

**TUTELA JURÍDICA DAS RELAÇÕES DE CONSUMO:
Uma análise da atuação do Direito Penal na pós-modernidade**

LEGAL GUARDIANSHIP OF CONSUMER RELATIONS:
An analysis of the role of criminal law in post-modernity

Décio Franco David *

Larissa Horn Zambiasi **

RESUMO

O artigo trata da questão da tutela jurídica das relações de consumo frente à atuação do Direito Penal na pós-modernidade. Para tanto, analisa-se o controle social por meio do direito penal, bem como o surgimento da atual sociedade de consumo, na qual as relações humanas, convertem-se em relações transindividuais, perante o contexto dos fenômenos da globalização e da sociedade de risco. Assim, exige-se uma nova forma de atuação jurídica, bem como uma ampliação de suas barreiras normativas e a evolução dos mecanismos tradicionais de regramento do convívio humano. Deste modo, questiona-se se o Direito Penal é instrumento apto a atuar de forma adequada e eficaz sobre as relações de consumo ou se existe outra modalidade de atuação jurídica capaz de alcançar a devida proteção do consumidor.

PALAVRAS-CHAVE: RELAÇÃO DE CONSUMO; DIREITO PENAL; DIREITO DE INTERVENÇÃO

ABSTRACT

The article deals with the issue of legal protection of consumer relations against the action of the Criminal Law in postmodernity. For this purpose, analyzes the social control through criminal law, as well as the emergence of the current consumer society, in which human relations are converted into trans relationships, to the context of the phenomena of globalization and risk society. Thus, it requires a new form of legal action, as well as an expansion of its regulatory barriers and the evolution of the traditional mechanisms of socializing human's ordination. So, the paper analyses

* Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Professor de Direito Penal do Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais (CESCAGE) e das Faculdades Integradas de Itararé (FAFIT). Advogado.

** Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Pós-graduanda em Direito Penal e Processual Penal pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Assessora do Ministério Público do Estado do Paraná.

whether the criminal law is an instrument capable of acting appropriately and effectively on consumer relations or whether another modality of Legal action can achieve adequate consumer protection.

KEY-WORDS: CONSUMER RELATIONS; CRIMINAL LAW; INTERVENTION LAW.

1 PROLEGÔMENOS

O surgimento da vida humana e seu necessário convívio em sociedade foram acompanhados ao longo da história pela formação de um conjunto de regras, por meio das quais os sujeitos tinham de se respeitar para então viverem em sociedade. Essa sociedade caracterizada por normas de comportamento “constitui uma cultura reveladora dos valores básicos admitidos como objetivos consagrados pelo meio social”¹.

Em razão de sempre aparecer em sociedade por intermédio de interações², o ser humano se envolve em conflitos, os quais podem ser meros acontecimentos (fatos) naturais não volitivos ou resultados da volição humana³. Assim, dos fatos humanos ou fatos naturais objeto de valorações humanas é que se origina o Direito⁴, o qual é utilizado na solução dos conflitos ocorridos socialmente⁵.

As principais regras de convívio da sociedade se dão por normas comportamentais, as quais estão associadas ou predeterminadas em previsões legislativas que representam o conjunto de valores e interesses de dada coletividade. Assim, “toda norma jurídica assinala uma tomada de posição perante os fatos em função tensional de valores”⁶.

Ocorre que a pessoa humana é o centro do sistema valorativo⁷, isto é, “o Direito e o Estado existem para servir à pessoa”⁸. Dentro do Estado constitucionalizado, em especial o brasileiro, a proteção e o reconhecimento da dignidade humana é norte fundamentador do próprio estado (artigo 1º, inciso III, CF)⁹.

¹ REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 3.

² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, v. 1. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 58.

³ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 201.

⁴ *Ibidem*, p. 200.

⁵ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 57.

⁶ REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 98.

⁷ COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção Penal Ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 5.

⁸ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Loc cit*.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 43.

Para assegurar a proteção ao próprio homem é que o legislador, ao editar as leis, se ocupa, entre outras coisas, de exercer o controle social, porém, não é apenas a norma jurídica contida na lei que desempenha tal função. A escola, a religião, o sistema laboral, as organizações sindicais, os partidos políticos, a educação familiar, as mensagens emitidas pelos meios de comunicação o entorno no qual se desenvolvem as relações sociais, etc. são outras modalidades de exercício do controle¹⁰.

O controle social institucionalizado possui níveis de atuação, sendo que as leis penais são seu pináculo punitivo. Tais leis “contêm uma norma que pode ter característica proibitiva ou mandamental, permissiva, explicativa ou complementar”¹¹, sendo que seu objetivo geral é “regrar os processos comunicativos sociais”¹². Contudo, este controle só está legitimado a atuar quando indispensável à manutenção e preservação dos valores fundamentais à sobrevivência humana, ou seja, aquelas “circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos”¹³.

Assim, para a existência de um sistema punitivo, isto é, criminalizador, é preciso estabelecer um limite de atuação, um filtro pelo qual a intervenção criminal ocorrerá. Este filtro é dado pela noção de bem jurídico, o qual deve estar vinculado aos valores referenciais de desenvolvimento da pessoa humana em determinada sociedade¹⁴.

Porém, como identificar esses valores referenciais na sociedade atual, a qual é caracterizada pelas constantes mudanças, com progressos tecnológicos, científicos e econômicos jamais imaginados? O extraordinário desenvolvimento da sociedade tecnológica trouxe consigo não apenas aspectos positivos, mas também reflexos negativos. O inegável incremento das condições de vida e a satisfação de inúmeras necessidades da sociedade permite que “o Homem de hoje viva em um só ano, o que o homem do século XIX teria de viver em cem”¹⁵. Este processo ameaça os interesses mais caros à vida social, pois o avanço desenfreado é acompanhado de riscos

¹⁰ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal** – Fundamentos para um sistema penal democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 111. No mesmo sentido REALE JÚNIOR, Miguel. *Op. cit.*, p. 3-11, *passim*.

¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral**, vol. 1. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 112.

¹² BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Loc cit.*

¹³ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 18.

¹⁴ COSTA, Helena Regina Lobo. *Op.cit.*, p. 5.

¹⁵ FERNANDES. Paulo Silva. **Globalização, “Sociedade de Risco” e o futuro do Direito Penal** – Panorâmica de alguns problemas comuns. Coimbra: Almedina, 2001, p. 31.

desenfreados. Nas palavras de Boaventura de Sousa Santos “a própria natureza do sistema mundial em transição é problemática e a ordem possível é a ordem da desordem”¹⁶.

