

Universidade de São Paulo
Faculdade de Direito do Largo São Francisco

MARIA CAROLINA PACHECO FAVARO

**A reestruturação e o fortalecimento do Direito
Administrativo Sancionador: a necessidade da
Terceira Via para a efetividade da proteção dos
direitos do consumidor.**

São Paulo

2011

MARIA CAROLINA PACHECO FAVARO

**A reestruturação e o fortalecimento do Direito
Administrativo Sancionador: a necessidade da
Terceira Via para a efetividade da proteção dos
direitos do consumidor.**

Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo, necessária para a
obtenção do título de Mestre em Direito Penal.

Universidade de São Paulo - USP

Orientador: Professor Doutor Eduardo Reale Ferrari.

Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e
Criminologia – DPM.

São Paulo

2011

MARIA CAROLINA PACHECO FAVARO

**A reestruturação e o fortalecimento do Direito
Administrativo Sancionador: a necessidade da Terceira Via
para a efetividade da proteção dos direitos do consumidor.**

Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo, como parte dos
requisitos para a obtenção do título de Mestre em
Direito Penal.

Comissão Examinadora:

São Paulo, ____ de _____ de _____.

À minha família

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, pela oportunidade de vivenciar a experiência de aprofundar meus conhecimentos num ambiente privilegiado, como é a Faculdade de Direito do Largo São Francisco, a velha e sempre nova academia, junto de pessoas verdadeiramente especiais.

Aos meus pais, pois, sem sua ajuda e apoio, a realização deste sonho não seria possível, sequer imaginável. Por tudo aquilo que deixaram de fazer a si mesmos, para que eu pudesse fazer por mim.

À minha família, principalmente ao meu avô, pela força nos momentos de desgaste e cansaço, bem como pela esperança que fazia nascer nos momentos mais difíceis.

Ao meu irmão, que acompanhou toda esta jornada tão de perto, por me alertar, muitas vezes, mesmo sem perceber, que nem sempre o que parece fundamental é realmente importante.

Ao Prof. Eduardo Reale Ferrari, verdadeiro mestre, que confiou em minha capacidade para desenvolver este trabalho e que, com toda sua vasta experiência, foi efetivo orientador. Exemplo de profissional, de disponibilidade, de atenção e de carinho. Muito obrigada pelo voto de confiança e pela oportunidade.

A todos os funcionários da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, desde docentes até funcionários da limpeza, que, desde minha graduação, me auxiliam e amparam, permitindo que as etapas de minha formação acadêmica sejam cumpridas de forma primorosa.

É necessário citar os queridos Valdir, da seção de alunos e Fátima, da seção de pós-graduação, fundamentais para o desenvolver deste trabalho.

Ao Departamento de Direito Penal, Criminologia e Medicina Forense (DPM), pelas fantásticas cabeças pensantes que abriga, pela admiração que gera em seus alunos e pelo exemplo da verdadeira academia.

Ao Prof. Miguel Reale Júnior, que, mesmo com toda sua notável inteligência, experiência e cultura, jamais deixou de ter sensibilidade para com seus alunos e de ensiná-los a raciocinarem as coisas da vida.

À Prof. Janaína Conceição Paschoal, pelo frescor que traz em suas idéias e pelo amor nato à academia e à arte de ensinar.

Pela vocação que ambos demonstram em ser mestres, enfim.

Ao Prof. Pierpaolo Cruz Bottini, que tanto me ajudou com suas relevantes considerações em meu exame de qualificação, que foram de essencial importância no aprimoramento e desfecho deste trabalho.

Ao IBCCRIM, instituição onde encontrei muita ajuda e cooperação em minha pesquisa, que, através de seus funcionários dedicados, me ajudou a encontrar o caminho.

Às Bibliotecas da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, pelo conteúdo de conhecimento maravilhoso que abrigam e por serem tão solícitas para com aqueles que delas necessitam.

Aos meus colegas mestrandos e doutorandos da FADUSP, que tanto me ensinaram, não somente sobre Direito Penal e matérias jurídicas, mas também sobre a vida e a arte de conviver.

À Mônica, secretária e braço direito do Prof. Eduardo Reale Ferrari, que muito me ajudou no desenvolver desta dissertação, com sua forma de ser polida e muito eficiente. Obrigada pelo amparo nos momentos de nervosismo e de tensão e por sua competência patente.

Aos taxistas do Largo São Francisco, por me permitirem retornar, ao fim de cada aula, à minha casa, e, ainda assim, poder pensar nos afazeres do dia seguinte com alegria.

À vida, por permitir a vivência de experiências como essa, que somente ajuda no evoluir do pensamento acadêmico e do ser humano e que permite que cheguemos ao fim da jornada muito melhores do que nela entramos.

Enfim, a tudo aquilo e a todos aqueles que, de alguma e qualquer forma, colaboraram para a realização deste trabalho.

Meu muito obrigada!

“Não sabendo que era impossível, foi lá e fez”

Jean Cocteau

RESUMO

Favaro, Maria Carolina Pacheco. **A reestruturação e o fortalecimento do Direito Administrativo Sancionador: a necessidade da Terceira Via para a efetividade da proteção dos direitos do consumidor.** 2011. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

Atualmente, faz-se necessário pensar em uma nova forma de tutela de direitos supraindividuais, tão em evidência na denominada “sociedade de risco”. Isto pois o Direito Penal vem sendo utilizado de forma desarrazoada e desproporcional, como principal instrumento para a coibição de condutas que, nem sempre, mostram adequação e necessidade de sua intervenção. Um dos maiores exemplos deste equívoco é encontrado no Direito do Consumidor, em que muitas condutas que sequer protegem bem jurídico com dignidade e carência penais são tuteladas por meio da via penal. É certo que este modo de atuar do Direito Penal somente o transforma em instrumento meramente simbólico e sem poder coercitivo real, o que faz com que, na realidade, os consumidores restem desprotegidos. Além disso, a utilização do Direito Penal como vala comum de todas as condutas que se pretende proteger, mas não se sabe de que modo, culmina por desconfigurá-lo e enfraquecê-lo. Não se deve dar à via penal mais encargos do que aqueles para os quais ela fora criada. Neste sentido, ao invés de utilizar o Direito Penal, modo mais gravoso de atuação social, como *prima ratio* na proteção dos direitos consumeristas, mostra-se mais razoável e inteligente a reestruturação do Direito Administrativo Sancionador, inserido no sistema de atuação denominado Terceira Via. As deficiências da via administrativa devem ser sanadas, de modo a torná-la suficiente para a proteção de grande parte dos bens jurídicos consumeristas. Assim, o Direito Administrativo Sancionador, fortalecido e marcado por sua independência, em variadas vertentes, passaria a ser a *prima ratio* na proteção dos direitos do consumidor, sendo que a via penal, como tradicionalmente foi concebida, seria a *ultima ratio*, sendo utilizada de forma fragmentária e subsidiária. Neste sentido, haveria o funcionamento relativamente independente, entre os dois instrumentos de atuação. Somente lançar-se-ia mão da via penal em situações em que o bem jurídico atingido demonstrasse ser digno da tutela penal, bem como demonstrasse haver a carência de sanção penal, como nos casos de fraude a medicamentos e a alimentos. Deste modo, as relações de consumo restariam mais e melhor protegidas, bem como haveria

a manutenção da função e do papel do Direito Penal, bem como de seus princípios constitucionais basilares.

Palavras-chave: Direito Administrativo Sancionador. Terceira Via. Funcionamento relativamente independente. Direito do Consumidor. Direito Penal. *Prima ratio*.

ABSTRACT

Favaro, Maria Carolina Pacheco. **The restructuring and strengthening of the administrative law sanctioned: the need of the Third Way for effective protection of consumer rights.** 2011. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

Currently, it is necessary to consider a new form of guardianship rights supraindividuais, so evident in so-called "risk society". This is because the criminal law has been used so unreasonable and disproportionately, as the main instrument for the deterrence of conduct that do not always show the appropriateness and need for its intervention. One of the greatest examples of this mistake is found in Consumer Law, in which even many behaviors that protect the legal rights of consumers without criminal dignity and lack are tutored through the criminal route. It is true that this way of doing make the criminal law becomes an instrument merely symbolic and not real coercive power, which means that, in fact, a lot of consumers become unprotected. In addition, the use of criminal law as a common grave of all ducts to be protected, but do not know how, culminates by unconfigure and weaken it. Should not be given to the criminal case over charges than those for which it was created. In this sense, instead of using the criminal Law, that is the more serious way of social action, as *prima ratio* in protecting the consumer's rights, seems more reasonable and intelligent restructuring of Administrative Law sanctioned, inserted in the actuation system called the Third Way. The deficiencies must be remedied administratively in order to make it sufficient for the protection of consumer's interests. Thus, the Administrative Law sanctioned, marked by strengthened and its independence in various aspects, would be the best instrument to the protection of consumer rights, and the criminal case, as has traditionally been conceived, would be a last resort and is used in a fragmentary and subsidiary way. In this sense, there would be relatively independent operation between the two instruments of action. Only release would hand the means of criminal law in situations where the legal reached proved to be worthy of criminal protection, as well as having demonstrated a lack of criminal sanction, as in cases of fraud of medicines and food. In this way, consumer relations would remain more and better protected, and there would be a maintenance function and the role of criminal law, as well as their basic constitutional principles.

Keywords: Administrative Law sanctioned. Third way. Relatively independent functioning. Consumer rights. Criminal law. *Prima ratio*.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| Introdução..... | 14 |
| | |
| Capítulo I – A Proteção dos Direitos do Consumidor, a Constituição Federal Brasileira e a Tutela Penal das Relações de Consumo..... | 22 |
| 1) O surgimento da necessidade de proteção dos bens jurídicos supraindividuais na sociedade contemporânea: a proteção dos direitos do consumidor..... | 22 |
| 2) Os direitos do consumidor na Constituição Federal Brasileira de 1988. O Código de Defesa do Consumidor. Há mandados de criminalização do Direito do Consumidor na Constituição de 1988?..... | 33 |
| 3) A escolha pela via penal para a tutela das relações consumeristas. A expansão desenfreada do Direito Penal. A visão simbólica do Direito Penal e o não enfrentamento das deficiências e falhas da via administrativa..... | 50 |
| 4) A dicotomia “criminalização <i>versus</i> descriminalização” das condutas consumeristas. Dignidade Penal e Carência de Sanção Penal – O Direito Penal como <i>ultima ratio</i> . Seria a via penal a mais adequada?..... | 58 |
| | |
| Capítulo II – A Insuficiência e Ineficácia do Direito Penal para a Tutela dos Direitos do Consumidor..... | 69 |
| 1) A utilização do Princípio da Proporcionalidade para a não incidência de sanção penal desnecessária e para a escolha do melhor instrumento de atuação..... | 69 |
| 2) A administrativização do Direito Penal do Consumidor. A hipertrofia amorfa e caótica das normas penais, na atualidade. Direito Administrativo Sancionador <i>versus</i> o Direito Penal do Consumidor – questão de política legislativa..... | 76 |
| 3) Desproporcionalidade e incoerências na tipificação das condutas e na cominação das penas. A perigosa descrição de crimes de perigo abstrato no Direito Penal do Consumidor – afronta ao Estado Democrático de Direito?..... | 88 |
| 4) Breve comparação com o tratamento dado ao tema nos ordenamentos jurídicos espanhol | |

e alemão.....108

Capítulo III – A Reestruturação e o Fortalecimento do Direito Administrativo Sancionador e a Necessidade da Terceira Via para a efetiva proteção dos direitos consumeristas.....117

1) Direito Administrativo Sancionador. Características e fundamentos. A necessária reestruturação e fortalecimento do Direito Administrativo Sancionador – Criação de órgãos, agências reguladoras independentes e estáveis e Tribunais Administrativos independentes.....117

2) A necessidade do fortalecimento das vias informais de controle para a efetiva proteção do consumidor.....142

3) Alternativas sancionatórias em detrimento às sanções penais nas relações de consumo: as multas administrativas e a desmoralização social do fornecedor/empresário, por meio da contrapropaganda.....147

4) A implementação da Terceira Via: a utilização do Direito Penal de forma restritiva e fragmentária na proteção dos Direitos do Consumidor. O funcionamento alternativo ou relativamente independente como solução para o incremento da efetividade das tutelas consumeristas.....151

5) A necessária subsidiariedade na aplicação do Direito Penal para a tutela das relações de consumo: Restrição aos casos de fraude alimentar e fraude de medicamentos.....157

Conclusão.....164

Referências Bibliográficas.....170

INTRODUÇÃO

Desde os primórdios, a sociedade busca o instrumento mais eficiente para a solução de conflitos de interesses, que, naturalmente, surgem na vida cotidiana. O Direito, em seus variados ramos, sempre atuou como o principal instrumento para o alcance da paz e da ordem social.

Por isso, não se tem notícias de uma sociedade em que não houvesse aparecido qualquer forma de organização jurídica, mesmo que primitiva ou rudimentar. O Direito, com função eminentemente ordenadora, sempre buscou a coordenação dos interesses conflitantes e a solução de crises que se verificavam entre os membros da coletividade. As relações sociais passaram, então, a ser reguladas pelo Estado, a fim de que a sociedade vivesse harmonicamente, segundo as observâncias das leis e mandamentos por ele criados.

Em algum momento desta trajetória, a sociedade entendeu que o Estado, portanto, deveria ser o principal ator na persecução destes objetivos. Desde a época de Jean Jacques ROSSEAU, com sua obra “O Contrato Social”, buscam-se explicações para esta relação entre sociedade e Estado.

Neste contexto, o Direito Penal, como um dos muitos ramos do Direito, surge como o modo mais gravoso de atuação estatal. Isto ocorre, pois, ele interfere drasticamente no modo de vida social, já que incide, precipuamente, sobre direito fundamental da pessoa humana, qual seja, a liberdade de ir e vir.

Mesmo que, nos dias atuais, ele se mostre guiado por uma série de princípios que culminam por garantir a proporcionalidade de sua aplicação, ele não deixa de ser um instrumento grave, pois possui caráter socialmente estigmatizante e retira do cidadão, ao menos temporariamente, direitos essenciais para uma vida digna.

Desta forma, o Direito Penal é o setor do sistema jurídico que regula a imposição de sanções negativas a uma ou mais pessoas na ocorrência de um acontecimento desagradável.¹

Primitivamente, é de se notar que o Direito Penal era muito utilizado como forma de se impor formas de vida à sociedade, destinatária de suas regras, como, por exemplo, nas sociedades estamentais prémodernas, onde se tentava impor normas sobre o vestuário.²

Com o advento do Iluminismo, todavia, houve a legitimação e a limitação do atuar do Estado por meio do contrato social. Neste período, autores importantes, como BECCARIA, com sua obra “Dos delitos e das penas”, surgem e deixam patente a forma errônea por meio da qual vinha sendo aplicado o Direito Penal, que agia com vistas a finalidades que se mostravam muito mais ideológicas do que efetivamente protetivas e repressivas.

Nesta época, determinados valores já podiam ser destacados, dentre tantos existentes, como aqueles considerados os mais importantes para a harmoniosa convivência social. Havia aqueles de caráter individual (como a vida, a integridade corporal, a liberdade e um núcleo de honra e propriedade), bem como aqueles coletivos, que variavam de acordo com o grau de desenvolvimento de dada sociedade. Nesta senda, o princípio da proteção a bens jurídicos passou a ser verdadeiro limite ao Direito Penal.³

A teoria da legitimação do Direito Penal ou da limitação na aplicação e formulação do Direito Penal são faces distintas de uma mesma moeda e se consubstancia em premissa fundamental de qualquer Estado Democrático de Direito.

No desenvolver das civilizações, no entanto, tristes passagens denotam a utilização equivocada da via penal, eis que desvinculada destas noções democráticas. Assim

¹ SCHÜNEMANN, Bernd. *O direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito Liberal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais 53, mar/abr 2005, p. 10.

² Idem Op. Cit. p.12.

³ Idem Op. Cit., p.14.

ocorreu no Terceiro Reich Alemão, a título de exemplificação, período no qual houve o desprezo pelo princípio da proteção a bens jurídicos em detrimento de fins e interesses meramente políticos.⁴ Acontecimentos como este possuem a única utilidade de demonstrarem ao mundo que não devem ser repetidos.

É certo que a utilização do poder estatal legitima-se não somente pelo fim a que se destina, qual seja, um objetivo louvável, mas deve, também, ser idônea e necessária para alcançar tal objetivo, devendo caracterizar-se, portanto, como proporcional. Daí se dizer que o Direito Penal deve atuar como *ultima ratio*.⁵ Assim, a criminalização de condutas ofensivas a determinados bens jurídicos não deve ser a regra num Estado Material de Direito.

Com efeito, um instrumento é criado com o objetivo de se alcançar algum fim, não existindo por si mesmo. Assim, não há sentido em se utilizar o instrumento gravoso do Direito Penal se este não se mostrar apto a atingir a finalidade para a qual foi criado. Neste sentido, deve-se observar a proporcionalidade, em todos os seus aspectos, na escolha e utilização da via penal como instrumento de atuação.

Porém, infelizmente, este não é, definitivamente, o caminho que vem sendo seguido pelo Direito Penal contemporâneo. O cenário atual é contrário a tais premissas de atuação expostas.

Contrariamente a todas as diretrizes, fixadas após árdua evolução de conceitos e bases do Direito Penal, atualmente, nas “sociedades do espetáculo”, o direito criminal se caracteriza como vala comum para tudo aquilo que se quer proibir de forma imediata e irracional. Sua identidade encontra-se perdida entre inúmeros tipos penais despropositados, criminalizações de condutas que sequer ferem bens jurídicos e manobras políticas com fins eleitoreiros.

A via penal é utilizada sem qualquer cautela, de forma desproporcional e exacerbada. Devido a esse panorama, perde muito de sua eficiência como sistema

⁴ Exemplo dado por SCHÜNEMANN, Bernd, em *Idem Op. Cit.*, p. 17.

⁵ *Idem Op. Cit.*, p. 20.

repressivo de condutas atentatórias a valores sociais caros e torna-se meio de atuação meramente simbólico.

Importante destacar que a mídia exerce fundamental papel neste processo de “simbolização” do Direito Penal. Ela se transformou num vetor da política criminal, pois a criação de muitos crimes se deve tão somente aos holofotes que são insistentemente jogados por ela em determinados episódios. Com isso, pulveriza-se, entre os membros da sociedade, a ilusão de que a via penal é a solução mágica para todos os problemas e riscos contemporâneos.⁶

É cediço que o Direito Penal encontra-se hipertrofiado e perdido entre tantos objetivos que lhe são confiados. Atua esquizofrenicamente, desesperado em responder a todos os novos problemas que surgem na chamada “sociedade de risco”. A partir desta análise, torna-se inevitável concordar com aqueles que afirmam que a via penal vem sofrendo, gradativamente, um notório processo de expansão desenfreada.

Tal cenário agravou-se com o advento dos atentados terroristas de 11 de setembro de 2001, ocorridos em Nova Iorque, pois a constante “luta” contra o terrorismo incrementou a idéia favorável da sociedade e dos órgãos públicos no tocante à criminalização cada vez maior de condutas tidas como indesejáveis, de agravamento das penas cominadas a elas e de ampliação das atribuições de investigação dos órgãos de persecução penal. Notoriamente, eram os reflexos do chamado movimento da “Lei e Ordem”.⁷

Todavia, este movimento progressivo de inchaço da via penal não vem demonstrando a eficiência que se esperava.

Ao se distanciar de sua função, o instrumento penal perde sua razão de ser. Sua única função é a proteção de bens jurídicos considerados caros à sociedade, ou seja,

⁶ A título de exemplo, tem-se a criação da Lei n. 9.695/1998, criada e promulgada após a escandalosa descoberta das pílulas anticoncepcionais que continham farinha em sua composição, bem como a criação da Lei de Crimes Hediondos, cujos excessos ressoam negativamente até os dias de hoje.

⁷ NEUMANN, Ulfid. *O Princípio da Proporcionalidade como princípio limitador da pena*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v.16, mar/abr 2008, p. 206-207.

dotados de dignidade penal. Porém, a seara criminal não vem sendo utilizada com vistas a se alcançar tal objetivo.

Hoje, utiliza-se a sanção criminal para coibir quaisquer condutas que se pretende eliminar da ordem social, pouco importando ser ela uma afronta a um bem jurídico penal, uma mera infração administrativa ou um modelo de atuação reprovável moralmente. O Direito Penal vem sendo usado para tudo, de forma ilógica e irracional.

Tanto o legislador, quanto o magistrado, não aplicam este instrumento levando em conta seu relevante papel dentro do sistema jurídico. Aliás, cabe ressaltar que “sistema” é conceito que não é levado em conta nesta perspectiva de atuação do Poder Público.

Normas desconectadas, penas desproporcionais e criminalizações de meras desobediências caracterizam o atual Direito Penal como mero código de condutas. Nesta senda, a sensação de impunidade social, latente nos dias de hoje, toma proporções agigantadas, tendo em vista que, em decorrência desta hipertrofia amorfa do Direito Penal, juntamente com a fúria legislativa desordenada, o instrumento utilizado não se mostra plenamente hábil para a proteção de bens jurídicos.

Criam-se normas penais para tudo, porém, a eficiência de sua execução e a efetividade de seus efeitos são inócuas.

Inúmeros âmbitos de proteção, notadamente aqueles considerados “novos direitos” ou direitos transindividuais, tais como as searas consumerista, ambiental e a tributária, tem sofrido as consequências de tais desajustes do ordenamento penal brasileiro.

Isto, pois, sob o argumento de que outros ramos de atuação são invariavelmente ineficientes, a estas searas é aplicada a via penal abusivamente, situação que culmina por torná-la meramente simbólica e sem capacidade coercitiva.

O Direito Penal do Consumidor, objeto de estudo do presente trabalho, carece de real efetividade, na realidade prática da sociedade de massas.

É certo que, com a modernização dos meios de comunicação e do desenvolvimento das formas de consumo, o consumidor restou mais exposto a abusos e a arbitrariedades, haja vista sua posição de vulnerabilidade na relação consumerista. Atualmente, todos são consumidores de algo, em algum momento, o que torna patente a importância da garantia dos direitos do consumidor, na sociedade contemporânea.

Ao notar este novo panorama, o constituinte de 1988 elegeu a proteção do consumidor como um dos direitos fundamentais, dotando-o, inclusive, de um cerne fixo, haja vista a proteção conferida a ele pela abrangência da cláusula pétreia.

Todavia, é patente a opção primeira do legislador pela via penal de proteção dos direitos e interesses do consumidor, já que criminalizou inúmeras condutas que não necessitavam de tal medida, tanto no Código de Defesa do Consumidor, quanto na Lei nº 8.137/1990. O legislador escolheu via equivocada para agir, definitivamente.

O Direito Penal do Consumidor insere-se neste contexto de expansão desenfreada do instrumento penal, e, por se tornar vala comum para tudo aquilo que a “sociedade de risco” consumerista pretende proteger, esquece de observar critérios de dignidade e carecimento penal, bem como o princípio da intervenção mínima. Muitas vezes, até mesmo a análise do bem jurídico é deixada de lado, em prol da mera satisfação de interesses da Administração Pública.

Neste sentido, visando sempre à justiça material, e observando a indubitável ineficiência da via penal para se proteger os direitos do consumidor, há de ser feita a escolha do melhor e mais adequado instrumento, a fim de se defender bens jurídicos consumeristas, que são protegidos constitucionalmente e que são tão caros à sociedade massificada.

Assim, questiona-se: Seria a via penal o instrumento mais adequado e eficiente para a proteção dos bens jurídicos consumeristas? Haveria outro meio, menos gravoso e mais eficiente, para exercer tal papel no Estado Democrático de Direito? Não seria mais coerente e eficiente se buscar a via administrativa? Não seria mais adequada a utilização de uma terceira via, entre o Direito Penal do Consumidor e o Direito Administrativo Sancionador? Este trabalho visa a conduzir para a melhor resposta.

É certo que o Direito Penal do consumidor mostrou-se, em seu desenvolver prático, via inadequada de atuação. Porém, é cediço também que bens jurídicos consumeristas necessitam de proteção. Ou seja, as relações de consumo devem ser protegidas. Mas nem toda lesão a elas é digna de tutela penal. Com efeito, o Direito Administrativo Sancionador se mostra como opção viável e apta a desempenhar tal função.

Porém, para alcançar este fim, necessária sua reestruturação e seu consequente fortalecimento, pois, a estrutura administrativa que se tem hoje não seria capaz de solucionar os problemas da seara consumerista satisfatoriamente.

A junção do fortalecimento das vias informais de controle, tão importantes para a formação de uma base de informações e da educação para o consumo, com a alteração da estrutura física e pessoal do Direito Administrativo, criaria uma via não penal apta à tutela dos direitos do consumidor.

O Direito Administrativo Sancionador restaria, então, caracterizado como independente e imparcial, com funções pedagógicas e preventivas, e, conseqüentemente, fortalecido para cumprir tal função. Porém, não se excluiria a via penal por completo desta nova estrutura de atuação. Esta ainda deveria ser aplicada, porém, de forma restrita e determinada, na proteção de poucos bens jurídicos consumeristas, que, efetivamente, carecem de proteção criminal.

A este sistema de relacionamento entre o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal denominou-se Terceira Via ou “Direito de Intervenção”, que surge como verdadeira opção para a proteção de direitos consumeristas. Há de se pensar nele como alternativa, no ordenamento jurídico atual, visando a proteção dos direitos supraindividuais, categoria na qual se inserem os direitos do consumidor.

Neste contexto, relevantíssima a análise deste novo instrumento de proteção de direitos, haja vista a importância, notadamente nos dias de hoje, de se racionalizar novamente a utilização do Direito Penal, de modo a recuperar sua eficácia e, por via de consequência, sua credibilidade, perdida em tantas atuações desastrosas na realidade social.

Desse modo, tentar-se-á delinear um sistema mais eficiente de proteção dos direitos do consumidor, respeitando, por via de consequência, as estruturas basilares do Direito Penal tradicional, com vistas a não se retroceder a um momento histórico em que garantias ainda não haviam sido conquistadas.

CAPÍTULO I – A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR, A CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA E A TUTELA PENAL DAS RELAÇÕES DE CONSUMO.

1) O surgimento da necessidade de proteção dos bens jurídicos supraindividuais na sociedade contemporânea: a proteção dos direitos do consumidor.

A sociedade, caracterizada por seu notório dinamismo e capacidade de transformação, tem sofrido rápidas e claras alterações, nos últimos tempos, notadamente naquilo que se refere às relações interpessoais de seus atores. Os valores considerados caros por ela, bem como a forma de proteção destes, também se alteram, conforme o surgimento de novos paradigmas e modos de atuação sociais.

O corpo social, por estar em constante movimento e por sofrer verdadeiras metamorfoses ao longo do tempo, clama, por via de consequência, por novas posturas e diferentes ações dos meios de controle social, sejam estes formais ou informais.

Neste passo, o Direito, como verdadeiro reflexo das necessidades sociais, passa, inevitavelmente, a ter que se adaptar a estas novas exigências e a ter que também se modificar, de modo a manter eficientemente seu papel de instrumento de controle formal social.

Nesta senda, é interessante notar o modo como as revoluções e os movimentos sociais influem na alteração do paradigma de proteção jurisdicional. E nem poderia ser diferente, haja vista ser o Direito verdadeiro reflexo das necessidades de seus destinatários.

Pode-se afirmar que, com o advento das revoluções liberais, notadamente a Revolução Francesa, o reconhecimento de direitos tornou-se patente. Axiomas como Igualdade, Liberdade e Fraternidade foram trazidos à sociedade como verdadeiras vigas de sustentação da harmoniosa convivência social.

Todavia, pode-se dizer que, destes princípios, a Fraternidade não foi tão bem aplicada na prática, já que a burguesia, que se tornou a grande detentora do poder político na época, passou a criar leis em seu favor e de acordo com seus próprios interesses, somente.

A burguesia apenas “trocou de lugar” com o rei, não se alterando substancialmente o estado de coisas que se delineava anteriormente. Deste cenário, já se pode notar o nascimento da necessidade de se criar legislações protetivas, de modo a garantir que valores fundamentais sejam resguardados também para aqueles grupos sociais que não detêm o poder, em nenhuma de suas formas.

Já a Revolução Industrial, cuja origem encontra-se na Inglaterra do século XVIII, caracterizou-se por ser um movimento histórico que trouxe à baila os direitos transindividuais, assim como os conflitos de massa. Trouxe um novo panorama social, restando configurado os avanços tecnológicos e as novas formas de trabalho e de produção, pois alteraram, significativamente, a vida da sociedade da época, destacando seus reflexos, que podem ser sentidos até os dias de hoje.

Se, num primeiro momento, os bens de consumo eram confeccionados quase que artesanalmente e em pequena quantidade, por trabalhadores não qualificados, após a Revolução Industrial, implantou-se um poderoso sistema bancário que, por meio da revolução agrícola, desenvolveu-se a mecanização do setor têxtil e inovações técnicas, perpassando a produção a dar-se em grandes quantidades e de forma mais célere, com maior especialização do trabalho.

Linhas de montagem surgiram, dinamizando a produção. Essa forma de produção em série propiciou o surgimento de grandes centros industriais e de concentrações econômicas, que, nos dias de hoje, culminaram na formação de *holdings*, trustes e cartéis.⁸

⁸ VICENTINO, Cláudio. História Geral. São Paulo, Scipione, 1997, p. 284 - 289.

Nesse passo, com o início da produção em massa, em larga escala, para inúmeras e inomináveis pessoas, o Direito tradicional deparou-se com o novo: uma sociedade massificada e de consumo.

E, com este novo cenário a sua frente, surgiu o inevitável questionamento: O Direito tradicional, de caráter eminentemente liberal, constitui instrumento apto a solucionar estas novas questões?

Os instrumentos individualizados para a solução de litígios também solucionam “violações de massa”⁹, ou seja, aquelas que atingem direitos coletivos “*lato sensu*”? Estes novos direitos são públicos ou privados, afinal?

Anteriormente, o Direito Civil e o Direito Penal solucionavam suas questões seguindo um modelo liberal de tratamento dos indivíduos, no qual o problema individual surgia entre litigantes e, entre eles, era resolvido. Ou seja, seguia-se um modelo intersubjetivo de solução das crises sociais. A maior simplicidade de tais conflitos de interesses justificava a utilização de instrumentos mais individualizados e restritos a uma esfera privada.

É certo que, em meados do século XX, ainda não existiam os grandes conglomerados econômicos, responsáveis pelo fornecimento de produtos e serviços. Havia apenas uma multiplicidade de pequenos fornecedores. Isso proporcionava uma relação jurídica de consumo justa e equilibrada. Destarte, os princípios contratuais do Código Civil eram mais do que suficientes para lidar com essa realidade.

Ocorre que, nas últimas décadas, essa realidade foi alterada. Houve um agigantamento dos fornecedores, que passaram a ter pleno domínio da relação jurídica de consumo. Surgiu, então, um desequilíbrio na relação consumerista, pois o fornecedor vendia o produto quando e do modo que quisesse ao consumidor, que restava sujeito ao preço exigido.

⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Formações Sociais e Interesses Coletivos diante da Justiça Civil*. XII, Revista de Processo, nº 5, 1977, p.03.

Observou-se que os fornecedores passaram a deter o controle estrutural do mercado de consumo, que se sustenta com base em cinco premissas, quais sejam: O que produzir?, como produzir?, quanto produzir?, quando produzir? e por quanto vender?.

Os fornecedores, por terem respostas a todas estas indagações, independentemente de prévia consulta aos consumidores, passaram a dominar o mercado de consumo.

Com tal modificação dos padrões de comportamento social, os instrumentos comumente utilizados passaram a não mais atender satisfatoriamente às necessidades para as quais foram criados, já que se mostraram inadequados a este novo modelo de atuação social.

As relações humanas tornaram-se mais complexas e, conseqüentemente, passaram a exigir também novas formas de tutela mais complexas.

Os direitos supraindividuais são detentores de maior complexidade que bens de cunho simplesmente individual e, por isso, o seu tratamento deve se dar de forma diferenciada, de acordo com as peculiaridades de cada um.¹⁰

Certo que, caso o Direito não se adaptasse a tais transformações, haveria o risco de tornar inefetiva a proteção jurídica destes novos direitos, exatamente em um momento em que estes aparecem como elementos cada vez mais essenciais na vida civil.¹¹

Resta claro que o ordenamento jurídico sofreu alterações sensíveis. Por ser um verdadeiro sistema, em que todos seus ramos encontram-se interligados e formam um todo, racionalmente integrado, pode-se dizer que todos eles sentiram o impacto destas transformações. Notadamente, o Direito do Trabalho, o Direito Processual Civil e o Direito Penal passaram por significativas modificações, tanto em sua estrutura, quanto em sua forma de atuar.

¹⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *As duas faces de Janus – A Criminalização e a descriminalização do Direito Ambiental*. Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva (criminalista do século). Método, São Paulo, 2001, p.299-300.

¹¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Formações Sociais e Interesses Coletivos diante da Justiça Civil*. XII, Revista de Processo, nº 5, 1977, p.04.

CAPPELLETTI, profundamente inserido neste contexto, especialmente, a partir de 1974, afirmou que, na sociedade de massas, globalizada, surgem novos tipos de conflitos, que envolvem novos interesses, que não mais se enquadram na dicotomia clássica “público ou privado”.

Os direitos não são públicos, nem individuais, e, por isso, constatou haver verdadeiro abismo entre o público e o privado. Tais direitos, na verdade, envolvem coletividades, indo “além do indivíduo” – daí a denominação “supraindividuais”. São direitos de todos e de ninguém, ao mesmo tempo. Afinal, “quem é o titular do direito ao ar que se respira?”¹²

Nesta senda, a clássica dicotomia entre o interesse público e o interesse privado, que existe em países de tradição romana do Direito, sofreu acirradas críticas: primeiramente, pois a expressão “interesse público” tornou-se equívoca, já que também passou a ser utilizada para se referir aos interesses sociais, interesses difusos e coletivos e interesses individuais indisponíveis.

Além disso, nos últimos anos, tem-se reconhecido a existência de uma categoria intermediária de interesses, que embora não sejam estatais, também não são simplesmente individuais.¹³

Salienta MAZZILLI que a noção de interesse público não fica adstrita à concepção de interesse do Estado. Isto porque, tomando interesse público como interesse geral, de toda uma coletividade, não coincide com ele somente a idéia de interesse do Estado enquanto pessoa jurídica, mas sim, como os interesses difusos, coletivos, e até os interesses individuais, se indisponíveis. É inseparável da noção de interesse público a idéia de interesse da coletividade, como um todo.¹⁴

¹² CAPPELLETTI, Mauro. *Formações Sociais e Interesses Coletivos diante da Justiça Civil*. XII, Revista de Processo, nº 5, 1977.

¹³ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, 24 ed., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 48.

¹⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Interesses Coletivos e Difusos*. Justitia, São Paulo, v.54, n.157, jan-mar 1992, p.41-54, Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/23377>>. Acesso em: 16 de novembro de 2010.

Neste sentido, mais coerente, contemporaneamente, seria falar na existência de verdadeira tricotomia, consistente em: interesses individuais, alocados na esfera privada; interesses públicos, referentes ao Estado, enquanto sujeito de direito e interesses metaindividuais, transindividuais ou supraindividuais, que assumem as características de serem difusos ou coletivos¹⁵.

Cabe ressaltar que a própria Constituição Federal de 1988, ao atentar para tais alterações, culminou por inaugurar uma nova divisão da ordem jurídica, pois ao se referir aos direitos e deveres, no Capítulo I, do Título II, divide-os em individuais e coletivos (em sentido amplo).

Assim, pode-se afirmar que existem bens jurídicos que se subordinam a um ramo próprio do Direito, não sendo absolutamente públicos, nem privados.

Inseridos nesta categoria intermediária, encontram-se direitos difusos e coletivos ou coletivos “*lato sensu*”. Em comum, ambos possuem as características da indivisibilidade e transindividualidade. Porém, há diferenças entre eles.

Por direitos difusos, pode-se entender aqueles transindividuais, de natureza indivisível, pertencentes a um número indeterminável de pessoas, titulares de um objeto indivisível, as quais estão ligadas entre si por um vínculo fático.¹⁶

Já os direitos coletivos são aqueles pertencentes a um número determinável de pessoas, integrantes de um grupo, categoria ou classe, titulares de um objeto indivisível, ligadas entre si ou com a parte contrária por um vínculo jurídico – a denominada relação jurídica-base.¹⁷

¹⁵ Cabe ressaltar que Direitos Individuais Homogêneos não são considerados transindividuais, tendo em vista possuírem a característica da divisibilidade, não obstante possam receber tutela coletiva, por questões de segurança jurídica e de celeridade processual.

¹⁶ Conforme artigo 81, parágrafo único, do CDC.

¹⁷ Conforme art. 89, inciso II, do CDC e SOUZA, Motauri Ciochetti de. *Ação Civil Pública e Inquérito Civil*, 3ª ed., Saraiva, 2008, p. 1-10.

Na atual conjuntura social, é de se notar que é possível que certas atividades tragam prejuízos aos interesses de muitas pessoas, simultaneamente, como, por exemplo, falsas informações divulgadas de uma sociedade por ações que podem prejudicar a todos os adquirentes de títulos acionários; a atividade monopolística ou de concorrência desleal por parte de grandes sociedades comerciais que pode lesar os interesses de todos os empreendedores concorrentes; um prestador de serviços que não observa uma cláusula de acordo coletivo que pode violar o direito de todos seus dependentes; resíduos poluentes despejados em um rio que prejudicam moradores ribeirinhos e todos aqueles que utilizam de sua água; a embalagem defeituosa de um bem de consumo traz prejuízo a todos os seus consumidores.¹⁸

Por isso, o Direito, cada vez mais, vem se preocupando com a proteção de problemas de grupos, categorias e classes de indivíduos. No Direito Norte-Americano, surgiram as *class actions*, cujas raízes encontram-se nas cortes medievais inglesas. Já no Brasil, bem como na Europa continental, tal preocupação surgiu, a partir da década de 1970, notadamente com os trabalhos de MAURO CAPPELLETTI.¹⁹

Além da consciência da necessidade de proteção jurídica de interesses coletivos “*lato sensu*”, também se passou a estudar as peculiaridades que envolveriam tal defesa judicial, tais como: como tratar a representação ou substituição processual do grupo lesado? Qual o alcance da coisa julgada? Como dividir a indenização entre um grupo de pessoas indetermináveis?.

Desta forma, restou claro que, para a defesa dos direitos coletivos, havia a necessidade de se confeccionar uma disciplina processual própria.

Isto porque era patente a inadequação da sistemática processual civil clássica para a tutela dos direitos difusos e coletivos, haja vista que a visão individualista do processo, o princípio dispositivo, os efeitos interpartes da coisa julgada e o sistema de legitimação

¹⁸ Todos os exemplos retirados de CAPPELLETTI, Mauro. *Formações Sociais e Interesses Coletivos diante da Justiça Civil*. XII, Revista de Processo, nº 5, 1977, p. 03.

¹⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, 24 ed., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 48 -49.

ativa, além de outros elementos, não se mostravam compatíveis com a tutela dos direitos coletivos “*lato sensu*”.²⁰

No Brasil, sua sistematização ocorreu com o advento da Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) e com o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) – surgindo o conhecido sistema da Ação Civil Pública.²¹

Tais mudanças nas relações sociais estimularam também muitas transformações do próprio Estado, como, por exemplo, sua alteração da condição de Estado de Polícia para de Direito e de liberal para pós-social.

Diante disso, o século XX restou caracterizado como um “século de novos direitos”, eis que houve o reconhecimento de direitos que, anteriormente, não recebiam a proteção devida, tais como, o Direito da Comunicação, Direito Espacial, Direito Ambiental, Biodireito, Direito do Consumidor.²²

Não nos parece, todavia, adequada tal denominação, já que não se pode afirmar que tais bens jurídicos sejam “novos”, vez que sua existência precede à proteção dada a eles. Talvez, seja mais correto afirmar que o que é novo consiste no seu reconhecimento como bem jurídico carente de tutela jurídica e não o direito em si.

Neste sentido, VON LISZT ensinou que o legislador não cria bens jurídicos, mas ele apenas os identifica no contexto social. Ou seja, o legislador não inventa, mas somente aponta algo que já existe, a tornar indubitável a importância deste bem no ideal desenvolver do corpo social, o protegendo, mediante a norma. A vida produz o interesse e a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico.

²⁰ SOUZA, Motaury Ciochetti de. *Ação Civil Pública e Inquérito Civil*, 3ª ed., Saraiva, 2008, p. 18.

²¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, 24 ed., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 48 -49.

²² É o que pensa CAVALIERI FILHO, Sérgio. *O direito do consumidor no limiar do século XXI*. Cidadania e Justiça, Rio de Janeiro, v. 3, n. 7, 1999, p.20.

Portanto, pode-se afirmar que o bem jurídico traz consigo verdadeiro conteúdo material, que deve ser observado pelo legislador, de forma atenta. É impossível se adotar outra concepção de bem jurídico diferente desta, num Estado que pretende ser Democrático de Direito.²³

Nesta senda, o conceito material de bem jurídico deve ser reconhecido como pressuposto para que ocorra sua proteção pela norma jurídica penal. Ou seja, o valor atingido pela conduta deve ser importante para o desenvolvimento do ser humano e, por isso, merece ser protegido.

