

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC-SP

**STEPHANIE CAROLYN PEREZ**

A Efetividade do Direito na aplicação da Tutela Penal nos Crimes contra as Relações de  
Consumo

Mestrado em Direito

São Paulo

2017

**STEPHANIE CAROLYN PEREZ**

A Efetividade do Direito na aplicação da Tutela Penal nos Crimes contra as Relações de  
Consumo

Mestrado em Direito

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Filosofia do Direito sob a orientação da Professora Doutora Marcia Cristina de Souza Alvim.

São Paulo

2017

**Banca Examinadora**

---

---

---

*À mamãe, Arieme Caetano da Silva  
Perez, por todo carinho, apoio e  
inspiração.*

*Obrigada pelas asas que me deu e por  
me ensinar a voar sempre alto.*

Este trabalho foi desenvolvido com financiamento da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES e apoio da Fundação São Paulo - FUNDASP.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus, que é tão generoso comigo, me presenteando com uma vida cheia de oportunidades, de chances, de sonhos. Nem sempre a caminhada é fácil, mas é nele que me apoio buscando força e coragem para enfrentar os obstáculos da vida. Concluir o Curso de Mestrado não foi tarefa fácil, mas tenho certeza de que Deus sempre esteve ao meu lado me ajudando e me guiando na realização deste sonho.

Agradeço a mamãe, Arieme Caetano da Silva Perez e meu amado irmão, Andrés Ramon Perez, por todo apoio e por sempre acreditarem em mim e nos meus sonhos. Essa conquista não é só minha: é também de vocês. É para vocês.

Agradeço a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, a GLORIOSA, que desde o ano de 2007, quando ingressei na graduação, me abriu as portas para conhecer e fazer parte de um novo mundo, repleto de conhecimento, descobertas, amizades especiais e muito crescimento pessoal e profissional. Foi aqui que vivi os anos mais intensos, prazerosos e especiais da minha vida. **ORGULHO DE SER FILHA DA PUC!**

Agradeço de forma muito especial a minha orientadora, Professora Marcia Cristina de Souza Alvim, minha inspiração para ingressar no mundo acadêmico. Foi ela quem pela primeira vez me recebeu como monitora, no ano de 2008, da disciplina de Metodologia e Lógica Jurídica, permitindo que eu conhecesse este mundo e por ele me apaixonasse. Obrigada professora, por me receber de braços abertos e dividir comigo todo seu conhecimento e sua experiência. Obrigada, principalmente, pela confiança em mim depositada quando me recebeu como sua orientanda.

Agradeço a todos os professores com quem tive a honra e o prazer de aprender e conviver ao longo da realização do Curso de Mestrado.

Agradeço ao Rui e ao Rafael, da Secretaria de Pós Graduação, pelas boas conversas e por toda ajuda que me deram ao longo do curso.

Agradeço a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), que viabilizou financeiramente a conclusão do meu Curso de Mestrado.

## **RESUMO**

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 surgiu um novo cenário de proteção dos interesses jurídicos. Até então, o legislador preocupava-se em tutelar interesses individuais, como a vida e o patrimônio. Contudo, com o surgimento do chamado Estado Liberal, o legislador verificou que a individualidade do Século XVIII não era suficiente para regular as exigências da nova sociedade que estava nascendo, principalmente em razão do surgimento de relações de caráter coletivo. Neste contexto surgiu a tutela dos chamados interesses difusos e coletivos como uma necessidade de se acompanhar essa evolução social.

Neste cenário, a Constituição Federal de 1988 passou a prever a proteção dos direitos do consumidor em seu artigo 5º, inciso XXXII. No mesmo sentido seguiu a legislação infraconstitucional, que passou a prever aplicação da tutela penal para as relações de consumo, por meio da tipificação dos Crimes contra as Relações de Consumo.

Questão que se coloca em debate é se existe efetividade na forma como o ordenamento jurídico tutela essa categoria de interesses e, principalmente, se é necessária a aplicação da tutela penal para a proteção das relações de consumo.

Partindo-se das premissas da Teoria Geral do Direito e com base em um estudo conjunto das áreas da Filosofia do Direito e do Direito Penal, a proposta desta dissertação é analisar a Efetividade do Direito especificamente com relação à produção de resultados pela norma jurídica na aplicação da tutela penal nos Crimes contra as Relações de Consumo.

**PALAVRAS-CHAVE: EFETIVIDADE DO DIREITO. TEORIA GERAL DO DIREITO. NORMA JURÍDICA. EFETIVIDADE DA LEI. INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS. CRIMES CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO.**

## **ABSTRACT**

Until the advent of Brazilian Constitution of 1988, the legislature had been concerned to protect individual interests, such as life and property rights. However, with the emergence of so-called Liberal State, the legislator found that the individuality of the XVIII Century was not enough to regulate the demands of the new society that was being born, mainly because of the emergence of relations of a collective character. The concept of the diffuse and collective interests emerged with the need to keep up with this social evolution.

In this context, the Brazilian Constitution of 1988 attributed protection to consumer's rights, by the Article 5, XXXII. In the same sense, it was followed by the infraconstitucional legislation, that provided criminal protection to the consumers relations, with the definition of Crimes Against the Consumer Relations.

The matter up for discussion is whether there is effectiveness in the way in which the legal framework protects this category of interests and, especially, if the application of penal rules for the protection of consumer relations is necessary.

Based on the premises of the General Theory of Law and based on a study of Philosophy of Law and Criminal Law, the purpose of this dissertation is to analyze the Effectiveness of Law specifically to the production of results by the legal rules in the context of the Crimes Against the Consumer Relations.

**KEYWORDS: EFFECTIVENESS OF LAW. GENERAL THEORY OF LAW. LEGAL NORM. EFFECTIVENESS OF LAW. DIFFUSE AND COLLECTIVE INTERESTS. CRIMES AGAINST THE CONSUMER RELATIONS.**

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>11</b>
<b>CAPÍTULO 1 – REFERENCIAIS TEÓRICOS.....</b>	<b>14</b>
1.1 Breves considerações acerca do conceito de Direito .....	14
1.2 A imperatividade do Direito .....	28
1.3 A estrutura da norma jurídica .....	34
1.3.1 Antecedente normativo .....	39
1.3.2 O operador deôntico .....	41
1.3.3 O conseqüente normativo .....	42
<b>CAPÍTULO 2 – APLICAÇÃO E VALORAÇÃO DA NORMA JURÍDICA.....</b>	<b>44</b>
2.1 Norma justa ou injusta .....	45
2.2 Norma válida ou inválida .....	46
2.3 Norma eficaz ou ineficaz .....	48
2.4 Norma vigente ou não vigente .....	51
2.5 O que a sociedade espera de uma norma jurídica? .....	53
<b>CAPÍTULO 3 – NOVAS FORMAS DE INTERESSES TUTELADOS PELO ORDENAMENTO JURÍDICO APÓS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 .....</b>	<b>63</b>
3.1 Conceito de interesse .....	63
3.2 Os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos .....	65
3.3 A tutela penal dos direitos difusos .....	69
<b>CAPÍTULO 4 – A EFETIVIDADE DO DIREITO NA APLICAÇÃO DA TUTELA PENAL NOS CRIMES CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO.....</b>	<b>80</b>
4.1 A tipificação dos crimes contra as relações de consumo .....	80

4.2 Crime de dano .....	87
4.3 Crime de perigo .....	88
4.4 O papel atual do Direito Penal: combate à criminalidade x efetividade da norma .....	91
4.5 Análise da proteção conferida ao Direito do Consumidor em âmbito penal e processual penal .....	106
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>118</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>122</b>

## INTRODUÇÃO

Todo trabalho científico deve ser produzido de acordo com um método, empregando um conjunto de técnicas que sejam capazes de demarcar bem seu objeto de estudo, a fim de oferecer ao destinatário final as condições adequadas para conhecer aquilo que se pretende apresentar.

O tema da presente dissertação é “A Efetividade do Direito na aplicação da Tutela Penal nos Crimes contra as Relações de Consumo”. O que se pretende com a elaboração deste trabalho é analisar se existe efetividade da lei na aplicação da tutela penal nos Crimes contra as Relações de Consumo.

Com base em um estudo sobre a Filosofia do Direito, será apresentada uma breve introdução a conceitos da Teoria Geral do Direito, tais como o que é o Direito, o que é norma jurídica, como é composta a estrutura da norma jurídica e como ocorre a aplicação da norma jurídica, a fim de introduzir o leitor ao objeto de estudo. Feitas estas considerações preliminares, será abordado o tema central deste trabalho, qual seja, a tutela penal dos direitos do consumidor.

A proteção do consumidor já era prevista por legislações antigas, como a legislação grega e a legislação romana. Com o fim da Primeira Guerra Mundial, o movimento moderno do consumidor começou a dar seus primeiros sinais.

As relações de consumo na forma como existem nos dias atuais são fruto de um processo de evolução da sociedade ocorrido, sobretudo, após o período da Revolução Industrial, entre os Séculos XVIII e XIX. Antes disso, havia uma relação comercial superficial entre o adquirente da mercadoria e o artesão produtor.

Com as mudanças e as inovações trazidas pela Revolução Industrial houve incremento na relação consumerista. Novos sujeitos passaram a fazer parte desta relação e novas cadeias de produção foram criadas. Vieram as propagandas, a produção em larga escala, a formação dos grandes centros urbanos de consumo, a evolução e crescimento da indústria e o crescimento da economia consumerista. Por conta disso, surgiu um novo cenário no tocante às relações de consumo, razão pela qual o legislador sentiu a necessidade de criar um conjunto de leis que pudesse regular esta nova realidade, tendo como objeto de proteção

os direitos dos consumidores. Entendeu o legislador que era necessária a elaboração de um conjunto de dispositivos normativos que pudesse equilibrar e proteger as relações de consumo que estavam surgindo, prevenindo e evitando a ocorrência de danos ao consumidor.

Partindo desta linha de raciocínio, o legislador atribuiu *status* constitucional para a defesa do consumidor, inserindo de forma expressa no artigo 5º, inciso XXXII<sup>1</sup> da Carta Constitucional, dentre outros direitos e garantias fundamentais do ser humano, a defesa do consumidor.

Nada obstante, ao indicar os princípios que devem reger a ordem econômica nacional, o legislador constitucional incluiu a defesa do consumidor como postulado a ser respeitado, conforme dispõe o artigo 170, inciso V da Carta Constitucional<sup>2</sup>.

Por fim, ao dispor sobre o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o legislador determinou em seu artigo 48 a elaboração do Código de Defesa do Consumidor<sup>3</sup>.

Assim, por determinação constitucional, foi criada a Lei nº 8.078, de 11.09.1990, o chamado Código de Defesa do Consumidor, dando início à criação de direitos e garantias fundamentais do consumidor, colocando a figura do consumidor no nível máximo de preocupação do legislador, protegendo-o contra quaisquer condutas que possam representar qualquer prejuízo nas esferas cível, administrativa e penal.

Além disso, o legislador também conferiu tutela penal na defesa dos direitos do consumidor, tipificando determinadas condutas como caracterizadoras de crime contra o consumidor, as quais estão previstas tanto na Lei nº 8.078, de 11.09.1990, como também na Lei nº 8.137, de 27.12.1990.

Conforme se verá ao longo deste estudo, o legislador criou diversos tipos penais de perigo abstrato, que se consomem independentemente da ocorrência efetiva de dano ao consumidor.

A opção do legislador no sentido de criar tipos penais de perigo abstrato ocorreu com base não apenas na necessidade de se prever tutela penal para proteção desta categoria de

---

<sup>1</sup> Art. 5º (...) XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

<sup>2</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) V - defesa do consumidor.

<sup>3</sup> Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

interesses, mas também diante da necessidade de atender ao apelo da sociedade que cada vez se sente mais insegura e desprotegida diante da criminalidade. Entendeu o legislador que utilizar o Direito Penal como instrumento de política criminal seria a forma de trazer segurança para a sociedade. Contudo, esta opção é criticável, conforme se verá a seguir.

## CAPÍTULO 1 – REFERENCIAIS TEÓRICOS

### 1.1 Breves considerações acerca do conceito de Direito

Estudar o direito é tarefa bastante difícil e complexa. Engana-se quem pensa que estudar o direito seja apenas aprender as leis e os processos legislativos de produção das normas jurídicas. Estudar o direito é muito mais do que isso. Como disse Tercio Sampaio Ferraz Junior, “estudar o direito é, assim, uma atividade difícil, que exige não só acuidade, inteligência, preparo, mas também encantamento, intuição, espontaneidade”.<sup>4</sup>

Se estudar o direito já é algo difícil, o mesmo se pode afirmar com relação à tarefa de conceituá-lo. Conceituar é buscar a ideia e o significado de um termo. É encontrar o alcance e o sentido de um termo dentro de um contexto, colocando em palavras a sua significação. Partindo-se do pressuposto de que tudo é linguagem, não há como abordar o estudo do direito sem examinar a sua definição.

Claro que definir o direito não é tarefa fácil, sobretudo por conta da vagueza e da ambiguidade do termo, que pode ser empregado em diversos contextos linguísticos.

Lourival Vilanova já dizia:

(...) Ainda não se entendem, cientistas e filósofos do direito, sobre a definição do direito. As causas da diversidade de definições são muitas. Entre outras, a complexidade do objeto jurídico, os pressupostos filosóficos que servem de base às definições, os pontos de vista mediante os quais se considera o direito – ora a forma, ora o conteúdo, ora o valor, a natureza sociológica, etc.-, de sorte que a definição do jurista, a do filósofo, até mesmo a decorrente do fato da especialização num ramo do direito, ostentam ampla discrepância, não meramente verbal, mas de substância.<sup>5</sup>

Há uma vasta produção doutrinária que busca explicar o que é o direito, mas a grande verdade é que a discussão teórica sobre o conceito de direito é algo interminável e infundável, principalmente pelo fato do termo “direito” ser ambíguo, ou seja, possuir mais de um significado, podendo ser utilizado com diferentes sentidos e em diferentes contextos.

---

<sup>4</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2013. p.1.

<sup>5</sup> VILANOVA, Lourival. Escritos jurídicos e filosóficos. Volume 1. São Paulo: Axis Mundi, 2003. p.1.

O filósofo inglês Hart dizia que “poucas indagações sobre a sociedade humana têm sido formuladas com tanta persistência e respondidas por pensadores sérios de maneiras tão diversas, estranhas e até paradoxais quanto a pergunta: o que é o direito?”.<sup>6</sup>

Etimologicamente, o vocábulo “direito” encontra sua origem no termo latim *directum* ou *rectum*, que significa aquilo que é reto, que é conforme uma regra.<sup>7</sup>

Poderia ser adotado então em um primeiro momento e de forma superficial, a definição de que o direito está resumido ao conjunto de normas jurídicas que regulam a sociedade. De certa forma, o conceito não está equivocado, mas o direito é muito mais do que apenas um conjunto de normas jurídicas que buscam manter a ordem e estabelecer a paz social.

O jurista Lourival Vilanova afirmou que o direito é um fenômeno histórico complexo, com origem e trajetória de evolução próprios. Disse o jurista que o direito não é estável e que sua variação segue circunstâncias de tempo, lugar e cultura.<sup>8</sup>

Tercio Sampaio Ferraz Junior, por sua vez, afirma a dificuldade em conceituar o direito diante das imprecisões sintáticas, semânticas, pragmáticas e da ambiguidade e vagueza do termo. O jurista busca a conceituação do termo por meio de uma análise essencialmente linguística do direito, nos seguintes termos:

Ora, o termo *direito*, em seu uso comum, é sintaticamente impreciso, pois pode ser conectado com verbos (meus direitos não valem), com substantivos (o direito é uma ciência), com adjetivos (este direito é injusto), podendo ele próprio ser usado como substantivo (o direito brasileiro prevê...), como advérbio (fulano não agiu direito), como adjetivo (não se trata de um homem direito). Já do ponto de vista semântico, se reconhecemos que um signo linguístico tem uma *denotação* (relação a um conjunto de objetos que constitui sua extensão – por exemplo, a palavra *planeta* denota os nove astros que giram em torno do Sol) e uma *conotação* (conjunto de propriedades que predicamos a um objeto e que constituem sua intensão – com s, em correlação com extensão -; por exemplo, a palavra *homem* conota o ser racional, dotado da capacidade de pensar e falar), então é preciso dizer que *direito* é, certamente, um termo denotativa e conotativamente impreciso. Falamos, assim, em *ambiguidade* e *vagueza* semânticas. Ele é denotativamente vago porque tem muitos significados (extensão). Veja a frase: “direito é uma ciência (1) que estuda o direito (2) quer no sentido de direito objetivo (3) – conjunto das normas -, quer no e direito subjetivo (4) – faculdades”. Ele é conotativamente ambíguo, porque, no uso comum, é

<sup>6</sup> HART, H.L.A. O conceito de direito. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p.1.