Atualmente, os paradigmas valorativos centrais existentes até a metade do século XX perdem sua estabilidade, reestruturando-se o sistema por completo. Os paradigmas pessoais do sonho liberal passam a escorrer pela liquidez de uma vida pós-moderna, ou seja, nesta sociedade, chamada por Bauman de líquida, “em que as condições sob as quais agem seus membros mudam num tempo mais curto do que o necessário para a consolidação, em hábitos e rotinas de agir”¹⁷, a vida se torna líquida, isto é, “não pode manter a forma ou permanecer por muito tempo”¹⁸.

O presente contexto acaba por empurrar a sociedade em direção à rendição de todas as pretensões tradicionais a um novo objeto: encontrar a identidade humana numa sociedade massificada pelo processo de industrialização e consumo. A eterna roda motora do próprio sistema capitalista de produção e circulação de bens e produtos acaba por alcançar seu ápice: o ser humano só “é” se conseguir preencher sua identidade com os padrões ofertados, ou seja, o consumo dita as regras do jogo.

Como assevera Bauman, “a vida líquida é uma vida de consumo. Ela projeta o mundo e todos os seus fragmentos animados e inanimados como objetos de consumo”¹⁹, isto é, o indivíduo encontra sua identidade apenas por meio do consumo. Certamente não há risco maior nas previsões de Ulrich Beck do que a própria submissão do *ser* ao *ter*, motivo pelo qual, deve o direito intervir para garantir à proteção de seu cerne, ou seja, a pessoa humana.

2. A HODIERNA SOCIEDADE DE CONSUMO

Atualmente, a sociedade sofre de um “mal” inevitável: a transformação estrutural fragmentária e seu deslocamento (ou desconcentração) do sujeito frente à coletividade, ou seja, a sociedade atual cria uma crise de identidade para o indivíduo²⁰, a qual gera efeitos em todo o sistema, principalmente nos meios de controle, em especial o Direito Penal.

Cada estrutura social e, conseqüentemente, econômica reflete diretamente nos modelos e atividades desempenhadas pelo Estado, afinal este só existe para que a sociedade se mantenha

¹⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A globalização e as ciências sociais**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2005, p. 89.

¹⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Vida líquida**. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009, p. 7.

¹⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Loc. cit.*

¹⁹ *Ibidem*, p. 16.

²⁰ HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. 11 ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006, p.9.

viva²¹. Assim, “a atividade econômica, além de vinculada às condições espaço-temporais, sociais e culturais, também é condicionada à estrutura jurídica adjacente”²².

Deste modo, é possível elencar três momentos distintos do enlace político-jurídico e capitalismo: capitalismo liberal (século XIX), capitalismo organizado (final do século XIX, passando pelo entre guerras e terminando nas duas décadas posteriores às guerras) e capitalismo desorganizado (inicia na década de 60 e vigora até o presente)²³.

O primeiro período “desencadeia o processo social de selectividade e concentração da modernidade”²⁴, isto é, expressa todos os anseios liberais de origem iluminista “centrados no indivíduo ‘sujeito da razão’”²⁵.

No segundo período, a sociedade industrial abandona seu aspecto individualista de produção, pois, sob a forte influência de John Maynard Keynes, o capitalismo se reforma no período entre guerras, exigindo a planificação da economia, de modo a estimular o pleno emprego e a fomentar o desenvolvimento econômico²⁶. Na verdade, este novo cenário resultou do crescimento acelerado e do brutal processo de concentração e centralização de capitais. Ademais, toda evolução econômica iniciada pela Revolução Industrial “tem sido de acelerado progresso técnico, de contínuo, mas irregular crescimento econômico, e de crescente ‘globalização’, ou seja, de uma divisão mundial cada vez mais elaborada e complexa de trabalho”²⁷.

O terceiro período é resultante da massificação dos processos econômicos industriais posteriores à Segunda Guerra Mundial, com o capitalismo dominando todos os aspectos da vida social, com uma alternância cada vez mais acentuada nas relações de trocas não apenas em microrregiões, mas num espaço global²⁸.

²¹ BUSATO, Paulo César. **Por que, afinal, aplicam-se penas?** In: SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo – Livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bittencourt*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

²² BALDAN, Édson Luís. **Fundamentos do Direito Penal Econômico**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 30.

²³ SANTOS, Boaventura de Souza. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. Vol. 1: A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2007, p. 139.

²⁴ SANTOS, Boaventura de Souza. *Op cit.*, p. 144.

²⁵ HALL, Stuart. *Op.cit.*, p. 29.

²⁶ GUIMARÃES, Sérgio Chastinet Duarte. **Tutela penal do consumo: abordagem dos aspectos penais do Código de Defesa do Consumidor e do artigo 7º da Lei nº 8.137, de 27.12.1990**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 13.

²⁷ HOBBSBAWM, Eric. **Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 92. Como bem define Boaventura S. Santos, é a modo de regulação social que se designou por fordismo (op. cit.,p. 148.)

²⁸ SANTOS, Boaventura de Souza. *Op cit.*, p. 153-154.

Em suma, a atual mudança de padrões é o resultado reflexivo²⁹ do século XIX e do (breve) século XX. Os avanços tecnológicos, culturais, econômicos e sociais significam simultaneamente desenvolvimento e assunção de novos problemas, afinal “a produção social de riqueza é acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos”³⁰.

Isto se dá pelo fato de que “as descobertas do homem moderno, a aplicação desenfreada da ciência e da tecnologia projetavam a formação de uma sociedade estável, com igualdade de condições, sem exclusão social e sem miséria”³¹. Porém, com o advento das Guerras Mundiais (principalmente a segunda), o “sonho da modernidade de construir a sociedade estável, sem miséria, como igualdade de oportunidade, segura, distante das intempéries da natureza hostil, não tardou em frustrar os seus expectadores oníricos”³².

As duas grandes guerras tiveram um acento em comum: foram guerras de massas³³. Não apenas uma massificação econômica nas produções de armamentos, mas essencialmente na produção de mortes e atrocidades. A tecnologia desenvolvida até então permitiu a alavancada da impessoalidade, tornando as vítimas invisíveis, bastando para o ataque o apertado de um simples botão³⁴. O desenvolvimento desenfreado desta tecnologia gera a instabilidade que Giddens³⁵ identifica como um potencial destrutivo de larga escala.

As relações resultantes da última fase do capitalismo, agregadas à evolução tecnológica e à mudança de perspectivas dos indivíduos resulta na mobilidade desenfreada das relações físicas ou meramente de conteúdos informativos³⁶, sendo que, sobre esse contexto social, Bauman assenta que a única certeza é a incerteza³⁷. Isto é, essa incerteza é resultado direto das inovações científicas que proporcionam conforto e bem-estar, e ao mesmo tempo expõem a sociedade às próprias consequências (riscos, perigos, problemas, etc.) dessas inovações³⁸.

