícia, o STF enfatiza que nos demais casos seria necessária a elaboração do laudo. Os demais casos seriam as hipóteses aqui elencadas como subjetivas na definição da impropriedade dos produtos (salvo inciso II, 1ª parte).

A partir da análise das hipóteses objetivas exigirem ou não a elaboração de laudo pericial, já se identifica que existirá certa uniformidade na incidência da norma em questões subjetivas, como na verdade existe.

Os casos cercados por subjetivismo na análise prática contribuem com certa uniformidade de entendimento entre o STJ e o STF no que diz respeito à exigência do

laudo pericial – diferente das hipóteses objetivas, em que a Suprema Corte demonstrou maior zelo na diferenciação e fundamentação da dispensa da prova pericial, tendo em vista que o STJ não se atentou ao menos a esses aspectos.

Contudo, prosseguindo à análise das condições subjetivas dos incisos II e III, onde encontram-se a maioria dos julgados do STJ (a quem compete a análise da matéria) a regra é menções à necessidade de comprovação por meio de laudo pericial quando do inciso II, como (exemplo) em caso de abatedouro clandestino. Sobre essa situação concreta, até mesmo no caso em que o abatedouro se encontrava totalmente em desacordo com as normas de vigilância, o STJ entendeu que a prova pericial seria necessária à comprovação da impropriedade da mercadoria.[322]

A necessidade de avaliação da impropriedade da mercadoria ou matéria-prima por especialista é também defendida por Nucci, em que pese o autor alterar seu entendimento de acordo com a jurisprudência do STJ, sua afirmação é de que a matéria prima ou mercadoria que se encontre em condições impróprias ao consumo deixa vestígio material, tornando necessária análise pericial.

> Ter matéria-prima ou mercadoria em condições impróprias ao consumo é situação que, logicamente, deixa vestígio material, preenchendo o disposto no art. 158 do Código de Processo Penal [...]. Por isso, cremos indispensável a realização de exame pericial para atestar que a mercadoria ou a matéria-prima, realmente, pela avaliação de especialistas, é imprópria ao consumo. Não pode essa questão ficar restrita à avaliação do juiz, que se serviria de testemunhas e outras provas subjetivas para chegar a uma conclusão.[323]

A verdade é que a doutrina se refere à mudança de entendimento do STJ de maneira geral, sem observar a condição específica do inciso I. No caso da obra em referência, menciona inclusive o descrédito aos outros meios de prova que poderiam auxiliar o magistrado a chegar à conclusão sobre a tipificação em referência. Todos pontos que o

---

322 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Penal e processual criminal. Abatedouro clandestino. Art. 7º, inciso ix, da lei nº 8.137/90 e art. 18, § 6º, inciso ii, do código de defesa do consumidor. Necessidade de laudo pericial para a constatação da impropriedade da mercadoria. Recurso improvido. 1. Para a configuração do delito previsto no art. 7º, inciso IX, da Lei n.º 8.137/90, c/c art. 18, § 6º, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor, necessária a comprovação, mediante perícia, de que a mercadoria esteja inadequada ao consumo, não bastando, *in casu*, a mera presunção de sua impropriedade pelo fato do abate dos bovinos ter sido realizado em abatedouro clandestino. Precedente do Pretório Excelso. 2. Recurso improvido. *REsp 1050908/RS. Quinta Turma*. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, Recorrido: Fabrício Gomes Degliuomeni. Relator: Ministro Jorge Mussi. Brasília, julgado em 21 de maio de 2009, Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo =200800876152&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 05 mar. 2018.

323 NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 6. ed. rev., reform. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, Vol. 1. p. 472.

presente trabalho busca valorizar e chamar a atenção porquanto indispensáveis à correta incidência penal – a existência de outros meios de prova ou mesmo a desnecessidade em situações específicas de uma criminalidade moderna característica da sociedade de risco.

Outro exemplo recorrente nos noticiários com riscos de prejuízos coletivos é o de carnes que são expostas à venda sem o carimbo de inspeção sanitária e sem a comprovação da procedência, onde o ministro relator Marco Aurélio Bellizze destaca o posicionamento de que "para a demonstração da materialidade do aludido crime, é imprescindível a realização de perícia para atestar se as mercadorias apreendidas realmente estavam em condições impróprias para o consumo"[324]. É um julgado do STJ que reitera o posicionamento do órgão pela necessidade de realização de perícia para demonstração de que os produtos estavam em desacordo com as normas regulamentares. E outros acórdãos posicionam-se na mesma linha de entendimento, condicionando a configuração do delito tipificado no art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/1990 ao cumprimento de dois aspectos, (1) existência de perícia e (2) o atestado acerca da impropriedade para o consumo.[325]

Não apenas em situações específicas o STJ tem exigido a prova pericial, mas como

---

324 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial. 1. Exposição de mercadoria imprópria para consumo. Art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/1990. Necessidade de comprovação por laudo pericial. Agravo regimental provido. 1. Para a demonstração da materialidade do crime previsto no art. 7º, inciso IX, da Lei n. 8.137/1990, é imprescindível a realização de perícia para atestar se as mercadorias apreendidas estavam em condições impróprias para o consumo. Precedentes. 2. Agravo regimental provido para desconstituir a decisão agravada e negar seguimento ao recurso especial. *AgRg no REsp 1111736/RS*. Quinta Turma. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Setembrino Martins de Carvalho. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 17 de dezembro de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200900408472&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea >. Acesso em: 06 mar. 2018.

