



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Tutela Penal nas Relações de Consumo: Laudo pericial e a impropriedade do produto.

Elisangela Barbosa da Silva

Rio de Janeiro
2012

ELISANGELA BARBOSA DA SILVA

Tutela Penal nas Relações de Consumo: Laudo pericial e a impropriedade do produto.

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil.

Professores Orientadores:

Guilherme Sandoval

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C.Tavares Junior

Rafael Iorio

Rio de Janeiro
2012

TUTELA PENAL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO: LAUDO PERICIAL E A IMPROPRIEDADE DO PRODUTO.

Elisangela Barbosa da Silva

Graduada pela Universidade do Rio de Janeiro (UNI-RIO). Servidora Pública do TJ/RJ – Oficial de Justiça.

Resumo: O art.7º, IX, da Lei n. 8.137/90 ao definir crimes na relação de consumo, o fez de forma vaga e abstrata, pois quando fala em “mercadoria ou matéria-prima” imprópria para consumo, não delimitou as hipóteses, necessitando de complementação que é realizada pelo art. 18, §6º do Código de Defesa do Consumidor. Ocorre que há discussão na doutrina e na jurisprudência se basta o produto estar com o prazo de validade vencido para caracterizar o crime ou haveria necessidade de perícia para atestar a impropriedade. Há os que entendem pela prescindibilidade da perícia e afirmam ser o crime formal e de perigo abstrato, e outros pela imprescindibilidade da prova pericial, pois se trata de crime de perigo concreto. Baseando-se no Direito Penal moderno, garantista, que deve ser utilizado como *ultima ratio*, melhor posição é a que classifica o crime como sendo de perigo concreto, rechaçando o crime de perigo abstrato ou presumido que fere princípios básicos do Direito Penal e torna a norma pouco efetiva.

Palavras-chave: Consumo. Produto. Validade. Perícia.

Sumário: Introdução. 1. Princípios básicos do Direito Penal moderno. 2. Direito Penal do Consumidor. 2.1. Conceito de mercadorias impróprias para consumo e sua complementação. 2.2. Bem Jurídico protegido: crime de dano, de perigo abstrato ou de perigo concreto?. 3. Laudo pericial e impropriedade do produto na análise das decisões do STF, STJ E TJ/RJ. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva discutir se é ou não imprescindível a realização de prova pericial para comprovar a impropriedade dos produtos colocados à disposição do consumidor, na hipótese de ter expirado o prazo de validade da mercadoria.

Verifica-se, no Direito Penal moderno, a não admissão do chamado crime de perigo abstrato ou presumido, sendo indispensável à prova de que o bem jurídico protegido foi violado ou concretamente ameaçado, o que faz com que a análise do art.7º, IX, da Lei n. 8.137/90 c/c com art.18,§ 6º, I, do Código de Defesa do Consumidor, seja interpretado à luz do Direito Penal atual.

O Código de Defesa do Consumidor, quando resolveu trazer em seu bojo normas penais, para proteger o consumidor diante das práticas abusivas e criminosas dos fornecedores, o fez sem a preocupação de compatibilizar os tipos penais com os princípios do Direito Penal clássico, disciplinou as normas de forma desordenada, e assim, feriu a unicidade do sistema jurídico.

Isso demonstra uma política normativa sensacionalista, em que as normas penais criadas servem apenas para configurar a confiança institucional na ordem jurídica e surge o que denominam de Direito Penal como instrumento simbólico de legitimação do poder estatal.

É cediço que o Direito Penal, pela gravidade de suas consequências, na esfera de interesses do indivíduo, dever ser utilizado como *ultima ratio*, isto é, de forma fragmentária, para proteção dos bens jurídicos mais relevantes.

A criação de tipos penais abertos, bem como a criação de tipos de perigo abstrato, torna dificultosa a vinculação com o sujeito passivo do delito e assim, ofende os princípios da taxatividade, lesividade e culpabilidade.

A Lei n. 8.137/90, ao definir crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, junto com o Código de Defesa do Consumidor, define crimes, dentre os quais se situa o que prevê a colocação de produtos impróprios ao consumo à disposição do consumidor (artigo 7º, IX da Lei n. 8.137/90).