Dessa forma, resta claro que o critério que deve orientar a acertada escolha dos bens jurídicos que carecem de proteção penal é o critério material antropocêntrico, que leva em conta as necessidades do homem.²⁴

Além disso, as próprias noções de interesse e de direito parecem encaminhar o raciocínio para este aspecto. Isto, pois interesse traduz uma vontade, um desejo, figurando o direito como o resultado de sua incorporação ao ordenamento jurídico.

O direito é formado por meio de processos de opção: o legislador, ao escolher quais interesses serão protegidos pelo ordenamento jurídico, acaba por afastar aqueles que são incompatíveis com o protegido.²⁵

Sendo assim, parece razoável concluir que os direitos transindividuais sempre existiram, todavia, apenas se tornando reconhecidamente carecedores de maior proteção recentemente, tendo em vista as transformações ocorridas no modo de vida social, bem como as alterações valorativas ou axiológicas dos bens jurídicos.

²³ Este conceito de bem jurídico penal foi extraído de PASCHOAL, Janaína Conceição. *Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Manole, 2003, p. 7-9.

²⁴ Cabe lembrar que o critério material antropológico também deve ser utilizado quando da verificação da necessidade de proteção de bens jurídicos coletivos.

²⁵ SOUZA, Motauro Ciochetti de. *Ação Civil Pública e Inquérito Civil*, 3ª ed., Saraiva, 2008, p. 1-10.

Afinal, a noção material de bem jurídico encontra-se umbilicalmente ligada a uma concepção antropocêntrica, já que o homem e suas necessidades são as principais referências para se escolher a proteção a ser dada a determinados bens jurídicos.

Ante o exposto, os direitos do consumidor ganham relevância social e passam a clamar por uma proteção mais efetiva.

O Direito do Consumidor, como um direito coletivo, insere-se neste contexto de interesses metaindividuais, e, como tal, exige também tratamento diferenciado no que tange aos seus destinatários.

A necessidade de proteção aos direitos do consumidor surge devido às desigualdades criadas nas relações de consumo, cujas origens encontram-se na Revolução Industrial, principalmente a partir da segunda metade do século XX.

Antes, a produção era manual, artesanal, mecânica e destinada a um núcleo familiar ou a um pequeno número de pessoas, passando, porém, a se dar em massa, em grandes quantidades, já que precisava fazer frente à explosão demográfica. O procedimento de distribuição de bens de consumo alterou-se também.

Passou a ser feito em massa, em cadeia, em grandes quantidades, de modo que o comerciante e o consumidor passaram a receber os bens de consumo lacrados e embalados, sem qualquer meio de se conhecer seu real conteúdo. Juridicamente, novos instrumentos jurídicos surgiram, tais como contratos coletivos, contratos de massa, contratos de adesão, manipulados pelo fornecedor, sem a participação do consumidor.²⁶

As empresas que produziam em massa, com o tempo e aos poucos, passaram a dominar o mercado, devido a sua habilidade de fornecer em grandes quantidades bens padronizados, por baixos custos aos mercados nacionais. A oferta de produtos

²⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *O direito do consumidor no limiar do século XXI*. Cidadania e Justiça, Rio de Janeiro, v. 3, n. 7, 1999, p.20-22

padronizados produzidos em massa só crescia e estes eram vendidos em massa também, por meio de contratos de adesão.²⁷

Pode-se afirmar que também a globalização, fenômeno mais recente, caracterizado como um grande conglomerado econômico transnacional, sem fronteiras, gerou, e ainda gera, impactos nos direitos do consumidor, especialmente, no tocante a alguns temas, tais como: mudanças no processo produtivo e no mercado de consumo, transformação da sociedade de consumo de bens numa sociedade de consumo de serviços, mudança das práticas contratuais de consumo e o crescimento dos contratos relacionais, nova importância das agências regulatórias, desafios para combater as práticas abusivas produzidas dentro de uma sociedade e estrutura econômica dual, efeitos da pós-modernidade na cultura jurídica e a crise do paradigma jurídico dominante, formação dos mercados regionais e os riscos da uniformização.²⁸

Tais transformações no mercado de consumo geram, como uma de suas muitas consequências, a transmutação da sociedade de consumo em uma sociedade de serviços. E tal alteração culmina por fazer com que os contratos de consumo passem a ser mais relacionais se comparados com a mera compra e venda de produtos.

Com isso, os mecanismos tradicionais de proteção do consumidor, por meio de demandas judiciais, individuais ou transindividuais, passaram a se mostrarem insuficientes para acabar com abusos cometidos contra o consumidor.²⁹

É certo que a sociedade tem passado por verdadeira revolução de conceitos e de valores materiais. Atualmente, na sociedade de consumo, liberdade é poder comprar o que se quer. Em pouco tempo, passamos de uma revolução de princípios para uma

²⁷ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Globalização e direito do consumidor*. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, n. 26, ago./nov. 1999, p.41.

²⁸ Idem Op. Cit., p.39.

²⁹ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Globalização e direito do consumidor*. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, n. 26, ago./nov. 1999, p.44-46. Daí a crescente necessidade de se fortalecer agências administrativas reguladoras e monitoradoras de mercado, como trataremos a seguir neste trabalho.

revolução de valores puramente materiais. O consumo transformou-se em verdadeira moral do mundo contemporâneo.³⁰

Com toda esta mudança de paradigmas, e sem se ter os instrumentos jurídicos adequados de atuação, houve verdadeira proliferação de práticas abusivas contra o consumidor, tais como a utilização de cláusulas de não indenizar ou limitativas da responsabilidade, o controle do mercado, a eliminação da concorrência, dentre outras, que culminaram por colocarem fornecedor e consumidor em posições desiguais na relação de consumo.³¹

Até mesmo o tradicional instituto da culpa, do Direito Civil, acabava por proteger o fornecedor, tornando-o, na maioria das vezes, irresponsável pelos danos causados ao consumidor.

Desta forma, o consumidor, vulnerabilizado e sem meios eficientes de se proteger, clamou por proteção. E, deste cenário, surgiu a natural necessidade de se criar instrumentos de atuação e legislações protetivas ao consumidor, com o fim de se oferecer a ele uma tutela jurisdicional adequada, por meio do ramo do Direito que seja mais eficiente e proporcional, de modo a se alcançar o acesso à ordem jurídica justa.³²

2) Os direitos do consumidor na Constituição Federal Brasileira de 1988. O Código de Defesa do Consumidor. Há mandados de criminalização do Direito do Consumidor na Constituição de 1988?

O constituinte de 1988, atento às alterações sociais e à nova configuração da ordem jurídica que se estabelecia paulatinamente, viu-se obrigado a tutelar os direitos coletivos

³⁰ BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Edições 70, 2007.

³¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *O direito do consumidor no limiar do século XXI*. Cidadania e Justiça, Rio de Janeiro, v. 3, n. 7, 1999,20-22.

³² A evidenciação dos direitos transindividuais culminou por trazer à tona discussões acerca da efetividade de instrumentos jurídicos de vários ramos do Direito, tais como o Direito Processual Civil e o Direito Penal, com vistas a se alcançar aquilo que os processualistas civis chamam de ordem jurídica justa.

“*lato sensu*”, na Carta Magna. E, dentre os direitos coletivos, o legislador optou por proteger os consumidores de forma explícita, em seu artigo 5º, XXXII, e também no artigo 170, V, quando se refere à Ordem Econômica.

Nesta senda, a proteção aos direitos do consumidor foi resguardada e protegida constitucionalmente, o que revela a reconhecida importância do tema, já em 1988.

A Constituição Federal de 1988 ordenou que a lei estabelecerá medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços (art.150, §5º); a defesa do consumidor foi considerada princípio geral da ordem econômica (art. 170, *caput* e inc. V) e, ainda, ordenou que o Estado fará a promoção, na forma da lei, da defesa do consumidor (art.5º, XXXII), norma esta inserida no capítulo que se refere aos direitos e garantias fundamentais.³³

É sabido que o artigo 5º constituiu norma formalmente e materialmente constitucional e que está protegido pela qualidade de cláusula pétrea. Isto significa que a proteção dada pelo constituinte aos consumidores não pode ser abolida e nem sequer pode ser objeto de deliberação que tenda a abolí-la.³⁴ Ou seja, existe verdadeira vedação material à alteração de tal proteção determinada pelo constituinte.

Desse modo, o constituinte de 1988 não somente atribuiu aos direitos do consumidor o status de norma constitucional, mas também os incluiu dentre os direitos fundamentais, determinando que a lei promovesse a defesa do consumidor.

Preliminarmente, com relação à terminologia utilizada na doutrina, cabe salientar que, parece mais razoável aquela que faz uma diferenciação de conceitos. Neste sentido, direitos do homem seriam aqueles direitos humanos conexos ao direito natural, tais como o direito à vida, à saúde, à liberdade.

³³ OLIVEIRA, Fabrício Vasconcelos de. *Tutela do consumidor enquanto direito fundamental*. In: MATTOS NETO, Antonio José de (Org.). Estado democrático de direito e direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2010, p.109-126.

³⁴“Tendente a abolir” significa qualquer medida que modifique algum dos elementos conceituais das medidas elencadas na cláusula pétrea.

Já os direitos humanos seriam aqueles direitos do homem consignados em tratados e convenções internacionais. Direitos humanos podem ser definidos como o conjunto de prerrogativas e garantias inerentes ao homem, cuja finalidade básica é o respeito à sua dignidade, tutelando-os contra os excessos do Estado, com o fim de estabelecer um padrão mínimo de condições de vida.

E, por fim, os direitos fundamentais seriam aqueles direitos do homem que se encontram em tratados e convenções sobre direitos humanos, incorporados ao ordenamento pátrio.³⁵

Cabe ressaltar que CANOTILHO faz diferenciação entre direitos do homem e direitos fundamentais. Os primeiros seriam aqueles direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos, enquanto que os segundos seriam os direitos do homem jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente.³⁶

Levando-se em conta tais observações, nota-se que os direitos do consumidor inserem-se, efetivamente, na classificação de direitos fundamentais – quer pela primeira definição conceitual exposta, quer pela conceituação de CANOTILHO.

Historicamente, cabe lembrar que declarações de direitos, no sentido moderno, somente surgiram no século XVIII, com o advento das revoluções americana e francesa. Pode-se dizer que estas foram as primeiras a reconhecer os direitos humanos.

A Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 12 de janeiro de 1776, precedeu a Declaração de Independência das Treze Colônias Inglesas da América do Norte, de 04 de julho de 1776.

Ambas, porém, reconheceram os direitos fundamentais em favor dos indivíduos, assim como a Carta de Direitos, prevista na Constituição Americana de 1787 também o

³⁵ Diferenciação lecionada pelo Prof. Emerson Malheiro, em 26 de agosto de 2010, em aula ministrada no Complexo Jurídico Damásio de Jesus.

³⁶ OLIVEIRA, Fabrício Vasconcelos de. *Tutela do consumidor enquanto direito fundamental*. In: MATTOS NETO, Antonio José de (Org.). *Estado democrático de direito e direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.109-126 citando CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 391.

fez. Todavia, a mais famosa das declarações é a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, confeccionada pelos franceses, de 26 de agosto de 1789.

Curioso notar que, enquanto as declarações norte-americanas preocupavam-se com a situação particular que ocorria em determinada comunidade, a declaração francesa possui teor mais universal, carácter que culminou por influenciar, portanto, muitas outras declarações que se seguiram.³⁷

Com relação à identificação das características dos direitos fundamentais, a doutrina não é unânime. Pode-se detectar algumas características que lhes são inegáveis e de fácil constatação.

Os direitos fundamentais são dotados de carácter histórico, pois se modificam conforme as alterações sociais e as condições históricas, com o passar do tempo.³⁸

Os grandes exemplos que denotam tal carácter histórico dos direitos fundamentais são o direito de propriedade - que foi declarado como direito absoluto no final do século XVIII - os direitos sociais - que as declarações do século XVIII sequer mencionavam e que, hoje, são proclamados ostensivamente nas recentes declarações.³⁹

Os direitos fundamentais são universais, pois se destinam a todos os seres humanos, indiscriminadamente. Ramificam-se e atingem todos os indivíduos em qualquer tempo e lugar, sem qualquer discriminação.

Além disso, não são absolutos, característica que culmina por possibilitar que haja conflitos entre eles, no caso concreto, cabendo ao intérprete ou ao magistrado solucioná-

³⁷ OLIVEIRA, Fabrício Vasconcelos de. *Tutela do consumidor enquanto direito fundamental*. In: MATTOS NETO, Antonio José de (Org.). *Estado democrático de direito e direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.109-126.

³⁸ Cf BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro, Campus, 1992, p.18: “ (...) os direitos do homem constituem classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes nos poderes, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas e etc.”

³⁹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro, Campus, 1992, p.18

los, observando a regra da máxima observância e da mínima restrição dos direitos fundamentais. São irrenunciáveis, podendo até não serem exercidos, mas nunca renunciados, e são passíveis de serem exercidos cumulativamente.⁴⁰

Também apresentam a característica da congenialidade, pois são congênitos, pertencendo ao indivíduo antes mesmo de seu nascimento. Manifestam-se espontaneamente e tem origem na própria condição humana.

Além disso, também são indicadas de forma geral, na doutrina, como características dos direitos fundamentais: inalienabilidade, inexauribilidade, interdependência, indivisibilidade, complementaridade, imprescritibilidade, inviolabilidade, essencialidade e efetividade.

Relevante lembrar também o caráter duplo dos direitos fundamentais, já que estes se apresentam, por um lado, como direitos subjetivos de cada indivíduo e, por outro, como elementos fundamentais da ordem objetiva da coletividade.⁴¹

Enquanto direitos subjetivos, eles outorgam aos titulares a possibilidade de impor seus interesses em face dos órgãos obrigados. Já como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais formam a base do ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito.⁴²

Doutrinariamente, costuma-se falar das gerações de Direitos Fundamentais. Não obstante falar-se em “gerações” ou em “dimensões”, fato é que tais definições não alteram substancialmente a matéria a ser tratada, parecendo mais adequado, em termos conceituais, falar-se em dimensões de direitos fundamentais.

⁴⁰ OLIVEIRA, Fabrício Vasconcelos de. *Tutela do consumidor enquanto direito fundamental*. In: MATTOS NETO, Antonio José de (Org.). *Estado democrático de direito e direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.109-126.

⁴¹ Idem Op. Cit.

⁴² MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2 ed, São Paulo: Celso Bastos, 1999, p.36.

Isto porque, quando se fala em “gerações”, logo vem à mente a noção de que uma geração substitui a outra, sendo que a última prevalece sobre as demais. Todavia, em sede de direitos fundamentais, isto não ocorre, pois as dimensões convivem entre si e se complementam. Coexistem e encontram-se interligadas.

Além disso, a partir do momento em que surge um novo conglomerado de direitos humanos, pode-se dizer que o anterior a ele assume uma nova dimensão dentro do ordenamento jurídico vigente, porém, de forma alguma, é descartado ou considerado obsoleto. Muito pelo contrário.

Convive harmonicamente com a nova dimensão de direitos que surgiu, sendo considerado, até mesmo, como verdadeiro pressuposto para o entendimento e realização dos direitos fundamentais incorporados ao ordenamento jurídico.⁴³

Tendo em vista tal premissa, pode-se dizer que é possível a identificação de 3 grandes dimensões de direitos fundamentais.

A 1ª dimensão refere-se às liberdades públicas e aos direitos políticos básicos, correspondendo ao valor “liberdade”. A 2ª dimensão é caracterizada pelo reconhecimento dos direitos sociais, econômicos e culturais, correspondendo ao valor “igualdade”. Já os direitos fundamentais, denominados de 3ª dimensão, relacionam-se aos direitos metaindividuais ou de solidariedade, traduzindo, portanto, a idéia de “fraternidade”.

Apenas para efeito de curiosidade, há parcela da doutrina que identifica uma 4ª dimensão de direitos fundamentais, consistente em direitos inerentes à preservação do homem, que envolvem elementos contemporâneos, tais como a bioética, o biodireito, a reprodução humana assistida, a utilização de células tronco, dentre outros. Mas este posicionamento não é majoritário, nem unânime.

⁴³ Não obstante, num determinado caso concreto, possa um direito fundamental inserido numa dimensão prevalecer sobre outro, pertencente a outra dimensão de direitos fundamentais, não é possível se afirmar que uma seja mais importante que outra. Tal conclusão decorre da constatação de que nenhum direito fundamental é absoluto, e que, portanto, um pode prevalecer sobre o outro, numa situação fática concreta. A opção pela predominância de determinado direito fundamental se dá em concreto, apenas. Porém, isto não significa que se deva optar entre uma dimensão ou outra de direitos fundamentais como a mais relevante, já que tal conclusão seria impossível.

Interessante se observar que a noção de direitos fundamentais não é recente no ordenamento jurídico pátrio. A Constituição do Império de 1824, em seu artigo 129, trouxe um rol de direitos humanos fundamentais, influenciada pela Declaração Francesa de 1789.

A Declaração de Direitos da Constituição Republicana, de 24 de fevereiro de 1891, também sofreu influências da Declaração Francesa, destacando porém, que em sede de direitos individuais, é patente a influência exercida pela concepção anglo-americana de direitos individuais, principalmente no que se refere à liberdade de reunião, liberdade do domicílio, amplitude da liberdade de imprensa, dentre outros.⁴⁴

A Constituição de 1934 elencou, em seu artigo 113, extenso rol de direitos fundamentais. Já a de 1937, destoando da previsão contida nas outras Cartas, prevê, em seu artigo 123, a possibilidade de restrições aos direitos fundamentais, no capítulo em que trata dos direitos e garantias individuais, tais como a possibilidade de censura prévia à imprensa e medidas para restringir a liberdade de ir e vir.

Tal postura é justificada pelo momento histórico em que se vivia naquela época, derivado da vigência do autoritarismo do Estado Novo, de Getúlio Vargas.⁴⁵

A Constituição de 1946, por sua vez, além de prever um capítulo específico para os direitos e garantias individuais (em seus artigos 141 ao 144), também previu, em seu artigo 157, um rol de direitos aos trabalhadores e à previdência. A Constituição de 1967 também trilhou este caminho, ao prever, além de um capítulo dedicado aos direitos e garantias individuais, em seu artigo 158, os direitos sociais dos trabalhadores.

⁴⁴ OLIVEIRA, Fabrício Vasconcelos de. *Tutela do consumidor enquanto direito fundamental*. In: MATTOS NETO, Antonio José de (Org.). *Estado democrático de direito e direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.109-126.

⁴⁵ OLIVEIRA, Fabrício Vasconcelos de. *Tutela do consumidor enquanto direito fundamental*. In: MATTOS NETO, Antonio José de (Org.). *Estado democrático de direito e direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.109-126.

Cabe lembrar que a Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, apesar de ter trazido alterações substanciais à Constituição de 1967, não alterou a enumeração dos direitos humanos fundamentais.⁴⁶

As Constituições acabam por refletir o seu momento cultural e social. Configura retrato dos valores e das idéias predominantes da época de sua confecção. E, tal qual os movimentos culturais, o Direito também segue movimentos pendulares. Neste sentido, orienta-se para determinado caminho mas, comumente, quando tal idéia ou conceito se esgota, retorna para o caminho diametralmente oposto, figurando o movimento do pêndulo, que se desloca de um lado para o outro.

Assim, é de se notar que as Constituições sempre retomam pontos alcançados pelas anteriores, bem como também, muitas vezes, os extirpam de seus textos legais.

Todavia, com relação aos direitos fundamentais, observa-se que, com raras exceções e com pequenas alterações de conteúdo e forma, todas as Constituições conferiram proteção, de alguma forma, logo a partir da primeira Carta Magna Brasileira.

A Constituição de 1988, denominada “Constituição Cidadã”, como não poderia deixar de ser, a exemplo das precedentes, também disciplinou os direitos fundamentais. Em seu Título II, enumerou os Direitos e Garantias Fundamentais, dividindo-os em 5 capítulos, quais sejam: Direitos Individuais e Coletivos, Direitos Sociais, Nacionalidade, Direitos Políticos e Partidos Políticos.

Relevante se faz a observação de que tal rol de direitos fundamentais é meramente exemplificativo, já que não somente no Título II, da Magna Carta encontram-se os direitos fundamentais. A própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, parágrafos 2º e 3º, deixou clara tal disposição.

Além disso, o Supremo Tribunal Federal, a mais alta corte do ordenamento jurídico brasileiro, já se posicionou quanto a esta questão, afirmando que há direitos análogos⁴⁷

⁴⁶ OLIVEIRA, Fabrício Vasconcelos de. *Tutela do consumidor enquanto direito fundamental*. In: MATTOS NETO, Antonio José de (Org.). *Estado democrático de direito e direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.109-126.

aos do artigo 5º que, embora esparsos pelo texto constitucional, também são protegidos pela cláusula pétrea.⁴⁸

Neste sentido e, após a análise de todo o exposto, fácil a constatação no sentido do reconhecimento dos direitos do consumidor como direito fundamental de 3ª dimensão, que, tanto pelo critério topográfico, quanto pelo critério substancial, é protegido pelas cláusulas pétreas, cujo cerne fixo recebe tal qualidade devido à importância do bem jurídico a ser protegido.

Os direitos dos consumidores inserem-se na categoria de direitos fundamentais não somente pelo fato de terem sido incluídos pelo constituinte no rol do artigo 5º da Constituição Federal. Mais do que isso, tais direitos, além de formalmente constitucionais, também são materialmente constitucionais.

Uma vez que os direitos fundamentais têm por finalidade precípua o respeito à dignidade do ser humano, por meio de sua proteção contra o arbítrio do Estado e do estabelecimento de condições mínimas de vida e de desenvolvimento pleno de sua personalidade, protegem o consumidor vulnerável, garantindo-lhe o exercício de sua vida cotidiana de forma digna.

E, ainda, tendo em vista que todos são consumidores em potencial, haja vista viver-se, atualmente, numa sociedade de consumo de bens e serviços, pode-se afirmar que a tutela do consumidor tem caráter universal. A qualidade de consumidor pertence a todos e a cada um, simultaneamente.⁴⁹

⁴⁷ “Direitos análogos” é expressão criada por Canotilho, que foi utilizada pelo STF.

⁴⁸ Exemplos de direitos análogos são o princípio da Anterioridade Tributária, conforme o julgamento da Adi n.939/DF, bem como o princípio da Anterioridade Eleitoral. No mais, também há direitos análogos em Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos ratificados aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos de seus membros, que equivalem às Emendas Constitucionais (art. 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal).

⁴⁹ OLIVEIRA, Fabrício Vasconcelos de. *Tutela do consumidor enquanto direito fundamental*. In: MATTOS NETO, Antonio José de (Org.). *Estado democrático de direito e direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.109-126.

Reconhecer os direitos do consumidor como direitos materialmente constitucionais traz implicações que devem ser observadas. Primeiramente, levando em conta o caráter duplo dos direitos fundamentais, a tutela do consumidor é, ao mesmo tempo, direito subjetivo do particular e dever do Estado. Além disso, todos os entes federativos devem promovê-la, devido ao caráter nacional da proteção.⁵⁰

Nesta senda, nota-se a preocupação do constituinte de 1988 em reformular o ordenamento jurídico brasileiro, a fim de propiciar a criação de instrumentos jurídicos hábeis a suprir as necessidades dos consumidores, uma vez que os instrumentos tradicionais já se encontravam carentes de eficiência, perante novos problemas que surgiam na sociedade de consumo.

Tanto é que, no artigo 48, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), há a determinação clara, com prazo certo e determinado de 120 dias, inclusive, para a elaboração de um Código de Defesa do Consumidor, que, posteriormente, foi criado.⁵¹

Anteriormente à criação do Código de Defesa do Consumidor, os consumidores caracterizavam-se como um grupo de destinatários até então em situação de desproteção, pois não eram identificados como sujeitos que necessitavam de especial proteção estatal, já que as questões relativas ao mercado de consumo eram resolvidas pelo âmbito civil ou comercial.⁵²

Em seu artigo 5º, inciso XXXII, a Carta Magna tornou dever do Estado a efetivação da proteção dos direitos do consumidor e culminou por presumir a posição de vulnerabilidade ocupada pelo consumidor nas relações de consumo. Isto significa que a intervenção do Estado nesta seara deve propiciar a paridade entre os pólos da relação consumerista.

⁵⁰ OLIVEIRA, Fabrício Vasconcelos de. *Tutela do consumidor enquanto direito fundamental*. In: MATTOS NETO, Antonio José de (Org.). *Estado democrático de direito e direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.126.

⁵¹ Não obstante este prazo de 120 dias não tenha sido respeitado.

⁵² NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano, PINTO SERRANO, Yolanda Alves, *Código de Defesa do Consumidor interpretado*, 2 ed., São Paulo, 2005, p. 02.

Além de incluir dentre os direitos fundamentais os direitos do consumidor, o constituinte de 1988 também elegeu a defesa do consumidor como um dos princípios alicerçadores da ordem econômica. Desta disposição, conclui-se que, embora fundada na livre iniciativa, a ordem econômica deve observar e suportar os ônus decorrentes da defesa do consumidor, já que esta é garantia-base, sem a qual a atividade econômica não pode se desenvolver legitimamente.⁵³

Pode-se afirmar que a essência do Código de Defesa do Consumidor encontra-se na busca pela isonomia material, já que, uma vez que se detectou a posição de vulnerabilidade e inferioridade do consumidor na relação de consumo, parece correto que o Estado se utilize de seu aparato legislativo para fornecer mecanismos de proteção, dirigidos às partes e aos operadores do Direito.⁵⁴

Quanto à sua estrutura, o Código de Defesa do Consumidor possui seis títulos e, para efeitos didáticos, pode-se dividir seus artigos em seis grandes grupos: do artigo 1º ao 54, o legislador tratou do direito material; do artigo 55 ao 60, tratou das sanções administrativas; do artigo 61 ao 80, tratou das infrações penais contra as relações de consumo, posteriormente complementadas pela Lei 8.137, de 90; do artigo 81 ao 104, regulamentou a parte processual, cujo complemento encontra-se na Lei 7347/85; do artigo 105 ao 106, apontou um Sistema Nacional de Defesa do Consumidor e, no artigo 107, cuidou da Lei da Convenção Coletiva de Consumo e trouxe disposições gerais que estabelecem a relação de integração com a Lei 7.347/85.

Na realidade, a Constituição Federal trouxe, em seu seio, todos os elementos necessários para se erguer, no ordenamento jurídico brasileiro, um microssistema de proteção às relações de consumo. A defesa do consumidor segue filosofia e princípios próprios.

⁵³ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano, PINTO SERRANO, Yolanda Alves, *Código de Defesa do Consumidor interpretado*, 2 ed., São Paulo, 2005, p. 03.

⁵⁴ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano, PINTO SERRANO, Yolanda Alves, *Código de Defesa do Consumidor interpretado*, 2 ed., São Paulo, 2005, p. 05.

Desta constatação, pode-se concluir que o Direito do Consumidor não constitui desdobramento dos subsistemas do Direito Público ou do Direito Privado, possuindo, na realidade, parâmetros e princípios específicos.

Além disso, o Código de Defesa do Consumidor, na medida em que trouxe as regras básicas do microsistema, possui caráter principiológico, funcionando como norma geral no que tange a outras leis que regulam as relações de consumo setorializadas.⁵⁵

O Código de Defesa do Consumidor é uma lei principiológica, que culminou por criar um microsistema autônomo, inserido no sistema constitucional brasileiro. Na realidade, o Código de Defesa do Consumidor é caracterizado como piso protetivo mínimo.

Por isso, na hierarquia das normas, o Código do Consumidor somente perdeu espaço para a própria Constituição, haja vista não valer a regra geral “lei posterior revoga lei anterior”. Isto pois referido Código não foi criado por mera lei ordinária, mas sim, por lei que defende direito fundamental constitucional.

Assim, o Código de Defesa do Consumidor não criou novos direitos, mas apenas regulamentou e instrumentalizou a proteção a direitos já explicitados pelo legislador constitucional.

Importante salientar, também, que o Código, em seu artigo 1º, afirma tratar-se de diploma de ordem pública e de interesse social. Tal afirmação permite-nos concluir no sentido de que as normas contidas no Código de Defesa do Consumidor não podem ser objeto de disposição pelas partes, já que existe um interesse primário estatal em sua integral aplicação.

⁵⁵ Cabe ressaltar que, havendo contradição entre o Código e a Lei setorial, aplica-se aquele, afastando a incidência da lei, conforme ensina NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano, PINTO SERRANO, Yolanda Alves, *Código de Defesa do Consumidor interpretado*, 2 ed., São Paulo, 2005, p. 09.

Pode-se entender que, qualquer cláusula tendente a distanciar o consumidor da proteção dada pela lei será tida como não escrita. Esta constatação é verdadeiro imperativo lógico do sistema.⁵⁶

Ou seja, a relação de consumo é privada, mas as normas que a controlam são públicas. São normas cogentes, de aplicação obrigatória, por conta do vetor constitucional. Por isso, as partes não podem dela dispor e pode o juiz aplicá-las de ofício.⁵⁷

Além disso, outro ponto importante do sistema é a possibilidade de aplicação imediata de referidas normas, bem como o seu interesse social expressamente contido.

Pois bem. É certo que a Constituição Federal, ao proteger expressamente os direitos do consumidor, os alçou ao “*status*” de direito fundamental da República Federativa do Brasil, bem como os protegeu por meio da intangibilidade das cláusulas pétreas.

Ou seja, o constituinte emitiu, claramente, um comando ao legislador infraconstitucional: o consumidor necessita de proteção, portanto, proteja-o.

Pode-se afirmar que há um indubitável mandado de *proteção* emitido pelo constituinte ao legislador infraconstitucional. Entretanto, pode-se indagar: há mesmo um mandado de *criminalização* de condutas atentatórias aos direitos do consumidor?

Será verdadeira a assertiva de que o constituinte ordenou a feitura de tipos penais para a proteção efetiva dos direitos do consumidor? Foi o Direito Penal o primeiro

⁵⁶Já que não faria qualquer sentido se abrir espaço para o afastamento da aplicação de tais normas, tendo admitido a vulnerabilidade do consumidor, bem como sua hipossuficiência em relação ao fornecedor. Isto é o que ensina NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano, PINTO SERRANO, Yolanda Alves, *Código de Defesa do Consumidor interpretado*, 2 ed., São Paulo, 2005, p. 09.

⁵⁷ Para efeito de curiosidade, pode-se dizer que o STJ não aplica integralmente tal entendimento, desde 2009, por conta da edição da Súmula 381 (Recurso Especial 1013562/SC), que enuncia não poder o juiz reconhecer de ofício a abusividade nos contratos bancários. Não obstante tal entendimento, muitos doutrinadores criticam tal posição do Superior Tribunal de Justiça, haja vista a colidência com as bases do microsistema de proteção da relação jurídica consumerista.

instrumento indicado para ser utilizado na proteção das relações de consumo? Nos parece que a resposta tende a ser negativa.

Não obstante o constituinte tenha ordenado que fosse dada a devida proteção ao consumidor, ele não determinou que fosse o Direito Penal o instrumento que devesse ser utilizado para tal finalidade.

A título de exemplificação e comparação, interessante analisar a postura do constituinte ao tratar da proteção ao meio ambiente. O artigo 225, parágrafo 3º⁵⁸, da Constituição Federal, prevê explicitamente a cominação de sanções de natureza penal e administrativa aos sujeitos que lesem o citado bem jurídico.

Ou seja, não há mera declaração formal da necessidade de tutela ao ambiente - assim como ocorre com o consumidor - mas há a expressa necessidade de proteção jurídico-penal, com a obrigação ou mandato expreso de criminalização.⁵⁹

Com tal postura, parece ter o constituinte afastado qualquer eventual dúvida quanto à indispensabilidade de uma proteção penal do meio ambiente. Tal situação, claramente, não ocorre no que se refere à proteção dos direitos do consumidor.

Neste sentido, caso entendesse ser obrigatória a utilização do Direito Penal para a proteção das relações de consumo, o constituinte teria determinado de forma expressa, assim como fez com relação à proteção do meio ambiente. Se não o fez, é porque não a considera fundamental ou imprescindível.

Há, nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, exemplos de mandados expressos de criminalização que não deixam dúvidas acerca da obrigatoriedade da utilização da via

⁵⁸Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

⁵⁹ PRADO, Luiz Régis. *Crimes contra o ambiente – anotações à lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. 2 ed., São Paulo: RT, 2001, p.27.

penal para a proteção de determinados bens jurídicos. A Lei Fundamental Alemã, em seu art. 26.1, prevê a obrigação constitucional de criminalizar a preparação de guerra de agressão e o atentado à convivência pacífica dos povos.

A Constituição italiana, em seu artigo 13.4, sujeita à pena criminal toda violência física e moral contra a pessoa. Tais determinações relacionam-se com a experiência vivida por tais sociedades na última grande guerra mundial, bem como com a derrocada dos regimes autoritários.

Já no Direito Português, há uma única imposição constitucional expressa de punir em seu artigo 120.3, da Constituição de 1976.⁶⁰

O texto constitucional brasileiro, ao tratar da tutela penal do meio ambiente, baseou-se no texto da constituição espanhola, que foi o primeiro a declarar, de forma expressa, a proteção penal do ambiente.⁶¹

Todavia, no que diz respeito à proteção do consumidor, o legislador constitucional não tratou o bem jurídico como penal, o que não exclui outras formas de proteção deste por parte do legislador ordinário. Muito pelo contrário.

Levando-se em conta que não há mandado expresso de criminalização das condutas que atentam contra as relações de consumo e, ainda, tomando-se por base princípios norteadores do Direito Penal, tais como a intervenção mínima e a fragmentariedade, constata-se que, indubitavelmente, a via penal não deve ser a *prima ratio* na proteção dos direitos do consumidor.

Isto não significa afirmar que não existam situações que imponham a necessidade de utilização de sanções penais no âmbito da proteção do consumidor, mas, apenas se necessária e se utilizada de forma cuidadosa e limitada.

⁶⁰ Idem Op. Cit, p.28-29.

⁶¹ Idem Op. Cit, p.28-29.

É cediço que a criminalização depende de legitimação positiva-constitucional, mas tal elemento não é suficiente para que haja a normatização penal, já que é imperioso que se analise outras questões fundamentais, tais como a necessidade de tutela, os princípios gerais do Direito Penal, a função do Direito Penal, bem como a finalidade sancionatória penal.⁶²

A Constituição Federal, em um Estado Democrático de Direito, possui uma função positiva e outra negativa. A função positiva é analisada partindo da premissa quanto a existir ou não, na Constituição, referência expressa ou implícita do valor, pois não faz sentido criminalizar condutas que sequer são referidas implicitamente na Carta Magna. Já a função negativa exige que, além da referência constitucional, exista também consonância entre o bem jurídico a ser protegido pela criminalização e os direitos fundamentais do homem.⁶³

Deste modo, não basta apenas a relação formal entre o bem jurídico e o texto constitucional. É necessário que se analise também princípios constitucionais penais, tais como intervenção mínima, subsidiariedade, fragmentariedade, lesividade e proporcionalidade.

É por isso que se afirma que a Constituição é o limite positivo e negativo, bem como o fundamento da criminalização.⁶⁴

Como já visto anteriormente, a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu artigo 5º, inciso XXXII, a determinação de que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor, porém, não fez qualquer menção se esta defesa se daria na esfera penal, civil ou administrativa.

⁶² FERRARI, Eduardo Reale. *A ilegitimidade da criminalização das condutas atentatórias ao meio ambiente*. In: ANDRADE, Manuel da Costa. *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p.1188.

⁶³ FERRARI, Eduardo Reale. *A ilegitimidade da criminalização das condutas atentatórias ao meio ambiente*. In: ANDRADE, Manuel da Costa. *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p.1188.

⁶⁴ FERRARI, Eduardo Reale. *A ilegitimidade da criminalização das condutas atentatórias ao meio ambiente*. In: ANDRADE, Manuel da Costa. *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p.1188.

Entretanto, a partir de 1990, pode-se notar que o legislador infraconstitucional brasileiro adotou posição cristalinamente favorável à criminalização de condutas no âmbito das relações de consumo, já que, ao estatuir o Código de Defesa do Consumidor, previu doze tipos penais.

Não bastasse tal fato, pouco mais de três meses após a edição do Código de Defesa do Consumidor, e antes da entrada em vigor deste, o legislador, mais uma vez imbuído da idéia de uma criminalização excessiva de condutas no âmbito das relações consumeristas, criou a Lei nº 8.137/90, que previu, em seu artigo 7º, nove condutas penais atentatórias às relações de consumo.

Atente-se ao fato de que a Lei nº 8.137/90 foi publicada e entrou em vigor no dia 27 de dezembro de 1990, enquanto que o Código de Defesa do Consumidor foi publicado no dia 11 de setembro de 1990, mas entrou em vigor 180 dias depois, ou seja, após a entrada em vigor da Lei nº 8,137/90, em decorrência da “*vacatio legis*” do CDC, o que fez surgir ainda mais problemas no tocante à aplicação da lei.⁶⁵

Obviamente, as relações de consumo devem ser protegidas. Mas é certo que nem toda lesão a elas é digna de tutela penal!

Neste sentido, pode-se afirmar, com segurança, que não há mandados de criminalização às condutas atentatórias aos Direitos do Consumidor, na Constituição Federal de 1988.

É importante salientar que a Constituição Federal apresenta-se como verdadeiro limite positivo do Direito Penal, tendo como principal função a proteção de direitos fundamentais. Nesta senda, não cabe a ela determinar os bens jurídico-penais que devem

⁶⁵ Tal constatação serve apenas para demonstrar como se deu de forma atribulada e confusa a edição de tais leis e como o legislador, tomado pelo desespero de proteger o consumidor a qualquer custo, agiu sem levar em conta a noção de sistema, bem como os princípios basilares do Direito Penal em FERRARI, Eduardo Reale. *Os crimes contra a relação de consumo e a sua incidência em face do código de defesa do consumidor e da lei 8.137/90: é possível a revogação tácita durante a vacatio legis*. Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel, São Paulo, v. 5, n. 19, jan./mar. 2002, p.14-16.

ser protegidos pela tutela penal. Assim, não há qualquer obrigação constitucional de criminalização.⁶⁶

A Carta Magna atua como norte a ser seguido pelo legislador infraconstitucional, que, na confecção de tipos penais, deve estar atento para os valores que necessitam de proteção penal, bem como às diretrizes constitucionais que denotam a importância desta modalidade de tutela. Porém, a Constituição não indica o instrumento que ela considera mais eficiente para a efetivação desta proteção no mundo fático.

Isto não significa que não possa se mostrar necessária a criminalização de determinadas condutas, após análise da importância do bem jurídico a ser protegido e dos princípios constitucionais penais. Apenas denota que há muitas formas de proteção dos direitos do consumidor, que não somente a via penal de atuação, a denotar que não existe a obrigatoriedade de se criminalizar qualquer e toda conduta que atente ao equilíbrio da relação consumerista.

3) A escolha pela via penal para a tutela das relações consumeristas. A expansão desenfreada do Direito Penal. A visão simbólica do Direito Penal e o não enfrentamento das deficiências e falhas da via administrativa.

O consumo é, hoje, potencialmente, a principal fonte geradora de conflitos na sociedade. Daí a posição do consumidor constituir amplo espaço, para onde se dirigem interesses individuais e coletivos, assumindo uma dimensão valorativa de bens jurídicos que necessitam de proteção, como, por exemplo, direito à saúde e à segurança, direito de exigir as quantidades e qualidades acordadas, direito à informação sobre produtos, contratos, conteúdo das suas cláusulas e meios de proteção e defesa, direito à liberdade

⁶⁶ PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo*. São Paulo: RT, 2003, p. 51 e ss.

de contratação, direito de não suportar cláusulas abusivas, direito a uma eficaz prestação de serviços públicos.⁶⁷

Além destes, há outros direitos, tais como o direito de defender-se da publicidade enganosa e falsa, direito à defesa judicial, direito de associar-se em defesa de seus interesses, direito de participar de organismos públicos cujas decisões os afetem.⁶⁸

Há, portanto, uma grande quantidade de bens jurídicos protegidos na relação de consumo, haja vista a amplitude alcançada pela temática dos direitos do consumidor, nos dias atuais.

É certo que os bens jurídicos relativos aos direitos do consumidor merecem proteção jurídica, afinal, a própria Constituição Federal assim determina, de forma explícita. No entanto, também é cediço que o Direito Penal não deve ser a *prima ratio* para se alcançar tal intento.

Isto porque, além de não existir qualquer mandado de criminalização na Magna Carta, levando-se em conta os princípios penais do Estado Democrático de Direito em que se vive, não é razoável utilizar o Direito Penal como primeira opção para a proteção de quaisquer bens jurídicos.

É claro que os direitos do consumidor carecem de proteção jurídica, porém, não necessariamente, tal proteção deve ser conferida pela via do Direito Penal.

As sanções de caráter penal são consideradas as mais gravosas do sistema jurídico brasileiro, pois atingem e limitam a liberdade dos indivíduos. Por isso, a criminalização de condutas ofensivas a determinados bens jurídicos não deve ser a regra num Estado Material de Direito. A princípio, o Estado deve recorrer a instrumentos menos gravosos e interventivos que o Direito Penal, porém, tão eficazes quanto ele.