325 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento. Agravo regimental. Agravo de instrumento. Direito penal. Lei n. 8.137/1990. Crimes contra a relação de consumo. Mercadoria imprópria para consumo. Exame pericial. Necessidade. Acórdão *a quo* em consonância com a jurisprudência deste tribunal. Incidência da súmula 83/STJ. 1. Cinge-se a controvérsia à necessidade, ou não, de realização de perícia cujo laudo ateste condições impróprias ao consumo para configuração do crime previsto no art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/1990. 2. Julgados das Turmas que compõem a Terceira Seção deste Superior Tribunal entendem que, para a tipificação da conduta prevista no art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/1990, faz-se imprescindível a realização de perícia a fim de atestar se as mercadorias apreendidas estavam em condições impróprias para o consumo. 3. A configuração do delito tipificado no art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/1990 está condicionada a dois aspectos: a) existência de perícia e b) atestado acerca da impropriedade para o consumo. 4. A ausência de uma das condições aludidas - no caso, o laudo pericial afastou a impropriedade para o consumo - implica a inexistência de materialidade delitiva, consoante o acórdão de origem adequadamente concluiu. 5. A tese esposada pelo Tribunal a quo consolidou-se em reiterados julgados da Sexta e da Quinta Turmas deste Superior Tribunal - Súmula 83/STJ. 6. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada. 7. Agravo regimental improvido. *AgRg no Ag 1418565/RJ*. Sexta Turma. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Edmar Pinto de Oliveira. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, 16, de maio de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201100979720&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 05 mar. 2018.

regra geral para o crime em estudo a compreensão é pela necessidade de perícia para se constatar a impropriedade ou a nocividade do produto ao consumidor. Nesse sentido, confiram-se o Resp 1.184.240/TO[326] (DJe 20/06/2011), HC 132.257/SP[327] (DJe 08/09/2011), AgRg no Resp 1.175.679/RS[328] (DJe 28/03/2012) e AgRg no AResp 333.459/SC[329] (DJe 04/11/2013).

Como a mudança jurisprudencial pela necessidade de comprovação por meio

326 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Penal. Recurso Especial. Crime contra as relações de consumo. Art. 7º, inciso IX, Da Lei Nº 8.137/1990. Produto impróprio para consumo. Perícia. Necessidade para constatação da nocividade do produto apreendido. Recurso especial desprovido. 1. Esta Corte Superior de Justiça pacificou o entendimento no sentido de que, para caracterizar o crime previsto no artigo 7º, inciso IX, da Lei nº 8.137/1990, é imprescindível a realização de perícia a fim de atestar se as mercadorias apreendidas estavam em condições impróprias para o consumo. 2. Recurso especial desprovido. *REsp 1184240/TO*. Sexta Turma. Recorrente: Ministério Público do Estado do Tocantins. Recorridos: Adeildo Ferreira de Matos, e Nilson Ferreira de Almeida. Relator Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador Convocado Do TJ/CE). Brasília, 12, de abril de 2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1184240&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>. Acesso em: 29 mar. 2018.

327 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus. Processual penal. Crime contra as relações de consumo. Art. 7.º, inciso IX, da lei N.º 8.137/90. Indiciamento formal após o recebimento da denúncia. Constrangimento ilegal configurado. Mercadoria imprópria para consumo. Perícia. Necessidade para constatação da nocividade do produto apreendido. Ordem concedida. 1. É consolidada a jurisprudência desta Corte no sentido de que constitui constrangimento ilegal o indiciamento formal do acusado após recebida a inicial acusatória. 2. Para caracterizar o elemento objetivo do crime previsto no art. 7.º, inciso IX, da Lei n.º 8.137/90, referente a mercadoria "em condições impróprias ao consumo", faz-se indispensável a demonstração inequívoca da potencialidade lesiva ao consumidor final. 3. No caso, evidenciam os autos, mormente a sentença condenatória e o acórdão que a confirmou, que não houve a realização de perícia para atestar a nocividade dos produtos apreendidos. 4. Ordem concedida para anular o indiciamento formal do Paciente e trancar a ação penal. *HC 132.257/SP*. Quinta Turma. Impetrante: Marco Aurélio Pereira da Silva e outro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: Agnaldo Pereira dos Santos. Relator(a): Ministra Laurita Vaz. Brasília, 23, de agosto, de 2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=132257&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=10>. Acesso em: 29 mar. 2018.

328 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial. Direito penal. Lei n. 8.137/1990. Crimes contra a relação de consumo. Mercadoria imprópria para consumo. Exame pericial. Necessidade. Acórdão a quo em consonância com a jurisprudência deste tribunal. Súmula 83/STJ. 1. O Superior Tribunal de Justiça entende que, para caracterizar o delito previsto no art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/1990 - crime contra as relações de consumo -, é imprescindível a realização de perícia a fim de atestar se as mercadorias apreendidas estavam em condições impróprias para o consumo. 2. Incidência da Súmula 83/STJ. 3. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada. 4. Agravo regimental improvido. *AgRg no REsp 1175679/RS*. Sexta Turma. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Eduardo Luiz Stangherlin. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, 13, de março, de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiro teor/?num_registro=201000056680&dt_publicacao=28/03/2012>. Acesso em: 29 mar. 2018.

