

FUNDAMENTOS E LIMITES DA PENA NOS DELITOS CONSUMERISTAS

CLÁUDIO RIBEIRO LOPES

Mestrando em Direito Penal Supra-Individual pela
Universidade Estadual de Maringá.

RESUMO: Este artigo visa a examinar alguns aspectos da tutela penal das relações de consumo, dando-se especial ênfase aos fundamentos e limites da pena. Investiga-se, a partir do conceito de dignidade penal desse bem jurídico, a questão do mandato expreso de criminalização, as técnicas de tutela, o binômio carência de pena e intervenção mínima e, por fim, os respectivos fundamentos e limites das sanções.

PALAVRAS-CHAVE: Sanção penal. Fundamentos e limites. Ordem econômica. Consumidor.

RESUMEN: Este artículo tiene por finalidad examinar algunos aspectos de la protección penal de las relaciones de consumo, con especial énfasis en los fundamentos y límites de la pena. Se investiga, a partir del concepto de dignidad penal de este bien jurídico, la cuestión del mandamiento expreso de criminalización, las técnicas de protección, el binomio carencia de pena-intervención mínima y, finalmente, los respectivos fundamentos y límites de las sanciones.

PALABRAS CLAVE: Sanción penal. Fundamentos y límites. Orden económico. Consumidor.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Dignidade da tutela penal econômica no âmbito do consumidor. 3 Mandato expresso de criminalização. 4 Modelos de proteção legal. 5 Problemas de técnica legislativa. 6 Carência de sanção penal econômica no âmbito do consumidor. 7 Incompatibilidades entre a tutela penal da ordem econômica consumerista e a mínima intervenção penal. 8 Fundamentos da sanção penal econômica na tutela penal do consumidor. 9 Limites da sanção penal econômica na tutela penal do consumidor. 10 Conclusões.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo procura delinear, ainda que superficialmente, parte da tutela penal da ordem econômica atinente ao consumidor no Brasil. Trata-se menos de um estudo das tipicidades encontradas nos dispositivos das Leis nº. 8.078/90 e 8.137/90; antes, preferível analisar questões de fundo, como a legitimidade da tutela penal consumerista e seus modelos, as formas de técnica legislativa empregadas, eventuais inconvenientes da tutela penal do consumidor em confronto com o modelo penal de *ultima ratio* e, por fim, a questão fulcral deste artigo que pertine à legitimação dessa tutela, com ênfase ao binômio necessidade x merecimento e à fundamentação e limitação da mesma pelas teorias da pena.

Destarte, cumpre ressaltar que a premissa básica que norteia este trabalho fulcra-se na concepção de Estado de direito social e democrático, como não poderia deixar de ser em decorrência da concepção humanitária adotada, de cunho liberal.

De conseguinte, parte-se da acepção da tutela penal subsidiária e fragmentária como única forma de se assegurar um direito penal garantístico, fundamento e limite de tal ingerência na esfera de vida do ser humano, como corolário de sua dignidade.

2 DIGNIDADE DA TUTELA PENAL ECONÔMICA NO ÂMBITO DO CONSUMIDOR

Verifica-se na atualidade debate sobre o alargamento do Estado social em várias áreas que afetam direta ou indiretamente o ser humano. Assim, quer diga respeito ao meio ambiente, quer à ordem econômica *lato sensu*, as

doutrinas nacional e estrangeira procuram posicionar-se sobre a possibilidade de se atribuir dignidade penal à tutela jurídica de determinados setores.

A propósito, vejam-se as posições absolutamente antagônicas de Winfried Hassemer¹ e Luiz Regis Prado² no tocante ao bem jurídico-penal ambiente.

O autor tedesco funda seu pensamento em quatro premissas básicas que deslegitimariam a tutela penal ambiental – e que se pode aqui adotar como expressão de um direito penal econômico *lato sensu* -, a saber, a acessoriedade administrativa do direito penal em sede da tutela ambiental, as dificuldades de imputação da responsabilidade criminal, a impossibilidade de se atingir os fins das penas criminais nesta sede e, por fim, a utilização meramente simbólica do direito penal na proteção do ambiente³.

Por tais razões, chega o autor a concluir que “o direito penal não é instrumento adequado para lidar com este tipo de problemas”⁴.

Algumas das idéias de Hassemer parecem haver encontrado eco no Brasil, pelo que se pode depreender do exposto por Renato de Mello Jorge Silveira, que menciona “nesse aspecto, surge, pois, o Direito da Intervenção, o qual, longe de ser uma unanimidade ... faz parte de uma série de tentativas, hoje, colocadas na busca de resposta à expansão penal”⁵.

Com efeito, as críticas acima apontadas podem ser transpostas para a tutela penal dos direitos do consumidor sem grandes dificuldades, ou seja, é possível identificar certa relação de dependência, em maior ou menor nível, entre as normas administrativas e as de cunho eminentemente penal, particularmente notada pela presença constante e maciça de elementos normativos nos tipos penais consumeristas de cunho técnico-administrativo⁶ e a qualidade das sanções cominadas.

A necessidade de se obstar a tutela penal alcança contornos mais nítidos na opinião do autor citado, quando assevera “... considerando-se as particularidades que cercam os bens supra-individuais, a verdadeira criação

¹ HASSEMER, Winfried. A preservação do ambiente através do direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 6, n. 22, abr./jun. 1998, p. 28.

² PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança* (com a análise da Lei 11.105/2005). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 80.

³ HASSEMER, Winfried, op. cit., p. 30-33.

⁴ HASSEMER, Winfried, op. cit., p. 30.

⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. As duas faces de Janus: a criminalização e a descriminalização do direito ambiental. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.) *Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do século)*. São Paulo: Método, 2001, p. 305-306.

⁶ Por exemplo, vejam-se as normas do art. 37, da Lei nº. 8.078/90, definidoras de elementos normativos do tipo penal descrito no art. 67, do mesmo Estatuto.

de um novo Direito, o Direito de Intervenção, conforme proposto pela Escola de Frankfurt”⁷.

Por outro lado, Luiz Regis Prado peleja contra as proposições de Hassemer partindo de sua visão relativamente antropocêntrica de bem jurídico a fim de procurar demonstrar a legitimação da tutela penal da ordem econômica *lato sensu*.

A idéia motriz do referido autor repousa sobre o fundamento de que “o ambiente não é um dado absoluto, mas sim referido, afeto ao homem”⁸. Assim, possível concluir que o bem jurídico – qualquer bem – necessita estar imbricado ao ser humano para tornar-se digno de tutela penal.

E conclui esse autor pela necessidade de tutela penal da ordem econômica no Brasil dizendo “a ordem econômica e financeira vem disciplinada de forma minudente no texto constitucional ... em que se encontram ancorados os pressupostos constitucionais dos bens jurídicos que devem ser protegidos pela lei penal”⁹.