⁶⁷ GASPAR, António Henriques. *Direito penal do consumo: relevância criminal de práticas contrárias ao interesses dos consumidores*. Sub Judge: Justiça e sociedade, Coimbra, n. 11, jan./jun. 1996, p.66.

⁶⁸ FERRARI, Eduardo Reale. *Direito Penal do Consumidor e a tutela de bens jurídicos supraindividuais: uma análise constitucional* in *Direito Penal Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Professor José Cerezo Mir*, Revista dos Tribunais, 2007, p. 276.

Desta forma, mais coerente com as diretrizes constitucionais seria a utilização de meios desprovidos de caráter sancionatório, primeiramente. Caso estes não sejam aptos a protegerem eficazmente os bens jurídicos, passa-se à utilização de sanções civis e administrativas.

Todavia, se qualquer um destes mecanismos não satisfizer os objetivos para o qual foi aplicado, então a *ultima ratio* deve ser utilizada. Somente após tal análise, o Direito Penal mostra-se a via mais adequada para a proteção de bens jurídicos.⁶⁹

A Constituição representa verdadeiro parâmetro material para os poderes públicos, tendo em vista seu amplo catálogo de direitos fundamentais, que abarcam os direitos, liberdades e garantias individuais e direitos econômicos, sociais e culturais.⁷⁰ Entretanto, nem sempre ocorre plena concordância entre o Direito Penal e as diretrizes da Constituição, situação que pode ocasionar que o poder de punir do Estado exceda seus limites de atuação.

No Estado Democrático de Direito, leis que, de alguma forma, restringem direitos fundamentais, mesmo que autorizadas pela Magna Carta, devem sempre observar o Princípio da Proporcionalidade. Uma lei que restringe direitos, mesmo que adequada e necessária, pode ser inconstitucional, pois pode ser desproporcional com relação aos resultados que pretende alcançar. Neste cenário, como exemplo maior de lei restritiva de direitos, existe a norma penal incriminadora.⁷¹

Desde o *Bill of Rights*, de 1215 (artigos 20 e 39), passando pela obra de BECCARIA⁷² e chegando aos dias de hoje, o Princípio da Proporcionalidade mostra-se

⁶⁹ MAGALHÃES GOMES, Mariângela Gama de. *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: RT, 2003, p. 24.

⁷⁰ MAGALHÃES GOMES, Mariângela Gama de. *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: RT, 2003, p. 24.

⁷¹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A violação do Princípio da Proporcionalidade pela Lei 9296/96*. Boletim do IBCCRIM, São Paulo, ago. 1996, p. 14. A aplicação do Princípio da Proporcionalidade à proteção dos direitos do consumidor será analisada mais adiante no presente trabalho.

⁷² Cesare Beccaria, em sua obra *Dos delitos e das penas*, já atentava para a necessidade de haver a correta proporção entre os crimes e os castigos.

um instrumento importante para a limitação do campo e da forma de atuação do Direito Penal.

LUIGI FERRAJOLI, por exemplo, em sua obra *Direito e Razão*, afirma que a pena constitui-se em um dos dez axiomas do garantismo penal, sendo que, ela se utiliza do Princípio da Proporcionalidade para exteriorizar o “como punir” ao seu aplicador.⁷³

Neste sentido, BOBBIO também destaca que o maior defeito das sanções sociais não é a falta de eficácia, mas sim, a desproporção entre a violação e a resposta dada.⁷⁴

Todavia, não obstante existirem tais limites para a atuação do instrumento do Direito Penal no Estado Democrático, atualmente, pode-se dizer que eles se encontram quase que esquecidos nas páginas dos livros de doutrina. Isto porque, o atual desenvolvimento do Direito Penal demonstra uma forte tendência à expansão.

Notadamente, após os acontecimentos terroristas ocorridos nos Estados Unidos da América, em 11 de setembro de 2001, a “luta” contra o terrorismo fez surgir o ímpeto social de se criminalizar cada vez mais e mais condutas tidas como indesejáveis, de se agravar as penas cominadas a elas e de se ampliar as atribuições de investigação dos órgãos de persecução penal.

Tal panorama demonstra que as exigências de segurança estão pesando mais na balança do que os direitos de liberdade individual. O Direito Penal passa a assumir o papel de garantidor de segurança dos cidadãos, não sendo percebido como verdadeira ameaça aos direitos de liberdade.⁷⁵

⁷³ FIGUEIREDO NETO, Benedicto Arthur de. *Consciência constitucional na aplicação da pena-base à luz do Princípio da Proporcionalidade*. Boletim do IBCCRIM, São Paulo, v. 13, mar. 2006, p. 14.

⁷⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. São Paulo: Edipro. 2001, p. 158.

⁷⁵ Tal movimento foi denominado “Law and Order”. NEUMANN, Ulfrid. *O Princípio da Proporcionalidade como princípio limitador da pena*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v.16, mar/abr 2008, p. 206-207.

A verdade é que, ao se tornar vala comum de todas as condutas que se pretende coibir, o Direito Penal perdeu seus parâmetros de atuação, acabando por ser utilizado sem qualquer critério e por hipertrofiar-se.

Tal inchaço conduziu ao seu enfraquecimento, tornando-o via meramente simbólica, um verdadeiro código de condutas. O Direito Penal deixou de ser instrumento de controle social fragmentário, passando a ser a primeira via a ser utilizada na dita “sociedade de risco”⁷⁶.

Deste modo, a sensação de impunidade social, tão existente nos dias de hoje, tomou proporções ainda maiores, tendo em vista que, em decorrência desta disfuncionalidade do Direito Penal, juntamente com a fúria legislativa desordenada, o instrumento utilizado não se mostrou plenamente apto para a proteção de bens jurídicos.

Conjuntamente com a produção enlouquecida de leis penais, a falta de estrutura e de especialização por parte dos órgãos incumbidos da aplicação normativa culminou por colocar em dúvida a própria eficácia das sanções penais cominadas para muitas das condutas, pelo menos, em tese, atentatórias à relação de consumo.

E tal percepção também agravou a sensação social de impunidade, que vigora acerca do ordenamento jurídico nacional.⁷⁷

Além desta constatação, é de se perceber que, também em sua decorrência, o conflito de princípios e valores existente, desde sempre, no âmbito de atuação da via

⁷⁶ Cabe ressaltar que muitos doutrinadores e estudiosos definem a sociedade atual como “sociedade de risco”, porém, tal denominação não parece ser completamente correta. Isto porque, embora atualmente, novos riscos, de dimensões maiores e diferentes características tenham surgido, concomitantemente, novos modos e meios de se proteger deles e de evitá-los também surgiram. Nas sociedades mais antigas, outros riscos também existiam e, embora hoje eles possam ser considerados ínfimos ou irrelevantes, naquela oportunidade, certamente, pareciam possuir maiores proporções, já que os meios de serem evitados também eram menos desenvolvidos que os existentes na atualidade. Desse modo, pode-se afirmar que quaisquer sociedades podem ser denominadas “de risco”, haja vista que riscos sempre existirão e sempre serão dotados da característica da relatividade.

⁷⁷ FERRARI, Eduardo Reale. *Os crimes contra a relação de consumo e a sua incidência em face do código de defesa do consumidor e da lei 8.137/90: é possível a revogação tácita durante a vacatio legis*. Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel, São Paulo, v. 5, n. 19, jan./mar. 2002, p.14.

penal, agravou-se, pois os critérios para a verificação dos valores preponderantes, numa situação concreta, encontraram-se perdidos neste cenário de “bagunça legislativa”.

Diante de tal situação, e, levando-se em conta o caráter plural e multifacetário da sociedade contemporânea, é cada vez mais recorrente a colisão entre princípios, principalmente no que diz respeito ao conflito entre a liberdade individual e a segurança social.

E, neste terreno nebuloso e desordenado, é comum se perceber que, muitas vezes, bens jurídicos sem qualquer dignidade penal são protegidos pela via penal, enquanto outros, realmente carecedores de tal proteção, restam desabrigados.

Afinal, qual o parâmetro utilizado, atualmente, para a eleição da via penal como a mais adequada? Ao que parece, a função de exclusiva proteção de bens jurídicos, bem como o Princípio da Proporcionalidade restam esquecidos.

Na realidade, os direitos fundamentais encontram-se presos num verdadeiro paradoxo, necessitando da atuação do Poder Estatal para serem efetivados. No entanto, para ocorrer tal efetivação, recorre-se quase que de forma exclusiva ao Direito Penal, o que culmina em sua expansão excessiva.

A implementação deste instrumento sempre fez surgir o conflito da liberdade individual com outro bem jurídico, que também precisa de proteção – mas, talvez, após o sopesamento dos valores em jogo, note-se que este não necessita de proteção penal! Outra via de proteção, mais adequada, pode ser utilizada para tal fim.⁷⁸

Se o legislador continuar a criminalizar condutas do modo como faz hoje, sem adotar quaisquer medidas logísticas e sem analisar o Princípio da Proporcionalidade, o prognóstico visualizado consiste numa quantidade imensa de normas penais inúteis, meramente simbólicas, sem aplicabilidade prática. Com isso, a máquina estatal restará

⁷⁸ Idéia exposta pelo prof. Miguel Reale Júnior, em aula da Pós Graduação, da disciplina Temas Fundamentais de Direito Penal, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 23.06.09.

inchada, o que ocasionará um *déficit* de efetividade da via penal, e, conseqüentemente, a impunidade no corpo social.⁷⁹

A utilização do Direito Penal no Estado Democrático de Direito não pode se justificar somente pelos objetivos que se visa a alcançar, mas, sobretudo, pelos meios que emprega para alcançá-los. Os fins, por si só, definitivamente, não são suficientes para justificar os meios empregados.

É exatamente neste contexto que se encontra inserida a maciça criminalização de condutas atentatórias aos direitos do consumidor. Ela consubstancia-se num dos exemplos da expansão desenfreada do Direito Penal, bem como da não observância do Princípio da Proporcionalidade.⁸⁰

É sabido que a expansão caótica do Direito Penal, nos dias atuais, acaba por colocar em dúvida a legitimidade de muitas de suas intervenções. A chamada hipertrofia amorfa do Direito Penal, decorrente do desespero legislativo patente atualmente, acaba por configurar um cenário de injustiças e de aumento na sensação de impunidade social, já tão em voga no corpo social contemporâneo.

Isto pois, sob o argumento de que o Direito Administrativo é invariavelmente ineficiente, faz-se do Direito Penal uma vala comum de condutas que se pretende coibir, não se observando inúmeros elementos essenciais, sendo o principal deles: a adequação e necessidade da via penal, frente à lesividade das condutas e ao real dano ou possibilidade de dano ao bem jurídico.

Normas penais restam caracterizadas como normas de conduta, que apenas servem para amedrontar cidadãos, não havendo meios de coibirem a criminalidade. Esta situação é inconcebível num Estado que pretenda ser democrático de direito.⁸¹

⁷⁹ CORREIA, Belize Câmara. *A Lei nº 11.466/07 e o novo art. 319-A do Código Penal Brasileiro: uma análise à luz do Princípio da Proporcionalidade*. Boletim do IBCCRIM, São Paulo, v. 15, set. 2007, p. 7.

⁸⁰ Assim como a Lei dos Crimes Ambientais – Lei nº 9.605 de 1998.

⁸¹ REALE JÚNIOR, Miguel. *Ação Fiscal e Extinção da Punibilidade no Crime Tributário*. Revista Literária de Direito. agosto-setembro. 2004.

Ao criminalizar toda e qualquer conduta atentatória relacionada à relação de consumo, viola-se frontalmente o princípio da subsidiariedade da via penal e acaba-se por se utilizar o Direito Penal como *prima ratio*. Esta postura não se mostra compatível com os princípios penais constitucionais e com o Estado Material de Direito.

A missão do Direito Penal é atuar como *ultima ratio*, devido à gravosidade e onerosidade de suas medidas. O âmbito penal deve ser reservado apenas à proteção de bens jurídicos caros e importantes à sociedade. Bens estes com dignidade penal e que efetivamente carecem de sanção penal. Desse modo, antes de optar, primeiramente, pela via penal, deve-se atentar para a efetividade de outras vias no caso concreto.

RÉGIS PRADO ensina que, segundo o princípio da intervenção mínima ou *ultima ratio*, o Direito Penal somente deve atuar na defesa de bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de outra forma. Ele se consubstancia como verdadeira orientação de política criminal restritiva do *ius puniendi*, derivando da própria natureza do Direito Penal, bem como da concepção material do estado de direito.⁸²

É indispensável a restrita e delimitada seleção de determinados bens jurídicos que serão tutelados pela via penal, com o objetivo de não se mover toda a máquina estatal penal para se proteger bens que poderiam ser protegidos de forma mais simples e menos gravosa a seus agentes.

É certo que o homem e suas necessidades devem ser o foco desta escolha desses bens jurídicos. A intolerabilidade da sociedade⁸³ frente ao ferimento de determinados bens jurídicos é o norte que deve ser seguido pelo legislador, a demonstrar quão importantes são e o quanto tais bens jurídicos possuem dignidade penal.

⁸² PRADO. Luiz Régis. *Direito Penal Ambiental (problemas fundamentais)*. RT, São Paulo, 1992, p.52.

⁸³ Assim define dignidade penal como “juízo qualificado de intolerabilidade social” COSTA ANDRADE, Manuel. A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referências de uma doutrina teleológico-racional de crime. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais* nº 2. Lisboa. 1992. pp 173-203.

Cabe ressaltar que a função da via penal de proteção de bens jurídicos não é absoluta. O bem jurídico é defendido por meio do Direito Penal somente frente a certas formas de agressão, tidas como socialmente intoleráveis. Esta fragmentariedade que caracteriza a criminalização de condutas impõe que o Direito Penal continue a ser um “arquipélago de pequenas ilhas no grande mar do penalmente indiferente”.⁸⁴

Além disso, o fortalecimento das vias informais de controle, elemento tão importante no âmbito consumerista, deveria receber mais atenção estatal. Porém, o legislador infraconstitucional, equivocadamente, dá primazia às instâncias formais de controle, perpetuando o ilusionismo penal.⁸⁵

De fato, a criminalização de determinadas condutas consumeristas não obedece a tais princípios. A intervenção do Direito Penal, nesse campo, não é mínima, o que acaba por torná-lo um apanhado de normas de conduta, tendo em vista que muitas das condutas criminalizadas não possuem dignidade penal para tanto.

Desse modo, a via penal culmina por se tornar apenas simbólica e meramente reguladora – e, em razão disso, mostra-se ineficaz para coibir os abusos e ferimentos aos direitos e interesses da seara consumerista.

4) A dicotomia “criminalização *versus* descriminalização” das condutas consumeristas. Dignidade Penal e Carência de Sanção Penal – O Direito Penal como *ultima ratio*. Seria a via penal a mais adequada?

Diante do cenário exposto, é inevitável que surja o questionamento acerca da adequação do instrumento do Direito Penal para a proteção dos bens jurídicos

⁸⁴ PRADO, Luiz Régis. *Direito Penal Ambiental (problemas fundamentais)*. RT, São Paulo, 1992, p.52.

⁸⁵ FERRARI, Eduardo Reale. *Os crimes contra a relação de consumo e a sua incidência em face do código de defesa do consumidor e da lei 8.137/90: é possível a revogação tácita durante a vacatio legis*. Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel, São Paulo, v. 5, n. 19, jan./mar. 2002, p.14.

consumeristas, bem como acerca da necessidade de descriminalização – e posterior “administrativização” – de certas condutas.

Com o desenvolvimento das relações sociais e, por via de consequência, com o aumento de sua complexidade, é de se observar que a quantidade de bens jurídicos consumeristas expandiu-se desenfreadamente. Isto porque se objetivava proteger, cada vez mais, o acesso ao consumo, a defesa da concorrência e a defesa do consumidor, numa sociedade que se encontrava gradativamente mais massificada.

Mas, a proteção dos consumidores, presumidamente vulneráveis e hipossuficientes, passou a ocorrer de forma mais incisiva, pois se pensou que, se os mesmos adquirissem maior confiabilidade no mercado, contribuiriam para o relançamento da economia.⁸⁶

Afinal, numa sociedade em que o consumir se tornou uma das formas de demonstração de poder, quanto mais se consome, mais lucros são gerados, notadamente aos fornecedores.

Ou seja, não obstante existirem boas intenções ao se criar referida legislação protetiva, tal como a diminuição da desigual distância entre consumidor e fornecedor, também houve a presença de inegáveis interesses econômicos, de mercado, que influenciaram a confecção de normas em defesa do consumidor.

Outro elemento que colaborou para a atual hiperinflação de bens jurídicos consumeristas caracterizou-se pelo fato de que, na proteção dos direitos do consumidor, as normas penais passaram a exercer papel de exagerado destaque, tendo em vista que uma grande quantidade de bens jurídicos passou a ser “protegida” pela via penal.

No entanto, o excesso de bens jurídicos consumeristas, aliado ao exagero na utilização do Direito Penal para sua proteção, não rendeu eficiência e efetividade na

⁸⁶ FERRARI, Eduardo Reale. *Direito Penal do Consumidor e a tutela de bens jurídicos supraindividuais: uma análise constitucional* in *Direito Penal Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Professor José Cerezo Mir*, Revista dos Tribunais, 2007, p. 277.

proteção dos direitos do consumidor, como é fácil se observar, atualmente. Muito pelo contrário.

A sensação de que os abusos aos direitos do consumidor são cada vez mais graves e de que a legislação não é aplicada de forma adequada somente aumenta entre a população consumidora a falsa percepção de que não há outros meios hábeis de se proteger, além destes já existentes – e claramente ineficientes.

O Direito Penal jamais conseguirá proteger todos os bens jurídicos consumeristas, pois tal papel é incompatível com sua própria natureza. Tal instrumento é caracterizado por sua fragmentariedade⁸⁷, o que impõe a necessidade de se proceder a uma criteriosa seleção de bens jurídicos a serem protegidos

Do modo como hoje está estruturado o Direito Penal do Consumidor, dificilmente haverá plena efetividade na proteção dos bens jurídicos consumeristas, eis o descompasso existente entre o instrumento utilizado e a finalidade buscada.

O Direito Penal não serve para amedrontar cidadãos, nem para estancar condutas que se caracterizam como meras desobediências. Se já é complicado cumprir seu papel constitucional no ordenamento jurídico brasileiro, com maior razão é cumprir uma função que não lhe pertence, mas que lhe foi atribuída num momento de desespero legislativo e social.

⁸⁷ O Princípio da Fragmentariedade, também conhecido como caráter fragmentário do Direito Penal, indica que o Direito Penal deve ser o último grau de proteção ao bem jurídico. Ele se projeta num plano abstrato e tem como seu principal destinatário o legislador. É certo que nem tudo o que é ilícito é ilícito penal, porém, tudo o que é ilícito penal também é ilícito perante os demais ramos do direito, por essa razão, este princípio diz ao legislador: “Apenas crie um crime quando outro ramo do Direito não for suficiente para proteger o bem jurídico!”. Já o Princípio da Subsidiariedade indica que o Direito Penal deve atuar como verdadeiro executor de reserva. Ele se projeta num plano concreto, ou seja, o crime já existe, o tipo penal já foi criado, devendo-se saber quando ele deve ser aplicado na realidade pragmática. Desta forma, o destinatário do Princípio da Subsidiariedade é o aplicador da norma. Neste sentido, é possível se afirmar que o Princípio da Intervenção Mínima, em seus dois aspectos, quais sejam, a fragmentariedade e a subsidiariedade, possui, na verdade, dois destinatários: o legislador e o aplicador do direito. Quando se percebe que o legislador não respeitou tais diretrizes, cabe ao aplicador do direito tal tarefa. Isto é o que ensina MASSON, Cléber Rogério. *Direito penal esquematizado - Parte Geral*. 2ª ed., Método, São Paulo, 2009.

O Direito Penal, desde o Iluminismo, vem seguindo uma tendência de redução à *ultima ratio*, porém, o cenário, nos dias de hoje, mostra-se diferente. Atualmente, com a expansão do Direito Penal e sua utilização como verdadeira “tábua de salvação” para tudo, tal instrumento passa a ser utilizado como verdadeira *prima ratio*.

Com a sociedade desconectada e fragmentada, os meios informais de controle se desfazem, notadamente devido à atuação da mídia e da internet, situação que clama pela utilização de meios formais de controle, já que o corpo social pede ordem e paz para desenvolver sua vida. Inserida neste contexto, surge a necessidade de se proteger bens jurídicos coletivos, tão evidenciados na sociedade massificada e de consumo.

Desta forma, pareceu ao legislador que o Direito Penal seria o único meio de se manter a sociedade organizada, tendo em vista a quantidade de normas penais editadas contemporaneamente – notadamente, em épocas eleitoreiras e de propagandas políticas.

Diante disso, o Direito Penal se transmuta, desconfigurando seu perfil tradicional e inicial, passando de um direito de proibição de condutas que ferem bens jurídicos importantes para um verdadeiro direito de organização, com características “administrativizadas”.⁸⁸

Frente a esta verdadeira confusão que se tornou a utilização da via penal, muitas indagações passaram a serem feitas: O bem jurídico deve ser ainda referência para a criação de tipos penais? Ou deve-se optar por um Direito Penal de condutas, um Direito Penal de obediência ao invés de um Direito Penal de tutela?

Com o advento de tais questionamentos, o conceito de bem jurídico entra em crise, gerando importantes questões, que clamam por respostas, a surgir indagações tais como: afinal, como se deve criar o tipo penal? O critério para a criminalização de determinada conduta deve ser a sua inconveniência? Não é mais a proteção de interesses fundamentais a grande base para a criação de tipos penais? A ofensividade e a lesividade devem ainda ser observadas?

⁸⁸ Daí a criação enlouquecida de tipos penais de perigo abstrato, como se verá mais a frente no presente trabalho.

A nosso ver, as respostas são positivas. Claramente, o núcleo da norma penal deve se concentrar num valor que se considera importante, caro à convivência social. Está-se diante de algo considerado valioso, portanto, quando tal valor é ofendido, inevitavelmente surge o conflito. A sanção penal nada mais faz que reafirmar aquele valor que foi desrespeitado, em algum momento.⁸⁹

Todavia, ao proteger bens jurídicos por meio da imposição de sanções penais, há a marginalização do autor da infração penal, que acaba, de alguma forma e em algum momento da vida, sendo estigmatizado. Além disso, a liberdade, direito fundamental dos indivíduos, também é diretamente afetada com a aplicação da pena.

Por isso, nota-se que a utilização da via penal é o modo mais gravoso de atuação para o restabelecimento da ordem, e, justamente por isso, deve ser usado cautelosamente e de forma criteriosa.

Não obstante a constatação de que o Direito Penal deva seguir vetores tais como a subsidiariedade, a fragmentariedade e a aplicação mínima, é claro, atualmente, o processo gradual de sua patente banalização. Hoje, a via penal vale como uma infeliz mensagem simbólica, ou seja, ela serve como meio de comunicação social, bem como para atemorizar a sociedade sobre a indesejabilidade de determinadas condutas.

Neste sentido, atualmente, o Direito Penal vale mais pelo que ele simboliza do que por aquilo que ele efetivamente protege.

Mas é certo que a norma penal incriminadora deve orbitar em torno de determinado valor, figurando o tipo penal em verdadeira simplificação do concreto.

Isto porque o Direito Penal se caracteriza como um movimento que vai do real para o real, via abstrato, já que o legislador observa a reiteração de condutas na realidade, constrói um modelo abstrato, baseado em sua observação concreta e, em seguida, cria o

⁸⁹ Além disso, existe também a função retributiva da sanção penal, que não deve ser esquecida, nem negada. Afinal, a pena possui algumas finalidades e não apenas uma única. Seria uma postura hipócrita negar o caráter retributivo da pena, pois é certo que o Direito Penal traz consigo um inegável aspecto moral.

modelo ajustado à realidade. Ou seja, o legislador parte do real, segue para o abstrato e deve voltar à realidade. É uma relação trifásica.⁹⁰

A realidade deve ser, portanto, o ponto de partida para a atividade do legislador. Sua análise deve ser cuidadosa, pois ele deve “pinçar”, na realidade, situações que demonstrem danosidade e ofensividade social, de modo a se evitar o intervencionismo penal indevido. O conceito material de delito deve ser conjugado à realidade social, ou seja, sempre deve ser analisada a dignidade penal do bem jurídico a ser protegido.⁹¹

Portanto, resta claro que o bem jurídico traz consigo verdadeiro conteúdo material, a ser observado atentamente pelo legislador. Esta concepção de bem jurídico parece coerente com toda a sistematização do Direito Penal no Estado Democrático Brasileiro.⁹²

É certo que o bem jurídico é pressuposto da tutela penal, que dele jamais pode se dissociar. A noção de bem jurídico implica em um juízo positivo de valor acerca de determinado objeto ou situação social e de sua relevância para o desenvolvimento do ser humano.⁹³

Todo este raciocínio – tão claro num Estado Material de Direito, em que prevalece um Direito Penal Mínimo e fragmentário – dissolve-se ao se constatar que se está diante de um Direito Penal do comportamento e meramente simbólico. Neste, o grande questionamento não é *o que* se protege, mas sim, *como* se protege!

Há extrema preocupação com a forma de proteção, mas quase nenhuma atenção é voltada ao bem jurídico substancialmente protegido. Tal panorama é inadmissível num

⁹⁰ Conforme explicação do Prof. Miguel Reale Júnior, em aula expositiva da Pós Graduação, na disciplina Temas Fundamentais de Direito Penal, na Universidade de São Paulo, em 10 de março de 2009.

⁹¹ FERRARI, Eduardo Reale. *A ilegitimidade da criminalização das condutas atentatórias ao meio ambiente*. In: ANDRADE, Manuel da Costa. *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p.1192.

⁹² PASCHOAL, Janaína Conceição. *Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Manole, 2003, p. 7-9.

⁹³ PRADO, Luiz Régis. *Direito Penal do Ambiente – Meio Ambiente, Patrimônio Cultural, Ordenação do Território, Bisosegurança (com a análise da Lei nº 11.105/2005)*. 2ª ed. RT, São Paulo, 2009, p.92-93.

Estado que pretenda ser material de Direito, tendo em vista que um instrumento não pode ser utilizado como um fim em si mesmo, mas sim, objetivando alguma finalidade a ser alcançada.

E não há dúvida de que a grande finalidade do Direito Penal deve ser a proteção exclusiva de bens jurídicos considerados caros e importantes à sociedade.

Diante deste panorama, nota-se que os crimes contra o consumidor inserem-se neste cenário de vulgarização de condutas e de banalização do Direito Penal.

Nesta seara, muitas condutas, que, na realidade, são meras infrações administrativas, são tratadas pelo legislador como infrações penais, de forma desproporcional e inadequada.

Não existe sentido em se criminalizar condutas que não ofendem interesses realmente importantes ao consumidor, sob pena de configuração de um autoritarismo inadmissível, pois, ao agir desta forma, prima-se pela punição de meras condutas antiéticas, amorais e em desacordo com meras normas regulamentares, sem, no entanto, possuírem qualquer relevo de potencial afetação lesiva.⁹⁴

O Direito Penal somente deve intervir, se houver lesividade social concreta ao bem jurídico-criminal, exigindo dano ou perigo de dano a bens com relevância social e considerados indispensáveis. Dessa forma, não se configura como legítima a criminalização de fatos que apenas simbolicamente afetem a sociedade.⁹⁵

A nocividade social é ponto nevrálgico do princípio basilar da ofensividade, já que este somente legitima uma intervenção penal na seara consumerista, assim como nas

⁹⁴ FERRARI, Eduardo Reale. *A ilegitimidade da criminalização das condutas atentatórias ao meio ambiente*. In: ANDRADE, Manuel da Costa. *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p.1190.

⁹⁵ FERRARI, Eduardo Reale. *A ilegitimidade da criminalização das condutas atentatórias ao meio ambiente*. In: ANDRADE, Manuel da Costa. *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p.1191.

demais, após a análise do critério do desvalor da ação, do resultado e do grau de lesividade e de ofensividade ao bem jurídico protegido.

Por meio da aplicação do princípio da exclusão da proteção jurídica penal, todas as condutas consideradas axiologicamente neutras ou instrumentais à natureza não penal devem ser excluídas.⁹⁶

Além disso, em uma sociedade democrática de direito, a criminalização ou descriminalização de certas condutas também deve se pautar nos conceitos de dignidade penal e carência de sanção penal.

Dignidade penal caracteriza-se pelo princípio do consenso, fazendo com que a atuação do Direito Penal somente incida em condutas que protejam valores e interesses que, efetivamente, sejam relevantes socialmente. Dignidade Penal é, em suma, o juízo qualificado de intolerabilidade social.⁹⁷

Já a carência de proteção penal, por sua vez, caracteriza-se pela imposição de sanção penal apenas quando impossível a eficácia da proteção de bens jurídicos por outros ramos do Direito.⁹⁸

Desta forma, em muitas condutas que ferem bens jurídicos consumeristas, há a danosidade material, representada pela ofensividade social, já que ocorre abalo econômico-social, como, por exemplo, nas situações de propaganda enganosa e informação abusiva.

No entanto, tal constatação não conduz imediatamente à aplicação da via penal, pois, se, por um lado, é necessária a danosidade social, por outro, não basta só ela:

⁹⁶ Idem Op. Cit.

⁹⁷ COSTA ANDRADE, Manuel . A “*dignidade penal*” e a “*carência de tutela penal*” como referências de uma doutrina teleológico-racional de crime. Revista Portuguesa de Ciências Criminais, nº 2, Lisboa, 1992.

⁹⁸ Prof. Eduardo Reale Ferrari ainda destaca, citando Santiago Mir Puig que: “para proteger os interesses sociais, o Estado deve esgotar todos os meios menos lesivos que aqueles inseridos no Direito Penal, incidindo-se tão somente quando se constituir arma subsidiária, legitimando a incidência da sanção penal, apenas quando nenhum outro instrumento for suficiente.” em Idem Op. Cit., p. 1195.

necessário verificar também se outra via, que não a criminal, como a civil ou a administrativa, não seria apta a alcançar os mesmos objetivos protetivos, sendo, portanto, inevitável, a verificação e aplicação do Princípio da Proporcionalidade, bem como do conceito de carência de sanção penal.⁹⁹

A opção pela criminalização de condutas consumeristas que, na realidade, podem ser classificadas como meras desobediências administrativas, enfraquece o Direito Penal e não protege, realmente, as relações de consumo.

O Direito Penal do Consumidor acaba “administrativizado” e sua sistemática resta demolida em prol de outros interesses, quais sejam, políticos, eleitoreiros e financeiros. Pode-se dizer que o legislador brasileiro escolheu via equivocada para atuar, definitivamente.

Nesta conjectura, inicia-se a discussão acerca da dicotomia: Criminalização *versus* Descriminalização das condutas consumeristas.

Tal questão permeia, na verdade, todas as reflexões acerca dos bens jurídicos coletivos, pois é ela que culmina por definir a escolha do instrumento de atuação adequado, quer seja a via penal ou a via administrativa, ou, até mesmo, uma terceira via, com características diferentes daquelas encontradas no Direito Penal.

No âmbito do consumidor, parece mais condizente com toda a estrutura do Estado Democrático de Direito, bem como do Direito Penal Constitucional, optar por um caminho diverso da criminalização, refletindo-se acerca da administrativização de determinadas condutas, que, atualmente, são tuteladas pelo Direito Penal do

⁹⁹ FERRARI, Eduardo Reale. *Direito Penal do Consumidor e a tutela de bens jurídicos supraindividuais: uma análise constitucional* in *Direito Penal Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Professor José Cerezo Mir*, Revista dos Tribunais, 2007, p. 278-280.

Consumidor, com vistas a uma diminuição da intervenção da via penal e, conseqüentemente, a um aumento da efetividade da proteção ao bem jurídico.¹⁰⁰

Certamente, o Direito Administrativo que se apresenta no ordenamento jurídico brasileiro atual não conseguirá solucionar de modo efetivo tal questão. Uma nova estrutura de atuação deve ser criada.

Ter-se-á que se enfrentar as deficiências e dificuldades da seara administrativa atual, de modo a fortalecê-la e torná-la independente, para que ela, então, caracterizada como um Direito Administrativo Sancionador, consiga proteger bens jurídicos consumeristas de forma eficiente e menos gravosa que a via penal.¹⁰¹

E, atualmente, seja porque se perdeu o referencial de bem jurídico, essencial para a confecção de qualquer tipo penal, seja porque princípios constitucionais que norteiam o Direito Penal restam esquecidos, o Direito Penal é aplicado na seara consumerista de forma desordenada e sem qualquer senso lógico.

Mais que isso. Resta completamente esquecida a função do instrumento do Direito Penal, bem como os graves efeitos que sua atuação gera na vida em sociedade, a ensejar a indagação: como manusear um instrumento sem estar ciente de sua função e sua finalidade? Como optar-se pela via penal, se sequer foi feita uma análise prévia da eficiência de outros instrumentos para se alcançar o objetivo intentado? Não se atiram em pardais com canhões!

Nesta ordem de raciocínio, após a análise da importância do conceito material de bem jurídico e dos princípios constitucionais penais para a definição do Direito Penal como instrumento de atuação no âmbito do consumidor, bem como após a constatação da esquizofrenia legislativa penal em franco andamento no ordenamento jurídico brasileiro, fundamental se faz a análise da aplicação do Princípio da Proporcionalidade ao Direito Penal do Consumidor.

¹⁰⁰ FERRARI, Eduardo Reale. *Direito Penal do Consumidor e a tutela de bens jurídicos supraindividuais: uma análise constitucional* in *Direito Penal Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Professor José Cerezo Mir*, Revista dos Tribunais, 2007, p. 276.

¹⁰¹ Esta nova estrutura de atuação será proposta e estudada no Capítulo III, desta dissertação.

Tendo em vista que não há a obrigação de utilização do Direito Penal para a proteção de bens jurídicos consumeristas, indubitável indagar-se: O Direito Penal é o instrumento adequado e necessário para se tutelar os direitos e interesses dos consumidores? Não seria mais coerente e eficiente se buscar uma nova via administrativa? A estruturação de uma terceira via, entre o Direito Penal do Consumidor e o Direito Administrativo Sancionador não se mostra caminho mais razoável?

Ao que parece, a melhor maneira de se responder a tais indagações encontra escopo na aplicação do Princípio da Proporcionalidade.

CAPÍTULO II – A INSUFICIÊNCIA E INEFICÁCIA DO DIREITO PENAL PARA A TUTELA DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR.

1) A utilização do Princípio da Proporcionalidade para a não incidência de sanção penal desnecessária e para a escolha do melhor instrumento de atuação.

O Direito Penal, no Estado Democrático de Direito, deve seguir alguns parâmetros de atuação, já que deve ser mínimo.

O Princípio da Subsidiariedade informa o caráter subsidiário da norma penal, ou seja, a via penal somente será utilizada para a proteção de bens jurídicos quando os demais ramos do Direito não se mostrarem suficientemente eficazes para tal intento. Tal princípio deve ser observado primeiramente na atuação do legislador, no processo de formação das normas penais. A subsidiariedade é limite ao poder de punir do Estado.

Deste princípio, pode-se apreender também o caráter fragmentário do Direito Penal, que explicita que, de todas as condutas ilícitas existentes, a via penal somente poderia ater-se e punir aquelas que, efetivamente, sejam caracterizadas como lesão ou perigo concreto de lesão a bens jurídicos considerados fundamentais.

Se o Direito Penal é o mais violento instrumento normativo de regulação social, pois atinge a liberdade individual, ele deve ser utilizado de forma mínima.

Tanto a fragmentariedade, como a subsidiariedade mostram-se como facetas do princípio da intervenção mínima do Direito Penal.¹⁰²

O Princípio da Legalidade surge como importante garantia do cidadão e dele derivam garantias, tais como a reserva legal, a taxatividade penal e a irretroatividade da lei penal.

¹⁰² Verificar nota de rodapé nº87, deste trabalho.

Também o Princípio da Proporcionalidade, tão caro numa sociedade democrática, deve ser respeitado.

Por ser a liberdade um bem tutelado juridicamente na Constituição Federal, qualquer limitação a ela deve ser balanceada, somente se utilizando da via penal quando consistir em único modo de se proteger o bem jurídico.

Ou seja, somente se deve utilizar a via penal, que é meio gravoso de atuação estatal, quando tal medida se mostrar proporcional e razoável. É a manifestação da chamada justiça material. Uma limitação segura do Direito Penal só pode ser alcançada se o Princípio da Proporcionalidade for tratado como princípio de Justiça, e não mera regra de inteligência.¹⁰³

O Princípio da Proporcionalidade vem se posicionando como centro de inúmeras discussões atuais, após observarmos que, em uma sociedade em que há constantes ferimentos a direitos fundamentais, há a necessidade de se estabelecer uma norma de equilíbrio, com vistas a coibir os abusos do Estado, no exercício de seu *ius puniendi*.¹⁰⁴

Referido princípio abrange toda a superfície do sistema jurídico-penal, não apenas o direito penal material, mas também, o direito processual e a execução penal¹⁰⁵. Neste passo, a atuação do Princípio da Proporcionalidade, no Direito Penal, pode ser notada desde a escolha do instrumento mais adequado para a proteção de dado bem jurídico até a execução das penas cominadas.

A Proporcionalidade é composta de elementos ou subprincípios, sendo eles a adequação ou idoneidade, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

¹⁰³ NEUMANN, Ulfid. *O Princípio da Proporcionalidade como princípio limitador da pena*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v.16, mar/abr 2008, p. 210-211.

¹⁰⁴ Antônio Scarance Fernandes, em prefácio, na obra MAGALHÃES GOMES, Mariângela Gama de. *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: RT, 2003, p. 10.

¹⁰⁵ NEUMANN, Ulfid. *O Princípio da Proporcionalidade como princípio limitador da pena*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v.16, mar/abr 2008, p. 210-211.

Primeiramente, deve-se verificar se a conduta demonstra ter os requisitos constitucionais que a tornam apta a ser criminalizada. Após, deve-se analisar se não existe outro meio menos agressivo à liberdade individual, que possa ser utilizado para a proteção de bens jurídicos.

Somente nas situações em que a intervenção penal se mostrar o único meio eficiente de atuação, é que ela será necessária. Um ato estatal que limita um direito fundamental somente se mostra necessário se a proteção do valor não puder ser feita, com a mesma eficiência, por outro meio que fira menos a liberdade individual.

Em seguida, analisa-se se o meio utilizado é apto para alcançar os fins a que ele se propõe. Uma medida é inadequada se ela não contribui em nada para a realização do objetivo pretendido.¹⁰⁶

Numa outra etapa de análise, verifica-se se a sanção cominada à conduta reprimida é proporcional a sua gravidade – ou seja, a qualidade e a quantidade de pena a ser aplicada devem passar pelo juízo de proporcionalidade.

Além disso, é necessário que se faça uma análise comparativa, não somente da proporcionalidade do delito com sua própria pena, mas também a comparação dele com outros delitos e outras penas do ordenamento jurídico como um todo¹⁰⁷, tendo em vista que este constitui um sistema, que deve ser harmonicamente integrado.

É cediço que, na seara da proteção dos direitos do consumidor, o Princípio da Proporcionalidade deve ser observado. Assim, caso haja um conflito de bens jurídicos, deve haver um sopesamento entre eles, para se verificar qual representa maior relevância social e que, portanto, merece maior proteção.

¹⁰⁶ Para AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. *O proporcional e o razoável*. São Paulo: RT, ano 91, abr.2002, o exame da adequação diferencia-se do exame da necessidade, pois, para o autor, este é exame comparativo, já aquele é um exame absoluto.

¹⁰⁷ MAGALHÃES GOMES, Mariângela Gama de. *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: RT, 2003, p. 80-81. Cabe ressaltar que, para Luís Virgílio Afonso da Silva, a análise dos elementos do princípio da proporcionalidade deve seguir a ordem: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Já a autora citada, em seu trabalho, não segue a tal ordem de análise.

Através da análise de sua adequação ao caso concreto, da necessidade da medida, e da aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, que é o sopesamento de valores em si, dificilmente a via penal será aplicada de forma abusiva. E, com este cuidado, restam protegidas as garantias constitucionais penais.

A noção de Direito Penal Mínimo se coaduna com o Princípio da Proporcionalidade. Isto porque a função do Direito Penal minimalista elimina a incidência de criminalizações e sanções inúteis.

Desta forma, não há sentido em se criminalizar condutas consumeristas que tenham sua descrição e consequências jurídicas também previstas em leis administrativas. Antes de se criminalizar, cabe ao legislador verificar os motivos pelos quais o Direito Administrativo é ineficiente e, com base nesta identificação, alterar a atual estrutura do Direito Administrativo Sancionador.

Somente se esta forma de atuação não se mostrar eficiente a ponto de coibir condutas que ferem efetivamente um bem jurídico importante, que carece de proteção, utilizar-se-á o Direito Penal como mecanismo de proteção, já que, neste caso, ele se mostra necessário, adequado e proporcional.¹⁰⁸

De forma geral, indica o Princípio da Proporcionalidade que, haverá adequação, caso o meio escolhido para a proteção de bens jurídicos consumeristas seja adequado para se alcançar o fim almejado.

Restará caracterizada a necessidade, a partir do momento em que se optar pela medida menos gravosa para que se chegue aos fins objetivados, de modo a causar o menor prejuízo e onerosidade aos agentes e também aos direitos e valores em confronto. Ou seja, deve-se analisar se há a necessidade de medida penal para se tutelar o bem jurídico em questão.