329 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Crime contra as relações de consumo. Art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/1990. Mercadorias sem prazo de validade exposto. Tipicidade. Laudo pericial. Imprescindibilidade. Necessidade de demonstração da impropriedade ao consumo. 1. O crime previsto no art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/90 possui como elementar do tipo "a impropriedade das mercadorias apreendidas ao consumo humano". Logo, para fins de comprovação da elementar, é imprescindível a realização de prova pericial apta a comprovar que os produtos encontram-se impróprios ao consumo humano, não sendo, pois, suficiente para a caracterização da infração a mera exposição das mercadorias sem o prazo de validade exposto na embalagem. Precedentes. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. *AgRg no AREsp 333.459/SC*. Quinta Turma. Agravante: Ministério Público Federal. Agravados: Essonia Maria Gorges Farias, Rui César Farias. Relator(a): Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 22, de outubro, de 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=333459&b=A COR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=14>. Acesso em: 29 mar. 2018.

de laudo pericial foi feita sem maiores justificativas pelo STJ, importante analisar a questão crucial objeto de alteração que é a prova pericial, ou seja, o exame de corpo de delito e elaboração de laudo pericial, porquanto influencia em todo estudo jurídico e de produção de prova do artigo 7º, inciso IX, da Lei n. 8.137/1990.

É que mesmo que fosse importantíssima a elaboração de laudo pericial nas hipóteses subjetivas, fato é que nem sempre é possível sua realização. Então deve ser pensado na elaboração de um laudo indireto a partir das informações contidas nos autos, ou mesmo em uma imputação criminal independentemente de provas, porquanto reconhecido como crime de perigo abstrato que busca ser preventivamente eficaz em proteção aos consumidores.

O inciso III seria a proposição mais aberta e incerta da previsão legal, porquanto produtos "inadequados ao fim a que se destinam" é de um subjetivismo e relativismo tamanho que impediria a aplicação objetiva da norma ou a imputação do delito sem uma cautelosa análise da situação em concreto.

Exemplo dessa situação para a noção do risco e possível imputação objetiva seria o caso de uma mulher que adquire na farmácia um absorvente comum que, em razão de uma anormalidade no fluxo sanguíneo, se torna impróprio ao fim a que se destina. Um fluxo anormal e excessivo refletiu em um absorvente inadequado para o fim a que se destina, demonstrando que a análise superficial não pode subsidiar uma condenação.[330]

Dessa forma, quando o magistrado se deparar com casos complexos que envolvem prejuízos à coletividade de consumidores dentre as hipóteses subjetivas, não poderá obviamente subsidiar uma condenação sem fundamentação. Mesmo os crimes de perigo abstrato eles demandam a fundamentação da sentença de forma detalhada para uma condenação. E no caso das condições dos incisos II, 1ª parte, e III, por mais que os preceitos tradicionais do Direito Penal evidenciem a necessidade de prova da materialidade, deverão ser valorizados os preceitos da sociedade de risco e tipificação contemporânea.

Nas hipóteses subjetivas dos incisos II e III do artigo 18, §6º, do CDC, apesar dos estudos apresentados desde o início deste trabalho ampliarem o leque de imputação aos responsáveis que assumem o risco de gerar danos imensuráveis às pessoas, existem ainda alguns julgados que parecem insistir na absolvição. Seria o caso do RESP 1184240/

330 GUIMARÃES, Sérgio Chastinet Duarte. *Tutela penal do consumo*: abordagem dos aspectos penais do Código de Defesa do Consumidor e do artigo 7º da Lei nº 8.137, de 27.12.1990. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p.165.

TO[331], em que ficou demonstrado que a carne não se encontrava própria ao consumo nos termos da legislação, mas como estava com suas características materiais mantidas, inclusive tendo sido doada a uma família carente, restou consignada a manutenção da absolvição e rejeição do Recurso Especial.

Nesse sentido, independentemente das boas intenções com a destinação dos produtos apreendidos, a questão é que se o ilícito existe ele deve ser punido, sob pena de subversão do verdadeiro intuito de algumas normas.

Em síntese, como é necessária a tomada de decisões para coibir a criminalidade, este trabalho apresenta a seguinte proposta de aplicação da norma:

Condições impróprias ao consumo (art. 18, §6º CDC):	**Hipóteses Objetivas**	**Hipóteses Subjetivas**	**Meios de Prova**	**Classificação do crime**
Inciso I:	Prazos de validade vencidos	----------	Dispensa	Crime de perigo abstrato, mesmo nas hipóteses subjetivas, por uma questão de política criminal da sociedade de risco.
Inciso II, 1ª parte:	----------	Deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos	Exame de corpo de delito direto ou INDIRETO (outros meios de prova)	
Inciso II, 2ª parte:	Em desacordo com as normas regulamentares	----------	Dispensa	
Inciso III:	----------	Inadequados ao fim a que se destinam	Exame de corpo de delito direto ou INDIRETO (outros meios de prova)	

331 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Penal. Crime contra as relações de consumo. Art. 7º, inciso ix, da Lei nº 8.137/1990. Produto impróprio para consumo. Perícia. Necessidade para constatação da nocividade do produto apreendido. Recurso especial desprovido. 1. Esta Corte Superior de Justiça pacificou o entendimento no sentido de que, para caracterizar o crime previsto no artigo 7º, inciso IX, da Lei nº 8.137/1990, é imprescindível a realização de perícia a fim de atestar se as mercadorias apreendidas estavam em condições impróprias para o consumo. 2. Recurso especial desprovido. *Resp 1184240/TO*. Sexta Turma. Recorrente: Ministério Público do Estado do Tocantins. Recorrido: Adeildo Ferreira de Matos. Recorrido: Nilson Ferreira de Almeida. Relator: Ministro Haroldo Rodrigues. Brasília, 12 de abril de 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201000433068&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 07 mar. 2018.