<sup>7</sup> MONTORO, André Franco. Introdução à ciência do Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 31.

<sup>8</sup> VILANOVA, Lourival. Escritos jurídicos e filosóficos. Volume 1. São Paulo: Axis Mundi, 2003. p.33.

impossível enunciar uniformemente as propriedades que devem estar presentes em todos os casos em que a palavra se usa. Por exemplo, se definirmos direito como um conjunto de normas, isto não cabe para direito como ciência. Ou seja, é impossível uma única definição que abarque os dois sentidos. Por fim, pragmaticamente, *direito* é uma palavra que tem grande *carga emotiva*. Como as palavras não apenas designam objetos e suas propriedades, mas também manifestam emoções (injustiça! tradicionalista! liberaloide!), é preciso ter-se em conta isto para defini-las. (...) <sup>9</sup>

Tercio Sampaio Ferraz Junior afirma que “o direito é um dos fenômenos mais notáveis na vida humana”. Em sua obra “Introdução ao Estudo do Direito” o jurista afirma que compreender o direito permite que possamos compreender a nós mesmos e descobrir porque obedecemos, mandamos, nos indignamos e porque aspiramos a mudar em nome de ideais<sup>10</sup>.

Para Tercio Sampaio Ferraz Junior, o ponto de partida para entendermos e buscarmos o conceito de direito é a ideia de que o direito é fruto da sociabilidade humana. É em razão da sociedade que o direito existe. Não apenas para regular as condutas entre os indivíduos, mas também para proteger os membros da sociedade das arbitrariedades do Estado. Neste sentido, Tercio Sampaio Ferraz Junior afirma que:

(...) o *direito*, assim, de um lado, protege-nos do poder arbitrário, exercido à margem de toda regulamentação, salva-nos da maioria caótica e do tirano ditatorial, dá a todos oportunidades iguais e, ao mesmo tempo, ampara os desfavorecidos.<sup>11</sup>

Tercio Sampaio Ferraz Junior trabalha com uma análise linguística do direito. Para o jurista, “a língua é um instrumento que *designa* a realidade, donde a possibilidade de os conceitos linguísticos refletirem uma presumida essência da coisa”<sup>12</sup>.

Sobre a importância do uso da linguagem, não há como deixar de citar Paulo de Barros Carvalho, um dos seguidores da chamada “Teoria do Constructivismo Lógico-Semântico”, método de interpretação cujo objeto de análise é a linguagem e que tem por

---

<sup>9</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2013. p.15/16.

<sup>10</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2013. p.1.

<sup>11</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2013. p.1.

<sup>12</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2013. p.12.

objetivo atribuir e construir sentido para a linguagem do direito positivo. Paulo de Barros Carvalho diz, aliás, que “o constructivismo lógico-semântico é, antes de tudo, um instrumento de trabalho (...) meio e processo para a construção rigorosa do discurso”.<sup>13</sup>

A Teoria do Constructivismo Lógico-Semântico está diretamente relacionada com a Teoria Comunicacional do Direito, na medida em que tem como função trazer significação à linguagem, tornando o discurso compreensível e dotado de valor e, conseqüentemente, decifrável pelo destinatário da fala.

Como o próprio nome diz, o “constructivismo” tem como objetivo construir algo. Construir uma posição, construir um significado. Trata-se de atividade intelectual desenvolvida pelo ser humano.

O Constructivismo Lógico-Semântico é um método hermenêutico-analítico utilizado para o estudo da linguagem. Trata-se de método que analisa, desmembra e decifra a linguagem, com o objetivo de construir um significado para ela. É lógico porque opera conforme as regras lógicas, de forma coerente, a partir do estudo das proposições e de seus membros componentes, principalmente os componentes da linguagem. É semântico porque estuda o significado das palavras, a relação entre os signos e seus referenciais, definindo termos importantes e “amarrando” as ideias semânticas de forma coordenada e não de forma indiscriminada.

É justamente a interpretação por meio linguagem o método utilizado por Tercio Sampaio Ferraz Junior para definir o conceito de direito. O jurista sustenta que uma análise linguística permite obter diferentes ângulos de um mesmo objeto, conforme a intenção daquele que interpreta e busca o alcance do termo. Em sua obra “Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação”, o jurista discorre acerca das análises sintática, semântica e pragmática do direito. Neste sentido:

(...) Quando definimos o conceito de direito é, pois, importante saber se estamos preocupados em saber se se trata de um substantivo ou de um adjetivo, ou de um advérbio, tendo em vista seu relacionamento formal (gramatical) numa proposição. Ou se estamos preocupados em saber aquilo que queremos comunicar com seu uso, ou seja, se queremos saber se direito se refere a um conjunto de normas ou a uma faculdade ou a uma forma de controle social. Ou ainda se nos preocupa a repercussão desse uso para

---

<sup>13</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Algo sobre o constructivismo lógico-semântico. In: “Constructivismo lógico-semântico”. Coordenação: Paulo de Barros Carvalho, vol. I. São Paulo: Noeses, 2014. p. 3/11.

aqueles que se valem da expressão quando, por exemplo, alguém proclama: “o direito é uma realidade imperecível!” No primeiro caso, a análise é sintática, isto é, estamos preocupados em definir o uso do termo tendo em vista a relação formal dele com outros vocábulos (por exemplo, direito é uma palavra que qualifica (adjetivo) um substantivo, digamos o comportamento humano, ou direito modifica um modo de agir – agir direito: advérbio). No segundo caso, a análise é semântica, isto é, queremos definir o uso do termo tendo em vista a relação entre ele e o objeto que comunica (por exemplo: direito designa um comportamento interativo ao qual se prescreve uma norma). No terceiro, definimos o uso do termo tendo em vista a relação do termo por quem e para quem o usa e, nesse caso, a análise é pragmática (por exemplo: a palavra direito serve para provocar atitudes de respeito, temor)<sup>14</sup>.

Tercio Sampaio Ferraz Junior afirma ser tarefa difícil conceituar o termo direito, optando por redefini-lo. Ao redefinir o conceito de direito, o jurista aponta a necessidade de se adotar um enfoque teórico para a realização da tarefa. Seguindo esta linha de raciocínio, o jurista discorre acerca dos enfoques teóricos zetético e dogmático. Zetética vem de *zetein*, que significa perquirir. Dogmática vem de *dokein*, que significa ensinar, doutrinar. Em breve síntese, o enfoque zetético significa perquirir, partir de premissas para se chegar a um ponto final. Exerce função especulativa e as questões propostas (que é algo?) são infinitas. O enfoque dogmático a seu turno significa opinar. A dogmática exerce função diretiva e as questões propostas (como deve ser algo?) são finitas.<sup>15</sup>

A fim de ilustrar estes métodos teóricos, Tercio Sampaio Ferraz Junior traz o seguinte exemplo:

(...) Apenas a título de esclarecimento, tomemos como exemplo a seguinte anedota “histórica”. Sócrates estava sentado à porta de sua casa. Nesse momento, passa um homem correndo e atrás dele vem um grupo de soldados. Um dos soldados então grita: agarre esse sujeito, ele é um ladrão! Ao que responde Sócrates: que você entende por “ladrão”? Notam-se aqui dois enfoques: o do soldado que parte da premissa de que o significado de ladrão é uma questão já definida, uma “solução” já dada, sendo seu problema agarrá-lo; e o de Sócrates, para quem a premissa é duvidosa e merece um questionamento prévio. Os dois enfoques estão relacionados, mas as consequências são diferentes. Um, ao partir de uma solução já dada e pressuposta, está preocupado com um problema de *ação*, de como agir, Outro, ao partir de uma interrogação, está preocupado com um problema

<sup>14</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2013. p.37.

<sup>15</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2013. p.18.

especulativo, de questionamento global e progressivamente infinito de premissas.<sup>16</sup>

Importante destacar também as lições de Hans Kelsen, filósofo e jurista austríaco considerado até os dias de hoje um dos mais importantes estudiosos do direito. Em sua obra “Teoria Pura do Direito”, Hans Kelsen contribuiu de forma valiosa com o estudo do direito. São dele as reflexões e conceituações mais importantes acerca do estudo do direito.

Para Hans Kelsen, o direito era um conjunto de normas jurídicas estruturadas sob a forma de uma pirâmide, sendo que no topo da pirâmide estava a norma hipotética fundamental, norma de hierarquia superior em relação às demais e da qual todas as normas inferiores retiravam seu fundamento de validade. Ou seja: para pertencer ao sistema a norma inferior deveria observar a norma hipotética fundamental. Do contrário esta norma não seria legítima, tampouco válida.

No sentido da existência de uma norma fundamental, Hans Kelsen afirmou:

(...) Uma “ordem” e um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade. E o fundamento de validade de uma ordem normativa é – como veremos – uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem. Uma norma singular é uma norma jurídica enquanto pertence a uma determinada ordem jurídica, e pertence a uma determinada ordem jurídica quando a sua validade se funda na norma fundamental dessa ordem.<sup>17</sup>

Para Hans Kelsen, o direito é uma ordem de conduta humana, baseada, quase sempre, na coerção. Assim como Tercio Sampaio Ferraz Junior, Hans Kelsen também partiu de uma análise linguística para chegar ao conceito de direito.<sup>18</sup>

Hans Kelsen defendeu que o direito se manifestava por meio de normas de conduta que de forma positiva regulam as ações dos indivíduos, com a característica especial de serem tais normas ordens coativas. Neste sentido:

---

<sup>16</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2013. p.17/18.

<sup>17</sup> KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.21/22.

<sup>18</sup> Neste sentido: “(...) Para alcançar uma definição do Direito, é aconselhável primeiramente partir do uso da linguagem (...)”. KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 33.

Uma outra característica comum às ordens sociais a que chamamos Direito é que elas são ordens coativas, no sentido de que reagem contra as situações consideradas indesejáveis, por serem socialmente perniciosas – particularmente contra condutas humanas indesejáveis – com um ato de coação, isto é, com um mal – como a privação da vida, da saúde, da liberdade, de bens econômicos e outros - , um mal que é aplicado ao destinatário mesmo contra sua vontade, se necessário empregando até a força física – coativamente, portanto.<sup>19</sup>

Hans Kelsen discorreu com propriedade acerca da coatividade e imperatividade do direito, características estas que serão abordadas de forma mais aprofundada no próximo tópico. De todo modo, Hans Kelsen não fugiu à regra de que o direito é norma jurídica reguladora da conduta humana.

Também é interessante a acepção proposta por André Franco Montoro de que o direito possui cinco realidades fundamentais, quais sejam: i) norma; ii) faculdade; iii) justo; iv) ciência; e v) fato social<sup>20</sup>. Para o saudoso jurista, em que pese o direito no sentido de lei ou norma ser uma das acepções de uso mais comum do vocábulo, existem outros significados que podem ser adotados por aqueles que estudam o direito.

A primeira acepção, o direito como norma, constitui a definição mais aceita pela sociedade e possivelmente aquela que revela de forma mais clara o objeto do direito. Direito é norma. É norma que regula condutas e comportamentos. É conjunto de preceitos normativos e regras que devem ser seguidas internamente pelos membros de um grupo social como forma de regular a vida em sociedade.

Neste mesmo sentido, Lourival Vilanova sustentou que existem elementos e características inerentes ao conceito do direito, quais sejam: a normatividade, o dever-ser, a função do direito como regulador de conduta humana na vida social e a realização de valores. “Para a experiência intuitiva, uma norma ou um sistema de direito sem qualquer um destes caracteres afigura-se incompreensível”.<sup>21</sup>

A segunda acepção, o direito como faculdade, constitui o poder de uma pessoa em relação a um determinado objeto ou prestação, como por exemplo, o direito de ajuizar uma ação, o direito de receber pensão alimentícia ou mesmo o direito de ir e vir. Trata-se de uma

---

<sup>19</sup> KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 35.

<sup>20</sup> MONTORO, André Franco. Introdução à ciência do Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p.33/41.

<sup>21</sup> VILANOVA, Lourival. Escritos jurídicos e filosóficos. Volume 1. São Paulo: Axis Mundi, 2003. p.2.

faculdade de agir. Acerca da acepção do direito como faculdade, assim eram as lições de André Franco Montoro:

Passemos à segunda das acepções fundamentais que enumeramos: o direito-faculdade ou direito-poder. O vocábulo direito, com frequência, é empregado para designar o poder de uma pessoa individual ou coletiva, em relação a determinado objeto. O direito de usar um imóvel, cobrar uma dívida, propor uma ação, são exemplos de direito-faculdade ou direito subjetivo. Então nesse caso, também, o direito de legislar ou de punir, de que o Estado é titular, o pátrio-poder do chefe de família, etc. Cada um desses direitos é uma prerrogativa ou faculdade de agir.<sup>22</sup>

A terceira acepção, o direito como justo, representa a ligação do direito com a ideia de justiça, daquilo que é devido a alguém por direito, aquilo que é devido a alguém em conformidade com a justiça. Para André Franco Montoro são duas significações distintas:

(...) A palavra “direito”, como dissemos, é ainda suscetível de outra significação, claramente distinta das anteriores, que coloca o direito em outra perspectiva, e o relaciona com o conceito de justiça. Trata-se do direito na acepção de justo. Dentro dessa acepção, devemos distinguir, também, dois sentidos diferentes.

a) Um das vezes “direito”, na acepção de justo, designa o bem “devido” por justiça. Por exemplo, quando dizemos que o “salário é direito do trabalhador”, a palavra “direito” significa “aquilo que é devido por justiça”.

b) Outras vezes “justo” significa a “conformidade” com a justiça. Por exemplo: quando digo que “não é direito condenar um anormal”, quero dizer, não é conforme à justiça.

São duas acepções diferentes, se bem que ambas relacionadas com o conceito de justiça.

O conceito de justiça, assim como o conceito de direito, é algo muito difícil de ser obtido. Muitos pensadores e filósofos clássicos dedicaram grande parte de suas vidas formulando estudos e escritos cujo tema central era o conceito de justiça.

São Tomás de Aquino foi um dos filósofos que com mais propriedade trabalhou o conceito de justiça. Para o filósofo, a justiça estava ligada com a ação humana, a virtude do homem de saber atribuir a cada um aquilo que lhe era devido: “Justiça é o *hábitus*, pelo qual, com vontade constante e perpétua, se dá a cada um o seu direito”.<sup>23</sup>

<sup>22</sup> MONTORO, André Franco. Introdução à ciência do Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p.37.

<sup>23</sup> AQUINO, Tomás de. Suma Teológica. Volume VI. São Paulo: Edições Loyola, 2005. p.56.

Pode-se dizer, de certa forma, que a justiça orienta as ações humanas, e a partir do momento em que se dá a cada um aquilo que lhe é devido, é possível promover o bem comum dentro da sociedade.

Por isso, entende-se que a acepção do direito como justo está ligada de forma muito forte com o conceito de justiça, pois ao dar a cada um aquilo que lhe é devido, inevitavelmente está sendo trabalhado o conceito de justiça.

A quarta acepção, o direito como ciência, revela o estudo da Ciência do Direito. A ciência que é ensinada nos bancos das faculdades, permitindo que os alunos se tornem bacharéis em direito. A Ciência do Direito é o ensino do direito de forma científica, utilizando como objeto de estudo as normas jurídicas.

No capítulo 3 da obra “Teoria Pura do Direito”, Hans Kelsen discorre acerca do objeto de estudo da Ciência do Direito:

Na afirmação evidente de que o objeto da ciência jurídica é o Direito, está contida a afirmação - menos evidente - de que são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência, ou - por outras palavras - na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas. Pelo que respeita à questão de saber se as relações inter-humanas são objeto da ciência jurídica, importa dizer que elas também só são objeto de um conhecimento jurídico enquanto relações jurídicas, isto é, como relações que são constituídas através de normas jurídicas. **A ciência jurídica procura apreender o seu objeto “juridicamente”, isto é, do ponto de vista do Direito. Apreender algo juridicamente não pode, porém, significar senão apreender algo como Direito, o que quer dizer: como norma jurídica ou conteúdo de uma norma jurídica, como determinado através de uma norma jurídica.** (grifou-se)<sup>24</sup>

A quinta e última acepção de acordo com a classificação proposta por André Franco Montoro, traz o direito com o significado de fato social. Trata-se do estudo do direito sob o enfoque da sociologia.

Nesta acepção, o direito seria uma ferramenta utilizada para se alcançar e aplicar às relações sociais a ideia de justiça e de ordem social.

---

<sup>24</sup> KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.50.