O termo “mercadoria imprópria para o consumo” é um conceito vago, indeterminado, o que faz com que muitos sustentem ser norma penal em branco complementada pelo art. 18, § 6º do Código de Defesa do Consumidor.

A questão sobre a necessidade ou não de perícia para a configuração do crime do art.7º, IX, da Lei n. 8.137/90 c/c com art. 18,§ 6º do Código de Defesa do Consumidor é matéria frequente de amplo debate doutrinário e jurisprudencial.

O presente trabalho buscará demonstrar, utilizando a metodologia bibliográfica e qualitativa, que a norma em comento não observou a unicidade do Sistema Jurídico, violando princípios basilares do Direito Penal e que tem pouca efetividade, sendo muito criticada na doutrina e na jurisprudência, não atingindo sua real finalidade de proteção ao Consumidor.

1-PRINCÍPIOS BÁSICOS DO DIREITO PENAL MODERNO

O Direito Penal em um Estado Democrático de Direito serve para viabilizar uma limitação do direito do Estado de Punir, e, portanto, só pode atuar legitimamente quando haja bem jurídico a ser tutelado ou protegido.

O legislador deve se basear na Constituição, que garante um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos.

Os princípios do Direito Penal são limitadores do direito de punir do Estado e servem como garantia aos direitos fundamentais.

Como primeiro princípio, cita-se o princípio da legalidade. Esse princípio vem positivado no art. 5º, XXXIX CRFB/88¹ e no art. 1º do Código Penal². Segundo ele, não há lei sem crime anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (*nullum crimen nulla poena sine legem*).

Possui a função de garantia para o indivíduo contra o abuso do Estado, pois a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei.

Outro princípio basilar do Direito Penal é o princípio da taxatividade. Esse princípio é um desdobramento do princípio da legalidade.

¹BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 jan. 2012.

² BRASIL, Código Penal. Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De12848.htm> Acesso em: 15 jan. 2012.

A lei Penal deve ser clara e precisa, para que possa ser compreendida por todos, sendo vedada, portanto, com base em tal princípio, a criação de tipos que contenham conceitos vagos ou imprecisos, impondo-se ao Poder Legislativo, na elaboração das leis, que redija tipos penais com a máxima precisão de seus elementos.

Define Guilherme Souza Nucci³:

A construção de tipos penais incriminadores dúbios e repletos de termos valorativos vagos pode dar ensejo ao abuso do Estado na invasão da intimidade e da esfera de liberdade dos indivíduos. Aliás, não fossem os tipos taxativos – limitativos, restritivos, precisos – e de nada adiantaria adotar o princípio da legalidade ou da reserva legal.

Importante princípio a ser observado é o princípio da intervenção mínima. A ideia de intervenção mínima traduz que o Direito Penal não deve atuar, e nem ser a solução para todos os males. Não deve achar que o Direito Penal serve para solucionar qualquer tipo de violação de normas sociais, sendo utilizado para solucionar os mais variados problemas da vida em sociedade, o que chama-se de “Direito Penal Simbólico” ou “Inflação Legislativa”.

O Direito penal só intervém em último caso, *ultima ratio*. Então, se todas as sanções dos outros ramos do direito não forem suficientes, aí o Direito Penal é chamado a intervir. Mas se houver sanções em outros ramos do direito aptas a solucionar a questão, a criminalização não será adequada.

Cezar Roberto Bitencourt⁴ orienta que: “Antes de se recorrer ao Direito Penal deve-se esgotar todos os meios extrapenais de controle social, e somente quando tais meios se mostrarem insuficientes à tutela de determinado bem jurídico justificar-se-á a utilização daquele meio repressivo de controle social.”

Em relação ao princípio da lesividade, esse traduz que o Direito Penal só é legítimo quando o tipo penal descreva lesão ao bem jurídico, onde não houver lesão ao bem jurídico a intervenção do Direito Penal não será legítima.

³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 48.

⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 44.