3.4. A sociedade de risco e a visão dos Tribunais Superiores

O tipo penal do art. 7º, inciso IX, da Lei n. 8.137/1990 é complementado pelo artigo 18, §6º, incisos I, II e III, do Código de Defesa do Consumidor para proteger os consumidores dos produtos impróprios ao consumo colocados no mercado. Em razão das relações massificadas os riscos a que estão expostos os indivíduos podem atingir um número ilimitado de pessoas e, para tanto, os crimes de perigo abstrato vieram como uma solução a essas demandas que, pelas características e fundamentos, levam à confirmação de o crime em referência é de perigo abstrato.

Mas existe também a corrente doutrinária que é contrária à existências dos tipos penais de perigo abstrato[332], porquanto inconstitucionais. Destacam que são incompatíveis com o Estado Democrático de Direito, uma vez que presumem um resultado sem, na verdade, ocorrer a lesividade.[333]

Nos crimes de perigo abstrato a ação penalmente proibida é dotada de um potencial altamente danoso, mas sabe-se que é possível que o agente tenha tomado medidas para evitar o dano e a conduta tornar-se atípica. Schünemann propõe então a criação de um tipo intermediário de perigo abstrato-concreto, tendo por base exemplificativa o direito de alimentos alemão, que pune colocar em circulação alimentos que possam causar danos à saúde das pessoas. E agora com as relações massificadas, onde os alimentos são comercializados por produtores anônimos e fornecidos a consumidores anônimos, o curso das ocorrências também se perdem na anonimidade da sociedade de massas. Fato é que ampliando os tipos de perigo abstrato não é possível o Direito Penal se efetivar por meio de institutos jurídicos arcaicos, por isso pertinente as críticas da Escola de Frankfurt.[334]

E quando se fala nas reações do Direito Processual Penal às mudanças do Direito Penal moderno, a principal influência é quanto aos meios e formas de produção de prova, com redução de garantias principalmente nesse ponto, o que atentaria contra as tradições democráticas de um processo penal.[335]

---

332 Dentre eles Damásio de Jesus e Alice Bianchini, que demonstram com específicos tipos penais a transgressão aos princípios da ofensividade, da dignidade humana e da culpabilidade, porquanto o que existe é uma mera probabilidade de dano.

333 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*: crimes de perigo abstrato: direito penal da sociedade de risco, princípio da precaução, evolução dogmática dos crimes de perigo, imputação objetiva e perigo abstrato, direito penal e gestão de risco. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. pp.129.

334 SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* de proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 13, n. 53, p.09-37, mar.-abr.2005. p. 29-31.

335 HASSEMER, Winfried. Características e crise do moderno direito penal. *Revista Síntese de Direito Penal*

Conforme já mencionado anteriormente, um dos principais desafios dos crimes da modernidade, quais sejam, os delitos de perigo abstrato, é assegurar sua aplicação no caso concreto em questões que envolvem os preceitos do Direito Penal tradicional, como é o caso da prova concreta e o laudo pericial, muitas vezes exigidas pelo núcleo central do Direito Penal que se baseia em parâmetros criminais de agente *versus* indivíduo vitimado – o que não é mais a regra, conforme destacado em vários momentos deste estudo.

Essa condição tradicional de exigir laudo pericial dos crimes que deixam vestígios talvez seja a principal dificuldade do sucesso dos crimes de perigo abstrato na atualidade, porquanto a jurisprudência dos Tribunais Superiores não fundamenta uma imputação sem apontar especificamente os meios de prova conforme legislação tradicional.

Manifestando-se dessa forma o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal parecem não compreender as novas realidades, bem como o fato de que as mudanças sociais devem ser acompanhadas pela evolução da atuação jurisdicional, de maneira a não deixar os riscos existentes sem um efetivo controle.

O fato de não compreenderem o que é o Direito Penal da sociedade de risco tem como consequência deixar descoberto a regulamentação e o espaço de ilicitude de alguém que expõe a venda produto que esteja com prazo vencido ou com outras características de impropriedade. E o reflexo disso é jogar por terra o dever do Estado de regular a maneira pela qual circulam os produtos de gêneros alimentícios ou de consumo de uma maneira geral.

Ao deixar descoberto esse espaço regulatório as consequências são drásticas a ponto de inibir ou prejudicar a livre iniciativa, pois para o adequado funcionamento do mercado as regras é que serão uma resposta regulatória a ser estimulada pelos Tribunais.

A comparação de espaços da atividade regulatória com a utilização do Direito Penal em resposta veio como uma justificativa à imputação daqueles que causam desordem por meio dos crimes de perigo abstrato.

O crescimento da economia contribui para a expansão do mercado e influencia, ainda, nas relações das empresas com o meio de trabalho, com seus funcionários, parceiros, consumidores e até com o meio político. Uma comunidade massificada que aumenta a ganância pelo lucro fácil e reflete em mudanças no paradigma da criminalidade.