¹⁰⁸ FERRARI, Eduardo Reale. *A ilegitimidade da criminalização das condutas atentatórias ao meio ambiente*. In: ANDRADE, Manuel da Costa. *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p.1196.

Se concluir-se que está presente o binômio adequação/necessidade, passa-se à aplicação da proporcionalidade em sentido estrito, por meio da qual se analisará a relação “custo-benefício”, fazendo-se um juízo de ponderação. Ou seja, pondera-se o ônus que surge e o benefício trazido e, então, escolhe-se o valor mais relevante a ser protegido pela via penal.

Caso exista outra via, que não a penal, capaz de cumprir os fins esperados, ela deverá ser aplicada. Os instrumentos utilizados devem ser compatíveis com as finalidades das sanções impostas – ou seja, deve haver razoabilidade. O instrumento não existe por si mesmo, ele existe como meio para se alcançar determinado fim.

A intervenção penal na proteção dos bens jurídicos do consumidor deve ser feita de forma limitada e extremamente cuidadosa, devendo o Direito Penal, nesta seara, agir de modo subsidiário.¹⁰⁹

Deste modo, nos parece mais inteligente privilegiar a reestruturação e consequente fortalecimento da via administrativa do que a aplicação desenfreada do Direito Penal, neste âmbito.¹¹⁰

Assim, a fim de não tornar o Direito Penal ineficiente e meramente simbólico, devido a sua utilização ilógica e exagerada, nos parece mais razoável a reestruturação e o fortalecimento do Direito Administrativo, de forma que, principalmente, sua função preventiva¹¹¹ seja posta em prática.

Com isto, não se está defendendo que o Direito Penal não deva ser utilizado de forma alguma na proteção do bem jurídico consumerista.¹¹²

¹⁰⁹ PRADO, Luiz Régis. *Crimes contra o ambiente – anotações à lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. 2 ed., São Paulo: RT, 2001, p. 33.

¹¹⁰ Deste modo também ocorre com o Direito Penal do Meio Ambiente. Tal entendimento será melhor explanado adiante, neste trabalho.

¹¹¹ A função preventiva e pedagógica, na seara de bens jurídicos consumeristas, assim como na questão dos bens jurídicos ambientais, é considerada como primordial e, para muitos, como a mais relevante.

¹¹² O princípio da intervenção mínima do Direito Penal não reflete, de forma alguma, a idéia de abolicionismo. O que se defende é a utilização racional e ponderada do Direito Penal, em situações que, efetivamente, careçam sua intervenção.

O que se pretende é que sua aplicação seja proporcional. A via do Direito Penal deve ser utilizada apenas em situações em que o bem jurídico necessitar deste tipo de tutela para ser efetivamente protegido. Tal conclusão surge após se verificar que todas as outras vias de atuação não se mostraram aptas para tal intento, restando, apenas, a via mais gravosa de todas elas para ser aplicada.

É notório, portanto, o fato de que a desproporcionalidade na criminalização de muitas condutas que atentam bens jurídicos consumeristas se apresenta, de plano, na escolha errônea e desarrazoada do instrumento utilizado para tal proteção.

Logo no primeiro momento em que o Princípio da Proporcionalidade deveria se manifestar, já resta caracterizada a desproporcionalidade, no âmbito da proteção ao consumidor, pois, na grande maioria das situações, escolheu-se o instrumento desarrazoado para a atuação.

A interferência da via penal no âmbito das relações de consumo, por si só, já é um sinal de fracasso da convivência harmônica entre os cidadãos.

Além disso, é patente que a maioria das punições penais no âmbito consumerista já é prevista por outros ramos do Direito, tais como o Direito Administrativo e o Direito Civil, configurando-se como desnecessária e, portanto, como meramente simbólica, a intervenção penal.¹¹³

No Brasil, as modalidades de crimes criados para a proteção dos direitos do consumidor não são recentes. Já no Código Penal brasileiro de 1940, havia previsões para os crimes de fraude na entrega de coisa (art. 171, IV), crime de duplicata simulada (art. 172), fraude no comércio (art. 175), havendo também previsões em leis penais

¹¹³ FERRARI, Eduardo Reale. *Direito Penal do Consumidor e a tutela de bens jurídicos supraindividuais: uma análise constitucional* in *Direito Penal Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Professor José Cerezo Mir*, Revista dos Tribunais, 2007, p. 278.

especiais, tais como a legislação sobre economia popular e Sistema Financeiro Nacional (Lei 1521/51 e Lei 7.492/86).¹¹⁴

Nota-se que, no sistema jurídico brasileiro, há uma grande quantidade de crimes atentatórios às relações consumeristas, o que culminou por conduzir a sociedade à errônea sensação de que a via penal resolveria os problemas da relação de consumo.

Chegou-se ao ponto de se criminalizar condutas que sequer atingem qualquer bem jurídico consumerista, o que demonstra, claramente, que sequer foi racionalizada ou pensada outra forma de intervenção no âmbito consumerista que não a via penal.¹¹⁵

Neste sentido, verifica-se que, no âmbito consumerista, pouco se aplicou o Princípio da Proporcionalidade e os princípios constitucionais penais basilares, que fundamentam o Direito Penal do Estado Material de Direito.

Desde a escolha do instrumento adequado de proteção dos bens jurídicos consumeristas até a confecção de tipos penais e suas respectivas sanções penais, o legislador atuou de forma desregrada e irracional, de forma a criar um sistema ilógico e, por via de consequência, ineficiente.

Após a explanação deste lamentável contexto apresentado, pode-se perceber que o Direito Penal do Consumidor, não obstante venha imbuído de excelentes intenções calcadas na proteção dos direitos do consumidor, na sociedade massificada e intitulada como “sociedade de risco”, não conseguiu alcançar, de forma plena, seus objetivos.

Equívocos na eleição do Direito Penal como seu principal instrumento de intervenção, passando pela ausência de quaisquer critérios para a elaboração dos tipos penais, e se chegando aos despropósitos nos *quantum* da penas cominadas, mostram que a legislação penal consumerista é desproporcional, tanto em sentido amplo e em sentido estrito.

¹¹⁴ Idem Op. Cit., p. 285.

¹¹⁵ Análise mais aprofundada das incoerências e despropósitos dos tipos penais do Direito Penal do Consumidor será estudada mais a frente neste trabalho.

Todavia, o que mais chama a atenção é a criminalização exacerbada de condutas insignificantes e a patente desatenção ao bem jurídico e à sua importância para a confecção de tipos penais.

Tal fato faz com que a legislação penal consumerista seja mais um exemplo da expansão desenfreada do Direito Penal, que acaba se tornando “tábua de salvação” para tudo aquilo que a dita “sociedade de risco” pretende proteger. Critérios como dignidade e carceramento penal, a utilização do instrumento do Direito Penal como *ultima ratio*, bem como o próprio bem jurídico, perdem-se em tantos tipos penais deslocados e mal formulados.

Nesta senda, a criminalização de toda e qualquer conduta atentatória a interesse do consumidor é exemplo indubitável da não utilização do Princípio da Proporcionalidade na proteção do âmbito consumerista.

Ao que nos parece, mais razoável se mostraria a descriminalização de muitas das condutas previstas como tipo penais e, em contrapartida, a criminalização de algumas que, de forma gravosa, ferem, substancialmente, bens jurídicos caros ao consumidor e à sociedade de consumo.

2) A administrativização do Direito Penal do Consumidor. A hipertrofia amorfa e caótica das normas penais, na atualidade. Direito Administrativo Sancionador versus o Direito Penal do Consumidor – questão de política legislativa.

Após a constatação do cenário em que se encontram as normas penais do consumidor, no presente momento da história da legislação penal brasileira, resta indubitável a noção de que o Direito Penal se descaracterizou, no que se refere à sua atuação no âmbito consumerista.

Ao ser aplicado sem quaisquer critérios e de forma desproporcional, a via penal passou a exteriorizar características muito mais de um Direito Administrativo mal estruturado e mal aplicado do que de um Direito Penal Mínimo e eficiente.

Neste sentido, nota-se que o legislador percorre, claramente, o caminho inverso daquilo que se entende razoável: ao invés de fortalecer e tornar independente o Direito Administrativo, concedendo a ele a característica de via sancionadora, transforma o Direito Penal em, praticamente, um ramo do Direito Administrativo, enfraquecendo-o e tornando-o verdadeiro direito de obediência.

Triste é a constatação de que o Direito Penal contemporâneo resta “administrativizado”, não obstante ser o instrumento mais gravoso de atuação estatal, pois interfere no desenvolver de direitos fundamentais dos cidadãos.

Tamanha é a falta de funcionalidade penal que, além de proteger condutas que se mostram como simples desobediências administrativas, o legislador prevê tipos penais que, obrigatoriamente, terão de recorrer a elementos normativos provenientes do Direito Administrativo¹¹⁶, para se mostrarem completos em seu sentido formal e material.

Isto, pois o Direito Penal não consegue abarcar tantas minúcias na estrutura típica, já que possui caráter genérico e dirige-se a todos, indistintamente.

Na realidade, a fronteira entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador é caracterizada por uma linha tênue, que deve ser delimitada. E, para tanto, faz-se necessária a reflexão sobre a identidade do Direito Penal, seus fundamentos e suas finalidades.

¹¹⁶ A professora lembra ainda que, “até para se preencher um princípio fundamental do sistema jurídico, o da unidade do Direito, é salutar que o tipo penal fique atrelado à decisão administrativa, evitando os conhecidos problemas decorrentes de se adotar uma linha de “independência entre as instâncias”, como largamente ocorria no âmbito dos crimes tributários” segundo LOBO DA COSTA, Helena Regina. *O direito penal ambiental e normas administrativas*. Boletim do IBCCRIM, n 155, v 13, out 2005, p. 18.

Este complexo intento deve ser alcançado justamente num momento legislativo do ordenamento jurídico brasileiro em que resta caracterizada a indiferença com relação ao Direito Penal.

Parece um paradoxo, pois, se, por um lado, utiliza-se a via penal para tudo e em todos os momentos, por outro, pode-se afirmar que ela é deixada de lado, tratada de forma indiferente, haja vista o modo irracional e desajeitado com o que é utilizada.¹¹⁷

Na verdade, pouco é o interesse, seja legislativo ou político, em se aplicar corretamente a via penal, nos dias atuais.

Para muitos, o Direito Penal passa por um momento em que é possível se detectar inúmeras pequenas fraturas sofridas por seus princípios fundamentais, em prol do bem-estar de muitos programas de política criminal. Tal fato não é novidade, todavia, por sua particular abrangência e incidência, mostra-se, hoje, extremamente preocupante.¹¹⁸

É inegável que o âmbito de regulamentação do direito penal secundário, tanto por suas relações, quanto por seu objeto, é mais complexo que o tradicional, e, justamente por isso, mais propício a sofrer desvios e equívocos.

No entanto, utilizar tal argumento para justificar os variados equívocos técnicos e a notória precipitação legislativa, é inconcebível, pois tal argumento deveria servir para condecorar, justamente, um maior cuidado e maior atenção a esta atividade legislativa.¹¹⁹

¹¹⁷ Neste sentido, ensina D'AVILA, Fabio Roberto: "Onde o conteúdo do ilícito penal movimenta-se da tutela de bens jurídicos-penais à mera desobediência, passando pela tutela tanto de funções, quanto de interesses da política criminal, e, portanto, onde o conteúdo material do ilícito perde-se ou no simples formalismo positivista, ou na insipidez de artificialismos politicamente orientados. Enfim, onde o penal e o administrativo, quer em identidade, quer em função, confundem-se permanentemente" em *Direito Penal e Direito Sancionador. Sobre a Identidade do Direito Penal em tempos de indiferença*. Revista Brasileira de Ciências Criminais 60, maio/jun 2006, p. 12.

¹¹⁸ D'AVILA, Fabio Roberto. *Direito Penal e Direito Sancionador. Sobre a Identidade do Direito Penal em tempos de indiferença*. Revista Brasileira de Ciências Criminais 60, maio/jun 2006, p. 11.

¹¹⁹ Idem Op. Cit., p. 12.

A aceitação de um crescimento expansivo do Direito Penal culmina por ferir sua ideologia, pautada na concepção liberal, existente desde o Iluminismo.¹²⁰

Pode-se dizer que, a delimitação dos âmbitos de atuação do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador se faz necessária, tendo em vista que faz parte da própria natureza do Direito Penal a aplicação restritiva, determinada e bem delimitada de suas sanções. Para se alcançar tal objetivo, fundamental se mostra a adoção de um critério diferenciador das duas searas.

O critério, que, muitos entendem como mais adequado é a análise do conteúdo material do ilícito, mais especificamente, a existência ou não de dignidade penal do bem jurídico a ser protegido.

Já em 1902, em obra intitulada “Direito Administrativo Sancionador”, James GOLDSCHMIDT, ao estudar a fronteira entre o Direito Penal e o Direito Administrativo, ensinou que o dano ao bem jurídico seria o referencial utilizado.

Desta forma, somente se presente o *damnum emergens*¹²¹ ao bem jurídico é que se poderia falar em ilícito com dignidade penal. A ausência de bem jurídico protegido pela norma afastaria a aplicação da via penal, mas, não afastaria, por sua vez, o reconhecimento de ilícitos não-penais, mais precisamente, ilícitos administrativos. Nos ilícitos de caráter administrativos, haveria a proteção de um bem público – e não de um bem jurídico.

¹²⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *As duas faces de Janus – A Criminalização e a descriminalização do Direito Ambiental*. Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva (criminalista do século). Método, São Paulo, 2001, p.305.

¹²¹ *Damnum emergens* foi definido como uma “insurreição de um portador de vontade contra a vontade geral”, ou seja, simplificada, a violação conjunta do preceito normativo e do seu objeto de proteção conforme D’AVILA, Fabio Roberto. *Direito Penal e Direito Sancionador. Sobre a Identidade do Direito Penal em tempos de indiferença*. Revista Brasileira de Ciências Criminais 60, maio/jun 2006, p. 14.

Por isso, o ilícito administrativo se caracterizaria não como um dano a algo dado (como ocorre no ilícito penal), mas sim, como a não ocorrência de um resultado favorável, configurando, portanto, a idéia de *lucrum cessans*.¹²²

Logo, a idéia de ilícito penal distingue-se qualitativamente do conceito de ilícito administrativo, para GOLDSCHMIDT.

Todavia, nota-se, atualmente, forte tendência para que a diferenciação qualitativa entre ilícitos penais e administrativos seja deixada de lado em prol de um critério quantitativo de delimitação.

A tradicional e correta distinção a partir da existência ou não do elemento “ofensa ao bem jurídico”, por meio do qual se caracterizaria o ilícito penal pela existência de lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico e o ilícito administrativo pela desobediência, nos dias de hoje, vem sendo deixada de lado para tomar espaço entendimento diverso.¹²³

Há o entendimento de que, por meio da via administrativa, também se estaria protegendo bens jurídicos. Porém, os ilícitos administrativos seriam dotados de proporções mais brandas, sendo sua culpabilidade e ilicitude mais suaves, se comparados com as infrações penais.

Bens jurídicos administrativos seriam dotados de “menor valor”, tais como hipóteses de perigo abstrato ao invés do concreto ou um ato preparatório ao invés da tentativa, ou, ainda, demonstraria menor censurabilidade do fato ocorrido, que, muitas vezes, teria sido realizado por mero esquecimento, comodidade ou descuido.¹²⁴

¹²² D'AVILA, Fabio Roberto. *Direito Penal e Direito Sancionador. Sobre a Identidade do Direito Penal em tempos de indiferença*. Revista Brasileira de Ciências Criminais 60, maio/jun 2006, p. 14-15. Cabe ressaltar que a idéia de “prejuízo” e “ausência de benefício” para se compreender a ilicitude não é nova, pois autores do século XIX, como Joannis Carmignani, autor que influenciou muito a obra de Goldschmidt, já expunham tal diferenciação.

¹²³ D'AVILA, Fabio Roberto. *Direito Penal e Direito Sancionador. Sobre a Identidade do Direito Penal em tempos de indiferença*. Revista Brasileira de Ciências Criminais 60, maio/jun 2006, p. 16-17.

¹²⁴ Doutrinadores como Claus Roxin e Wolfgang Mistch segundo Idem Op. Cit.

Tal entendimento prima pela distinção meramente quantitativa das duas esferas de atuação. Não nos parece correto, todavia, afirmar que exista diferença decorrente da intensidade da agressão ao bem jurídico, já que, mesmo o Direito Administrativo poderá tutelar bens jurídicos fundamentais.¹²⁵

No entanto, surgiu uma posição intermediária. Esta utiliza critério misto, qual seja, quantitativo-qualitativo, ao reconhecer que existiria um âmbito nuclear do direito penal, cuja proteção deve dar-se exclusivamente por ele.

Dessa forma, o critério quantitativo restaria mitigado, pois se reconhece, também, uma dimensão qualitativa. Assim, homicídios, estupros, roubos, entre outros, seriam infrações cuja proteção estaria vedada a um Direito Administrativo ou um direito de contra-ordenação, fazendo parte de um conjunto de ilícitos privativos da esfera penal.¹²⁶ Tal entendimento é encontrado em jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão.

Em Portugal, FIGUEIREDO DIAS afirma que também nas contra-ordenações está presente a tutela de bens jurídicos, pois todo ilícito fere um bem jurídico protegido, todavia, é possível diagnosticar diferenças entre o ilícito penal e o ilícito administrativo. No ilícito penal, o bem jurídico teria existência independente da proibição, já nas contra-ordenações, o ilícito apenas existe se há também a proibição legal.

Desta forma, o autor adota um critério qualitativo de distinção, porém, deixa claro que não exclui outros critérios de distinção que possam existir, tal como o quantitativo.¹²⁷

FARIA COSTA, por sua vez, toma como ponto central da distinção o conceito de dignidade penal. O Direito Penal adquire uma concepção onto-antropológica e é

¹²⁵ REALE JÚNIOR, Miguel. *Despenalização no Direito Penal Econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa*, Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 7, n.28, out/dez. 1999, p.123.

¹²⁶ D'AVILA, Fabio Roberto. *Direito Penal e Direito Sancionador. Sobre a Identidade do Direito Penal em tempos de indiferença*. Revista Brasileira de Ciências Criminais 60, maio/jun 2006, p. 18-19.

¹²⁷ Idem Op. Cit. p 21.

entendido através do objeto da norma, do ilícito. Nesta senda, o crime é ofensa a bem jurídico penal protegido.¹²⁸

Esta vertente de entendimento parece coadunar com os princípios democráticos contidos na Constituição Federal de 1988. Toda incriminação resulta numa restrição à liberdade e, por isso, deve analisar se o bem jurídico que se está a proteger com ela é dotado de conteúdo axiológico ou de dignidade penal.

Porém, somente a constatação de que o bem jurídico é dotado de dignidade penal não basta para haver a incriminação. Fazem-se necessários dois níveis de valoração: o primeiro identifica a existência ou não de um bem jurídico que será objeto de proteção da norma, já o segundo verificará se está presente a ofensividade ao bem jurídico referido.

Somente se existir bem jurídico que tenha sofrido ofensa ou perigo concreto de ofensa é que se pode cogitar da aplicação da via penal como instrumento formal de controle, no caso concreto.

É certo que tanto o Direito Penal, quanto o Direito Administrativo Sancionador protegem bens jurídicos, em sentido amplo.

O Direito Administrativo Sancionador pode proteger bens jurídicos dotados de dignidade penal, todavia, não protegerá aqueles que carecem de sanção penal.

Neste sentido, a análise do bem jurídico ofendido é a primeira que deve ser feita ao se questionar acerca do instrumento mais adequado para sua proteção. Qualquer atuação que se distancie disso estará demonstrando viés autoritário e desproporcional, que, conseqüentemente, culminará numa atuação despropositada e invariavelmente ineficaz.

A ofensividade é requisito essencial para haver a proteção do bem jurídico pela via penal. No entanto, cabe o questionamento sobre tal exigência para a proteção de bens jurídicos pela via administrativa.

¹²⁸ Idem Op. Cit. p 25.

No Direito Administrativo Sancionador, para D'AVILA, por exemplo, não existe tal exigência. Uma vez que ele pode se caracterizar como um ramo do direito que objetiva determinados comportamentos, de cunho pedagógico, exigir a ofensividade como elemento para a incidência de suas normas seria um despropósito.

Desta forma, a título de exemplificação, a previsão do parágrafo único, do artigo 304, do Código de Trânsito Brasileiro¹²⁹, segundo a qual deve haver punição pela omissão de socorro, mesmo quando a vítima sofreu morte instantânea.

No crime de omissão de socorro, os bens jurídicos protegidos são vida, integridade física, saúde humana colocados em perigo, por isso, no caso em que há morte instantânea da vítima, não há qualquer ofensividade a tais bens jurídicos, pois estes já não existem mais para serem protegidos!

Assim, dispensável a incidência de sanção penal neste caso, segundo o referido autor, pois o que se protege, definitivamente, não é o dever de solidariedade – caso o fosse, caracterizaria este crime em mera desobediência. Deste modo, seria cabível a atuação do Direito Administrativo, mas não do Direito Penal.¹³⁰

Já para REALE JÚNIOR, o princípio da ofensividade também incide sobre ilícitos administrativos, principalmente se o que se objetiva, com sua tipificação, é a proteção do interesse geral, expresso, por exemplo, nas tutelas ao meio ambiente, à saúde pública, à ordem econômica, dentre outras.¹³¹

¹²⁹ Art. 304. Deixar o condutor do veículo, na ocasião do acidente, de prestar imediato socorro à vítima, ou, não podendo fazê-lo diretamente, por justa causa, deixar de solicitar auxílio da autoridade pública: Penas - detenção, de seis meses a um ano, ou multa, se o fato não constituir elemento de crime mais grave. Parágrafo único. Incide nas penas previstas neste artigo o condutor do veículo, ainda que a sua omissão seja suprida por terceiros ou que se trate de vítima com morte instantânea ou com ferimentos leves.

¹³⁰ Exemplo dado por D'AVILA, Fabio Roberto. *Direito Penal e Direito Sancionador. Sobre a Identidade do Direito Penal em tempos de indiferença*. Revista Brasileira de Ciências Criminais 60, maio/jun 2006, p. 34.

¹³¹ REALE JÚNIOR, Miguel. *Despenalização no Direito Penal Econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa*, Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 7, n.28, out/dez. 1999, p.122.

Segundo nosso entendimento, um mínimo de ofensividade deve existir para a tipificação de ilícitos administrativos, pois não é intenção do legislador criar mero código de condutas para ser seguido, sem quaisquer fundamentos na realidade e na ordem social.

Tais condutas devem gerar algum impacto social negativo, porém, não há a necessidade que este atente a bens jurídicos que sejam considerados tão importantes à sociedade, que careçam de intervenção de um instrumento mais gravoso.

Há que se distinguir momentos diferentes de análise.

No exemplo citado acima, pragmaticamente, bem jurídico nenhum pode ser ofendido, já que o grau de ferimento a ele foi máximo e já não se pode mais impedir sua lesão. No entanto, análise diferente se encontra no momento de tipificação do ilícito administrativo, pois, para que esta ocorra, o legislador deve ter identificado, no mundo fenomênico, alguma ofensa ou ameaça de ofensa, a algum bem jurídico que necessite de proteção, que não a penal.

Diante deste contexto apresentado, e tomando como premissa a noção de crime como ofensa ao bem jurídico, D'AVILA afirma que existem alguns espaços normativos que caracterizam a relação do Direito Administrativo Sancionador e do Direito Penal.

O primeiro espaço normativo seria aquele vedado ao Direito Penal, pois não presente a ofensividade a um bem jurídico. Este, portanto, seria exclusivo da seara administrativa.

O segundo espaço normativo seria aquele de tutela exclusiva do Direito Penal, denominado pela doutrina alemã como “âmbito nuclear do direito penal”.

Já o terceiro espaço normativo compreenderia o âmbito de intervenção possível tanto do Direito Penal quanto do Direito Administrativo, no qual a escolha pelo caminho

a ser seguido dependeria de interesses de política criminal e de aplicação de princípios do direito.¹³²

Neste último caso, o que norteará a aplicação de uma ou outra via de proteção? Quais os critérios que aparecem neste momento de escolha, que deve ser feita pelo legislador penal brasileiro?

O critério “ofensa a um bem jurídico dotado ou não de dignidade penal” deve ser analisado. A concepção material de bem jurídico deve ser alçada a elemento fundamental na escolha pela via penal. Caso ele seja dotado de dignidade penal e careça da via penal de proteção, esta, e somente esta, mostrar-se-á eficiente para sua proteção.

No entanto, se o bem jurídico não demonstrar tal característica, desnecessária se faz a intervenção penal, haja vista ser gravosa demais para tal finalidade, cabendo, por via de consequência, a atuação do Direito Administrativo Sancionador, ou de outra área do direito, tal como o Direito Civil, que se mostre adequada e suficiente para tal intento.

É certo que o bem jurídico a ser tutelado e suas características merecem e devem ser analisados pelo legislador. No entanto, cabe ressaltar que é cediço que o bem jurídico preexiste à atividade legislativa, sendo objeto de escolha do legislador.¹³³

E o que orienta o legislador, no âmbito do Direito do Consumidor, na opção pelo Direito Penal do Consumidor em detrimento do Direito Administrativo Sancionador não passa de mera questão de política legislativa. A própria eleição do bem jurídico a ser protegido é movimento de exteriorização da política legislativa aplicada por aquele incumbido de criar a lei.

¹³² Muito interessante esta delimitação de espaços normativos entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador formulada por D'AVILA, Fabio Roberto. *Direito Penal e Direito Sancionador. Sobre a Identidade do Direito Penal em tempos de indiferença*. Revista Brasileira de Ciências Criminais 60, maio/jun 2006, p. 34-35.

¹³³ REALE JÚNIOR, Miguel. *Despenalização no Direito Penal Econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa*, Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 7, n.28, out/dez. 1999, p.121.

Neste momento, cabe a indagação, que nos parece relevante e que, não obstante os posicionamentos de ilustres pensadores do Direito Penal expostos anteriormente, ainda não restou respondida: Os bens jurídicos protegidos pelo Direito Administrativo e pelo Direito Penal são diferentes, sob o ponto de vista axiológico ou valorativo? Não.

Os bens jurídicos protegidos são os mesmos. O que parece poder interferir na escolha do legislador pela via de proteção mais eficaz é a gravidade da ofensa a este bem jurídico e o quanto ela afeta a sociedade em seu convívio social.

Caso o juízo de intolerabilidade social com relação a tal lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico seja tão grave que impossibilite ou afete gravemente a vida em sociedade, possivelmente, ele utilizará o Direito Penal como instrumento de ação. Tal bem jurídico será, então, detectado, dentre tantos outros, como dotado de dignidade penal e carecedor de proteção penal.

Por isso, tal constatação não retira, nem diminui a importância da análise da dignidade penal do bem jurídico. Muito pelo contrário. Tais análises são complementares e necessárias.

Política Legislativa, o bem jurídico exerce papel fundamental. É ele que orienta o legislador na sua escolha da conduta que deve ser reprimida e, ainda, auxilia na definição da forma de conduta que exige seja reprimida com maior eficácia, seja pela via penal, seja pela via administrativa.¹³⁴

A verdade é que a escolha pela via penal ou pela via administrativa não tem relação única com a importância do bem jurídico, já que aquela se dá por motivos de conveniência política. Busca-se a melhor forma de se alcançar os fins do direito, com foco na eficácia social da escolha e não com base na diferença axiológica entre os bens jurídicos tutelados.¹³⁵

¹³⁴ Idem Op. Cit, p. 22.

¹³⁵ Idem Op. Cit, p.22.

Na realidade, não existe diferença substancial ou ontológica entre um ilícito penal e um ilícito administrativo retributivo. A escolha pela utilização de uma via de atuação ou outra é questão de política legislativa, sempre com vistas a uma maior eficácia social do instrumento de atuação escolhido.

O debate sobre a distinção ou identidade entre ilícito administrativo e penal é uma questão normativa e não ontológica. Crime e ilícito administrativo são produtos normativos, pois não existem na realidade como tais.¹³⁶

A definição normativa não é produto do arbítrio do legislador, já que depende do atendimento a princípios e regras, da valoração da realidade e também do juízo de eficiência, conveniência e proporcionalidade.¹³⁷

Bem ensina LOBO DA COSTA, ao dizer que não há que se falar em condutas concretas que necessariamente tenham de ser crimes ou ilícitos administrativos em razão de suas estruturas ontológicas.¹³⁸

Portanto, não é necessário adotar uma diferenciação quantitativa para justificar o porquê de uma conduta que era crime passar a ser ilícito administrativo ou o contrário. Basta entender que a diferenciação se dá no campo normativo, e não ontológico.¹³⁹

Com efeito, a grande distinção entre a interferência penal e a administrativa encontra-se na natureza política da sanção proposta por cada uma delas, o que culmina por fazer com que se chegue à inevitável conclusão de que é meramente formal a diferenciação entre ambos os instrumentos de atuação, notadamente no que diz respeito ao órgão responsável por impor tal sanção cominada.

¹³⁶ LOBO DA COSTA, Helena Regina. *O sancionamento de condutas entre a judicialização e a administrativização*. Estudos de Direito Público, Cepejus, 2009, pp.566.

¹³⁷ Idem Op. Cit.

¹³⁸ Idem Op. Cit.

¹³⁹ Idem Op. Cit.

3) Desproporcionalidade e incoerências na tipificação das condutas e na cominação das penas. A perigosa descrição de crimes de perigo abstrato no Direito Penal do Consumidor – afronta ao Estado Democrático de Direito?

Diante da constatação e afirmação de que a opção pela via penal ou pela via administrativa de atuação é proveniente de mera questão de conveniência política do legislador, haja vista não haver diferenças axiológicas entre os bens jurídicos penais e administrativos, parecem inevitáveis as questões: Onde estava a percepção do legislador ao criminalizar tantas condutas que não careciam de intervenção penal? Teria se esquecido de aplicar o Princípio da Proporcionalidade? Por que não tratou o Direito Administrativo como *prima ratio* para a proteção de bens jurídicos consumeristas, se não existe qualquer obrigação de criminalização imposta pela Constituição Federal de 1988?

Tantas indagações surgem após a análise dos absurdos que a lei penal consumerista traz em seu bojo, principalmente, no que diz respeito à previsão desenfreada de inúmeros tipos penais de perigo abstrato.

É nítido que o legislador infraconstitucional optou, primordialmente, pela criminalização da tutela das relações consumeristas, gerando uma hiperinflação penal no âmbito do Direito do Consumidor, situação nociva à proteção efetiva dos direitos do consumidor.

A opção pelo Direito Penal como principal instrumento de atuação no âmbito consumerista evidenciou-se, principalmente, no início dos anos 90, com a confecção do Código de Defesa do Consumidor e com a Lei n° 8.137/90, que prevêem tipos penais referentes à relação de consumo.

No entanto, conforme estudado anteriormente, ao criminalizar muitas condutas, o legislador feriu princípios penais constitucionais, basilares do Direito Penal, tal como o princípio da intervenção mínima e, definitivamente, excedeu-se em sua atuação, abusando do *ius puniendi* do Estado, ao não aplicar o Princípio da Proporcionalidade.

Diante disso, o Direito Penal do Consumidor, atualmente, se caracteriza como um

verdadeiro conjunto de normas de conduta e não de tutela, tendo em vista que muitas das condutas criminalizadas não possuem sequer dignidade penal para tanto. Desta forma, inevitável a conclusão de que a via penal caracteriza-se como ineficaz para coibir a delinquência consumerista, na atualidade.

Neste contexto, o Direito Penal perdeu sua identidade, esquecendo-se de sua função primordial, que é a proteção exclusiva de bens jurídicos importantes, e passou a criminalizar condutas que sequer expõem a perigo o bem jurídico.

É a utilização do Direito Penal pelo Direito Penal, do instrumento pelo instrumento, sem se pensar em seus fundamentos, e sequer em sua função no ordenamento jurídico brasileiro.

Tamanho é o desespero legislativo penal que vem se admitindo que condutas que configuram meras presunções de perigo sejam protegidas por meio do instrumento mais gravoso de atuação, qual seja, o Direito Penal. Tanto é que, inúmeras são as figuras típicas que se caracterizam como de perigo abstrato, no Código de Defesa do Consumidor (como, por exemplo, os artigos 63, § 1º, 64, 65 e 73), bem como na Lei 8.137/90.

Crimes de perigo abstrato são aqueles que não exigem lesão de determinado bem jurídico ou sua colocação em risco real e concreto para que restem configurados. São tipos penais que descrevem apenas um comportamento ou conduta, sem apontar um resultado específico como elemento expresso do injusto.¹⁴⁰

Exemplo maior de crime de perigo abstrato é o crime de dirigir embriagado, da Lei 9.503/97, pois o tipo penal sequer exige a lesão ou a morte de alguém, bem como não exige que tenha havido a exposição de alguém a um risco concreto. Apenas descreve um comportamento e determina a aplicação da pena, independentemente da ocorrência de resultado.¹⁴¹

¹⁴⁰ Definição dada pelo professor Doutor Pierpaolo Cruz BOTTINI, em entrevista à Carta Forense, de janeiro de 2011, p. B18 e B19.

¹⁴¹ Exemplo dado por Pierpaolo Cruz BOTTINI, em entrevista à Carta Forense, de janeiro de 2011, p. B 18.

A sociedade contemporânea é marcada pela ampliação da sensação de risco, devido a alguns fatores, tais quais incertezas científicas sobre técnicas e produtos ofertados, bem como a intensa cobertura da mídia sobre acidentes e catástrofes. Isto não significa que os riscos venham aumentando com o decorrer dos anos. Na realidade, o que aumenta é a sensação de risco, haja vista que, atualmente, há elementos que anteriormente não existiam, tal como a forte influência midiática no cotidiano das pessoas. A vivência do risco é mais presente nos dias atuais.¹⁴²

Tal insegurança gera um discurso pela antecipação da tutela penal. A sociedade não se contenta mais em aguardar a ocorrência de uma lesão para só então aplicar a pena. Há uma política de proibir comportamentos perigosos, mesmo que estes não gerem qualquer resultado, como consequência deste clamor por maior segurança, decorrente da maior sensação da proximidade dos riscos.¹⁴³

Este contexto culmina por gerar uma expansão dos mecanismos de gestão e controle de perigos e o Direito Penal é um destes instrumentos.¹⁴⁴

Mediante a utilização de tipos de perigo abstrato, pretende-se a antecipação da tutela penal à lesão do bem, mas, ao mesmo tempo, não se atenta para a necessidade e a adequação de tal interferência. Isto pois a conduta que é reputada como “perigosa” gera mera probabilidade de lesão ao bem jurídico e, no entanto, é punida com excesso de rigor.

Ou seja, protege-se por meio do instrumento mais gravoso algo que poderia ser protegido de forma mais branda e mais eficiente. Tal conduta é a exteriorização de uma tentativa de se antever os perigos, numa sociedade que se encontra desamparada frente ao surgimento dos ditos “novos riscos”.

¹⁴² Idem Op. Cit.

¹⁴³ Idem Op. Cit.

¹⁴⁴ Idem Op. Cit.

Na realidade, ao se proteger mera presunção de perigo da mesma forma que se protege uma lesão consumada ou tentada ao bem jurídico, está-se dando o mesmo tratamento a situações com desvalores diferentes. E isto nada mais é que a não aplicação do Princípio da Proporcionalidade, fundamental num Estado que pretenda ser social e material de Direito.

De tal afirmação extrai-se a constatação da possível ilegitimidade das penas nos crimes de perigo abstrato, pois, por mais perigosa que seja a conduta, esta não deixa de ser apenas uma ação perigosa, que não deve ser punida com pena mais alta que a do próprio delito de lesão, por uma questão de proporcionalidade.¹⁴⁵

Na sociedade denominada “de risco”, pode-se dizer que é notória a proliferação de tipos penais de perigo abstrato, haja vista a intenção de se reduzir, ao máximo, os espaços de risco permitido. Com isso, o Direito Penal deixa de lado sua função primordial, visando apenas à satisfação da sensação de segurança da sociedade, que é ludibriada pela ilusão penal.

Doutrinariamente, há muitas críticas dirigidas à criação e proliferação de tipos de perigo abstrato no Direito Penal Brasileiro.

Alguns estudiosos do Direito Penal contemporâneo criticam o fato de legisladores criarem tipos penais de perigo apenas como uma antecipação de lesão ou dano, o que culmina por deslocar o desvalor do resultado dos crimes de perigo para uma simples probabilidade de dano futuro e incerto. Tal postura tornaria o tipo de perigo uma realidade, em si, neutra, desprovida de uma carga de valor próprio, sendo tal concepção incompatível com a noção de ofensividade, que se configura como verdadeira exigência constitucional.¹⁴⁶

É cediço que, ao se tratar de crimes de perigo concreto, há, como o próprio nome

¹⁴⁵GRECO, Luís. *Princípio da Ofensividade e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito*. Revista Brasileira de Ciências Criminas. n.49, jul/ago, 2004 p. 89-147.

¹⁴⁶D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico)*. Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica 85, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora. p 90-179.

diz, um perigo concreto de lesão ao bem jurídico. O tipo penal prevê o perigo e o crime somente se consuma se a conduta do agente se subsumir ao tipo, ou seja, se for efetivamente perigosa. Ou seja, nesta situação, não surgiriam maiores questionamentos, pois se a conduta coloca um bem jurídico em perigo, há clara ofensividade.¹⁴⁷

As indagações atuais se voltam, entretanto, aos crimes de perigo abstrato, pois nestes, é desnecessário demonstrar qualquer efetivo perigo ao bem jurídico tutelado.¹⁴⁸ E, sendo assim, faltaria aos tipos penais de perigo abstrato, claramente, o elemento “ofensividade”, característica basilar em qualquer infração penal.

Muitos doutrinadores tentam responder a este questionamento sobre a falta de ofensividade nos crimes de perigo abstrato e, até mesmo, tentam encontrar uma solução para este problema, de forma a legitimar a existência destes tipos penais no ordenamento jurídico penal, contudo, sem encontrar qualquer resolução satisfatória.

Somente a título de exemplificação, há aqueles que afirmam serem os crimes de perigo abstrato uma presunção relativa de perigo, ou seja, admitiria prova em contrário. Neste sentido, a partir do momento em que se demonstrasse a inoccorrência do perigo, a tipicidade estaria automaticamente afastada. Entretanto, ao se adotar este posicionamento, estar-se-ia tornando crimes de perigo abstrato verdadeiros crimes de perigo concreto.¹⁴⁹ E, portanto, não faria mais sequer sentido a classificação dos crimes de perigo em abstrato e concreto.¹⁵⁰

¹⁴⁷ Idem Op. Cit.

¹⁴⁸ Exemplo trazido pelo autor é retirado do Código Penal Italiano, que enuncia a conduta de ter consigo a posse de instrumentos empregados usualmente na prática de crimes. Estabelece o legislador italiano pena simplesmente pelo fato de o sujeito ter em sua posse instrumento usualmente utilizado na prática de furto, mas que também pode ser utilizado em questões cotidianas, sem qualquer caráter ilícito. Tal conduta é tida como, por si só, perigosa em D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico)*. Boletim da Faculdade de Direito, Stvdia Ivridica 85, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora. p 90-179.

¹⁴⁹ D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico)*. Boletim da Faculdade de Direito, Stvdia Ivridica 85, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora. p 90-179.

¹⁵⁰ Não obstante não haver posição clara do STF com relação à aceitação legítima dos crimes de perigo abstrato no ordenamento jurídico, existem algumas decisões que demonstram a necessidade de constatação de periculosidade do comportamento nos crimes de perigo abstrato. Como é o caso, por exemplo, da decisão da 1ª Turma do STF no HC 90.779/PR, que afastou a tipicidade do comportamento de comerciantes flagrados tendo em depósito produtos fabricados para o consumo sem registro no Ministério da Saúde. Porém, exigir a

Há, também, aqueles que defendem serem os crimes de perigo abstrato uma forma de se tipificar a probabilidade de um perigo concreto. Esta probabilidade seria observada segundo regras de experiência. Seriam os denominados “crimes de idoneidade”. Outros, por sua vez, afirmam serem os crimes de perigo abstrato uma forma de negligência sem resultado, sendo fundamental a verificação, caso a caso, de uma violação de cuidado objetivo.

Interessante se verificar a posição adotada por FARIA COSTA, com relação à ofensividade dos crimes de perigo abstrato, esta, por sua vez, explanada e também adotada por D’AVILA¹⁵¹. Para estes autores, o tipo penal de perigo abstrato se satisfaz com a mera interferência na esfera de manifestação do bem jurídico, de forma a retirar deste a tranquilidade de sua expressão. Tais tipos penais possuiriam como função principal a proteção do campo de atuação do bem jurídico tutelado.

Eles afirmam que há um limite objetivo nestes crimes, caracterizado pela possibilidade de dano ou ofensa ao bem jurídico. Porém, em razão deste critério ser extremamente amplo e aberto, haveria também a necessidade de se adotar um segundo critério, qual seja, a não insignificância da conduta.

A ofensa se caracterizaria como uma interferência na esfera de manifestação do bem jurídico, que geraria uma inadmissível perturbação na tensão primitiva da relação de cuidado de perigo que o tipo penal de perigo abstrato tinha por função evitar.

