Instituto Brasileiro de Direito Público

Direito do Estado .com.br
O Direito Público da Cidadania

REDE Revista Eletrônica de Direito do Estado

Número 10 – abril/maio/junho de 2007 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X -

A TUTELA PENAL DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Prof. José Barroso Filho

Juiz-Auditor da Justiça Militar Federal, titular da 12ª C.J.M. (AM, AC, RO e RR); professor universitário; doutorando em Administração Pública pela Universidad Complutense de Madrid (Espanha); Diploma de Estudos Avançados em Administração Pública (Universidad Complutense de Madrid – Espanha); mestre em Direito pela UFBA, especialista em Direito Público pela UNIFACS, pós-graduado pela Escola Judicial Edésio Fernandes/MG, pela Escola de Formação de Magistrados/Ba e pela Escola Superior de Guerra (RJ); Professor de Cursos de pós-graduação do CIESA (AM), Fundação Visconde de Cairu (Ba) e CCJB (Ba); conferencista da Escola de Administração do Exército (ESAEX), diretor científico do Centro de Cultura Jurídica da Bahia (CCJB); Membro do Conselho Editorial da Revista Brasileira de Direito Público. Ex- Juiz de Direito (MG). Ex-Juiz de Direito (PE). Ex- Promotor de Justiça (Ba).

SUMÁRIO. I – O que é Direito ? II – O que é Direito Penal ? III – O que é Direito Penal Econômico ? IV – O que é Direito do Consumidor ? V – O que é Direito Penal do Consumidor ? VI – Criminologia e Criminalidade Econômica. Bibliografia.

RESUMO: O artigo analisa a função protetiva do Direito Penal na tutela das relações de consumo. Explicita o bem jurídico protegido e o caráter subsidiário do sistema penal. Analisa aspectos fundamentais da Criminologia e da Criminalidade Econômica.

I - O QUE É DIREITO ?

A bem definir o que seja Direito, nada mais simples e profundo do que a frase de SANTI ROMANO: “realização de convivência ordenada”.

Segundo HANS KELSEN *“o direito é uma ordem da conduta humana. Uma “ordem” é um sistema de regras. O Direito não é, como às vezes se diz, uma regra. É um conjunto de regras que possui o tipo de unidade que entendemos por sistema. É impossível conhecermos a natureza do Direito se restringirmos nossa atenção a uma regra isolada. As relações que concatenam*

as regras específicas de uma ordem jurídica também são essenciais à natureza do Direito. Apenas com base numa compreensão clara das relações que constituem a ordem jurídica é que a natureza do Direito pode ser plenamente entendida" (1990: 11).

Não se pode perder a perspectiva de que o Direito é um sistema de referência cruzada em relação á realidade social que o legitima. As diversas leituras e releituras de um comando normativo tornam-se parte da rotina do exegeta jurídico, pois a "desatualidade" do texto é patente, no momento em que é escrito.

Essa noção de "re-construção" da norma jurídica, talvez auxilie a compreensão dessa ciência do "dever ser", no verdadeiro sentido do Direito que, por vezes, pode se contrapor ao texto escrito. SÓFOCLES, há mais de vinte séculos, exprimia, pela boca de Antígona, o paradoxo do Direito ao opor-se à lei de Creonte que a proibia de enterrar o irmão.

> *Creonte: Desafias tão flagrantemente a minha lei?*
>
> *Antígona: Naturalmente! Pois que não foi Zeus quem a promulgou, nem encontrarás tal lei imposta pela Justiça aos homens. Nunca acreditei que os teus éditos tivessem força tal que pudesse anular as leis do céu, as quais, não escritas nem proclamadas, têm duração eterna e uma origem para além do nascimento do homem.*

O Direito é tão mais legítimo quanto melhor representar as aspirações da sociedade.

O homem, pelo seu instinto social, prefere a vida em comunidade, pois assim realiza melhor suas necessidades materiais e espirituais, é "essencialmente coexistência", vez que não vive apenas, mas coexiste, isto é, vive necessariamente em companhia de outros indivíduos.

Dessa forma, associa-se a outros homens formando grupamentos objetivando os mais variados fins: família, escola, empresas, partidos políticos, etc. Desse convívio é natural o surgimento de conflitos de interesses a serem equacionados por normas gerais e abstratas que atendam às necessidades de equilíbrio de toda a sociedade. Tal é a razão da edição das leis, fórmulas do "dever ser", normas de previsibilidade.

Pretender que o Direito não seja dinâmico é contrariar a própria evolução humana, em constante mutação. Bem define ENNECCERUS : "o Direito constitui apenas um fragmento da nossa cultura geral, que é particular e inseparavelmente ligada às correntes de idéias e necessidades éticas e econômicas".