A razão de ser do direito é justamente pacificar as relações sociais, trazendo segurança jurídica e regulando os comportamentos humanos. Sob este enfoque, o direito, por meio de normas jurídicas que prescrevem condutas, traz ordem e segurança à sociedade, prevenindo conflitos e evitando o caos social.

Não há como se falar da existência de uma sociedade sem o direito. *Ubi societas, ibi jus*. Traduzindo: onde há sociedade, há o direito.

O direito acompanha a evolução da sociedade. O ambiente social não é fixo e imutável. A todo momento passa pelas mais diversas transformações. Algo que hoje é de uma forma, amanhã já não o será mais. A sociedade vive em transformação constante.

Neste sentido, Lourival Vilanova: “O direito é um fenômeno histórico. Tem origem e tem uma trajetória de evolução própria. Não é algo estável. A sua variação obedece às circunstâncias de tempo, de lugar e de cultura.”<sup>25</sup>

Partindo-se do pressuposto de que o direito existe para regular a vida em sociedade, as regras jurídicas são responsáveis por trazer segurança às relações sociais, daí porque é importante que o direito acompanhe a transformação e evolução da sociedade ao longo do tempo.

Apesar de todas as inúmeras e distintas definições que podem ser encontradas acerca do conceito de Direito, para os fins aos quais se propõe a presente dissertação, será adotado o conceito que vê o Direito como um conjunto de normas que buscam regular o comportamento humano.

Hart já dizia que apesar de inexistir um conceito fixo acerca do que é o direito, a maioria das pessoas, quando lhe é solicitado, sabem responder com segurança e clareza o que vem a ser o direito, ainda que o façam por meio da citação de exemplos: “o direito é não matar”; “o direito é pagar impostos”, etc<sup>26</sup>.

A sociedade em geral sabe e entende que o direito se manifesta, em linhas gerais, por meio de normas jurídicas que proíbem ou permitem certas condutas e que caso não sejam cumpridas tais normas, será imposta uma sanção ao indivíduo. Neste sentido, dizia Hart:

---

<sup>25</sup> VILANOVA, Lourival. Escritos jurídicos e filosóficos. Volume 1. São Paulo: Axis Mundi, 2003. p.33.

<sup>26</sup> Neste sentido: HART, H.L.A. O conceito de direito. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p.3.

(...) Espera-se que qualquer homem instruído seja capaz de identificar essas características marcantes de forma esquemática, como a seguir. Elas compreendem: (i) normas que proíbem ou coíbem certos tipos de comportamento sob pena de sanção; (ii) normas que requerem que se ofereça reparação, de algum modo, àqueles que sofreram certos tipos de dano; (iii) normas que especificam o que fazer para redigir testamentos, contratos ou outros instrumentos jurídicos que outorgam direitos ou criam obrigações; (iv) tribunais que determinam quais são as normas aplicáveis e quando foram infringidas, e estipulam a sanção a ser aplicada ou a indenização a ser paga; (v) um poder legislativo para criar novas normas e abolir as antigas.<sup>27</sup>

Todas essas situações são de conhecimento de todos os indivíduos, em que pese inexistir um conceito fechado acerca do que vem a ser o direito. Hart questionava qual seria a necessidade de se buscar este conceito, já que todos sabem – ou se presume que saibam – o que é o direito.

Ao responder ao seu próprio questionamento, o filósofo inglês trouxe três questões recorrentes que exigem a necessidade da existência de um conceito de direito que possa ser por todos adotado e seguido.

A primeira questão diz respeito à imperatividade do direito. Hart sustentava que esta característica não deveria ser entendida apenas como a imposição de algo sob pena de, em caso de descumprimento, ser aplicada uma sanção. Para o filósofo, a imperatividade devia ser entendida como algo além, justamente por existir uma relação entre as normas jurídicas e as sanções à elas cominadas muito mais ampla do que uma simples ameaça. Hart defendia ser crucial a existência de um conceito de direito capaz de delimitar como as ordens jurídicas se relacionam com as sanções cominadas.<sup>28</sup>

A segunda questão diz respeito à relação do direito com a moral. Hart sustentava que as regras de conduta previstas pelo direito não são obrigatórias apenas porque estão apoiadas em ameaças, daí porque se tornam obrigatórias, mas também porque algumas destas normas de conduta têm suas bases apoiadas na moral. Nesse sentido, Hart afirmava que:

Um segundo problema deriva de um segundo modo pelo qual uma conduta pode não ser opcional, mas obrigatória. As normas morais impõem obrigações e subtraem certas áreas de conduta à livre opção do indivíduo de agir como desejar. Assim como um sistema jurídico obviamente contém elementos que se assemelham de perto aos casos simples de ordens apoiadas

---

<sup>27</sup> Neste sentido: HART, H.L.A. O conceito de direito. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p.4.

<sup>28</sup> Neste sentido: HART, H.L.A. O conceito de direito. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p.8.

por ameaças, assim, de modo igualmente óbvio, contém também elementos estreitamente relacionados a certos aspectos da moral.<sup>29</sup>

Acerca da relação entre moral e direito, o filósofo Robert Alexy atenta para o fato de que “ (...) o principal problema na polêmica acerca do conceito de direito é a relação entre direito e moral”.<sup>30</sup>

Para Robert Alexy, relacionar direito e moral é uma discussão muito antiga na história da humanidade, para a qual até os dias de hoje não se encontrou uma posição definitiva capaz de solucionar o embate, sendo que “(...) duas posições fundamentais continuam se contraponto: a positivista e a não positivista”.<sup>31</sup> Neste sentido, estão suas lições:

Todas as teorias positivistas defendem a *tese da separação*. Esta determina que o conceito de direito deve ser definido de modo que não inclua elementos morais. A tese da separação postula que não existe nenhuma conexão conceitualmente necessária entre o direito e a moral, entre aquilo que o direito ordena e aquilo que a justiça exige, ou entre o direito como ele é e como ele deve ser. (...) Assim, ao conceito positivista de direito restam apenas dois elementos de definição: o da legalidade conforme o ordenamento ou dotada de autoridade e o da eficácia social. (...) Em contrapartida, todas as teorias não positivistas defendem a *tese da vinculação*. Esta determina que o conceito de direito deve ser definido de modo que contenha elementos morais.<sup>32</sup>

Constantemente o ser humano relaciona a ideia de direito com a noção de justiça. É comum dizer: que a justiça seja feita. Ao associarmos o direito com a justiça inevitavelmente assumimos o conteúdo moral do direito. Sob este ponto de vista Hart dizia que as normas do direito são observadas pelos cidadãos não por estarem baseadas em ameaças, mas porque o direito está associado com a ideia de moral, daí porque os indivíduos seguem as normas, pois há um dever interno de cada cidadão de agir de acordo com a moral.

<sup>29</sup> HART, H.L.A. O conceito de direito. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p.9.

<sup>30</sup> ALEXY, Robert. Conceito e validade do direito. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p.3.

<sup>31</sup> ALEXY, Robert. Conceito e validade do direito. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p.3.

<sup>32</sup> ALEXY, Robert. Conceito e validade do direito. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p.4/5.

<sup>32</sup> ALEXY, Robert. Conceito e validade do direito. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p.4.

Neste sentido, Hart defendia ser necessária a existência de um conceito de direito justamente para delimitar em que sentido o direito e a moral estão unidos e em quais sentidos estão dissociados.

Por fim, há uma terceira questão proposta por Hart que justifica a necessidade da existência de um conceito de direito justamente para definir o que são as normas jurídicas e para que finalidade existem.

Sob este aspecto, Hart buscou explicar que existe uma diferença entre os comportamentos habituais seguidos por mera liberalidade pelos indivíduos integrantes de um grupo social dos comportamentos previamente estabelecidos por normas, seguidos pelos integrantes de um grupo social por obrigação pautada pela ameaça de imposição de uma sanção.

Ao diferenciar estas duas categorias de comportamentos, Hart dizia que no caso dos comportamentos determinados por normas jurídicas, os indivíduos se sentem na obrigação de cumprir o que dispõe a norma sob pena de serem punidos pela autoridade. Assim, os indivíduos agem em conformidade com a norma não por mera liberalidade e por vontade de assim agir, mas porque e somente porque caso não orientem suas ações no sentido do que determina a norma jurídica, poderão ser sancionados pela autoridade competente<sup>33</sup>.

Já nos casos dos costumes habituais, como por exemplo ir semanalmente ao cinema, caso tais comportamentos não sejam habitualmente seguidos, os membros de um grupo social não estarão sujeitos à aplicação de sanções ou penalidades.

Apesar dos costumes habituais não estarem sujeitos a uma sanção previamente cominada por meio de uma norma jurídica, é importante destacar que dentro de um grupo social em que os membros seguem determinados costumes e princípios, inevitavelmente aqueles que não seguem alguns costumes específicos poderão sofrer reprovação por parte dos demais membros do grupo social.

Note-se que em todas as três questões recorrentes propostas por Hart há a presença de uma punição caso as normas não sejam respeitadas. Parece não existir dúvidas

---

<sup>33</sup> Neste sentido: “No caso das normas jurídicas, sustenta-se com frequência que sua diferença específica (o elemento traduzido por “deve” ou “precisa”) consiste no fato de que os desvios em relação a certos tipos de comportamento provavelmente se defrontarão com reações hostis e, em se tratando de normas jurídicas, serão punidos pela autoridade. (HART, H.L.A. O conceito de direito. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p.13.)

acerca da existência de sanção e punição caso as normas jurídicas não sejam seguidas, mas esta previsibilidade de sanção não é e não pode ser entendida como uma característica exaustiva do direito.

Com base em todo o que foi exposto até o momento, algumas conclusões podem ser feitas. A primeira delas é que o direito é norma. O direito é o conjunto de leis que se aplicam à vida em sociedade. Esta é a primeira premissa que se pode firmar com segurança.

É inegável que o direito desempenha um importante papel social na medida em que é responsável por ordenar e harmonizar a vida em sociedade. Antes de qualquer conceito que se pretenda dar ao direito, é importante entender o direito como sendo um fenômeno social.

O direito acompanha a evolução da sociedade, daí porque não se pode compreendê-lo como algo estático e imutável. Muito pelo contrário, o direito está a todo momento sofrendo alterações, pois se a sociedade muda, o direito também muda.

É muito comum a realização de inúmeras alterações legislativas em nosso ordenamento jurídico. Uma lei que hoje prevê determinadas condutas como criminosas, por exemplo, pode amanhã ser alterada ou mesmo deixar de ter vigência e aplicação em nosso sistema jurídico. Isso tudo porque o legislador busca trazer segurança jurídica por meio da edição de normas jurídicas, as quais acompanham a evolução da sociedade.

Mas, evidentemente, o direito não pode se resumir apenas às normas jurídicas, que são uma fonte do direito, mas não o direito em si. Há diversas outras acepções e significados para o direito, conforme restou demonstrado nas linhas acima.

Além de norma, o direito representa um fato social. O direito deve ser entendido não apenas como normas jurídicas positivadas, mas também como fenômeno social. É dizer: o direito existe para a sociedade e existe em razão dela. Se não houvesse sociedade, não haveria o direito.

Também é correto concluir que o direito representa a busca pela justiça, no sentido de dar a cada um aquilo que lhe é devido. Esta acepção já era proposta pelos filósofos Aristóteles, Platão, São Tomás de Aquino e muitos outros e desde os primórdios da humanidade, sobretudo na sociedade romana, já era um conceito amplamente aceito pelos cidadãos.

E por fim, também é possível interpretar o direito como faculdade e como ciência. Explique-se: o direito é o meio utilizado pelos cidadãos na busca pelo justo. Partindo-se desta premissa, entende-se que é a acepção do direito como faculdade que viabiliza esta busca pela justiça, na medida em que se está diante de uma faculdade de agir. O direito como faculdade significa prerrogativa de agir. Já com relação à acepção do direito como ciência, não parece existir dúvidas de que a Ciência do Direito viabiliza o ensino e o estudo das normas jurídicas de forma empírica e sistematizada.

Não há como se estabelecer um conceito absoluto do direito. Também não é intenção deste trabalho buscar um conceito exaustivo do termo, mas apenas demonstrar que este conceito irá variar conforme o contexto no qual esteja inserido e conforme o objetivo daquele que o interpreta.

Inexiste um conceito delimitado e preciso do que vem a ser o direito. O que se pode concluir, no entanto, é que o conceito irá variar conforme a intenção do intérprete. Para os fins desta dissertação, optou-se por adotar a acepção normativa do direito, ou seja, aquela que vê nas normas jurídicas a expressão do direito<sup>34</sup>. Sob este ponto de vista, haverá direito onde houver normas jurídicas. O direito é essencialmente normativo.<sup>35</sup>

## 1.2 A imperatividade do Direito

Tomando como base a definição de que o direito é norma, surge um novo tema a ser tratado: a imperatividade do direito.

Como bem pontuou Norberto Bobbio em sua obra “Teoria Geral do Direito”, o ser humano pensa que nasce livre e que pode agir como bem entender, mas a verdade é que desde o momento do nascimento, o indivíduo está sujeito ao cumprimento das mais variadas regras de conduta, sejam morais, sociais ou religiosas. O filósofo italiano afirmou que “toda nossa vida está repleta de placas indicativas, sendo que umas prescrevem um certo comportamento, outras proíbem que se tenha outro comportamento. Muitas dessas placas indicativas são constituídas por regras do direito.”<sup>36</sup>

---

<sup>34</sup> Neste sentido: BOBBIO, Norberto. Teoria Geral do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.15.

<sup>35</sup> Neste sentido: Neste sentido: VILANOVA, Lourival. Escritos jurídicos e filosóficos. Volume 1. São Paulo: Axis Mundi, 2003. p.53.

<sup>36</sup> Neste sentido: BOBBIO, Norberto. Teoria Geral do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.16.

Ao analisar com atenção esta afirmação, é possível verificar que o filósofo estava coberto de razão. Muitos dos comportamentos seguidos já se tornaram tão comuns e tão habituais, que os indivíduos sequer percebem que estão seguindo um comportamento previamente delimitado e definido.

A vida humana é controlada por regras de conduta desde o nascimento até o momento da morte, sejam estas regras sociais, jurídicas ou mesmo morais. O ser humano nunca está inteiramente livre para agir como bem entender.

Por exemplo, quando se vai à uma festa de aniversário, regras sociais determinam que se leve um presente ao aniversariante. Quando se vai à missa, regras religiosas determinam que se reze o Pai Nosso. Quando se adquire um veículo automotor, regras jurídicas tributárias determinam que se pague o IPVA. O ser humano está a todo o momento sujeito ao cumprimento das mais diversas regras comportamentais, ainda que algumas delas não estejam positivadas no ordenamento jurídico.

Para esta dissertação serão analisadas apenas as normas jurídicas, na medida em que representam regras de conduta positivadas que devem ser seguidas pelos membros de uma sociedade. Tais regras são seguidas pelos indivíduos não por livre e espontânea vontade, mas sim em razão da imperatividade do direito.

Para iniciar o estudo da imperatividade do direito se faz necessário mencionar, ainda que de forma sucinta, os ensinamentos de Immanuel Kant, grande filósofo que trouxe para o campo da Filosofia a discussão acerca das diferenças entre os imperativos categóricos e os imperativos hipotéticos.

Para Immanuel Kant, o imperativo é uma expressão linguística que contém um comando à ação humana. Desta forma, os imperativos são expressões linguísticas que comandam comportamentos humanos. Para Immanuel Kant, todo comando imperativo prescreve uma conduta, sendo que para o filósofo havia duas classes de imperativos: os imperativos categóricos e os imperativos hipotéticos.

O imperativo categórico encontra sua base na moral e corresponde ao dever que toda pessoa tem de agir conforme princípios morais, sem que sua ação esteja direcionada a algum fim específico. O indivíduo age de uma determinada forma porque moralmente entende que é a ação mais correta. Já o imperativo hipotético é condicionado ao atingimento de um determinado fim. O indivíduo age com base em um dever que lhe é imposto visando um fim

específico. O imperativo hipotético orienta a conduta humana tendo como objetivo atingir um determinando fim.

Em sua obra “Fundamentação da Metafísica”, Immanuel Kant afirmou:

Todos os imperativos ordenam ou hipotética ou categoricamente. Os hipotéticos representam a necessidade prática de uma ação possível como meio de alcançar qualquer coisa que se quer ou que é possível que se queira. O imperativo categórico é aquele que nos representa uma ação como objetivamente necessária por si mesma, sem relação com qualquer outra finalidade. No caso da ação ser apenas boa como meio para qualquer outra coisa, o imperativo que ordena é hipotético; se a ação é boa em si, então o imperativo é categórico.<sup>37</sup>

Sobre a distinção com relação ao imperativo categórico e o imperativo hipotético, Willis Santiago Guerra Filho afirma:

O imperativo categórico seria aquele que “representa uma ação como necessária para si mesma, sem referência a outro fim, isto é, como objetivamente necessária”. Já o imperativo hipotético prescreve uma ação como necessária para atingir determinado fim, sendo, portanto, condicionada por ele.<sup>38</sup>

Immanuel Kant sustentou que apenas os imperativos categóricos deveriam ser entendidos como verdadeiros comandos, já que por estarem baseados em valores morais, eram universalmente aceitos pelos indivíduos como comandos válidos.