²⁹ A modernidade reflexiva pode ser entendida como o “processo de (auto) destruição criativa para toda a sociedade industrial” (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico como direito penal de perigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.34).

³⁰ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: ed. 34, 2010, p. 23.

³¹ GUARAGNI, Fábio André; D’AQUINO, Dante Bruno. “Póstuma modernidade” e erro de proibição. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, nº 88, ano 19, jan-fev/2011, p. 48.

³² GUARAGNI, Fábio André; D’AQUINO, Dante Bruno. *Op cit.*, p. 50.

³³ HOBBSBAWM, Eric. *Op. cit.*, p. 51.

³⁴ HOBBSBAWM, Eric. *Op. cit.*, p. 57.

³⁵ GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Unesp, 1991, p.17.

³⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 21-22.

³⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, p. 32.

³⁸ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 35. No mesmo sentido CALLEGARI, André Luís. et al. **Direito Penal e globalização: sociedade do risco, imigração irregular e justiça restaurativa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 12.

Assim, é possível afirmar que a configuração do risco de produção humana é um fenômeno social estrutural³⁹, estando compreendida no modelo social que “não é algo que se possa aceitar, negar ou escolher, mas que surge na continuidade de efeitos e ameaças advindas com a (pós) modernidade”⁴⁰.

Agregado ao risco, o desencanto é instalado na cultura ocidental, comprometendo “conceitos até então enunciados como seguros pelo pensamento moderno e racionalista, como o conceito de ética, verdade, progresso”⁴¹. Deste modo, a individualidade perde espaço à agregação coletiva, a identidade soberana passa a transpor os limites geográficos, as sociedades deixam de se identificar apenas pela nacionalidade em comum, os novos interesses resultantes do processo de comunicação midiática de massas criam novos padrões.

Nesse contexto, os padrões tradicionais da modernidade (industrialização, divisão social do trabalho, ideais individualistas, liberalismo, etc.) cedem espaço a uma nova cultura acentuada pela ausência de limites regionais, decorrente da própria tecnologia (internet, satélites, etc), chegando a uma escala global, na qual os processos econômicos, sociais, ambientais, etc. podem ser sentidos por todos⁴².

A esse processo de transcendência dos limites físicos e territoriais e que envolve a relativização da própria identidade do povo enquanto autodeterminado, uma vez que relativiza os valores regionais e os padroniza em âmbito extensivo, atribui-se a terminologia “globalização”, a qual “se recorta como ‘mecanismo’ social hiperdinâmico que torna globais os espaços econômicos, culturais e informativos que antes se estruturavam, primacialmente, a um nível nacional”⁴³.

Destaca-se, desde logo, que a globalização é um efeito simultâneo à sociedade de risco, e que suas origens são as mesmas, podendo-se afirmar que a sociedade de risco institui-se no próprio contexto social da globalização.

A globalização se inicia como fenômeno econômico de maximização dos mercados e, primeiramente, expande (expansão resultante do desenvolvimento tecnológico) os sistemas de comunicação, o que garante a troca de informações e notícias como principais produtos de consumo. Num segundo momento, a globalização converte os agentes econômicos individuais em

³⁹ SÁNCHEZ, Jesús María Silva. **La expansión del derecho penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 3. ed. Montevideu: B de F, 2011, p. 14.

⁴⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Loc cit.*

⁴¹ GUARAGNI, Fábio André; D’AQUINO, Dante Bruno. *Op. cit.*, p. 47.

⁴² SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 33

⁴³ COSTA, José Faria da. O fenômeno da globalização e o direito penal econômico. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, nº 34, ano 9, abr-jun/2001, p. 11.

grupos ou blocos econômicos, nos quais são discutidas políticas econômicas de interesse comum, como, por exemplo, a livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos⁴⁴.

Retornando aos adornos da atual sociedade de risco, destaca-se a preocupação da individualidade frente à própria coletividade, sendo necessário reconhecer que as próprias circunstâncias da sociedade de risco são amplificadores do capitalismo, pois os “riscos da modernização são *big business*”⁴⁵. Afinal, “a fome pode ser saciada, necessidades podem ser satisfeitas, mas os riscos civilizatórios são um ‘barril de necessidades sem fundo’, interminável, infinito, autoproduzível”⁴⁶.

Assim, em razão dessa superação desenfreada das barreiras agregada à incerteza latente e constante do viver, “a sociedade de risco é uma sociedade catastrófica. Nela, o estado de exceção ameaça converter-se em normalidade”⁴⁷. E se os avanços tecnológicos já não confortam a sociedade e não são capazes de orientá-la no modo de viver, a decisão do caminho a ser seguido passa a ser dos próprios indivíduos⁴⁸, fato este que, repete-se, gera insegurança social. Bauman afirma que é difícil depositar confiança na vida pós-moderna dentro de uma “sociedade que perdeu muito de sua solidez e substância, para não dizer toda”⁴⁹. Afinal de contas, “as perdas equivalem aos ganhos. A vida está fadada a navegar entre os dois, e nenhum marinheiro pode alardear ter encontrado um itinerário seguro e sem riscos”⁵⁰.

Confirmando a destituição dos tradicionais valores e perspectivas humanas, Giddens afirma que a globalização é o oposto da tradição, haja vista que “tradição diz respeito à organização de tempo e, portanto, também de espaço: é o que ocorre também com a globalização, exceto pelo fato de que uma corre em sentido contrário à outra”⁵¹.

Bauman analisa, ainda, a perda do referencial individual e questiona a liberdade individual de cada sujeito no mundo globalizado e pós-moderno com um representativo episódio de um casal, o qual, em rede nacional, teve sua vida íntima exposta de forma completamente imprevisível⁵². A frase da mulher ao reclamar da vida sexual com seu companheiro comprova a ausência da

⁴⁴ SILVA, Luciano Nascimento. **Teoria do Direito penal econômico**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 29-30, *passim*.

⁴⁵ BECK, Ulrich. *Op. cit.*, p. 28.

⁴⁶ BECK, Ulrich. *Loc. cit.*

⁴⁷ BECK, Ulrich. *Loc. cit.*

⁴⁸ GUARAGNI, Fábio André; D’AQUINO, Dante Bruno. *Op. cit.*, p. 52.

⁴⁹ BAUMAN, Zygmunt. *Op. cit.*, p. 75.

⁵⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 75.

⁵¹ GIDDENS, Anthony. A vida em uma sociedade pós-tradicional. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**.