Vale refletir com JEAN CARBONNIER que " o direito é demasiadamente humano para pretender ao absoluto da linha reta. Sinuoso, caprichoso, incerto, cambiante mas ao acaso, e inúmeras vezes recusando a mudança esperada, imprevisível, tanto para o bom senso quanto pelo absurdo. Flexível direito! É necessário, para bem amá-lo, começar a despi-lo. Seu rigor, tem-no apenas

por afetação ou impostura".

Poeticamente, o Prof. ALMEIDA DINIZ (UFMG) vê o direito como magia. A poesia bem serve para exprimir o que não comporta definição.

O homem justifica, institui e aplica o Direito - Ubi homo, ibi ius. Portanto nenhum homem poderá analisar o fenômeno jurídico com a necessária isenção, pois dele não poderá se afastar.

Sábio SANTI ROMANO ...

II - O QUE É DIREITO PENAL?

Pontifica WELZEL: a ciência penal é uma ciência prática por ser uma teoria do agir humano justo e injusto.

O Direito Penal, segundo JOSÉ FREDERICO MARQUES pode ser conceituado como o *"conjunto de normas que ligam ao crime, como fato, a pena, como conseqüência, e disciplinam também as reações jurídicas daí derivadas, para estabelecer a aplicabilidade das medidas de segurança e a tutela do direito de liberdade em face do poder de punir do Estado".*

A finalidade do Direito Penal é a proteção dos bens mais importantes e necessários para a própria sobrevivência da sociedade, ou nas palavras de LUIZ RÉGIS PRADO, "o pensamento jurídico moderno reconhece que o escopo imediato e primordial do Direito Penal radica na proteção de bens jurídicos – essenciais ao indivíduo e à comunidade" (1996: 47). A pena é simplesmente uma conseqüência pelo descumprimento de um imperativo legal (norma implícita), não consistindo, assim, na sua finalidade.

Com o Direito Penal, visa-se tutelar todos os bens que, segundo um critério político, que varia de acordo com as mutações experimentadas pela própria sociedade, merecem fazer parte daquele pequeno círculo que, por serem extremamente valiosos, não sob o ponto de vista econômico, mas sim sob o enfoque político, não podem ser suficientemente protegidos pelos demais ramos do Direito.

Sobre o Direito Penal Mínimo e Necessário, leciona MUNÕZ CONDE:

> *"O poder punitivo do Estado deve estar regido e limitado pelo princípio da intervenção mínima. Com isto, quero dizer que o Direito Penal somente deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes. As perturbações mais leves do ordenamento jurídico são objeto jurídico de outros ramos do Direito" (1975: 59/60).*

Com efeito, **o princípio da intervenção mínima**, também conhecido como **ultima ratio**, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outros meios

de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização será inadequada e desnecessária.

Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais.

Por isso, o Direito Penal deve ser a ultima ratio, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade.

No intuito de bem interpretar o tipo penal, valiosa a lição de WELZEL:

> *"Na função dos tipos de apresentar o "modelo" de conduta proibida se põe de manifesto que as formas de conduta selecionadas por ele têm, por uma parte, um caráter social, quer dizer, são referentes à vida social, ainda, por outra parte, são precisamente inadequados a uma vida social ordenada. Nos tipos, encontra-se patente a natureza social e ao mesmo tempo histórica do Direito Penal: indicam as formas de conduta que se separam gravemente dos mandamentos históricos da vida social" (1993: 66).*

Lançado o **princípio da adequação social**, em síntese, o escólio de ASSIS TOLEDO:

> *"se o tipo delitivo é um modelo de conduta proibida, não é possível interpretá-lo, em certas situações aparentes, como se estivesse também alcançando condutas lícitas, isto é, socialmente aceitas e adequadas" (1994: 131).*

Percebe-se pois, que a tipicidade necessária à caracterização do fato típico se biparte em formal e material.

Tipicidade formal é justamente a adequação da conduta do agente ao modelo abstrato (tipo) previsto na lei penal.

Entende-se por tipicidade material aquele critério de adequação da conduta do agente a um tipo penal incriminador. Se interrompida aqui a definição do conceito de tipicidade material, nada diferente da tipicidade formal. No entanto, além da necessidade de existir um modelo abstrato que preveja com perfeição a conduta praticada pelo agente, é preciso que, para que ocorra essa adequação, seja levada em consideração a relevância do bem que está sendo objeto de proteção, mais ainda, que a conduta implemente ou incremente um risco socialmente proibido.