Por outro lado, ressalte-se crítica grave do próprio Luiz Regis Prado sobre o conteúdo do Estatuto Consumerista, quando assevera “fica assentado em matéria penal o caráter altamente incriminador da Lei 8.078/90, visto que erige à categoria de delito uma grande quantidade de comportamentos que, a rigor, não deveriam passar de meras infrações administrativas”¹⁰.

De outra sorte, este trabalho parte da premissa básica e fundante de que os direitos do consumidor possuem jaez constitucional – art. 170, V, CF, devido à sua estreita vinculação ao valor maior da dignidade humana e, portanto, sua dignidade constitucional não pode ser negada. Todavia, esta proposição não implica, necessariamente, a incidência inarredável da tutela penal ou o reconhecimento peremptório de sua dignidade penal.

Nessa vertente, as críticas mais contundentes são estabelecidas pela denominada Escola de Frankfurt, capitaneada por Hassemer, no sentido de que a tutela penal seria fruto da expansão do direito penal¹¹, o que o arremeteria contra o postulado da mínima intervenção, bem como, o déficit de execução¹² da tutela penal cujo fundamento basilar se encontra nas cifras negras da criminalidade econômica *lato sensu*.

⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: RT, 2003, p. 220.

⁸ PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente...* op. cit., p. 82.

⁹ PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.31.

¹⁰ PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico...*op. cit., p. 98.

¹¹ HASSEMER, Winfried, op. cit., p. 30.

¹² Id., op. cit., p. 30-31.

Entretanto, há que se recordar que tais inconveniências também existem em relação aos chamados bens jurídicos individuais – vida, patrimônio, liberdade sexual – e sua tutela pelo designado direito penal clássico ou tradicional e nem por isso se lhe nega sua legitimidade.

Não se nega que muitos dos bens jurídicos não difusos também padecem dos vícios das cifras negras e, nem por isso, se defende com alguma seriedade a tese da completa abolição de sua tutela pelo direito penal¹³.

A toda evidência, não se pode negar ou afirmar de forma peremptória a dignidade penal do bem em questão, como assevera Ana Paula Nogueira da Cruz “os bens jurídicos não são escolhidos aleatoriamente. São definidos na medida de sua importância para a vida do homem em sociedade, tendo como parâmetro o conceito de dignidade da pessoa humana”¹⁴.

Por outro lado frise-se que a postura deste trabalho coaduna-se, perfeitamente, com os postulados de mínima intervenção, ou seja, a visão humanista e iluminista de mundo.

Nesse diapasão pode-se estabelecer como premissa válida e suporte do que aqui se explorará o reconhecimento hígido da dignidade constitucional do bem jurídico ordem econômica – relação de consumo; outro problema diz respeito à forma de tutela jurídica, isto é, se mediante a tutela administrativa ou em conformidade com um direito penal calcado nos princípios fundamentais, tais como, a legalidade, a culpabilidade e a mínima intervenção penal, ou, até mesmo, se por meio de um direito administrativo-penal, como proposto por Miguel Reale Junior¹⁵.

3 MANDATO EXPRESSO DE CRIMINALIZAÇÃO

Questão que sempre atrai intenso debate e em geral é tida por muitos como tormentosa diz respeito à obrigatoriedade de criminalização de condutas por parte do legislador infraconstitucional uma vez constatado que determinado bem jurídico se encontra inserido no nível mais elevado da hierarquia normativa.

¹³ Vide, por exemplo, a problemática que envolve a proteção do bem jurídico capacidade de autodeterminação sexual nos crimes contra os costumes. Não se nega que o número de condenações por estupro e atentado violento ao pudor nem de longe refletem a realidade das ocorrências.

¹⁴ CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da. A importância da tutela penal do meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 8, n. 31, jul/set. 2003, p. 59.

¹⁵ REALE JUNIOR, Miguel. Despenalização no direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 7, n. 28, 1999, p. 125.

Luiz Regis Prado capitaneia a escola de cientistas penais que defende a tese da existência do chamado mandato expresso de criminalização, para o bem jurídico ambiente.

Assim, podem-se citar por fundamento os incisos XXXII, do art. 5º e V, do art. 170, bem como o parágrafo 4º, do artigo 173 e mesmo o parágrafo 3º, do art. 225, da Constituição Federal brasileira, para assinalar que “com tal previsão, a Carta brasileira afastou, acertadamente, qualquer eventual dúvida quanto à indispensabilidade de uma proteção penal [...]”¹⁶.

Contudo, se a premissa acima parece não deixar dúvidas sobre o bem jurídico ambiente ecologicamente equilibrado, o mesmo não pode ser dito no tocante às relações de consumo, isto é, que a defesa dos interesses e direitos do consumidor exija a criminalização das condutas a eles lesivas.

Resulta das conclusões de Luiz Regis Prado, fulcradas em sua visão relativamente antropocêntrica de bem jurídico que “... a partir dessa exigência constitucional, impende ao legislador ordinário construir um verdadeiro sistema normativo penal que defina, de modo certo e taxativo, as condutas puníveis e as respectivas penas”¹⁷.

Esta visão tem sido seguida por vários cientistas penais, dentre os quais se pode citar Ivan Luiz da Silva, que apregoa “o ingresso do meio ambiente no rol dos bens jurídicos de suprema relevância para a ordem constitucional teve como consequência lógica sua proteção sob o pálio do Direito Penal”¹⁸.

Aparentemente, tal fundamento também serve à ordem econômica, visto que o ambiente, de certa forma, se insere na ordem econômica *lato sensu*.

Tal visão, apesar de adotada pelo ensaísta em relação ao ambiente, não é acolhida neste trabalho, apesar da existência de respeitável opinião doutrinária diversa. Com efeito, não se pode inserir o bem jurídico ambiente no mesmo nível de aquilatação que os direitos do consumidor; não se lhes nega a dimensão constitucional, apenas, se está aqui defendendo que ambos, embora previstos na Carta de Garantias e estarem atrelados de forma mais ou menos intensa ao fundamento da dignidade humana, não se encontram no mesmo nível para fins de seleção do tratamento jurídico que lhes será dispensado.

Defendendo a inexistência de mandato expresso de criminalização, Janaina Paschoal anuncia que “um Direito Penal que se pretende mínimo não pode conviver com um mínimo formal irrenunciável, trazendo a Constituição, seja

¹⁶ PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente...* op. cit., p. 80.

¹⁷ Id. *Ibid.*, p. 83.

¹⁸ SILVA, Ivan Luiz da. Fundamentos da tutela penal ambiental. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 92, n. 818, dez. 2003, p. 436.

por meio de indicações ou de determinações expressas de criminalização, os bens que o Direito Penal pode (e não os que deve) tutelar”¹⁹.

A referida autora não vislumbra a convivência harmônica de um direito penal mínimo com a possibilidade da ocorrência de mandatos expressos de criminalização.

Menciona, citando Martos Nuñez, que “o Direito Penal, enquanto instrumento de controle social, é a última arma de que o Estado se pode valer para dirimir os conflitos que lesem, ou coloquem em perigo real, os bens jurídicos fundamentais aos indivíduos e à comunidade”²⁰.

