

DIREITO PENAL DO CONSUMIDOR E CONSTITUÇÃO FEDERAL BRASILEIRA

Eduardo Reale Ferrari

CIENCIAS PENAIS

Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais

Vol. 1

Brasil, Ano 1, n. 1, julho – dezembro 2004

Editora Revista Dos Tribunais

<http://www.cienciaspenales.net>

2. DOCTRINA BRASILEIRA

2.9

DIREITO PENAL DO CONSUMIDOR E CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA

EDUARDO REALE FERRARI

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O objeto jurídico de tutela dos crimes de relação de consumo – 3. Princípios constitucionais penais e sua relação com o direito do consumidor – 4. O Direito Administrativo sancionador e o Direito Penal do consumidor: 4.1 Os sistemas de relacionamento entre o Direito Administrativo sancionador e o Direito Penal do consumidor; 4.2 A necessidade de terceira via entre o Direito Penal do consumidor e o Direito Administrativo sancionador – 5. Avaliação do fenômeno da administrativização do direito penal do consumidor e suas consequências – 6. Conclusões.

Palavras-chave: Direito Penal do consumidor – Constituição Federal.

1. Introdução

O novo Código de Defesa do Consumidor foi, sem dúvida alguma, importante conquista na proteção aos consumidores. Constituindo um todo orgânico, impositivo é seu conhecimento integral, a fim de interpretarmos sua parte penal.

René Ariel Dotti, professor titular na Universidade Federal do Estado do Paraná – Brasil, com sua autoridade, desde 1982, afirmava que o amparo jurídico-penal do consumidor é um dos desafios para a inteligência dos estudiosos nos dias presentes, sendo a proteção dos direitos do consumidor resguardada constitucionalmente, revelando um ideal de Justiça Social e de ideal de liberdade de um povo generoso que em grande parte é martirizado pela ferocidade econômica de velhos e novos conquistadores.

A partiu daí surgiram adeptos da criminalização do direito do consumidor, destacando-se do direito penal econômico, em contraposição àqueles que entendem ser a via administrativa o meio mais eficiente e ágil para resolver as questões atentatórias às relações de consumo, ensejando a dicotomia criminalização vs. descriminalização das condutas consumeristas.

Especialmente a partir do início da década de 1990, o Brasil adotou posição favorável à criminalização, o que, a nosso ver, é totalmente inadequada, visando o presente trabalho questionar e refletir até que ponto existe efetivamente mais

eficiência no denominado direito penal das relações de consumo, indagando se não é o caso de deixar o direito do consumidor exclusivamente para a via administrativa, desenvolvendo-se a questão por meio do direito administrativo sancionador, fulcrado na Escola de Frankfurt, substituindo a via criminal pelo âmbito administrativo sancionador.

2. O objeto jurídico de tutela dos crimes de relação de consumo

O objeto de tutela jurídica nas relações de consumo é a coletividade, sendo clara a Constituição brasileira do ano de 1988 ao afirmar que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor (art. 5.º, XXXII), sendo também princípio atrelado à ordem econômica enunciado no art. 170, V, da mesma Carta Magna.

O objeto de tutela figura-se, assim, destinado a um número determinado de pessoas – denominados consumidores –, que no caso da relação de consumo constitui obrigatoriamente o destinatário final do produto ou do serviço prestado, representando ser essa a razão essencial de distinção entre os bens jurídicos denominados de coletivos e os chamados difusos ou metaindividuais que não possuem categorização de tutela às vítimas.

As modalidades de amparo penal aos consumidores no Brasil não são recentes, havendo previsões normativas não apenas na década de 1990, vez que presente com outra nomenclatura desde o Código Penal brasileiro de 1940, dos quais exemplos constituem os crimes de fraude na entrega da coisa (art. 171, IV); o crime de duplicata simulada (art. 172); a fraude no comércio (art. 175), havendo também previsões em leis penais especiais, como a Legislação sobre Economia Popular e Sistema Financeiro Nacional (Lei 1.521/1951 e Lei 7.492/1986), tendo o legislador continuamente inflacionado o bem jurídico consumerista pela via criminal, sendo exemplo a ênfase da legislação penal brasileira por meio do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990) e por meio da Lei 8.137/1990.

No Brasil, infelizmente, enunciaram-se inúmeros crimes atentatórios às relações de consumo, conduzindo à falsa sensação de que será pela via criminal que se resolverão os problemas atinentes às relações de consumo, figurando tal mensagem, a nosso ver, demagógica e errônea, tendo havido, por meio do Código do Consumidor e de suas normas civis, uma forte conscientização sobre os direitos e deveres do consumidor, extrapolando-se, entretanto, pela via penal, tais direitos, a ponto de criminalizar-se condutas que sequer atingem o bem jurídico consumerista, optando-se, mais uma vez, pela mera visão simbólica da lei penal, não enfrentando-se as deficiências administrativas.

Desta forma, a objetividade jurídica constitui a relação de consumo como objeto principal, figurando como seu bem secundário a proteção ao patrimônio, à vida, à integridade física, que compõem a objetividade jurídica secundária.

Os tipos penais de relação de consumo protegem diretamente a relação jurídica de consumo, bem autônomo e imaterial, mas destinado à coletividade dos

consumidores, e indiretamente a interesses primários do indivíduo consumidor, tal como a vida, a integridade, psíquico-física, o patrimônio, entre outros.

Há assim um interesse coletivo e um interesse do lesado particularmente com a atuação fruto da relação consumerista.

Quanto à classificação das infrações consumeristas, consideradas criminais, teimam a doutrina e o legislador em adotarem a via penal como solução mágica para as relações interpessoais, classificando os tipos penais em condutas de perigo abstrato (arts. 63, § 1.º, 64, 65 e 73), não exigindo sequer que a conduta demonstre a existência de um efetivo perigo, havendo uma presunção *iuris et iuris*, emergindo a punição diante da simples realização da conduta, não sendo necessária sequer a demonstração da probabilidade de qualquer dano, o que, a nosso ver, é perigoso em um Estado Democrático e Social de Direito.

A opção pela infração de natureza de perigo presumido apenas torna mais perigosa a aplicabilidade dos tipos penais do consumidor, vez que suficiente para a punição constitui a mera conduta, presumindo-se odiosamente a afetação à coletividade, não havendo proximidade entre as infrações e seu núcleo, qual seja, o bem jurídico, a denotar mais uma vez que a legislação penal do consumidor afronta aos princípios democráticos de um Estado de Direito Social.

Como bem adverte Walter Coelho: "O direito penal moderno é avesso às presunções absolutas, que implicariam em abusivas criminalizações, a juízo arbitrário do legislador, em prejuízo da seriedade do direito repressivo". Em verdade, o perigo ou é efetivo e concreto, e como tal precisa ser demonstrado, ou é em abstrato, decorrendo sempre de uma presunção relativa, mas nunca absoluta. Isso, todavia, não foi previsto pelo legislador ordinário brasileiro enunciando perigosamente condutas de perigo abstrato que tornam vulneráveis as garantias do Direito Penal moderno, constituindo a presunção de prova inadmissível em contrário, atingindo não somente o princípio da culpabilidade, mas a própria presunção da inocência (art. 5.º, LV).