Segue-se na interpretação da lei penal pela análise do princípio da responsabilidade pessoal, a tanto o ensinamento de ZAFFARONI:

> *"nunca se pode interpretar uma lei penal no sentido de que a pena transcenda da pessoa que é autora ou partícipe do delito. A pena é uma medida de caráter estritamente pessoal, haja vista ser uma ingerência ressocializadora sobre o condenado" (1996: 138).*

Abordada a questão do sujeito ativo, cabível falar-se na efetiva proteção

de um valor ou bem jurídico, enunciando assim o princípio da alteridade, que proíbe a incriminação de atitude meramente subjetiva, que não ofenda a nenhum bem jurídico.

Segundo CLAUS ROXIN: "só pode ser castigado aquele comportamento que lesione direitos de outras pessoas e que não seja simplesmente pecaminoso ou imoral. À conduta puramente interna, puramente individual – seja pecaminosa, imoral, escandalosa ou diferente -, falta a lesividade que pode legitimar a intervenção penal".

Igualmente importante no entendimento da lei penal, temos o princípio da confiança que, segundo WELZEL "consiste na realização da conduta de uma determinada forma, na confiança de que o outro agente atuará de um modo já esperado, isto é, normal. Baseia-se na confiança de que o comportamento das outras pessoas dar-se-á de acordo com o que normalmente acontece".

Por derradeiro, sendo fundamental para a aplicação da lei penal, temos o princípio da legalidade, que vem insculpido no inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal, *verbis: "Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal"*, redação semelhante àquela contida no art. 1º do Código Penal.

É o princípio da legalidade, sem dúvida, o mais importante do Direito Penal, não se fala na existência de crime se não houver uma lei definindo-o como tal.

Tudo o que não for expressamente proibido é lícito em Direito Penal, por essa razão, VON LISZT afirmou que o "Código Penal era a Carta Magna do delinqüente".

Em síntese, a conduta só é proibida, em termos penais, após a vigência da norma incriminadora, norma esta que deve ser clara, vedado o emprego de termos vagos e imprecisos, proscrita, por conseqüência a analogia in malam partem e a extra-atividade da norma penal incriminadora.

Entre infração penal e infração civil, existe apenas um critério político de distinção, observando-se que à infração penal está reservada uma pena que pode chegar à privação da liberdade, ao passo que à infração tem-se como conseqüência, a obrigação de reparar o dano ou outras sanções de natureza civil

O legislador não nos forneceu um conceito de crime, restando tal tarefa aos doutrinadores, dentre eles, BETTIOL: "crime é todo o fato humano lesivo de um interesse capaz de comprometer as condições de existência, de conservação e de desenvolvimento da sociedade" (1996: 209).

Com efeito, na exata manifestação da Profª. MARIA AUXILIADORA MINAHIM (UFBA), a proteção penal aos bens jurídicos terá sempre um caráter subsidiário (ocorrerá quando a proteção dos outros ramos do direito mostrar-se

insuficiente) e far-se-á apenas diante dos ataques mais graves (caráter fragmentário) que sejam danosos (princípio da lesividade).

III - O QUE É DIREITO PENAL ECONÔMICO?

Preliminarmente, vale lançar algumas considerações da relação entre o Direito e a Economia.

A atividade econômica mantém profunda ligação com a estrutura jurídica do sistema, vez que compete à Lei situar o homem, a empresa e a sociedade diante do poder político e da natureza, definindo seus direitos e suas responsabilidades e também fixando as balizas dentro das quais poderá ser exercida a liberdade de ação de cada um dos agentes da atividade econômica.

Afinal é através do Direito *"que se obtém a sistematização das energias sociais, substituindo-se a ordem econômica natural pela ordem econômica juridicamente determinada".*

Conceitos como igualdade jurídica, desigualdade econômica, escassez de recursos constantemente são motivos de atrito entre o Direito e a Economia.

Os economistas normativistas entendem que: "O governo deve assegurar que todos os mercados sejam competitivos".

A busca da eficiência econômica parece conflitar com a eficiência social, como observou TULLUCK (1980):

> *"Uma instituição legal eficiente seria aquela que não pode ser modificada sem que fiquemos em situação pior".*

Forçoso reconhecer que a felicidade de cada um não implica felicidade de todos, pois inexistem bens suficientes para a total satisfação das necessidades humanas.

O grau de agregação de uma sociedade é medido pelo tratamento que se dá à propriedade, mormente dos meios de produção.

A propriedade há de atender sua função social, resultando que o Mercado deve ser regrado igualmente para que projete seus efeitos benéficos para aqueles não titulares dos bens de capital, pois sabemos todos que os efeitos negativos são rapidamente "socializados".

O Direito Econômico visa estabelecer normas de exercício da atividade econômica, de modo que esta manifeste uma utilidade social em contraposição à liberdade excessiva e autofágica da divindade econômica denominada Mercado.

Necessária pois, a intervenção estatal no campo econômico de modo a permitir um desenvolvimento socialmente justo.