⁵² BAUMAN, Zygmunt. *Op. cit.*, p. 70-73.

estruturação dos valores básicos defendidos anteriormente, isto é, o sujeito perde os nortes de interpretação.

De fato, “o que caracteriza a sociedade atual é a falta de orientação a valores, a dissolução de grandes tábuas de valores pelas quais se orientar”⁵³. Portanto, em busca de um padrão valorativo do viver, o sujeito encontra o consumo. Não deseja a utilidade do objeto, mas sim o significado contido no produto, ou seja, seu estilo de vida. Em outras palavras, “os objetos eclipsam os sujeitos; através dos objetos de consumo as pessoas são socialmente estratificadas”⁵⁴.

Uma das conseqüências dessa insegurança (para Giddens, incerteza) do *modus vivendi* se expressa no consumo, pois é por meio dele que a sociedade passa a completar o vazio decorrente da falta de referencial⁵⁵.

Em outras palavras, a sociedade passa “a viver numa era de urgência do supérfluo, na qual o consumo chegou a alcançar uma dimensão espiritual”⁵⁶, a qual precisa ser satisfeita. Como bem pondera Eric Hobsbawm, o triunfo do mercado de massa se baseava na satisfação das necessidades espirituais e materiais dos consumidores, “um fato do qual as agências de publicidade há muito tinham vaga consciência quando destinavam suas campanhas a vender ‘não o bife, mas o chiado’, não o sabonete, mas o sonho de beleza, não as latas de sopa, mas a felicidade familiar”⁵⁷.

Bauman afirma que o modelo da modernidade consistia numa sociedade de produtores, enquanto que a norma social atual “tem pouca necessidade de mão-de-obra industrial em massa e de exércitos recrutados; em vez disso, precisa engajar seus membros pela condição de consumidores”⁵⁸. Afinal, “a norma que nossa sociedade coloca para seus membros é da capacidade e vontade de desempenhar esse papel”⁵⁹.

De forma resumida, o consumo vira o espetáculo dos tempos atuais, pois, por seu intermédio, o indivíduo acredita encontrar sua identidade.

Embalados por este fenômeno de subversão do ser racional em massa desvalorada, o qual garante a efetivação do capitalismo em sua modalidade mais bem estruturada (desorganizada,

⁵³ GUARAGNI, Fábio André; D’AQUINO, Dante Bruno. *Op. cit.*, p. 57.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 53. No mesmo contexto, Merton afirmam que as metas culturais se baseiam nos desejos a serem alcançados – *American dream* (ser o sujeito bem sucedido com o carro importado, a roupa cara, jóias e sapatos, etc.) SABADELL, Ana Lucia. **Manual de Sociologia Jurídica**: introdução a uma leitura externa do Direito. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 92-99.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 53.

⁵⁶ GUIMARÃES, Sérgio Chastinet Duarte. *Op. cit.*, p. 14.

⁵⁷ HOBBSAWM, Eric. *Op. cit.*, p. 496.

⁵⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Op. cit.*, p. 88.

⁵⁹ BAUMAN, Zygmunt. *Loc. cit.*

conforme define Boaventura Sousa Santos⁶⁰), os modernos Estados, valendo-se de sua função de mantenedor das condições de convivência e sobrevivência dos cidadãos, passam a tutelar as então chamadas relações de consumo, incluindo-as, a exemplo do Brasil, no rol dos direitos fundamentais do texto constitucional (art. 5º, XXXII, CF⁶¹).

Diante do quadro apresentado da sociedade de risco, o Estado, no intuito de passar à sociedade “a impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido”⁶², tem se valido de seu pináculo punitivo para intervir nas relações de consumo, ou seja, o Direito Penal tem sido utilizado como educador social, sustentando sua viga-mestra em estruturas de areias.

A consequência direta disto é que, se o risco é resultante da própria atividade humana, será passível de controle por meio de medidas sancionatórias, pois “a promessa de segurança avança com os riscos e precisa ser, diante de uma esfera pública alerta e crítica, continuamente reforçada por meio de intervenções cosméticas ou efetivas no desenvolvimento técnico-econômico”⁶³, incluindo o próprio ordenamento jurídico. Diante desse fato, “fica aberto o espaço para a incidência do direito penal sobre as condutas arriscadas, produzidas pelo comportamento humano que, cada vez mais, ameaçam bens e interesses fundamentais para a vida em comum”⁶⁴.

Assim, as relações humanas, convertidas em relações de consumo, exigem a intervenção de um controle social institucionalizado, motivo pelo qual discute-se se as relações de consumo representam bens ou interesses fundamentais invocadores da utilização do Direito Penal em sua defesa ou se outros meios de intervenção são suficientes. Em outras palavras: é válido utilizar-se do direito penal na tutela das relações de consumo?

3 A FORMALIZAÇÃO DO CONTROLE SOCIAL INCIDENTE NA SOCIEDADE DE CONSUMO

⁶⁰ Em suas próprias palavras: “Esta designação, porém, é ambígua e traiçoeira, pois pode fazer crer que no período actual o capitalismo não é organizado, o que está longe de ser verdade. De facto, pode afirmar-se precisamente o contrário, que o capitalismo está hoje mais organizado do que nunca. A expressão capitalismo desorganizado significa, em primeiro lugar, que as formas de organização típicas do segundo período estão a ser gradualmente desmanteladas ou reconstituídas num nível de coerência muito mais baixo, e, em segundo lugar, que, precisamente por esse processo estar a decorrer, é muito mais visível a demolição das antigas formas organizativas do que o perfil das novas formas que irão substituí-las” (*Op. cit.*, p. 153.)

⁶¹ Além deste preceito, o artigo 170, inciso V, da Constituição Federal define como princípio da ordem econômica a defesa do consumidor, reforçando a intervenção jurídica estatal sobre a matéria.

⁶² MELIÁ, Manuel Cancio. O estado atual da política criminal e a ciência do Direito penal. In: CALLEGARI, André Luís [et al.], **Direito Penal e Funcionalismo**. Porto Alegre, 2005, p. 95.

⁶³ BECK, Ulrich. *Op. cit.*, p. 24. Como bem explica Luciana Carneiro da Silva, Ulrich Beck se refere à cosmética do risco como sendo uma solução simbólica de controle dos riscos, ou seja, métodos meramente paliativos (SILVA, Luciana Carneiro da. Perspectivas político-criminais sob o paradigma da sociedade mundial do risco. **Revista Liberdades**. São Paulo, nº 05, p. 97. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br>. Acesso em: 15 set. 2011).

⁶⁴ *Ibidem*, p. 38.