A única forma de minimizar tal afronta ultimada pela legislação penal consumerista é entender que os crimes previstos no Código de Defesa do Consumidor e em outras leis penais devem ser sempre de perigo concreto, ou seja, afrontam determinado bem jurídico específico, sob pena de que caso assim não o sejam, grande será o empobrecimento dos pressupostos de punibilidade, devendo-se de *lege lata* serem descriminalizadas as condutas na área do direito do consumidor, deixando-as para o direito administrativo sancionador, não fazendo sentido punir-se criminalmente condutas como de um supermercado que importou o produto e acaba sendo processado criminalmente por simplesmente não apor a tradução no produto importado, ou por simplesmente expor na prateleira uma mercadoria que aparentemente possui ausência em seu prazo de validade, cabendo em um Estado minimalista investigar-se, por meio de laudo técnico, se efetivamente o produto está apto ou não ao consumo, acreditando ser mais eficiente uma boa medida administrativa do que burocráticas e simbólicas alternativas penais.

Do exposto, verifica-se, portanto, que a essência dos delitos contra as relações de consumo deve estar na lesão ao interesse jurídico da coletividade, não pertencendo necessariamente ao tipo incriminador à lesão ou perigo de dano a eventual objeto material individualizado dos consumidores, sabedor que o sujeito ativo dos crimes contra as relações de consumo constituem o fornecedor ou o prestador de serviços, figurando como vítima primordialmente a coletividade e secundariamente o consumidor final.

Relativamente ao objeto material, consiste em ser o produto ou o serviço prestado. Já o seu elemento subjetivo constitui-se no dolo de perigo, ou seja, na vontade livremente dirigida no sentido de expor o objeto jurídico a perigo de dano, cabendo-nos agora analisar os princípios constitucionais penais e a questão do direito administrativo sancionador como solução para o âmbito da relação de consumo, descriminalizando-se as condutas penais hoje existentes, restringindo-as à área do direito administrativo, reformulando sua estrutura visando conferir-lhe eficácia.

3. Princípios constitucionais penais e sua relação com o direito do consumidor

O aumento da complexidade das relações sociais e a conseqüente anonimização dos contatos interpessoais, característicos da sociedade contemporânea, somados ao aumento dos riscos inter-relacionais fez com que surgisse a necessidade de tutelar, pela via jurídica, bens jurídicos supra-individuais, dos quais destacou-se para o legislador de alguns países, como o Brasil, a legislação penal de tutela ao consumidor.

A forma de tutela de bens coletivos precisa ser analisada sob os aspectos da legitimidade e da efetividade da proteção, sendo imprescindível investigar sobre os conceitos de “dignidade penal e carência de tutela penal”, à luz do direito penal econômico, propagados de forma científica e moderna pelo Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra Dr. Manuel da Costa Andrade,¹ tendo o legislador brasileiro, até o momento, primado pela tutela penal de referidos bens coletivos, a nosso ver de maneira exagerada.

Para pesquisar melhor tal questão, elegemos o domínio do direito penal do consumidor como modelo a ser avaliado, figurando ramo do direito penal econômico bastante representativo e com características propícias a uma análise mais aprofundada da eficiência do direito penal para a tutela dos bens supra-individuais.

Tendo por fundamento a firme convicção de que a missão do direito penal deve ser apenas a de atuar como *ultima ratio*, sempre respeitando uma visão

⁽¹⁾ COSTA ANDRADE, Manuel. “A ‘dignidade penal’ e a ‘carência de tutela penal’ como referências de uma doutrina teleológico-racional de crime”. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais* 2/173-203, Lisboa, 1992.

antropocêntrica, em que o homem é o centro dos objetivos, sugerimos, nessa breve exposição, uma reflexão acerca de outros instrumentos jurídicos suficientes e dinâmicos que consigam tutelar o mercado consumerista, destacando a incapacidade do Direito Penal tutelar o direito do consumidor, dada a sua característica intrínseca de fragmentariedade, o que fundamenta a necessidade de selecionar os bens jurídicos que possuem dignidade e necessidade de tutela penal, administrativizando-se a tutela dos temas afetos às relações de consumo.

A questão da “criminalização *versus* administrativização” está, portanto, pautando todas as reflexões atreladas aos bens coletivos, uma vez que se trata de dicotomia essencial para delimitar a escolha da via do direito penal ou do âmbito do direito administrativo, pensando-se em uma via intermediária, de uma terceira via, com características preventivas, repressoras e pedagógicas, sem, contudo, necessitar-se laborar por meio da via criminal.

Propomos, em vez da criminalização de condutas meramente administrativas, o caminho inverso, qual seja, a administrativização de condutas ora tuteladas pelo âmbito penal do consumidor visando diminuir a intervenção penal e aumentar a efetividade da proteção do bem jurídico por meio da eficiência de um direito administrativo disciplinador, constituindo-se essencial conferir autonomia aos órgãos de fiscalização, julgamento e execução das atividades do consumidor, criando-se agências e órgãos de proteção ao consumidor que detenham independência e concomitantemente garantias jurisdicionais visando a prevenir e reprimir aqueles que afrontem as relações de consumo.

No Brasil, passados mais de 14 anos da edição da legislação criminal na seara do consumidor, constata-se que a lei criminal não gerou proteção efetiva e real às relações de consumo, bem como dos direitos dos consumidores, não tendo havido qualquer repercussão criminal preventiva que justificasse a intervenção penal, sugerindo-se, com base nos princípios constitucionais consolidados pelos próprios pactos internacionais, pela enunciação de novos instrumentos para a defesa dos consumidores, primando por uma concepção minimalista atrelada a interferência punitiva apenas quando necessária e carente de sancionamento, de preferência administrativa, pregando pela dicotomia “menor intervenção e menor sofrimento individual”, respeitando-se o princípio da dignidade da pessoa humana, fonte de todos os valores.

Vê-se assim que o papel da tutela penal na luta contra a delinquência consumerista está condicionado ao princípio da igualdade ante a lei penal, figurando questionável se efetivamente será por meio da via criminal que conseguiremos obter um meio de liberdade e progresso social, fim precípua da tutela econômica, permitindo um mínimo de convivência salutar entre os cidadãos.

A nosso ver, a própria interferência da via penal no âmbito das relações de consumo já constitui sinal do fracasso da convivência harmônica entre os cidadãos, não nos parecendo ser o castigo e a perseguição pela via criminal o meio mais adequado para tutelar o livre mercado, fortificando tal pensamento, especialmente, em face dos fatos de que a maioria das punições penais atinentes ao

consumidor já estão resguardadas por outras vias como as searas administrativa e a privada, cabendo muito mais pregar por uma reestruturação da ordem administrativa do que pela enunciação desenfreada da via penal.