Os ataques à ordem econômica são previstos na própria Constituição Federal, que em seu art. 173, §4º, afirma um dever do Estado:

> *"A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros".*

WINFRIED HASSEMER denomina a criminalidade econômica – lesiva a ordem econômica, bem imaterial, por natureza – como a **criminalidade moderna**, bem diversa da criminalidade clássica, porque transcende os direitos individuais, atingindo bens jurídicos supra-individuais.

Surge então o Direito Penal Econômico de modo a tutelar a ordem econômica, reconhecido que a ofensa a esse bem jurídico "é obstáculo ao desenvolvimento e causa de desajuste social".

WILFRIED BOTTKE distingue um Direito Penal Econômico em sentido amplo que abarcaria os crimes econômicos (furto, estelionato, apropriação indébita, falsificação de documentos, entre outros), do Direito Penal Econômico em sentido estrito. Este, sim, que pretende a proteção das condições essenciais de funcionamento do sistema econômico, outorgado ao legislador penal a partir da Constituição Federal de 1988.

Orientado pelos princípios da legalidade – em todos os seus aspectos -, da intervenção mínima, da adequação social, à luz do garantismo explicitado por FERRAJOLI, a boa técnica indica que é necessário separar as infrações merecedoras de sanção penal daquelas que só devem receber sanções civis e administrativas.

Mais ainda, para impor a sanção penal é preciso que para evitar a conduta não baste a vigilância administrativa, como também é necessário que, no estabelecimento dos preceitos incriminadores sejam utilizadas fórmulas claras e exatas, definindo quais as condutas que autorizam a sanção. Só assim se respeitará o princípio da reserva legal – que seria violado com uma descrição vaga e aberta.

Por ser um direito que utiliza conceitos técnicos de outras ciências, percebe-se uma grande utilização de elementos normativos, e estes, precisamente por conterem remissão a normas extrapenais, jurídicas ou culturais, exigem manipulação extremamente criteriosa e bem dosada.

FRAGOSO considera "que tais elementos introduzem considerável indeterminação no conteúdo do tipo, enfraquecendo sua função de garantia, pois fazem depender puramente da valoração judicial a própria existência da conduta punível em sua materialidade ... os elementos normativos do tipo, especialmente os de valoração cultural, contribuem, sem dúvida, para a indeterminação e insegurança do tipo, comprometendo o princípio da reserva legal" (1961: 148).

No mesmo sentido é a advertência de ASSIS TOLEDO:

"A exigência de lei certa diz com a clareza dos tipos, que não podem deixar margem a dúvidas, nem abusar de normas muito gerais ou tipos incriminadores genéricos, vazios" (1994: 28).

Os tipos carregados de elementos normativos, na sua aplicação, faz lembrar a possibilidade do excessivo arbítrio judicial. O "bom juiz" chama-se MAGNAUD, qual será o nome do "mau juiz"? Quais as facetas do arbítrio?

Segundo HUNGRIA "falece razão aos "defensores do "direito livre", tese criada por KANTOROWICZ, segundo a qual o juiz deve substituir-se à lei, pois importaria em sobrepor à vontade coletiva, expressa na lei, a vontade de um só, expressa na sentença judicial" (1958: 81).

Não esquecer que a norma pode ter uma função meramente aplacativa, todos sabem que existe, porém é inaplicável, tal é a situação de muitas normas de Direito Penal Econômico, vez que a vacuidade de algumas descrições típicas retira-lhe qualquer possibilidade de aplicação por parte do operador do direito consciente dos princípios que regem a Ciência Penal.

Vale refletir: Não se deve criminalizar para fazer crer que se solucionou o problema, assim também quando um comportamento é difícil de se definir com precisão.

Eis o campo técnico e perigoso do Direito Penal Econômico.

IV - O QUE É DIREITO DO CONSUMIDOR?

O necessário reequilíbrio dos pólos nas relações de consumo conduz à reflexão sobre vários aspectos do mundo contemporâneo: sobre o livre mercado como instrumento que se demonstrou essencial para o incremento da prosperidade geral; sobre o fato, porém, de que o moderno mass market rompeu o equilíbrio entre poderosos "produtores", de um lado, e isolados "consumidores", do outro lado, de modo que não há verdadeiro mercado livre se não se restabelece tal equilíbrio entre o *supply side e o demand side*; sobre a necessidade, portanto, de profundas transformações do direito substantivo e processual, exatamente com o fim de restaurar semelhante equilíbrio sem todavia, renegar a fundamental liberdade do mercado.

É inegável que as profundas transformações da economia – produção, troca, consumo de massa – geraram a necessidade de abandonar os esquemas tradicionais, essencialmente individualísticos, e como tais inteiramente inadequados, do direito substantivo e processual nessa matéria.