Para a tipificação do crime no sentido material, há necessidade de verificar a existência de um perigo concreto, ou seja, que cause dano a um bem jurídico protegido. Crimes classificados como de perigo abstrato devem ser considerados inconstitucionais, pois não há a demonstração do dano efetivo e real⁵:

Por último o princípio da culpabilidade, determina que não é possível estipular a responsabilidade penal baseado somente em questões objetivas e na causalidade. Se não houver dolo ou culpa, não haverá conduta. Sem conduta não há fato típico. Sem fato típico não haverá crime.

Com este princípio busca resguardar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

2- DIREITO PENAL DO CONSUMIDOR

É com o advento do capitalismo pós-industrial, caracterizado pelo avanço tecnológico e pela massificação do consumo, que as chamadas relações de consumo são erigidas ao *status* de bem jurídico penalmente apreciado⁶.

Antes as relações de consumo eram dotadas de muita individualidade, numa relação muito particular.

Sérgio Cavalieri Filho⁷ informa que:

[...] A proteção do consumidor deve ser na exata medida do necessário para compatibilizar o desenvolvimento econômico e tecnológico do qual necessita toda a sociedade e equilibrar as relações entre consumidores e fornecedores[...] Os princípios do CDC realizam os valores constitucionais de proteção e defesa dos consumidores, tais como a saúde, a segurança, a vulnerabilidade e outros mais[...]

Com a evolução da sociedade e surgimento de novas formas de contratar, surge a necessidade de proteger o consumidor, parte vulnerável da relação. A necessidade da reação

⁵ BITENCOURT, op. cit., p. 52.

⁶ GUIMARÃES, Sérgio Chastinet Duarte. *Tutela Penal do Consumo: Abordagem dos aspectos penais do Código de Defesa do Consumidor e do Artigo 7º da Lei n.8137/90*. Rio de Janeiro: Renan, 2004, p. 37.

⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 25.

social em relação às pressões econômicas injustas, que atingia a parte mais fraca da relação, fez surgir o Direito Penal do Consumidor.

O Direito Penal brasileiro, bem antes do surgimento do Código do Consumidor, já tutelava atos contra o consumidor.

O autor Sérgio Chastinet⁸ informa que: “Os primeiros antecedentes da atual legislação penal de proteção ao consumo são os crimes contra o patrimônio, especificamente algumas formas de estelionato e as fraudes no comércio em geral.”

Cumprindo preceito constitucional, art. 5º, XXXII; art.170,V,e 48 do ADCT, após a década de 90 surgem as leis de defesa do consumidor: Leis 8.078/90⁹e 8.137/90¹⁰.

Visando ao estudo de formas eficientes de proteção penal das relações de consumo, nasce o Direito Penal do Consumidor como um dos ramos do Direito Penal Econômico.

Antônio Cezar¹¹ relata que:

É sob tal ótica que deve ser vislumbrado o Direito Penal do Consumidor (DPC), ou Direito Penal do Consumo, isto é, como um *ramo* do Direito Penal Econômico que tem por finalidade o estudo de toda a forma de proteção penal à relação de consumo, como bem jurídico imaterial, supra-individual ou difuso. Visa a fazer valer a proteção assegurada pela própria legislação consumerista.

O Direito Penal do Consumidor é um ramo do Direito Penal Econômico e visa proteger todo um mercado contra condutas abusivas de comerciantes e fornecedores, respeitando os direitos e deveres decorrentes do regramento civil e administrativo que orienta as relações entre fornecedores e consumidores¹².

O bem jurídico relação de consumo está inserido num bem maior que é a proteção à ordem econômica, onde se inclui o mercado de consumo. Após a violação desses bens, de

⁸ GUIMARÃES, op.cit., p. 41.

⁹ 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: 15 jan. 2012.

¹⁰ 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: 15 jan. 2012.

¹¹ FONSECA, Antônio Cezar Lima da. *Direito Penal do Consumidor e Lei 8137/90*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 26.

¹² BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual do Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 349.

forma reflexa, é que estará violando o consumidor, individualmente considerado. Relação de consumo é bem jurídico autônomo e supra-individual¹³.