Como bem observa Miguel Bajo e Silvina Bacigalupo “en efecto muchas de las tipificaciones de lege data, o de las que deberían crearse de lege ferenda, non son más que formas de peligro abstrato de biens cuya lesión si castiga a través de otras figuras delictivas. En este sentido, en el derecho penal económico non si espera a que el acreedor o el consumidor resulte lesionado en su derecho de credito o en su patrimonio para castigar la falsedad contable o de balances o la competencia lícita”.²

Não há, a nosso ver, diferença ontológica entre os bens tutelados economicamente pelo âmbito administrativo se comparado com a seara penal. Ambos protegem a ordem econômica e o regular desenvolvimento do mercado, restando claro que dois são os melhores meios preventivos de maior eficácia ao desenvolvimento da economia: a informação e a organização administrativa.

A informação previne e tutela o desregramento do mercado e suas eventuais afrontas, devendo-se partir da base de que quanto mais informações sobre as infrações e conseqüências econômicas obtiver, menor será o risco da prática de sua conduta, não crendo em uma concepção “*prima ratio* intimidatório-penal” que conduza a prática da conduta.

No mesmo sentido, posiciona-se a organização das estruturas regradas da economia, porquanto quanto maior for a presença de que os agentes estão preocupados com o andamento da economia, maior será o respeito pelas regras do jogo, pouco importando se o sancionamento constitui pecuniário ou restritivo, realçando muito mais a efetividade da sanção do que propriamente sua enunciação legislativa.

Verifica-se assim que a distinção entre a interferência penal ou administrativa está basicamente na natureza política da sanção proposta por cada uma das searas, figurando formal a diversidade entre os âmbitos de atuação, especialmente em função do órgão impositivo à sanção.

Como bem expõe Miguel Bajo e Silvina Bacigalupo: “Así si entiende por ilícito administrativo la infracción castigada por organos administrativos (o, en su caso, disciplinaria). Por el contraria, estaremos en presencia de un ilícito penal, si a infracción está castigada con una pena de las previstas en el Código penal y aplicación por los Tribunales de Justicia en virtud del ius puniendi. La pretensión doctrinal de encontrar una diferencia sustancial entre el ilícito penal y el ilícito administrativo, es decir, entre el delito y la infracción administrativa, ha de considerarse totalmente fracasada”.³

⁽²⁾ BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho penal económico*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Aceres, 2001. p. 59 et seq.

⁽³⁾ Op. cit., p. 71 et seq.

Como bem destaca Manoel da Costa Andrade,⁴ o direito penal e suas sanções legitimam-se apenas se destinados a servir valores ou metas imanentes ao sistema social e não a fins transcendentais, de índole religiosa, metafísica, moralista ou ideológica.

A interferência da via penal no âmbito do consumidor exige um mínimo de materialidade delituosa, restando vedada à aplicação de qualquer sanção criminal fundada somente no estado subjetivo, ou na mera intenção criminosa do cidadão-delinquente que possua condições financeiras privilegiadas, não se justificando a punição pelo autor, não sendo raros os casos em que se apregoa a punição criminal do consumidor, simplesmente em face da articulação e perspicácia de seu autor, sendo tal medida uma violência ao Direito Penal do fato, tão fortalecido em um Estado Democrático e Social de Direito.

Por meio dos princípios da fragmentariedade e ofensividade devem ser excluídas todas as condutas axiologicamente neutras e consideradas instrumentais à natureza não criminal, exemplificando-se no Brasil as condutas atentatórias às relações de consumo.

O legislador deve construir tipos e sanções penais quando inegável a extrema necessidade social, configurando-se importante, nesse compasso, verificar quais as exigências comunitárias que legitimam determinadas condutas a se elevarem à configuração de crime, conferindo concretude não apenas formal ao delito mas, em especial, material.

Há assim, de estar presente à agressividade aos fundamentos da convivência salutar, tornando a conduta intolerável comunitariamente, destacando English⁵ que o processo legiferante-penal deve passar por uma obrigatória relação trifásica, em que na primeira fase o legislador deverá enxergar, na realidade, quais os bens jurídicos atuais são dignos e carentes de proteção penal.

O princípio da ofensividade ou lesividade caminha para uma coexistência pessoal, conjugando-se o conceito material de delito à realidade social, configurando-se relevante à análise do que modernamente se denomina de *dignidade penal*.

Dignidade penal⁶ significa juízo qualificado de intolerabilidade social. Em decorrência de sua constatação, conclui-se pela necessidade da interferência do

⁽⁴⁾ Op. cit., p. 178.

⁽⁵⁾ *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*. Trad. Juan José Crenades. Pamplona, 1968, p. 188. No mesmo sentido, Miguel Reale, em seu artigo intitulado, "Preliminares ao estudo da estrutura do delito", *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, 1968, p. 158.

⁽⁶⁾ Conforme afirma Manuel da Costa Andrade, a dignidade penal pode ser observada em vários prismas. "No plano transistemático, dignidade penal significa que só bens jurídicos de eminente dignidade de tutela devem gozar de proteção penal. No plano axiológico-teleológico o Juízo de Dignidade Penal privilegia a dignidade da tutela

Direito Penal, vez que irrenunciável figura sua atuação, a não ser pela criminalização e punição. Representa comportamento merecedor de desaprovação ético-social. A conduta detentora de dignidade penal é aquela que expõe gravemente a perigo as relações sociais no interior da comunidade juridicamente organizada, implicando lesão particularmente grave do bem jurídico.

A conduta digna de pena é aquela que conduz a um limiar qualificado de danosidade ou perturbação e abalo social, denotando um gravame resultante de perturbação da paz pública e, conseqüentemente, de imanência social.

No campo da afronta à ordem das relações de consumo, indubitável nos parece estar presente a danosidade material representada pela ofensividade social, vez que algumas condutas atentatórias contra a ordem do consumidor, como a propaganda enganosa, trazem abalo econômico-social, não significando com isso ser conclusivo pela intromissão penal, vez que se, de um lado, necessária a danosidade social, de outro, insuficiente constitui sua presença, cabendo verificar se outra via que não a criminal poderá alcançar os objetivos punitivos pretendidos pela tutela econômica, laborando nesse sentido o princípio da proporcionalidade e o conceito de carência de sanção criminal.

Em uma sociedade democrática, a criminalização ou a descriminalização de condutas atua conforme a compreensão e presença dos conceitos de *dignidade criminal* e *carência de proteção criminal*.

Seguindo as lições de Costa Andrade, verificamos que dignidade criminal⁷ implica no princípio do consenso, reduzindo-se a interferência do direito penal às condutas que protejam valores ou interesses efetivamente relevantes socialmente, respeitando-se sempre a dignidade da pessoa humana.

De acordo com o princípio da intervenção mínima, o preceito primário e a sanção penal somente serão impostos se presentes fatos que tenham ressonância e repercussão social, não fazendo sentido a incidência de qualquer sanção, quando ausente a necessidade de proteção à tutela penal.

do bem jurídico e a potencial e gravosa danosidade social da conduta, enquanto lesão ou perigo de lesão para os bens jurídicos. Por último, e no plano jurídico-sistemático, a dignidade penal mediatiza e atualiza o postulado segundo o qual o ilícito penal se distingue e se singulariza face às demais manifestações de ilícitos conhecidas da experiência jurídica. E isto posta entre parêntese a questão de saber se a distinção revela do qualitativo ou apenas do meramente quantitativo" (COSTA ANDRADE, Manuel da. Op. cit., p. 184 et seq.).