Entretanto, apesar das razões aclaradas na obra citada, parece de todo difícil afirmar a inexistência de mandatos expressos de criminalização; por outro lado, não se vê qualquer incompatibilidade da ocorrência de tais mandatos com a opção constitucional por um direito penal mínimo.

Aliás, tendo em conta o valor superior da dignidade humana, a existência e o reconhecimento, assim como, a inexistência de mandatos expressos de criminalização devem reafirmar o postulado da mínima intervenção penal, como gizado por Cláudio Ribeiro Lopes “obviamente, haverá que se estabelecer um norte, parametral, para a incidência da tutela penal, na justa medida da mínima intervenção. Neste ponto assume relevância ímpar a tese da delimitação constitucional dos bens jurídicos”²¹.

De conseguinte, pelo prisma ora adotado, ainda que se concluísse sobre a eventual existência de mandato expresso de criminalização da ordem econômica não induziria necessariamente à síntese de que o âmbito do consumidor se encontre inserido nesta sede. Essa a visão ora adotada no sentido de que não se pode reconhecer, de plano, a existência de mandato expresso de criminalização da matéria pertinente à defesa do consumidor pela ausência de dignidade penal; de outra sorte, ainda que se reconheça tal ocorrência, não leva de forma inafastável à síntese de que a tutela penal se mostre evidente.

4 MODELOS DE PROTEÇÃO LEGAL

Uma vez eventualmente reconhecida a dignidade penal da ordem econômica em sua vertente da tutela penal consumerista, apesar de não se reconhecer a

¹⁹ PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 147.

²⁰ MARTOS NUÑEZ, Juan, apud PASCHOAL, Janaina Conceição, op. cit., p. 21.

²¹ LOPES, Cláudio Ribeiro. O controle social, o sistema penal e o princípio da intervenção mínima. In: LIBERATI, Wilson Donizeti; LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro (Org.). *Direito penal e constituição*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 265.

ocorrência de mandato expresso de criminalização para este bem jurídico, surge a indagação: como esta deverá ser efetivada?

Não se trata de apenas mais uma questão formal sobre qual a melhor técnica legislativa para se tutelar bem jurídico de tal relevância; com efeito, como citado por Luiz Regis Prado “independentemente da localização topográfica dos preceitos penais ..., o que na verdade importa para a sua eficácia é uma adequada construção dos tipos e sua real aplicação”²².

Basicamente, é possível aparelhar a tutela penal dos direitos do consumidor de duas formas: incorporando seus preceitos ao código penal (codificação) ou espargindo-os em uma ou mais leis especiais, o que caracteriza a legislação tópica ou mosaica.

De maneira absolutamente contundente, Luiz Regis Prado entende que “a moderna tendência doutrinária e legislativa sugere, corretamente, como alternativa preferível a da integração dos tipos penais do ambiente no Código Penal, como bens jurídicos autônomos”²³.

Infelizmente, no Brasil, optou-se pela técnica da legislação especial em detrimento da oportunidade de se incorporar a matéria ao texto do código penal vigente.

Aliás, tal opção do legislador penal não destoava de sua habitualidade: veja-se que nas duas últimas décadas a opção da legislação por tópicos tornou-se a regra.

Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini noticiam a promulgação de mais de cem leis na esfera criminal apenas na década de 1990²⁴.

João Marcello de Araújo Junior já alertava que “... já possuímos uma intrincada rede de normas penais econômicas dispersas em uma multidão de leis extravagantes, que em final de 1994 somavam [...] 96 leis especiais”²⁵.

No mesmo sentido e restringindo-se às normas penais econômicas que tutelam os direitos do consumidor, Alberto Zacharias Toron alerta que “o cipoal de normas penais, umas se sobrepondo às outras no tempo, não só propicia a confusão entre os operadores do sistema ..., como também deixa claro a ausência de uma política criminal cientificamente pensada”²⁶.

²² PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente...* op. cit., p. 85.

²³ PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente...* op. cit., p. 86.

²⁴ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. *O direito penal na era da globalização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 5.

²⁵ ARAUJO JUNIOR, João Marcelo. O direito penal econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 7, n. 25, 1999, p. 153.

²⁶ TORON, Alberto Zacharias. Aspectos penais da proteção ao consumidor. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 3, n. 11, 1995, p. 80.

Muitos são os inconvenientes citados para uma tal forma de técnica legislativa: surgimento de falhas na composição dos tipos penais, redundâncias, violações ao princípio de proporcionalidade, dificuldades graves para a hermenêutica e a interpretação dos dispositivos penais, entre outros.

O problema alcançou nível tal que Luiz Luisi chegou a afirmar que “no Brasil a ‘nomorréia’ penal tem aspectos alarmantes, e, em alguns casos, [...] até grotescos”²⁷.

Todavia, contrariando todos os benefícios do critério unitário citado por Luiz Regis Prado, como a “maior unidade e harmonia, além de superior coordenação, facilitando em muito o conhecimento e a interpretação dos elementos que compõem a tipologia penal do ambiente”²⁸, editaram-se as Leis nº. 8.078/90 e 8.137/90 – leis especiais – para se buscar efetivar a tutela da ordem econômica – defesa do consumidor.

Calha aqui ressaltar a advertência do referido autor, que afirma “não é conveniente, nem oportuno remeter à legislação extravagante a tutela penal de um bem jurídico essencial [...]”²⁹.

Com efeito, a opção do legislador infraconstitucional pela técnica de estilo mosaico para a tutela penal consumerista, do ambiente e outros setores se deu em virtude de não haver limites normativos formais à sua atuação.

A doutrina contemporânea tem acenado com duas propostas básicas no sentido de se tentar limitar o legislador: a reserva de código e a reserva de lei complementar.

A denominada reserva de código é sustentada, entre alguns, por Leonardo Sicca, que verbera “[...] é um imperativo de sobrevivência para os sistemas hipertrofiados e vitimados pelo pan-penalismo [...] Mais do que nunca, é preciso recuperar a legitimidade do sistema penal, e um grande passo para isso é retomar o Código Penal como matriz”³⁰.

Por outro lado, a reserva de lei complementar teria por função dificultar as votações sobre matéria de índole penal pelo legislativo federal, visto exigir *quorum* qualificado para a sua aprovação, nos termos do artigo 69, da Lei Maior brasileira.

Nada obstante, tem-se que o ordenamento jurídico estabeleceu a tutela penal consumerista por meio de legislação tópica e, no momento, de nada

²⁷ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: SAFE, 1991, p. 29.

²⁸ PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente...* op. cit., p. 88.

²⁹ Id. *ibid.*, p. 90.

³⁰ SICCA, Leonardo. *Direito penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 201.

favorece o lamento; é com esta forma de técnica legislativa que se deve operacionalizar a defesa penal do consumidor, ou, quem sabe até se poderia pensar na própria despenalização, como proposto por Miguel Reale Junior³¹ e Eduardo Reale Ferrari³².