O Código de Defesa do Consumidor em seu art. 61 dispõe sobre os crimes contra as relações de consumo e se extrai do referido artigo, que o código protege a relação jurídica de consumo, bem jurídico autônomo e supra-individual e reflexamente protegerá o consumidor individualmente.

A proteção da relação de consumo busca uma garantia que tanto o fornecedor como o consumidor (sujeitos da relação de consumo), poderão exigir o cumprimento de regras para o bom funcionamento do mercado, pois o bem jurídico protegido é eticidade e boa-fé da relação de consumo.

2.1. CONCEITO DE MERCADORIAS IMPRÓPRIAS PARA O CONSUMO E SUA COMPLEMENTAÇÃO.

Ao analisar as duas leis (Lei n. 8078/90 e Lei n. 8.137/90), percebe-se que a primeira foi publicada antes da segunda, porém diante da longa *vocatio legis*, só entrou em vigor 3 meses após a segunda que teve sua vigência imediata.

Ambas trazem em seu bojo normas penais que protegem a relação de consumo e tutelam o mesmo bem jurídico.

O autor Alexandre Wunderlich¹⁴ critica a elaboração de duas leis que tratam do mesmo assunto, informando que:

[...] 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 uma 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*.

¹³ WENDERLICH, 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’*. Disponível em: <<http://msmidia.profissional.ws/awsc/artigos/02.pdf>> Acesso em: 21 nov. 2011, p. 398.

¹⁴ *Ibid.*, p. 389.

Importante questão é que o art.7º, IX, da Lei n. 8.137/90 fala de “matéria-prima ou mercadoria em condições impróprias ao consumo”. Este conceito indeterminado gera questionamentos como: o que seria produto impróprio para o consumo? Seria uma norma penal em branco, que seria complementada pelo art. 18, § 6º do Código de Defesa do Consumidor?

Guilherme de Souza Nucci¹⁵ conceitua normas penais em branco como aquelas cujo preceito primário é indeterminado quanto a seu conteúdo, porém determinável, além de terem o preceito sancionador determinável.

O art.18, § 6º do Código de Defesa do Consumidor, dispõe o que são produtos impróprios ao uso e consumo em seus três incisos (I, II, III).

Diante do exposto, o autor Luiz Regis Prado¹⁶ entende que no art. 7º, IX, da lei n. 8.137/90, quando usa a expressão “matéria-prima ou mercadoria em condições impróprias ao consumo”, por se tratar de tipo penal aberto, seria uma norma penal em branco, sendo complementada pelo art. 18,§ 6º, do CDC, que relaciona quais são os produtos impróprios ao uso e consumo.

A posição majoritária nos Tribunais Superiores (STF e STJ), bem como do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, coaduna com a posição da doutrina, de que o art.18,§ 6º do CDC, complementa o art. 7º, IX, da lei n. 8.137/90. O Julgado da Terceira Câmara Criminal do TJ/RJ¹⁷ pode ser citado como exemplo dessa posição:

Apelação Criminal. Crime contra as relações de consumo. O inciso IX, do art. 7º, da Lei 8.137/90 cuida-se de norma penal em branco, sendo o conceito nele referido de “condições impróprias ao consumo” complementado pelo art. 18, § 6º, da Lei 8.078/90, o qual define produto impróprio ao uso e consumo [...]

¹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 383.

¹⁶ PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 149.

¹⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação n. 0025524-92.2008.8.19.0202. Relatora Des. Suimei Meira Cavalieri. 07 de junho de 2011. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 15 jan. 2012.

Porém, o autor Sérgio Chastinet¹⁸ tem posição contrária e minoritária. Ele entende que a norma do art. 18, § 6º da Lei n. 8.078/90 é somente para definir produto impróprio ao consumo para fins exclusivamente cíveis e comerciais, e que pensar que a mesma é norma que complementa o art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/90, seria afrontar o princípio da taxatividade e o da culpabilidade.