(7) Com a expressão *dignidade criminal*, possível será negar situações que pretendam elevar-se à categoria de crime, servindo como elemento importante para negar a nova criminalização, bem como a própria *descriminalização de condutas já consideradas criminosas*, não constituindo, entretanto, parâmetro que legitime positivamente nova criminalização, sendo tal fenômeno exclusivo da análise quanto à *carência de proteção criminal*, reconhecendo a necessidade de proteção penal, a legitimizar a criação de novos tipos e sanções. Sobre os conceitos *dignidade criminal* e *carência de tutela penal*, valioso o artigo de Manuel da Costa Andrade, op. cit.

Carência de proteção penal, por outro lado, significa correspondência ao princípio da subsidiariedade do direito penal, da *ultima ratio*; do controle social, impondo-se sanção penal apenas quando impossível a eficácia à proteção social, por intermédio de outros ramos do direito.

Como destaca Santiago Mir Puig,⁸ para proteger os interesses sociais, o Estado deve esgotar todos os meios menos lesivos que aqueles inseridos no direito penal, incidindo-se tão-somente quando se constituir arma subsidiária. Quando nenhum outro instrumento for suficiente, legítima será a incidência da sanção penal.

Coerente em nosso posicionamento, entendemos que consoante o princípio da intervenção mínima o Estado e o seu aparelho penal não devem fazer mais do que o suficiente na área do direito do consumidor, intervindo apenas quando estritamente necessário. O Estado deve ser minimalista em suas intervenções, pregando por um direito penal mínimo, não se constituindo compulsoriamente em sinônimo de abolição.⁹

Consistindo parâmetro ao legislador e ao julgador, o princípio da intervenção mínima possui três funções básicas: a primeira consiste em fixar, abstratamente, as hipóteses de incidência das leis penais, impedindo a criminalização de condutas irrelevantes com consequente imposição de sanções desnecessárias. A segunda função caracteriza-se pela limitação à restrição da liberdade do cidadão, configurando-se impossível evitar a incidência de outro ramo que não o direito penal. A terceira e última finalidade do princípio da intervenção mínima

⁽⁸⁾ *Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1979. p. 74.

⁽⁹⁾ O princípio da intervenção mínima, a nosso ver, não é sinônimo de pregação ao abolicionismo. Apesar de nosso posicionamento, existem autores que defendem a idéia da total abolição do direito penal, revigorando as palavras de Radbruch, segundo as quais, não interessaria tanto melhorar o direito penal, mas sim, substituí-lo por causa melhor. Segundo os abolicionistas, não se substituiria o direito de penas, clássico, pelo de medidas, de entorno moderno, mas eliminar-se-iam as próprias noções de crime e de direito penal, por um lado, e de reações criminais, por outro, substituindo-se o termo delito pela expressão *situações-problemas*, trocando-se também os tradicionais modelos de reações penais por respostas societárias diversificadas. Exemplo de autor abolicionista constitui Louk Hulsmann, *Penas perdidas: o sistema penal em questão*, Rio de Janeiro: Luam, 1993, em co-autoria com Jacqueline Bernat Celis, substituindo o sistema penal e penitenciário – com características autoritárias, estaduais e centralista – por um sistema societário de respostas adequadas à situação-problema. A nosso ver, o sistema abolicionista possui méritos e deméritos. O demérito consiste em ser extremamente ilusório, constituindo muito difícil substituir modelo da política-criminal – exclusivamente estadual – por outra categoria do todo inorgânico e societário. O mérito constitui em ser um discurso positivo e criador, proclamando o alargamento do âmbito do discurso do consenso e da tolerância, visando substituir a *luta pelo direito pelo consenso mediante o direito*. Nesse mesmo sentido, posiciona-se Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal português*, p. 65.

ajusta-se exatamente à incidência da consequência jurídica do delito e sua estrita necessidade e carência.

De acordo com o princípio ora em estudo, a incidência da sanção penal econômica só se justifica se possível o alcance de seus fins. Tal objetivo não é simples, porquanto não se está relacionando a um cidadão que não teve oportunidades sociais, mas muito pelo contrário, àquele que apesar de toda a estruturação educacional e familiar não conseguiu introjectar valores de autolimitação e de convivência social, não conseguindo conviver com as próprias frustrações do ser humano, figurando a ambição, a qualquer custo, o mote de seu viver.

Não há assim uma solução meramente técnica para o problema da delinquência consumerista, devendo impor-se à interdisciplinariedade entre a seara criminológica, psicológica e a área jurídico-dogmática, vez que de nada adiantará uma sanção criminal excessiva se o fim almejado não for alcançado, figurando infrutífero segregar simbolicamente e exemplarmente o cidadão por uma quantidade de tempo, ainda que de curta duração, se não obtivermos respostas eficientes a tais medidas, cabendo analisar psicossocialmente qual a melhor forma de sancionamento ao delinquentes econômico, figurando necessário o estudo acerca da repercussão da multa administrativa ao infrator, assim como a desmoralização social, que muitas vezes acaba sendo mais penosa do que a própria prisão de curta ou longa duração, a exigir estudos científicos sobre as consequências sancionatórias a fim de obtermos um caminho a ser trilhado na esfera não apenas econômica, mas denominada de "criminalidade dourada".

Nota-se, assim, que o princípio da intervenção mínima influencia não apenas na não-incidência da sanção penal desnecessária, mas também na escolha do instrumento mais adequado e menos oneroso ao cidadão, constituindo a necessidade social o critério decisivo para a intervenção do direito penal, ancorado na máxima da *ultima ratio*, pressupondo ajuste e efetividade no sancionamento, auxiliando a analisar qual o mecanismo penal mais apto à tutela requerida.

Como bem ilustra Luzón Peña¹⁰ a sanção somente deve intervir quando minimamente eficaz e adequada para a prevenção do delito, sendo dispensável sua intervenção quando político-criminalmente inoperante, ineficaz, inadequada ou contraproducente.¹¹

A sanção penal que resulte ineficiente, inidônea ou contraditória acarreta um ônus injustificável,¹² resultando ilegítima diante do princípio da efetividade,

⁽¹⁰⁾ *Curso de Derecho Penal*. Parte general. Madrid: Universitas, 1996. vol. 1, p. 84.

⁽¹¹⁾ Em relação às penas, afirma Mauricio Ribeiro Lopes: "A desnecessidade da sanção penal pode decorrer não apenas dos efeitos pessoalmente sofridos pelo agente, mas também em virtude da inocuidade – pelos traços demonstrados da personalidade do agente – que faça com que a mesma perca as funções repressivas ou preventivas quanto ao crime (art. 59)" (*Princípios políticos do direito penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 1997. p. 254).

⁽¹²⁾ Nesse sentido: LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Op. cit., p. 85.

sendo essencial no campo econômico eleger a via adequada que resguarde da melhor forma possível a ordem consumerista do País.