5 PROBLEMAS DE TÉCNICA LEGISLATIVA

É opinião praticamente unânime na doutrina penal contemporânea que as Leis nº. 8.078/90 e 8.137/90 apresentam várias impropriedades técnicas.

Luiz Regis Prado já certificara que “as leis penais ..., mormente no Brasil, são, em sua maioria excessivamente prolixas, casuísticas, tecnicamente imperfeitas, quase sempre inspiradas por especialistas do setor afetado, leigos em Direito”³³.

Sem dúvida, a reunião dos tipos penais num único texto deve tornar a tarefa dos operadores do direito penal mais factível, principalmente diante do cipoal legislativo em que se tornou o ordenamento jurídico-penal brasileiro nas duas últimas décadas.

Com efeito, um dos principais problemas relacionados com a tutela penal consumerista diz respeito às técnicas legislativas adotadas.

Precisamente, nesta sede é possível inferir a clara opção do legislador pelas normas penais em branco.

O mesmo autor citado explica esta opção legislativa fazendo menção que “a regulação jurídico-penal de certos setores (v.g. ambiente), altamente condicionados por fatores histórico-sociais, que exigem uma atividade normativa constante e variável, costuma ser realizada através da técnica legislativa denominada norma penal em branco”³⁴.

Inquestionavelmente, se está diante de um dilema político-legislativo: empregar as normas penais em branco significa possibilitar uma estabilidade normativa em setores sociais que apresentam volatilidade regular; por outro lado, esta técnica parece ter o condão de relativizar a determinação taxativa dos tipos penais, o que poderia levar à violação do princípio penal de legalidade estrita.

³¹ REALE JUNIOR, Miguel, op. cit., p. 116-129.

³² FERRARI, Eduardo Reale. Legislação penal antitruste: direito penal econômico e sua acepção constitucional. In: REALE, Miguel (Org.). *Experiências do direito*. Campinas: Millennium, 2004, p. 260.

³³ PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente...* op. cit., p. 91.

³⁴ PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente...* op. cit., p.92.

Contudo, Luiz Regis Prado assevera que “o emprego dessa técnica torna mais fácil a necessária coordenação entre as normas penais e as disposições administrativas”³⁵.

Assim, no mesmo sentido do explanado, Bustos Ramírez assinala que “a técnica legislativa é adequada, pois de outro modo a tipificação careceria de determinação e se prestaria a arbitrariedades”³⁶.

Alessandra Prado é partidária da tese que defende a utilização das normas penais em branco, e expõe “pela dificuldade, ou mesmo inconveniência, em se realizar uma descrição detalhada dos fatos puníveis, em relação ao meio ambiente, a adoção da técnica legislativa da norma penal em branco é necessária [...]”³⁷.

Por outro lado, aparentemente a doutrina brasileira refuta de certa forma tais assertivas, manifestando-se no sentido de que o emprego de normas penais em branco possa, de alguma forma, aviltar a taxatividade necessária à construção dos tipos penais.

Nessa linha, Sérgio Médici aponta que “infringe o princípio da legalidade, portanto, a descrição penal indeterminada, vaga, que não permita determinar a abrangência do preceito primário do tipo penal, possibilitando assim arbitrariedades por parte do julgador”³⁸.

De semelhante, Nilo Batista assevera contra as incriminações vagas e indeterminadas, prescrevendo “formular tipos penais ‘genéricos ou vazios’, valendo-se de ‘cláusulas gerais’ ou ‘conceitos indeterminados’ ou ‘ambíguos’, equivale teoricamente a nada formular, mas é prática e politicamente muito mais nefasto e perigoso”³⁹.

No mesmo sentido, Francisco de Assis Toledo enfatiza “a exigência de lei certa diz com a clareza dos tipos, que não devem deixar margens a dúvidas nem abusar do emprego de normas muito gerais ou tipos incriminadores genéricos, vazios”⁴⁰.

Com efeito, defende-se que a simples utilização da técnica em comento não leva, necessariamente, à imprecisão normativa; a segurança jurídica não fica de

³⁵ PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente...* op. cit., p. 93.

³⁶ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual del derecho penal*. Parte Especial. Barcelona: Ariel, 1986, p. 353 (tradução livre).

³⁷ PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. *Proteção penal do meio ambiente: fundamentos*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 97.

³⁸ MÉDICI, Sérgio de Oliveira. *Teoria dos tipos penais*. Parte Especial do Direito Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 203.

³⁹ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 4 ed., Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 78.

⁴⁰ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. 8 tir. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 29.

plano aviltada pelo só fato de um tipo penal ser construído com o emprego de norma penal em branco, muito embora se possam alcançar níveis de insegurança normativa por meio do emprego exagerado dessa técnica legislativa.

É certo, todavia, que tal emprego possa acarretar dificuldades no conhecimento da lei por seus destinatários, visto laborar-se com a ficção legal do conhecimento inescusável das leis. Isso remeteria a uma possível erosão da tutela penal diante da exacerbação da figura do erro de proibição.

Porém, se houver racionalidade e comedimento no emprego dessa técnica, bem como, se as fontes de interpretação tiverem por escopo a precisão técnica e a estabilidade de suas previsões normativas, não haverá risco sensível ao princípio da legalidade em sua vertente da determinação taxativa.

O fato, entretanto, é que o comedimento necessário não se tem logrado efetivar, principalmente pelo fato de não haver limitação à tarefa do legislador penal no tocante às técnicas de lei adotadas na construção dos tipos penais.

Alie-se a essas considerações, como agravante, o fato inquestionável da existência de uma tradição secular no Brasil pelo emprego de tal técnica, também em relação aos bens jurídicos individuais.

Com efeito, Zaffaroni e Pierangeli manifestam-se favoráveis às chamadas normas penais em branco, aduzindo “a lei penal em branco não é inconstitucional porque sua estrutura vem imposta pela divisão de poderes do Estado”⁴¹.

Outro ponto de destaque em relação à tutela penal da ordem econômica *lato sensu*, citado por Luiz Regis Prado é o fato dela estar “permeada de elementos normativos (jurídicos e extra jurídicos), que estão em função de uma particular relação entre os dados – representados ou pensados – e a norma ou uma avaliação pressuposta”⁴².

Tais elementos não são exclusivos da proteção legal do ambiente, mas ao contrário, comparecem em relação a inúmeros tipos penais que se relacionam com os bens jurídicos individuais ou meta-individuais e se espraiam pelo código penal brasileiro⁴³.

Os elementos normativos são aqueles que exigem juízo de valor jurídico ou extra jurídico do intérprete no sentido de se aferir sobre a imputação penal. Em última instância, portanto, referem-se à problemática da adequação típica.

⁴¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. Parte Geral. 5. ed. rev. e atual.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 427.

⁴² PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente...* op. cit., p. 96.

⁴³ Vide, por exemplo, os artigos 267, 297, 305, 313-A, 313-B, 316, 333, 359-A a 359-H etc., do Código Penal brasileiro.