2.2. BEM JURÍDICO PROTEGIDO: CRIME DE DANO, DE PERIGO ABSTRATO OU DE PERIGO CONCRETO?

Classificar o crime previsto no art. 7º, inciso IX, da Lei n. 8.137/90, em crime de dano ou de perigo (abstrato ou concreto), é importante para saber se a perícia é necessária ou não, para dizer se a mercadoria ou matéria prima é imprópria para o consumo.

Os delitos podem ser classificados quanto à materialidade, em crime de dano ou crime perigo, este subdividido em perigo abstrato ou perigo concreto, dependendo se causa lesão ao objeto protegido ou simples perigo.

Juarez Cirino dos Santos¹⁹ traz o conceito de tipos de lesão ou tipos de perigo:

[...] Os *tipos de lesão*- a maioria dos tipos legais – se caracterizam pela lesão real do objeto da ação, como o homicídio, a lesão corporal. Os *tipos de perigo* descrevem somente a produção de um perigo para o objeto de proteção. Nos *tipos de perigo concreto*, a realização do tipo pressupõe a efetiva produção de perigo para o objeto da ação. Nos *tipos de perigo abstrato*, a presunção de perigo da ação para o objeto de proteção é suficiente para sua penalização, independente da produção real de perigo para o bem jurídico protegido [...]

O autor Antônio Cezar Lima da Fonseca²⁰ classifica o crime do artigo em comento, como sendo de perigo abstrato, que não deixa vestígios e, portanto, sendo desnecessário o laudo pericial, pois se aperfeiçoa com a mera transgressão da norma incriminadora, ou seja, o simples fato do prazo de validade do produto estar vencido já caracteriza a infração penal.

¹⁸ GUIMARÃES, op.cit., p. 165.

¹⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*: parte geral. 3. ed. Curitiba ICPC: Lumen Juris, 2008, p. 112.

²⁰ FONSECA, op.cit., p. 274.

Na jurisprudência, há decisões que classificam o crime do art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/90, como sendo de perigo abstrato, e outras como sendo de perigo concreto. A forma de classificar o delito é que irá determinar se há necessidade ou não de prova pericial e se a presunção legal de impropriedade é válida para fins criminais.

Nos casos dos delitos de perigo abstrato, nada precisa ser provado, pois para a lei basta a prática da ação que é considerada perigosa, chamada de presunção *juris et de jure*. O que não ocorre nos chamados delitos de perigo concreto onde a prova é necessária e precisa ficar demonstrada o risco ao bem jurídico protegido.²¹

Cabe ressaltar que a classificação de delitos como sendo de perigo abstrato, num Estado de Direito Democrático e Social, devem ser exceção, e não devem ser um recurso frequente do legislador como solução para os males sociais.

A criação pelo legislador de tipos penais de perigo abstrato, ofende o princípio constitucional da ofensividade, da taxatividade, da intervenção mínima, dentre outros, pois a punição passa a ser de atitudes e não de condutas que ofereçam perigo real.

3- LAUDO PERICIAL E IMPROPRIEDADE DO PRODUTO NA ANÁLISE DAS DECISÕES DO STF, STJ E TJ/RJ.

Na análise dos julgados dos Tribunais Superiores (STF e STJ), bem como do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, constata-se que a jurisprudência com relação ao art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/90 c/c art. 18, § 6º, I, do Código de Defesa do Consumidor, quanto ser ou não, necessária a comprovação, mediante perícia, de que a mercadoria esteja inadequada ao consumo, divide-se em dois grandes grupos.

Na análise da Jurisprudência, há julgados que classificam o delito do artigo em comento, como sendo crime formal, de perigo abstrato e, portanto, basta o produto estar com

²¹ BITENCOURT, op. cit., p. 255.

prazo de validade vencido para a consumação do crime, sendo desnecessária a perícia para atestar a impropriedade do produto.

Corroboram esse entendimento, decisões do STF²² do ano de 1998, 2000 e 2008, sendo os julgados unânimes em considerar a desnecessidade da perícia para comprovar a impropriedade do produto.

A Corte Suprema no referido julgado do ano de 2008 decidiu que a perícia técnica seria necessária somente nos casos dos incisos II e III do art. 18, § 6º do Código de Defesa do Consumidor. Com referência ao inciso I, entendeu que não há necessidade da perícia, pois basta a exposição do produto com o prazo de validade vencido.