A proporcionalidade constitui uma característica de um Estado Social e Democrático de Direito, devendo a cominação e a aplicação de qualquer conduta e sanção serem proporcionais à gravidade do ilícito cabendo-nos questionar se efetivamente a seara econômica exige a interferência penal, ofendendo e atingindo de modo categórico a dignidade do cidadão, a violar o art. 1.º de nossa CF, podendo-se concluir até mesmo que há danosidade social em certas condutas que afrontam a gestão do consumidor, cabendo, entretanto, analisar se não há outra via sancionatória não penal que alcance a efetividade almejada.

A nosso ver, a interferência do direito penal no campo das relações de consumo, diante do princípio da proporcionalidade em sentido amplo, deve condicionar-se à sua necessidade, adequação e limitação de seus objetivos.

Além dos aspectos de obediência formal – dos quais se destacam, em especial, os princípios da legalidade e tipicidade – imprescindível consiste a aferição dos três subprincípios da proporcionalidade em sentido amplo, classificados pela doutrina, como: a) princípio da necessidade cuja conseqüência constitui o princípio da subsidiariedade; b) princípio da adequação, idoneidade ou suficiência; e c) princípio da proporcionalidade em sentido estrito.¹³

No que se refere aos princípios da necessidade e subsidiariedade, pacífico o entendimento de que ambos constituem manifestações jurídico-constitucionais de proibição do excesso, cominando-se e aplicando-se os tipos penais na área do consumidor, apenas se estritamente necessários.

O princípio consiste numa medida subsidiária a outros instrumentos penais, conferindo-se primazia a providências menos gravosas, também eficazes à periculosidade do agente. Como bem destaca Heck, uma lei não deve onerar o cidadão mais intensamente do que o imprescindível para a proteção do interesse público. Assim, a intervenção deve ser apropriada e necessária para alcançar o fim desejado, não devendo gravar em excesso o cidadão.

Quanto ao subprincípio da necessidade, imprescindível constitui o exame do bem jurídico e a carência de sua tutela criminal, incidindo a interferência penal do consumidor tão-somente quando efetiva a carência à salvaguarda de outros interesses e direitos constitucionais protegidos.¹⁴

⁽¹³⁾ Sobre os princípios da necessidade, da idoneidade e da proporcionalidade em sentido estrito, ver: CORREA, Teresa Aguado. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*. Madrid: Edersa. p. 67-70.

⁽¹⁴⁾ Sobre a relação do princípio da necessidade e o bem jurídico, importante constitui a referência a Alonso Garcia afirmando: “O princípio da proporcionalidade exige o exame da natureza do ataque ao bem jurídico protegido e a sanção prevista a esse ataque. A sanção deve estar relacionada ao bem jurídico protegido. Há sempre uma cláusula de necessidade embutida nas medidas que buscam salvaguardar os interesses mais relevantes dentro da ordem social” (*La interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 248).

Dever-se-á fazer, assim, uma equilibrada ponderação entre os bens que estão em causa, sendo que em caso de concluir-se pela possibilidade de outras vias não penais, desnecessária tornar-se-á a interferência penal.

Paralelamente à conclusão no sentido de que o mecanismo penal consumérista deverá incidir apenas quando necessário à tutela de bens jurídico-penais relevantes, importante constitui analisar o princípio da adequação ou suficiência, que cuida da conformidade e viabilidade entre as espécies aplicadas e seus fins, cabendo ao juiz averiguar sobre a concretude das finalidades das sanções enunciadas pelo direito do consumidor, restando claro que se outras medidas podem alcançar a finalidade de resguardar a ordem do consumidor, desajustada se tornará a interferência penal.

Nota-se assim, consoante o subprincípio da adequação, também denominado de idoneidade ou suficiência, a realização dos fins da aplicação da sanção econômica deverá ser compatível a uma concreta possibilidade de prevenção especial corretiva, bem como geral positiva, havendo idoneidade à consecução do fim almejado na medida terapêutica.

De nada adianta eleger tipos penais de tutela ao consumidor, com múltiplos problemas no âmbito de sua aplicação, se o juiz, ao eleger e aplicar o instrumento penal econômico não conseguir detectar a estrutura e o alcance das condutas praticadas pelo autor, cabendo, especialmente, analisar, além da possibilidade de outra medida menos gravosa – princípio da subsidiariedade – a suficiência e eficácia quanto a persecução dos fins desejados – no caso a prevenção especial positiva e a prevenção geral positiva – exigida conformidade ou adequação entre os meios legais instrumentais e seus objetivos.

A nosso ver, de nada adiantará concluir pela necessidade da interferência penal do consumidor, se patente estiver a premissa de que, pela sua aplicação, impossível constituirá alcançar os objetivos de recuperação e de tranquilidade social da norma violada pelo delinqüente “inteligente”, constituindo a persistente imposição criminal na área do consumidor de forma desenfreada afronta ao princípio da proporcionalidade, com a ausência do subprincípio denominado de suficiência ou adequação.

Há assim uma imperiosa análise da presença da conformação entre os meios e as finalidades das sanções, justificando-se conseqüências jurídicas absolutamente inadequadas aos objetivos subjacentes a que visa concretizar.

Como bem destaca Canotilho e Vital Moreira: “Os meios legais restritivos e os fins obtidos devem situar-se numa ‘justa medida’, impedindo-se a adoção de medidas legais restritivas desproporcionadas, excessivas, em relação aos fins obtidos”.¹⁵

⁽¹⁵⁾ CANOTILHO, José Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1991. p. 152.

Dever-se-á fazer, assim, uma equilibrada ponderação entre os bens que estão em causa, sendo que em caso de concluir-se pela possibilidade de outras vias não penais, desnecessária tornar-se-á a interferência penal.

Paralelamente à conclusão no sentido de que o mecanismo penal consumérista deverá incidir apenas quando necessário à tutela de bens jurídico-penais relevantes, importante constitui analisar o princípio da adequação ou suficiência, que cuida da conformidade e viabilidade entre as espécies aplicadas e seus fins, cabendo ao juiz averiguar sobre a concretude das finalidades das sanções enunciadas pelo direito do consumidor, restando claro que se outras medidas podem alcançar a finalidade de resguardar a ordem do consumidor, desajustada se tornará a interferência penal.

Nota-se assim, consoante o subprincípio da adequação, também denominado de idoneidade ou suficiência, a realização dos fins da aplicação da sanção econômica deverá ser compatível a uma concreta possibilidade de prevenção especial corretiva, bem como geral positiva, havendo idoneidade à consecução do fim almejado na medida terapêutica.

De nada adianta eleger tipos penais de tutela ao consumidor, com múltiplos problemas no âmbito de sua aplicação, se o juiz, ao eleger e aplicar o instrumento penal econômico não conseguir detectar a estrutura e o alcance das condutas praticadas pelo autor, cabendo, especialmente, analisar, além da possibilidade de outra medida menos gravosa – princípio da subsidiariedade – a suficiência e eficácia quanto a persecução dos fins desejados – no caso a prevenção especial positiva e a prevenção geral positiva – exigida conformidade ou adequação entre os meios legais instrumentais e seus objetivos.