No caso brasileiro, os tipos penais consumeristas são profícuos em fazer uso de tais elementos em seus tipos.

Expressões como nocividade, periculosidade, publicidade, termo de garantia etc. encerram a necessidade de se realizar a sua necessária delimitação semântica a fim de se identificar o juízo de tipicidade penal.

Muito embora Francisco Muñoz Conde tenha se manifestado contrário ao emprego de tais elementos, aduzindo “deve-se reprimir o uso de ‘elementos normativos’ [...] que implicam sempre uma valoração e, por isso, certo grau de subjetivismo e empregar sobretudo elementos lingüísticos descritivos que qualquer um pode apreciar ou conhecer em seu significado”⁴⁴, parece de todo inevitável o emprego dessa técnica legislativa em sede da tutela penal consumerista, pela especificidade do bem jurídico, bem como por seu estreito relacionamento com o direito administrativo, fato também notado na tutela penal ambiental.

A par disso, Luiz Regis Prado estabelece contundente crítica à Lei 8.078/90, verberando que “o legislador, na elaboração do Código de Defesa do Consumidor, foi pródigo em utilizar conceitos amplos e indeterminados – muitas vezes eivados de impropriedades técnicas, lingüísticas e lógicas”⁴⁵.

Por fim, deve-se destacar a problemática dos delitos de perigo e seu emprego legislativo em sede de proteção legal do consumidor.

O referido autor define os delitos de perigo como sendo aqueles para os quais “basta a existência de uma situação de perigo – lesão potencial”⁴⁶ ao bem jurídico para defini-los.

Estes, de seu turno, são subdivididos basicamente em delitos de perigo concreto, em que “o perigo integra o tipo como elemento normativo, de modo que o delito só se consuma com a sua real ocorrência para o bem jurídico”⁴⁷ e delitos de perigo abstrato, aqueles em que “o perigo constitui unicamente a *ratio legis*, o motivo que dá lugar à vedação legal de determinada conduta”⁴⁸.

A utilização da técnica dos delitos de perigo se apresenta como uma espécie de antecipação de tutela penal, isto é, segundo Ana Paula Nogueira da Cruz “o crime de perigo tutela o bem jurídico protegido antes de sua efetiva lesão, ainda em um momento de possibilidade de ocorrência, em sede de ameaça do dano”⁴⁹. Ainda, na visão desta autora, “o direito penal ambiental pode funcionar

⁴⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 46.

⁴⁵ PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico* op. cit., p. 98.

⁴⁶ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. Parte Geral. 5 ed., revista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1, p. 257.

⁴⁷ PRADO, Luiz Regis. *Curso...* op. cit., p. 257.

⁴⁸ PRADO, Luiz Regis. *Curso...* op. cit., p. 258.

⁴⁹ CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da, op. cit., p. 82.

também preventivamente, mormente na criminalização do perigo, em que se antecipa a proteção do bem jurídico tutelado”⁵⁰.

A questão de fundo, no entanto, é outra: a defesa jurídica do consumidor legitimaria essa antecipação de tutela penal por meio do emprego da técnica legislativa dos delitos de perigo?

Segundo Renato de Mello Jorge Silveira, “[...] é imprescindível, para o contorno de perigo, que haja a probabilidade de lesão a um bem jurídico penal”⁵¹.

Pela análise superficial da construção dos tipos penais relacionados ao consumidor, como, por exemplo, as normas previstas nos arts. 65 e 68, da Lei 8.078/90, tem-se que a constatação de que se tratam de figuras de perigo abstrato viola, frontalmente, a fundamentação de que para a sua existência ocorra uma probabilidade de lesão. Assim, a antecipação de tutela penal pretendida por meio do emprego da técnica dos delitos de perigo abstrato, nesta sede, revela-se absolutamente ilegítima do ponto de vista estrutural.

Mencionam-se, ainda, os delitos de perigo abstrato-concreto. Essa nova categoria, no dizer de Luiz Regis Prado “se refere à entidade do perigo relativamente à proximidade da lesão, não sendo, como o delito de perigo concreto, delito de resultado de perigo”⁵².

Tendo em vista que a conduta lesiva aos direitos do consumidor “está diretamente vinculada ao caráter complexo e difuso”⁵³ da matéria, bem como, diante da eventual necessidade de se construir uma tipificação penal passível de ser objeto de prova, apesar da complexidade já mencionada, a técnica legislativa dos delitos de perigo talvez fosse a mais adequada, não apenas para se efetivar a proteção do bem jurídico, como, também, a fim de se evitar a indeterminação na incriminação das condutas.

Para esse autor, com o emprego dessa técnica legislativa “[...] além de não se ter dificuldade probatória, a incriminação é menos indeterminada, e as margens judiciais no momento de avaliar o perigo são mais reduzidas”⁵⁴.

6 CARÊNCIA DE SANÇÃO PENAL ECONÔMICA NO ÂMBITO DO CONSUMIDOR

Superadas as inconveniências relacionadas à incapacidade do direito penal em tutelar a ordem econômica na defesa do consumidor, isto é, ainda que se

⁵⁰ CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da, op. cit., p. 79 (nota de rodapé).

⁵¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 112.

⁵² PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente...* op. cit., p. 138.

⁵³ PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente...* op. cit., p. 134.

⁵⁴ PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente...* op. cit., p. 135.

reconheça eventual dignidade penal do bem jurídico em questão, segundo o exposto, resta imergir na tormentosa questão sobre a carência de sanção penal econômica para as hipóteses relacionadas aos direitos do consumidor.

De princípio, cumpre ressaltar em atenção ao apregoado por Eduardo Reale Ferrari que ainda que se reconheça a dignidade penal, isto é, o juízo de intolerabilidade social, “não significa, com isso, ser conclusivo pela intromissão penal”⁵⁵.

Assim, segundo o referido autor, embora a conduta detentora de dignidade penal possa expor a perigo o bem jurídico tutelado e, ainda assim, de forma muito grave violar as expectativas sociais, isto é, patenteando-se a danosidade social, restará ainda “verificar se outra via que não a criminal poderá alcançar os objetivos punitivos pretendidos pela tutela econômica”⁵⁶.

Dessa forma, é possível inferir que o conceito de carência de tutela penal vincula-se, estreitamente, com o modelo penal garantista de *ultima ratio*, isto é, um direito penal em mínima intervenção, acrescentando-se a condição de que a sanção penal somente poderá ser legitimamente imposta “quando impossível a eficácia à proteção social, por intermédio de outros ramos do direito”⁵⁷.

Segundo, ainda, Eduardo Reale Ferrari, “de acordo com o princípio ... a incidência da sanção penal econômica, só se justifica se possível o alcance de seus fins”⁵⁸. Esta proposição remete às teorias que procuram legitimar a pena criminal – os fins das penas, assunto que será exposto no item 8 deste ensaio.