Somente haverá dano se se estiver diante de uma hipótese de intersecção entre o raio de ação do perigo e a esfera de manifestação do bem jurídico. Após a constatação de tal ocorrência, o magistrado deverá verificar se a possibilidade de dano constatada encontra-se sob o âmbito de proteção do tipo, ou seja, se não é um fato jurídico penalmente insignificante.

demonstração da potencialidade lesiva para o reconhecimento do crime de perigo abstrato não é transformá-lo em crime de perigo concreto? Exemplo dado por Pierpaolo Cruz BOTTINI, em entrevista à Carta Forense, de janeiro de 2011, p. B 19.

¹⁵¹ Idem Op. Cit.

Deste modo, preenchidos os dois critérios, quais sejam, a possibilidade de ofensa ao bem jurídico e a não insignificância da conduta, restará caracterizada a ofensividade dos crimes de perigo abstrato.¹⁵²

Para tais autores, a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato restaria garantida após tal constatação de que há neles a ofensividade, exigida constitucionalmente.

Além disso, há o argumento de que os tipos penais de perigo abstrato possuem utilidade político-criminal, já que previnem condutas ilícitas em seus estados embrionários, sendo extremamente úteis na atual sociedade de risco.

Este, aliás, é um dos principais argumentos daqueles que defendem a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato.

Por outro lado, há aqueles que afirmam que os crimes de perigo abstrato seriam dotados de patente inconstitucionalidade e, por isso, constituir-se-iam em verdadeira afronta ao Estado Democrático de Direito. Afirmação que, para nós, faz sentido.

Tendo em vista que não haveria crime sem lesão ou perigo concreto de lesão a um bem jurídico, crimes de perigo abstrato seriam inconstitucionais por ofenderem o princípio da lesividade ou ofensividade, que tem estatura constitucional. Devido ao fato de crimes de perigo abstrato não observarem este princípio estrutural do Direito Penal, eles estariam fadados à inconstitucionalidade, na modalidade material.

No mais, em nome da aplicação de determinada política-criminal, não se pode olvidar diretrizes constitucionais penais fundamentais.

Tal entendimento parece totalmente coerente com as vertentes a serem seguidas no Estado Democrático de Direito, bem como por um Direito Penal de viés constitucional.

¹⁵² Tal explanação encontra-se em D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico)*. Boletim da Faculdade de Direito, Stvdia Ivridica 85, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora. p 90-179.

Todavia, tal questão ainda não é pacificada na doutrina, bem como também não o é na Jurisprudência. Tanto é assim que, ainda hoje, muita crítica é dirigida àqueles que defendem a inconstitucionalidade dos tipos penais de perigo abstrato.

Uma delas, delineada por GRECO¹⁵³, afirma que os críticos dos crimes de perigo abstrato trabalham com um conceito muito amplo de perigo concreto, diferentemente daquele com o qual trabalha a doutrina alemã, o que acaba por elevar ao status de crime de perigo concreto muitos crimes originalmente de perigo abstrato.

Este posicionamento acaba por caracterizar esta categoria como ilegítima. Neste sentido, o primeiro problema da crítica global dirigida aos crimes de perigo abstrato é não explicar o conceito de perigo concreto do qual ela parte. Esta indeterminação acaba por flexibilizar e atenuar a radicalidade da tese analisada, porque muito do que costumamos compreender por crimes de perigo abstrato já passará a ser, segundo a imprecisa concepção examinada, perigo concreto – e, por isso, escapará facilmente do juízo de ilegitimidade.

GRECO afirma também que os defensores da inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato muito recorrem à proteção de bens jurídicos falsamente coletivos, o que culmina por legitimar sanções abusivas no sistema. Para o autor, dizer que um bem é coletivo - quando, na verdade, falsamente o é - é um argumento muito utilizado por aqueles que pretendem salvar a constitucionalidade de muitas incriminações.¹⁵⁴

Buscando uma solução para tal questão, o autor opta pelo abandono de soluções globais e anuncia que tal resolução deve ser diferenciada. Propõe a tentativa de se formular critérios para distinguir os crimes de perigo abstrato legítimos dos ilegítimos, pois critérios simples de “tudo ou nada” não resolvem o problema. Para ele, a solução

¹⁵³ GRECO, Luís. *Princípio da Ofensividade e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. n.49, jul/ago, 2004 p. 89-147

¹⁵⁴ GRECO, Luís. *Princípio da Ofensividade e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. n.49, jul/ago, 2004 p. 89-147

não estaria na recusa total, nem na aceitação total dos delitos de perigo abstrato. Estaria no meio termo.¹⁵⁵

Entretanto, o autor não estabelece os requisitos para se proceder a tal diferenciação, nem fornece as respostas de indagações consideradas por ele importantes para se chegar a uma conclusão, tais como “O que legitima a proibição nos crimes de perigo abstrato?” e “O que é lesão no caso de bens jurídicos coletivos?”, e, portanto, não resolve efetivamente o problema. Apenas questiona, mas não chega a uma solução objetiva.¹⁵⁶

HASSEMER, por sua vez, ao tratar dos delitos de perigo abstrato afirma que estes tipos penais constituem-se numa forma legítima de expressão do Direito Penal, pois as proibições penais prévias à causação dos danos podem possuir sentido político-criminal.

Todavia, registra algumas advertências. No Direito Penal de perigos abstratos, desaparece o ilícito, que é precisamente daquilo que trata a via penal, se “esfuma” a culpabilidade, o “poder agir de outro modo” do autor. O delito de lesão deixa de ser a forma criminal central de se trabalhar. Neste sentido, o perigo abstrato transforma o Direito Penal em *soft law*, o que acaba por suscitar a pergunta sobre a eficácia do Direito Penal nestas situações.

Além disso, o autor afirma que os delitos de perigo abstrato trazem problemas de direcionamento e, por isso, recomenda que estes sejam utilizados somente de forma excepcional, no Direito Penal.¹⁵⁷

No mais, ensina que nas situações de lesão efetiva ou, ao menos, ao se tratar de delitos de perigo concreto, o juiz penal, no seu processo de decisão, que é rico em elementos, pode se corrigir, posteriormente, caso necessário, quando fracassa, no sentido de aplicar a lei sobre a realidade e no que tange às consequências de sua decisão.

¹⁵⁵ Idem Op. Cit

¹⁵⁶ Idem Op. Cit.

¹⁵⁷ HASSEMER, Winfried. *Seguridad por intermedio del derecho penal*. Problemas actuales Del derecho penal y de La criminologia: estudios penales em memória de La Professora Dra Maria Del Mar Diaz Pita, Valencia, 2008, p. 44-45.

Já nos delitos de perigo abstrato, não há esta possibilidade, seu processo de decisão é muito reduzido, pois há sucinta quantidade de elementos, e, devido a este fato, não há alternativas: o legislador deve acertar exatamente a ação que provoca o perigo, algo que nem sempre consegue fazer.¹⁵⁸

HASSEMER conclui seu raciocínio afirmando que se surpreende por este mecanismo provocador de insegurança seja aceito do modo como é, quando, na verdade, delitos de perigo abstrato tratam de obter consequências preventivas e domínio dos perigos.¹⁵⁹

Muito se utiliza, para a defesa dos crimes de perigo abstrato, o argumento de que, em nossa Carta Magna, há a previsão do crime tráfico de drogas, por exemplo, como um tipo de perigo abstrato e que, tal fato, seria prova de que há a admissão e consequente constitucionalidade deste tipo de delito.

Porém, há que se recordar que nossa Constituição, por ser analítica e programática, diz mais do que deveria dizer e possui muitas regras que são apenas formalmente constitucionais, porém não materialmente constitucionais.

Desse modo, não é porque a Constituição fez referências a um crime de perigo abstrato em seu conteúdo que houve plena aceitação deste modelo de delito em nosso ordenamento jurídico penal. Se este raciocínio fosse correto, não haveria sequer previsão de Ações Diretas de Inconstitucionalidade em nosso sistema jurídico, eis que a simples previsão no bojo da Carta Magna já geraria uma presunção de constitucionalidade material.

Independentemente da posição que se adote acerca da constitucionalidade ou não dos tipos de perigo abstrato, é certo que sua existência na legislação consumerista, notadamente na Lei nº 8.078/90, torna ainda mais inconsequente a aplicação de muitos

¹⁵⁸ Idem Op. Cit.

¹⁵⁹ Idem Op. Cit.

tipos penais do consumidor, já que basta a conduta e a mera presunção de lesividade para haver a incriminação.¹⁶⁰

Presunções absolutas ou *iuris et iuris* culminam em criminalizações desproporcionais e abusivas, a critério do magistrado, e este cenário é contrário àquilo que se busca no Direito Penal Contemporâneo. Os tipos penais abstratos trazem consigo todo o temor da configuração deste panorama. Eles tornam vulneráveis as garantias penais e não admitem prova em contrário, fatores que ferem frontalmente o princípio da culpabilidade e a presunção de não culpabilidade, prevista no artigo 5º, LV, da Constituição Federal.¹⁶¹

No mais, incriminações sem bem jurídico, num Estado Democrático de Direito, não passam de mero “terrorismo estatal” e acabam por transformar o Direito Penal em um apanhado de delitos de comportamento.¹⁶²

Cabe ressaltar que, para ROXIN e para GRECO, seguindo tendência alemã, com vistas a não se dilatar o conceito de bem jurídico e consequentemente, com o objetivo de não enfraquecê-lo, admite-se a existência de exceções à exigência de bem jurídico como condição necessária para haver incriminações.

Nessas situações – exemplificadas por situações tais como tutela de plantas, tutela do embrião, de animais e dos interesses das gerações futuras – haveria excepcional fragilidade que justificaria a intervenção do Direito Penal.

Neste sentido, em regra, o bem jurídico seria necessário para se legitimar a incriminação. Todavia, seriam possíveis exceções, com cautela. Ora, se são admitidas

¹⁶⁰ FERRARI, Eduardo Reale. *Direito Penal do Consumidor e a tutela de bens jurídicos supraindividuais: uma análise constitucional* in *Direito Penal Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Professor José Cerezo Mir*, Revista dos Tribunais, 2007, p. 286.

¹⁶¹ *Idem Op. Cit*, p. 286-287.

¹⁶² GRECO, Luís. *Princípio da Ofensividade e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. n.49, jul/ago, 2004 p. 89-147.

exceções, pode-se perceber que a tutela ao bem jurídico não é condição necessária para a legitimidade de uma incriminação, no entendimento destes autores.

Tipos penais que não possuem objeto de proteção penal podem sofrer de vício de inconstitucionalidade. O norte para a formulação de um tipo penal é o bem jurídico protegido. O tipo penal nada mais é que um meio utilizado pelo Direito Penal para proteger bens jurídicos. Como é que se pode fazer uma lei para se proteger algo que não se sabe delimitar? As complicações iniciam-se já neste momento, pois há a necessidade de que os destinatários da norma reconheçam os valores expressos e protegidos no tipo penal.

Tal cenário é inadmissível num Estado garantista e social de Direito, que tanto lutou para conseguir consolidar em sua legislação direitos e garantias individuais e sociais.

Assim, de forma a se obter um sistema de proteção dos direitos do consumidor eficiente e consoante o sistema penal e constitucional, a regra deve ser a de que os crimes previstos na legislação penal consumerista, bem como em qualquer outra lei penal, devem ser de perigo concreto.

Caso desta forma não se proceda, mais razoável se mostra a descriminalização de condutas que ferem direitos do consumidor, passando estas para a esfera de proteção do Direito Administrativo Sancionador.

Além da utilização excessiva da técnica dos crimes de perigo abstrato, a legislação penal consumerista emana tipos penais desproporcionais e incoerentes, tanto em sua estrutura, quanto naquilo que diz respeito ao seu conteúdo. A estampada falta de tecnicismo na confecção de inúmeros tipos penais é patente.

Cumpr-se, então, a análise de alguns dos dispositivos legais da Lei nº 8.137/90 e do Código de Defesa do Consumidor e de seus equívocos.

O artigo 64¹⁶³, do Código de Defesa do Consumidor, enuncia que devem ser punidos criminalmente aqueles que deixam de comunicar à autoridade competente e aos consumidores em geral a nocividade ou periculosidade do produto, cujo conhecimento seja posterior ao mercado, bem como aqueles que não retirarem do mercado produto nocivo ou perigoso, quando assim determinado pela autoridade competente.

Neste artigo, notam-se falhas na técnica legislativa utilizada pelo legislador, já que há a utilização exacerbada de termos vagos e indeterminados, tais como “imediatamente” e “nocividade ou periculosidade”. O que seria “imediatamente”? Depois de quanto tempo ainda se encontra no lapso temporal que corresponderia a “imediatamente”? O produto deve possuir quais características para ser considerado “nocivo ou perigoso”? Não há respostas!

O tipo penal ora analisado utilizou termos imprecisos e sem qualquer referência a uma possível delimitação. Assim, a partir de que momento fica caracterizada a imediatidade e o que seria um produto nocivo ou perigoso?

O tipo penal não faz qualquer referência a normas regulamentares que estabeleçam tais parâmetros, necessários para a aplicação do tipo penal no mundo concreto. Tal situação demonstra claro ferimento ao princípio da legalidade.¹⁶⁴

Além disso, resta configurada insegurança jurídica, pois, justamente por não haver a pré-definição do que é nocividade e periculosidade e do que seria uma medida imediata, fica a cargo do magistrado, no caso concreto, dizer se tais características existem ou não no produto posto em mercado e se o lapso temporal foi cumprido. Novamente, os destinatários da norma penal, sem qualquer segurança jurídica, ficam sujeitos à surpresa da decisão.

¹⁶³ Art. 64. Deixar de comunicar à autoridade competente e aos consumidores a nocividade ou periculosidade de produtos cujo conhecimento seja posterior à sua colocação no mercado. Pena - Detenção de seis meses a dois anos e multa. Parágrafo único. Incorrerá nas mesmas penas quem deixar de retirar do mercado, imediatamente quando determinado pela autoridade competente, os produtos nocivos ou perigosos, na forma deste artigo.

¹⁶⁴ REALE JÚNIOR, Miguel. *Meio Ambiente e Direito Penal Brasileiro*. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, São Paulo, RT, jan/jun 2005, p.75-76.

Por sua vez, críticas surgem acerca do artigo 65¹⁶⁵, do Código de Defesa do Consumidor. Questiona-se o sujeito a quem se dirige a tutela penal, pois, ao que parece, tutela-se não o consumidor, mas sim, a autoridade administrativa, pois a conduta incriminada é a sua não notificação sobre a nocividade ou periculosidade de um produto ou a contrariedade de sua determinação de não execução.¹⁶⁶

Já o artigo 66¹⁶⁷, do Código de Defesa do Consumidor, trata das condutas de omissão de informação relevante sobre produto e da afirmação falsa ou enganosa sobre produto. Tanto a omissão de informação, quanto a afirmação falsa ou enganosa referem-se à natureza, à característica, à qualidade, à quantidade, à segurança, ao desempenho, à durabilidade, ao preço ou à garantia de produtos ou serviços.

A grande crítica que se dirige a este tipo penal reside na afirmação de que tal incriminação pode ter como objeto mera desobediência administrativa. Isto porque, se o dono de um pequeno mercado omite a data de validade do produto que ele colocou à venda, estará incurso neste tipo penal.

A mera conduta do agente, sem qualquer comprovação sequer da probabilidade de risco de lesão a qualquer dos seus consumidores, já configuraria o delito em tela, pois não se exige a feitura de uma perícia para se atestar se o produto estava dentro ou fora do prazo de validade, e, mais: não se exige sequer perícia para comprovar se o produto fora do prazo seria capaz de causar um dano à saúde do consumidor.

¹⁶⁵ Art. 65. Executar serviço de alto grau de periculosidade, contrariando determinação de autoridade competente. Pena: Detenção de seis meses a dois anos e multa. Parágrafo único. As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à lesão corporal e à morte.

¹⁶⁶ FERRARI, Eduardo Reale. *Direito Penal do Consumidor e a tutela de bens jurídicos supraindividuais: uma análise constitucional* in *Direito Penal Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Professor José Cerezo Mir*, Revista dos Tribunais, 2007, p. 286.

¹⁶⁷ Art. 66. Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços. Pena - Detenção de três meses a um ano e multa. § 1º Incorrerá nas mesmas penas quem patrocinar a oferta. § 2º Se o crime é culposo: Pena: Detenção de um a seis meses ou multa.

Aliás, do modo como explana a redação do presente artigo, mesmo que nenhum consumidor tenha adquirido o produto vencido, a simples conduta do fornecedor em omitir a data de validade já se subsumiria ao tipo penal.

Desse modo, apenas a presunção do perigo basta para a incriminação, não havendo a necessidade de se comprovar o perigo de dano ou o dano da conduta praticada. A simples omissão do fornecedor, que acaba por não cumprir regras meramente administrativas, é suficiente para a incriminação.

Num Estado Material de Direito, correto seria haver a punição do fornecedor se, depois de feita a perícia técnica, se constatasse que o produto, do qual não constava o prazo de validade, efetivamente era impróprio ao consumo e, por isso, poderia causar dano ou perigo de dano à saúde do consumidor. Nesta senda, o tipo tornar-se-ia de perigo concreto, condizente com todos os ditames do Direito Penal e Constitucional.

Além disso, outro aspecto a ser considerado neste tipo penal é o questionamento sobre o papel da Administração Pública na fiscalização de locais de venda e exposição de bens de consumo não duráveis, principalmente.

Na verdade, o legislador, com tal previsão legal, retira a responsabilidade do Estado de fiscalizar de forma mais ferrenha a comercialização de bens e serviços no mercado de consumo para transferi-la a uma responsabilização mais severa do agente.¹⁶⁸

Ou seja, transfere-se a carga de responsabilidade do Estado para a pena do agente. Mas, se muitas das omissões dos fornecedores realmente podem ser extremamente danosas aos consumidores – tanto que ensejou a criminalização de tal conduta neste tipo penal - cumpre ao Estado aumentar o rigor em sua ação de fiscalizar o mercado. Ao que parece, mais uma vez, passa-se ao Direito Penal o encargo que seria puramente da seara administrativa.

¹⁶⁸ Idem Op. Cit.

Também os artigos 67¹⁶⁹ e 68¹⁷⁰, ambos do Código de Defesa do Consumidor, que tratam da publicidade¹⁷¹ enganosa e da publicidade abusiva, respectivamente, sofrem críticas acerca da técnica redacional utilizada pelo legislador. Isto, pois a descrição da primeira conduta encontra-se contida na descrição da segunda.

Por isso, REALE JÚNIOR afirma que este é mais um caso de lei penal no tempo, pois, tendo em vista que a redação dos dois artigos de lei são praticamente idênticas, o artigo 68, por ser posterior ao artigo 67, o teria revogado.¹⁷²

Acerca deste artigo, cumpre outro questionamento: Já não existem meios administrativos e civis com a finalidade de controle da publicidade dirigida aos consumidores? Sim.

Tais meios existem e se mostram eficazes na proteção do direito à plena informação do consumidor. Há o CONAR (Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária), que se caracteriza como meio administrativo de controle autorregulamentar de publicidade, bem como meios cíveis com tal finalidade. Neste caminho, mais adequado seria o fortalecimento destes meios de proteção já existentes, que se mostram mais eficientes, na prática, do que a utilização do Direito Penal, mais uma vez, meramente simbólica e com caracteres puramente intimidatórios.

É de se observar que o legislador exagerou na previsão de tipos penais na modalidade culposa, dos quais são exemplos os §2º, do artigo 63 e § 2º, do artigo 66,

¹⁶⁹ Art. 67. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva Pena: Detenção de três meses a um ano e multa. Parágrafo único: vetado.

¹⁷⁰ Art. 68. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança Pena: Detenção de seis meses a dois anos e multa. Parágrafo único: vetado.

¹⁷¹ O Código de Defesa do Consumidor apenas tutela a publicidade e não a propaganda. Isto porque a propaganda, ao contrário da publicidade, não possui viés econômico, tendo por objetivo apenas difundir idéias e ideologias.

¹⁷² É o que ensina FERRARI, Eduardo Reale. *Direito Penal do Consumidor e a tutela de bens jurídicos supraindividuais: uma análise constitucional* in *Direito Penal Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Professor José Cerezo Mir*, Revista dos Tribunais, 2007, p. 286.

ambos do Código de Defesa do Consumidor. Crimes Culposos devem ser exceções, num Direito Penal cujo parâmetro material é a Constituição Federal.

No que diz respeito às penas cominadas no Código de Defesa do Consumidor, algumas observações críticas também merecem ser feitas.

Tendo em vista que não há qualquer conduta incriminada, no Código de Defesa do Consumidor, que ultrapasse a sanção máxima de dois anos – sendo que, a grande maioria delas foi cominada sanção de até um ano e multa – é sabido que pode o magistrado promover a substituição da pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos.

Tais penas restritivas de direitos poderão se caracterizar como interdição temporária da atividade do fornecedor ou prestador de serviços ou suspensão da atividade ou da venda do produto, por exemplo, que nada mais são, ao final deste procedimento, que sanções administrativas!

Não teria sido mais razoável o legislador ter previsto sanções administrativas, de forma direta, mediante a aplicação da via administrativa de proteção, ao invés de utilizar a via penal, neste caso? Nos parece que sim.¹⁷³

Todavia, ao que se observa, o legislador penal confiou numa função intimidatória do Direito Penal, ao invés de fortalecer a via administrativa. Utilizou-se, novamente, do Direito Penal em sua concepção simbólica, a fim de atemorizar fornecedores e tranquilizar, falsamente, consumidores.

Incoerências também podem ser observadas na Lei nº 8.137/90.

Notadamente, em seu artigo 7º¹⁷⁴ é possível a análise de alguns elementos desconexos e incoerentes.

¹⁷³ Desenvolve este interessante raciocínio FERRARI, Eduardo Reale. *Direito Penal do Consumidor e a tutela de bens jurídicos supraindividuais: uma análise constitucional* in *Direito Penal Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Professor José Cerezo Mir*, Revista dos Tribunais, 2007, p. 286.

¹⁷⁴ Art. 7º Constitui crime contra as relações de consumo:

No que diz respeito ao preceito secundário, é cristalina a incoerência do legislador ao cominar as sanções aos tipos dolosos previstos neste artigo. Isto, pois prevê, ao mesmo tempo, a pena de dois a cinco anos de reclusão ou pena de multa.

Tal alternatividade deixa totalmente a cargo do magistrado a natureza da pena a ser aplicada. Isto significa que pode ele aplicar o regime semi-aberto, caso a pena aplicada seja maior de quatro anos ou aplicar a transação penal, caso a pena aplicada seja a multa, caracterizando tal infração como de menor potencial ofensivo.¹⁷⁵

Há um enorme espaço de atuação do magistrado, indefinido e sem qualquer possibilidade de pré-definição, o que acaba por gerar insegurança jurídica, afinal, por uma mesma conduta, poderá o agente cumprir regime semi-aberto ou pagar um determinado número de cestas básicas a alguma instituição assistencial!

Este amplo espectro de atuação, a depender totalmente dos critérios momentâneos e subjetivos utilizados por um juiz, não condiz com um sistema que visa à eficiência de

I - favorecer ou preferir, sem justa causa, comprador ou freguês, ressalvados os sistemas de entrega ao consumo por intermédio de distribuidores ou revendedores; II - vender ou expor à venda mercadoria cuja embalagem, tipo, especificação, peso ou composição esteja em desacordo com as prescrições legais, ou que não corresponda à respectiva classificação oficial; III - misturar gêneros e mercadorias de espécies diferentes, para vendê-los ou expô-los à venda como puros; misturar gêneros e mercadorias de qualidades desiguais para vendê-los ou expô-los à venda por preço estabelecido para os demais mais alto custo; IV - fraudar preços por meio de: a) alteração, sem modificação essencial ou de qualidade, de elementos tais como denominação, sinal externo, marca, embalagem, especificação técnica, descrição, volume, peso, pintura ou acabamento de bem ou serviço; b) divisão em partes de bem ou serviço, habitualmente oferecido à venda em conjunto; c) junção de bens ou serviços, comumente oferecidos à venda em separado; d) aviso de inclusão de insumo não empregado na produção do bem ou na prestação dos serviços; V - elevar o valor cobrado nas vendas a prazo de bens ou serviços, mediante a exigência de comissão ou de taxa de juros ilegais; VI - sonegar insumos ou bens, recusando-se a vendê-los a quem pretenda comprá-los nas condições publicamente ofertadas, ou retê-los para o fim de especulação; VII - induzir o consumidor ou usuário a erro, por via de indicação ou afirmação falsa ou enganosa sobre a natureza, qualidade do bem ou serviço, utilizando-se de qualquer meio, inclusive a veiculação ou divulgação publicitária; VIII - destruir, inutilizar ou danificar matéria-prima ou mercadoria, com o fim de provocar alta de preço, em proveito próprio ou de terceiros; 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.

¹⁷⁵ FERRARI, Eduardo Reale. *Direito Penal do Consumidor e a tutela de bens jurídicos supraindividuais: uma análise constitucional* in *Direito Penal Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Professor José Cerezo Mir*, Revista dos Tribunais, 2007, p. 286-287.

suas medidas, definitivamente. Tal caminho abre espaço para arbitrariedades descabidas, situação que não conduz a uma justiça material, tão buscada numa democracia.

Não há dúvidas de que seria necessário um urgente revisitamento das sanções consumeristas previstas no artigo 7º, da Lei nº 8.137/90, de modo a sanar tais desproporcionalidades e absurdos.

Somente a título de exemplificação, cabe citar o inciso IX, do artigo 7º, da Lei nº 8.137/90. Este tipifica a conduta de vender, expor à venda ou ter em depósito matérias-primas ou produtos impróprios para o consumo.

Mais falhas podem ser notadas. O legislador não indica quais as condições que seriam impróprias ao consumo. Novamente, se utiliza da técnica da indeterminação e vagueza de conceitos. Todavia, a doutrina e a jurisprudência, buscando “salvar” este tipo penal, sugerem que, neste caso, aplique-se o artigo 18, §6º¹⁷⁶, do Código de Defesa do Consumidor, de modo a sanar tal incoerência. Postura que nos parece coerente.

Mas, note-se que, apesar do trabalho da doutrina e jurisprudência para garantir aplicabilidade de tal artigo, o erro técnico do legislador não resta corrigido, fato que continua abrindo portas para inúmeras interpretações, que fica ao sabor dos interesses envolvidos no caso concreto.

No mais, com relação a este inciso, também surgem dúvidas acerca da necessidade ou não de perícia para a configuração do delito. Tomando por base premissas já explicitadas neste trabalho e, portanto, mantendo coerência lógica no raciocínio

¹⁷⁶ 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. § 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.

desenvolvido, a perícia seria necessária para a comprovação da efetiva nocividade do produto, de modo a caracterizar tal crime como de perigo concreto.

Desta forma entendeu o Supremo Tribunal Federal, ao afirmar, em sede do Habeas Corpus 90.779/PR, que seria necessária a perícia nas situações em que a impropriedade tenha se dado devido às causas descritas nos incisos II e III; no entanto, decidiu que, caso a impropriedade tenha ocorrido devido à causa descrita no inciso I, a perícia seria prescindível.

Neste último ato decisório, parece ter ocorrido um equívoco, já que se volta à mesma discussão desenvolvida com relação ao artigo 66, do Código de Defesa do Consumidor. Somente a expiração do prazo de validade não configuraria, por si só, a impropriedade do produto. Seria necessário que fosse realizada uma perícia, com a finalidade de se comprovar se existia ou não a nocividade no produto oferecido ao consumidor, para, então, restar configurado o delito descrito.

A presunção de ofensa ao bem jurídico não deve ser tida como absoluta e o perigo deve ser comprovado, de modo a se evitar a construção de tipos penais de perigo abstrato e optar-se, de forma indubitável, por delitos de perigo concreto, seguindo os ditames constitucionais e os princípios basilares do Direito Penal.

Por meio de tais exemplos, resta cristalina a desproporcionalidade e os despropósitos que permeiam a legislação penal do consumidor.

Pode-se afirmar que a eleição do Direito Penal como principal mecanismo de atuação, a ausência de critérios para a elaboração dos tipos penais e os absurdos nas penas cominadas caracterizam os equívocos grosseiros da legislação penal consumerista.

Mas, o que mais chama a atenção é a criminalização exacerbada de condutas insignificantes, que configuram meras desobediências administrativas. Tal fato faz com que a legislação penal consumerista seja mais um exemplo da expansão desenfreada e da utilização simbólica do Direito Penal. A função da via penal, os fundamentos para sua utilização e a concepção e análise do bem jurídico protegido restam esquecidos.

Importante salientar que garantias decorrentes do Princípio da Legalidade, tais como reserva legal e taxatividade penal, não são aplicadas em muitos tipos penais, tendo em vista que as normas penais nela expressas não são dotadas do máximo de determinação e clareza que se poderia alcançar. Uma lei indeterminada e que utiliza termos vagos não protege o indivíduo contra arbitrariedades, já que o poder de punir do Estado resta ilimitado.¹⁷⁷

Neste sentido, mais razoável se mostraria a descriminalização de muitas das condutas previstas como tipo penais, optando-se por um instrumento de atuação mais proporcional e eficiente.

Faz-se relevante a observação de que, de forma alguma, questiona-se a necessidade de o Direito Penal manter-se atualizado, interagindo adequadamente às mudanças da sociedade. Mas, espera-se que ele atue em ocasiões em que sua intervenção seja proporcional.

Ou seja, se for realmente necessário criar algum novo tipo penal, isto deve ser feito, porém, com o manuseio de uma técnica legislativa que permita a criminalização somente de conduta dolosa ou, de forma excepcional, na modalidade culposa que lesione efetivamente ou, pelo menos, coloque em perigo concreto o bem jurídico previamente identificado.

4) Breve comparação com o tratamento dado ao tema nos ordenamentos jurídicos espanhol e alemão.

A proposta de se adotar um modelo que não priorize a via penal como principal instrumento de atuação na seara do consumidor não é nova em muitos ordenamentos jurídicos estrangeiros.

¹⁷⁷ MAGALHÃES GOMES, Mariângela Gama de. *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: RT, 2003, p. 32-33.

Faz-se importante a análise de como esta sistematização se dá nestes países, de modo a tomá-la como exemplo prático a ser utilizado pelo ordenamento jurídico brasileiro, com vistas a se evitar falhas técnicas e substanciais, na adoção deste novo modelo de atuação.

Cabe ressaltar que nos parece mais adequado citar os exemplos de Espanha e Alemanha, pois são estes os mais utilizados pela doutrina, ao se comparar o tratamento dado ao Direito do Consumidor no Brasil e em legislações estrangeiras.

Na Espanha, há a lei de proteção do consumidor, que, notadamente, em seus artigos 32 a 38, procede à proteção das relações de consumo. Nela, há a expressa afirmação de que a infração consumerista deve ser, por excelência, objeto de sanção administrativa, devendo existir prévia instrução de procedimento, sem prejuízo do reconhecimento de outra forma de responsabilidade (civil ou de outra natureza) que possa se abater sobre o agente infrator.¹⁷⁸

Relevante ressaltar que, de acordo com referida lei, deixa-se para a lei penal somente algumas condutas, específicas e que realmente necessitem de tal proteção. Quando o Tribunal de justiça é retirado de sua inércia e instado a agir, mediante a propositura da causa penal, permite-se a suspensão do expediente administrativo, se instaurado pelo mesmo fato. Também é suspensa a eficácia dos atos administrativos que se caracterizarem como sanções.¹⁷⁹

FERRARI exemplifica a preferência pela via administrativa em detrimento da via penal, na seara consumerista, na Espanha, por meio do artigo 37, da supracitada lei. Tal artigo enuncia que o fechamento e encerramento da atividade do fornecedor infrator não terá caráter de sanção, se tal atividade não tiver autorização ou registro sanitário prévio.

¹⁷⁸ FERRARI, Eduardo Reale. *Direito Penal do Consumidor e a tutela de bens jurídicos supraindividuais: uma análise constitucional* in *Direito Penal Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Professor José Cerezo Mir*, Revista dos Tribunais, 2007, p. 287.

¹⁷⁹ *Idem*. Op. Cit.

As medidas de caráter administrativo poderão ter caráter preventivo e temporário, desde que sanem as irregularidades concernentes à saúde, higiene e segurança.

Já o artigo 38, também da referida Lei, estabelece que pode a autoridade competente, para resolver o incidente, impor inúmeras medidas de natureza administrativas a serem cumpridas, tal como inutilização da mercadoria adulterada, e que os gastos que forem necessários para transportar, distribuir, destruir esta mercadoria ficarão a cargo do fornecedor infrator.¹⁸⁰

No entanto, recentemente, muito influenciada pelo desespero legislativo penal que se abateu em inúmeras partes do mundo, devido à constatação da vivência em uma sociedade “de risco”, a Espanha acabou por deixar um pouco de lado sua postura minimalista frente ao Direito Penal.

Assim como no Brasil, é de se notar uma hiperinflação legislativa penal no ordenamento jurídico espanhol, que passa por um movimento fortemente neocriminalizador.

Tanto é assim que o Código Penal Espanhol de 1995, por meio da Lei Orgânica 10, de 23 de novembro de 1995, determinou a incrementação de quatro seções nos delitos contra o patrimônio e ordem socioeconômica, sendo elas: delitos relativos à propriedade intelectual, delitos relativos à propriedade industrial, delitos relativos ao mercado e ao consumidor e disposições comuns às sanções anteriores.¹⁸¹

Neste sentido, há o artigo 281, do Código Penal Espanhol de 1995, que enuncia que aquele que sonega do mercado matéria-prima ou produto de primeira necessidade, com intenção de desabastecer um dos setores, forçando a alteração de preços ou prejudicando gravemente os consumidores será punido com pena de um a cinco anos de reclusão mais multa.¹⁸² Não bastaria uma medida administrativa sancionadora, que suspendesse a

¹⁸⁰ Idem. Op. Cit.

¹⁸¹ Idem. Op. Cit., p. 287-288.

¹⁸² Idem. Op. Cit., p. 287-288

atividade do agente infrator no mercado por um bom período de tempo ou mesmo uma multa tão alta quanto os lucros obtidos com sua conduta lesiva? Nos parece que sim.

O artigo 282, do mesmo texto legal, por sua vez, pune fornecedores que alegam falsamente ou de forma incerta informações aos consumidores, que causem grave ou manifesto prejuízo a eles. Já o artigo 283 toma como conduta criminal a cobrança elevada e o artigo 284 enuncia como crime a publicidade perigosa e privilegiada.¹⁸³

Frente a tais exemplos, é de se constatar que, atualmente, a Espanha demonstra um panorama muito parecido com aquele apresentado pelo Brasil. Neste sentido, há de se proceder a uma seleção criteriosa de bens jurídicos que devem ser protegidos pelo Direito Penal espanhol que, também lá, deve ser instrumento extraordinário de atuação, primando pela atuação das vias civis e administrativas.

Nota-se que o desespero que se abateu em inúmeros ordenamentos jurídicos no tocante à pulverização de crimes relaciona-se diretamente com a idéia de sociedade de risco. Os conflitos de megadimensões e a necessidade de se proteger os bens jurídicos supraindividuais passaram a alterar a imagem tradicional que sempre se teve do Direito Penal e a necessidade de se adaptar a “velha” dogmática a estes novos “riscos” que surgiram culminou por criar verdadeira bagunça legislativa penal.

Tudo vem sendo feito de forma atrapalhada e ilógica, esquecendo-se completamente da noção fundamental de sistema, que se deve ter ao se alterar qualquer âmbito jurídico. É, indubitavelmente, reflexo da expansão do Direito Penal.

Muito se fala na necessidade de se preservar as “gerações futuras” frente a estes novos riscos e, devido a este argumento, permite-se que tudo – ou quase tudo – seja feito. Tal afirmação chega a configurar uma loucura coletiva, já que ela se mostra apta a justificar qualquer ação que seja feita, mesmo que de forma desastrosa. Justamente por isso, cautelas devem ser tomadas, no sentido de não se acabar com a estrutura garantista existente, que, cabe lembrar, tanto custou a gerações passadas.

¹⁸³ Idem. Op. Cit., p.288.

Muito se discute na doutrina acerca das possíveis alterações pelas quais deveria passar o Direito Penal tradicional, de modo a se adaptar a este novo cenário social que se apresenta. É claro que o Direito Penal deve se adaptar às novas situações que se apresentam a ele e que carecem de soluções, porém, não parece correto afirmar que seus dogmas e paradigmas de atuação devam ser modificados e, com menos razão, esquecidos, em prol de uma suposta maior efetividade.

Aliás, como se pode notar, na prática, e tomando como exemplo o próprio âmbito da proteção dos direitos do consumidor, ora estudado no presente trabalho, não se consegue alcançar efetividade da via penal ao se deixar de lado princípios e vertentes penais já consolidadas no Direito Penal tradicional. Muito pelo contrário. Este resta desconfigurado e ineficiente, perdendo sua identidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Com relação à Alemanha, cenário diferente se apresenta. As condutas criminalizadas encontram-se num rol reduzido, já que a via penal somente interfere em situações raras e necessárias, sendo muitas condutas protegidas pela via cível e pela via administrativa.¹⁸⁴

A proteção ao consumidor vem sendo objeto de atenção alemã desde os anos 70 e pode-se observar que são previstos muitos instrumentos jurídicos ao consumidor, de modo a fornecer meios para que este defenda seus interesses.

As leis administrativas protetivas aos direitos do consumidor prevêm, em regra, pena de multa, no caso de infrações legais.¹⁸⁵

No direito privado, a autonomia contratual foi limitada e foram definidos, em lei, direitos de indenização aos consumidores lesados. No campo administrativo, restringiu-se a liberdade do exercício de profissão de muitos fornecedores, exigindo, por exemplo, de alguns que trabalham em determinadas áreas, licença administrativa para atuar,

¹⁸⁴ Idem. Op. Cit., p.288

¹⁸⁵ Idem Op. Cit.

cabendo a certos órgãos públicos a fiscalização de atividades empresariais e, inclusive, a imposição ou coibição de certas atividades.¹⁸⁶

Parece pertinente a observação de que, ao fazer isso, o Estado Alemão acaba por gerar mais trabalho para seus agentes públicos, porém, alcança maior efetividade na busca pelo mercado mais justo e livre.

Ao contrário disso, quando se opta pela mera aplicação inconsciente do Direito Penal, escolhe-se a forma mais fácil e rápida de atuação, que é a criação de crimes. Com tal atitude, a sociedade não reclama, pois se sente (equivocadamente) protegida pela via penal e o Estado sequer precisa unir esforços para alterar toda uma estrutura administrativa, que demonstra falhas e que requer aparos. Utilizar o Direito Penal é o caminho mais fácil de atuação, definitivamente.

Mas, diferentemente do que ocorre no Brasil, ao agir desta forma, o Direito Administrativo Alemão chama para si a responsabilidade pela paz social, no que diz respeito à sociedade de consumo, e utiliza, precipuamente, sua estrutura administrativa para atuar. Tal postura nos parece mais adequada.

É cediço que alterar a estrutura do Direito Administrativo brasileiro não é trabalho fácil, porém, esta conduta mostra-se mais necessária do que nunca, principalmente, se se atentar para o cenário penal em que se vive nos dias de hoje.

Além disso, com relação às contravenções penais, muitas condutas atentatórias ao consumidor são punidas com multas administrativas. No direito penal alemão, os tipos penais que impõem pena ao estelionato, à lesão corporal e ao homicídio também podem ser aplicados quando as vítimas são consumidores enganados ou lesionados por produtos defeituosos, por exemplo.¹⁸⁷

Neste sentido, o Direito Alemão disponibiliza inúmeras ferramentas de atuação não penais para os consumidores e fornecedores e, ainda, permite uma interação de inúmeras

¹⁸⁶ Idem. Op. Cit.

¹⁸⁷ Idem. Op. Cit., p. 289.

áreas do direito. Licenças e controles são implementados num momento prévio, de forma a não se necessitar do Direito Penal como meio de atuação. A via penal ainda pode ser utilizada, porém, de forma restrita, dirigida a algumas e poucas condutas que realmente carecem de sua proteção.¹⁸⁸

Cabe também citar que há ordenamentos jurídicos que passaram, paulatinamente, por um processo de despenalização, tais como o da Itália e o da França.

Na Itália, três leis de “despenalização” merecem ser citadas, quais sejam, a Lei de 03.05.1967, n.317, a Lei de 24.12.1975, n. 706 e a Lei de 24.11.1981, n.689. Esta última depenalizou todas as violações punidas somente com pena de multa ou com ressarcimento. Além do que, a título de exemplo mais recente, tem-se também o Decreto Legislativo 507, de 30.12.1999, por meio do que se outorgou ao juiz de paz a atribuição, como autoridade administrativa, de sancionar fatos que antes eram considerados infrações penais, agora tidos como ilícitos administrativos.¹⁸⁹

Na França, cabe lembrar a lei de despenalização em matéria de concorrência (Lei de 19.07.1977) e a “*ordonnance*”, de 01.12.1986, que também tratou da concorrência e substituiu o sistema penal que antes havia por um sistema de sanções administrativas.¹⁹⁰

¹⁸⁸ Como, por exemplo, na proteção contra produtos perigosos, prevista nos §§ 222, 229, do CP, quando após seu uso, consumidores vêm a falecer ou têm a saúde lesada. É o que bem exemplifica FERRARI, Eduardo Reale. *Direito Penal do Consumidor e a tutela de bens jurídicos supraindividuais: uma análise constitucional* in *Direito Penal Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Professor José Cerezo Mir*, Revista dos Tribunais, 2007, p. 289. Cabe, neste momento lembrar que, não obstante o Brasil seja um país que sempre está atento a todas as novas tendências alemãs, posicionando-se, inclusive e muitas vezes, de forma a adotar irrestrita e cegamente todos os entendimentos provenientes deste país, está-se apenas analisando a forma com que a Alemanha lida com a proteção das relações consumeristas, com o objetivo, justamente, de exaltar aquilo que mostra resultados positivos no modo de vida daquela sociedade.

