

A CULPA NOS CRIMES DE PROPAGANDA ENGANOSA, ABUSIVA OU PERIGOSA NO CDC

SERGIO LAURIA FERREIRA

Promotor de Justiça do Amazonas

O Código de Defesa do Consumidor, instituído pela Lei 8.072-90, criou, a par dos já existentes na legislação penal comum, novos tipos penais que previnem e coíbem práticas comerciais abusivas até recentemente indiferentes à ordem penal. A propaganda é uma delas. Basta que, potencialmente, seja capaz de enganar, fraudar ou colocar em perigo bens, ou interesses penalmente protegidos, como a fé e a saúde públicas, entre outros, os que a fizerem ou promoverem serão objetos de sanções. Nesse particular, os arts. 67 e 68 do CDC, que tratam exatamente dessas figuras penais, têm merecido interessante preocupação por parte da doutrina, no sentido de se saber se comportam em seus tipos a modalidade culposa, além da dolosa.

Diz o Art. 67 do CDC:

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

Pena — Detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano e multa.”

E da mesma forma o Art. 68 do CDC:

“Art. 68. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança:

Pena — Detenção de seis meses a dois anos e multa.”

Zelmo Denari posiciona-se no sentido de que “a locução “deveria saber” constante dos dispositivos, não chega a acolher, como elemento subjetivo desses tipos penais, a presunção de culpa, repudiada pelos sistemas normativos dos países civilizados, mas tão-somente o dolo eventual, isto é, a conduta de quem assume o risco de produzir o resultado considerado nocivo”.¹ Posição que, como ele mesmo cita, não é esposada por Paulo José da Costa, para quem “na lei do consumidor, não é possível falar em dolo eventual diante da locução condicional empregada. O futuro do pretérito leva o intérprete a concluir que o legislador penal adotou *in casu*, a presunção de culpa, repudiada pelo Código Penal vigente e pelas modernas conquistas liberais de todos os povos ocidentais”.²

1. Zelmo Denari, *Direito do Consumidor*, 4/132.

2. Zelmo Denari, *Direito do Consumidor*, 4/139.

Damásio de Jesus, nesse particular, invoca o magistério de Nelson Hungria na interpretação que faz do Art. 174 do Código Penal. É que o tipo de induzimento à especulação, ao empregar a expressão “ou devendo saber” não quis significar para Hungria a fraude culposa, mas apenas o fato de que o crime não deixa de existir quando o agente não tenha a “certeza” de que a operação redundará ruinosa, mas conhece fatos que podem deixar de prognosticar o seu insucesso. Conclui então Damásio que “se se entender que o “deveria saber” dos arts. 67 e 68 do CDC configura culpa, pela mesma razão e por coerência deve-se considerar indicadora de culpa a expressão “devendo saber” do Art. 174 do Código Penal”. E não há doutrinador que admita a existência de estelionato culposo, arremata.³

Pois bem. Em que pese a autoridade doutrinária dos renomados autores, cremos ser outra a dicção dos dispositivos sob estudo.

O crime como entidade jurídica é constituído por elementos que integram o tipo penal e que definem seu caráter formal ou material, doloso ou culposo, instantâneo ou permanente etc. A análise do tipo assim, se confunde com a análise dos elementos que compõem o delito. Três são esses elementos: o objetivo, o subjetivo e o normativo.

Nos crimes previstos nos arts. 67 e 68 do CDC, os verbos fazer ou promover constituem espécie subjetiva da ação. O caráter enganoso, abusivo ou perigoso da publicidade, são seus elementos normativos, porque imprimem a uma atividade que em si é lícita, adjetivos que passam a torná-la contrária, defesa ou proibida pela lei. O dolo e a culpa, por seu turno, que pela teoria finalista da ação adotada em nosso direito penal, passaram a integrar o tipo são identificados aplicando-se a regra prevista no art. 18, parágrafo único do Código Penal, *verbis*:

“Art. 18....

Parágrafo único. Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.”

À evidência, somente quando a lei expressamente prever a modalidade culposa para o tipo penal, seja através de simples enunciação, como o faz no § 6.º do art. 129, dizendo “se a lesão é culposa...”, seja descrevendo os próprios elementos da culpa em sentido estrito como na receptação culposa do § 1.º do art. 180, é que se poderá, além de punir a conduta a título de dolo, fazê-lo por culpa.

Aplicando-se então, o critério legal aos tipos dos arts. 67 e 68 do CDC, restará ao intérprete a tarefa de, à falta de uma enunciação pura e simples do texto prevendo a modalidade culposa, como encontramos no § 2.º do art. 66, do mesmo diploma legal, perquirir se há outros elementos que, ainda que objetivamente descritos no tipo, levem a concluir-se que a sua ocorrência só poderá derivar de imprudência, negligência ou imperícia do agente (art. 18, II do CP).

Para isso pode ser aplicado o art. 20 do Código Penal à espécie. O dispositivo trata do erro sobre os elementos constitutivos do tipo, dizendo: “Art. 20. O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo previsto em lei.”

3. Damásio E. de Jesus, *Novas Questões Criminais*, Saraiva, p. 51.

O Código Penal em matéria de erro, consagra dois tipos de causas que, impropriamente, chama de erro evitável e erro inevitável:

“Art. 21.

Parágrafo único. Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.”

Pois bem. O parágrafo único acima refere-se, ao erro sobre a ilicitude do fato, previsto no *caput* do art. 21, porque esse mesmo dispositivo trata diferentemente duas causas que podem conduzir o sujeito ao erro. Se inevitável, a causa isentará o sujeito de pena, se evitável, a reduzirá de um sexto a um terço. Observe-se que o mesmo não ocorre com o erro sobre elemento do tipo previsto no art. 20. Ali não se faz qualquer distinção sobre erro evitável ou inevitável. E por que? A evidência, porque mesmo que o agente atue ou se omita sem a consciência sobre a existência do elemento constitutivo do tipo legal de crime, o agente não agirá com dolo quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir esta consciência.