O Superior Tribunal de Justiça²³ tem decisão adotando a mesma tese do STF:

Penal. Recurso Especial. Art.7º, inciso IX da lei n. 8.137/90. Materialidade. Perícia. Necessidade. Revendo orientação prevalente nesta Corte (v.g., REsp 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).

No mesmo sentido decisão do TJ/RJ²⁴:

Apelação Criminal. Crime contra as relações de Consumo. [...] O concurso do art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/90 com o inciso I, §6º, do art. 18 do CDC enseja a hipótese de um crime formal, consumando-se com a simples ação do agente de ofertar produto com validade vencida. Nesse passo, dispensável a comprovação da sua impropriedade material. Diversamente, as hipóteses dos incisos II e III retratam crimes materiais, revelando-se necessária a perícia para determinar a deterioração, adulteração, falsificação, inadequação do produto, etc. [...]

O autor José Luiz Bednarski²⁵ ao comentar os incisos do art. 18, § 6º do CDC, informa que as mercadorias com prazo de validade vencido dispensam a efetiva demonstração de que estavam estragadas, pois para o autor quando o legislador dividiu em três incisos, teve

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 76.959/SP. Relator Ministro Sepúlveda Pertence; HC n. 80.090/SP. Relator Ministro Ilmar Galvão; HC n. 90.779/PR. Relator Ministro Carlos Brito. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 30 jul. 2012.

²³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp.1112685. Relator Ministro Felix Fischer. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 30 jul. 2012.

²⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Criminal n. 0025524-92.2008.8.19.0202. Des. Suimei Meira Cavalieri. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 30 jul. 2012.

²⁵ BEDNARSKI, José Luiz; GOMES, Luiz Flávio (Org.). *Legislação Criminal Especial*. Coleção Ciências Criminais. V. 6. São Paulo: RT, 2009, p. 20.

a intenção de separar as situações e, se exigir a prova de mercadoria estragada no inciso I, perderia a razão o disposto no inciso II que trata de mercadorias deterioradas.

Outro grupo de julgados classifica o delito descrito no art. 7, IX da Lei n. 8.137 c/c art. 18, § 6º, I do Código de Defesa do Consumidor, como sendo o crime de perigo concreto, pois o Direito Penal moderno que se escora na culpabilidade, não admite o crime de perigo abstrato ou presumido, sendo indispensável à prova de que o produto estava realmente impróprio para consumo e não somente que o prazo de validade do rótulo estivesse vencido.

Importante julgado é o do Superior Tribunal de Justiça, REsp n. 1154774-RS²⁶. Nesse julgamento, o voto do Ministro Relator foi vencido. O voto foi no sentido que o art. 7º, IX da Lei n. 8137/90 é classificado como sendo de perigo abstrato, que se consuma com a mera exposição da mercadoria em desconformidade com os regramentos consumeristas, sendo, portanto, desnecessária a perícia para atestar a impropriedade da mercadoria.

O voto vencedor foi o proferido pelo Ministro Jorge Mussi, que informou tratar-se de crime que deixa vestígio material, conforme disposto no art. 158 do Código de Processo Penal²⁷, e, portanto, para a caracterização do crime do art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/90, há necessidade de perícia para atestar que a mercadoria é de fato inadequada ao consumo, não bastando a mera presunção.

Na doutrina o autor Guilherme de Souza Nucci²⁸ considera ser indispensável a realização de exame pericial para atestar a impropriedade do produto. Para o autor, o delito deixa vestígios e deve ser observado o art. 158 do Código de Processo Penal, pois nesses casos não basta a avaliação do Juiz, que iria utilizar-se de testemunhas ou outras provas para chegar a uma conclusão.

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp.1154774/RS. Relator Ministro Nunes Maia Filho. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 30 jul. 2012.

²⁷ BRASIL. Código de Processo Penal Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 30 jul. 2012.

²⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Comentadas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 920.