Pode-se verificar com o processo de globalização e a ânsia pelo acúmulo de riquezas

e Processual Penal, Ano III, nº. 18, p.144-157, Fev.-Mar/2003. p.155.

em níveis supranacionais que a criminalidade também ganha aspirações globais e influencia nas incorretas decisões societárias. E a imprevisibilidade da sociedade do risco e o descrédito das instâncias de proteção, conforme mencionado anteriormente nesse estudo, contribuem para o aumento do medo e insegurança sociais.[336]

> Com isso, o poder que antes já foi do Estado, migra claramente para as organizações empresariais. Estas, por vezes, ostentam um PIB que pode superar em muitas vezes o de alguns países, porém, seguem padrões de atuação de difícil previsibilidade, fomentando ainda mais a sensação de medo e, como reflexo, geram um acréscimo de demanda da instância penal.[337]

Para que as empresas não dominem o mercado e prejudiquem a coletividade de consumidores que tipos penais como o do presente estudo precisam existir. Na polêmica sobre a modernização do Direito Penal o mais importante é o reconhecimento dos bens jurídicos coletivos que, diferentes do individual, demandam uma proteção prévia, antes da ocorrência do prejuízo. De um Direito Penal anteriormente baseado no predominante crime de furto, com reflexo no bem jurídico individual, para um Direito Penal moderno que adapta seu tipo penal às condutas das classes médias e altas.[338]

Mas a visão dos Tribunais Superiores demonstra não se alinhar às necessidades sociais, com uma atuação mais efetiva em contribuição ao espaço regulatório.

A tutela penal das condições impróprias ao consumo na jurisprudência do STJ e STF pode ser dividida em várias vertentes interpretativas, sendo que um mesmo tipo penal, voltado à proteção dos consumidores da sociedade de risco, possui decisões tanto no STJ como no STF pela dispensa do laudo pericial ou por sua exigência.

No Superior Tribunal de Justiça é possível verificar casos com dispensa do laudo pericial de forma mais ampla, outros que dispensam quando presentes outros meios de prova e, ainda, os que dispensam o laudo se o produto estiver vencido ou em desacordo com as normas regulamentares. Constata-se também a exigência do laudo pericial mesmo se o produto estiver vencido e a exigência como regra geral sem diferenciar hipóteses.

---

336 MUÑOZ CONDE, Francisco; BUSATO, Paulo César. *Crítica ao direito penal do inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 159.

337 Ibidem, p.158.

338 GARCIA MARTÍN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Tradução: Érica Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 09.

Já no Supremo Tribunal há acórdão pela dispensa do laudo pericial se vencido o produto (fora do prazo de validade) e pela exigência do laudo pericial. Todas as possibilidades devidamente apresentadas no decorrer desse presente estudo.

De tal modo, com a jurisprudência direcionando para vários caminhos de aplicação da norma, nota-se uma completa falta de parâmetros objetivos na análise das hipóteses de condições impróprias ao consumo e seus meios de prova, bem como o reconhecimento das mudanças do Direito Penal moderno quanto a sua incidência nas questões da sociedade de risco. Torna-se indispensável um parâmetro uniforme que reconheça a punição com a mera realização da conduta ou o exame de corpo de delito indireto a partir de outros meios de prova, porquanto se trata de delitos onde os danos nem sempre serão verificáveis de imediato e o magistrado necessita de uma atuação mais eficaz em contribuição ao espaço regulatório.

Conclusões

A presente dissertação centrou sua discussão na Lei n. 8.137/1990, artigo 7º, inciso IX, que é norma penal em branco no tocante à expressão "condições impróprias ao consumo" e tem seu complemento no Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), art. 18, §6º, incisos I, II e III.

Trata-se de questão frequente e de grande repercussão nas temáticas sociais, uma vez que a polêmica da tipicidade penal dos produtos impróprios ao consumo na sociedade de risco ainda precisa ser melhor estudada, juntamente com as questões de crime de perigo abstrato e a necessidade de laudo pericial. Pois a partir do momento em que o Direito Penal passa a incidir nas questões da sociedade de risco os conceitos e princípios contemporâneos precisam ser analisados.

Já se passaram quase 30 anos da vigência das Leis n. 8.137/1990 e Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) e até a presente data não se verificam maiores estudos e aprofundamento ao tema "Crimes contra as relações de consumo" seja entre elas, seja para uma aplicação delas com os parâmetros do atual Direito Penal.

Reconhecer a expansão do Direito Penal e definir a melhor corrente para a proteção dos interesses difusos reflete diretamente na tipificação das condutas que podem gerar prejuízos em massa e nos meios em direito admitido para a concretização da regulação.

O avanço da criminalidade tem envolvido questões do Direito Econômico, do Direito Ambiental e do Direito das Relações de Consumo. Dessa forma, a teoria do crime precisa ser compatível com essas demandas e, dentre as correntes apresentadas, a do grupo dos expansionistas é a que se apresenta mais eficaz na aplicação do Direito Penal.

No mundo contemporâneo existe um campo de incertezas regado por condutas indeterminadas onde o dano não pode ser exigido para a punição. Há um aumento nas situações de crime de mera conduta e uma redução das exigências de sua comprovação. Isso torna-se possível através dos crimes de perigo abstrato, uma vez que funcionam como norma de reforço às questões que precisam de um maior controle.

O Direito Penal torna-se um instrumento de controle social com foco na proteção coletiva, ingressando em searas antes pertencentes a outras matérias e deixando evidente o descrédito das outras instâncias de proteção.

Ocorre uma inversão na atuação penal que deixa complicada a situação de considera-

lo como *ultima ratio*. Inclusive porque ocorre a administrativização do Direito Penal e a seara passa a tratar de temas de regulamentação administrativa. As normas administrativas e as dos diversos ramos do direito podem incidir no caso concreto, mas passam a contar com o reforço do Direito Penal. Seria no descumprimento de tais normas que viria o Direito Penal para tutelar.

Dessa forma, o estudo propicia o levantamento de novas características da sociedade complexa quanto à expansão da tutela penal como: antecipação da tutela penal, abstrativização de bens jurídicos, supra ou transindividualidade (difusos) da tutela, antecipação dos prejuízos e redução das exigências de prova concreta.