Tendo em vista a discussão apontada, apresentam-se quatro hipóteses, as quais partem do pressuposto que a função institucional do Direito penal é proteger bens jurídicos⁶⁵, motivo pelo qual este permanece sendo um conceito necessário⁶⁶.

Os processos de desenvolvimento desenfreado culminam na assunção de novos valores, resultantes não de interesses individuais, mas coletivos e supra-individuais, dentre os quais é possível indicar a relação de consumo⁶⁷.

Analisando-se o desenvolvimento histórico da teoria do bem jurídico, remete-se sua origem à vinculação do instituto ao direito subjetivo. Com o positivismo, o bem jurídico é consolidado, primeiramente pelo formalismo de Karl Biding e depois pelo materialismo de Franz Von Litz, passando pelas Escolas de Kiel e de Marburgo até alcançar as percepções atuais de cunho constitucionalista e sociológico⁶⁸.

Atualmente, em razão dos interesses decorrentes da sociedade de risco, o bem jurídico perde seu padrão individual e adquire uma natureza coletiva e difusa, para as quais dependerá do interesse tutelado (coletivo: baseado no interesse público; difuso: indivisíveis pelos titulares, pois interessam a toda sociedade)⁶⁹.

De acordo com Paulo Roberto Roque Antonio Khouri, os direitos (bens jurídicos) coletivos e difusos (transindividuais) se diferenciam pela titularidade, isto é, nos bens coletivos existe uma coletividade determinada, enquanto que o bem transindividual é incompatível com a determinação de seus titulares⁷⁰. Ainda de acordo com o referido autor, cabe-se questionar o porquê de tal distinção: “É que, nos direitos difusos, se fosse possível a determinação dos titulares, os consumidores poderiam não só exercer esses direitos, como de fato podem, mas ainda poderiam, apropriar-se do bem tutelado”⁷¹.

⁶⁵ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal** – Fundamentos para um Sistema Penal Democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 43. Em idêntica acepção: PASCHOAL, Janaína Conceição. **Direito penal: parte geral**. Barueri: Manole, 2003, p. 15-17; PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo**. São Paulo? Revista dos Tribunais, 2003, p. 21.

⁶⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 2. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007, p. 14.

⁶⁷ Vide nota 70 abaixo.

⁶⁸ MERCANTE, Juarez. **O Fenômeno expansivo do Direito Penal: da proteção dos bens jurídicos transindividuais**. 2003, 182 fls. Dissertação – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004, p. 48-85.

⁶⁹ BALDAN, Édson Luís. *Op. cit.*, p. 69.

⁷⁰ KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. **Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 200 e ss.

⁷¹ KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. *Loc. cit.* Continua o autor: “Imaginem, v.g., uma associação de consumidores que se insurge contra uma fábrica que está colocando em risco a qualidade do ar e ainda jogando indiscriminadamente resíduos químicos no rio, que serve ao abastecimento de água de toda uma região. O bem que se busca tutelar nesta ação, o meio ambiente equilibrado, qualidade de água, etc., não tem apenas esta associação o

Nesse passo, pode-se ainda definir a relação de consumo como a “perspectiva e visão coletiva do ambiente de produção, distribuição e comercialização de produtos e serviços”⁷², motivo pelo qual é possível afirmar com Renato de Mello Jorge Silveira que “a proteção ao consumidor é elogiável e imprescindível na sociedade pós-industrial”⁷³. Todavia, há que se questionar se o Direito penal é o instrumento mais adequado e necessário para tal função. Para responder a tal indagação, podem ser identificadas as seguintes vertentes de intervenção do Direito Penal: Escola de Frankfurt, Direito Penal de Duas Velocidades, Direito Penal do Risco e Funcionalismo Penal.

3.1 A TUTELA DE BENS JURÍDICOS PELA ESCOLA DE FRANKFURT

A primeira hipótese se baseia no pensamento da Escola de Frankfurt, a qual propõe a “restrição da função penal à tutela de direitos individuais”⁷⁴. Os doutrinadores adeptos desta escola defendem que o Direito Penal deve preservar sua vertente clássica, baseando-se nos princípios da subsidiariedade e da *ultima ratio*⁷⁵. Afirmam que na sociedade hodierna não cabe ao Direito Penal tutelar os novos riscos, sob pena de sua função ser “meramente simbólica e pouco significativa para o enfrentamento de problemas atuais”⁷⁶, mas sim a outros ramos do Direito, dentre eles o Direito Administrativo e aos demais meios de controle social extrajurídicos⁷⁷. Dentre os doutrinadores desta vertente, pode-se citar Hassemer, Pritwitz, Herzog, Naucke, Albrecht e Muñoz Conde⁷⁸.

Winfried Hassemer, ao defender uma teoria pessoal do bem jurídico, afirma que bens jurídicos podem ser conceituados como “interesses humanos que carecem de proteção penal”⁷⁹. Em outras palavras, significa que a tutela penal é limitada “até onde ela for condição da possibilidade de proteção de pessoas humanas”⁸⁰. Entretanto, o conceito pessoal de bem jurídico não implica na impossibilidade de existência de bem jurídicos coletivos. Pelo contrário, a proteção penal deve

consumidores dessa entidade como titulares, proprietários mas toda uma coletividade indeterminada” (KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. *Loc. cit.*).

⁷² BENJAMIM, Antônio Herman V; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 395.

⁷³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Op. cit.*, p. 155.

⁷⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 164.

⁷⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. cit.*, p. 100.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 101.

⁷⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. cit.*, p. 165.

⁷⁸ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. cit.*, p. 100.

⁷⁹ HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 23.

⁸⁰ HASSEMER, Winfried. *Loc. cit.*

incidir sobre esses bens jurídicos, com a condição de que sejam tutelados a partir da pessoa humana, tomando-se por base os interesses dos indivíduos⁸¹.

Desta forma, Hassemer sugere que o Direito Penal se distancie das normas que criminalizem condutas que não lesionem direitos individuais, e aponta como possível solução o “direito de intervenção”, o qual “teria por finalidade controlar e inibir os riscos oriundos das novas tecnologias, por meio da proibição de condutas perigosas e da proteção de bens jurídicos coletivos”⁸². O “direito interventivo” estaria situado entre vários ramos do Direito, tais como o Direito Penal, Direito Administrativo, o direito dos atos ilícitos no Direito Civil e o Direito Fiscal⁸³, e teria como característica penas não privativas de liberdade⁸⁴. Assim, o “direito interventivo” admite “a utilização do Direito tributário e outros instrumentos de intervenção no mercado e nas decisões econômicas, incorpora obrigações de notificação, procedimentos de controle e reparação de danos, e se socorre também de meios penais para garantir o cumprimento das obrigações”⁸⁵.