A nosso ver, de nada adiantará concluir pela necessidade da interferência penal do consumidor, se patente estiver a premissa de que, pela sua aplicação, impossível constituirá alcançar os objetivos de recuperação e de tranquilidade social da norma violada pelo delinquente “inteligente”, constituindo a persistente imposição criminal na área do consumidor de forma desenfreada afronta ao princípio da proporcionalidade, com a ausência do subprincípio denominado de suficiência ou adequação.

Há assim uma imperiosa análise da presença da conformação entre os meios e as finalidades das sanções, justificando-se conseqüências jurídicas absolutamente inadequadas aos objetivos subjacentes a que visa concretizar.

Como bem destaca Canotilho e Vital Moreira: “Os meios legais restritivos e os fins obtidos devem situar-se numa ‘justa medida’, impedindo-se a adoção de medidas legais restritivas desproporcionadas, excessivas, em relação aos fins obtidos”.¹⁵

⁽¹⁵⁾ CANOTILHO, José Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1991. p. 152.

Além da observação quanto ao binômio necessidade-adequação, imprescindível para legitimar a aplicação do instrumento penal econômico consiste a averiguação quanto à sua carga desajustada, excessiva ou desproporcionada.

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito impede a aplicação de vias penais meramente simbólicas, desproporcionadas ao ilícito-típico praticado e à periculosidade do agente, vedando-se a carga desigual, desajustada e excessiva.

Sob a influência do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, obrigatória será a verificação se o cidadão não poderia ter direito à menor desvantagem possível, mediante outra medida menos gravosa. Far-se-á um juízo de ponderação entre os meios e os fins existentes, avaliando se o instrumento utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Constitui-se em uma questão de medida ou desmedida para se alcançar um objetivo, pesando-se as desvantagens das providências em relação às vantagens das finalidades.¹⁶

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito seguirá uma diretriz que visará ao equilíbrio entre o bem lesionado ou posto em perigo e o objeto de tutela que privará a liberdade do cidadão, impedindo o excesso e a desproporção na consequência jurídica do delito.

Possui um papel e uma função limitadora ao Estado, equivalentes aos desempenhados pelo princípio da culpabilidade em relação à pena. O princípio da proporcionalidade *stricto sensu* limita o poder sancionatório do Estado a restringir a intervenção das sanções na liberdade do cidadão, admitindo a incidência da medida penal apenas quando absolutamente imprescindível à proteção de bens jurídicos, parecendo-nos que melhor será tentarmos reestruturar a via administrativa do que desenfreadamente intervir pela via penal no âmbito do consumidor, não justificando-se a incidência penal como *prima ratio* em searas como as relações de consumo, esclarecendo que, se de um lado, podem até afetar violentamente a ordem econômica do País, de outro, possível também que o âmbito administrativo, se reorganizado e regulamentado, poderá justificar a não interferência criminal.

Partindo da premissa de que o fim do Direito Penal como instrumento formal de controle está condicionado ao princípio da igualdade ante a lei penal, indubitável crer não poder ser a seara criminal um mero instrumento de opressão de uma determinada classe convertendo-se em efetivo meio de liberdade e progresso social que visa uma ordem mínima de convivência.

Restaria a partir de tais bases, analisar quais os instrumentos suficientemente eficazes para perseguir e castigar adequadamente a classe de dirigentes que atentam contra a ordem do consumidor, deixando claro que há situações em que a via penal não se configura adequada, havendo outros mecanismos, entretanto,

¹⁶ Nessa acepção é o posicionamento de J. G. Canotilho, op. cit., p. 382-384.

em que ainda persistente o sancionamento criminal, cabendo eleger qual a melhor via para a tutela jurídica.

No que tange à teoria das sanções, realce e dúvidas enormes persistem sobre a presença de uma visão retributivista e outra prevencionista aos delinqüentes econômicos.

Iniciando pela visão retributivista, inegável constitui o reconhecimento de que a sanção penal do consumidor configura-se em uma resposta estatal ao mal praticado à sociedade, reconhecendo Miguel Bajo e Silvina Bacigalupo que "solo una concepción retribucionista puede aparentemente fundamentar una lucha eficaz".¹⁷

Quanto ao caráter prevencionista, tende a doutrina a afirmar que o delinqüente econômico não é suscetível de reinserção social ou reajustamento de sua conduta porquanto os componentes das classes superiores não seriam suscetíveis de reabilitação, readaptação social ou reeducação, resultando pouco comum que o delinqüente se ajuste a um fim de prevenção especial positiva, não podendo, entretanto, a nosso ver, negar-se à presença de um caráter preventivo, vez que a punição penal poderá sim, em alguns casos, restabelecer a confiança da sociedade no sistema normativo, não sendo também uma verdade absoluta o fato de que certas pessoas, que por desvio de conduta, praticam infrações contra as relações de consumo não possam repensar acerca de sua "forma desviada de conduta" e mudar o seu comportamento.

Acreditamos que tanto o fim retributivista como o fim prevencionista devem estar presentes no instante da aplicação da sanção penal coletiva, restando investigar sobre a eficiência e idoneidade da sanção, vez que sem estas tanto o fim retributivo como o preventivo acabam por não serem almejados, bastando citar no Brasil os raros casos de punição efetiva no âmbito econômico, não havendo sentido continuar o direito penal atuando como instrumento estigmatizante, com surtos efêmeros de atuação penal punitivo-econômica decorrentes de interesses da mídia ou de concepções corporativas, cabendo uma mudança de mentalidade na sociedade permitindo que uma atuação equilibrada e ponderada da seara penal econômica, caso necessária, ocorra, restrita aos casos estritamente necessários e carentes de sanção.

Importa reconhecer, portanto, que não pode o direito penal do consumidor atuar ao sabor dos fatos e da emoção popular, vez que imprescindível à área jurídico-penal-econômica a racionalidade com a conseqüente eficiência do julgamento.

A racionalidade que afirmamos envolve especialmente discutir acerca da idoneidade da sanção, de nada adiantando listar medidas de controle como a aplicação da pena de prisão aos delinqüentes econômicos. Se de um lado é verdade que podemos enunciar um rol de sanções econômicas autônomas como

(17) BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. Op. cit., p. 60.

prisão de curta duração, multas altas, proibição de exercer uma profissão, dissolução da sociedade, publicização da condenação do delinqüente econômico, fechamento do estabelecimento, impossibilidade de participar de processos licitatórios, perda dos benefícios fiscais, entre tantas outras, por outro, relevante será investigar qual dessas sanções efetivamente podem alcançar o objetivo da tutela econômica, certo de que todos os tipos de sanções possuem argumentos pró¹⁸ e contra que apenas por meio de uma investigação criminológica – hoje inexistente no Brasil – poderiam instituir parâmetro para a eficiência do direito penal do consumidor, cabendo antes de qualquer nova legislação penal, ultimar-se um estudo sério acerca da eficiência das sanções administrativas e da sua reestruturação como Órgão Autárquico independente do Executivo, motivando a que no tópico seguinte abordemos como deve se portar o relacionamento entre o sistema administrativo sancionador e o direito penal econômico.