A dificuldade do tema, como é sabido, reside no fato de que o consumidor, nas modernas sociedades industriais, é titular, em regra, de direito que outra coisa não é senão um fragmento do mais vasto direito "difuso"; diante da produção e circulação "em massa" dos bens, o mesmo tipo de produto destina-se a muitíssimos consumidores, cada um dos quais, se o produto é

defeituoso, não terá senão um “fragmento” do dano total causado.

Ademais, enquanto o produtor/fornecedor é, de regra, bem organizado, juridicamente bem informado, e tipicamente um litigante habitual, o consumidor, ao contrário, está isolado, é um litigante ocasional, e naturalmente relutante em defrontar-se com o poderoso adversário.

Deve ainda sublinhar-se que sofrem com essa desigualdade, sobretudo, os cidadãos das classes sociais menos abastadas e culturalmente menos aparelhadas, sendo pois mais expostos às políticas agressivas da empresa moderna.

Mesmo que um ou alguns consumidores tivessem coragem de pôr em movimento o sistema jurisdicional, os resultados, segundo os tradicionais esquemas individualistas da justiça, seriam praticamente irrelevantes, decerto ineficientes em termos de “política pública”.

O Direito do Consumidor, que, como verdadeira política pública, surgiu com o discurso de JOHN KENNEDY, em Mensagem ao Congresso dos EUA, em 15 de março de 1962, onde foram definidos os quatro direitos fundamentais dos consumidores:

a) o direito à segurança;

b) o direito à informação;

c) o direito de escolha; e

d) o direito de ser ouvido ou consultado.

Na exata percepção de ANTUNES VARELLA:

> *“As leis deixaram em grande parte de constituir verdadeiras normas gerais para constituírem estatutos privilegiados de certas classes profissionais ou de determinados grupos políticos”.*

Emergem pois, dessa consciência uma série de leis que visam regrar as relações de consumo, civilizando o Mercado, criando um novo microssistema.

Microssistema esse justificado pelo bem jurídico tutelado – relações de consumo e pelos vulnerabilidade dos destinatários – os consumidores.

V - O QUE É DIREITO PENAL DO CONSUMIDOR ?

O Direito Penal do Consumidor é um ramo do Direito Penal Econômico que tem por finalidade o estudo de toda a forma de proteção penal à relação de consumo, como bem jurídico imaterial, supra-individual e difuso.

O Direito Penal do Consumidor circula em torno dos crimes contra o

consumidor, os quais são forma de abuso do poder econômico que atentam contra a ordem econômica geral e devem ser coibidos, é pois, um conjunto de normas que se desenvolvem em torno das infrações cometidas nas relações de consumo.

Segundo STIGLITZ: O Direito Penal do Consumidor insere-se no rol da natural reação social contra a injusta pressão econômica exercida por uma das partes da relação de consumo sobre a outra.

Não se pretende tolher a produção, pois sem esta não há desenvolvimento. Por outro lado, o Direito Penal do Consumidor tem caráter subsidiário, assim como o Direito Penal Econômico, pois a sanção penal deve ser manejada quando esgotados os outros meios de sanção.

Os delitos visam proteger, de forma imediata, a relação de consumo, outros objetos tais como o direito à vida, à saúde, ao patrimônio, etc, são tutelados de forma mediata ou reflexa.

Basicamente os crimes contra as relações de consumo afetam um interesse – objeto jurídico, sem afetar um objeto material.

Para bem entender esses crimes é necessário ter em mente que o resultado previsto na figura típica é sobretudo um resultado jurídico, portanto, a repercussão material pode não existir.

Tal constatação delimita a dificuldade de se compreender esse tipo de criminalidade, pois as definições típicas indicam o complemento através de conceitos de outras ciências, afora o culto causalista da materialidade que bitola a investigação e a aplicação da lei penal do consumidor.

Considerando os princípios gerais do Direito Penal, no Direito Penal do Consumidor observa-se os seguintes princípios específicos:

> *- Princípio da Integridade ou da Intangibilidade das Relação de Consumo, isto é, através das normas penais do consumidor, o que se visa é assegurar a integridade daquela relação, sua seriedade, importância e retidão.*
>
> *- Princípio da Informação Veraz, da Informação Adequada e Séria: significa que o fornecedor pode ser apenado criminalmente pela omissão da informação ao consumidor. Este princípio praticamente domina os delitos relativos às infrações de consumo.*

No tocante ao Concurso de Pessoas aplica-se o princípio da culpabilidade, razão pela qual entende-se que o art. 75, do Código de Defesa do Consumidor – que mistura responsabilidade objetiva (proscrita no Direito Penal Moderno) com responsabilidade subjetiva – foi revogado pelo art. 11, da Lei nº 8.137/90.