Quando se fala em imperatividade do direito, duas posições distintas devem ser destacadas. A primeira delas, sustentada por Hans Kelsen, que defendia que a imperatividade do direito decorria da sanção prevista pela norma.

Hans Kelsen dizia que para que as ordens de conduta humana prescritas pelo direito fossem dotadas de imperatividade necessariamente deveriam ter uma sanção cominada, como forma de se castigar aquele que não agia de acordo com os preceitos normativos.

---

<sup>37</sup> KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Tradução de Antônio Pinto de Carvalho. Lisboa: Companhia Editora Nacional, 1964. p.17.

<sup>38</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria Processual da Constituição. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000. p.142.

Hans Kelsen não acreditava na efetividade de uma norma jurídica sem que houvesse a cominação de uma sanção, estipulada como “prêmio” ou “punição”.<sup>39</sup> Em linhas gerais, a sanção seria a consequência imposta a um sujeito que agisse em desconformidade com aquilo que estivesse previsto pela ordem de conduta humana, em fiel aplicação do princípio retributivo<sup>40</sup>.

Portanto, para Hans Kelsen, a sanção (prevista no consequente normativo) teria como pressuposto de aplicação o descumprimento de uma regra de conduta (prevista no antecedente normativo) pelo sujeito.

A sanção era um atributo inseparável da norma jurídica, tendo em vista ser o direito uma ordem coativa, distinguindo-se das demais ordens justamente pela possibilidade de aplicação da força estatal. Portanto, de acordo com Hans Kelsen, uma norma jurídica completa seria aquela que possuísse em sua estrutura formal uma norma primária, que vincularia a ocorrência de um fato à prescrição de uma conduta, e uma norma secundária, que prescreveria a providência sancionadora em caso de descumprimento da norma primária.

Em contrapartida, Hart sustentou sua teoria em oposição aos ideais kelsenianos, defendendo a possibilidade da existência de norma jurídica sem sanção. Isto porque ao contrário do que sustentava Hans Kelsen, no sentido de que a sanção era um pressuposto da norma jurídica, Hart entendia a sanção como elemento garantidor da eficácia da norma, não de sua existência.

Essa distinção entre os dois posicionamentos se dá, basicamente, porque na concepção kelseniana a moral não integra a estrutura da norma jurídica, de modo que o sujeito cumpre o preceito normativo em razão da imperatividade do direito, ou seja, a sanção cominada no consequente da norma jurídica compele o sujeito ao cumprimento do preceito normativo previsto no antecedente da norma, não havendo nenhuma influência da moral neste sentido.

Em contrapartida, Hart entendia que a moral era o elemento garantidor do cumprimento da norma, razão pela qual não era necessária a existência de uma sanção para que a norma jurídica fosse cumprida. O sujeito cumpria o preceito normativo porque

---

<sup>39</sup> KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.29.

<sup>40</sup> KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.29.

moralmente entendia que esta era a melhor conduta a ser adotada, independentemente de existir ou não uma sanção cominada em caso de descumprimento da norma.

Hart acreditava que a imperatividade do direito decorria do fato do indivíduo entender que a ordem era emanada por autoridade competente e por razões de moral e respeito, seguia a conduta prevista na norma jurídica.

Para Hart, a imperatividade do direito não estava relacionada com a existência ou inexistência de uma sanção cominada ao descumprimento da norma jurídica. Pouco importava se havia ou não uma sanção prevista ou se a ordem era baseada em uma ameaça. O indivíduo obedecia a norma jurídica porque entendia que se tratava de comando vindo de autoridade competente à quem devia obediência.<sup>41</sup>

Em sua obra “O conceito de direito”, Hart trouxe alguns exemplos de situações cotidianas da vida nas quais as pessoas expressam sua intenção de que outra pessoa faça ou deixe de fazer algo, como por exemplo “Vá para casa” ou “Não se mova!”, dizendo que esta intenção deve ser entendida como um simples pedido, um aviso ou um conselho e não uma ordem propriamente dita, pois, em que pese serem expressas em forma imperativa, tais ordens não são emanadas por agente capaz de gerar medo no destinatário.<sup>42</sup>

No sentido de comandos que não expressam ordens propriamente ditas, Hart trouxe exemplo muito interessante ao mencionar a situação de um ladrão que ordena à vítima “Entregue o dinheiro ou atiro”. Claro que o ladrão não é uma autoridade, mas a vítima do roubo segue a ordem dada pelo assaltante por medo de que mal maior lhe aconteça, já que o assaltante ameaçou atirar caso o dinheiro não lhe fosse entregue.

Nesta situação hipotética, em que pese o agente, no caso o ladrão, não ser uma autoridade competente, Hart sustentava que caso a vítima entregasse o dinheiro, o ladrão teria logrado êxito no seu desejo, mas ainda assim se estaria diante apenas de uma “ordem apoiada por ameaça”<sup>43</sup> e não de uma ordem propriamente dita, emanada por autoridade competente. Para Hart interessam ao direito apenas as ordens coercitivas, estas sim emanadas por autoridade competente. As ordens apoiadas em ameaça não são comandos propriamente ditos.

---

<sup>41</sup> Neste sentido: HART, H.L.A. O conceito de direito. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p.26.

<sup>42</sup> HART, H.L.A. O conceito de direito. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p.23/25.

<sup>43</sup> HART, H.L.A. O conceito de direito. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p.26.

Neste sentido, Hart disse:

(...) Um aspecto mais importante – por constituir uma distinção crucial entre diferentes formas do “imperativo” – é não ser necessário, quando se dá um comando, que exista a ameaça latente de dano na hipótese de desobediência. **A posição de comando se caracteriza pelo exercício da autoridade sobre homens, e não pelo poder de infligir dano; e, embora possa se conjugar à ameaça de dano, o comando é, antes de tudo, não um recurso ao medo, mas uma chamada ao respeito pela autoridade.**<sup>44</sup> (grifou-se)

Claro que uma sanção ou uma ameaça criam medo no indivíduo, que decide cumprir o comando legal por receio de que lhe seja aplicada a sanção imposta. No entanto, para Hart, a imperatividade do direito não decorria da ameaça emanada pela sanção normativa.

Para Willis Santiago Guerra Filho:

Quanto à forma gramatical e a função contextual, **as normas jurídicas, que são as proposições prescritivas de maior relevância para o Direito, revestem-se de uma forma imperativa e possuem função de comando.** São imperativas na medida em que possuem força vinculante e são um comando porque são a expressão de uma vontade de influir sobre a vontade e o comportamento alheio para modificá-lo no sentido de adequá-lo ao compromisso firmado pela vinculação.<sup>45</sup> (grifou-se)

Entende-se que o indivíduo cumpre a norma não por questões ligadas à moral ou à ética, mas sim, em razão da sanção prevista na norma. A sanção exerce importante coação no indivíduo, influenciando diretamente em seu comportamento, estimulando-o a praticar uma determinada conduta prevista na norma jurídica. O indivíduo cumpre a norma com receio de que uma sanção lhe seja aplicada.

Ao contrário daquilo que era sustentado por Hart, no sentido de que a imperatividade decorre do fato do comando ser emanado por autoridade competente, parece ter mais sentido a tese defendida por Hans Kelsen no sentido da imperatividade do direito estar relacionada com a sanção prevista na estrutura normativa.

<sup>44</sup> HART, H.L.A. O conceito de direito. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p.25-26.

<sup>45</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria Processual da Constituição. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000. p.138.

Conforme será visto no item a seguir, a norma jurídica é composta por uma norma primária (hipótese) e uma norma secundária (consequente). A norma primária descreve um fato abstrato que, uma vez ocorrendo de forma concreta no mundo, atrairá a incidência da norma secundária, que traz uma consequência jurídica àquele evento. Esta consequência, no mais das vezes, será uma sanção.

Assim, o indivíduo cumpre o comando previsto na norma jurídica por se sentir coagido e por temer que lhe seja aplicada a sanção expressa no consequente da norma.

A imperatividade é característica indissociável do direito e é graças a ela que as normas jurídicas são capazes de atingir os fins aos quais são destinadas, garantindo a segurança jurídica e permitindo a organização da vida em sociedade.

### **1.3 A estrutura da norma jurídica**

Superada a indagação acerca do conceito de direito e adotada a acepção de que o direito é norma, surge uma nova pergunta a ser respondida: qual é a estrutura de uma norma jurídica?

Para responder a este questionamento é importante o estudo da Teoria da Norma Jurídica, a qual permite conhecer de forma individualizada o objeto da Ciência do Direito, qual seja, a norma jurídica.

Não se busca analisar de forma exaustiva a Teoria da Norma Jurídica. Para os fins dessa dissertação basta ter em mente a ideia de que a norma jurídica é uma proposição voltada a regular as condutas humanas, com o objetivo de garantir e assegurar a segurança em sociedade. Neste mesmo sentido, Norberto Bobbio já dizia que o direito é um conjunto de regras de conduta. “A experiência jurídica é uma experiência normativa”.<sup>46</sup>

No entanto, é necessário delimitar a estrutura da norma jurídica. Isto tudo porque os fatos sociais isoladamente considerados não têm o condão de gerar efeitos jurídicos. Os fatos somente geram efeitos jurídicos porque uma norma jurídica assim determina em linguagem competente. Daí porque a norma jurídica assume importante papel no presente estudo.

---

<sup>46</sup> BOBBIO, Norberto. Teoria Geral do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.1.

Com base nos ensinamentos de Hans Kelsen em sua obra “Teoria Pura do Direito”, a norma jurídica será sempre composta pela norma primária e pela norma secundária. A norma primária vincula deonticamente a ocorrência de um fato à prescrição de uma conduta. A norma secundária, conectada à norma primária, prescreve uma providência sancionatória, de cunho coercitivo, que será aplicada ao sujeito caso seja verificado que o fato descrito na norma primária não foi por ele observado.

Lourival Vilanova dizia:

Em reescritura reduzida, num corte simplificado e abstrato, a norma jurídica apresenta composição dúplici: norma primária e norma secundária. **Na primeira, realizada a hipótese fática, i.e., dado um fato sobre o qual ela incide, sobrevém, pela causalidade que o ordenamento institui, o efeito, a relação jurídica** com sujeitos em posições ativa e passiva, com pretensões e deveres (para nos restringirmos às relações jurídicas em sentido estrito). **Na segunda, a hipótese fática, o pressuposto é o não-cumprimento, a inobservância do dever de prestar, positivo ou negativo, que funciona como fato jurídico** (ilícito, antijurídico) fundante de outra pretensão, a de exigir coativamente perante órgão estatal a efetivação do dever constituído na norma primária.<sup>47</sup> (grifou-se)

Ao editar uma norma, o legislador prescreve a conduta de forma geral e abstrata, sempre visando um sujeito a quem a norma se destina e o objeto da prescrição. Neste sentido, Norberto Bobbio afirmou que:

Toda proposição prescritiva e, portanto, também as normas jurídicas, é formada de dois elementos constitutivos e, portanto, imprescindíveis: o *sujeito*, a quem a norma se destina, ou seja, o *destinatário*, e o *objeto* da prescrição, ou seja, a *ação prescrita*. Mesmo na mais simples das prescrições, como “Levanta-se”, distinguem-se um destinatário-sujeito e uma ação-objeto. Não se pode pensar numa prescrição que não se destine a alguém e que não regule um determinado comportamento.<sup>48</sup>

As normas jurídicas sempre são elaboradas visando a atingir um sujeito ou um grupo de sujeitos (destinatário) e sempre têm um objeto determinado (conduta). Estes são os componentes obrigatórios de uma norma jurídica.

<sup>47</sup> VILANOVA, Lourival. Causalidade e relação no direito. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 123.

<sup>48</sup> Neste sentido: BOBBIO, Norberto. Teoria Geral do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.172.

Paulo de Barros Carvalho diz que as normas jurídicas “expressam a mensagem deôntica-jurídica na sua integridade constitutiva, significando a orientação da conduta, juntamente com a providência coercitiva que o ordenamento prevê para seu cumprimento”.<sup>49</sup>

Adota-se para a elaboração da presente dissertação a estrutura normativa proposta por Hans Kelsen e seguida por Lourival Vilanova e por Paulo de Barros Carvalho, no sentido de que para transmitir a mensagem prescritiva a norma jurídica tem como estrutura necessária para se construir um sentido deôntico a seguinte prescrição: “ $H \rightarrow C$ ”, onde H= hipótese e C = consequência. Dada uma hipótese, deve ser uma consequência.

A norma jurídica é composta por uma estrutura singular, onde uma proposição-antecedente é associada a uma proposição- consequente, por um ato de vontade do legislador, mediante a cópula do conectivo condicional “ $H \rightarrow C$ ”.

Na hipótese (H) está o chamado pressuposto ou antecedente da norma jurídica. Trata-se de uma situação (evento) descrita de forma geral e abstrata que poderá ocorrer no mundo. O consequente (C) descreve, como o próprio nome já diz, a consequência da ocorrência da prescrição contida na hipótese.

Paulo de Barros Carvalho assim afirma:

As normas jurídicas têm a organização interna das proposições condicionais, em que **se enlaça determinada consequência à realização de um fato.** Dentro desse arcabouço, **a hipótese refere-se a um fato de possível ocorrência, enquanto o consequente prescreve a relação jurídica que se vai instaurar, onde e quando acontecer o fato cogitado no suposto normativo.** Reduzindo complexidades, podemos representar a norma jurídica da seguinte forma:

$H \rightarrow C$ , onde a hipótese (H) alude à descrição de um fato e a consequência (C) prescreve os efeitos jurídicos que o acontecimento irá provocar, razão pela qual se fala em descritor e prescriptor, sendo o primeiro para designar o antecedente normativo e o segundo para indicar seu consequente.<sup>50</sup> (grifou-se)

Ainda sobre a estrutura da norma jurídica, temos as lições de Lourival Vilanova:

Na primeira (norma primária), realizada a hipótese fática, sobrevém, a relação jurídica com sujeitos em posição ativa e passiva, com pretensões e deveres; na segunda (norma secundária) o pressuposto é o não-cumprimento, que funciona como fato fundante de outra pretensão, a de exigir

<sup>49</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário: linguagem e método. São Paulo: Noeses, 2013.p.139.

<sup>50</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário: linguagem e método. São Paulo: Noeses, 2013.p.137.

coativamente perante órgão estatal a efetivação do dever constituído na norma primária.<sup>51</sup>

Uma norma jurídica completa é aquela que possui em sua estrutura formal uma norma primária, que vincula a ocorrência de um fato à prescrição de uma conduta, e uma norma secundária, que prescreve a providência sancionatória em caso de descumprimento da norma primária.

Acerca da estrutura da norma jurídica, assim leciona Paulo de Barros Carvalho:

A derradeira síntese das articulações que se processam entre duas peças daquele juízo, postulando uma mensagem deontica portadora de sentido completo, pressupõe, desse modo, uma proposição-antecedente, descritiva de possível evento do mundo social, na condição de suposto normativo, implicando uma proposição-tese, de caráter relacional, no tópico do conseqüente. A regra assume, portanto, uma feição dual, estando as proposições implicante e implicada unidas por um ato de vontade da autoridade que legisla. E esse ato de vontade, de quem detém o poder jurídico de criar normas, expressa-se por um “dever-ser” neutro, no sentido de que não aparece modalizado nas formas “proibido”, “permitido” e “obrigatório”. “Se o antecedente, então deve-ser o conseqüente”. Assim toda e qualquer norma jurídico-positiva.<sup>52</sup>

Norberto Bobbio também defendeu a divisão da estrutura da norma jurídica em duas partes, porém sustentou a existência de normas jurídicas sem sanção cominada. Norberto Bobbio preferiu indicar as normas jurídicas como sendo “de primeiro” e “de segundo grau”, por entender que os termos “primária” e “secundária” defendidos por Hans Kelsen denotavam tanto uma ordem cronológica (precedência no tempo) quanto uma ordem axiológica (preferência valorativa).