Digamos então que o sujeito, ao veicular uma propaganda comercial, desconheça seu caráter abusivo ou enganoso, quer ou não sendo-lhe possível, nas circunstâncias em que se encontre, ter ou atingir essa consciência. À luz do art. 20, não há o que se questionar, o dolo deverá ser excluído da conduta do agente.

Note-se, entretanto, que a regra do erro sobre elemento do tipo é que tanto o erro vencível quanto o erro invencível não são punidos. A exceção se faz se o legislador quiser puni-los a título de culpa. Como não há mais a chamada presunção de culpa em nosso sistema penal, o erro invencível deixou de ser apenado, restando o erro vencível que poderá vir a sê-lo se previsto em lei, conforme o Art. 18, parágrafo único. A expressão “deveria saber” é indicadora da possibilidade circunstancial de se ter ou atingir a consciência sobre o elemento normativo do tipo, a enganiosidade ou abusividade da propaganda. É caracterizadora do erro vencível como definido no parágrafo único do art. 21 do CP. Ao utilizar-se da expressão, o legislador nada mais fez do que incluir na norma os que de alguma forma puderem ter ou atingir a consciência da abusividade da propaganda que estão fazendo ou promovendo. Não poderá mais alegar isenção até mesmo o ator contratado para representar o apelo, se, as circunstâncias que envolverem o roteiro da cena, permitirem se conhecer da farsa. Se não oferecerem essa possibilidade, o erro será invencível, excluindo o crime.

Não têm razão, portanto, aqueles que desejam ver na expressão o dolo eventual. Quem “deveria saber”, não sabe. Se não sabe, desconhece o elemento normativo do tipo, incidindo em erro sobre elemento do tipo que excluirá qualquer espécie de dolo, seja direto ou eventual. E se a expressão “deveria saber” não representa dolo, se constituirá em quê? Ou temos no termo algo destituído de conteúdo jurídico, o que é improvável, porque a lei não contém palavras desnecessárias, ou devemos admitir, à bem da lógica, que o mesmo indica a possibilidade prevista pelo legislador de serem verificadas *in concreto* condutas de índole culposa. Tanto que o mesmo art. 20, permite a punição por crime culposos se previsto em lei.

Vincular-se, como o faz Damásio, a interpretação desses artigos ao entendimento de Hungria sobre o art. 174 do Código Penal é, no mínimo

perigoso. Primeiro porque não se trata de uma interpretação autêntica. É doutrinária, passível, portanto, de opinião contrária. Segundo, porque não há na lei penal estelionato culposo na forma do art. 171 e outros, porque a lei não previu. Resolveu considerar eventuais condutas culposas desses crimes, juridicamente inexistentes. Mas se o quisesse, poderia, caso os critérios de política criminal o recomendassem. Tanto que o fez no art. 174, utilizando a expressão “devendo saber”. Dizer que não sendo as outras modalidades de fraude apenas na modalidade culposa, essa também não poderia ser, é negar a referida regra do art. 18, parágrafo único. Ali a lei penal deu-se ao direito de ressaltar os casos que quisesse a título de culpa. Não previu outro critério a não ser a expressa determinação legal. Esses casos não precisam ter qualquer relação. Devem ser considerados *de per se*. O intérprete deverá cingir-se ao que diz o tipo, à hipótese legal. Por que não há furto culposo se há receptação culposa, apesar de evidente conexão existente entre essas duas figuras penais? A única explicação é que assim o quis a lei. E o fez na mesma situação dos tipos aqui estudados. Assim dispõe o Art. 180 do Código Penal:

“Art. 180. Adquirir, receber ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte:

Pena — reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1.º. Adquirir ou receber coisa que, por sua natureza ou pela desproporção entre o valor e o preço, ou pela condição de quem a oferece, deve presumir-se obtida por meio criminoso.

Pena — detenção de 1 (um) ano, ou multa, ou ambas as penas.”

No *caput*, o legislador a título de dolo, pune quem conhece o elemento normativo do tipo representado pela coisa produto de crime, e age segundo esse entendimento, adquirindo-a, recebendo-a ou ocultando-a. No § 1.º, a mesma conduta é punida a título de culpa se, as circunstâncias representadas pela natureza da coisa ou a desproporção de seu valor e preço forem tal, que tornem possível a quem pratique o fato, ter ou atingir a consciência sobre a existência de igual elemento normativo do tipo, a coisa produto de crime. Observe-se que a expressão deve presumir-se lança presunção não sobre o elemento subjetivo, mas sobre o próprio elemento normativo. Quer dizer, era presumível que a coisa fora obtida por meio criminoso. Como não o foi, o sujeito é punido por erro vencível, a título de culpa. Não há assim presunção de culpa, justamente, pela existência dessa expressão. Retirando-se a mesma do texto, todo aquele que adquirisse ou recebesse coisa produto de crime mesmo não sabendo de sua procedência seria considerado presumivelmente culpado.

O mesmo fenômeno ocorre com os crimes previstas nos arts. 67 e 68 do CDC. Como o legislador, além da expressão “sabe”, que indica, seguramente, o dolo, a consciência sobre o elemento normativo do tipo, também incluiu a expressão “deveria saber”, quis abranger, sem dúvida, as situações em que o agente deverá presumir ser a publicidade que faz ou promove, danosa, tornando-se passível da mesma pena, se, inadvertidamente, incorrer na conduta típica, por imprudência, negligência ou imperícia.