A responsabilidade da pessoa jurídica é um assunto polêmico, um assunto de “fé” dentro do “mundo construído” do Direito. Toda essa discussão parece ser um parto “à fórceps alto” de um novo ramo do Direito, o direito de

intervenção, de modo a tratar de forma científica as modernas relações econômicas, sem contudo abalar os canônes de sustentação do Direito Penal, afinal "ciência é linguagem".

O concurso de crimes é possível desde que não se perca a visão de que a objetividade jurídica dos crimes contra as relações de consumo é a própria relação de consumo, assim para o concurso de crimes, principalmente o formal ou ideal, devemos perceber a pluralidade de objetos jurídicos lesionados, do contrário poderemos estar diante de um concurso aparente de normas, a ser resolvido pelos princípios da especialidade, da subsidiariedade e da consunção, sendo que o alegado "princípio da alternatividade" nada mais é do que uma questão de análise dentro do próprio tipo penal.

Em relação ao tempo do crime aplica-se a teoria da atividade, prevista no art. 4º, do Código Penal: considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado.

Considera-se o lugar do crime ou locus comissi delicti, o lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como, onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado (art. 6º, Código Penal).

Nos crimes pluri-locais ou de distância mínima, a questão é resolvida pelas regras normais de competência, nos termos do art. 70, caput, do Código de Processo Penal: "A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração". Em se tratando de crimes de distância máxima, a questão será resolvida com a observância dos ditames prescritos no art. 7º, do Código Penal.

A ação penal é via de regra, pública e incondicionada, porém observe-se as regras contidas na Lei nº 9.099/95, nas quais vigora o princípio da oportunidade, em substituição ao princípio da obrigatoriedade.

Elementos comuns dos crimes contra as relações de consumo:

Sujeito Ativo – é o fornecedor.

Sujeito Passivo – principal, a coletividade, secundário, o consumidor.

Objeto Material – é o produto.

Elemento Subjetivo – é o dolo de perigo (vontade livremente dirigida no sentido de expor o objeto jurídico a perigo de dano). É admitido o direto e o eventual.

Eis os elementos básicos de entendimento.

VI – CRIMINOLOGIA E CRIMINALIDADE ECONÔMICA

Ensina o Professor ANTÔNIO GARCIA-PABLOS DE MOLINA que:

> *"a Criminologia é uma ciência do "ser', empírica; o Direito, uma ciência cultural, do "dever ser", normativa. Em conseqüência, enquanto a primeira se serve de um método indutivo, empírico, baseado na análise e na observação da realidade, as disciplinas jurídicas utilizam um método lógico, abstrato e dedutivo".*

Esclarece, ainda:

> *"saber empírico e saber normativo são duas categorias antagônicas. Que a Criminologia pertença ao âmbito das ciências empíricas significa, em primeiro lugar, que seu objeto (delito, delinqüente, vítima e controle social) se insere no mundo real, do verificável, do mensurável, e não nos valores. Que conta com um sólido substrato ontológico, apresentando-se ao investigador como um fato mais, como um fenômeno da realidade. Estruturalmente isso descarta qualquer enfoque normativo. Porém a natureza empírica da Criminologia implica, antes de tudo que esta se baseia mais em fatos que em opiniões, mais na observação que nos discursos ou silogismos. O proceder dos juristas e criminólogos, assim, difere substancialmente .O jurista parte de umas premissas "corretas" para "deduzir" delas as oportunas conseqüências . O Criminólogo, pelo contrário, analisa uns dados e induz as correspondentes conclusões, porém suas hipóteses se verificam – e se reforçam – sempre por força dos fatos que prevalecem sobre os argumentos subjetivos, de autoridade" (1992: 26).*

Constatar a realidade do Direito Penal Econômico, leva-nos a concluir que o seu deficiente desenvolvimento tem como principal causa:

> *O desconhecimento da forma real de atuação do crime econômico.*

Esse grave defeito importa num desconhecimento à expressão humana no delito econômico, ou melhor, no desconhecimento do modus operandi do agente no verdadeiro crime econômico, aquele que alcança uma quantidade indefinida e indelimitável de pessoas, e que se executa através de pessoas jurídicas, geralmente sociedades comerciais.

Na verdade, a tarefa de elaborar leis em Direito Penal Econômico, em geral, e do Consumidor, em particular, é bastante difícil. Como observou RAÚL CERVINI, ela pode ser comparada a uma "operação de microcirurgia, onde se impõe um mínimo de atividade com o instrumento mais preciso"

É justamente esse o paradoxo da elaboração das normas de caráter econômico: o fato de que, para assegurar a liberdade do mercado, se tornam necessárias equilibrantes intervenções normativas, administrativas e judiciais.

D'outro lado, toda intervenção reveste-se de dificuldades particulares no quadro do caráter cada vez mais vasto e internacional da economia contemporânea, de sorte que merece especial atenção a conveniência de não criar diversidades artificiosas e desnecessárias, capazes de constituir obstáculos ao comércio.