Cabe crítica ao pensamento do jurista acerca da possibilidade de existência de normas jurídicas sem sanção. Uma norma só é jurídica porque tem em seu conteúdo sanção, imperatividade. Demonstra certa utopia pensar que os indivíduos cumprem as normas jurídicas não em razão da imperatividade e coercibilidade trazidas pela sanção, mas por questões morais e éticas.

O Direito é um conjunto de normas cujo descumprimento acarreta ao sujeito a aplicação, pelo Estado-juiz, de uma sanção, tornando exigível o cumprimento da conduta

<sup>51</sup> VILANOVA, Lourival. Causalidade e relação no direito. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 188.

<sup>52</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário. São Paulo: Saraiva, 2004. p.26.

prescrita pela norma primária. Lourival Vilanova afirmava que a norma secundária atribui juridicidade à primária, caracterizando-a como jurídica: "norma primária e norma secundária compõem a bimebridade da norma jurídica: a primária sem a secundária desjuridiciza-se; a secundária sem a primária reduz-se a instrumento-meio, sem fim material"<sup>53</sup>

Seria ilógico pensar na possibilidade de existência de norma jurídica sem sanção. Não há regra sem a correspondente sanção.

Quando se está diante de uma norma penal, parece ser bastante clara a estrutura normativa  $H \rightarrow C$ . Cite-se, como exemplo, o artigo 121 do Código Penal, que assim dispõe:

Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Analisando a estrutura normativa tem-se que matar alguém sujeita aquele que praticou o delito ao cumprimento de uma pena de reclusão de seis a vinte anos, da seguinte forma: Se matar  $\rightarrow$  será aplicada uma pena de reclusão de seis a vinte anos ( $H \rightarrow C$ ).

Na situação do artigo 121 do Código Penal claro está que na hipótese da norma está previsto de forma abstrata o evento morte que, uma vez ocorrido concretamente no mundo, atrairá em relação ao autor do delito a aplicação da sanção correspondente à pena de reclusão de seis a vinte anos. O mesmo ocorre com todos os demais tipos penais previstos no Código Penal: o legislador prevê de forma abstrata eventos criminosos e uma vez verificada sua ocorrência concreta, o autor do delito e/ou seus coautores estarão sujeitos à aplicação de uma sanção.

Considerando a estrutura da norma penal, parece ser incontestável a afirmação de que toda norma tem uma sanção cominada, tal como defendido por Hans Kelsen.

No entanto, sabe-se que nosso ordenamento jurídico é formado por diversos tipos de leis, de modo que nem sempre teremos a estrutura hipotético condicional ( $H \rightarrow C$ ) expressa de forma tão clara tal como ocorre quando se está diante de normas penais. Há certos tipos de normas jurídicas que apenas expressam formalidades, como aquelas que descrevem como deve ser celebrado um negócio jurídico, ou mesmo normas jurídicas que apenas estabelecem

---

<sup>53</sup> VILANOVA, Lourival. Causalidade e relação no direito. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 190.

informações que complementam outras normas jurídicas, como por exemplo a norma que determina quando ocorre o fato gerador para fins de incidência da norma jurídica tributária.

Há na doutrina quem entenda que nestes casos a norma não prevê uma sanção de forma expressa, de modo que nestes casos se estaria diante de norma jurídica sem sanção. Esta afirmação é criticável. Como dito, no Direito inexistente regra sem a correspondente sanção. Tal como ocorre no caso das normas penais, estas normas possuem uma sanção em caso de não cumprimento, ainda que a sanção não esteja expressa de forma clara.

Um testamento celebrado sem a observância dos requisitos legais, por exemplo, será nulo. Uma autuação fiscal que utilize como marco para incidência do fato gerador critério temporal distinto daquele previsto pela norma que estabelece quando ocorre o fato gerador, será nulo. Em ambos os casos as normas não estabelecem de forma expressa a sanção cominada, a qual acaba sendo uma decorrência lógica do sistema. Por isso, não há a possibilidade de se defender de existência de norma jurídica sem sanção.

A seguir, serão descritos os componentes da estrutura normativa.

### 1.3.1 Antecedente normativo

O lugar sintático do antecedente da norma jurídica é ocupado por uma proposição chamada de hipótese, pressuposto ou antecedente. Esta proposição descreve um evento de possível ocorrência no campo da experiência social.<sup>54</sup>

O antecedente normativo independe de verificação empírica, ou seja, independe da análise acerca de ser “verdadeiro” ou “falso”. Neste sentido, Paulo de Barros Carvalho:

**A proposição antecedente funcionará como descritora de um evento de possível ocorrência no campo da experiência social**, sem que isso importe submetê-la ao critério de verificação empírica, assumindo os valores “verdadeiro” e “falso”, pois não se trata, absolutamente, de uma proposição cognoscente do real, apenas de proposição tipificadora de um conjunto de eventos.<sup>55</sup> (grifou-se)

<sup>54</sup> Neste sentido: CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência. São Paulo: Saraiva, 2008. p.24.

<sup>55</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário. São Paulo: Saraiva, 2004. p.26.

O antecedente normativo deve prescrever eventos cuja probabilidade de ocorrência no mundo seja real. Do contrário, se o antecedente prescrever fato impossível de ocorrer, nunca haverá subsunção do fato à norma e o consequente normativo jamais será aplicado, situação em que a norma será ineficaz. Pouco importa se o que está descrito no antecedente da norma é verdadeiro ou falso. O importante é que o antecedente normativo prescreva eventos cuja probabilidade de ocorrência sejam reais e possíveis.

Neste sentido, Paulo de Barros Carvalho:

O antecedente da norma jurídica assenta no modo ontológico da possibilidade, quer dizer, os eventos da realidade tangível nele recolhidos terão de pertencer ao campo do possível. **Se a hipótese fizer previsão de fato impossível, a consequência, que prescreve uma relação deontica entre dois ou mais sujeitos, nunca se instalará, não podendo a regra ter eficácia social. Estaria comprometida no lado semântico, tornando-se inoperante para a regulação das condutas intersubjetivas. Tratar-se-ia de um sem-sentido deontico,** ainda que pudesse satisfazer a critérios de organização sintática.<sup>56</sup> (grifou-se)

Ao prescrever o antecedente normativo, o legislador seleciona eventos (fatos) que serão considerados como ponto de partida para a incidência de efeitos e consequências jurídicas, caso os eventos ocorram de forma concreta no mundo.

Há uma infinidade e uma imensa variedade de fatos sociais de possível ocorrência no mundo social, de modo que ao prescrever o antecedente normativo o legislador faz um recorte da realidade social e elege aqueles fatos que entende mais importantes ao ponto de serem positivados.

Uma vez ocorrido de forma concreta o evento prescrito no antecedente normativo, este evento se torna um fato jurídico, atraindo a aplicação de efeitos jurídicos, no caso, a sanção, já que se adota para a elaboração deste trabalho a classificação de que o consequente da norma prescreve uma sanção. Desta forma, se o preceito contido no antecedente da norma não for cumprido, quando este evento ocorrer de forma concreta será possível a aplicação da sanção prevista no consequente normativo.

Os eventos prescritos no antecedente normativo servem de suporte fático para a irradiação de efeitos jurídicos, de modo que um fato social somente importará ao direito se

---

<sup>56</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário. São Paulo: Saraiva, 2004. p.26/27.

estiver expressamente previsto no antecedente normativo. Do contrário, este fato jamais atrairá a incidência de efeitos e consequências jurídicas.

### 1.3.2 O operador deôntico

O operador deôntico foi mencionado como elemento constitutivo da norma jurídica por Hans Kelsen, em sua obra “Teoria pura do Direito”. Para o jurista e filósofo austríaco, o operador deôntico tinha a função de estabelecer os vínculos entre as proposições da norma, de modo que uma vez verificada a ocorrência da hipótese (H), deve ser ( $\rightarrow$ ) o conseqüente da norma (C).

Para Hans Kelsen, as leis da natureza estavam submetidas ao princípio da causalidade natural, ao passo que as leis jurídicas estavam submetidas à imputabilidade deôntica, ou seja: as leis da natureza simplesmente decorrem do natural “ser”. São porque naturalmente assim deve ser. Não se trata de nenhuma consequência lógica. É algo natural. Já as leis jurídicas assim o são por conta de um vínculo implicacional, o chamado “dever ser”.

Neste sentido, Paulo de Barros Carvalho afirma que:

Kelsen insistiu na diferença entre as leis da natureza, submetidas ao princípio da causalidade física, e as leis jurídicas, articuladas pela imputabilidade deôntica. Lá, a síntese do “ser”; aqui, a do “dever-ser”. Nas duas causalidades temos a implicação, o conectivo condicional atrelando o antecedente ao conseqüente. Entretanto, quando usado e não simplesmente mencionado, o “dever-ser” denota uma região, um domínio ontológico que se contrapõe ao território do “ser”, em que as proposições implicante e implicada são postas por um ato de autoridade:  $D(p \rightarrow q)$  (deve ser que p implique q). Falamos, por isso, num operador deôntico interproposicional, ponente da implicação. Não fora o ato de vontade da autoridade que legisla e a proposição-hipótese não estaria conectada à proposição-tese.<sup>57</sup>

O operador deôntico ( $\rightarrow$ ) tem a função de conectar a hipótese (H) ao conseqüente (C). Uma vez ocorrendo a hipótese, “deve ser” a ocorrência do conseqüente.

O operador deôntico, sempre expresso por meio da fórmula “deve-ser” ( $\rightarrow$ ), traz um resultado, algo que ocorrerá como implicação da ocorrência concreta da hipótese contida no antecedente normativo.

---

<sup>57</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário. São Paulo: Saraiva, 2004. p.28.

### 1.3.3 O conseqüente normativo

O conseqüente normativo tem, como o próprio nome já revela, a função de delimitar uma conseqüência. Neste caso, trata-se da delimitação de uma conseqüência jurídica, já que se está diante de relação jurídica. Uma vez ocorrida a hipótese do antecedente normativo, ocorrerá a incidência de uma conseqüência normativa. Assim, o conseqüente normativo tem como função instituir a ordem que deve ser cumprida em razão da ocorrência da hipótese normativa.

O conseqüente normativo sempre será uma conduta humana intersubjetiva. Exemplificando, se a norma descreve “se matar → pena de reclusão”, uma vez verificada a ocorrência do evento morte e uma vez apurado quem seja o autor do delito, o conseqüente normativo acarretará na aplicação da pena a este sujeito, após, é claro, o devido processo legal.

Paulo de Barros Carvalho afirma que:

Se a proposição-hipótese é descritora de fato de possível ocorrência no contexto social, a proposição-tese funciona como prescritora de condutas intersubjetivas. A conseqüência normativa apresenta-se, invariavelmente, como uma proposição relacional, enlaçando dois ou mais sujeitos de direito em torno de uma conduta regulada como proibida, permitida ou obrigatória.<sup>58</sup>

Enquanto o antecedente normativo descreve um evento de possível ocorrência no mundo social, o conseqüente normativo prescreve a conseqüência da ocorrência deste evento, determinando a relação jurídica que se dará entre os sujeitos de direito em uma situação fática concreta.

Por relação jurídica deve ser entendido “o vínculo abstrato segundo o qual, por força da imputação normativa, uma pessoa, chamada de sujeito ativo, tem o direito subjetivo de exigir de outra, denominada sujeito passivo, o cumprimento de certa prestação”.<sup>59</sup>

Assim como ocorre no antecedente normativo, em que os eventos são fixados a critério do legislador, no conseqüente normativo o legislador também elege os efeitos jurídicos da ocorrência de um determinado evento. Exemplificando, retome-se o exemplo da norma que descreve “se matar → pena de reclusão”. Uma vez ocorrendo de forma concreta o

<sup>58</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário: linguagem e método. São Paulo: Noeses, 2013. p.133.

<sup>59</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário: linguagem e método. São Paulo: Noeses, 2013. p.134.

evento morte, a consequência jurídica deste evento, por escolha do legislador, é a aplicação da pena prevista no dispositivo penal, qual seja, a pena de reclusão.

Especificamente com relação à estrutura da norma jurídica penal, necessário se faz citar o saudoso mestre Francesco Carnelutti<sup>60</sup>, que assim ensinou:

Conteúdo da imputação não pode ser outra coisa senão a descrição do delito que constitui a matéria da suspeita. E visto que o delito é um fato jurídico, ou seja, um fato conforme o pressuposto de uma norma jurídica, o conteúdo da imputação se resume da afirmação de que uma pessoa (imputado) cometeu um fato previsto por uma norma penal. Exatamente, pois, tal conteúdo se divide em três partes: a-) afirmação de um fato; b-) afirmação de um pressuposto penal; c-) afirmação de conformidade do fato com o pressuposto penal.

Esta é a estrutura da norma jurídica. No capítulo a seguir será abordada a aplicação e a valoração da norma jurídica.

---

<sup>60</sup> CARNELUTTI, Francesco. Lições sobre o Processo Penal. v. 1. Traduzido por Francisco José Galvão Bruno. 1. ed. Campinas: Bookseller Editora, 2004. p.23.

## CAPÍTULO 2 – APLICAÇÃO E VALORAÇÃO DA NORMA JURÍDICA

Feita esta análise acerca da estrutura da norma jurídica, neste capítulo será abordada a aplicação e a valoração da norma jurídica. Para esta tarefa interpretativa serão utilizados os três critérios de valoração propostos por Norberto Bobbio, em sua obra “Teoria Geral do Direito”.

Norberto Bobbio sustentou que para que uma Teoria da Norma Jurídica fosse baseada em fundamentos sólidos, era necessário partir do pressuposto de que toda norma jurídica pode ter três valorações distintas e independentes, quais sejam: norma justa ou injusta, norma válida ou inválida e norma eficaz ou ineficaz.

Neste sentido, Norberto Bobbio:

O primeiro ponto que, na minha opinião, é preciso ter bem claro na mente se se quer dotar uma teoria da norma jurídica de fundamentos sólidos é que toda norma jurídica pode ser submetida a três valorações distintas, e que essas valorações são independentes umas das outras. Diante de uma norma jurídica qualquer, podemos efetivamente nos colocar uma tríplice ordem de problemas: 1) se ela é *justa* ou *injusta*; 2) se ela é *válida* ou *inválida*; 3) se ela é *eficaz* ou *ineficaz*. Trata-se dos três problemas distintos da *justiça*, da *validade* e da *eficácia* da norma jurídica.<sup>61</sup>

Para Norberto Bobbio, estes critérios estavam relacionados com a valoração da norma jurídica. Será seguida nesta dissertação a proposta de valoração sugerida por Norberto Bobbio, acrescentando que além de serem fonte de valoração da norma jurídica, estes critérios estão diretamente relacionados com a aplicação da norma, na medida em que será com base nesta valoração que será possível dizer se a aplicação de uma norma jurídica atende ou não aos fins para os quais foi criada.

A proposta da presente dissertação é analisar a efetividade do Direito na aplicação da Tutela Penal nos Crimes contra as Relações de Consumo. Para tanto serão utilizados os critérios de valoração da norma propostos por Norberto Bobbio, a fim de se concluir, ao final do estudo, se a tutela penal dos Crimes contra as Relações de Consumo se faz necessária e ainda, se é efetiva em nosso ordenamento jurídico.

---

<sup>61</sup> BOBBIO, Norberto. Teoria Geral do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.37.

## 2.1 Norma justa ou injusta

De acordo com Norberto Bobbio, o critério de valoração da norma justa ou injusta está diretamente relacionado com a questão da justiça da norma. Trata-se de um juízo de valor da norma. Ao analisar referido critério de valoração, Norberto Bobbio destacou que a justiça deve ser entendida como a “correspondência ou não da norma aos valores últimos ou finais que inspiram determinado ordenamento jurídico”.<sup>62</sup>

Norberto Bobbio afirmou que todo ordenamento jurídico tem fins a serem alcançados. São estes fins que orientam o legislador na elaboração da norma jurídica. Desta forma, dizer que uma norma jurídica é justa implica dizer que ela atende às necessidades de uma determinada sociedade em um determinado período de tempo e de espaço. É o que Norberto Bobbio chama de “valores históricos”. Neste sentido:

(...) Basta-nos constatar aqui que todo ordenamento jurídico persegue determinados fins, e concordar com o fato de que esses fins representam os valores para cuja realização o legislador, mais ou menos conscientemente, mais ou menos adequadamente, dirige a própria obra. (...) **o problema da justiça ou não de uma norma tem um sentido; equivale a se perguntar se aquela norma está apta ou não a realizar os valores históricos que inspiram aquele ordenamento jurídico concreto e historicamente determinado. O problema de saber e uma norma é ou não justa é um aspecto do contraste entre mundo ideal e mundo real, entre o que deve ser e o que é: norma justa é aquilo que deve ser; norma injusta é aquilo que não deveria ser. Colocar-se o problema da justiça ou não de uma norma equivale a se colocar o problema da correspondência entre o que é real e o que é ideal.**<sup>63</sup> (grifou-se)

Tercio Sampaio Ferraz Junior afirma que “(...) a justiça confere ao direito um significado no sentido de razão de existir. Diz-se, assim, que o direito deve ser justo ou não tem sentido a obrigação de respeitá-lo”.<sup>64</sup>

Falar em justiça da norma é analisar se uma determinada norma jurídica foi elaborada de acordo com o momento vivido por uma determinada sociedade e com os valores nela existentes. Caso não haja essa ligação, a norma será injusta, pois não atenderá a este critério. Note-se que o critério de valoração de justiça nada tem a ver com a ideia de dar a

<sup>62</sup> BOBBIO, Norberto. Teoria Geral do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.37.