3.2 A TUTELA DE BENS JURÍDICOS POR MEIO DO DIREITO PENAL DE DUAS VELOCIDADES

Como segunda hipótese de intervenção penal nas relações de consumo, tem-se Jesús María Silva Sánchez e o denominado “Direito Penal de duas velocidades”. Diferentemente da Escola de Frankfurt, o autor não defende a redução do Direito Penal diante dos novos riscos, “mas defende um sistema que faça frente aos novos riscos e que, ao mesmo tempo, respeite os princípios de um Estado Democrático de Direito: o direito penal de duas velocidades”⁸⁶.

Afirma não ser possível o retorno às bases do Direito Penal Liberal no atual contexto social, e assinala como principal problema a expansão do Direito Penal no referente à pena privativa de liberdade⁸⁷. Nesse sentido, propõe que “a flexibilização de princípios tradicionais será admitida quando correspondida pela generalização das penas pecuniárias, privativas de direitos ou da reparação penal, em lugar da privação de liberdade”⁸⁸. Assim, denota-se como principal

⁸¹ *Ibidem*, p. 25.

⁸² BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. cit.*, p. 102.

⁸³ HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 02, nº 08, out-dez/94, p.49.

⁸⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. cit.*, p. 102.

⁸⁵ HASSEMER, Winfried. **Direito Penal**: fundamentos, estrutura, política. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 314.

⁸⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. cit.*, p. 104.

⁸⁷ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Op. cit.*, p. 212.

⁸⁸ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. cit.*, p. 104.

característica desta concepção o fato de pertencer ao Direito Penal, não obstante materialmente adotar princípios do direito sancionatório de âmbito administrativo⁸⁹

3.3 O DIREITO PENAL DO RISCO

A terceira possível solução ao problema apresentado consiste numa vertente que admite a utilização do Direito Penal como instrumento de controle dos novos riscos: é o denominado Direito Penal do Risco, que propõe uma nova dogmática jurídico-penal orientada para o futuro⁹⁰. Para tanto, sugerem “a mitigação do princípio da reserva legal, o amplo emprego de mecanismos de antecipação da tutela penal e o abandono de princípios básicos de garantia do cidadão ante o *ius puniendi*, como a culpabilidade e a imputação objetiva, dentre outros”⁹¹. Como defensores do Direito Penal do Risco podem ser citados Stratenwerth e Gracia Martín.

3.4 FUNCIONALISMO E MANUTENÇÃO DO BEM JURÍDICO

Por fim, apresenta-se a teoria funcionalista, para a qual o Direito Penal não será afastado da missão de tutelar os novos riscos, mas deverá fazê-lo com cautela⁹². Esta hipótese subdivide-se em duas vertentes: radical e moderada. Para o funcionalismo radical, representado por Jakobs, a incidência do Direito Penal não será determinada pelos bens jurídicos concretos, mas sim aceitação de vigência das normas norteadas à proteção das estruturas de funcionamento social⁹³. Deste modo, para este segmento do funcionalismo, a utilização do Direito Penal como instrumento de gerenciamento de riscos seria legítima, pois asseguraria as relações entre os indivíduos e manteria as expectativas sociais⁹⁴.

Por outro lado, para o funcionalismo moderado, que possui como representante Roxin, o Direito Penal deve ter como fundamento “a tutela de bens específicos, necessários ao livre desenvolvimento dos indivíduos, e não a manutenção da ordem normativa em si”⁹⁵. Desta forma,

⁸⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. cit.*, p. 171.

⁹⁰ ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**. Tomo . Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Traducción de Diego-M. Luzón Peña; Miguel Díaz y Garcia Conlledo; y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2003, p. 62.

⁹¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op cit.*, p. 106.

⁹² *Ibidem*, p. 108.

⁹³ JAKOBS, Günther. **Tratado de Direito Penal: Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 61.

⁹⁴ JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, p. 75-83.

⁹⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op cit.*, p. 110.

com base na finalidade de proteção de bens jurídicos e nos princípios norteadores de um Estado Democrático de Direito, Roxin sustenta que “não é possível renunciar à intervenção penal diante dos novos contextos de periculosidade, mas esta luta deve preservar as referências aos bens jurídicos e aos demais princípios de imputação próprios do Estado de Direito”⁹⁶.

Assim, apresentadas as hipóteses da atuação do Direito Penal como meio de controle de riscos na atual sociedade pós-moderna, passa-se agora à abordagem da alternativa apta à resolução do impasse apontado.

4. ALTERNATIVA À PROBLEMÁTICA APRESENTADA

Coadunando as posturas apresentadas ao problema levantado, conclui-se pela adoção da proposta de Winfried Hassemer com o Direito de Intervenção.

Winfried Hassemer afirma que o bem jurídico não pode ser considerado fruto de um processo natural, mas sim que decorre do contexto histórico e cultural de uma sociedade. Desta forma, Hassemer entende que o processo de valoração do bem jurídico não possui um fundamento racional, e fundamenta sua teoria no sentido de que a teoria do bem jurídico deve manter relação com a realidade⁹⁷.

Para tanto, afirma que a problemática pode ser solucionada desde que se proceda à análise da valoração que a sociedade oferece aos objetos da tutela penal: frequência de lesão a um interesse, intensidade da necessidade do objeto em tela e a intensidade de ameaça de acordo com a percepção social da lesão⁹⁸. Contudo, tais “fatores sociais da criminalização seriam diversamente percebidos em função dos contextos culturais e sociais de referência e de seu histórico evoluir”⁹⁹.

Assim, ao defender sua teoria pessoal do bem jurídico, Hassemer defende que o conceito de bem jurídico deve ser aberto o necessário para possibilitar decisões discricionárias do legislador penal¹⁰⁰. Somente desta forma alcançar-se-ia a promoção da percepção pessoal na escolha de objetos de tutela penal¹⁰¹.

Para Hassemer, a questão da proteção de bens jurídicos, nos últimos anos, recebeu “uma nova dimensão: de um contexto crítico-penal descriminalizador para um contexto jurídico-penal

⁹⁶ ROXIN, Claus. *Loc. cit.*

⁹⁷ SALOMÃO, Heloisa Estellita. *A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 36.

⁹⁸ SALOMÃO, Heloisa Estellita. *Loc. cit.*

⁹⁹ SALOMÃO, Heloisa Estellita. *Loc. cit.*

¹⁰⁰ HASSEMER, Winfried. *Linhas gerais...*, p. 21.