7 INCOMPATIBILIDADES ENTRE A TUTELA PENAL DA ORDEM ECONÔMICA CONSUMERISTA E A MÍNIMA INTERVENÇÃO PENAL

Ponto merecedor de destaque, neste ensaio, refere-se a algumas opiniões da doutrina no sentido de que os elementos basilares de um direito penal mínimo não poderiam ser aplicados ao bem jurídico defesa do consumidor.

Nessa sede, Ana Paula Nogueira da Cruz chega a afirmar que “os postulados do chamado direito penal mínimo não se aplicam à proteção do meio ambiente”⁵⁹, o que poderia levar à conclusão de que também não seriam aplicáveis à ordem econômica, como um todo.

A autora não se encontra desamparada, pois, Vladimir e Gilberto Passos de Freitas asseveram “o direito penal mínimo não deve ser aplicado em tema

⁵⁵ FERRARI, Eduardo Reale. *Legislação penal antitruste...* op. cit., p.270.

⁵⁶ FERRARI, Eduardo Reale. *Legislação penal antitruste...* op. cit., p. 270.

⁵⁷ FERRARI, Eduardo Reale. *Legislação penal antitruste...* op. cit., p. 271.

⁵⁸ FERRARI, Eduardo Reale. *Legislação penal antitruste...* op. cit., p. 274.

⁵⁹ CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da, op. cit., p. 83.

de infrações ambientais, onde os danos são de conseqüências graves e nem sempre conhecidas e a preservação é um dever a ser levado com o máximo empenho e seriedade [...]”⁶⁰.

Com efeito, os autores supracitados estão equivocados em suas premissas.

A tutela penal de bens jurídicos coletivos, individuais homogêneos e difusos, como a defesa do consumidor, o ambiente, etc., em verdade, não nega, antes, afirma os postulados de um direito penal de cunho liberal, isto é, um direito penal em mínima intervenção.

O problema fulcral é que um direito penal em mínima intervenção pode remeter a problemática da defesa do consumidor para o direito administrativo, melhor dizendo, para um outro direito que não o penal clássico.

Partindo-se da premissa exposta por Luiz Regis Prado de que “a função político-criminal do bem jurídico constitui um dos critérios principais de individualização e delimitação da matéria destinada a ser objeto da tutela penal”⁶¹ e, tendo-se em conta a concepção dualista⁶² para a formação do injusto penal típico, por “ser o delito formado de um desvalor da ação e de um desvalor do resultado”⁶³, comungada neste ensaio, bem como os fundamentos constitucionais da ordem econômica, não se pode chegar a outra conclusão senão que a tutela consumerista se encontrará inserida no contexto de um direito penal mínimo desde que seja efetivada por outro instrumento jurídico que não o modelo tradicional do direito penal.

Isto não significa dizer que postulados garantistas serão esquecidos. Antes, comungando das teses de Miguel Reale Junior e Eduardo Reale Ferrari, a terceira via parece demonstrar-se mais razoável, equilibrada, coerente e garantista.

O bem jurídico-penal enquanto tal somente pode ser alçado a este nível de relevância em decorrência justamente da aplicação dos postulados da mínima intervenção, isto é, da identificação de que os demais ramos do direito se revelaram insuficientes para a sua adequada tutela.

Logo, não se deve afastar por completo a tutela penal dos direitos do consumidor; deve-se, isto sim, efetivá-la por meio da criação de um novo direito que seja melhor que o administrativo, a fim de coibir uma série de abusos por parte do Estado, e mais digno que o penal clássico no tocante à não utilização de penas privativas de liberdade.

⁶⁰ FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 33.

⁶¹ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.21.

⁶² PRADO, Luiz Regis. *Curso...* op. cit., p. 356-368.

⁶³ PRADO, Luiz Regis, op. cit.,(Bem jurídico-penal...), p. 45.

Um direito penal que se pretenda mínimo deve, necessariamente, estar ajustado a uma série de postulados, destacando-se, neste momento, a exclusiva proteção de bens jurídicos, desde que penalmente relevantes, isto é, valores que possuem significação social ímpar e, por isso, merecem a incidência do direito penal.

Assim, “o princípio da mínima intervenção implica obstar ao próprio Estado que este se sirva, aleatoriamente, espuriamente, açodadamente, do sistema penal como instrumento *prima ratio* de controle da sociedade”⁶⁴.

Veja-se: num Estado de direito democrático e social a tutela penal apenas pode encontrar legitimação se fundada na dignidade humana, valor superior geralmente inserido em texto constitucional.

Para que tal desiderato chegue a bom termo, o direito penal deve apresentar-se em aspecto residual, secundário aos demais ramos do direito, porém, sem esquecer-se de que existe para assegurar a tutela dos bens jurídicos mais relevantes e que possuam inter-relação com o valor fundante da dignidade humana, numa concepção relativamente antropocêntrica da sociedade e do direito.

Essa forma de auto-apresentação do direito penal em que se delinea sua fragmentariedade, no dizer de Luiz Regis Prado “impõe que o Direito Penal continue a ser um arquipélago de pequenas ilhas no grande mar do penalmente indiferente”⁶⁵.

Nesse sentido, rechaçam-se por completo quaisquer tendências antiliberais que possam pretender manter a tutela penal consumerista diante dos postulados do direito penal mínimo, tais sejam, a subsidiariedade e fragmentariedade do direito penal frente a outros ramos do direito, a exclusiva proteção de bens jurídicos penalmente relevantes, a lesividade das ações, a insignificância, a culpabilidade etc.

A toda evidência, a defesa do consumidor enquanto bem jurídico de jaez constitucional é absolutamente compatível com a tutela jurídica e, essa tutela jamais poderá ser realizada a bom termo por meio da expansão do direito penal, pois, não se trata de tutelar funções, antes, apesar dos vários problemas da péssima técnica legislativa encontrados nas Leis nº. 8.078/90 e 8.137/90, não se nega a necessidade de proteção de tão importante bem jurídico, apenas que esta se efetive com outros contornos que não o penal.

8 FUNDAMENTOS DA SANÇÃO PENAL ECONÔMICA NA TUTELA PENAL DO CONSUMIDOR

Quais fins podem conferir legitimidade à imposição de sanções criminais?

⁶⁴ LOPES, Cláudio Ribeiro, op. cit., p. 265.

⁶⁵ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal...* op. cit., p. 69-70.

A esta questão a doutrina tem dedicado intensos debates e pensamentos, há alguns séculos. Assim, para Jeremy Bentham, fundador da Escola Utilitarista, o fim principal das penas é “o castigo em que o réu padece é um painel em que todo homem pode ver o retrato do que lhe teria acontecido, se infelizmente incorresse no mesmo crime”⁶⁶. Percebe-se neste autor a visão da prevenção geral negativa como fundamento da pena.

Com efeito, num breve histórico, é possível relacionar duas grandes teses relacionadas à fundamentação da sanção penal: o retributivismo e o prevenicionismo. A terceira via seria o ecletismo das duas teses mencionadas.