4. O Direito Administrativo sancionador e o Direito Penal do consumidor

4.1 Os sistemas de relacionamento entre o Direito Administrativo sancionador e o Direito Penal do consumidor

Tópico relevante para a incidência ou não da via penal econômica consiste a análise sobre o relacionamento entre o direito administrativo e o direito penal econômico.

Como bem expõe Gunter Heine,¹⁹ três são as possibilidades de atuação entre a seara administrativa e a seara penal do consumidor:

A primeira seria a de total dependência entre os sistemas penal e administrativo, não havendo sentido na cumulatividade sancionatória, porquanto há uma visão de estrita relação material entre as searas visando primeiramente garantir juridicamente o cumprimento das decisões administrativas para a partir de então analisar se há ou não a infração penal do consumidor. Visa-se não apenas respaldar as disposições administrativas mas reforçar sua execução a fim de evitar choques entre as instâncias inter-relacionadas.

A segunda possibilidade pregaria por um direito penal relativamente dependente da administração, também denominado funcionamento alternativo, donde optar-se-ia pela seara administrativa com conseqüente descriminalização de assuntos afetos à área econômica de menor relevância, não se configurando a via

⁽¹⁸⁾ Acerca dos prós e contras das sanções penais econômicas, em especial da pena curta de prisão e seu efeito intimidatório perante os empresários norte-americanos, assim como a sanção pecuniária e o risco assumido pelo mau empresário, importante são as referências aos trabalhos de Klaus Tiedman. *Poder econômico y delito*. Barcelona: Ariel Derecho. p. 162 et seq.; BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. Op. cit. p. 62 et seq.

⁽¹⁹⁾ "Accessoriedad administrativa en el derecho penal". *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*, p. 293 et seq.

criminal o meio adequado *prima ratio* para a intervenção estatal, priorizando-se a atuação e o sancionamento no âmbito administrativo, incidindo a área penal apenas em casos extremamente relevantes e como última forma de controle social. Trata-se do funcionamento coordenado, também chamado sistema misto, donde prever-se-ia a utilização da via penal apenas nos casos em que a conduta administrativa não conseguisse almejar execução, havendo um critério de seleção para a interferência penal.

A terceira proposta seria a total independência entre as instâncias, donde, em face da ofensividade da conduta, imprescindível seria a atuação de ambas as searas, fundando-se no fato de que por serem condutas de perigo abstrato que atingem integralmente a coletividade, necessária tanto a intervenção administrativa como a criminal.

Entre as três propostas supracitadas, não temos dúvida no sentido de que a mais racional seria a do funcionamento alternativo ou relativamente dependente, donde inicialmente descriminalizar-se-iam uma série de infrações penais econômicas que, atualmente, são tipicamente do âmbito administrativo-econômico, primando-se pela punição administrativa, ilustrando tal hipótese por meio do direito do consumidor.

O direito é unívoco não havendo sentido em falar-se em ilicitude penal econômica se ausente a ilicitude econômica, tratando-se de uma visão sistêmica.

Consoante bem expõe Miguel Reale Júnior: “A palavra sistema, conquanto plurissignificativa,²⁰ indica, etimologicamente *o composto, o construído*.²¹ O pensamento grego clássico, contudo, não empregava esta noção para definir uma espécie de construção mental, tal qual modernamente realizou o pensamento sistemático. Inicialmente aludia a uma totalidade construída, composta de várias partes, denotando posteriormente o sentido de *ordem, organização*.²² Aliada à idéia de *cosmos*, foi utilizada pelos filósofos estoicos para descrever e esclarecer a concepção de ‘totalidade bem ordenada’”.²³

“Desta significação etimológica vem a idéia de a palavra sistema indicar as noções de conjunto, ordem, coerência e unidade.²⁴ Assim o conceito de Savigny,

(20) Segundo Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (verbete “sistema”), o vocábulo pode ser empregado nos seguintes sentidos: “1. Conjunto de elementos, entre os quais se possa encontrar ou definir alguma relação. 2. Disposição das partes ou dos elementos de um todo, coordenados entre si, e que funcionam como estrutura organizada. 3. Plano, método. 4. Modo. 5. Costume” (*Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. p. 1.594).

(21) FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Conceito de sistema no direito – Uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask*. São Paulo: RT, 1976. p. 9-10.

(22) FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Op. cit., p. 10.

(23) Idem, *ibidem*.

(24) Nesse sentido: MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999. p. 40, reportando-se também a Claus-Wilhelm Canaris. *Pensamento*

segundo o qual o sistema é a “concatenação interior que liga todos os institutos jurídicos e as regras de direito numa grande unidade”,²⁵ ou o proposto por Kant, que o definiu como “a unidade, sob uma idéia, de conhecimentos variados”,²⁶ “um conjunto de conhecimentos ordenados segundo princípios”,²⁷ ou, ainda, a idéia de Coing, segundo o qual é o sistema “uma ordenação de conhecimentos segundo um ponto de vista unitário”.²⁸

O certo é que um sistema não é apenas um conglomerado de normas justapostas. Sua noção implica também a de relações entre os elementos que compõem o todo, relações ordenadas sob um critério de unidade, e não somente interação entre os elementos do conjunto, porque estes possuem uma identidade interna.²⁹ Daí por que à noção de sistema corresponde também a de estrutura, esta denotando um todo cujas partes estão entre si ligadas “e cujos termos são definidos por suas relações, de tal forma que a modificação de um dos elementos ocasiona a dos outros”.³⁰

4.2 *A necessidade de terceira via entre o Direito Penal do consumidor e o Direito Administrativo sancionador*

Partindo da visão instigante de repensar como enfrentar a questão do consumo, indubitável constitui a inserção da terceira via, pregada por Hassemer e os seguidores da escola de Frankfurt, não havendo sentido a ingerência penal quando possível a resolução administrativa sancionadora.

Denominada por Hassemer como direito de intervenção consiste em uma fórmula de garantir eficiência sancionatória as condutas atentatórias a questões que podem ser resolvidas por meio da via administrativa, a denotar dever o direito penal intervir apenas em situações extremas.

Preferindo denominá-la como direito administrativo penal, já que como diz Reale Júnior, toda ingerência, inclusive a administrativa, não deixa de ser uma

sistemático e conceito de sistema na ciência do direito, 2. ed. Introdução e trad. Antonio Menezes Cordeiro, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, v. 2, p. 9 et seq.

⁽²⁵⁾ SAVIGNY. *System des heutigen römischen Rechts*. 1. Bd. Berlin: [s.n.], 1840. s. 214, XXXVI e 262; Apud CANARIS, Claus Wilhelm. Op. cit., p. 10-11.

⁽²⁶⁾ KANT. *Kritik der reinen Vernunft*. S.I.: [s.n.], 1. Apud CANARIS, Claus Wilhelm. Op. cit., p. 10.

⁽²⁷⁾ KANT. *Metaphysische Anfangsgründe der Naturwissenschaft*. S.I.: [s.n.]. Apud CANARIS, Claus-Wilhelm. Op. cit., p. 10.