As dificuldades na descoberta e no julgamento das infrações, que exigem um procedimento especializado e conhecimentos particulares por parte

dos agentes dos órgãos formais de controle do delito, como a Polícia, o Ministério Público e os Tribunais.

Ocorre que esses órgãos, sendo solicitados contínua e intensivamente por outras atividades que chamam mais a atenção pública – vêem-se desviados desse alvo de contornos, por vezes, mal definidos. A par dessa dificuldade, existe também a desinformação, por parte dos integrantes daqueles organismos, de atividades próprias dos criminosos de "colarinho branco", que estariam a exigir daqueles agentes, conhecimentos de economia, mercado de ações, finanças altamente complexas, para os quais não foram preparados.

Se tal não bastasse, o valor protegido – a ordem econômica, em sentido lato – é um bem imaterial, não apreensível, não parecendo causar incômodo ao cidadão, em si considerado, mormente por transcender os direitos individuais universais.

A tanto soma-se o fato de legisladores, juízes, banqueiros, industriais, criminosos do "colarinho branco" parecem sentar à mesma mesa, oriundos que são da classe dos "cavalheiros", forma-se pois, um pacto inconsciente, pois o aplicador da lei não consegue enxergar um criminoso naquele que freqüentou o mesmo clube social ou cujos filhos são colegas na mesma escola.

Por tais motivos, os crimes contra a ordem econômica se encontram naquela cifra negra, como disse GÜNTHER KAISER, ou seja, entre aqueles delitos que não se descobrem e, acaso descobertos, não são denunciados, sendo que dos denunciados poucos resultam em condenação.

Vale recordar a frase de LACASSAGNE (1885):

> *"O meio social é o caldo de cultura da criminalidade; o delinqüente é o micróbio, que não tem qualquer importância enquanto não encontra a cultura que provoca a sua multiplicação ... As sociedades têm os criminosos que merecem".*

Talvez mais adequada seja a frase do Prof. HERMANN MANNHEIM, mais neutra, sem tanta carga valorativa:

> *"Cada sociedade tem o tipo de crime e de criminosos correspondentes às suas condições culturais, morais, sociais, religiosas e econômicas".*

Porém, não se pode, à evidência, vislumbrar o crime econômico apenas sob a ótica criminológica, isto é, a de que só o poderoso pratica tal crime. Afinal, como adverte FRANCISO MUÑOZ CONDE, no Direito Penal moderno, delinqüente é aquele que comete um crime, e não aquele que procede de um meio social determinado e tem determinadas conotações pessoais (1995: 266).

No entanto, a contribuição da Sociologia Criminal é fundamental para a compreensão do delito econômico.

Afinal, bem observou GIORGIO DEL VECCHIO: "o crime não é

simplesmente um fato individual pelo qual deve responder, de modo exclusivo, seu autor, para repará-lo; é também – e precisamente nas formas mais graves e constantes – um fato social que revela desequilíbrios na estrutura da sociedade onde se produz.. Em conseqüência, suscita problemas muito além da pena e da reparação devidas pelo criminoso".

A sociologia criminal é uma ciência muito recente, muito depois do Direito Penal, cuja origem remonta à antigüidade, e depois ainda da Criminologia, cuja origem se poderá situar na Escola Clássica, muito embora apenas tenha atingido a sua forma sistemática com a Escola Positiva Italiana.

Mas, se ao Direito Penal importa a definição do tipo de crime e a sua conseqüência sancionatória, à criminologia importa a compreensão da realidade criminal em todos os seus aspectos.

Numa primeira fase, a criminologia debruçou-se sobre a pessoa do delinqüente, servindo-se de métodos próprios da biologia e da psiquiatria, sendo pois, denominada "criminologia clínica".

Numa fase mais avançada da reflexão criminal, o criminólogo deslocou seu estudo para o meio social onde se gerou a prática delitiva – a acentuação deste aspecto da criminologia deu lugar à sociologia criminal. A partir do momento em que se compreende que não existe sociedade sem crime, não só não é concebível uma sociologia que ignore este fenômeno, como não é possível estudar o crime, considerado em abstrato, sem invocar o meio social onde se desenvolve.

A propósito, ÉMILE DURKHEIM afirma que "não há ato algum que seja, em si mesmo, um crime. Por mais graves que sejam os danos que ele possa causar, o seu autor só será considerado criminoso se a opinião comum da respectiva sociedade o considerar como tal" (1995:23).

O fato de que em todas as sociedades, desde as menos evoluídas às mais evoluídas, se encontrarem manifestações anti-sociais não significa que todas as sociedades definam os mesmos tipos de crimes e que os mesmos crimes sejam delimitados com as mesmas características.