Para Eduardo Reale Ferrari, “o primeiro fim justificador das penas foi o retributivismo”⁶⁷. Essa fundamentação, que se vincula à teoria absoluta, principiou, segundo o autor, por “acepções de ordem religiosa”⁶⁸. Posteriormente, recebeu os influxos dos pensamentos de Kant, que concebia a pena como um imperativo categórico de justiça – uma retribuição moral, segundo Sérgio Salomão Shecaira⁶⁹ – e de Hegel, que cunhou às idéias de Kant uma visão de retribuição jurídica⁷⁰, isto é, a idéia básica de que a imposição efetiva da pena corresponde à negação da negação do direito, o que pode remeter à conclusão de que a prevenção geral positiva nasce a partir de Hegel.

A essa conclusão já havia chegado Luiz Regis Prado, com o entendimento que lhe é peculiar, afirmando “... a chamada prevenção geral positiva está diretamente relacionada com a função retributivista da pena justa e adequada à gravidade do delito, cuja aplicação implica a reafirmação do ordenamento jurídico”⁷¹.

A teoria da prevenção apresenta vertentes geral e especial, ambas com subdivisões positiva e negativa.

Assim, pela prevenção geral negativa, também denominada exemplaridade⁷² ou intimidação⁷³, a pena teria o condão de produzir,

⁶⁴ LOPES, Cláudio Ribeiro, op. cit., p. 265.

⁶⁵ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal...* op. cit., p. 69-70.

⁶⁶ BENTHAM, Jeremy. *Teoria das penas legais e tratado dos sofismas políticos*. Rev. Roselene Cristiani dos Santos Oliveira. Leme: Edijur, 2002, p. 23.

⁶⁷ FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 47.

⁶⁸ FERRARI, Eduardo Reale, op. cit., p. 48.

⁶⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 130.

⁷⁰ FERRARI, Eduardo Reale, op. cit., p. 49.

⁷¹ PRADO, Luiz Regis. Teoria dos fins da pena: breves reflexões. *Ciências penais – Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, ano 1, n. 00, 2004, p. 149.

⁷² FERRARI, Eduardo Reale, op. cit., p. 50.

⁷³ Id. Ibid., p. 131

simbolicamente, efeitos de intimidação na população em geral, de forma a atemorizar os possíveis e eventuais infratores da ordem jurídico-penal-social.

Por outro lado, a prevenção geral positiva ou integradora, segundo Sérgio Salomão Shecaira, para quem a “norma deve ser, pois, estimulada em seu cumprimento, sendo esse um processo de formação do povo, com oportunidades de assimilar os valores básicos da sociedade”⁷⁴, conduziria à estabilização da norma penal.

Noutras palavras, com a imposição da pena criminal se estaria restabelecendo a confiança das pessoas, como um todo, na vigência das normas em decorrência da efetividade da punição, podendo verificar-se três efeitos principais, de acordo com Luiz Regis Prado, tais sejam, a aprendizagem, a confiança e a pacificação social⁷⁵.

Há, ainda, outra subdivisão na teoria da prevenção geral positiva, apontada por Renato Flávio Marcão, a saber, a fundamentadora, que “[...] busca, apenas, a afirmação da vigência da norma perante a sociedade”⁷⁶ e a limitadora, segundo a qual “a prevenção geral deve expressar-se com sentido limitador do poder punitivo do Estado”⁷⁷.

De outra sorte, verifica-se a prevenção especial. No caso, em sua vertente positiva, relaciona-se com a expectativa de recuperação do delinqüente, aquele que violou as expectativas da sociedade em relação à estabilidade normativa, ou seja, aos padrões jurídico-sociais estabelecidos em lei penal. Para Claus Roxin, “os únicos fins legítimos de execução são os ressocializadores”⁷⁸.

Eduardo Reale Ferrari denomina essa vertente positiva da prevenção especial como “emenda ao delinqüente”⁷⁹.

Para Luiz Regis Prado, “a prevenção especial, a seu turno, consiste na atuação sobre a pessoa do delinqüente, para evitar que volte a delinquir no futuro”⁸⁰.

Já, com relação à vertente negativa da teoria da prevenção especial, comumente é designada por segregação⁸¹ ou neutralização⁸². Tal

⁷⁴ Id. *Ibid.*, p. 132.

⁷⁵ PRADO, Luiz Regis. *Curso...* op. cit., p. 557.

⁷⁶ MARCÃO, Renato Flávio; MARCON, Bruno. Rediscutindo os fins da pena. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 90, v. 786, 2001, p. 543.

⁷⁷ MARCÃO, Renato Flávio; MARCON, Bruno, op. cit., p. 543.

⁷⁸ ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. 3 ed. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998, p. 41.

⁷⁹ FERRARI, Eduardo Reale, op. cit., p. 51.

⁸⁰ PRADO, Luiz Regis. *Teoria dos fins da pena...* op. cit., p. 152.

⁸¹ FERRARI, Eduardo Reale, op. cit., p. 54.

⁸² SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, op. cit., p. 133.

fundamento se destinaria àqueles delinquentes incorrigíveis e que não fossem passíveis de sofrer intimidação.

Nesse ponto insta verificar se em relação aos delitos contra o consumidor, tipificados nas Leis 8.078/90 e 8.137/90 é possível inferir tais fundamentos.

Parece de todo pouco provável que se possa conferir alguma validade às teses que propugnam como fundamentos da sanção penal econômica no âmbito do consumidor a prevenção geral negativa, como a prevenção especial negativa.

No caso da primeira, tem-se que não se pode conceber que o criminoso dourado, ou seja, aquele que geralmente é sujeito ativo de crime contra as relações de consumo se sinta intimidado em decorrência de um seu parceiro ou concorrente sofrer a imposição de pena criminal.

Em relação à segunda, o problema está em como e para que o tornar inócuo, isto é, de que forma se fará a segregação e qual finalidade dela se espera em se tratando de crime contra os direitos do consumidor?

Por outro lado, talvez seja possível verificar a subsistência das teorias de prevenção geral e especial positivas. No caso, restará a sanção penal justificada pela integração normativa representada pela confiança restabelecida no sistema penal aliada à recuperação do delincente consumerista.

Outro problema necessita ser demarcado: seria em tese possível fundamentar a sanção penal no âmbito consumerista por meio das teorias preventivas geral e especial positivas justificando-se que as referidas sanções, invariavelmente, conduzem a uma certa administrativização do direito penal?

Veja-se: por força da vigência da Lei 9.714/98, que alterou substancialmente o regime de substituição de penas privativas de liberdade por restritivas de direitos, bem como em decorrência da vigência da Lei 10.259/01, a totalidade dos delitos previstos no Código de Defesa do Consumidor e na Lei 8.137/90 admitem medidas penais que nada mais são do que sanções administrativas, tais como a transação penal, medidas processuais restritivas de direitos, multa e, quando muito, penas restritivas de direitos.