¹⁰¹ HASSEMER, Winfried. *Loc. cit.*

fundamentador e criminalizador”¹⁰². Se antes o legislador penal só poderia criminalizar o que efetivamente colocasse em risco um bem jurídico, nessa nova conjectura o princípio do bem jurídico incentiva o legislador a evidenciar o fundamento empírico, ou seja, o próprio bem jurídico, como embasamento da ameaça penal¹⁰³.

Entretanto, a ameaça a um bem jurídico não é o único elemento a ser preenchido para a criminalização de uma conduta e, conseqüentemente, sua punição. Hassemer afirma que “à violação de bens jurídicos como elemento fundamentador do merecimento de pena contrapõem-se princípios que atuam no sentido de uma limitação da punibilidade”¹⁰⁴, aos quais chama de formalização da justiça penal, entre os quais pode-se citar a subsidiariedade, a danosidade social e a tolerância, humanidade e respeito da dignidade humana¹⁰⁵.

Além disso, o jurista elenca outros dois elementos limitadores da imposição do merecimento de pena: os princípios do Direito Penal do fato e a taxatividade da lei penal¹⁰⁶. Segundo o autor, esses dois elementos demonstram que “o legislador pode garantir a proteção de bens jurídicos somente dentro de estritos limites e apenas com meios específicos para tanto”¹⁰⁷, dificultando, desta forma, “uma irrefletida adaptação do Direito Penal a interesses político-criminais”¹⁰⁸. Na mesma linha de pensamento de Hassemer, estão os escritos de Miguel Reale Junior¹⁰⁹, Eduardo Reale Ferrari¹¹⁰ e Alexandre Wunderlich¹¹¹.

Adequando-se a proposta ao problema, destaca-se que não obstante a previsão constitucional definidora do caráter fundamental das relações de consumo, impera-se o reconhecimento da necessidade de tutela jurídica em razão da essencialidade do instituto perante a existência da própria sociedade.

¹⁰² *Ibidem*, p. 17.

¹⁰³ HASSEMER, Winfried. *Loc. cit.*

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 18.

¹⁰⁵ HASSEMER, Winfried. *Loc. cit.*

¹⁰⁶ HASSEMER, Winfried. *Loc. cit.*

¹⁰⁷ HASSEMER, Winfried. *Loc. cit.*

¹⁰⁸ HASSEMER, Winfried. *Loc. cit.*

¹⁰⁹ REALE JUNIOR, Miguel. Despenalização no Direito Penal Econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa? *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 7, n. 28, São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro/1999, p. 116-129.

¹¹⁰ FERRARI, Eduardo Reale. Legislação Penal Antitruste: Direito Penal Econômico e sua acepção constitucional. *In: REALE, Miguel; REALE JUNIOR, Miguel; FERRARI, Eduardo Reale. Experiências do Direito*. Campinas: Millennium, 2004, p. 253-315, e FERRARI, Eduardo Reale. Direito Penal do Consumidor e a tutela de bens jurídicos supraindividuais: uma análise constitucional. *In: PRADO, Luiz Regis. Direito Penal Contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 274-291.

¹¹¹ WUNDERLICH, Alexandre. Sobre a tutela penal das relações de consumo: da exegese da Lei n. 8.078/90 à Lei n. 8.137/90 e as conseqüências dos ‘tropeços’ do legislador. *In: REALE, Miguel; REALE JUNIOR, Miguel; FERRARI, Eduardo Reale. Experiências do Direito*. Campinas: Millennium, 2004, p. 381-415.

Nesse passo, admite-se, igualmente, o reconhecimento da existência de um bem jurídico, pois, conforme afirma Fábio D'Ávila, o bem jurídico pré-existe ao reconhecimento de sua natureza penal¹¹². Todavia, questionável é a adoção de uma postura penal ao bem jurídico relação de consumo, ainda que este seja essencial à manutenção das relações sócio-econômicas da sociedade hodierna.

Como o bem jurídico relação de consumo só pode ser auferível quando identificado o indivíduo por trás da coletividade (teoria monista-pessoal), cumpre-se reconhecer que a antecipação das barreiras de imputação penal não pode se dar em razão do “sabor dos fatos e da emoção popular”¹¹³.

Assim, Eduardo Reale Ferrari aponta como principais motivos à recusa da tutela penal sobre as relações de consumo a afronta aos princípios da intervenção mínima, da fragmentariedade e da proporcionalidade¹¹⁴, ou seja, o afastamento dos preceitos de um direito penal clássico. De acordo com críticas exacerbadas de Eduardo Reale Ferrari¹¹⁵ e Alexandre Wunderlich¹¹⁶, o Direito Penal não alcança seus objetivos ao ser inserido nas relações de consumo, constituindo-se como mera norma simbólica.

No intuito de evitar a simbolização das normas penais, Miguel Reale Junior traça uma alternativa fundada nas teorias de Hassemer, pois afirma que o ilícito administrativo e o ilícito penal se diferenciam apenas por uma questão de “eficácia social”¹¹⁷. Ou seja, “não há diferença estrutural, mas apenas normativa entre os dois tipos de ilícito”¹¹⁸, devendo-se, em obediência ao critério de *ultima ratio* do Direito Penal, utilizar as demais esferas do controle social formalizado antes de se utilizar do pináculo punitivo estatal.

A utilização de uma via de “Intervenção” não inviabiliza a preservação da tutela de direitos fundamentais, pelo contrário: “em ambos há a defesa de bem jurídico fundamental. Assim, pouco importa que a via seja administrativa ou penal, posto que sempre, diante da importância do bem jurídico, estar-se-á protegendo a sociedade, isto é, a ‘existência social’”¹¹⁹.

¹¹² D'ÁVILA, Fábio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 17, n. 80, São Paulo: Revista dos Tribunais, set-out/2009, p. 21

¹¹³ FERRARI, Eduardo Reale. Direito Penal do consumidor..., p. 284.

¹¹⁴ FERRARI, Eduardo Reale. Direito Penal do consumidor..., p.277-285 e Legislação Penal Antitruste..., p. 267-282.

¹¹⁵ FERRARI, Eduardo Reale. Direito Penal do consumidor..., p. 285-287.

¹¹⁶ WUNDERLICH, Alexandre. *Op. cit.*, p. 386-389.

¹¹⁷ REALE JUNIOR, Miguel. Ilícito Administrativo e o *Jus Puniendi* Geral. In: PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Contemporâneo**: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 93.

¹¹⁸ REALE JUNIOR, Miguel. *Loc. cit.*

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 95.