É importante observar que a tutela penal surge como uma norma de reforço, pois expor à venda, ter produtos fora do prazo de validade, vender produtos estragados, disponibilizar produtos impróprios ao consumo de maneira geral, já faz com que a conduta tenha ingressado no campo do ilícito. E além da responsabilização administrativa, civil ou das relações de consumo, surge a tutela penal como uma norma de reforço buscando dar efetividade às garantias de um Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto ganha destaque o princípio da precaução, tendo em vista que a função da conduta criminal é agir anteriormente à existência do dano, protegendo os consumidores vítimas de um mercado de massas.

Entretanto esse não é o entendimento observado pelos Tribunais Superiores, responsáveis pela uniformização da jurisprudência e, consequentemente, passa a não ser notado também em todas as áreas investigativas do Brasil.

Inicialmente era possível encontrar julgados do Superior Tribunal de Justiça no sentido da dispensa do laudo pericial no crime de inserir no mercado produto em condições impróprias ao consumo, por se tratar de delito de perigo abstrato e com prejuízo presumido. Posteriormente, todavia, passaram a classificar em alguns casos o delito do art. 7º, inciso IX da Lei n. 8.137/1990 como material, de perigo concreto, em que seria indispensável a realização de perícia para a tipificação penal – mas nunca de forma unânime.

A discussão central do STJ e STF se volta para o debate quanto à necessidade da realização do exame de corpo de delito para a constatação da impropriedade ao consumo. Por isso, primordial o estudo dos meios de prova, da realização do exame de corpo de delito direto ou indireto, e da possibilidade de sua dispensa.

Como a impropriedade ao consumo tem como base o artigo 18, §6º, incisos I,

II e III, do Código de Defesa do Consumidor, que nos seus três incisos apresenta as hipóteses em que foram positivadas as condições impróprias, este estudo propôs uma divisão facilitadora do tema em hipóteses objetivas e hipóteses subjetivas.

Objetivas são aquelas perceptíveis como imprópria ao consumo de forma imediata. Bastam os produtos estarem com o prazo de validade vencido (art. 18, §6º, inciso I do CDC) ou em desacordo com as normas regulamentares (art. 18, §6º, inciso II, 2ª parte).

Subjetivas seriam as dependentes de provas para sua averiguação – seja direta ou indiretamente. São os casos em que os produtos apreendidos encontram-se deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou inadequados ao fim a que se destinam.

No entanto a jurisprudência oscila na interpretação da norma e parece não avançar de acordo com as demandas da sociedade de risco, conforme pôde-se demonstrar ao longo de todo o trabalho. O Superior Tribunal de Justiça dispensa o laudo pericial em certas situações quando presentes outros meios de prova e se o produto estiver vencido ou em desacordo com as normas regulamentares. Mas também o exige em outros acórdãos mesmo aos produtos fora do prazo de validade ou até como regra geral, sem grande preocupação com a diferenciação das hipóteses. Já o Supremo Tribunal Federal dispensa o laudo se vencido o produto (fora do prazo de validade) e exige nas demais.

Os acórdãos foram pontuados na dissertação no decorrer de todo o conteúdo, uma vez que a temática é ampla e pode ser abordada sobre vários aspectos. O problema em analisar a questão apenas pela necessidade do laudo pericial é que os Tribunais Superiores não respeitam a própria natureza da resposta penal que criminaliza esse tipo de conduta que é para servir de norma de reforço.

A partir do momento em que o legislador tipificou a conduta com a incidência da tutela penal, significa que o Estado optou por considerar essas condutas descritas no tipo como um ilícito penal em reforço ao ilícito administrativo. Ou seja, não é imprescindível que as pessoas venham a passar mal ou tenham seus direitos concretamente violados para que se considere o desrespeito à norma.

O problema central não é apenas nos casos em que consumidores vierem a consumir produtos impróprios ao consumo, mas relaciona-se com o posicionamento do STJ e do STF. A partir do momento em que agem dessa forma eles deixam a questão sem qualquer prevenção geral negativa.

Sem a contribuição do Judiciário para o cumprimento dos ilícitos positivados é

possível visualizar inclusive certo estímulo ao mercado paralelo. E para melhor noção na seara do Consumidor é possível pensar em várias situações.

Imaginem uma grande quantidade de carne apreendida por indícios de fraudes e sem os selos exigidos pelas normas regulamentares. Agora pensem em uma manipulação genética não autorizada de um alimento que possa se tornar nocivo à saúde. Ou mesmo o conteúdo de uma cerveja considerada especiaria, mas que teve o interior violado com a inserção de outro líquido no recipiente. Até o caso de vários óculos apreendidos por serem falsificados ou dos outros produtos com o rótulo indicando o prazo de validade ter expirado.

Em todos os exemplos os danos concretos aos indivíduos sequer poderiam chegar a existir. A carne poderia não fazer mal. O alimento transgênico sem autorização pode não causar reações. A violação da cerveja pode passar despercebida pelos apreciadores. Os óculos podem não prejudicar a visão e algo vencido pode estar em perfeitas condições para ser consumido. Mas a questão concreta não é primordial à solução desses delitos.

O Direito Penal se orienta pelas consequências e deve atuar com a verificação do ilícito penal. Ocorre uma expansão da matéria nas questões da sociedade de risco para que os danos não venham a se concretizar. Para que a carne não faça mal, o alimento não autorizado não chegue ao mercado, o líquido da garrafa de cerveja não engane quanto às suas características, o óculos não venha a prejudicar nenhuma visão e que nenhum produto fora do prazo de validade fique disponível para o consumo.