<sup>63</sup> BOBBIO, Norberto. Teoria Geral do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.37/38.

<sup>64</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2013. p.333.

cada um aquilo que lhe é devido. Aqui o fundamento de justiça é outro: é a relação de pertinência entre a norma e os valores de uma determinada sociedade.

Exemplificando, tome-se como ponto de partida uma comunidade que adota como princípio a obrigatoriedade de que pedestres somente possam atravessar na faixa de pedestres. Trata-se de costume que orienta aquele grupo social e que por todos os indivíduos sempre foi seguido. Agora imagine-se, hipoteticamente, que o legislador ordinário edite norma dizendo que os pedestres poderão atravessar a rua onde bem entenderem, sem a necessidade de que a travessia ocorra na faixa de pedestres. Note-se que esta norma contraria os princípios e valores até então seguidos pela sociedade, de modo que esta norma não será justa.

Para que seja justa, a norma deve estar pronta para irradiar efeitos e para que isto ocorra a norma jurídica deve corresponder aos valores e costumes que norteiam um determinado grupo social. Se a norma prevê valores distintos daqueles seguidos pelo grupo social, então esta norma será injusta.

## **2.2 Norma válida ou inválida**

A validade está diretamente relacionada com a existência da norma. Para que a norma jurídica pertença ao sistema e seja válida é necessário o preenchimento cumulativo de alguns requisitos. Trata-se de um juízo de fato. O primeiro deles está relacionado com o processo de produção da norma, ou seja, se a norma foi editada por autoridade competente, respeitando o processo legislativo previsto. Assim, será válida aquela norma que for expedida pelo órgão legislativo competente e de acordo com o processo legislativo estabelecido para aquela determinada espécie normativa.

Neste sentido, Luciano Amaro: “A norma deve ser validamente editada, atendendo ao ritual previsto para sua elaboração e obedecendo aos limites formais e materiais que balizam o processo legislativo”.<sup>65</sup> Uma vez respeitados esses requisitos, presume-se válida a lei, estando ela apta a gerar seus efeitos no ordenamento jurídico.

Também neste sentido, Tercio Sampaio Ferraz Junior relaciona a validade da norma com sua introdução no ordenamento jurídico de acordo com requisitos de produção da norma, nos seguintes termos:

---

<sup>65</sup> AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 193.

Para a dogmática jurídica, para reconhecermos a validade de uma norma, precisamos em princípio e de início, que a norma seja *integrada* no ordenamento. Exige-se, pois, que seja cumprido o processo de formação ou produção normativa, em conformidade com os requisitos do próprio ordenamento. Cumprido esse processo, temos uma norma válida.<sup>66</sup>

O segundo requisito determina que para que a norma seja válida é necessário verificar se não sobreveio a publicação de outra norma revogando a norma anterior. Norberto Bobbio utilizava o termo “ab-rogação”.<sup>67</sup> para tratar de norma sucessiva no tempo que revoga (ou ab-roga) a norma anterior.

A ab-rogação ocorre quando sobrevém norma posterior que expressamente revoga a anterior ou quando a norma posterior regula a mesma matéria disciplinada pela norma anterior. Norberto Bobbio também mencionava a “ab-rogação implícita”<sup>68</sup> para tratar de normas que deixam de ser válidas por não serem compatíveis com outras normas do sistema, principalmente quando não guardam relação de pertinência com a norma hierarquicamente superior, que atua como fundamento de validade de todas as demais normas no ordenamento jurídico.

O terceiro e último requisito da validade da norma jurídica está relacionado com a hierarquia da norma. Uma norma jurídica será válida sempre que for produzida em consonância com a norma superior, tida como fundamento de validade de todas as normas que vierem a ser criadas. No ordenamento jurídico brasileiro, esse fundamento de validade é encontrado na Constituição Federal. Isto significa dizer que para que se possa falar em norma jurídica válida, além da estrutura hipotético-condicional mencionada no capítulo anterior, a norma deve ser criada à imagem e semelhança da Constituição Federal. É essa relação que permite dizer que a norma foi incluída validamente no sistema. Se assim o for, presume-se que a norma jurídica é válida, ou seja, pertence ao sistema no qual foi inserida.

Norberto Bobbio afirmou que:

(...) Validade jurídica de uma norma equivale à existência daquela norma enquanto regra jurídica. Se para julgar a justiça de uma norma é preciso compará-la a um valor ideal, para julgar a sua validade é preciso realizar pesquisas de tipo empírico-racional, aquelas pesquisas efetuadas para determinar a importância e o alcance de um evento. **Em particular, para**

<sup>66</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2013. p.165.

<sup>67</sup> BOBBIO, Norberto. Teoria Geral do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.39.

<sup>68</sup> BOBBIO, Norberto. Teoria Geral do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.39.

**decidir se uma norma é válida (ou seja, se existe como regra jurídica pertencente a um determinado sistema), geralmente preciso realizar três operações: 1) verificar se a autoridade que emanou tinha o poder legítimo de emanar normas jurídicas, ou seja, normas obrigatórias naquele determinado ordenamento jurídico (...) 2) verificar se não foi ab-rogada, tendo em vista que uma norma pode ter sido válida, no sentido de que foi emanada por um poder autorizado para tanto, mas não significa que ainda seja válida, o que ocorre quando uma outra norma sucessiva no tempo a ab-rogou expressamente ou regulou a mesma matéria; 3) verificar se não é incompatível com outras normas do sistema (...).**<sup>69</sup> (grifou-se)

Portanto, conclui-se que uma norma jurídica será válida e pertencerá, portanto, ao ordenamento jurídico, sempre que: (i) for editada por autoridade competente, respeitando-se o processo legislativo previsto; (ii) não tiver ocorrido a ab-rogação da norma; e (iii) sempre que a norma guardar relação de pertinência com a norma superior, no caso do ordenamento jurídico brasileiro, a norma hipotética fundamental é a Constituição Federal, que serve de fundamento de validade para todas as demais normas que vierem a ser criadas no sistema jurídico pátrio.

### 2.3 Norma eficaz ou ineficaz

A questão da eficácia está relacionada com a análise que se faz no sentido de se descobrir se uma determinada norma é ou não seguida por seus destinatários. Partindo-se do pressuposto de que a norma jurídica é editada sempre com o objetivo de alcançar um determinado grupo de indivíduos, analisar se uma norma é eficaz implica em verificar se esta norma é seguida pelas pessoas a quem sua edição se destinou. Isto tudo porque o simples fato de uma norma existir e ser incluída no ordenamento jurídico não significa necessariamente que a norma será por todos seguida.

Neste sentido, afirmou Norberto Bobbio:

O problema da *eficácia* de uma norma é o problema de saber se essa norma é ou não seguida pelas pessoas a quem se destina (os chamados destinatários da norma jurídica)

(...) O fato de uma norma existir enquanto norma jurídica não implica que ela também seja constantemente seguida.<sup>70</sup>

<sup>69</sup>BOBBIO, Norberto. Teoria Geral do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.38/39.

<sup>70</sup>BOBBIO, Norberto. Teoria Geral do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.39.

De acordo com o que já foi exposto até aqui, sabe-se que a norma jurídica descreve eventos sociais em linguagem geral e abstrata. Estes eventos (antecedente normativo) poderão ocorrer no mundo social. Uma vez verificada a ocorrência de tais eventos, diz-se que ocorre a incidência normativa, tornando possível a aplicação da consequência prevista no consequente normativo, fazendo nascer a relação jurídica. Uma vez ocorrendo a incidência normativa, imediatamente a norma jurídica opera seus efeitos no mundo jurídico.

Uma norma pode ter seguido todos os procedimentos legais para sua criação, pode ter sido emanada pela autoridade competente para tanto, mas isso não significa necessariamente que a norma será aceita e seguida voluntariamente pelos membros da sociedade.

Existem normas que simplesmente não são seguidas por seus destinatários. De acordo com os ensinamentos de Norberto Bobbio, se uma norma não for seguida por seu destinatário, esta norma será ineficaz.

Adrian Sgarbi indica dois usos distintos para a valoração da eficácia da norma: um deles é a eficácia jurídica da norma, que diz respeito às relações entre a norma e o conjunto normativo. Outro, é a eficácia sociológica-jurídica da norma, que diz respeito à relação entre a norma e o objeto social regulado<sup>71</sup>.

Adrian Sgarbi afirma que a norma será eficaz juridicamente quando: (i) possuir potencialidade para produzir efeitos jurídicos; e (ii) quando a norma tiver capacidade para ser utilizada.<sup>72</sup>

Dizer que uma norma possui potencialidade para produzir efeitos jurídicos significa dizer que a norma tem condições de repercutir juridicamente, seja porque foi produzida em conformidade com o respectivo procedimento legislativo previsto para sua criação, seja porque foi introduzida validamente no ordenamento jurídico.

A seu turno, dizer que a norma tem capacidade para ser utilizada significa dizer que a norma é aplicável, pois foi publicada no Diário Oficial, tornando-se pública e de conhecimento presumido.

Com relação à eficácia sociológica-jurídica da norma, Adrian Sgarbi indica que “(...) esta designa não mais a capacidade de produzir efeitos jurídicos, mas a particular

---

<sup>71</sup> Neste sentido: SGARBI, Adrian. Introdução à teoria do direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p.91.

<sup>72</sup> Neste sentido: SGARBI, Adrian. Introdução à teoria do direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p.91.

condição de <<N estar motivando os destinatários>>”.<sup>73</sup> Ou seja, a eficácia sociológica-jurídica está relacionada com a realização voluntária da norma por seus destinatários, tal como defendido por Norberto Bobbio, para quem a norma será eficaz quando for seguida por seus destinatários.

Contudo, Tercio Sampaio Ferraz Junior não entende que a eficácia da norma deva ser vinculada à sua observância por seus destinatários. Neste sentido:

A eficácia social ou efetividade de uma norma não se confunde, porém, com sua observância. A obediência é um critério importante para o reconhecimento da efetividade, mas esta não se reduz à obediência. Existem exemplos de normas que nunca chegam a ser obedecidas e, não obstante isso, podem ser consideradas socialmente eficazes.<sup>74</sup>

Com relação à eficácia da norma, entende-se mais acertado o posicionamento de Norberto Bobbio. Partindo-se da premissa de que a norma jurídica é produzida com o objetivo de regular condutas, destinando-se a um grupo de destinatários, esta norma somente será eficaz se for seguida por seus destinatários. Também neste sentido, Hans Kelsen afirmou que “uma ordem jurídica é considerada válida quando as suas normas são, *numa consideração global*, eficazes, quer dizer, são de fato observadas e aplicadas”.<sup>75</sup>

No entanto, a eficácia da norma não está relacionada apenas com sua obediência por parte dos seus destinatários, mas também com a capacidade que a norma tem de produzir efeitos no mundo jurídico. E aqui surge um novo critério de valoração da norma jurídica não previsto por Norberto Bobbio, mas cujo estudo se faz importante ao presente trabalho, qual seja, a vigência da norma jurídica.

Não basta que a norma seja seguida por seus destinatários. É necessário que esta norma esteja pronta para operar seus efeitos de forma concreta no ordenamento jurídico. De que vale o indivíduo seguir uma norma se esta norma não estiver apta a gerar efeitos concretos no ordenamento jurídico?

---

<sup>73</sup> SGARBI, Adrian. Introdução à teoria do direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p.94.

<sup>74</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2013. p.167.

<sup>75</sup> KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.237.

Validade e vigência da norma jurídica são conceitos que se complementam e que estão intimamente ligados e relacionados, em que pese serem conceitos distintos e que, portanto, não se confundem.

A respeito da diferença entre validade e vigência da norma, Tercio Sampaio Ferraz Junior leciona:

Pelo exposto, validade e vigência não se confundem. Uma norma pode ser válida sem ser vigente, embora a norma vigente seja sempre válida.

(...)

Uma norma válida pode já ser vigente e, no entanto, não ter eficácia. Vigência e eficácia são qualidades distintas. A primeira refere-se ao tempo de validade. A segunda, à produção de efeitos. A capacidade de produzir efeitos depende de certos requisitos. Alguns são de natureza fática; outros, de natureza técnico-normativa.<sup>76</sup>

A seguir, veja-se o conceito de norma vigente e não vigente.

## **2.4 Norma vigente ou não vigente**

Vigência é o atributo da norma jurídica que a torna capaz de produzir os efeitos para os quais foi criada. Dizer que uma norma jurídica é vigente significa dizer que esta norma está pronta para propagar efeitos.

Não basta que uma norma jurídica pertença ao sistema por ter sido validamente criada pelo legislador. É necessário que esta norma esteja pronta para irradiar seus efeitos no mundo social, afinal foi para isto que a norma foi criada.

A vigência de uma norma jurídica é a qualidade da norma que a torna apta a propagar efeitos concretos no mundo social, tão logo ocorram os eventos descritos no antecedente normativo.

Assim, dizer que uma norma é vigente significa dizer que esta norma está pronta para ser aplicada e irradiar os efeitos jurídicos descritos no consequente normativo.

---

<sup>76</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2013. p.166.

O estudo da vigência da norma se faz importante porque nem todas as normas jurídicas são vigentes. Há normas que embora estejam inseridas no ordenamento jurídico, ainda não estão prontas para irradiar seus efeitos, não sendo possível, portanto, a sua aplicação.

Em geral, a norma é vigente e está pronta para propagar seus efeitos 45 dias após sua publicação no Diário Oficial, ato este que introduz de forma concreta a norma no sistema jurídico, tal como dispõe o artigo 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro:

Art. 1º Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada.

Na prática isto significa que mesmo após a publicação da norma no Diário Oficial, ela ainda não está pronta para irradiar seus efeitos, não sendo, portanto, uma norma vigente. Para que a norma possa ganhar aptidão para ser aplicada e propagar os seus efeitos jurídicos é necessário aguardar o decurso temporal dos 45 dias previstos no artigo 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, período este conhecido como *vacatio legis*.

Durante o período da *vacatio legis* a norma jurídica é válida, pertence ao ordenamento jurídico, porém ainda não é vigente, não estando apta, portanto, a irradiar os seus efeitos. Durante este período se está diante de uma norma jurídica não vigente.

O legislador entende necessário aguardar o decurso da *vacatio legis* por entender que este período é importante para que os membros da sociedade conheçam a nova norma introduzida no sistema jurídico e a ela se adaptem, antes que esta norma possa produzir concretamente seus efeitos. Trata-se de providência que decorre da aplicação do princípio da legalidade, expresso no artigo 5º, inciso II da Constituição Federal, por meio do qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Acerca da vigência da norma, Tercio Sampaio Ferraz Junior leciona:

Publicada a norma, diz-se, então, que a norma é *vigente*. (...) Vigente, portanto, é a norma válida (pertencente ao ordenamento) cuja autoridade *já* pode ser considerada imunizada, sendo exigíveis os comportamentos prescritos. Vigência exprime, pois, a exigibilidade de um comportamento, a qual ocorre a partir de um dado momento e até que a norma seja revogada. Em geral, a vigência começa com a publicação. Mas pode ser postergada. Pelo art. 1º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, uma lei começa a ter vigência em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada, salvo se na publicação for disposto de outro modo (por exemplo,

vigência na data da publicação). Durante aqueles quarenta e cinco dias, a norma já é válida (já pertence ao ordenamento), mas não é vigente (...).<sup>77</sup>

Vale destacar que geralmente o período da *vacatio legis* corresponde ao prazo de 45 dias, mas pode ocorrer deste prazo ser diferente. Desta forma, é importante observar o que dispõe o diploma legal acerca do prazo estipulado para que a norma possa ser considerada vigente no ordenamento jurídico. Enquanto não tiver transcorrido este prazo, a norma não estará apta a propagar os seus efeitos, não sendo, portanto, uma norma vigente.