¹⁸⁹ FERRARI, Eduardo Reale. *Direito Penal do Consumidor e a tutela de bens jurídicos supraindividuais: uma análise constitucional* in *Direito Penal Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Professor José Cerezo Mir*, Revista dos Tribunais, 2007, p. 289.

¹⁹⁰ REALE JÚNIOR, Miguel. *Despenalização no Direito Penal Econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa*, Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 7, n.28, out/dez. 1999, p.122, nota de rodapé nº 10.

Tais exemplos demonstram claramente que a escolha pela via penal ou pela via administrativa se relaciona com a conveniência política deste ou daquele caminho a ser seguido.

Atualmente, legislar menos para legislar melhor é o objetivo da nova política europeia consumerista. A União Europeia, com vistas a estabelecer plataformas mínimas para os países que dela fazem parte legislarem, passou a editar normas uniformes dirigidas a todos os consumidores, que atuam como verdadeiras diretrizes.¹⁹¹

A diretiva-quadro buscou a harmonização máxima do direito consumerista no espaço econômico europeu, no que se refere à atuação das entidades legiferantes de cada um dos países-membros. Também há a diretiva 577/85, que visa regular o crédito na União Europeia, como forma, principalmente, de obstar o superindivíduo do consumidor.¹⁹²

Tais diretivas também voltam suas atenções aos meios informais de controle, ao afirmarem a importância da informação e da educação dos consumidores.

Neste contexto, tais exemplos demonstram que é possível uma reestruturação do sistema de proteção de bens jurídicos brasileiro, que deve tomar um viés mais voltado ao fortalecimento do Direito Administrativo Sancionador do que ao uso abusivo e despropositado do Direito Penal.

É claro que particularidades de cada sociedade devem ser levadas em conta ao se estabelecer um sistema preventivo e pedagógico, bem como um sistema de sanções, sejam elas penais ou administrativas, porém, a análise concreta de ordenamentos jurídicos que optaram primordialmente pela via administrativa e de seus reflexos na eficiência da proteção dos direitos do consumidor é válida, na medida em que propicia que se faça uma análise prática e não somente teórica das consequências de tais medidas.

¹⁹¹ Informações obtidas na aula lecionada pelo professor português Mário Frota, membro da Associação Portuguesa do Direito de Consumo, em 19 de agosto de 2009, na disciplina O Direito do Consumidor na Sociedade de Risco, presidida pela Prof. Teresa Ancona Lopez e pela Prof. Patrícia Faga Iglecias Lemos, na Pós Graduação da Universidade de São Paulo.

¹⁹² Idem. Op. Cit.

Assim, apesar das características próprias de cada Estado, é interessante analisar que é possível acomodar uma estrutura administrativa fortalecida num ordenamento jurídico.

Por essas razões expostas, mostra-se tão relevante o estudo de como se daria esta reestruturação e conseqüente fortalecimento do Direito Administrativo Sancionador no Brasil, de modo a se conjecturar medidas que se adaptem à realidade brasileira. Realidade esta com características tão *sui generis* e exprimida por uma sociedade tão multifacetada e plúrima.

CAPÍTULO III – A REESTRUTURAÇÃO E O FORTALECIMENTO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E A NECESSIDADE DA TERCEIRA VIA PARA A EFETIVA PROTEÇÃO DOS DIREITOS CONSUMERISTAS.

1) Direito Administrativo Sancionador. Características e Fundamentos. A necessária reestruturação e fortalecimento do Direito Administrativo Sancionador – Criação de órgãos, agências reguladoras independentes e estáveis e Tribunais Administrativos independentes.

“A contribuição do Direito Penal para a tutela dos direitos do consumidor é positiva ou, pelo contrário, é contraproducente?” ou, em outras palavras, “Será que precisamos dotar o direito penal do consumidor já existente de instrumentos mais severos ou será que necessitamos, em vez disso, de algo totalmente novo e diferente do direito penal do consumidor?”

É com este questionamento que HASSEMER, em um Congresso realizado em Portugal, na Universidade Lusíada-Porto, em 25.11.1995, ao tratar da preservação do meio ambiente através do Direito Penal, inicia seu raciocínio.¹⁹³

É certo que o Direito Penal tem se mostrado amplamente contraproducente para a tutela das relações de consumo, assim como também o é para a tutela do meio ambiente. Por isso, para HASSEMER, definitivamente, não se deve insistir na mesma receita.

De forma até um pouco radical, mas bem direta, o autor afirma que quanto mais direito penal do meio ambiente, menos proteção ambiental; quanto mais se amplia e se agrava o direito penal do ambiente, tanto mais se estará a dar maus passos, pois que, a persistir neste caminho, só surgirão efeitos contrários aos pretendidos; ou seja,

¹⁹³HASSEMER, Winfried. *A preservação do ambiente através do direito penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 6, n. 22, abr./jun. 1998, p.27-35.

contribuir-se-á para uma inexorável diminuição da proteção efetiva do ambiente.¹⁹⁴ O mesmo raciocínio pode ser aplicado para o Direito Penal do Consumidor.

No mundo contemporâneo, os danos à relação consumerista alcançam proporções tamanhas, pois com a globalização, tudo pode ser sentido por todos e em tempo real. Apesar de tais movimentos sociais de modernização trazerem consigo inúmeras vantagens para o corpo social, inevitavelmente, muitas desvantagens também podem ser percebidas.

Todos os acontecimentos ganham maiores proporções, e, com isso, a sociedade, que também consegue ter maior acesso à informação, desespera-se ao tomar conhecimento dos abusos na afronta aos seus direitos, dentre os quais se incluem os referentes à relação de consumo. Além do que, a submissão permanente dos indivíduos aos diversos meios de ilusão empregados para estimular o consumismo, provenientes da imprensa, rádio, televisão, cinema ou ruas, traduz um aspecto inquietador neste cenário.¹⁹⁵

É certo que a mídia, em sentido estrito, ou a informação, em sentido amplo, é um verdadeiro poder. Ela tem o direito de deliberar, agir e mandar, vigor, potência e domínio, influência e força, recursos e meios.¹⁹⁶

MONTESQUIEU falava na existência de três poderes, quais sejam, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Porém, tais poderes constituem-se em desdobramentos de um único poder, o político. Embora alguns pensadores tenham dito que a mídia configurar-se-ia num quarto poder, parece-nos que análise mais acertada caminha para a conclusão de que a mídia, na verdade, entranha-se entre os poderes, misturando-se às decisões políticas e econômicas.¹⁹⁷

¹⁹⁴ Idem Op. Cit, p. 28.

¹⁹⁵ DOTTI, René Ariel. *O direito penal econômico e a proteção do consumidor*. Revista de Direito Penal, Rio de Janeiro, n. 33, jan./jun. 1982, p.152.

¹⁹⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Mídia e Crime*. Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva (criminalista do século). Método, São Paulo, 2001, p.355.

¹⁹⁷ Idem Op. Cit. SHECAIRA ensina ainda, citando Ignácio Ramonet, que, em primeiro lugar, há o poder econômico, em segundo lugar, o poder da mídia e, em terceiro lugar, o poder político, que se desdobra nas três funções delineadas por Montesquieu.

O papel da televisão, na sociedade de massas, não é informar, mas sim, como qualquer empresa, vender seus espaços de propaganda. Por isso é que o resultado da informação prestada nem sempre é verdadeiro.¹⁹⁸

A comunicação de massas exerce importante papel na formação dos valores da sociedade. Ela interfere diretamente nas formas de conduta e nas atitudes humanas. E é certo que a mídia tem o poder de alterar o conteúdo e o significado da própria realidade.¹⁹⁹

Nos dias de hoje, é de se notar a subversão do *status* do consumidor de “rei do mercado”, que ele usufruía à época da teoria clássica de consumo, inspirada pela teoria do liberalismo.²⁰⁰

Neste sentido, naturalmente, a sociedade clama por maior proteção estatal, tendo em vista que, com a celebração do contrato social, abriu mão de parte de sua liberdade em prol da proteção proveniente do Estado.

Resta ao legislador encontrar o meio mais eficiente de atuação, visando a solução para este conflito de interesses. Mas que critérios ele utiliza para optar pelo melhor instrumento de proteção?

Tal questionamento surge em inúmeras áreas que carecem de proteção, nas quais se incluem os consumidores, o meio ambiente, a ordem tributária, dentre outras.

¹⁹⁸ Idem Op. Cit.

¹⁹⁹ Estas características da mídia podem ser encontradas em suas diversas esferas de atuação social. Desde a influência na massa de consumidores, que, muitas vezes, sequer notam as influências negativas que as propagandas exercem sobre eles, induzindo ao consumo de determinados produtos ou serviços até a própria confecção de leis casuísticas, que são criadas devido à insistência midiática dos meios de comunicação, que culmina por criar crimes e condutas que, para os detentores do poder político, por diferentes motivos, merecem punição penal. A mídia cria um estado subjetivo de insegurança social, que acaba por influenciar o funcionamento da justiça criminal e a criação de leis penais.

²⁰⁰ Idem Op. Cit, p. 153.

Como já estudado neste trabalho, resta claro que o legislador optou pela via mais rápida para a aparente solução da questão. Se ao utilizar o Direito Penal como *prima ratio* de atuação, por um lado, ele priorizou o caminho que mais gera impactos no sentimento de segurança social, por outro, pode-se dizer que ele não raciocinou o ordenamento jurídico penal como elemento de um sistema maior, bem como não deu a devida importância à eficiência da medida adotada, na realidade fática.

Ou seja, talvez o legislador, influenciado pela sociedade massificada, hedonista e imediatista em que vive, tenha optado pela via mais impactante e menos eficiente para a proteção de tais bens jurídicos supracitados: o Direito Penal.²⁰¹

A discussão político-criminal contemporânea dá-se em meio ao embate entre o movimento ao qual se convencionou chamar “Lei e Ordem” e uma concepção humanista de Direito Penal. Há uma tensão entre um crescente fervor punitivo, apoiado pela mídia e alardeado como plataforma política, e os princípios garantistas de fonte eminentemente doutrinária, baseados na tônica da descriminalização e, mais comumente, da despenalização.²⁰²

Com efeito, a despenalização apresenta-se como reação à hipertrofia do Direito Penal. Ainda que se queira criminalizar de forma abrangente, argumentando-se a insuficiência das sanções administrativas, resta a certeza de que a via penal não é a mais adequada para a repressão de todas as condutas lesivas ao consumidor, tendo em vista que, notadamente na seara consumerista, leva à aplicação de institutos como penas restritivas de direitos, e, portanto, no mundo real, padece de patente ineficácia.²⁰³

²⁰¹ Conforme ensina SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *As duas faces de Janus – A Criminalização e a descriminalização do Direito Ambiental*. Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva (criminalista do século). Método, São Paulo, 2001, p.306: “A rigor, é de se ter que, para o trato do meio ambiente, como também no caso do Direito Econômico ou do Consumidor, tendencialmente, se busca amparo na seara penal. Isso no Brasil e no mundo. Trata-se de áreas muito especiais, próprias, nas quais a formulação clássica penal tem se mostrado incapaz de efetuar adequada proteção. Outros campos devem ser buscados, na tentativa, enfim, de ofertar adequada tutela, ainda que não penal. E isso, diga-se, sempre na busca de um mais adequado trato do meio ambiente (...)”.

²⁰² REALE JÚNIOR, Miguel. *Ação Fiscal e Extinção da Punibilidade no Crime Tributário*. Revista Literária de Direito, ago/set, 2004.

²⁰³ Idem Op. Cit.

É certo que a via penal no âmbito da proteção dos direitos do consumidor sofre de “*déficit de execução*”. Este é apenas o sintoma do mal que sofre o Direito Penal do consumidor contemporâneo. A doença, a ser diagnosticada, seria: o Direito Penal não é instrumento adequado para solucionar tais tipos de problemas.²⁰⁴

Tal *déficit* assume dimensões colossais, notadamente quando se leva em conta dois fatores: a presença de cifras negras e a seletividade dos condenados.²⁰⁵

O Direito Penal não visa à prevenção de condutas e não serve para amedrontar cidadãos. Sua única e exclusiva função é a proteção de bens jurídicos dotados de dignidade penal. Nesta senda, se pretende que o Direito do Consumidor seja eficiente, devem ser-lhe dadas condições de intervenções vivas e dinâmicas. Já do Direito Penal, espera-se que ele continue sendo o direito penal do fato, com conceitos claros e perfil garantístico.²⁰⁶

O Direito Penal que fuja de tais características, provavelmente, exercerá papel meramente simbólico. O Direito Penal simbólico, segundo ensina HASSEMER²⁰⁷, pode ser identificável por duas características, quais sejam: por um lado, não serve para a proteção efetiva de bens jurídicos e, por outro, obedece aos interesses da classe política.

Na realidade, esta forma de se proteger o consumidor custa pouco dinheiro ao Estado e ainda serve para acalmar as contestações políticas. E esta falsa impressão de efetividade culmina por desobrigar os poderes públicos do dever de perseguirem, de

²⁰⁴ Esta expressão “*déficit de execução*” é utilizada por HASSEMER, Winfried. *A preservação do ambiente através do direito penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 6, n. 22, abr./jun. 1998, p.30. Este raciocínio é aplicado pelo autor com relação ao Direito Penal Ambiental. Todavia, pode ser utilizado, analogamente, ao Direito Penal do Consumidor, haja vista que a análise da via errada e desproporcional de atuação é a mesma.

²⁰⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *As duas faces de Janus – A Criminalização e a descriminalização do Direito Ambiental*. Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva (criminalista do século). Método, São Paulo, 2001, p.302-303. Cifras negras correspondem ao percentual de criminalidade que nem ao menos chega ao conhecimento das autoridades públicas.

²⁰⁶ Idem Op. Cit., p. 31.

²⁰⁷ Idem Op. Cit., p. 32.

verdade, uma estrutura de proteção ao consumidor que se mostre efetiva.

Nesse passo, é necessário, primeiramente, retirar do Direito Penal funções e atribuições que não são suas, nem nunca serão.

A via penal não tem funções preventivas²⁰⁸, nem tem por escopo organizar a Administração Pública, sancionando a não observância das regras de conveniência dela provenientes.²⁰⁹ Não foi concebida para isso e, portanto, nunca exercerá este papel com maestria.

O Direito Penal é utilizado após a situação de ferimento ou de ameaça de lesão ao bem jurídico, com vistas a restaurar a situação da plenitude de bens jurídicos existente anteriormente. Ele visa à restauração da situação, que entende necessária para a manutenção da paz social.

A própria criação de tipos penais exige que o legislador analise a realidade e perceba quais bens jurídicos que, lesionados ou ameaçados, interferem substancialmente no normal andamento da vida social. Afinal, o Direito Penal é o ramo do Direito Público que é encarregado de selecionar aquelas condutas que são atentatórias a bens jurídicos considerados mais importantes, considerados essenciais para a vida em sociedade, de modo a sancioná-las com uma pena criminal ou medida de segurança.²¹⁰

Assim, resta cristalina a noção de que, para a via penal, deve ser dirigida apenas sua função primordial e que os bens jurídicos a serem protegidos por ela devem ser meticulosamente selecionados, de modo a garantir sua proteção efetiva. Toda a estrutura penal, ratificada constitucionalmente, que inclui princípios tais como, lesividade ou ofensividade, fragmentariedade, e até mesmo o princípio da proporcionalidade, que, embora implícito, é reconhecido e deve ser aplicado, deve ser mantida e sempre – em todos os casos – observada.

²⁰⁸ Idem Op. Cit., p. 33.

²⁰⁹ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal - Parte Geral*, v. I, 2ª ed., Forense, 2004.

²¹⁰ ESTEFAM, André. *Direito Penal I- Parte Geral*. 5ª ed. Saraiva, 2009.

A intervenção penal deve possuir como objeto de incidência apenas as infrações mais graves da ordem social, já que aquela é o modo mais gravoso de interferência na vida dos indivíduos.²¹¹

Por isso, parece mais razoável que o legislador, antes de criminalizar desenfreadamente condutas, verifique os motivos pelos quais a via administrativa é ineficiente, sendo preferível que, ao invés de inserir no papel exercido pela via penal funções que não são dela, altere a estrutura do Direito Administrativo Sancionador que se tem hoje.²¹²

O Direito Penal do Consumidor já mostrou, na realidade fática social, que, definitivamente, carece de eficiência e que é insuficiente para a proteção das relações de consumo.²¹³ Apenas tomando por base as falhas nas execuções das sanções, na seara consumerista, é de perceber o quão inócuo é o Direito Penal do Consumidor.

Então, se é possível tutelar bens jurídicos por meio da utilização de um instrumento mais eficiente e menos gravoso, qual o sentido de se recorrer, quase que automaticamente, ao Direito Penal? Não há.

²¹¹ FERRARI, Eduardo Reale. *A ilegitimidade da criminalização das condutas atentatórias ao meio ambiente*. In: ANDRADE, Manuel da Costa. *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p.1193, nota de rodapé nº 14.

²¹² *Idem Op. Cit.*, p. 1197.

²¹³ Tal constatação insere-se no cenário atual em que se nota que o Direito Penal vem perdendo sua eficiência prática, devido ao seu mau uso. Num diagnóstico feito por inúmeros ilustres pensadores do Direito Penal, dentre os quais se inclui Miguel Reale Júnior, concluiu-se que “de uma vez por todas, é mister também que se repila, com coragem, a idéia de que a legislação penal, processual penal, de execução penal, e de menores, esteja dotada de um poder mágico idôneo a transformar a realidade social e a fazer cessar o clima de intranqüilidade individual ou coletiva que perturba a população brasileira. Por outro lado, nenhuma legislação, por mais perfeita ou completa que seja, terá operacionalidade transformadora se seus operadores continuarem a atuar com uma visão compartimentada, corporativa ou mesmo cartorial. Sem a presença crítica e criativa, despida de preconceitos, daqueles que instrumentam a legislação, pouco ou nada será feito sobre a dolorosa situação social. (...) Vale, por fim, enfatizar que medidas de curto prazo não são capazes de minimizar a problemática do sistema punitivo brasileiro, que não se acomoda mais a posturas pontuais. Todas as providências, nas diversas áreas da atividade estatal, devem obedecer a uma programação coordenada e a uma atuação conjugada para que possam, a médio prazo, produzir efeitos representativos. Qualquer outro posicionamento, nesta matéria, seria sem dúvida vender ilusões à população brasileira, o que seria não seria condizente com a responsabilidade dos que subscrevem este documento.” em REALE JÚNIOR, Miguel (coord.). *Diagnóstico preliminar do sistema penal brasileiro e primeiras propostas para sua reformulação*. Revista Brasileira de Ciências Criminas, São Paulo, v. 8, n. 30, abr./jun. 2000, p.361-362.

É neste sentido que HASSEMER afirma que se deve criar uma nova forma de atuação para a proteção dos “novos direitos” e não tornar ainda mais gravoso o Direito Penal, instrumento já existente e já sedimentado no ordenamento jurídico.

Diante destas constatações, propõe-se um novo modelo de atuação, mediante a utilização precípua do Direito Administrativo Sancionador na seara de proteção dos Direitos do Consumidor.

Ao Direito Administrativo deve-se reservar o papel de maior importância naquilo que concerne à proteção dos consumidores. Ideal seria se tal via de atuação, mediante seus sistemas de licenças, autorizações e fiscalização, intervisse antes da superveniência de qualquer dano.²¹⁴

Obviamente, este Direito Administrativo teria de ser reestruturado, tendo em vista que aquele que se apresenta nos dias de hoje mostra insuficiências e falhas em sua atuação e, por isso, não está completamente apto a exercer este papel.

Toda uma nova estrutura teria de ser reformulada, incluindo ações que envolvam meios informais de controle e uma gradual alteração comportamental, tanto social, quanto dos órgãos públicos.

Nesta nova estrutura de atuação para a proteção das relações de consumo, muitos fatores, jurídicos e não jurídicos, terão de ser conjugados.

Inicialmente, vias informais de controle devem ser fortalecidas, de modo a atuarem preventivamente ao ferimento de bens jurídicos consumeristas.

O consumidor deve ser educado, melhor informado, deve ser melhor representado e melhor satisfeito. Pode-se dizer que, é basilar a informação do consumidor, atualmente tão negligenciada pelas empresas fornecedoras, até como forma de manobra com o fim

²¹⁴ BATISTA, Nilo. *Concepção e princípios do direito penal econômico, inclusive a proteção dos consumidores, no Brasil*. Revista de Direito Penal, Rio de Janeiro, n. 33, jan./jun. 1982, p. 84.

de se perpetuar a dominação dos empresários/fornecedores. Afinal, quanto menos informado é o consumidor, menos ele saberá reconhecer seus direitos e suas garantias.²¹⁵

No âmbito normativo, o Direito Administrativo Sancionador deve ser mais independente e magistral. Nesta senda, seria necessário que a via administrativa se tornasse independente e imparcial, principalmente em relação ao Executivo.

Para alcançar tal intento, fundamental seria que agências reguladoras independentes fossem criadas, assim como órgãos administrativos fossem devidamente capacitados e estruturados.

Os Procons deveriam ser reestruturados e melhor amparados, a fim de funcionarem, de fato, como órgãos de proteção e informação ao consumidor. Tribunais Administrativos independentes dariam mais eficiência ao novo Direito Administrativo Sancionador.

No que concerne às agências reguladoras, cabe a elas maior atenção, pois, a nosso ver, elas desempenhariam papel fundamental na nova estrutura do Direito Administrativo Sancionador.

Nesta nova estrutura do Direito Administrativo Sancionador, elas devem apresentar determinadas características que permitirão o seu pleno desenvolver.

O Estado, devido às mudanças nos panoramas sociais, passou a procurar formas mais adequadas de regulação de sua atuação. Seus órgãos reguladores tiveram que se ajustar, cada vez mais, à maior especialização funcional e capacitação técnica, que se fazem imperativas à luz da complexização, da internacionalização e da segmentação que marcam os tempos de hoje.²¹⁶

²¹⁵ Este assunto será melhor tratado no Capítulo III.

²¹⁶ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *A nova regulação estatal e as agências independentes*. Direito Administrativo Econômico. Malheiros Editores, São Paulo, 2006, p. 84.

As agências reguladoras representam uma inovação na maneira de intervir do Estado. Os instrumentos jurídicos aptos à nova regulação estatal são entes administrativos dotados de autonomia e independência, e assumem a função de regular um dado segmento da atividade econômica ou um dado conjunto de interesses metaindividuais. São dotados de grande especialidade, pois se prestam a atuar num subsistema jurídico (conjunto de regras, normas, princípios, finalidades e pressupostos adstritos a uma dado setor da vida humana).²¹⁷

O traço central destes órgãos reguladores é a independência. Um dos principais elementos desta independência são os mecanismos de impedimento do recrutamento, pelos regulados, de quadros dirigentes do órgão regulador, a chamada quarentena. O agente regulador não pode passar a ocupar posição de relevo no regulado, pois isso colocaria em risco a independência do órgão.²¹⁸

Isto porque o regulador leva consigo um cabedal de informações, que fazem desaparecer a necessária fronteira que deve existir entre os interesses e, além disso, a sociedade tende a perder a confiança no regulador e a pressupor que toda atividade regulatória se desenvolve em execrável promiscuidade.²¹⁹

Para MARQUES NETO, a melhor forma de efetivar estes mecanismos é estabelecer a proibição de que o dirigente ou detentor de cargo relevante no órgão regulador represente qualquer interesse na regulada por, no mínimo, 12 meses após deixar o seu cargo. Neste período, é dever do Estado pagar pelo seu sustento o equivalente àquilo que recebia quando estava no cargo.²²⁰

Em que pese haver afirmações de que isso seria pagamento de salário sem haver a contrapartida, parece-nos correto, conforme ensina MARQUES NETO, afirmar que a

²¹⁷ Idem Op. Cit.

²¹⁸ Idem Op. Cit., p. 85.

²¹⁹ Idem Op. Cit.

²²⁰ Idem Op. Cit, p 85-86, nota de rodapé n. 37.

natureza destes pagamentos é, na realidade, indenizatória, voltada a reparar a restrição ao direito de o indivíduo trabalhar.²²¹

A independência só pode ser exercida efetivamente se houver uma delimitação clara do objeto da agência, de forma a bem determinar sua competência.²²²

Os critérios e as formas de escolha dos dirigentes das agências é questão importante a ser analisada. No direito positivo, há previsão de dirigentes escolhidos por decisão individual do chefe do Poder Executivo, bem como por decisões conjuntas do Poder Executivo e do Poder Legislativo. Em ambas as situações, há uma legitimação democrática indireta, todavia, nos parece mais adequado optar pela segunda forma de escolha, pois a necessidade de chancela do Poder Legislativo torna menos subjetiva e mais neutra a escolha – cenário que se mostra conforme a neutralidade e a tecnicidade que são necessárias a uma agência reguladora.²²³

Outro ponto de análise que merece ser ressaltado é que o órgão regulador não pode se tornar num simples depositário dos interesses do consumidor, ignorando as outras dimensões da atividade regulatória. Se assim o fizer, estará se esquecendo da proteção do indivíduo que não pode usufruir do serviço – o denominado consumidor em potencial – para atender apenas o interesse do usuário, em regra, mais aquinhado. Além do que, poderá haver prejuízos ao Poder Público e, conseqüentemente, para a coletividade.²²⁴

²²¹ Idem Op. Cit. A propósito, cabe lembrar que, inserida neste assunto, há a solução oferecida pela Lei federal nº 9.427, de 1996, que determina que os agentes da ANEEL, após deixarem o cargo, permanecerão por um ano prestando serviços para a agência, sendo-lhes proibido trabalhar para os regulados. Ou seja, o dirigente permanece vinculado ao órgão, tendo acesso às informações sobre suas atividades e participando da atividade regulatória. Desta forma, não nos parece solução adequada esta proposta, tendo em vista que a quarentena de nada adiantará, neste caso.

²²² MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo, ARANTES FERNANDES, Luís Justiniano de. *As agências reguladoras no direito positivo brasileiro* in CARDOZO, José Eduardo Martins, QUEIROZ, José Eduardo Lopes, SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (org). *Curso de Direito Administrativo Econômico*, v. III, Malheiros Editores, São Paulo, 2006, p. 299.

²²³ Idem Op. Cit., p. 300.

²²⁴ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *A nova regulação estatal e as agências independentes*. *Direito Administrativo Econômico*. Malheiros Editores, São Paulo, 2006, p. 86-87.

Elemento essencial para a determinação da independência da agência reguladora é que ela exista frente às vicissitudes do poder político.

É certo que será na esfera governamental que serão definidas pautas e balizas da atividade regulatória. Porém, após a definição destes parâmetros de atuação, as agências devem desenvolver sua atividade com um grau elevado de independência em face do poder político, sob pena de se transformarem em *longa manus* do núcleo estratégico do Estado.²²⁵

Obviamente, não se pretende que todos os resquícios de viés político sejam exterminados da atuação das agências reguladoras, pois isso seria impossível, haja vista que a nova regulação é uma forma de implementação de uma política pública num determinado setor. Porém, não pode se transformar em instrumento do jogo político em particular.²²⁶

Ou seja, a independência das agências as torna menos atreladas ao curso dos interesses políticos, notadamente com relação às variáveis eleitorais.

Ela se concretizará com a implementação de alguns instrumentos essenciais, quais sejam, a estabilidade dos dirigentes, a autonomia de gestão do órgão, o estabelecimento de fontes próprias de recursos para o órgão, se possível, geradas do próprio exercício da atividade regulatória, a não vinculação hierárquica a qualquer instância de governo e a inexistência de instância revisora hierárquica dos seus atos, ressalvada a revisão judicial.²²⁷

Relevante se faz também afirmar que não nos parece adequado impor às agências o mecanismo do contrato de gestão, pois isso mina sua independência e a autonomia. Agências reguladoras não se equiparam às empresas públicas, pois seus objetivos não são resultados econômicos e suas metas não devem estar previstas em contratos, pois,

²²⁵ Idem Op. Cit, p. 87.

²²⁶ Idem Op. Cit, p. 87.

²²⁷ Idem Op. Cit, p. 88.

como correspondem à própria política pública para o setor, devem vir descritas na lei ou nos instrumentos normativos indicados por ela.²²⁸

Também não é adequado atrelar a atividade dos dirigentes da agência a metas que, se cumpridas, acarretam no recebimento de bônus e, se não cumpridas, podem culminar na perda do cargo. Afinal, a estabilidade dos agentes é elemento essencial de sua autonomia, devendo ser afastados somente se houver desvio de conduta ou improbidade, ou se a agência não estiver cumprindo com sua política pública prevista em lei.²²⁹

Isto porque tais dirigentes devem ter mandato fixo e garantia contra demissão imotivada ou o atrelamento da exoneração à fixação de requisitos especiais. Para que exista a garantia de independência do órgão, são essenciais tais requisitos, pois, a ausência gera a possibilidade de substituição dos dirigentes das agências a qualquer tempo, ao bel prazer do Poder Executivo.²³⁰

Além disso, a composição colegiada dos órgãos dirigentes máximos das agências reguladoras faz com que elas reflitam uma visão pluralista sobre o setor regulado, o que a torna mais aberta a discussões e menos propensa a atitudes arbitrárias. Para reforçar a pluralidade, deve ocorrer também a periódica e parcial renovação dos dirigentes.²³¹

Quanto ao modo de atuação, as agências reguladoras devem se pautar pelos pressupostos da procedimentalidade, da participação, da transparência e da especialidade.

A procedimentalidade refere-se à adoção de regras de procedimento administrativo claras e preferencialmente codificadas. A utilização de regras claras para o exercício da

²²⁸ Idem Op. Cit, p. 88.

²²⁹ Idem Op. Cit, p. 88.

²³⁰ Características estas muito mais próximas das antigas autarquias do que das novas agências reguladoras. MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo, ARANTES FERNANDES, Luís Justiniano de. *As agências reguladoras no direito positivo brasileiro* in CARDOZO, José Eduardo Martins, QUEIROZ, José Eduardo Lopes, SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (org). *Curso de Direito Administrativo Econômico*, v. III, Malheiros Editores, São Paulo, 2006, p. 300.

²³¹ Idem Op. Cit, p. 301.

atividade de regulação é essencial para conferir certeza jurídica aos destinatários e para assegurar à sociedade mecanismos e formas de se controlar a atividade regulatória.²³²

No que concerne à participação, todos os interesses envolvidos na atividade da agência reguladora devem participar dela. Deve haver a criação de instrumentos que obriguem a consulta e a participação dos sujeitos envolvidos no processo de regulação, tais como consultas públicas, audiências abertas, foros setoriais, que acabam por romper com o poder unilateral do Estado. Desse modo, não restaria espaço para ser alegada a suposta deficiência democrática das agências.²³³

A transparência surge como consequência da procedimentalidade e da participação. Toda a dinâmica exposta acima deve se dar de forma transparente, clara, explícita. Ao manejo e articulação de todos os interesses envolvidos na atividade regulatória devem ser integrados modos de se dar publicidade, sejam oficiais – Imprensa Oficial – ou não oficiais – internet, por exemplo.²³⁴

Nas agências reguladoras, faz-se necessário maior grau de transparência nos processos decisórios, pois, tendo em vista o caráter técnico de suas decisões, torna-se mais difícil que os instrumentos tradicionais de controle dêem conta de fazê-lo apenas analisando a decisão final. Além do que, há discricionariedade técnica nas decisões das agências, o que culmina por restringir o campo de incidência de mecanismos como o controle judicial ou como a retirada de vigência dos atos normativos que excedam a competência regulamentar de que dispõe o Poder Legislativo por força do art. 49, V, da Constituição Federal.²³⁵

²³² MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *A nova regulação estatal e as agências independentes*. Direito Administrativo Econômico. Malheiros Editores, São Paulo, 2006, p. 96.

²³³ Idem Op. Cit.

²³⁴ Idem Op. Cit.

²³⁵ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo, ARANTES FERNANDES, Luís Justiniano de. *As agências reguladoras no direito positivo brasileiro* in CARDOZO, José Eduardo Martins, QUEIROZ, José Eduardo Lopes, SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (org). *Curso de Direito Administrativo Econômico*, v. III, Malheiros Editores, São Paulo, 2006, p. 306-307.

MARQUES NETO ensina de forma clara que “a ampla possibilidade de acompanhamento do procedimento decisório e a existência de mecanismos que imponham ao regulador o dever de “traduzir” suas decisões técnicas frente ao regulado e à sociedade civil são instrumentos importantes para legitimação das decisões desse órgão, que, por natureza, está sujeito a situações em que pode vir a se colocar em potencial confronto com o Poder Executivo, que, dada a independência das agências, não tem a possibilidade de forjá-las à sua imagem e ao seu alvedrio.”²³⁶

Com relação à especialidade, tem-se que o órgão regulador deve ter o domínio de elementos específicos do setor a ser regulado, bem como dos conhecimentos técnicos e dos pressupostos jurídicos e econômicos a ele aplicáveis.²³⁷

Devem ser postos à disposição da agência os instrumentos aptos para que ela exerça de forma efetiva a atividade regulatória, de modo a fazer frente aos inúmeros interesses regulados. É necessário que haja clareza quanto ao modo pelo qual se efetivarão suas relações junto ao cidadão e ao regulado.²³⁸

Outra questão que deve ser abordada é a relacionada aos mecanismos de controle da atividade regulatória. Conforme leciona MARQUES NETO, dois campos de controle devem ser conjugados.

O primeiro controle, denominado controle de gestão, diz respeito à fiscalização da aplicação dos recursos das agências e ao respeito às regras de Direito Público a que se submetem. Este controle pode e deve ser exercido pelos instrumentos já existentes, quais

²³⁶ Idem Op. Cit.

²³⁷ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *A nova regulação estatal e as agências independentes*. Direito Administrativo Econômico. Malheiros Editores, São Paulo, 2006, p. 96-97.

²³⁸ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo, ARANTES FERNANDES, Luís Justiniano de. *As agências reguladoras no direito positivo brasileiro* in CARDOZO, José Eduardo Martins, QUEIROZ, José Eduardo Lopes, SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (org). *Curso de Direito Administrativo Econômico*, v. III, Malheiros Editores, São Paulo, 2006, p. 304.

sejam, Tribunais de Contas, Ministério Público, órgãos da controladoria governamental, dentre outros.²³⁹

Porém, há que se ter a devida atenção, já que estes órgãos devem analisar as contas e os procedimentos das agências reguladoras conforme seus pressupostos caracterizadores, e não com base nas antigas categorias e naquilo que sempre fiscalizou.²⁴⁰

Já o segundo controle, denominado controle da atividade-fim das agências reguladoras, consubstancia-se no controle da própria atividade regulatória e é mais complexo. Ele deve ser triplo: o controle do cumprimento da função de implementar os objetivos e metas da política pública para o setor deve ser feito pelo Poder Executivo, pelo Poder Legislativo e por instâncias da sociedade criadas para isso, como, por exemplo, conselhos de usuários, conselhos consultivos, organizações sociais. Este controle deve ser permanente, durante todo o curso da atividade regulatória.²⁴¹

Cabe salientar que o controle é complementado pela submissão de todos os atos das agências ao controle judicial, pois, apesar de não se enquadrarem tão facilmente na estrutura clássica da Administração Pública, fato é que a atividade regulatória é atividade típica do Poder Público, submetendo-se, portanto, aos princípios e pressupostos gerais do Direito Público – situação que culmina por subordinar a atividade regulatória ao controle judicial até mesmo como uma garantia do Estado Democrático de Direito.²⁴²

Obviamente, isso traz novos desafios ao Poder Judiciário, que também deverá adaptar-se para lidar corretamente com esta nova forma de controle que terá de fazer.

O Direito Administrativo Sancionador deve perseguir a efetiva capacidade de regulação por meio da capacitação técnica dos órgãos administrativos, tais como o

²³⁹ Esta é a idéia de MARQUES NETO, com a qual concordamos, em MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *A nova regulação estatal e as agências independentes*. Direito Administrativo Econômico. Malheiros Editores, São Paulo, 2006, p.97.

²⁴⁰ A advertência feita parece bastante pertinente, notadamente tendo em vista uma nova estrutura de Direito Administrativo Sancionador que se pretende implementar.

²⁴¹ *Idem Op. Cit.*, p.97.

²⁴² *Idem Op. Cit.* p. 98.

Procon, as secretarias de direito de defesa do consumidor e órgãos privados de tutela à relação de consumo, pois, por meio dela, órgãos administrativos consumeristas restarão legitimados e poderão aplicar sanções punitivas efetivas, e não meramente disciplinares.²⁴³

Cabe ressaltar que, dentre todas as características que deve apresentar a fortalecida via administrativa sancionadora, a mais importante delas é, de fato, a independência. Há a necessidade de tal instrumento de atuação ser independente, em muitos âmbitos, não somente com relação aos seus órgãos, como exposto acima.

Primeiramente, relevante se mostra a independência orgânica, pois é certo que sem ela, jamais se alcançará a eficiência administrativa. Duas características se mostram fundamentais para sua configuração: a ausência de controle hierárquico por outro órgão e a estabilidade de seus dirigentes. Tais dirigentes seriam dotados de investidura e de inamovibilidade, sendo que suas garantias deveriam ser similares as que possuem os juízes.

Os dirigentes exerceriam seus cargos com estabilidade, porém, não haveria necessidade de se prever a vitaliciedade, tendo em vista a necessidade de maior dinamismo desta nova estrutura de atuação.

Sempre com vistas a garantir a independência funcional em sua atuação, restando os dirigentes isentos de qualquer pressão externa ou interesses políticos ao tomar suas decisões.²⁴⁴

Relevantíssima se mostra esta garantia, pois, no âmbito do consumidor, há muito capital e interesses envolvidos, principalmente, quando a lide envolve grandes fornecedores, detentores de enormes parcelas do mercado. Desta forma, para que a via administrativa não fique à mercê de sabores e dissabores políticos e financeiros, essencial se mostra esta característica.

²⁴³ FERRARI, Eduardo Reale. *Direito Penal do Consumidor e a tutela de bens jurídicos supraindividuais: uma análise constitucional* in *Direito Penal Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Professor José Cerezo Mir*, Revista dos Tribunais, 2007, p.290.

²⁴⁴ Como já salientado anteriormente na explicação sobre as agências reguladoras.

Além da independência orgânica, basilar a independência administrativa. Esta restaria caracterizada pela autonomia da gestão do órgão competente, bem como por sua autonomia financeira.

Ideal seria o órgão administrativo ter orçamento próprio, pois tal elemento acaba por conferir maior independência em muitos viéses, já que não somente garante que, administrativamente, o órgão regule a si mesmo, como também, por via de consequência, permite que a independência orgânica se desenvolva mais facilmente. A autonomia financeira também não permite que toda esta estrutura administrativa se torne, em algum momento, refém do Executivo.

Exemplo disso é a Alemanha, país no qual o dinheiro pago pelas indenizações na área consumerista é direcionado para tais órgãos, conferindo-lhes a autonomia financeira.

Também é interessante observar que a independência administrativa se relaciona diretamente com o modo com que se estrutura o regime de pessoal. Este deveria ter todas as garantias para uma atuação livre e independente.

Para isso, certas características deveriam existir tais como, a estabilidade de vencimentos, a configuração de mandatos definidos e a possibilidade de reconduções, bem como a existência de cargos de confiança e a análise da produtividade do indivíduo que ingressa na carreira, tomando por base o desenvolvimento de seu trabalho ao longo do tempo. Observa-se que, atualmente, é tendência mundial a bonificação por produtividade, além do recebimento do próprio salário.

A quarentena também deveria existir, não somente nas agências reguladoras, de modo a se preservar a idoneidade da atividade exercida tanto pelo órgão, bem como do próprio indivíduo que trabalhou nele.

Hoje em dia, não existe quarentena efetiva. O antigo funcionário deve ficar impedido de exercer a atividade, porém, deve receber quantia em dinheiro equivalente ao salário que recebia, durante este período. Ao se fazer isso, depois de certa passagem de

tempo, ele não mais terá informações atualizadas sobre as atividades do órgão respectivo.

Como é de se notar, a independência, em todas as suas formas, é característica que deve se encontrar incrustada na estrutura do Direito Administrativo Sancionador, com o objetivo de se garantir o máximo de sua eficiência prática.²⁴⁵

Além da reformulação estrutural da via administrativa, também é importante deixar claras as garantias que o Direito Administrativo Sancionador Consumerista deve possuir.