A inteligência dos crimes de perigo abstrato é punir o ilícito penal em reforço às demandas da sociedade de risco sem exigências rigorosas de prova do prejuízo, uma vez que a punição das condutas se relacionam com as atuais necessidades. Caso contrário, no crime em estudo, existiria um estímulo à venda do produto fora do espaço de regulamentação, como vem ocorrendo.

A comercialização é orientada pela livre iniciativa e o ideal é não ter o Estado que intervir para realizar qualquer regulação e não vir a sufocar a atividade empresarial. Todavia o STJ diz que não pode agir em situações assim sob a tese de que estariam retirando a liberdade das pessoas sem provas concretas. Contudo a ausência do Direito Penal prejudicará a liberdade, pois ele deixa de atuar como prevenção geral negativa.

Por isso a proposta do presente estudo é a classificação do delito de inserir no mercado produtos considerados impróprios ao consumo como crime de perigo abstrato que, por uma questão de política criminal em prol do controle eficaz na sociedade de risco,

dispensa a elaboração do laudo pericial ou considera a hipótese de sua formulação pela forma indireta – por outros meios de prova.

As hipóteses objetivas apresentam-se como situações que permitem com maior facilidade a imputação penal independente da prova pericial. Entretanto a política criminal da sociedade de risco permite a expansão da disciplina a áreas de regulação como forma de proteção coletiva das pessoas.

A Corte Superior, chamando também a atenção para o STF (caso venha a julgar novamente demanda nesta seara), não pode deixar esse espaço aberto nas relações de consumo ao entendimento de necessidade de prova concreta. Agindo assim o Tribunal afasta a tutela própria do tipo penal que assegura uma proteção abstrata a bens jurídicos.

São questões que procuram contribuir para a efetividade da atividade jurisprudencial e fiscalizatória do Estado. Com a uniformização pelo reconhecimento de que as condições impróprias ao consumo podem ser aferidas por outros meios de prova ou mesmo abstratamente, alcançar-se-ia um desenho de modelagem penal do Estado Brasileiro eficaz e moderno.

Dizer que o STJ e o STF erraram ao exigir o laudo pericial para a aferição da impropriedade dos produtos ao consumo é algo pequeno diante das demandas de aceitação do expansionismo penal e as necessidades da sociedade de risco. Uma mudança de postura dos Tribunais Superiores nesse sentido contribuiria para uma maior eficiência em decisões que passarão a pensar nas consequências.

Referências

ANDRADE, Pedro Ivo. *Crimes contra as relações de consumo*. Curitiba: Juruá, 2007.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Criminologia e feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção da cidadania. *In*: CAMPOS, Carmen Hein (Org.). *Criminologia e feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

BESSA, Leonardo Roscoe; BENJAMIN, Antônio Herman V., MARQUES, Claudia Lima. *Manual do direito do consumidor*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Manual do direito do consumidor*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal:* parte geral, I. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

BIZAWU, Kiwonghi; LOPES, André Luiz. Manipulação genética e organismos geneticamente modificados à luz do direito à informação do consumidor. *Revista Thesis Juris*, São Paulo, v. 3, n. 1, pp. 166-190, jan./jun.2014.

BOSCH, Marcia Helena. *Crimes contra as relações de consumo:* uma teoria a partir da jurisprudência. 155 f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato:* crimes de perigo abstrato: direito penal da sociedade de risco, princípio da precaução, evolução dogmática dos crimes de perigo, imputação objetiva e perigo abstrato, direito penal e gestão de risco. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 27 fev. 2018.

BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 19 mar. 2017.

BRASIL. *Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm>. Acesso em: 18 mar. 2017.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal. Parte geral: (arts. 1º a 120)*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, Vol. I.

_____. *Curso de processo penal*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CHAIMOVICH, Lautaro Contreras. La responsabilidad penal del fabricante por la infracción de sus deberes de vigilancia, advertencia y retirada. *Política criminal.* Vol. 10, n. 19, jul. 2015, pp. 266-296. Disponível em: <http://www.politicacriminal.cl/Vol_10/n_19/Vol10N19A9.pdf>. Acesso em: 08 maio 2018.

COLOMBO, Silvana; FREITAS, Vladimir Passos de. Da teoria do risco concreto à teoria do risco abstrato na sociedade pós- industrial: um estudo da sua aplicação no âmbito do direito ambiental. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, vol. 08, nº. 03, pp. 1895-1912, 2015.

COSTA, Daniela Carvalho Almeida da. SODRÉ, Edyleno Italo Santos. Reflexão acerca da administrativização do direito penal brasileiro (com a Lei n. 12.846/2013). *Revista Jurídica*, Curitiba, vol. 02, nº. 43, pp 50-71, abr. 2016.

DAVID, Décio Franco. BONATO, Gilson. Negacionismo histórico e caso Ellwanger – efetividade ou simbolismo da norma penal?: Uma análise sob a perspectiva da teoria do bem jurídico-penal. *Revista Jurídica*, Curitiba, vol. 01, nº. 46, pp. 425 – 464, jan. 2017.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal:* parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais. Portugal: Coimbra, 2007.

_____. O direito penal entre a sociedade industrial e a sociedade de risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, fasc. 33, pp. 39-65, jan-mar.2001.

DOTTI, René Ariel. *A proteção penal do meio ambiente*. Curitiba: Instituto dos Advogados do Paraná, 1978.