Deste modo, o controle social das relações de consumo por intermédio de um direito de intervenção será capaz de cumprir os objetivos traçados pela Política Nacional das Relações de Consumo inserido no ordenamento jurídico pátrio com o advento da Lei 8.078/90 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor). Afinal de contas, passados mais de vinte anos da vigência do CDC, seu capítulo penal comprova-se ser ineficaz a tutelar o bem jurídico indicado, sendo diploma legal totalmente incoerente com a política criminal que deveria ser adotada em um Estado Democrático d Direito.

5. CONCLUSÃO

Em face de toda a análise realizada, conclui-se que o consumo é um instituto essencial à atual sociedade pós-moderna, levando-se em consideração o desenvolvimento do capitalismo e a consequente formalização da sociedade de risco e da perda dos referenciais de identidade.

Diante de tal circunstância, torna-se imperativa a atuação do ordenamento jurídico estatal, a fim de melhor proteger os interesses dos indivíduos perante os riscos e abusos oriundos da massificação das ofertas perante os consumidores.

Logo, deve o Direito atuar. No entanto, conclui-se que uma interferência estatal de natureza penal extrapola os limites característicos de um Estado Democrático de Direito, motivo pelo qual se impõe a substituição do Direito Penal pelo Direito de Intervenção, nos moldes acima apresentados.

Com o Direito de Intervenção, dar-se-ia maior efetividade ao ideário contido na Política Nacional das Relações de Consumo, protegendo-se o bem jurídico de forma proporcional e adequada, evitando-se, simultaneamente, lesões às garantias penais constitucionais.

Por fim, valendo-se da doutrina de Miguel Reale Junior, afirma-se a necessidade de “dar-se início a um processo de descriminalização que desfaça o trajeto construído à luz da ilusão penal, como se o recurso à criminalização fosse uma panacéia que remediasse todos os males da civilização predatória e egoísta de nossos tempos”¹²⁰. Em outras palavras, o Direito Penal não deve se valer de sua dogmática para ser instrumento de normatização simbólica, essencialmente quando outros meios de repressão se mostram mais adequados e eficazes.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 100.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALDAN, Édson Luís. **Fundamentos do Direito Penal Econômico**. Curitiba: Juruá, 2005.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

_____. **Em busca da política**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

_____. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

_____. **Vida líquida**. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: ed. 34, 2010.

_____; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**.

BENJAMIM, Antônio Herman V; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral**, vol. 1. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BUSATO, Paulo César. Por que, afinal, aplicam-se penas? In: SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo – Livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bittencourt**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 511-523.

_____; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal – Fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CALLEGARI, André Luís. et al. **Direito Penal e globalização: sociedade do risco, imigração irregular e justiça restaurativa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p 89-115.

COSTA, José Faria da. O fenômeno da globalização e o direito penal econômico. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, nº 34, ano 9, abr-jun/2001.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção Penal Ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2010.

D'AVILA, Fábio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 17, n. 80, São Paulo: Revista dos Tribunais, set-out/2009, p. 7-34.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra, 2001.
FERNANDES. Paulo Silva. **Globalização, “Sociedade de Risco” e o futuro do Direito Penal – Panorâmica de alguns problemas comuns**. Coimbra: Almedina, 2001.

FERRARI, Eduardo Reale. Legislação Penal Antitruste: Direito Penal Econômico e sua acepção constitucional. *In: REALE, Miguel; REALE JUNIOR, Miguel; FERRARI, Eduardo Reale. Experiências do Direito*. Campinas: Millennium, 2004, p. 253-315.

_____. Direito Penal do Consumidor e a tutela de bens jurídicos supraindividuais: uma análise constitucional. *In: PRADO, Luiz Regis. Direito Penal Contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. P. 274-291

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GIDEENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Unesp, 1991.

GUARAGNI, Fábio André; D'AQUINO, Dante Bruno. “Póstuma modernidade” e erro de proibição. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 88, ano 19, jan-fev/2011, p. 45-60.

GUIMARÃES, Sérgio Chastinet Duarte. **Tutela penal do consumo: abordagem dos aspectos penais do Código de Defesa do Consumidor e do artigo 7º da Lei nº 8.137, de 27.12.1990**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. 11 ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.

HASSEMER, Winfried. **Direito Penal: fundamentos, estrutura, política**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008.

_____. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. *In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org). O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. Perspectivas de uma moderna política criminal. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 02, nº 08, out-dez/94.

HOBBSAWM, Eric. **Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

JAKOBS, Günther. **Tratado de Direito Penal: Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. **Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MELIÁ, Manuel Cancio. O estado atual da política criminal e a ciência do Direito penal. In: CALLEGARI, André Luís [et al.], **Direito Penal e Funcionalismo**. Porto Alegre, 2005.

MERCANTE, Juarez. **O Fenômeno expansivo do Direito Penal: da proteção dos bens jurídicos transindividuais**. 2003, 182 fls. Dissertação – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004.

PASCHOAL, Janaína Conceição. **Direito penal: parte geral**. Barueri: Manole, 2003.

_____. **Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo**. São Paulo? Revista dos Tribunais, 2003.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Teoria Tridimensional do Direito**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. Despenalização no Direito Penal Econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa? In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 7, n. 28, São Paulo: Revista dos Tribunais, out-dez/1999, p. 116-129.

_____. Ilícito Administrativo e o *Jus Puniendi* Geral. In: PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 93-100.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Traducción de Diego-M. Luzón Peña; Miguel Díaz y Garcia Conlledo; y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2003.

_____. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SABADELL, Ana Lucia. **Manual de Sociologia Jurídica:** introdução a uma leitura externa do Direito. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SALOMÃO, Heloisa Estellita. *A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para um novo senso comum:** a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. Vol. 1: A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

_____. **A globalização e as ciências sociais.** 3. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal:** parte geral. 2. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007.

SÁNCHEZ, Jesús María Silva. **La expansión del derecho penal:** aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 3. ed. Montevideo: B de F, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia.** 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA, Luciana Carneiro da. Perspectivas político-criminais sob o paradigma da sociedade mundial do risco. **Revista Liberdades.** São Paulo, nº 05, p. 97. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br>. Acesso em: 15 set. 2011.

SILVA, Luciano Nascimento. **Teoria do Direito penal econômico.** Curitiba: Juruá, 2010.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico como direito penal de perigo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WUNDERLICH, Alexandre. Sobre a tutela penal das relações de consumo: da exegese da Lei n. 8.078/90 à Lei n. 8.137/90 e as conseqüências dos ‘tropeços’ do legislador. *In:* REALE, Miguel; REALE JUNIOR, Miguel; FERRARI, Eduardo Reale. **Experiências do Direito.** Campinas: Millennium, 2004, p. 381-415.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro,** v. 1. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.