Indiscutível a afirmação de que deve haver o respeito pelas normas constitucionais. Também princípios penais constitucionais tais como legalidade, irretroatividade maléfica, proporcionalidade, impessoalidade sancionatória devem ser observados. Juntamente a isso, a observância da independência estrutural e funcional dos órgãos administrativos julgadores e a investidura imparcial do órgão julgador devem existir.²⁴⁶

A legalidade deve ser respeitada em todas as infrações e penas administrativas, tendo em vista o caráter limitativos das normas administrativas repressivas.²⁴⁷

É certo que o órgão julgador deve observar o devido processo legal no processo administrativo, bem como a ampla defesa e o contraditório, e também deve motivar as sanções impostas, por força constitucional, e impô-las de forma proporcional, limitada e sem discriminação. Tais decisões devem ser recorríveis.²⁴⁸

²⁴⁵ Esta explicação acerca da independência do Direito Administrativo Sancionador foi ensinada pelo Prof. Eduardo Reale Ferrari, em 13 de abril de 2009, em aula aos alunos de graduação, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

²⁴⁶ FERRARI, Eduardo Reale. *Direito Penal do Consumidor e a tutela de bens jurídicos supraindividuais: uma análise constitucional* in *Direito Penal Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Professor José Cerezo Mir*, Revista dos Tribunais, 2007, p.290

²⁴⁷ Este é o entendimento da Jurisprudência conforme REALE JÚNIOR, Miguel. *Despenalização no Direito Penal Econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa*, Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 7, n.28, out/dez. 1999, p.126.

²⁴⁸ *Idem Op. Cit.*

Se dotado de todas estas características, o julgamento administrativo consumerista estará em conformidade com o Estado Democrático e Material de Direito, bem como com as diretrizes constitucionais.

Após o exposto, conclui-se que, se se alcançar tal estrutura da via administrativa sancionadora brasileira, esta estará plenamente apta a ser o principal instrumento para a proteção dos direitos do consumidor e das relações de consumo, situação que demandaria a descriminalização de inúmeras condutas que, hoje, são tidas como ilícitos penais e sua conseqüente administrativização, com o fim de deixar a cargo da via penal apenas restritíssimas condutas que atentam a bens jurídicos consumeristas essenciais para a vida social.²⁴⁹

Todavia, como qualquer nova ideia que surge, a que se refere à reestruturação do Direito Administrativo Sancionador sofre duras críticas, que merecem ser explanadas nesta oportunidade.

Nos parece que ninguém nega que, na atualidade, o Direito Penal vem sendo utilizado de forma desastrosa e sendo sobrecarregado de fardos impossíveis de serem suportados. A configuração deste novo perfil se deve ao fato de que há a crença equivocada de que a via penal se mostra como o único instrumento viável de combate aos conflitos sociais e de atendimento às novas demandas que brotam no mundo globalizado.

Este entendimento e percepção é uníssono entre os estudiosos do Direito Penal, afinal, é de fácil constatação de que, na sociedade atual, dita “de risco”, novos problemas surgem e, juntamente com eles, aparecem também novas demandas que ameaçam a ordem social. Mais notório ainda é a exagerada utilização do Direito Penal para sanar estes conflitos.

As críticas feitas se dirigem à proposta de criação e utilização de um Direito de Intervenção (*Interventionsrecht*) para, justamente, tutelar estes “novos direitos” contemporâneos. É de se notar que elas possuem duplo viés. Vejamos.

²⁴⁹ Idem Op. Cit.

Primeiramente, há a crítica de que lançar mão do Direito Penal apenas para a tutela de bens jurídicos individuais, deixando a cargo do Direito Administrativo os demais, não seria razoável. Tomar esta providência seria como que ferir o princípio da subsidiariedade, eis que se deixaria à via administrativa as infrações que mais colocam em risco a estrutura da sociedade, o que culminaria por puni-las com penas mais brandas e insuficientes.²⁵⁰

Porém, tais constatações partem de pressupostos equivocados. O que se levaria em conta para a aplicação do Direito Penal para a proteção de determinado bem jurídico não seria sua classificação em individual ou coletivo, mas sim, sua dignidade penal, bem como a carência de proteção penal.

Desta forma, e tomando por base o critério material antropocêntrico de bem jurídico, pouco importa se o bem jurídico é individual ou coletivo, pode ocorrer sua proteção tanto pelo Direito Penal, quanto pelo Direito Administrativo Sancionador, a se considerar a aplicação do Princípio da Proporcionalidade no caso concreto.

Além disso, cabe ressaltar que não necessariamente o Direito Administrativo Sancionador terá penas mais brandas e insuficientes para a punição de seus agentes. Na via administrativa reestruturada, proposta no presente trabalho, as penalidades a serem aplicadas serão mais razoáveis e adequadas à modalidade de infração, o que culmina por fazer com que elas possuam maior eficiência pragmática.

No mais, a Administração Pública, se assim entender, pode agir de forma mais rigorosa que a via penal.

O grande problema, neste sentido, é que, culturalmente no Brasil, tem-se a noção de que somente a pena privativa de liberdade é rigorosa o bastante para afetar a vida do agente que comete a infração.

²⁵⁰ SANTOS, Admaldo Cesário dos. *Direito de Intervenção e Sociedade de Risco*. Boletim do IBCCRIM, São Paulo, mar.2011, p. 6.

O conceito de que a via administrativa é ineficiente encontra-se arraigado nesta crítica, pois toma como parâmetro o Direito Administrativo que se tem hoje. Entretanto, não é este modelo que deve ser aplicado, mas sim, um novo, reformulado e fortalecido.

Neste sentido, é de se observar que, de nossa parte, a primeira crítica não procede.

A segunda crítica se refere às influências políticas e econômicas que sofreria a via administrativa que, por isso, não ofereceria qualquer segurança jurídica na proteção de bens jurídicos fundamentais à sociedade.²⁵¹

Porém, no modelo de Direito Administrativo Sancionador proposto, como visto anteriormente no presente trabalho, a independência em todos os âmbitos de atuação, principalmente em relação ao Executivo, é característica basilar. Desta forma, não haveria espaço para influências políticas ou econômicas em suas decisões.

Novamente, está-se pensando no modelo de Direito Administrativo que se tem hoje, no Brasil. Este, realmente, do modo que se encontra estruturado, não conseguiria alcançar as finalidades sugeridas pela atuação da Terceira Via na tutela de direitos do consumidor.

Nesta senda, nos parece que a segunda crítica estaria equivocada também.

GRACIA MARTÍN, por sua vez, também tece críticas ao modelo de atuação proposto por HASSEMER e seus seguidores.

A princípio, o estudioso afirma a necessidade de haver a modernização do Direito Penal, sem ocorrer, no entanto, uma renúncia aos princípios do Estado de Direito. Para ele, tais princípios deveriam ser modernizados também.²⁵²

²⁵¹ SANTOS, Admaldo Cesário dos. *Direito de Intervenção e Sociedade de Risco*. Boletim do IBCCRIM, São Paulo, mar.2011, p. 6.

²⁵² GRACIA MARTIN, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistència*. Valencia. Tirant lo Blanch, 2003, p.17.

GRACIA MARTÍN chega a algumas conclusões, necessárias para o entendimento do desenvolver de seu raciocínio, contrário ao denominado “Direito de Intervenção”. Primeiramente, afirma que o Direito Penal dito “tradicional” deve ser superado, já que corresponderia unicamente à proteção dos interesses de uma determinada classe social, e que isto só pôde ser dessa forma em momentos históricos em que as classes contra as quais se dirigia aquele Direito Penal estavam materialmente excluídas da sociedade.²⁵³

A segunda conclusão indica que o momento atual aponta para a necessidade de se construir um novo direito penal, tendo em vista que seu conteúdo deve voltar-se, precipuamente, aos comportamentos criminais da classe poderosa e para a defesa das demais classes sociais frente à nova criminalidade.²⁵⁴

Em seu entender, o discurso da modernização deve ser guiado pelas grandes questões que se colocam contemporaneamente, quais sejam, como se devem definir os novos objetos da criminalidade, fundamentalmente, os bens jurídicos a serem protegidos, e quais devem ser os enunciados de criminalidade sobre os mesmos.²⁵⁵

No entanto, embora suscite tais questionamentos, o autor não os responde.

A par disto, críticas ferrenhas são lançadas por ele aos estudiosos do Direito Penal que se mostram contrários ao expansionismo penal e que, frente a este cenário, propõem novos mecanismos de atuação social.

Assim o faz contra a denominada Escola de Frankfurt, na Alemanha, bem como contra Silva Sánchez, na Espanha. A propósito, para ele, ambos os posicionamentos são substancialmente iguais.²⁵⁶

MARTÍN entende que a posição adotada por estes penalistas se mostra como um verdadeiro discurso de resistência, contrário à modernização do Direito Penal. E, para

²⁵³ Idem Op. Cit. p.217.

²⁵⁴ Idem Op. Cit.

²⁵⁵ Idem Op. Cit. p. 218.

²⁵⁶ Idem Op. Cit. p. 152-154.

ele, tal entendimento deve ser rechaçado devido a muitos motivos, mas, sobretudo, porque é insustentável e inaceitável frente à perspectiva histórico-material das exigências éticas e políticas de nosso tempo.²⁵⁷

Todavia, não obstante a reconhecida inteligência e capacidade de argumentação do referido penalista, a nosso ver, salvo melhor juízo, algumas considerações merecem maior atenção.

Ao nosso sentir, GRACIA MARTÍN acaba por generalizar todos aqueles que se mostram contrários ao expansionismo penal, já que esta postura significaria uma resistência ao novo, ao dito “direito penal moderno”. Todos aqueles que se opõem a este novo direito penal adotariam, a seu ver, um discurso de resistência.

Porém, há que se pensar de forma mais ponderada, para não haver interpretações equivocadas.

Não é porque não se é a favor do expansionismo penal, patente nos dias de hoje, que não se preza pela modernização do direito penal, e, muito menos, pela readequação da via penal às novas exigências sociais da chamada “sociedade de riscos”. Não concordar com o expansionismo penal irracional não significa optar pela estagnação do instrumento.

Muito pelo contrário. É justamente por ser totalmente a favor da modernização da via penal, que há o posicionamento contrário ao seu expansionismo desenfreado, bem como se é plenamente a favor de uma nova configuração de atuação social.

É por se reconhecer que a sociedade se alterou e que, por isso, pede novas formas de atuações, que se pensa numa nova forma de agir eficiente para sanar os “novos riscos”.

Neste sentido, GRACIA MARTÍN mostra-se um tanto equivocado, ao partir do pressuposto de que, se não está a favor das recentes alterações do direito penal, não se está a favor de sua modernização. A proposta de aplicação da Terceira Via ao Direito

²⁵⁷ Idem Op. Cit. p. 37-38.

Penal do Consumidor está a favor da modernização da via penal, no entanto, preza pela racionalidade na utilização do instrumento, bem como pela preservação de princípios penais basilares.

Modernizar o instrumento penal de atuação é importante, já que as regras de atuação social devem estar em conformidade com as alterações sociais e com suas novas necessidades. Mas, modernizar o Direito Penal não se traduz em desestruturá-lo e em alterar seus princípios básicos, definitivamente.

Cabe lembrar que SILVA SANCHÉZ também teceu críticas às ideias de HASSEMER, de forma a diferenciar a estrutura alemã proposta de seu direito penal de segunda velocidade.

Segundo o autor espanhol, sua proposta traz algumas vantagens em relação ao Direito de Intervenção alemão. Frente ao direito civil compensatório, o direito penal de segunda velocidade apresentaria um caráter sancionatório, que faltaria naquele e, frente ao direito administrativo sancionador, traria uma maior neutralidade política, que tornaria mais difícil a utilização de técnicas de neutralização.²⁵⁸

Neste sentido, seria um instrumento que proporcionaria satisfação à demanda social de resposta penal aos novos problemas e, ao manter o significado penal de seus injustos e trazer consigo a característica da judicialização, seria também adequado para satisfazer o significado simbólico-comunicativo que possui a intervenção penal.²⁵⁹

SILVA adverte que sua proposta pode acabar exposta à objeção de que ela traria um direito penal de classes, tal como tem sido dito sobre as outras propostas tidas como contrárias à modernização do Direito Penal. Não obstante, considera infundada tal afirmação pois, em sua opinião, não se trata de distinguir levando-se em conta os sujeitos, mas sim, segundo ações e suas consequências jurídicas.²⁶⁰

²⁵⁸ Idem Op Cit. p. 154-155.

²⁵⁹ Idem Op. Cit

²⁶⁰ Idem Op. Cit.

Pois bem. Nos parece correta a afirmação de que deve-se levar em conta a ação ou omissão dos sujeitos, e não suas características enquanto agentes. Afinal, o direito penal, num estado de direito, deve ser do fato e não do autor.

Entretanto, as vantagens analisadas por SILVA SANCHÉZ de seu direito penal de segunda velocidade em relação à proposta alemã talvez não se apresentem da forma exposta. Isto pois a Terceira Via, tomada como uma alternativa ao expansionismo penal, teria um caráter sancionatório forte, eis que a reformulação do Direito Administrativo Sancionador o fortaleceria, bem como a utilização residual da via penal traria maior efetividade a suas atuações. Desse modo, não procede a primeira afirmação.

Além disso, nos parece equivocado afirmar que o Direito Administrativo Sancionador não se caracterizaria por sua neutralidade política. Muito pelo contrário. Segundo a proposta apresentada, a independência, em muitas perspectivas, deve ser a maior das características desta via de atuação, o que garantiria sua neutralidade política em relação, notadamente, ao Executivo.

De modo geral, pode-se perceber que as críticas voltadas à proposta de implementação e reestruturação do Direito Administrativo Sancionador são de cunho muito mais ideológico do que dogmático, na realidade.

Neste contexto apresentado, não obstante as críticas formuladas no seio doutrinário e acadêmico, é de se pensar arduamente na formulação deste Direito Administrativo Sancionador no ordenamento jurídico brasileiro, que atue de forma conjunta com a via penal, a fim de que haja uma alternativa sancionatória eficiente para a proteção dos direitos consumeristas.

2) A necessidade do fortalecimento das vias informais de controle para a efetiva proteção do consumidor.

Como medida de primeira necessidade, com o fim de se tutelar efetivamente os direitos do consumidor, aparece o incremento e a utilização das vias informais de controle.

De nada adiantaria alterar a estrutura administrativa e dotá-la de independência, se não fosse devidamente preparado um campo de atuação que não se utiliza somente de aparatos de natureza jurídica, mas que também atua “extramuros”, num outro nível de intervenção.

Há de se notar que a sociedade brasileira não está preparada para o consumo, tendo em vista que lhe falta, além de todo o instrumento jurídico para sua defesa, entendimento de sua situação e consciência dos direitos que lhe cabem. Se não se sabe nem mesmo o que exigir, com mais razão não se sabe como exigir.

Assim, o primeiro enfoque deve ser a educação do consumidor para o consumo, já que, atualmente, é comum se observar o modo como muitas formas de publicidade interferem prejudicialmente na vida consumerista, bem como a falta de conhecimento do consumidor com relação aos seus direitos.

Há de ser implementada política pública, mediante esforço dos meios de comunicação midiáticos, com o fim de cientificar a população consumidora dos mecanismos dos quais dispõe para exercer tais direitos.

Não há dúvidas de que a educação para o consumo se mostra como a principal e primeira ferramenta para se evitar, logo de início, qualquer abuso aos direitos consumeristas.

Cabe ressaltar que diretivas provenientes da União Européia já apontam insistentemente para tal necessidade, haja vista reconhecerem a importância da educação para consumir, que aparece em primeiro plano quando se pensa na proteção do consumidor.²⁶¹

²⁶¹ Informação obtida na aula lecionada pelo professor português Mário Frota, membro da Associação Portuguesa do Direito de Consumo, em 19 de agosto de 2009, na disciplina O Direito do Consumidor na Sociedade de Risco, presidida pela Prof. Teresa Ancona Lopez e pela Prof. Patrícia Faga Iglecias Lemos, na Pós Graduação da Universidade de São Paulo.

Além disso, o direito à informação é princípio basilar, que estrutura, juntamente com outros, a alma do Código de Defesa do Consumidor. Com fulcro neste direito, surge a necessidade de se formar Conselhos de Tutela ao Consumidor, com a finalidade de informar, ajudar e aconselhar o consumidor a exercer o consumo consciente.

É de se notar que, nos dias de hoje, faltam meios de se obter informações acerca de direitos consumeristas. Procons não possuem estrutura, nem pessoal suficiente para tanto e, há de se convir que apenas a presença de um Código de Defesa do Consumidor em estabelecimentos comerciais de nada ajuda no esclarecimento de tais dúvidas.

Também o fortalecimento de medidas preventivas no interesse econômico dos consumidores é primordial, já que sempre se deve primar por se evitar o dano ou lesão ao invés de reprimir ou punir a conduta que o gerou.

É sabido que, no âmbito dos bens jurídicos supraindividuais, o Direito tem que se organizar preventivamente – faz-se essencial a prevenção, pois a repressão, provavelmente, não surtirá os efeitos almejados, nem restituirá a situação à condição anterior. Assim, fundamental se faz a aplicação do princípio da precaução e, também, do princípio da prevenção.

Até mesmo porque existem situações impossíveis de serem ressarcidas por completo, tais como o tempo perdido pelo consumidor ao telefone ou indo atrás de algum órgão que o auxilie e a irritação sofrida com a negação imotivada de um direito que ele sabe que possui, e, justamente por isso, devem ser evitadas, o tanto quanto for possível.

Neste contexto, incluem-se também o aprimoramento dos meios de segurança nas atividades de consumo e a disposição de meios mais eficientes de compensação, à disposição do consumidor.

Nos dias atuais, um dos elementos que quase não está presente na sociedade de consumo é uma correta e eficiente representatividade dos interesses coletivos dos consumidores.

Tal fator se mostra extremamente importante, pois, muitas vezes, o simples fato de alguém, que conheça os direitos consumeristas e que esteja ciente de como se dá tal proteção, representar adequadamente o consumidor, estabelecendo uma conversa com o fornecedor, pode resolver o problema em questão, o que culmina por facilitar a vida do consumidor, evitando, até mesmo e naquilo que for possível, que este acione o Direito Administrativo Sancionador.

Cabe lembrar que já existem instrumentos que podem ser utilizados nestas situações, tal como a possibilidade de se firmar um litisconsórcio ativo entre órgãos existentes, tal como o Procon juntamente com o Idec. No entanto, a falta de conhecimento acerca destas prerrogativas impede que tais providências facilitadoras sejam tomadas.

Com tal postura e atuação, conseqüentemente, haverá o maior aprimoramento dos meios de satisfação do consumidor.²⁶²

Exemplo recente desta atuação das vias informais de controle no âmbito consumerista é a campanha do Idec denominada “Toda quinta é dia de pressão na Anatel”, iniciada em 13 de outubro de 2011. A Anatel é a agência que regula as telecomunicações.²⁶³

Por meio do site da associação, os consumidores poderão enviar mensagens aos representantes do Conselho, que se reúnem todas as quintas e, em breve, votarão resolução sobre a qualidade da internet.²⁶⁴

Entre as reivindicações propostas pelo Idec estão novas regras de qualidade de atendimento ao consumidor, com prazos máximos para reparo, instalação, resolução de reclamações, definição de variação máxima permitida da velocidade, abatimento

²⁶² Estes mecanismos de atuação das vias informais de controle foram retiradas de FERRARI, Eduardo Reale. *Direito Penal do Consumidor e a tutela de bens jurídicos supraindividuais: uma análise constitucional* in *Direito Penal Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Professor José Cerezo Mir*, Revista dos Tribunais, 2007, p.290

²⁶³ Nota publicada no jornal Folha de São Paulo, em 13 de outubro de 2011, p. E2.

²⁶⁴ *Idem Op. Cit.*

proporcional à velocidade não entregue e ferramenta certificada para o consumidor medir a qualidade de sua conexão.²⁶⁵

Esta ação demonstra a capacidade de órgãos situados “extramuros” do Direito atuarem de forma a protegerem o consumidor, por meio de via não formais de controle e atuação.

Neste sentido, primeiramente, atuam as vias informais de controle, criando todo um arcabouço de proteção ao consumidor, com possibilidade de resolução do problema atinente à relação consumerista sem o acionamento de qualquer ramo do ordenamento jurídico. Somente no caso em que se mostrar necessário e adequado, o Direito Administrativo Sancionador atuará e, de forma ainda mais restrita, o Direito Penal poderá intervir, em casos específicos.

As vias informais de controle acabam exigindo, da sociedade como um todo, uma mudança de mentalidade, pois, ao ganharem força e se tornarem o primeiro caminho para a proteção do consumidor, culminam por exigir, também, uma mudança de postura dos consumidores e fornecedores.

A idéia de que nem tudo precisa ser resolvido no Judiciário, ou seja, necessariamente por meio da utilização das vias formais de controle, inicia sua longa caminhada na sociedade de consumo.

Com efeito, a realidade dos fatos demonstra que esta problemática é muito mais uma questão de acultramento do que de criação de normas.

²⁶⁵ Idem Op. Cit.

3) Alternativas sancionatórias em detrimento às sanções penais nas relações de consumo: as multas administrativas e a desmoralização social do fornecedor/empresário, por meio da contrapropaganda.

A delinquência consumerista é caracterizada por elementos especiais e *sui generis*, diferentes daqueles encontrados em condutas típicas da criminalidade denominada “comum”.

Isto devido ao fato de que o delinquente fornecedor, via de regra, não é um cidadão que não teve oportunidades na vida, educação familiar e estruturação social. Muito pelo contrário. Normalmente, ele possui recursos consideráveis e é detentor de *status* social respeitado.

Levando-se em conta tal constatação, é de se pensar a natureza das penas mais adequadas a serem aplicadas ao agente infrator. Nesta senda, cabe o questionamento: Seriam as penas privativas de liberdade a melhor forma de se punir tais infratores? Nos parece que não.

Isto pois, definitivamente, as finalidades desta pena, se aplicada no contexto consumerista, não são alcançadas, pragmaticamente. Vejamos.

A ressocialização do infrator não é necessária. Este já é integrado socialmente e, normalmente, tem acesso a conhecimento e informação, fazendo parte do seio social.

A prevenção geral positiva é ilusória, pois a sociedade já notou que o Direito Penal do Consumidor é ineficaz, tendo em vista as desproporcionalidades no tratamento da relação consumidor/fornecedor e ao notar que seus direitos não são devidamente respeitados.

Então, a pena privativa de liberdade resta esvaziada nesta seara, restando ao legislador o trabalho de estruturar um novo sistema eficiente de penas para a coibição da delinquência consumerista.

Além disso, mesmo que o fornecedor sofresse tal pena de prisão, devido ao seu poder econômico, provavelmente, conseguiria meios de que ela fosse, no mínimo, atenuada, pois teria condições de contratar bons advogados para defendê-lo.

Já um delinquente que praticou um furto simples, por exemplo, via de regra, não possui quaisquer condições sociais e econômicas de se defender, como se pode ver comumente, na vida cotidiana.

Assim, cabe a pergunta: é mais gravosa a conduta daquele que pratica ilícito, mas que teve uma vida com todas as condições para não praticá-lo ou daquele que já nasceu neste meio e jamais teve condições de vida dignas? Parece que a primeira conduta se caracteriza por um desvalor maior. Sendo assim, cabe outra indagação: quem mereceria pena mais grave, levando em conta as peculiaridades de cada situação?

Neste sentido, podem ocorrer desproporcionalidades substanciais nas punições que ocorrem no sistema penal e jurídico, como um todo, questão que também deve ser analisada ao se estabelecer a natureza da sanção a ser aplicada.

Cabe ressaltar que os crimes contra o consumidor, assim como aqueles contra a ordem econômica, não são tratados de forma rigorosa pelos Tribunais, tanto porque há raridade de processos, quanto porque há grande complexidade jurídica e fática.

Além disso, pois, a origem social, bem como o relacionamento social dos autores destes delitos permitem uma identificação entre estes e os funcionários do Judiciário, o que não acontece, por exemplo, com o ladrão de um pacote de bolachas, um assaltante de bancos. É por isso que se diz que estes crimes são cometidos pelo colarinho branco.²⁶⁶

Por todos estes motivos, deve-se pensar na aplicação de sanções alternativas ao delinquente fornecedor. Com efeito, estas seriam dotadas de maior efetividade,

²⁶⁶ FARIA, Antonio Celso Campos de Oliveira. *Direito penal do consumidor*. Revista da Escola Paulista da Magistratura, São Paulo, v. 2, n. 1, jan./jun. 2001, p.178.

propiciando muitos dos resultados que a pena privativa de liberdade pode gerar na diminuição da criminalidade dita “comum”.

Pensando nas peculiaridades das atividades desenvolvidas pelo infrator/fornecedor, se faz necessária modalidade de pena que atinja dois elementos fundamentais de sua atividade: seu “bolso”, como popularmente se diz, e também sua imagem perante a sociedade e, principalmente, perante seus consumidores. Punição em face do aspecto econômico mostra-se a solução mais eficiente, neste âmbito.

Desse modo, muitas administrativas de valor elevado cumpririam satisfatoriamente o primeiro papel. Muitas tão altas quanto os lucros que poderiam ser obtidos com a conduta ilícita fariam os fornecedores pensarem e repensarem se tal comportamento valeria a pena.

Além disso, empresas, que, geralmente, se caracterizam como fornecedoras de produtos e prestadoras de serviços, visam lucros, e, portanto, mexer em sua principal finalidade poderia ser uma forma de se coibir condutas atentatórias à relação de consumo. Afinal, se a empresa existe com a finalidade de lucro e, com o pagamento da multa, que se configuraria como severa, em termos econômicos, ela deixa de tê-lo, qual a razão para continuar existindo?²⁶⁷

Assim, esta sanção poderia ser, de fato, muito incômoda ao fornecedor, já que influi no âmago de sua própria atividade e, mais: influi na própria razão de existir da atividade praticada por ele.

²⁶⁷ Antonio Celso Campos de Oliveira FARIA, citando José Geraldo Brito Filomeno, afirma que: “À exceção da chamada Lei sobre a Proteção do Consumidor da província de Quebec, de 23.01.85, em que se observa séria preocupação no sentido de punir-se também criminalmente comportamentos formais em desobediência às regras fixadas em seus cânones administrativos, como, por exemplo, o simples fato de deixarem os fornecedores de produtos e serviços de prestar às autoridades competentes as informações necessárias sobre aqueles – e são exatamente nesse sentido os arts. 63 e 64 do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – outras legislações consultadas (por exemplo, da Venezuela, México, Espanha, etc), apenas tratam de infrações de natureza administrativa, conquanto severamente sancionadas sobretudo pelo pagamento de pesadas multas, vedação de outras atividades e outras.”, em *Direito penal do consumidor*. Revista da Escola Paulista da Magistratura, São Paulo, v. 2, n. 1, jan./jun. 2001, p.178.

Deste modo, estar-se-ia adentrando nas especificidades da atividade exercida, com o fim de se estabelecer as medidas que mais impactam no desenvolver da atividade de produção de bens e prestação de serviços.

Além disso, outra forma de coibir os abusos que existem na relação de consumo, praticada por fornecedores, seria por meio de um forte movimento de contrapropaganda.

É sabido que a publicidade é meio fundamental para a atividade consumerista e, nos dias atuais, exerce papel fundamental no mercado de consumo. Muitos estudiosos, inclusive, analisam seu papel nocivo na vida do corpo social, haja vista as influências negativas que ela pode vir a exercer no natural desenvolver de crianças, adolescentes e adultos.

Há diferenças entre os conceitos de propaganda e publicidade.

A publicidade informa o consumidor acerca de produtos e serviços, com a finalidade de incentivar o consumo e, conseqüentemente, de criar estilos de vida ou mesmo impor uma marca ou produto - ou seja, suas finalidades são econômicas. Já a propaganda tem por objetivo difundir idéias, com o fim de permitir que se adotem posturas ideológicas, por exemplo - ou seja, esta não visa qualquer finalidade econômica.

Nesta esteira, a contrapropaganda agiria de forma a difundir idéias, não muito positivas, acerca do infrator/fornecedor, notadamente, quando ele se constituir em uma empresa ou grupo econômico. Sua finalidade seria a desmoralização da imagem social do empresário perante o público consumidor e também outras empresas. Afinal, empresas dependem, e muito, de sua imagem e daquilo que elas passam ao público consumidor.

Meios de comunicação como rádio, televisão, revistas, jornais e *outdoors*, enfim, todas as formas midiáticas, seriam eficientes na execução de tal medida sancionatória.

Com efeito, cabe ressaltar que o direito à informação do consumidor também estaria sendo exercitado com a execução desta sanção, já que a sociedade consumerista tem o direito de saber de que modo age o fornecedor, quais os valores seguidos por ele ou por

sua empresa, bem como o que se passa em todo o processo de venda e compra de seus produtos ou serviços.

O consumo envolve muitos elementos, mais que o simples comprar e vender. A filosofia seguida pela empresa, bem como sua atuação junto ao meio ambiente, por exemplo, também fazem parte de sua estrutura, que se exterioriza no seu modo de atuação no mercado.

Neste sentido, parece mais eficiente à coibição das condutas atentatórias às relações de consumo a aplicação de sanções alternativas, ao invés de pena privativa de liberdade, uma vez que cada modalidade de delinquência possui elementos próprios, que devem ser analisados, com o fim desta ser repelida.

4) A implementação da Terceira Via: a utilização do Direito Penal de forma restritiva e fragmentária na proteção dos Direitos do Consumidor. O funcionamento alternativo ou relativamente independente como solução para o incremento da efetividade das tutelas consumeristas.

Diante do exposto, resta claro que o Direito Administrativo Sancionador, com funções pedagógicas, repressoras e preventivas, é mais eficiente do que o Direito Penal do Consumidor para a proteção dos bens jurídicos consumeristas. Por isso, deve ser tal instrumento a *prima ratio* na proteção de bens jurídicos consumeristas.

Mas, a atuação do Direito Penal deve ser extinta por completo da seara consumerista? Nos parece que este não é o caminho mais adequado.

Admitir a primordialidade do Direito Administrativo Sancionador não significa que não haverá mais qualquer outra interferência penal na proteção dos direitos do consumidor. Tendo em vista que há um sistema²⁶⁸ e que o *ius puniendi* do Estado é um só, é impossível dizer que o Direito Penal jamais será utilizado.

²⁶⁸ Eduardo Reale Ferrari ensina, citando Judith Martins-Costa, que a noção de sistema implica em relações entre os elementos que compõem o todo, relações ordenadas sob uma unidade, e não somente mera interação

Parece mais coerente com o fim que se almeja pensar na atuação do Direito Penal seguindo o modelo chama de funcionamento alternativo ou relativamente independente.²⁶⁹

Nesta senda, primeiramente, descriminalizaria-se inúmeros crimes consumeristas, que são flagrantemente infrações administrativas e se optaria, primeiramente, pela punição por meio da via administrativa.

Todavia, há a necessidade de se pensar no melhor sistema de relacionamento entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador. Nesta esteira de raciocínio, não seria coerente se afirmar que, tendo em vista a total independência das searas administrativa e penal, seria necessária a tutela dos mesmos bens jurídicos por ambas as vias.

Também não parece o melhor entendimento aquele que enuncia que entre os sistemas administrativo e penal existe uma relação de total dependência e que, por isso, primeiramente, se deve cumprir as decisões administrativas para, posteriormente, se verificar se há infração penal do consumidor - isto com o fim de evitar choques entre as instâncias.²⁷⁰

Nos parece mais coerente, então, a opção pela Terceira Via, defendida por HASSEMER. A Terceira Via privilegia a finalidade repressora e assecuratória, exercida pelos Tribunais Administrativos, que seriam órgãos independentes e dotados de estabilidade.

entre os elementos do conjunto, em *Direito do Consumidor e a Constituição Federal Brasileira*. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, vol. I, julho-dezembro 2004. Revista dos Tribunais, p. 291.

²⁶⁹ Idem Op Cit, p 290-291.

²⁷⁰ FERRARI, Eduardo Reale. *Direito do Consumidor e a Constituição Federal Brasileira*. Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, ano I, vol. I, jul/dez 2004, Revista dos Tribunais, p 275-294.

Deveria haver autonomia e independência dos órgãos de fiscalização, julgamento e execução das atividades consumeristas, a fim de que ficasse a cargo do Direito Administrativo Sancionador a regulação efetiva das relações consumeristas. O Direito Penal apenas interviria em situações extremas e determinadas.

Assim, adotar-se-ia um modelo que se situaria entre o Direito Penal e o Direito Administrativo. Seria o chamado “Direito de Intervenção”.

Este “Direito de Intervenção” reuniria, em si mesmo, todos os âmbitos de outros ramos do direito que têm relação direta com o direito do consumidor.²⁷¹

Este novo instrumento de atuação deverá, segundo HASSEMER, exteriorizar algumas importantes características.

Primeiramente, ele deve ser estruturado de forma a se constituir num direito de caráter preventivo – ao contrário do Direito Penal, que é essencialmente repressivo. O autor exemplifica esta exigência citando que, no âmbito dos produtos perigosos ou nocivos, deveria ser instituída a obrigação de comunicação do fato às autoridades competentes e as autoridades administrativas competentes deveriam ser dotadas de meios para realizarem a fiscalização efetiva da execução de programas de gestão ambiental de empresas.²⁷²

Também entende que deve ser admitida a imputação de responsabilidades coletivas, desde que as penas privativas de liberdade não integrem o rol de sanções aplicáveis.

Além disso, este novo ramo do direito deverá dispor de um rol de sanções rigorosas. No que concerne ao direito ambiental, tais sanções poderiam ser, por exemplo, a possibilidade de se decretar a dissolução de entes coletivos, de se encerrar as empresas

²⁷¹ HASSEMER, Winfried. *A preservação do ambiente através do direito penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 6, n. 22, abr./jun. 1998, p.34.

²⁷² Idem Op. Cit.

poluidoras, de se suspender as respectivas atividades ou setores de atividade, dentre outras.²⁷³

No âmbito do Direito do Consumidor, há que se pensar num rol de sanções que considere as especificidades das infrações consumeristas, sugerindo que multas administrativas rigorosas e forte movimento de contrapropaganda com relação ao infrator/fornecedor sejam meios de sancionar condutas atentatórias às relações de consumo.

A Terceira Via deve estar preparada para atuar globalmente, e não apenas com o fim de solucionar casos isolados – diferentemente do Direito Penal que, por sua própria natureza, volta-se para casos concretos individualizados. É necessária uma visão contextualizada dos problemas, tendo em vista que a questão consumerista é global, seja por sua complexidade, seja por seu alcance.²⁷⁴

É cediço também que o Direito Penal ainda deve exercer um papel neste novo instrumento de atuação. Papel subsidiário, diga-se de passagem.²⁷⁵

HASSEMER afirma que este papel deve possuir “caráter flanqueador”, que atuaria com o fim de garantir os deveres impostos pela Administração, no que tange ao direito ambiental. Neste caso, o Direito Penal não teria mais a função de proteção de bens jurídicos.

Porém, há de se questionar se esta nova função atribuída à via penal estaria de acordo com os ditames constitucionais brasileiros. Por isso, parece mais correto e seguro se admitir que o Direito Penal, nesta Terceira Via de atuação, continue a atuar tendo em vista sua única função tradicional, que é a exclusiva proteção de bens jurídicos, e que seja utilizado seguindo os rigores da subsidiariedade, fragmentariedade e proporcionalidade.

²⁷³ Idem Op. Cit.

²⁷⁴ Idem Op. Cit.

²⁷⁵ Este entendimento seria aplicado mesmo para o direito ambiental.

O “Direito de Intervenção” deverá prever a obrigação de minimizar os danos e, para isso, algumas soluções inovadoras deverão ser imaginadas.²⁷⁶ Como, por exemplo, a criação de um fundo de indenização coletivo por parte de empresas fornecedoras que lidem com produtos considerados perigosos.

Desse modo, danos causados aos consumidores seriam certamente indenizados, independentemente da situação financeira atual do fornecedor, da empresa fornecedora ou do grupo econômico fornecedor. Se não se pôde, por meio da atuação preventiva da via administrativa, prevenir os danos, que ao menos estes sejam minimizados por meio de ressarcimento dos prejuízos causados.

Em suma, este novo ramo do direito deve demonstrar determinadas propriedades, tais como, aptidão para solucionar o problema antes que este gere danos (capacidade de prevenção); disponibilidade não somente de seus meios de atuação, mas também sobre os de controle e direção; interação entre ramos de atuação que, hoje, encontram-se estanques, quais sejam, Direito Administrativo, infrações administrativas, Direito de responsabilidade pelos danos causados por atos ilícitos, Direito Sanitário, Direito de medicamentos, Direito fiscal, Direito do Trabalho, cujas garantias são aplicáveis às possibilidades de atuação deste Direito de Intervenção.²⁷⁷

Sob a expressão “Direito de Intervenção” estariam compreendidos aqueles instrumentos que podem responder melhor que o Direito Penal à demanda atual e futura de solução de problemas. Tais instrumentos ainda estão em período de gestação, devendo ser desenvolvidos, inclusive teoricamente.²⁷⁸

Para o Direito Penal, o desenvolvimento deste instrumento de tutela significa a possibilidade de ter seu campo de atuação melhor delimitado, definindo os limites de sua disciplina. Com isso, haveria um início de uma relação de cooperação dele com outras

²⁷⁶ Idem Op. Cit., p.35.

²⁷⁷ HASSEMER, Winfried. *Perspectivas del derecho penal futuro*. Revista Penal, n.1, v.1, 1998, p. 40.

²⁷⁸ Idem Op. Cit.

matérias e searas que o cercam, o que, em longo prazo, resultaria num Direito Penal descarregado daquelas tarefas que não pode concretizar.²⁷⁹

Interessante lembrar que REALE JÚNIOR entende não ser precisa a denominação “Direito de Intervenção”, pois pensa que esta pouco designa, já que a intervenção não é a característica mais importante deste novo ramo de atuação. Até mesmo porque, não há direito repressivo que não realize uma intervenção.

Neste sentido, a seu ver, seria mais correta a denominação “Direito Administrativo-Penal”, que se distinguiria do Direito Administrativo Disciplinar, pois este pressupõe uma relação de subordinação do agente em relação à Administração Pública.²⁸⁰

Neste contexto, a adoção de uma Terceira Via de atuação parece ser a forma mais adequada e eficiente para a defesa dos direitos e interesses dos consumidores. Esta atuaria sem deixar de observar alguns princípios garantistas do Direito Penal, mas de modo a superar as deficiências deste.

Seria instrumento eficiente à proteção de bens jurídicos, agindo com os fins de prevenção e retribuição e utilizando, principalmente, o Direito Administrativo Sancionador, para alcançar tal intento.²⁸¹

²⁷⁹ Idem Op. Cit.

²⁸⁰ REALE JÚNIOR, Miguel. *Despenalização no Direito Penal Econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa*, Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 7, n.28, out/dez. 1999, p.125. Cabe lembrar que o próprio HASSEMER, autor da denominação Direito de Intervenção, afirma que, por ora, chamaria este novo direito desta forma, mas que este nome poderia ser mudado mais para frente em HASSEMER, Winfried. *Três temas de Direito Penal*. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993, p. 95.

²⁸¹ Cabe ressaltar que, dentre as inúmeras tendências que se mostram no Direito Penal Contemporâneo, o posicionamento da Escola de Frankfurt, na Alemanha, sobressai, mostrando-se fundamental para a compreensão do problema penal moderno. Esta considera que muitas das novidades do novo Direito Penal moderno deturpam sua idéia sistêmica e, por isso, propõe a criação de um novo Direito, o chamado “Direito de Intervenção”, situado entre o Direito Penal e o Direito Administrativo sancionatório, entre o Direito Civil e o Direito Público, com um nível de garantias e formalidades menores que as do Direito Penal, porém, com sanções menos rigorosas. Com este novo modelo repressivo pretende solucionar problemas existentes no combate à criminalidade difusa. Muitas críticas são tecidas ao posicionamento desta Escola, todavia, é de se notar que estas se fundamentam muito mais em diferenças ideológicas do que dogmáticas. É o que ensina SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *As duas faces de Janus – A Criminalização e a descriminalização do Direito Ambiental*. Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva (criminalista do século). Método, São Paulo, 2001, p.304-305.

5) A necessária subsidiariedade na aplicação do Direito Penal para a tutela das relações de consumo: Restrição aos casos de fraude alimentar e fraude de medicamentos

A adoção da Terceira Via ou do chamado “Direito de Intervenção” parece, assim, ser instrumento hábil a enfrentar as condutas atentatórias às relações de consumo, e, conseqüentemente, eficiente para a proteção de bens jurídicos consumeristas, em detrimento do Direito Penal do Consumidor.

Como se pôde notar, o Direito Administrativo Sancionador, dotado de independência e fortalecido, por meio de uma reconfiguração de sua estrutura física e pessoal, seria o principal instrumento de atuação para se garantir os direitos do consumidor. No entanto, não haveria exclusividade de sua atuação na proteção de tais direitos e interesses.

Além das vias informais de controle, que sempre deverão estar presentes, independentemente do instrumento jurídico que se utilize, a aplicação do Direito Penal não seria excluída por completo da seara consumerista.

Nem poderia. Isto pois, além de estar se tratando de verdadeiro sistema, em que todos os ramos do ordenamento jurídico encontram-se integrados, há bens jurídicos consumeristas que necessitam de proteção mais gravosa. Bens jurídicos estes que, por sua essencialidade para a normalidade da vida em sociedade, carecem de proteção pela via penal. Bens estes que possuem dignidade penal.