Com relação aos Julgados do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, foram analisadas diversas decisões das Câmaras Criminais nos anos de 2007 a 2011.

Constata-se que das decisões desta Corte a opinião que prevalece é no sentido da necessidade de perícia para atestar a impropriedade do produto²⁹, divergindo da posição majoritária do STF e do STJ.

Como destaque, cita-se a decisão do Desembargador Marcus Basílio³⁰:

Penal. Crime contra a ordem econômica. Mercadoria Imprópria para consumo. Crime de perigo concreto. Laudo pericial. Necessidade. Comprovação. O crime de expor à venda mercadoria imprópria ao consumo exige a prova pericial comprovando a impropriedade respectiva, não bastando à simples prova de que o prazo de validade se encontrava expirado. Não se admite no direito penal moderno que se escora na culpabilidade o crime de perigo abstrato ou presumido, sendo indispensável à prova de que o bem jurídico protegido foi violado ou concretamente ameaçado. No caso presente, o material apreendido não foi submetido à indispensável perícia, não ficando demonstrado que ele era impróprio para o consumo e colocava em risco concreto o bem jurídico protegido, certo que se trata de delito que deixa vestígios, sendo obrigatória a prova pericial respectiva.

No voto, o desembargador rechaça o chamado crime de perigo abstrato, pois o Direito Penal moderno baseia-se na culpa que não pode ser presumida, deve ser demonstrada, com base no princípio basilar do Direito Penal que é o da lesividade e da ofensividade, tendo que demonstrar que o bem jurídico tutelado foi efetivamente violado.

Observa-se que as decisões se baseiam no Direito Penal garantista, que não concorda com a criação de tipos penais caracterizados como de perigo abstrato, pois o Direito Penal deve ter sua intervenção mínima, somente protegendo bens jurídicos relevantes e que são efetivamente colocados em risco.

O legislador, ao criar os tipos penais abertos, como no caso do art. 7º, IX da Lei n. 8.137, ao usar a expressão “matéria prima ou mercadoria, em condições impróprias ao

²⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Criminal n. 2007.050.01693. Des.Geraldo Prado; Apelação Criminal n. 2009.050.05709. Des^a. Giselda Leitão Teixeira; Apelação Criminal n. 0031034-52.2009.8.19.0202. Des. Marco Aurélio Belizze; Apelação Criminal n. 0127804-02.2007.8.19.0001. Des. Nascimento Povoas. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 30 jul. 2012.

³⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Criminal n. 2009.050.07518. Des.Marcus Basílio. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 30 jul. 2012.

consumo”, criminaliza condutas que não lesionam bem jurídicos ou colocam tais bens jurídicos em perigo de lesão.

O autor Rizzatto Nunes³¹ faz uma colocação muito pertinente de que o legislador ao criar o artigo 18, § 6º, inciso I do CDC, estava regulando responsabilidade civil objetiva do fornecedor e por essa razão não coloca nenhum tipo de exceção, pois se estivesse legislando criminalmente, o inciso I não poderia ser adotado do modo posto tendo em vista a garantia constitucional da necessidade de clara tipificação.

Nessa linha, para a configuração do delito previsto no art. 7º, inciso IX, da lei n. 8.137/90 c/c com art. 18, § 6º do Código de Defesa do Consumidor, torna-se indispensável a comprovação de que as mercadorias expostas ao consumo eram capazes de causar dano ao consumidor.

CONCLUSÃO

Em muitas ocasiões, o Direito Penal é utilizado de forma indiscriminada, como busca de solução aos problemas enfrentados na sociedade. Ocorre que o Estado não pode legislar de maneira ilimitada ou direcional no âmbito penal, pois há princípios de que devem ser respeitados, pois senão estará diante de um Direito Penal antidemocrático e inconstitucional.

Normas que surgem no clamor da opinião pública, sem técnica legislativa e sem observância de legislações anteriores, dão origem ao chamado Direito Penal Simbólico, ou seja, um Direito Penal sem efetividade.

A criação de normas sem observância de regras já existentes causa a confusão legislativa, que tutela o mesmo bem jurídico em leis diferentes, como ocorreu com a edição da Lei n. 8078/90 e da Lei n. 8.137/90.