EFING, Antonio Carlos; ORTIGARA, Rudinei Jose. Produtos nanotecnológicos e a proteção dos consumidores. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 16, n. 2, p. 287-313, jul 2017.

FURTADO, Heloysa Vareschini. SILVA, Marcos Alves da. Compreensão do atual complexo cientifico-judiciário: um novo modo de estudar as leis penais. *Revista Percurso*, Curitiba, Vol. I, p. 45-60, Janeiro 2016.

GOMES, Magno Federici; SILVA, Andressa Kelle Custódio. A persecução penal sustentável dos crimes de perigo abstrato nos delitos ambientais. *Revista da Universidade Vale do Rio Verde*, Três Corações, v. 15, n. 2, p.152-157, ago./dez. 2017.

GARCIA MARTÍN, Luis. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*. Tradução: Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Tradução: Érica Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal:* parte geral. 19. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017, Vol. I.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FILHO, Antonio Magalhães Gomes Filho; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GUARAGNI, Fábio André; KOBUS, Renata Carvalho. O abuso do poder sob o enfoque do direito penal econômico. *Revista Jurídica*, Curitiba, vol. 02, nº. 43, 2016. pp.233-257.

GUIMARÃES, Sérgio Chastinet Duarte. *Tutela penal do consumo:* abordagem dos aspectos penais do Código de Defesa do Consumidor e do artigo 7º da Lei nº 8.137, de 27.12.1990. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 618-688, julho/dezembro de 2013.

HASSEMER, Winfried. Características e crise do moderno direito penal. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Ano III, nº. 18, p.144-157, Fev.-Mar/2003.

_____. Defesa contra o perigo pelo direito penal – uma resposta para as atuais necessidades de segurança? *Revista de Estudos Criminais*, Ano XII, nº. 55, p.29-42, Out.-Dez/2014.

_____. *Direito penal libertário.* Tradução: Regina Greve; coordenação e supervisão: Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HENAO, Diana Patricia Arias. Princípio de precaución ambiental en posconflicto: importancia de la incertidumbre científica en las zidres. *Revista de Derecho Publico*, Universidad de los Andes, n. 37, jul-dez. 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 2. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012, Vol. I.

LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de processo penal*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal:* uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005. (Monografias / IBCCRIM; 34)

MADEIRA, Ronaldo Tanus. *Da prova e do processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MALATESTA, Nicola Flamarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Tradução: Paolo Capitanio. 6. ed. Campinas: Bookseller, 2005.

MAÑALICH, Juan Pablo El principio ne bis in idem frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio. *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*. Universidad de Chile. Vol. 9, n. 18, art. 8, pp. 543-563, Diciembre, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira (Org.); BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Org.); PACELLI, Eugênio (Org.). *Direito penal contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MUÑOZ CONDE, Francisco; BUSATO, Paulo César. *Crítica ao direito penal do inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introdución al derecho penal*. Buenos Aires: Montevideo, 2001.

NONINO, Marina Esteves; FERREIRA, Daniel. O recrudescimento do direito administrativo sancionador na sociedade de riscos. *Revista Percurso*. vol. 2. Set, pp. 238-258. 21p. 2016.

NOVACKI, Eduardo. BAGGIO, Andreza Cristina. O direito do consumidor nos tribunais superiores brasileiros: avanços e retrocessos em tempos de precedentes judiciais vinculantes. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, ano 27, n. 115, jan.-fev. 2018. pp.393-423.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 6. ed. ver., reform. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, Vol. 1.

_____. *Manual de direito penal*. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. *Manual de processo penal e execução penal*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o direito penal brasileiro:* direito de intervenção, sanção penal e administrativa. São Paulo: IBCCRIM, 2013.

PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito processual penal:* teoria, crítica e práxis. 3. ed., rev., ampl. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2005.

PEDROSO, Fernando de Ameida. *Prova penal:* doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Tratado de direito penal:* parte geral. 2. ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, Vol. I.

RODRIGUES, Eliane de Andrade. Crimes contra as relações de consumo: uma consequência da falta de fiscalização do Poder Público sob a análise do código de defesa do consumidor e da lei 8.137/90. *Pensar*: *Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 14, n. 1, pp. 27-41, janeiro/junho, 2009.

SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a ultima ratio de proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 13, n. 53, pp. 09-37, mar.-abr.2005.

SCOLANZI, Vinícius Barbosa. A tipicidade penal à luz da missão do direito penal no estado democrático de direito. *Argumenta: Revista Jurídica*, Jacarezinho/PR, 2013. pp.173-206, 34p.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Aproximação ao direito penal contemporâneo* – Tradução Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (Direito e ciências afins; v.7/ coordenação Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes, William Terra de Oliveira)

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal supra individual:* interesses difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; GOMES FILHO, Dermeval Farias. Funcionalização e expansão do direito penal: o direito penal negocial. Brasília: *Revista de Direito Internacional*, v. 13, 1, 2016. pp.377-396.

SUXBERGER, Antônio Henrique. *Legitimidade da intervenção penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor:* direito material e processual. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

TORNAGHI, Hélio Bastos. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1980.

WEDY, Miguel Tedesco. Alguns desafios do direito penal na sociedade de risco. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*. São Leopoldo/RS. pp. 65-73, jan./jun. 2013.

WUNDERLICH, Alexandre. Sobre a tutela penal das relações de consumo: da exegese da Lei n. 8.078/90 à Lei n. 8.137/90 e as consequências dos "tropeços do legislador". *Revista Jurídica*, São Paulo. Ano 53, n. 336, outubro de 2005. pp.77-97.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro:* parte geral. 9.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, vol. I.