⁽²⁸⁾ COING. *Geschichte und Bedeutung des Systemgedankes in der Rechtswissenschaft*. Apud CANARIS, Claus Wilhelm. Op. cit., p. 11.

⁽²⁹⁾ MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 41.

⁽³⁰⁾ REALE JR., Miguel. *Teoria do delito*. São Paulo: RT, 1998. p. 35, também reportando-se à L. Millet; D'AINVELLE, M. V. *Le structuralisme*, p. 55.

intervenção, a terceira via prega por uma finalidade repressora e ao mesmo tempo assecuratória, por meio do julgamento de Tribunais Administrativos.

Conferindo ao Órgão Administrativo garantias de independência e estabilidade de vencimentos; período de quarentena aos julgadores, composto o Órgão Julgador-administrativo por pessoas independentes do Poder Legislativo e Executivo, com prerrogativas próprias do Poder Judiciário e mandatos assecuratórios ao mínimo de estabilidade profissional, possível será analisar a eficiência de um novo direito administrativo, representando uma tentativa de fortalecer a estrutura administrativa, sem a necessária intervenção penal.

A razão da adoção dessa visão administrativa forte no campo das questões econômicas visa cada vez mais evitar a interferência penal no âmbito coletivo resultando não apenas eliminar ao máximo a morosidade e a burocracia do sistema penal; revalorizar os agentes estatais e, por via de consequência, toda a sociedade, não havendo como deixar de ter a percepção de que vivemos em um âmbito em que a proteção à ordem do consumidor articula-se, em nosso mundo globalizado, em uma visão sistêmica de raiz intercontinental.

5. Avaliação do fenômeno da administrativização do Direito Penal do consumidor e suas consequências

O fenômeno da administrativização do direito penal do consumidor é uma decorrência da denominada hiperinflação legislativa e consiste na inclusão, no direito penal, de conteúdos materiais tipicamente de interesse da administração pública. Este processo, além de ilegítimo, tem-se mostrado ineficiente para a tutela dos bens jurídicos buscando de forma ineficaz reforçar a confiança nas normas e nos valores sociais.

A ilegitimidade de tutelar, por meio do Direito Penal, condutas que lesionem apenas interesses da Administração Pública, esbarra nos limites materiais dos bens jurídicos tuteláveis pelo direito penal.

Nas palavras de Miguel Reale Júnior: “Esta administrativização do direito penal torna a lei penal um regulamento, sancionando a inobservância a regras de conveniência da Administração Pública, matérias antes de cunho disciplinar, revelando-se que a lei penal visa antes a organizar do que a proteger, destituída, portanto, da finalidade de consagrar valores e tutelá-los”.³¹

Infelizmente, entretanto, a legislação brasileira caminha na contramão da história, vez que enquanto outros países decidiram por administrativizar condutas até então consideradas como crimes contra as relações de consumo, dos quais exemplos constituem a Alemanha e a Itália, o legislador brasileiro, por meio de uma desenfreada e simbólica legislação penal, continua criminalizando

⁽³¹⁾ *Instituições de Direito Penal*. Valores penalmente tutelados. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1, p. 21.

infrações administrativas, tendo razão Néelson Hungria³² ao afirmar que apenas razões de “conveniência política” explicam a punição de determinados fatos ora no âmbito administrativo, ora no campo penal.

A comprovar o caminho inverso que estamos seguindo, basta citar a despenalização que se vem produzindo na Itália desde o ano de 1981, e que culminou com o recente Dec. Leg.³³ 507, de 30.12.1999, por via do qual se outorga ao juiz de paz a atribuição, como autoridade administrativa, para sancionar diversos fatos antes considerados infração penal, agora tipificados como ilícito administrativo.

Ricardo Andreucci, na esteira do pensamento de Néelson Hungria, também conclui: “A diferença não repousa em dados qualitativos, pois a única a ser encontrada entre crime, a contravenção e ilícito administrativo é a quantitativa, representada pela maior intensidade de agressão à ordem jurídica, considerada pelo legislador em função de conveniência de política criminal”.³⁴

Como bem diz Reale Júnior: “Sem dúvida, trata-se, tão-só, de conveniência política, sendo, contudo que a escolha não depende, a nosso ver, da intensidade da agressão, pois como reconhece Andreucci o ilícito administrativo poderá ‘emprestar sua tutela a bens fundamentais’”.³⁵

Ora, se há a defesa de bem jurídico fundamental, 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”.

Consoante preleciona Daniele Propato, as sanções administrativas retributivas são idênticas em suas funções às penais, “perseguido entrambe una finalit  di prevenzione generale e speciale”.³⁶

A ser assim, fácil torna-se a constata o no sentido de que a escolha pela qualifica o de uma conduta como ilícito penal ou administrativo não   senão de política legislativa, tendo em vista, primordialmente, a busca de maior eficácia social, a corroborar a necessidade de priorizarmos a via administrativa por meio de um direito administrativo sancionador, extraindo-se da própria Consti-

⁽³²⁾ *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. I, p. 38.

⁽³³⁾ AUGUSTINIS, Umberto; FUSARO, Sergio. *La depenalizzazione dei reati minori e la riforma del sistema sanzionatorio*. Nápoles: Edizioni Giuridiche Simone, 2000. passim.

⁽³⁴⁾ ANDREUCCI, Ricardo. *Estudos e pareceres de Direito Penal*. São Paulo: RT, 1982. p. 130.

⁽³⁵⁾ *Despenaliza o no Direito Penal econ mico*. São Paulo: RT, 1999. p. 116.

⁽³⁶⁾ *Sanzioni amministrative e depenalizzazione di delitti e contravvenzione* Florença: Laurus Robuffo, 1983. p. 10 et seq. George Deliis pondera que em sua maior parte as san oes administrativas são bastante severas cumprindo sejam submetidas a um regime jurídico próximo ao aplicado às san oes penais (*Droit p nal et droit administratif: l’influence des principes du droit p nal sur le droit administratif r pressif*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1997. p. 50).

tuição Federal o quanto a infração e a sanção administrativa aproximam-se do ilícito e da sanção penal, de vez que as garantias fundamentais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, bem como a exigência de fundamentação das decisões estendem-se ao âmbito administrativo, revelando de forma ainda mais precisa não haver diferença de natureza substancial entre o ilícito penal e o administrativo retributivo.

6. Conclusões

Em face de toda a análise exposta, concluímos que, não obstante ser a seara do consumidor ordem de cunho constitucional, desnecessária constitui a obrigatoriedade da criminalização para a repressão ao abuso do poder econômico, investindo todos os esforços na criação de um efetivo direito administrativo sancionador, que em vez de escamotear as deficiências da seara penal consumerista, acabará por adquirir credibilidade e eficiência sancionatória, cabendo-nos descriminalizar uma série de condutas atentatórias à ordem consumerista buscando novas soluções estruturais, do qual exemplo constitui a reestruturação por um direito administrativo imparcial e independente que prime pelo respeito ao mercado competitivo e leal.