Ainda sobre a vigência da norma, Paulo de Barros Carvalho afirma:

Viger é ter força para disciplinar, para reger, para regular as condutas inter-humanas sobre as quais a norma incide cumprindo, desse modo, seus objetivos finais. É, agora sim, uma propriedade de certas regras jurídicas que estão prontas para propagar efeitos, tão logo aconteçam, no mundo social, os fatos descritos em seus antecedentes. Na verdade, existem normas que pertencem ao ordenamento positivo e, portanto, são válidas, mas não dispõem dessa aptidão. Apesar de ocorrerem os fatos previstos em suas hipóteses, não irradiam os efeitos estipulados nos consequentes. Tais regras de direito não têm vigor, seja porque já o perderam, seja porque ainda não o adquiriram. Na *vacatio legis*, por exemplo, há norma válida sem ser vigente, de tal forma que, mesmo acontecendo os fatos previstos no suposto, estes não ficam juridicizados, deixando de surtir os resultados previstos. De ver está que, nesse sentido, “vigência” significa o atributo da norma que está preparada para incidir no mundo social, regulando deonticamente as condutas intersubjetivas.<sup>78</sup>

Feita esta análise acerca dos critérios de validade da norma jurídica, será analisado no tópico a seguir o que a sociedade espera de uma norma jurídica.

## 2.5 O que a sociedade espera de uma norma jurídica?

Para a elaboração da presente dissertação, foi adotada a acepção normativa do direito, ou seja, aquela que vê nas normas jurídicas a expressão do direito. Partindo-se desta premissa, foi analisado o conteúdo e a estrutura da norma jurídica.

<sup>77</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2013. p.166.

<sup>78</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário. São Paulo: Saraiva, 2004. p.56./57.

Com base na estrutura normativa proposta por Hans Kelsen em sua obra “Teoria Pura do Direito”, a norma jurídica será sempre composta por uma norma primária e por uma norma secundária. A norma primária vincula a ocorrência de um fato à prescrição de uma conduta. A norma secundária, conectada à norma primária pelo operador deôntico do “dever-ser” ( $\rightarrow$ ), prescreve uma providência sancionatória que será aplicada ao sujeito caso seja verificado que o fato descrito na norma primária não foi por ele observado. Trata-se da estrutura hipotético-condicional da norma jurídica:  $H \rightarrow C$ .

Na hipótese (H) temos o antecedente da norma jurídica, que descreve de forma abstrata uma situação (evento) que poderá ocorrer no mundo social. O consequente (C) descreve, como o próprio nome já diz, a consequência da ocorrência da prescrição contida no antecedente normativo. Se ocorre H, “deve-ser” C.

A norma jurídica é dotada de uma função específica de regular o comportamento humano. Esta é sua finalidade. Daí é possível concluir, sem muitas dificuldades, que o Direito tem uma utilidade para a sociedade. E esta utilidade deve ser sempre proporcional, o que significa dizer que o Estado não pode regular as condutas humanas de forma aleatória e indiscriminada. Pelo contrário, toda interferência estatal no comportamento humano deve ocorrer sempre de forma proporcional.

Desde a época da Grécia Antiga, já era possível verificar a ideia de utilidade e da proporcionalidade associadas ao Direito. Neste sentido, Willis Santiago Guerra Filho aborda os antecedentes filosóficos da ideia da proporcionalidade do Direito nos seguintes termos:

É natural que se tente localizar a fonte do pensamento encerrado no princípio da proporcionalidade na matriz noética de nossa civilização, a Grécia antiga, onde já se encontra expressa a idéia de que **o Direito é algo que deve se revestir de uma utilidade (*synpheron*) para os indivíduos reunidos em comunidade, em cujo bem-estar ele tem a sua *ultima ratio*.** Também entre os juristas romanos era corriqueira a justificação do Direito pela sua utilidade (...).<sup>79</sup>

A busca pela proporcionalidade sempre esteve inserida nos ideais das sociedades primitivas. Muito se falava acerca da justiça retributiva, da justiça distributiva e até mesmo da

---

<sup>79</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria Processual da Constituição. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000. p.71.

justiça feita pelas próprias mãos. Todas elas sempre vinham fundamentadas no princípio da proporcionalidade. Para Willis Santiago Guerra Filho:

(...) Na ética aristotélica tem-se a formalização dessas noções do senso comum helênico na idéia de “justiça distributiva”, que impõe a divisão de encargos e recompensas como decorrência da posição ocupada pelo sujeito na comunidade, seu *status*, bem como por serviços (ou desserviços) que tenha prestado. Através do estoicismo se dá a introdução desse ideário grego na mentalidade jurídica romana, merecendo uma formula ao exemplar no célebre *ius suum cuique tribuere*, de Ulpiano (D. 1,1,1 §2). Já no antigo direito romano, contudo, pode-se identificar manifestações do princípio de proporcionalidade nas regras empregadas pelo pretor para computar em seu *quanti interest* as parcelas de débito, obrigações de fazer, delito privado ou indenização acarretadas por um mesmo infrator.

Por fim, não se pode esquecer a idéia de proporcionalidade da reação a uma agressão sofrida, expressa na *iustitia vindicativa talionica*, regra comum nos tempos primitivos e ainda hoje sobrevivente nos casos em que se admite a chamada auto-tutela, o desforço pessoal para se proteger de uma ofensa à integridade física ou ao patrimônio.<sup>80</sup>

Esta interessante análise histórica dos antecedentes filosóficos da proporcionalidade torna possível verificar que nessas sociedades primitivas a ideia de proporcionalidade muitas vezes se confundia com o próprio Direito. Para as sociedades antigas a proporcionalidade era o Direito em si, aplicado nas situações concretas da vida. Neste sentido, Willis Santiago Guerra Filho:

A conclusão a que se chega nessa breve reconstituição histórica, tentativa de focalizar a idéia de proporção nos arquétipos do pensamento jurídico ocidental, é a de que essa praticamente se confunde com a própria idéia do “direito”, o *aequum*, o *khanón*, a *regula*, materializada simbolicamente no *equilibrium* da balança que porta Thémis. Não é à toa, portanto, que em diversas tentativas de captar a essência do Direito se encontre, expressa ou latente, a noção de proporcionalidade, como na famosa definição de Dante, “*ius est realis ac personalis homini ad hominem proportio*”, ou no *ius est ars boni aequum* do Digesto.<sup>81</sup>

Desde os primórdios até os dias de hoje, o princípio da proporcionalidade sempre foi utilizado pelo Estado como suporte para justificar ações que de alguma forma interferissem na vida dos cidadãos. Assim, o Estado somente atua limitando a plena liberdade

<sup>80</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria Processual da Constituição. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000. p.72/73.

<sup>81</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria Processual da Constituição. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000. p.73/74.

dos cidadãos quando esta limitação seja necessária, em nome do bem comum e da segurança social.

Também é importante destacar que no âmbito do Direito Penal, o princípio da proporcionalidade é utilizado especificamente na aplicação das penas, as quais devem ser imputadas de acordo com a gravidade da infração penal cometida. Neste exato sentido já estabelecia a Carta Magna de 1215 ao dispor que o homem deveria ser punido na exata proporção da gravidade do delito cometido, o que impedia excessos e abusos por parte do Estado.

A noção de proporcionalidade surgiu, inicialmente, como limitação ao Poder de Polícia do Estado na vida dos cidadãos, hoje conhecido como Direito Administrativo. Assim ensina Willis Santiago Guerra Filho:

É assim que em 1791 Suarez, em conferência proferida diante do Rei da Prússia, Friederich Wilhelmm, propõe como princípio fundamental do Direito Público “que o Estado só esteja autorizado a limitar a liberdade dos indivíduos na medida em que for necessário, para que se mantenha a liberdade e segurança de todos”, e daí deduzia o princípio fundamental do “Direito de Polícia” (*Polizei-Recht*), ou como hoje se diria, “Direito Administrativo”.<sup>82</sup>

Pouco depois, a proporcionalidade passou a ser utilizada não apenas como limitação ao Poder de Polícia do Estado, mas também como princípio constitucional aplicado aos mais diversos campos do Direito, graças à atuação do Tribunal Constitucional na Alemanha Ocidental, nos seguintes termos:

(...) a partir de um determinado momento, passa a referir com frequência , "expressões em sua argumentação, que se associam claramente ao “pensamento de proporcionalidade”, tais como “excessivo” (*übermassig*), “inadequado” (*unangemessen*), “necessariamente exigível” (*erfordelich, unerlässlich, unbedingt notwendig*), até estabelecer de forma incisiva que o referido princípio e a correlata “proibição de excesso”(*Übermassverbot*) (...).<sup>83</sup>

Desta forma, o Estado passou a ter sua atuação em geral regulada e balizada pelo princípio da proporcionalidade em todos os campos de atuação, e não apenas no campo do

<sup>82</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria Processual da Constituição. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000. p.76.

<sup>83</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria Processual da Constituição. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000. p.81.

Poder de Polícia. A proporcionalidade passou a ser uma base do ordenamento jurídico alemão.

Desde então, a Corte Alemã passou a controlar atos praticados pelo Estado, analisando, caso a caso, se os direitos fundamentais dos indivíduos foram proporcionalmente respeitados, aplicando o que a doutrina chamou de “mandamento da proporcionalidade” (*Verhältnismässigkeitsgebot*), também chamado “proibição de excesso” (*Übermassverbot*): ‘Adequação’ (*Geeignetheit*), ‘Exigibilidade’ (*Erforderlichkeit*) e ‘Proporcionalidade em sentido estrito’ (*Verhältnismässigkeit i. e. S.*).<sup>84</sup>

Willis Guerra Santiago Filho ensina que a primeira decisão em que foi apresentado este “mandamento da proporcionalidade” ocorreu em 16.03.1971, nos seguintes termos:

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado quando com o seu auxílio se pode promover o resultado desejado; ele é exigível quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental.<sup>85</sup>

Para Willis Guerra Santiago Filho:

(...) pode-se dizer que uma medida é adequada se atinge o fim almejado, exigível, por causar o menor prejuízo possível e, finalmente, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens.

Para haver adequação, o que importa é a conformidade com o objetivo (*Zielkonformität*) e a “prestabilidade” para atingir o fim (*Zwecktauglichkeit*) da medida. (...)

A exigibilidade costuma ser associada à busca do “meio mais suave” (*milderes Mittel*) dentre vários possíveis para atingir o fim buscado (...).

A proporcionalidade em sentido estrito importa na correspondência (*Angemessenheit*) entre meio e fim, o que requer o exame de como se estabeleceu a relação entre um e outro, com o sopesamento (*Abwägung*) de sua recíproca apropriação, colocando, de um lado, o interesse no bem-estar da comunidade, e de outro, as garantias dos indivíduos que a integram, a fim de evitar o beneficiamento demasiado de um em detrimento do outro.<sup>86</sup>

<sup>84</sup> Neste sentido: GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria Processual da Constituição. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000. p.84.

<sup>85</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria Processual da Constituição. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000. p.84.

<sup>86</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria Processual da Constituição. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000. p.84/85.

Em linhas gerais, pode-se dizer que a ideia da proporcionalidade surge em um contexto no qual a sociedade começa a demonstrar preocupação com a atuação estatal, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, que trouxe violações de direitos humanos, arbitrariedades praticadas pelo Estado, abusos, violências, dentre outras diversas formas de desrespeito ao ser humano e à sua liberdade individual. Foi neste cenário pós-guerra que a sociedade passou a demonstrar real intenção em estabelecer limites à atuação estatal como forma de respeitar os direitos individuais fundamentais. Essa limitação acaba, na prática, trazendo maior efetividade e eficácia à aplicação das normas jurídicas, razão pela qual a proporcionalidade indica a harmonia e traz a boa regulação de um sistema normativo.<sup>87</sup>

Neste cenário e considerando que o Direito busca sempre atingir uma finalidade, o princípio da proporcionalidade indica que deve sempre existir uma relação proporcional de correspondência entre o fim a ser alcançado pela aplicação da norma jurídica e o meio empregado para se atingir este fim. Ou seja: o meio escolhido para alcançar o fim almejado deve ser adequado e proporcional, sem que ocorra ofensa ou descumprimento de direitos ou garantias fundamentais do ser humano.

Com base nas premissas de que o Direito é norma jurídica e de que a norma jurídica tem um conteúdo e uma finalidade, formula-se o seguinte questionamento: o que a sociedade espera de uma norma jurídica?

Partindo-se do pressuposto de que o Direito é um conjunto de normas que buscam regular o comportamento humano, entende-se que a sociedade espera que a norma jurídica seja capaz de garantir a paz social e a segurança jurídica e social para todos os indivíduos.

A sociedade espera que as normas jurídicas sejam capazes de estabelecer ordem social e equilibrar as relações sociais, diminuindo ou mesmo prevenindo a ocorrência de conflitos sociais. Isso é o que efetivamente importa para a sociedade: que as normas jurídicas sejam úteis e efetivas e tornem possível a convivência harmônica e pacífica dentro de um determinado grupo social. A sociedade acredita no Direito e vê nas prescrições normativas a possibilidade de se alcançar a paz social.

Neste contexto, duas observações devem ser feitas: uma delas refere-se à influência que a mídia exerce sobre o Direito, ao manipular a população que acaba clamando

---

<sup>87</sup> Neste sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. Princípios constitucionais penais e processuais penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.210.

por alterações legislativas com base no que a mídia noticia. Outra se refere à equivocada intenção seja da população, seja do legislador, de criminalizar toda e qualquer conduta, como se acionar o Direito Penal para a tutela de todos os eventos na sociedade fosse necessário para se alcançar a paz social.

Nos últimos anos nota-se uma crescente influência da mídia no processo de produção de normas jurídicas. Cada vez vêm ganhando mais fama e notoriedade os programas policiais transmitidos em rede nacional, que diariamente fazem chegar no telespectador diversas notícias de casos policiais e judiciais, sempre comentadas por jornalistas sem nenhuma formação jurídica.

Estes jornalistas defendem que as normas jurídicas atuais não são suficientes para garantir paz social, razão pela qual acabam plantando na mente dos telespectadores a ideia de que alterações legislativas são necessárias para que as pessoas não sejam condenadas a viverem em uma sociedade violenta e perigosa. Ao proclamar este discurso, os jornalistas defendem de forma sensacionalista ser necessário que o legislador adote uma posição extremista, intolerante, criminalizando toda e qualquer conduta no ordenamento jurídico, aumentando as penas previstas, encarcerando os indivíduos e adotando com extremo rigor medidas relacionadas com a aplicação da lei penal. A população, alienada e sentindo-se desprotegida, acaba adotando as ideias proclamadas pelos jornalistas sensacionalistas, e a partir disso, inúmeros movimentos sociais são criados. A população vai às ruas, se mobiliza e promove as mais diversas manifestações a fim de mostrar ao legislador e aos governantes que não está satisfeita com a situação e que quer mudanças, sobretudo alterações legislativas, como se o fato de se alterar ou de se criar uma lei fosse instrumento garantidor de paz social.

Isto preocupa, pois estes jornalistas utilizam em seus discursos carga emotiva e sensacionalista muito altas, atraindo assim a atenção da população leiga, alvo do seu apelo. Estes jornalistas se expressam com autoridade e muita convicção sobre diversos assuntos jurídicos, sobretudo relacionados à área criminal, sem que tenham qualquer formação jurídica, ou qualquer conhecimento técnico para opinar sobre questões criminais.

A todo momento informações e conceitos equivocados são despejados em rede nacional e o público, leigo e sem discernimento, acaba acolhendo todas essas informações e opiniões inúteis como se verdades absolutas fossem. Isto tudo acaba colocando em descrédito todo o trabalho do legislador, pois a população faz o juízo parcial de valor de que tudo está errado no Direito e que é preciso se reconstruir um novo conjunto de normas jurídicas mais

severas, com penas altíssimas, sob o equivocado fundamento de que assim haverá paz e justiça na sociedade.

Quanto mais bárbaro o crime, mais forte o apelo midiático, para que assim possa despertar a atenção da população. Vale lembrar que na grande maioria dos casos se está diante de crimes que carregam elevado valor moral e ético, sendo inevitável a comoção social e a sensibilidade geral, o que facilita ainda mais o discurso sensacionalista da mídia.

Tão logo estes crimes macabros ocorrem, a população busca explicações, e quer a todo custo ver a justiça sendo feita. Neste contexto de clamor social, os jornalistas apelam, pregando que é necessário um Direito Penal mais rigoroso e eficaz, o Direito Penal “da tolerância zero”. Os jornalistas defendem que diversas condutas, muitas vezes insignificantes, deveriam ser criminalizadas, pois assim a população estaria mais segura e protegida.