Notando isso na realidade fática, o legislador, por questões de política criminal e legislativa, utiliza-se do instrumento de proteção mais gravoso de todo o ordenamento jurídico, sendo plenamente proporcional tal opção, haja vista a análise positiva do binômio necessidade/adequação. Nesta esteira de entendimento, estaria o Direito Penal efetivamente sendo utilizado como *ultima ratio*, como deve ser num Estado que segue os ditames constitucionais.

O Direito Penal seria, então, utilizado de forma subsidiária e voltado a apenas poucos e bem delimitados bens jurídicos do âmbito consumerista. Tais bens devem ser selecionados, dentre tantos bens que existem no cenário das relações de consumo.

De modo a bem delimitar a interferência do Direito Penal na seara administrativa, haveria crime em situações determinadas, como quando da fraude a alimentos e da fraude a medicamentos, já que o bens jurídicos tutelados, quais sejam a vida e a saúde dos indivíduos e, reflexamente, a dignidade da pessoa humana, careceriam de proteção penal.

Nesta esteira, o Código Penal, em seus artigos 272²⁸² e 273²⁸³, criminaliza a fraude a alimentos e a medicamentos, respectivamente.

Todavia, alguns critérios devem ser expostos e algumas observações merecem ser feitas.

Toda fraude visa a enganar o consumidor, induzindo-o a um erro quanto à natureza, características e efeitos destes produtos. No entanto, a grande preocupação que surge

²⁸² Art. 272 - Corromper, adulterar, falsificar ou alterar substância ou produto alimentício destinado a consumo, tornando-o nociva à saúde ou reduzindo-lhe o valor nutritivo: Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.; § 1º-A - Incorre nas penas deste artigo quem fabrica, vende, expõe à venda, importa, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo a substância alimentícia ou o produto falsificado, corrompido ou adulterado; § 1º - Está sujeito às mesmas penas quem pratica as ações previstas neste artigo em relação a bebidas, com ou sem teor alcoólico. Modalidade culposa: § 2º - Se o crime é culposo: Pena - detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa.

²⁸³ Art. 273 - Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais: Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa.; § 1º - Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado.; § 1º-A - Incluem-se entre os produtos a que se refere este artigo os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico; § 1º-B - Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições: I - sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente; II - em desacordo com a fórmula constante do registro previsto no inciso anterior; III - sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização; IV - com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade; V - de procedência ignorada; VI - adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente. Modalidade culposa § 2º - Se o crime é culposo: Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

concentra-se na amplitude de efeitos que tal conduta ilícita pode gerar, pois pode ocorrer desde um simples mal estar até a morte do consumidor.²⁸⁴

É necessária a análise do elemento subjetivo e não somente o elemento objetivo da conduta. É relevante tal observância, pois é situação comum se pretender atingir uma única pessoa e se acabar atingindo um grande número delas. Como é sabido, no Direito Penal com viés constitucional, cada agente deve responder de acordo e na medida de sua culpabilidade, daí a importância da análise subjetiva da conduta ilícita. Deve-se exigir, também, a nocividade do remédio ou do alimento para restar configurado o crime.

Ao se analisar o artigo 273²⁸⁵, observa-se que ele traz como um dos núcleos do tipo o verbo “alterar”. Nota-se que o legislador cometeu um equívoco técnico, pois, da literalidade da redação exposta, pode-se concluir que qualquer alteração, mesmo aquela que se dê em favor da saúde, ao melhorar o valor terapêutico do medicamento, será tida como conduta ilícita típica e, pior que isso, será tida como crime hediondo!²⁸⁶

É tamanha a desproporcionalidade nesta situação, já que se mostra desarrazoada a punição de simples alteração, principalmente daquela que não fere o bem jurídico saúde, mas, pelo contrário, eventualmente, apenas o proteja ainda mais. Há patente desproporção entre a gravidade do fato e a gravidade da sanção, além do fato de que se corre o risco de se punir conduta que sequer fere qualquer bem jurídico.²⁸⁷

O mesmo artigo em análise, em seu parágrafo 1º-A, inclui os cosméticos como objeto material do crime em tela. Cosméticos são produtos de uso externo, destinados ao embelezamento de partes do corpo, incluindo inúmeras modalidades de bens de consumo, portanto.

²⁸⁴ ESQUIVEL, Carla Liliane Waldow. *Breves Considerações a respeito da fraude em produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais prevista no artigo 273 do Código Penal*. Revista de Ciências Jurídicas, UEM, v.6, n.2, jul/dez 2008, p.8.

²⁸⁵ Importante ressaltar que o artigo 272 traz as mesmas condutas previstas no artigo 273, porém, com objeto material diverso.

²⁸⁶ REALE JÚNIOR, Miguel. *A inconstitucionalidade da Lei dos Remédios*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.763, n.88, maio, 1999, p.423-424.

²⁸⁷ Idem Op. Cit.

Para muitos, como PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR, teria havido impropriedade do legislador também neste momento, haja vista que o princípio da legalidade teria restado ferido, ao se tutelar bens que pertencem a categorias diferentes de produtos terapêuticos e, por isso, inexistiria ferimento à Saúde Pública.

Já para GUILHERME DE SOUZA NUCCI, não haveria problemas em se incluir os cosméticos, bem como os saneantes, na redação do tipo penal, tendo em vista que cosméticos também entram em contato com o organismo humano e, portanto, se falsificados ou adulterados, poderiam causar tanto mal quanto um medicamento.²⁸⁸

Deste modo, se a fórmula de um xampu for alterada, a conduta subsumir-se-á ao tipo penal em questão e restará configurado o tipo penal. E, note-se, haverá crime, que, inclusive, será considerado hediondo, mesmo que a alteração da fórmula tenha ocorrido de forma a melhorar o produto. Ora, qual o bem jurídico ferido neste caso? Qual a gravidade do injusto nesta conduta? Não há.

De outra parte, no parágrafo 1º-B, observa-se a criminalização exacerbada de meras desobediências administrativas. Condutas como vender ou expor à venda produto sem registro e adquiridos de estabelecimento sem licença de autoridade competente deveriam ter sido reservadas ao âmbito do Direito Administrativo Sancionador.

Na realidade, o legislador lançou mão da via penal para tentar suprir falhas de outro ramo do direito, qual seja, o Direito Administrativo. Novamente, a Administração Pública lava suas mãos e joga nas costas do Direito Penal a responsabilidade por suas omissões e por sua falta de atenção para com suas próprias funções.

Também é de se notar que, neste parágrafo ora em questão, o legislador utilizou-se de descrições imprecisas, principalmente nos incisos II e III, ao fazer menção à fórmula

²⁸⁸ É o que explica ESQUIVEL, Carla Liliane Waldow. *Breves Considerações a respeito da fraude em produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais prevista no artigo 273 do Código Penal*. Revista de Ciências Jurídicas, UEM, v.6, n.2, jul/dez 2008, p.18, nota de rodapé 21, ao citar as posições dos referidos autores.

constante em registro ou características de identidade e qualidade admitidas para comercialização.²⁸⁹

Com efeito, o legislador transformou simples infrações administrativas em injustos penais, e atribuiu-lhes penas desproporcionais.²⁹⁰ Feriu o princípio da taxatividade penal, da intervenção mínima do Direito Penal, bem como o princípio da proporcionalidade, ao fixar penas extremamente gravosas para as condutas em tela, bem como ao escolher o instrumento errôneo de atuação.

Cabe ressaltar, também, que a tais condutas foi conferida a característica da hediondez, com o advento da Lei n.9.677/1998 e da Lei n.9.695/1998, que aumentaram expressivamente as penas cominadas a estes tipos penais. Com essa providência, tanto a morte de um consumidor que utilizou um medicamento falso, quanto a adulteração da fórmula de um esmalte de unha serão crimes hediondos!

Ora, é cristalina a desproporcionalidade, em múltiplos aspectos, nestas situações. Desconsiderou-se a gravidade das condutas, bem como as diferenças entre as inúmeras situações que poderiam ser abarcadas pela redação atécnica do tipo penal ora estudado.

Importante ressaltar o contexto social em que a Lei n. 9.695/1998 surgiu no ordenamento jurídico brasileiro. Ela foi promulgada logo após a descoberta das pílulas anticoncepcionais de farinha, em pleno ano eleitoral.

A mídia exercia pressão monstruosa e cobrava soluções rápidas e eficientes dos responsáveis. A sociedade, assustada e preocupada com tal ocorrido, também clamava por medidas urgentes. O Congresso Nacional e o governo sentiram-se pressionados e culminaram por promulgar tal lei, que acabou por transformar, desastrosamente, meras infrações administrativas em crimes hediondos.²⁹¹

²⁸⁹ Idem Op. Cit, p.19.

²⁹⁰ REALE JÚNIOR, Miguel. *A inconstitucionalidade da Lei dos Remédios*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.763, n.88, maio, 1999, p.431.

²⁹¹ Idem Op. Cit p.433.

No mais, o crime caracteriza-se como crime de perigo abstrato, bastando o cometimento da conduta descrita no tipo penal para fins de consumação. Não há necessidade de perícia para se comprovar o perigo da conduta praticada, bastando a “ação perigosa”. Tal conclusão baseia-se na mera redação do tipo penal.

Todavia, hoje, há alguns autores que sustentam, por motivos diversos, ser o crime de perigo concreto, visando a uma maior coerência sistemática, bem como a legitimidade deste tipo penal.²⁹² Mas é certo que, conforme já visto no presente trabalho, coerente com os ditames constitucionais e com o Direito Penal Democrático seria a previsão de tipos penais de perigo concreto, de forma explícita, pelo próprio legislador, de modo a não deixar quaisquer dúvidas acerca da constitucionalidade e da legitimidade ou não de sua previsão.

Nesta senda, resta claro que o legislador criminalizou condutas com e sem dignidade penal, num mesmo dispositivo. Infrações administrativas per si jamais poderiam ser tomadas como infrações penais, bem como ilícitos penais deveriam ter sido melhor protegidos por meio da lei penal, já que efetivamente atentatórios à saúde e à vida.²⁹³

Chama a atenção a criminalização exacerbada de condutas insignificantes e a desatenção a comportamentos realmente lesivos ao bem jurídico. Tal fato faz com que estes tipos penais sejam exemplos da expansão desenfreada do Direito Penal, que acaba por configurar-se em verdadeira vala comum para todos os “novos riscos”. Critérios de dignidade e carecimento penal, de intervenção penal mínima, bem como o próprio bem jurídico, se perdem nestes tipos penais desproporcionais.

É indubitável que o Direito Penal, caracterizado por sua subsidiariedade e fragmentariedade e pela aplicação dos Princípios da Intervenção Mínima e da Proporcionalidade, não exhibe meios para cuidar de todas as condutas da seara das relações de consumo.

²⁹² Autores tais como Miguel Reale Júnior e Magalhães Noronha defendem tal posicionamento.

²⁹³ ESQUIVEL, Carla Liliane Waldow. *Breves Considerações a respeito da fraude em produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais prevista no artigo 273 do Código Penal*. Revista de Ciências Jurídicas, UEM, v.6, n.2, jul/dez 2008, p.22.

Mas, é fato que nem todas elas podem ser caracterizadas como, realmente, consumeristas-penais. Muitas delas, a propósito, configuram meras infrações administrativas e sequer descrevem condutas de perigo concreto.

Com efeito, a via penal deve tutelar as condutas de fraude a alimentos e a medicamentos, pois o bem jurídico saúde pública, que inclui, reflexamente, vida humana e dignidade humana, é dotado de dignidade penal. Porém, para esta proteção ser efetiva, todas as diretrizes basilares do Direito Penal constitucional devem ser respeitadas. O legislador, na criação dos tipos penais dos artigos 272 e 273, do Código Penal, não agiu desta forma.

Imbuído do espírito de desespero legislativo penal, criou estes crimes desajeitadamente, corroborando a noção da via penal como meramente simbólica e destinada à organização administrativa.

Com tal postura, acabou por não tratar com o cuidado que deveria condutas que, realmente, ferem o bem jurídico tutelado. Cometeu equívocos técnicos que, por sua vez, interferem na aplicação do tipo penal à realidade fática, fazendo com que a via penal perca eficiência em sua atuação.

Infere-se, deste contexto, que se faz necessária uma revisão destes tipos penais, com o fim de ajustá-los aos ditames constitucionais de atuação, visando à utilização eficiente da via penal.

CONCLUSÃO

Ao final do desenvolvimento deste trabalho, restou clara a patente necessidade de se reestruturar a dinâmica de funcionamento do sistema de proteção aos direitos do consumidor. Isto pois este microssistema, atualmente, encontra-se pautado na atuação de um direito penal simbólico e com tímida força coercitiva, e, por fundar-se, basicamente, no efeito intimidatório natural da via penal, carece de meios efetivos de atuação.

É sabido que o Direito Penal contemporâneo, inserido num movimento expansionista, sofre verdadeira crise de identidade. Seja porque vem sendo utilizado para funções e objetivos que não lhe cabem, seja porque seus fundamentos e princípios básicos encontram-se perdidos num emaranhado de leis desconexas.

Inserido neste contexto, está o Direito Penal do Consumidor. O legislador, ao optar pelo caminho mais fácil de atuação, não racionalizou a real efetividade da utilização do direito penal como *prima ratio* para a proteção das relações consumeristas. Desse modo, leis penais que visam à tutela das relações de consumo acabam por nada ou muito pouco protegerem.

É notória a percepção de que muitas condutas incriminadas sequer protegem bens jurídicos com dignidade penal e com carência penal, ao passo que outras, que necessitariam de maior rigor em sua punição, são tratadas com certa displicência e falta de atenção.

Cabe ressaltar que a influência da mídia, muitas vezes regida por conveniências políticas e eleitoreiras, permite com que a pressão da sociedade defina quais as condutas lesivas que devem ser incriminadas. Com isso, o imediatismo e o hedonismo da sociedade de consumo preponderam sobre a racionalização acerca dos objetivos do Direito Penal, fazendo com que a noção de sistema reste desfacelada.

O clamor da sociedade, que não tem qualquer responsabilidade para com princípios constitucionais ou penais, pede soluções para a nova criminalidade, que surge nova e sem fronteiras. Exige-se que algo seja feito, urgentemente.

Obviamente, as relações de consumo devem ser protegidas, tendo em vista o mandamento de proteção emitido por nossa Magna Carta. Porém, como analisamos nesta oportunidade, não há mandado de criminalização das condutas atentatórias a bens jurídicos consumeristas. Nesta senda, claramente, bens jurídicos relativos ao consumo devem ser protegidos, todavia, não necessariamente pelo modo mais gravoso de atuação social, qual seja, o Direito Penal.

Este deve ser mínimo e utilizado somente quando houver dignidade penal do bem jurídico a ser protegido, juntamente com a carência de sanção penal. Não se pode olvidar que a relevante finalidade da utilização da via penal deve ser a proteção de bens jurídicos. Portanto, ele não deve ser utilizado se meramente o caráter intimidatório e regulamentador estiverem sendo exercidos no caso concreto.

A via penal é por demais gravosa para ser utilizada como primeira opção do legislador, eis que interfere significativamente no natural desenvolver dos direitos fundamentais do ser humano, tais como a liberdade e o direito de ir e vir. Assim, o Princípio da Proporcionalidade mostra-se essencial neste momento e durante todo o proceder da vida da lei penal.

Ele deve ser atentamente observado, desde a identificação, no mundo fenomênico, da importância do bem jurídico a ser protegido, passando pela opção da via de atuação a ser escolhida para sua proteção, bem como no momento de cominação e aplicação da sanção. Há que se recordar que deve haver proporcionalidade não somente dentro do microsistema dos direitos do consumidor, mas também na comparação dele com os demais existentes.

No que se refere ao âmbito da proteção das relações de consumo, no Brasil, notadamente com relação ao Direito Penal do Consumidor, infelizmente, o panorama se mostra diverso do ideal.

O princípio da Proporcionalidade não é observado, desde o momento da escolha legislativa pelo uso primordial da via penal nesta seara até a aplicação prática das

sanções penais no caso concreto – que mais se mostram com contornos de verdadeiras sanções administrativas.

O uso desarrazoado e exacerbado da via penal para a tutela das relações de consumo somente faz com que o Direito Penal perca sua força e se descaracterize, tornando-se verdadeira vala comum de tudo aquilo que se pretende proteger, mas não se sabe de que modo, e, conseqüentemente, culmina por não proteger de forma efetiva os direitos do consumidor.

Há a errônea sensação de que o consumidor está protegido – sensação esta suficiente para que os poderes midiáticos e políticos já se sintam satisfeitos – todavia, pragmaticamente, existe um sistema fraco e sem forças reais de alteração positiva da vida da sociedade de consumo.

A expansão desenfreada do Direito Penal, nos dias atuais, acaba por colocar em dúvida a legitimidade de muitas de suas intervenções. A fúria legislativa desordenada patente, atualmente, culmina por configurar um cenário de injustiças e de aumento da sensação de impunidade social, já tão em evidência na sociedade contemporânea.

A via penal atua, na maioria das vezes, de modo simbólico e sem poder coercitivo, o que gera real desproteção dos bens jurídicos que devem ser tutelados. Tal situação não favorece o âmbito consumerista, nem a seara penal. Não há bônus para nenhum deles, apenas ônus pesados demais a serem suportados.

Sendo assim e sabendo-se que a escolha pela via penal ou administrativa dá-se por mera questão de política legislativa – tendo em vista não haver diferenças ontológicas entre o ilícito administrativo e o ilícito penal, pois estes não existem per si no mundo axiológico – mais razoável, a nosso ver, mostra-se a reestruturação do sistema de proteção do consumidor.

Nos parece mais razoável que o legislador, antes de criminalizar desarrazoadamente condutas, verifique os motivos pelos quais a via administrativa é ineficiente, e, ao invés de inserir nos encargos da via penal funções que não são originariamente dela, altere a

estrutura do Direito Administrativo Sancionador que se tem hoje.²⁹⁴

Inicialmente, primordial se faz a utilização das vias informais de controle. O consumidor deve ser educado e bem informado, bem como deve ser melhor representado. Pode-se dizer que, é essencial a informação do consumidor, atualmente tão negligenciada pelas empresas fornecedoras, bem como sua educação, de modo que haja o consumo consciente e responsável.

A atuação das vias informais de controle é um dos grandes pilares que sustentam o processo de mudança de mentalidade da sociedade consumidora.

Neste processo de aculturação, exercem papel fundamental órgãos de representatividade do consumidor, tais como o Procon e o Idec. Ações que não envolvam o mundo jurídico, mas tão somente vias informais de controle social devem exercer papel de destaque neste novo modo de atuar.

Nesta oportunidade, também propusemos como mais adequada a utilização da Terceira Via para a efetiva proteção dos direitos do consumidor.

Neste sentido, ela atuaria, primordialmente, tendo como principal instrumento o Direito Administrativo Sancionador, fortalecido e independente, e lançaria mão do Direito Penal, entretanto, somente de forma subsidiária e proporcional. Seria a adoção do funcionamento relativamente independente, definida a partir da noção de sistema como norte a ser seguido. Nenhuma área de atuação do ordenamento jurídico é estanque e deve ser considerada individualmente e isoladamente. Elas se comunicam e se complementam.

Assim, à via penal seria delegada sua função original, com a preservação dos princípios constitucionais basilares, tais como a fragmentariedade e a subsidiariedade. O Direito Penal estaria confortável para atuar naquele mínimo espaço permitido, em que sempre atuou. Desta forma, sua funcionalidade e coercibilidade estariam preservadas,

²⁹⁴ Idem Op. Cit, p. 1197.

bem como sua efetividade. O mero poder simbólico voltaria a ser poder efetivo, como deve ser.

Exemplos de atuação proporcional da via penal no âmbito do direito do consumidor seriam nos casos de fraude de alimentos e fraude a medicamentos, eis que os bens jurídicos protegidos por tais incriminações são dotados de dignidade penal e retratam a carência de sanção penal.

Já o Direito Administrativo Sancionador deveria ser reestruturado e fortalecido para conseguir cumprir suas metas neste novo microsistema de proteção das relações de consumo. Afinal, é certo que com a estrutura administrativa que se tem hoje, não há meios de se tutelar da forma como se pretende os direitos do consumidor.

Como se pretendeu delinear nesta oportunidade, a independência deve ser a característica fundamental deste novo instrumento. Independência orgânica – com a utilização precípua de Agências Reguladoras, com os elementos caracterizadores expostos anteriormente – independência financeira, independência no manejo de seus instrumentos e no proferimento de suas decisões e independência administrativa.

Importante recordar que deve haver a observância das normas constitucionais. Princípios penais constitucionais tais como legalidade, irretroatividade maléfica, proporcionalidade, impessoalidade sancionatória devem ser aplicados ao caso concreto. Juntamente a isso, a observância da independência estrutural e funcional dos órgãos administrativos julgadores e a investidura imparcial do órgão julgador devem existir.²⁹⁵

Também nos parece razoável afirmar que o órgão julgador deve observar o devido processo legal no processo administrativo, bem como a ampla defesa e o contraditório, e também deve motivar as sanções que impõe, por força constitucional, e impô-las de forma proporcional, limitada e sem discriminação. Tais decisões devem ser recorríveis.

²⁹⁵ FERRARI, Eduardo Reale. *Direito Penal do Consumidor e a tutela de bens jurídicos supraindividuais: uma análise constitucional* in *Direito Penal Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Professor José Cerezo Mir*, Revista dos Tribunais, 2007, p.290

Cabe ressaltar que, não obstante as críticas feitas a este sistema de atuação proposto para a seara consumerista, pudemos notar que estas são muito mais de cunho ideológico do que doutrinário. Isto faz com que não haja, na realidade, nenhum argumento que demonstre um prejuízo ou qualquer *déficit* de efetividade deste novo modelo de Direito Administrativo Sancionador proposto.

No mais, buscou-se na presente dissertação também pensar-se em alternativas sancionatórias em detrimento da pena privativa de liberdade, tais como multas administrativas e a desmoralização social do fornecedor/empresário, por meio da contrapropaganda, por meio da via administrativa sancionatória, com o fim de melhor adequar as especificidades da delinquência consumerista à efetividade da pena imposta à realidade fática.

Neste contexto, a implementação da Terceira Via mostra-se opção viável e possível de regulação e proteção dos direitos do consumidor de forma efetiva, devendo ser mais bem desenvolvida nos campos doutrinário e pragmático.

Tal intento se mostra relevante, na medida em que busca preservar o Direito Penal em sua estrutura básica e original, mantendo seus pilares de sustentação e as funções para as quais foi criado, e, conseqüentemente, garantindo a manutenção do Estado Material de Direito.

Neste sentido, buscar novas formas de se proteger novos riscos mostra-se fundamental para a tutela efetiva dos direitos transindividuais, tão em voga no mundo contemporâneo, de forma que estruturas de atuação já delineadas anteriormente, tal como o Direito Penal, continuem a exercer seu papel de forma eficiente e com vistas à preservação de princípios e garantias fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. *O proporcional e o razoável*. São Paulo, RT, ano 91, abr.2002.

ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade*. Revista de Direito Privado, v. 6, n. 24, out./dez. 2005, p. 334-344.

ALEXY, Robert. *La institucionalización de los derechos humanos em El estado constitucional democrático*. Derechos y Libertades, n.8, v. 5, 2000, p.21-41.

ALMEIDA, João Batista de. *A Proteção Jurídica do Consumidor*. 6ª ed, Saraiva, 2008.

ANDRADE, Pedro Ivo. *Sanções Penais nos crimes contra as relações de consumo definidos na Lei nº 8.137/90*. in Direito Penal Contemporâneo, Estudos em Homenagem ao Professor José Cerezo Mir, Revista dos Tribunais, p. 385- 390.

ANDRADE, Manoel da Costa. *A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime*. Revista Português de Ciência Criminal. Ano 2. Fascículo 2. Lisboa, Aequitas Editorial Noticias, abril-jun 1992, p. 173-205.

ANDRADE, Vera Regina Pereira, BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal*. Trad.Juarez Cirino dos Santos. 2ª ed., Rio de Janeiro: Instituto Carioca da Criminologia: Freire Bastos, 1999.

ARANA, Raúl Pariona. *El derecho penal “moderno”: sobre la necesaria legitimidad de las intervenciones penales*. Revista Brasileira de Ciências Criminais 68, set/out 2007, p. 112- 137.

BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Edições 70, 2007.

BATISTA, Nilo. *Concepção e princípios do direito penal econômico, inclusive a proteção dos consumidores, no Brasil*. Revista de Direito Penal, Rio de Janeiro, n. 33, jan./jun. 1982, p.78-89.

BENJAMIN, Antonio Herman V. *A repressão penal aos desvios do marketing*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 2, n. 6, abr./jun. 1994, p.87-109.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S., *Delitos de acumulação e racionalidade da intervenção penal*. Boletim do IBCCRIM, ano 17, n 208, março 2010, p. 3-5.

BICUDO, Tatiana Viggiani. *A globalização e as transformações no direito penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v.6, n. 23, jul/set 1998, p. 97-109.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Princípios garantistas e a delinqüência do Colarinho Branco*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.11, 1995.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro, Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. São Paulo: Edipro. 2001.

BORGES, Rodrigo Lanzi de Moraes. *Os princípios na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy*. Inclusão social e direitos fundamentais, Boreal Editora, p.310-331.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crime de Perigo Abstrato*. Carta Forense, jan 2011, p. B18-B19.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato*. 2ª ed, RT, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. *Formações Sociais e Interesses Coletivos diante da Justiça Civil*. XII, Revista de Processo, nº 5, 1977.

CARDOZO, José Eduardo Martins, QUEIROZ, José Eduardo Lopes, SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (org). *Curso de Direito Administrativo Econômico*, v. III, Malheiros Editores, São Paulo, 2006.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *O direito do consumidor no limiar do século XXI*. Cidadania e Justiça, Rio de Janeiro, v. 3, n. 7, 1999, p.20-31.

CORREIA, Belize Câmara. *A Lei nº 11.466/07 e o novo art. 319-A do Código Penal Brasileiro: uma análise à luz do princípio da proporcionalidade*. Boletim do IBCCRIM, São Paulo, v. 15, set. 2007, p. 6-8.

COSTA ANDRADE, Manuel . *A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referências de uma doutrina teleológico-racional de crime*. Revista Portuguesa de Ciências Criminais, nº 2, Lisboa, 1992, p. 173-203.

D’AVILA, Fabio Roberto. *Direito Penal e Direito Sancionador. Sobre a Identidade do Direito Penal em tempos de indiferença*. Revista Brasileira de Ciências Criminais 60, maio/jun 2006, p. 09- 35.

D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico)*. Boletim da Faculdade de Direito, Stvdia Ivridica 85, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora. p 90-179.

D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e direito penal. Escritos sobre a teoria do crime como defesa a bens jurídicos*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009.

DIAS, Augusto Silva. *Entre comes e bebes: debate de algumas questões polêmicas no âmbito da protecção jurídico-penal do consumidor(a propósito do acórdão da Relação de Coimbra de 10 de julho de 1996)*, Coimbra, out/dez 1998.

DIAS, Augusto Silva. *Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a protecção do futuro: ambiente, consumo e genética humana*. Coimbra, 2008.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *A protecção do consumidor na sociedade da informação*. Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, Brasília, v. 12, n. 1, jan./jun. 2000, p.63-75.

DOTTI, René Ariel. *O direito penal econômico e a protecção do consumidor*. Revista de Direito Penal, Rio de Janeiro, n. 33, jan./jun. 1982, p.130-158.

ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. Trad. Gilson Cesar Cardoso de Souza, Editora Perspectiva, São Paulo, Coleção Estudos, 85, 1989.

ESQUIVEL, Carla Liliane Waldow. *Breves Considerações a respeito da fraude em produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais prevista no artigo 273 do Código Penal*. Revista de Ciências Jurídicas, UEM, v.6, n.2, jul/dez 2008.

ESTEFAM, André. *Direito Penal 1- Parte Geral*. 5ª ed. Saraiva, 2009.

ESTELLITA, Heloísa. *Direito Penal, Constituição e Princípio da Proporcionalidade*. Boletim do IBCCRIM, São Paulo, v. 11, out. 2003, p. 11-13.

FARIA COSTA, José de. *O perigo abstrato em direito penal. Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas*. Coimbra. Coimbra Editora, 2000.

FARIA, Antonio Celso Campos de Oliveira. *Direito penal do consumidor*. Revista da Escola Paulista da Magistratura, São Paulo, v. 2, n. 1, jan./jun. 2001, p.175-197.

FERRARI, Eduardo Reale. *A ilegitimidade da criminalização das condutas atentatórias ao meio ambiente*. In: ANDRADE, Manuel da Costa. *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p.1185-1203.

FERRARI, Eduardo Reale. *A fauna e sua proteção penal*. Direito Penal Contemporâneo – Estudos em Homenagem a Francisco Assis Toledo. São Paulo, Juarez de Oliveira, 2004, p. 113 e ss.

FERRARI, Eduardo Reale. *A nova lei ambiental e suas inconsistências*. Revista do Ilanud. São Paulo, n. 12, 1998, p. 93-97.

FERRARI, Eduardo Reale. *Direito Penal do Consumidor e a tutela de bens jurídicos supraindividuais: uma análise constitucional* in Direito Penal Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Professor José Cerezo Mir, Revista dos Tribunais, 2007, p. 274-291.

FERRARI, Eduardo Reale. *Direito do Consumidor e a Constituição Federal Brasileira*. Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, ano I, vol. I, jul/dez 2004, Revista dos Tribunais, p 275-294.

FERRARI, Eduardo Reale. *Os crimes contra a relação de consumo e a sua incidência em face do código de defesa do consumidor e da lei 8.137/90: é possível a revogação tácita durante a vacatio legis*. Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel, São Paulo, v. 5, n. 19, jan./mar. 2002, p.14-16.

FERREIRA, Ivete Senise. *Visão do Direito Penal Moderno. Justiça penal, 7 : críticas e sugestões: justiça criminal moderna, proteção à vítima e à testemunha, comissões parlamentares de inquéritos, crimes de informática, trabalho infantil, TV e crime*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 434-455.

FERNANDES, Luiz Gustavo. *Criminalização versus Administralização. Digressão dos instrumentos propostos pelos sistemas jurídicos mundiais no objetivo de coibir as infrações pós-modernas*. Estudos de Direito Público, Cepejus, 2009, pp.660-677.

FERNANDES, Paulo Silva. Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do direito penal: panorâmica de alguns problemas comuns. Coimbra: Almedina, 2001.

FIGUEIREDO NETO, Benedicto Arthur de. *Consciência constitucional na aplicação da pena-base à luz do Princípio da Proporcionalidade*. Boletim do IBCCRIM, São Paulo, v. 13, mar. 2006, p. 14.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. 4ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 617-650.

GASPAR, António Henriques. *Direito penal do consumo: relevância criminal de práticas contrárias ao interesses dos consumidores*. Sub Judice: Justiça e sociedade, Coimbra, n. 11, jan./jun. 1996, p.65-72.

GOMES, Luiz Flávio, BIANCHINI, Alice. *O Direito Penal na era da globalização*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A violação do Princípio da Proporcionalidade pela Lei 9296/96*. Boletim do IBCCRIM, São Paulo, ago. 1996.

GRACIA MARTIN, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistência*. Valencia. Tirant lo Blanch, 2003.

GRECO, Luís. *A relação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo no Direito Penal Ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa*. Revista Brasileira de Ciências Criminais 58, jan/fev 2006, p. 152-194.

GRECO, Luís. *Princípio da Ofensividade e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. n.49, jul/ago, 2004 p. 89-147.

HASSEMER, Winfried. *A preservação do ambiente através do direito penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 6, n. 22, abr./jun. 1998, p.27-35.

HASSEMER, Winfried. *Bienes Jurídicos em el derecho penal*. Estúdios sobre justicia penal: homenaje ao Profesor Julio B. J. Maier, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2005, p.63-74.

HASSEMER, Winfried. *Crisis y características del moderno derecho penal*. Actualidad Penal, 27/48, v.2, 1993, p. 635-646.

HASSEMER, Winfried. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*. Pena y Estado, Barcelona, n. 1, 1991, p.23-36.

HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma moderna política criminal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.8, out/dez, 1994.

HASSEMER, Winfried. *Perspectivas del derecho penal futuro*. Revista Penal, n.1, v.1, 1998, p. 37-41.

HASSEMER, Winfried. *Seguridad por intermédio del derecho penal*. Problemas actuales Del derecho penal y de La criminología: estúdios penales em memória de La Professora Dra Maria Del Mar Diaz Pita, Valencia, 2008, p. 25-64.

HASSEMER, Winfried. *Três temas de Direito Penal*. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993.

LAUS, Audrey dos Santos. *A sanção administrativa ambiental e o Princípio da Proporcionalidade*. Novos Estudos Jurídicos, Itajaí, v. 9, maio/ago 2004, p. 417-434.

LIMA E SILVA, Wellington César. *A racionalidade e a espetacularização do Direito Penal: uma questão de re-republicanização*. Boletim do IBCCRIM, ano 17, n 200, jul 2009, p. 20-21.

LOBO DA COSTA, Helena Regina. *Proteção Penal Ambiental*. Saraiva, São Paulo, 2010.

LOBO DA COSTA, Helena Regina. *O direito penal ambiental e normas administrativas*. Boletim do IBCCRIM, n 155, v 13, out 2005, p. 18-19.

LOBO DA COSTA, Helena Regina. *O sancionamento de condutas entre a judicialização e a administrativização*. Estudos de Direito Público, Cepejus, 2009, pp.562-567.

LUCCA, Newton de. *Direito do Consumidor*. 2ª ed., Saraiva, 2008.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Globalização e direito do consumidor*. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, n. 26, ago./nov. 1999, p.37-51.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula, MOURA, Bruno de Oliveira, MIRANDA, Wesley. *A (re) normativização do Direito Penal frente aos direitos difusos*. Revista Brasileira de Ciências Criminais 70, jan/fev, 2008, p. 71- 99.

MAGALHÃES GOMES, Mariângela Gama de. *A lei nº 11.923/09 e outra vez a desproporcionalidade no ordenamento jurídico penal*. Boletim do IBCCRIM, São Paulo, jun.2009, p. 8-9.

MAGALHÃES GOMES, Mariângela Gama de. *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo, RT, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A tutela específica do consumidor*. Estudos em Homenagem a Ada Pellegrini Grinover. DPJ, 1 ed, São Paulo, 2005, p. 105-147.

MARQUES, José Frederico. *Curso de Direito Penal*.v. 2., Saraiva, São Paulo, 1954.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Agências Reguladoras Independentes: Fundamentos e seu regime jurídico*. Editora Fórum, São Paulo, 2005.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo, ARANTES FERNANDES, Luís Justiniano de. *As agências reguladoras no direito positivo brasileiro* in CARDOZO, José Eduardo Martins, QUEIROZ, José Eduardo Lopes, SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (org). *Curso de Direito Administrativo Econômico*, v. III, Malheiros Editores, São Paulo, 2006, p. 297 – 373.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *A nova regulação estatal e as agências independentes*. Direito Administrativo Econômico. Malheiros Editores, São Paulo, 2006, p. 72-98.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Os grandes desafios do controle da Administração Pública*. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, ano 9, n. 100, abr. 2010, Belo Horizonte, Fórum, p. 7-30.

MARTINS, Marcio Sampaio Mesquita. *A implementação de políticas públicas por meio das agências reguladoras*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br> - 25 de fevereiro de 2011.

MASSON, Cléber Rogério. *Direito penal esquematizado - Parte Geral*. 2ª ed., Método, São Paulo, 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, 24 ed., São Paulo, Saraiva, 2010.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Interesses Coletivos e Difusos*. Justitia, São Paulo, v.54, n.157, jan-mar 1992, p.41-54, Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/23377>>. Acesso em: 16 de novembro de 2010.

MENDES, Conrado Hübner. *Reforma do Estado e Agências Reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão*. Direito Administrativo Econômico. Malheiros Editores, São Paulo, 2006., p. 121-139.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2 ed, São Paulo: Celso Bastos, 1999, p.36.

NEUMANN, Ulfrid. *O Princípio da Proporcionalidade como princípio limitador da pena*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v.16, mar/abr 2008.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano, PINTO SERRANO, Yolanda Alves, *Código de Defesa do Consumidor interpretado*, 2 ed., São Paulo, 2005.

OLIVEIRA, Fabrício Vasconcelos de. *Tutela do consumidor enquanto direito fundamental*. In: MATTOS NETO, Antonio José de (Org.). Estado democrático de direito e direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2010, p.109-126.

PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo*. Revista dos Tribunais, 2003.

PASCHOAL, Janaína Conceição. *Direito Penal – Parte Geral*. Manole, São Paulo, 2003.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, v. 1., 5ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005.

PRADO, Luiz Régis. *Crimes contra o ambiente – anotações à lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. 2 ed., São Paulo: RT, 2001.

PRADO. Luiz Régis. *Direito Penal Ambiental (problemas fundamentais)*. RT, São Paulo, 1992.

PRADO, Luiz Régis. *Direito Penal do Ambiente – Meio Ambiente, Patrimônio Cultural, Ordenação do Território, Bioso segurança (com a análise da Lei nº 11.105/2005)*. 2ª ed. RT, São Paulo, 2009.

PRITTWITZ, Cornelius. *El derecho penal alemán: ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿Ultima Ratio?: Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho Penal*. La insostenible situación del derecho penal. Granada: Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt, 2000.

PÜSCHEL, Flavia Portella. *A função punitiva da responsabilidade civil no direito brasileiro: uma proposta de investigação empírica*. Revista Direito GV, v.3, jul/dez 2007.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Ação Fiscal e Extinção da Punibilidade no Crime Tributário*. Revista Literária de Direito, ago/set, 2004.

REALE JÚNIOR, Miguel. *A inconstitucionalidade da Lei dos Remédios*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.763, n.88, maio, 1999.

REALE JÚNIOR, Miguel (coord.). *Diagnóstico preliminar do sistema penal brasileiro e primeiras propostas para sua reformulação*. Revista Brasileira de Ciências Criminas, São Paulo, v. 8, n. 30, abr./jun. 2000, p.337-369.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Despenalização no Direito Penal Econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa*, Revista Brasileira de Ciências Criminas, São Paulo, v. 7, n.28, out/dez. 1999, p.116-129.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Meio Ambiente e Direito Penal Brasileiro*. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, São Paulo, RT, jun 2005, p.67-83.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do Delito*. Revista dos Tribunais.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal - Parte Geral*, v. I, 2ª ed., Forense, 2004.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal - Parte Geral*, v. II, 2ª ed., Forense, 2004.

REZEK NETO, Chade. *O Princípio da Proporcionalidade e sua aplicação no direito brasileiro*. Revista Jurídica da Universidade de Franca, Franca, v.5, 2002, p.65-69.

ROCHA, Álvaro Filipe Oxley. *Criminologia e Mídia: Sistema Penal em luta pelo Poder Simbólico*, Boletim do IBCCRIM, ano 18, n 212, julho 2010, p. 13.

ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Trad. Luís Greco, Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006.

ROXIN, Claus. *Tem Futuro o Direito Penal?* in *Estudos de Direito Penal*. São Paulo, Renovar, 2006, p. 1-30.

RUIVO, Marcelo, BRAGA, Vinícius Gil. *Princípio Constitucional da Proporcionalidade: um instrumento de resistência à expansão do direito penal*. Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias, Pelotas, v. 2, jan/dez 2003, p.179-199.

SANTOS, Admaldo Cesário dos. *Direito de Intervenção e Sociedade de Risco*. Boletim do IBCCRIM, São Paulo, mar.2011, p. 6.

SCHÜNEMANN, Bernd. *O direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito Liberal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais 53, mar/abr 2005, p. 09- 37.

SEGATTO, Antonio Carlos. *Dos direitos fundamentais do consumidor*. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, n. 22, ago./nov. 1998, p.35-43.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Mídia e Crime*. Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva (criminalista do século). Método, São Paulo, 2001, p.353-367.

SILVA SANCHÉZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal. Aspectos dela política criminal en las sociedades posindustriales*. Madrid. Civitas, 1999.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal supra- individual: interesses difusos*. São Paulo: RT, 2003.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *As duas faces de Janus – A Criminalização e a descriminalização do Direito Ambiental*. Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva (criminalista do século). Método, São Paulo, 2001, p.297-367.

SOUZA, Motauri Ciochetti de. *Ação Civil Pública e Inquérito Civil*, 3ª ed., Saraiva, 2008.

SOUZA, Motauri Ciochetti de. *Interesses Difusos em Espécie*, 2ª ed., Saraiva, 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Serviços Públicos – Introdução às Agências Reguladoras*. Direito Administrativo Econômico. Malheiros Editores, São Paulo, 2006, p. 17-38.

VEGA, Dulce Maria. *La Protección Penal de los Bienes Jurídicos Colectivos*. Dykinson, Madrid, 2000.

TORON, Alberto Zacharias. *Aspectos penais da proteção ao consumidor*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 3, n. 11, Editora Revista dos Tribunais, jul-set 1995, São Paulo, p. 80-90.

VICENTINO, Cláudio. *História Geral*. São Paulo, Scipione, 1997.

ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Relaciones entre derecho penal y derecho administrativo sancionador: hacia nadministrativización del derecho penal o una penalización del derecho administrativo sancionador*. In NIETO MARTÍN, Adán. Homenaje AL Dr. Marino Barbero Santos in memorian, Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca, 2001, pp.1417-1444.