Na realidade, a tipologia dos crimes evolui no mesmo sentido da evolução social, assim, em certa medida, o crime é produzido pela sociedade, em termos abstratos, e praticado, em concreto, por um determinado membro da sociedade que não aderiu à ordem social.

Já comentamos as razões pelas quais o delito econômico é tão mal definido e pifiamente aplicado. Resta definir, apesar de todas as dificuldades técnicas quanto à sua própria gênese, por quem e porque é praticado.

Relembremos MARX e sua luta de classes, muitos delinqüentes furtam porque o furto representa para eles uma expressão natural do sentimento de que pertencem a uma classe social desprotegida.

O que dizer daqueles outros que não têm tais sentimentos ou que não são por eles arrastados para o crime.

O delinqüente econômico não é um criminoso político nem um revoltado. Mais do que revoltar-se contra as iniqüidades da sociedade, ele explora suas fraquezas. A conduta anti-social erigida ao patamar de crime econômico apresenta uma peculiaridade: a violação da confiança.

TERSTEGEN acentua que a sociedade moderna tem se tornado tão complexa e dinâmica que não permite aos seus membros, individualmente, a possibilidade de apenas celebrarem os seus negócios depois de esgotante e demorada comprovação do grau de confiança que as partes merecem.

> *"Quem compra numa farmácia deve poder ter a confiança de que será bem servido; já confia levianamente quem se dispõe a adquirir remédios num vendedor de bugigangas".*

Porém é curioso notar que o crime econômico, embora atinja bens transindividuais, não gera forte reação popular, qual como um homicídio. A população empenha-se na punição do homicida, no entanto parece ter até "pena" do criminoso econômico.

Curiosa essa reação social, talvez explicada pela natureza imaterial do bem atacado.

Aproveitando-se dessa falta de conscientização social são editadas leis de efeito aplacativo, feitas para não serem aplicadas, pois extremamente mal-redigidas e complexas. Será má-fé ou ignorância ou cada uma a seu tanto ?

Na verdade, se a sociedade não cria o delinqüente econômico, tolera sua existência, de certa forma, então, incentivando-o a novas ações.

Frente ao crime econômico, a sociedade tal qual um organismo de anticorpos preguiçosos ou míopes tornando a lesão crônica.

BIBLIOGRAFIA

ARAUJO JÚNIOR, João Marcelo de. Dos crimes contra a ordem econômica. São Paulo: RT, 1995.

BARROS MONTEIRO, Washington. Curso de Direito Civil - Parte Geral. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

BENJAMIM, Antônio Herman de Vasconcelos. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Rio de Janeiro: FU, 1991.

BETTIOL, Giuseppe. Direito Penal. São Paulo:RT, 1996.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Lições de Direito Penal – parte geral. 3ª ed.

Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1995.

CERNICCHIARO, Luis Vicente. Comentários ao Código do Consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

DOTTI, René Ariel. Comentários ao Código do Consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

DURKHEIM, Émile. As Regras do Método Sociológico, 6ª ed. Lisboa: Editorial Presença, 1995.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas. São Paulo: RT, 1999.

FONSECA, Antônio Cezar Lima da. Direito Penal do Consumidor. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999.

FRAGOSO, Heleno Claúdio. Lições de Direito Penal – Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

_____. Conduta Punível. Rio de Janeiro: Forense, 1961.

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antônio. Criminologia, Uma Introdução A Seus Fundamentos Teóricos, São Paulo: RT, 1992, Trad. Luiz Flávio Gomes.

GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal – Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v.I, t. I e II, e 1967, v. VII.

KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. São Paulo: Martins Fontes, 1990, trad. Luis Carlos Borges.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción al Derecho Penal. Barcelona: Bosch, 1975.

PRADO, Luiz Régis. Bem Jurídico Penal e Constituição. São Paulo: RT, 1996.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

SANTOS, Gérson Pereira dos. Direito Penal Econômico. São Paulo: Saraiva, 1991.

SILVA FRANCO, Alberto. Código Penal e sua interpretação jurisprudencial. 6ª ed. São Paulo: RT, 1997.

STEPHEN, Frank H. Teoria Econômica do Direito. São Paulo: McGraw-Hill, 1993.

TEUBNER, Günther. O Direito como Sistema Autopoiético. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal. 5ª ed. São Paulo:Saraiva, 1994

VON LISZT, Fran. Tratado de Direito Penal Alemão. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1899.

WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán. Santiago: Jurídica de Chile, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. Manual de Derecho Penal – Parte General. Buenos Aires:Ediar, 1996.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

FILHO, José Barroso. A Tutela Penal das Relações de Consumo. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 10, abril/maio/junho, 2007. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

4) A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

Publicação Impressa:

Informação não disponível.