A lógica é perversa: para que se utilizar o direito penal se a finalidade última é a aplicação inarredável de medidas não penais?!

Assim, pelo que parece, faltaria fundamento a legitimar a sanção penal econômica no âmbito da defesa do consumidor. Logo, os meios não estariam legitimados em relação aos fins perseguidos e aqueles efetivamente alcançáveis. Assim, Eduardo Reale Ferrari apresenta o argumento de que “a intervenção deve ser apropriada e necessária para alcançar o fim desejado, não devendo gravar em excesso o cidadão”⁸³.

⁸³ FERRARI, Eduardo Reale, op. cit., p. 278.

9 LIMITES DA SANÇÃO PENAL ECONÔMICA NA TUTELA PENAL DO CONSUMIDOR

Outro problema a merecer especial atenção neste artigo versa sobre os limites da pena no âmbito da defesa jurídica do consumidor.

Para Luiz Regis Prado, “na atualidade, a idéia de retribuição jurídica significa que a pena deve ser proporcional ao injusto culpável”⁸⁴. Trata-se, segundo o autor citado, de um princípio limitativo que deve ser lembrado a fim de não se chegar a alguns extremos como os da Escola Correccionalista espanhola.

Para Jesús-María Silva Sánchez, dita escola, “em su versión más radical, las nuevas doctrinas condujeron a la substitución de las penas por medidas de seguridad o de corrección, no sujetas a los límites tradicionales de la pena”⁸⁵.

Frise-se: a idéia de que o direito penal deve servir como instrumento de correção dos delinquentes e de que a pena seria o instrumento por excelência dessa correção levaram alguns países a adotar tal sistema de forma absolutizada, inclusive chegando ao cúmulo da pena indeterminada, na Califórnia, na década de 1970⁸⁶.

Assim, segundo Silva Sánchez “la finalidad evidente de tal sistema era poder prolongar la privación de libertad todo lo que fuera preciso hasta lograr la plena resocialización del delincuente”⁸⁷.

Essa situação, esdrúxula a um Estado de direito social e democrático, serve para demonstrar que ainda que se pretenda dar maior relevo às teorias de prevenção, em suas vertentes positivas, jamais se poderá legitimar a sanção penal sem fazer menção do limite que pode ser representado pelas idéias retributivas, isto é, pela pena justa, calcada na culpabilidade.

Aliás, segundo se defende neste ensaio, a retribuição como reflexo da reprovabilidade pessoal da conduta típica e ilícita se insere como um dos fundamentos da própria culpabilidade.

Esta, de seu turno, deve operar não apenas como limite da sanção penal, mas, sobretudo, como verdadeiro fundamento da mesma.

Logo, não se adota a tese funcionalista sistêmica de que a culpabilidade seja concebida como mero derivado da idéia de prevenção geral, coadunando o pensamento deste artigo com o exposto por Luiz Regis Prado, que verbera “[...] qualquer função limitativa da pena se encontra

⁸⁴ PRADO, Luiz Regis. *Teoria dos fins da pena...* op. cit., p. 147.

⁸⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992, p. 27.

⁸⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, op. cit., p. 30 (nota de rodapé 68).

⁸⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, op. cit., p. 30.

vinculada de modo inequívoco à idéia de pena justa e proporcional à gravidade da culpabilidade do autor”⁸⁸.

Não se pode olvidar, contudo, a “função de estabilização contrafáctica das expectativas comunitárias existentes na resposta penal”⁸⁹. Porém, no que pertine aos limites aplicáveis à sanção penal econômica no âmbito da tutela dos direitos do consumidor, tem-se que a culpabilidade e a própria idéia de retribuição jurídica, por se tratar a sanção penal de uma das conseqüências jurídicas do delito, devem realizar os freios necessários quando se pretenda lançar mão da tutela penal dos direitos do consumidor, ainda que esta não seja a tese defendida neste artigo.

10 CONCLUSÕES

Findando este ensaio sobre os fundamentos e limites da pena no âmbito do consumidor, tecem-se algumas considerações:

1. Indubitavelmente o bem jurídico defesa do consumidor possui dignidade constitucional;

2. Essa dignidade origina-se de seu vínculo com a dignidade humana que lhe é inerente, levando-se em consideração uma concepção relativamente antropocêntrica e os fundamentos constitucionais da ordem econômica;

3. Apesar de extrair seu fundamento de legitimidade da dignidade humana, não se evidencia um mandato expresso de criminalização no tocante à defesa do consumidor, diferentemente do que se pode concluir em relação ao ambiente;

4. A vista dos modelos de proteção legal tem-se que seria de todo conveniente se esta ocorresse *intra* código penal. Todavia, a legislação em vigor reflete o estilo mosaico e é com ela que se deve operacionalizar a tutela penal consumerista ou optar-se pela despenalização;

5. Para se tentar evitar uma série de incongruências legislativas, seria interessante a proposição de se criarem óbices ao legislador penal, sendo tais caracterizados basicamente pela reserva de código e pela reserva de lei complementar;

6. A utilização de normas penais em branco e de elementos normativos do tipo podem constituir dificuldades à efetiva tutela jurídica do consumidor, apesar de não serem técnicas alienígenas ao direito penal brasileiro;

⁸⁸ PRADO, Luiz Regis. *Teoria dos fins da pena...* op. cit., p. 151.

⁸⁹ FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de segurança...* op. cit., p. 57.

7. A utilização de delitos de perigo para a tutela penal dos direitos do consumidor tem se revelado uma catástrofe, aliada às demais deficiências das técnicas legislativas acima apontadas;

8. Identifica-se incompatibilidade entre a tutela consumerista e os postulados inerentes à mínima intervenção penal, até porque, tal tutela é fruto da própria exclusiva proteção dos bens jurídicos penalmente relevantes e dos postulados da ofensividade e da fragmentariedade. Com efeito, o que se verifica é a exigência de uma compatibilidade normativa com a criação de um novo direito para realizar esta tutela – o direito administrativo-penal.

9. Não se pode fundamentar a legitimidade de sanção penal econômica no âmbito das relações de consumo nas teorias meramente retributivas, isoladamente, nem muito menos, nas teorias de prevenção geral e especial negativas. Eventualmente se poderia buscar a legitimação de seu fundamento nas teorias preventivas positivas, contudo, diante da conclusão inafastável de que os fins perseguidos e realizados com eficácia se voltam à apenação por meio de medidas administrativas, carece de fundamento a tutela penal nesta sede, até porque, os fins de prevenção não trazem consigo nenhum limite ético.

10. No tocante aos limites da sanção penal nos delitos consumeristas, comunga-se a tese de que a culpabilidade, norteadada pela idéia de retribuição jurídica e temperada pela função de estabilização das expectativas da comunidade em relação à certeza da punição dos infratores consumeristas, devem figurar como freios e verdadeiros óbices quando se optar pela tutela penal dos direitos do consumidor, ficando claro que este artigo propugna também pela criação de um direito administrativo-penal, na esteira do pensamento de Miguel Reale Junior.