³¹ NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 661 e 662.

O legislador, ao utilizar a técnica legislativa de criar delitos de perigo abstrato, fere o princípio da culpabilidade e também o princípio da lesividade, pois criminaliza condutas que não lesionam bens jurídicos ou colocam tais bens jurídicos em perigo de lesão.

A norma do art. 7º, inciso IX, da Lei n. 8.137/90 é conceituada como incompleta e como norma penal em branco, pois traz em seu dispositivo conceito indeterminado que necessita de outra norma para completá-lo. No caso, o complemento é realizado pelo art. 18º, § 6º do Código de Defesa do Consumidor.

No âmbito dos delitos econômicos, há normas que estariam perfeitamente resguardadas pela punição cível e administrativa, como por exemplo, o art. 7º, inciso IX, da Lei n. 8.137/90 c/c com art. 18, § 6º do Código de Defesa do Consumidor, sendo desnecessário a utilização do Direito Penal para punição das condutas.

O art. 18, I § 6º, dispõe que é impróprio para o consumo, a mercadoria com prazo de validade vencido. Como visto no último capítulo, a jurisprudência majoritária do STF, defende que o delito é formal e de mera conduta. Ocorre que, a posição que coaduna com o Direito penal garantista é a de que o delito em comento é de perigo concreto, e necessita da perícia para provar que ele encontra-se impróprio ao consumo.

A não exigência do laudo pericial para atestar a impropriedade do produto para consumo, fere os princípios basilares do Direito Penal, como os princípios da intervenção mínima, da lesividade, dentre outros, onde presunções absolutas são repudiadas.

Os Tribunais Superiores têm decidido de forma diferente sobre o assunto. Porém melhor posição é a adotada pela maioria das Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, sobre a necessidade da realização da perícia para atestar se o produto com validade vencida é ou não impróprio ao consumo e, portanto, poderia causar dano ao consumidor.

REFERÊNCIAS

BEDNARSKI, José Luiz; GOMES, Luiz Flávio (Org.). *Legislação Criminal Especial*. Coleção Ciências Criminais. V. 6. São Paulo: RT, 2009.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual do Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 15 jan. 2012.

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: 15 jan. 2012.

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: 15 jan. 2012.

BRASIL. Código Processo Penal Dec-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 30 jul. 2012.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm> Acesso em: 15 jan. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 76.959/SP. Relator Ministro Sepúlveda Pertence; HC n. 80.090/SP. Relator Ministro Ilmar Galvão; HC n. 90.779/PR. Relator Ministro Carlos Brito. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 30 jul. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1154774/RS. Relator Ministro Nunes Maia Filho. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>> Acesso em: 30 jul. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp.1112685 Relator Ministro Felix Fischer. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 30 jul. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Criminal n. 2007.050.01693. Des.Geraldo Prado; Apelação Criminal n. 2009.050.05709. Des^a. Giselda Leitão Teixeira; Apelação Criminal n. 0031034-52.2009.8.19.0202. Des. Marco Aurélio Belizze; Apelação Criminal n. 0127804-02.2007.8.19.0001. Des. Nascimento Povoas. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 30 jul. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Criminal n. 0025524-92.2008.8.19.0202.. Des.Suimei Meira Cavalieri. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br> >. Acesso em: 30 jul. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Criminal n. 2009.050.07518. Des.Marcus Basílio. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 30 jul. 2012.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FONSECA, Antônio Cezar Lima da. *Direito Penal do Consumidor e Lei 8137/90*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

GUIMARÃES, Sérgio Chastinet Duarte. *Tutela Penal do Consumo: Abordagem dos aspectos penais do Código de Defesa do Consumidor e do Artigo 7º da Lei n.8137/90*. Rio de Janeiro: Renan, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Leis Penais e Processuais Comentadas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba ICPC: Lumen Juris, 2008.

WENDERLICH, 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*. Disponível <<http://msmidia.profissional.ws/awsc/artigos/02.PDF>>. Acesso em:21 nov. 2011.