Não bastasse tudo isso, a mídia acaba noticiando os fatos e declarando informações muitas vezes absurdas e que contrariam o Estado Democrático de Direito, desrespeitando princípios constitucionais importantíssimos, tais como o princípio da presunção de inocência, do devido processo legal e da ampla defesa.

Não é incomum que tão logo um crime bárbaro seja cometido, a imprensa noticie a prática do crime de forma sensacionalista e parcial, condenando antecipadamente o suposto acusado pela prática da infração penal, antes que se complete o devido processo legal e uma sentença penal efetivamente condene ou absolva o acusado, fato este que viola o princípio constitucional da presunção de inocência.

A mídia se vale de técnicas de argumentação e retórica avançadas para se aproximar ainda mais do seu público alvo. O modo como os jornalistas anunciam uma notícia, a entonação de voz, a moderação da fala. Tudo é minuciosamente trabalhado, para que se ganhe a confiança do público. É a euforia por ibope. Os meios de comunicação acabam decodificando o linguajar técnico jurídico, transformando-o em linguagem simples e de maior compreensão pela população, muitas vezes distorcendo a realidade dos fatos e desrespeitando princípios basilares do Direito.

Isto ocorre, sobretudo, nos casos cuja competência para julgamento seja do Tribunal do Júri. Não foram poucos os homicídios extremamente chocantes e bárbaros praticados nos últimos anos e que a mídia acabou por antecipadamente condenar o acusado, sem que ao menos fosse encerrada a instrução processual.

Não se pode admitir que a mídia, com base na garantia da liberdade de expressão, assuma tamanha influência, principalmente quando dessa influência possa resultar danos irreparáveis ou mesmo quando possam vir a ser proferidas sentenças condenatórias com base no apelo midiático e não com base nas provas concretas existentes nos autos. E quando se fala em mídia, se faz menção a todas as suas formas de manifestação: televisão, jornais, revistas, rádios, páginas na internet, etc.

Permitir esta influência irrestrita da mídia acaba por violar a imparcialidade do julgamento de acusados da prática de infrações penais, na medida em que a mídia acaba agindo como se juiz togado fosse, proferindo vereditos, julgamentos e condenações antecipadas, emitindo julgamentos contra suspeitos e acusados que ainda não passaram por investigação, e que sequer foram condenados com sentença penal com trânsito em julgado.

Não se está diante de um confronto entre a liberdade de imprensa e princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito, mas sim, de uma “teatralidade” produzida pela mídia, que transforma em espetáculo crimes praticados, muitas vezes prejudicando as investigações em andamento.

O acusado senta no banco dos réus já com a prévia condenação proferida pela mídia, o que dificulta em absoluto o trabalho do Poder Judiciário, principalmente nos casos levados a julgamento perante o Tribunal do Júri, já que os jurados entram na plenária com a convicção de que o acusado é culpado, e simplesmente desprezam todas as provas produzidas nos autos e teses sustentadas tanto pela acusação quanto pela defesa, violando o princípio constitucional da presunção de inocência.

Com base nessas alegações superficiais e nestes juízos de valor equivocados, a população leiga acaba assumindo visões distorcidas da realidade dos fatos, adotando posicionamentos baseados não em suas opiniões, como cidadãos, mas sim baseados em opiniões divulgadas pela mídia.

Neste contexto de se fazer justiça a qualquer custo, surge a equivocada intenção seja da população, seja do legislador ordinário, de criminalizar toda e qualquer conduta, como se acionar o Direito Penal para tutela de todos os eventos na sociedade fosse necessário para se alcançar a segurança.

A mídia divulga que a vida em sociedade será segura e pacificada se houver uma política criminal de tolerância zero aos crimes e aos autores dos crimes praticados. Pior que

isso, a mídia faz com que a população acredite que é necessário que o legislador criminalize toda e qualquer conduta, tutelando todas as situações sociais por meio da aplicação da tutela penal.

E justamente neste cenário questiona-se acerca da efetividade do direito dentro de uma sociedade muitas vezes manipulada, que busca a todo custo a justiça, acreditando, equivocadamente, que essa justiça será alcançada por meio da aplicação da tutela do Direito Penal.

É um rematado absurdo pensar ou mesmo cogitar que o Direito Penal seja a solução para todos os problemas sociais.

No momento atual da sociedade se está diante de um crescimento da repressão penal, muito criticada pelo alemão Winfried Hassemer, como reflexo de um contexto econômico e social de rápidas mudanças que resultam em uma série de transformações no Direito Penal.<sup>88</sup>

É necessário ter em vista que o Direito Penal é sempre deverá ser a *ultima ratio* na solução dos conflitos sociais. Não se pode buscar a solução de todos os problemas sociais e de todas as situações de injustiça por meio da aplicação da tutela penal.

Deve ser despertada na população essa reflexão, a fim de que o clamor social não seja equivocadamente utilizado pelo legislador como justificativa para a criminalização injustificada de condutas em nosso ordenamento jurídico, sob pena da ineficácia do Direito na tutela dos bens jurídicos.

---

<sup>88</sup> Neste sentido: OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. Hassemer e o direito penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa. São Paulo: IBCCRIM, 2013. p.17.

## CAPÍTULO 3 – NOVAS FORMAS DE INTERESSES TUTELADOS PELO ORDENAMENTO JURÍDICO APÓS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

### 3.1 Conceito de interesse

De acordo com a definição trazida pelo Minidicionário da Língua Portuguesa, *interesse* é substantivo masculino que significa lucro, proveito, vantagem, empenho, simpatia<sup>89</sup>.

No sentido leigo, interesse é todo desejo ou aspiração. No sentido técnico interesse é qualquer vantagem econômica ou moral. No âmbito jurídico, o termo ganha diferentes acepções, conforme o contexto no qual esteja inserido. Pode se referir, por exemplo, a interesse público ou privado, interesse individual ou coletivo, etc.

Celso Ribeiro Bastos dizia que na linguagem comum, “interesse designa a pretensão do indivíduo a determinado bem da vida”<sup>90</sup>.

Com o nascimento do chamado Estado Liberal, resultado de uma revolução política, econômica e social, surge a tutela dos chamados interesses difusos e coletivos. A necessidade de se tutelar esta categoria de interesses surge após o legislador verificar que a individualidade liberal do Século XVIII não era suficiente para regular as exigências da nova sociedade que estava nascendo, principalmente após a consolidação dos ideais do Iluminismo e da Revolução Francesa, somados aos resultados da Revolução Industrial.

Para o presente estudo é importante o entendimento do conceito de interesses difusos e coletivos, pois o direito do consumidor foi elevado à categoria de interesse coletivo de acordo com o texto constitucional de 1988.

Ao contrário dos interesses individuais, que como o próprio nome revela pertencem a pessoas certas e determinadas, individualmente consideradas e cuja fruição se esgota no círculo de atuação do seu destinatário,<sup>91</sup> os interesses coletivos estão relacionados com interesses comuns pertencentes a grupos de pessoas.

---

<sup>89</sup> BUENO, Francisco da Silveira. Minidicionário da língua portuguesa. São Paulo: FTD, 1996. p..370.

<sup>90</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 250.

<sup>91</sup> Neste sentido: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses difusos – conceito e legitimação para agir. São Paulo: RT, 1994.

Tais interesses estão situados entre o interesse público e o privado e recebem o nome de interesses metaindividuais, supraindividuais ou ainda transindividuais.

No Brasil, o tratamento legislativo destes interesses é dado pela Constituição Federal, pela Lei nº 7347/85 (Lei da Ação Civil Pública), pela Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), e pela Lei nº 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais).

Luis Daniel Pereira Cintra e Marco Antonio Zanellato assim conceituam estes interesses:

(...) São transindividuais (ou metaindividuais) porquanto deparam a esfera individual, atingindo contingentes de pessoas que têm algo em comum. Transcendem os interesses individuais agrupados ou feixe de interesses individuais da totalidade dos membros de um grupo ou parte deles.<sup>92</sup>

Celso Antonio Pacheco Fiorillo e Marcelo Abelha Rodrigues justificam a origem do interesse metaindividual da seguinte forma:

(...) Com o fenômeno de massificação social, resultado de uma revolução sociopolítico-econômica e tecnológica, o papel do Estado Liberal teve de ser revisto por ele mesmo, Estado, vez que o manto da individualidade liberal do século XVIII já não se prestava mais para regular as exigências de uma realidade completamente avessa àquela que justificava determinada postura do Estado.<sup>93</sup>

Ada Pellegrini Grinover diferenciou estas categorias de interesses. Para a saudosa doutrinadora, ainda que estejam tanto uma quanto outra centradas no mesmo campo de estudos, os interesses coletivos referem-se à interesses de uma coletividade de pessoas interagindo apenas entre si, enquanto que os interesses difusos dizem respeito a uma valoração de pessoas e valores genéricos, pessoas e interesses de massa, conflitando entre si. Esses interesses difusos propriamente ditos têm seu vínculo entre pessoas e os fatos conjunturais genéricos.<sup>94</sup>

Estas categorias de interesses surgem no contexto social do dever do Estado de tutelar as necessidades de toda a coletividade. Os interesses coletivos devem ser tutelados

<sup>92</sup> CINTRA, Luis Daniel Pereira e ZANELLATO, Marco Antonio. Op. cit. p. 238.

<sup>93</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco e RODRIGUES, Marcelo Abelha. Direito ambiental e patrimônio genético. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p.48.

<sup>94</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. A problemática dos interesses difusos. A tutela dos interesses difusos. São Paulo: Max Limonad, 1984. p.30.

como forma de satisfazer as necessidades de caráter social e econômico da coletividade. O objetivo da tutela estatal é, então, garantir a participação da coletividade nos processos econômicos e sociais da sociedade atual.

Trata-se de uma nova categoria de interesses que surgiu após a publicação da Constituição Federal de 1988. Com efeito, o artigo 129 da Constituição Federal<sup>95</sup> dispõe ser função institucional do Ministério Público promover a defesa de interesses difusos e coletivos, sem, no entanto, os definir.

Foi o artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor que cuidou de trazer as características e definições destes grupos de interesses, conforme será demonstrado a seguir.

### **3.2 Os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos**

A ideia da existência dos direitos difusos e coletivos e da necessidade de sua tutela surgiu, historicamente, com o nascimento do chamado Estado Liberal, resultado de uma revolução política, econômica e social vivenciada pela sociedade.

A necessidade de se tutelar esta categoria de interesses surgiu após o legislador verificar que a individualidade liberal do Século XVIII já não era mais suficiente para regular as exigências da nova sociedade que estava nascendo, principalmente após a consolidação dos ideais do Iluminismo e da Revolução Francesa, somados aos resultados da Revolução Industrial.

Importante destacar, no entanto, que à época da publicação da Constituição Federal de 1988 ainda não havia a distinção entre os conceitos de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, de modo que ao fazermos no artigo 5º da Constituição Federal a leitura do termo *coletivo*, devemos considerar a palavra em seu sentido amplo. A distinção doutrinária veio somente com a publicação do Código de Defesa do Consumidor, em 11 de setembro de 1990.

Os interesses difusos e coletivos são espécies do gênero ao qual a doutrina chama de interesses metaindividuais, supraindividuais ou ainda transindividuais, e estão

---

<sup>95</sup> Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...) III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

contemplados de forma expressa no artigo 81, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - **interesses ou direitos difusos**, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - **interesses ou direitos coletivos**, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - **interesses ou direitos individuais homogêneos**, assim entendidos os decorrentes de origem comum. (grifou-se)

Verifica-se, portanto, que os interesses transindividuais estão subdivididos em interesses: i) difusos; ii) coletivos; e iii) individuais homogêneos.

Os interesses difusos são aqueles de natureza indivisível, cujos titulares são pessoas indeterminadas, ligadas por uma circunstância de fato. Suas características podem ser assim sintetizadas: i) são interesses de grupos de pessoas; ii) os membros do grupo são indetermináveis. É da essência dos interesses difusos a impossibilidade de determinação do grupo (por exemplo, pessoas atingidas pela poluição de um rio; propaganda enganosa veiculada em rede nacional de TV); iii) os integrantes do grupo estão unidos por uma circunstância de fato (por exemplo: os afetados pela poluição do rio estão unidos pelo fato de morarem na mesma região; as pessoas atingidas pela propaganda enganosa estão unidas pelo fato de estarem assistindo a mesma propaganda e serem induzidas a comprar o produto enganoso); e iv) os interesses difusos têm um objeto indivisível, exatamente por atingir e pertencer a todos indistintamente. Por esta razão, ele não pode ser cindido.

Luiz Antonio Rizzatto Nunes define os direitos difusos da seguinte forma:

Os chamados “direitos difusos” são aqueles cujos titulares não são determináveis. Isto é, os detentores do direito subjetivo que se pretende reger e proteger são indeterminados e indetermináveis.

Isso não quer dizer que alguma pessoa em particular não esteja sofrendo a ameaça ou o dano concretamente falando, mas apenas e tão somente que se

trata de uma espécie de direito que, apesar de atingir alguém em particular, merece especial guarida porque atinge simultaneamente a todos.<sup>96</sup>

Luiz Antonio Rizzatto Nunes esclarece que a principal característica do direito difuso é a indeterminação do sujeito lesado. Neste sentido, afirma que o termo “difuso” significa indeterminado, indeterminável. Então, não será preciso que se encontre quem quer que seja para proteger-se um direito tido como difuso.<sup>97</sup>

Ainda sobre a indeterminação do sujeito lesado, Luiz Antonio Rizzatto Nunes alerta para o fato de que poderá ocorrer nos casos que envolvam situação típica de direito difuso, que a conduta lesiva atinja uma pessoa em particular. Nestas situações, há dois tipos de direitos em destaque: o direito individual, referente à pessoa individualmente considerada que foi lesada, e o direito difuso, referente ao grupo titular do direito lesado. Citando as palavras do doutrinador:

Por exemplo, se um fornecedor veicula uma publicidade enganosa na televisão, o caso é típico de direito difuso, pois o anúncio sujeita toda a população a ele submetida. De forma indiscriminada e geral, todas as pessoas são atingidas pelo anúncio enganoso.

Digamos que um vendedor de remédios anuncie um medicamento milagroso que permita que o usuário emagreça 5 kg por dia apenas tomando um comprimido, sem nenhum comprometimento à sua saúde. Seria um caso de enganação tipicamente difusa, pois é dirigida a toda comunidade.

Agora, é claro que uma pessoa em particular pode ser atingida pelo anúncio: ela vai à farmácia, adquire o medicamento, ingere o comprimido e não emagrece. Ou pior, toma o comprimido e fica intoxicada.

Nesse caso, esse consumidor particular tem um direito individual próprio, que também, obviamente, está protegido.<sup>98</sup>

Mesmo que seja possível determinar um sujeito individualmente lesado pela publicidade enganosa, ainda assim se estará diante de uma situação típica de direito difuso, pois a relação jurídica está estabelecida com base em circunstância de fato: “o anúncio e sua projeção objetiva e significativa sobre toda a população difusamente considerada”.<sup>99</sup> Neste sentido, Luiz Antonio Rizzatto Nunes:

---

<sup>96</sup> NUNES, Luis Antonio Rizzatto. Curso de direito do consumidor. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 787/790.

<sup>97</sup> NUNES, Luis Antonio Rizzatto. Curso de direito do consumidor. São Paulo: Saraiva, 2011.p.788.

<sup>98</sup> NUNES, Luis Antonio Rizzatto. Curso de direito do consumidor. São Paulo: Saraiva, 2011.p.788.

<sup>99</sup> NUNES, Luis Antonio Rizzatto. Curso de direito do consumidor. São Paulo: Saraiva, 2011.p.789.

Faça-se uma ressalva esclarecedora: o fato de o mesmo objeto gerar dois tipos de direito não muda a natureza de indivisibilidade do objeto relativo no direito difuso. Isto é, se **um anúncio enganoso atingir um consumidor em particular, esse direito individual identificado não altera em nada a natureza indivisível do fato objetivo do anúncio.**<sup>100</sup> (grifou-se)

Outra categoria de interesses é a dos interesses coletivos. Luiz Antonio Rizzatto Nunes define os direitos coletivos da seguinte forma:

**Nos chamados “direitos coletivos” os titulares do direito são também indeterminados, mas determináveis. Isto é, para a verificação da existência de um direito coletivo não há necessidade de se apontar concretamente um titular específico e real. Todavia, esse titular é facilmente determinado, a partir da verificação do direito em jogo.**

Assim, por exemplo, a qualidade de ensino oferecido por uma escola é tipicamente direito coletivo. Ela – a qualidade – é direito de todos os alunos indistintamente, mas, claro, afeta cada aluno em particular.<sup>101</sup> (grifou-se)

As características dos interesses coletivos podem ser assim sintetizadas: i) são interesses de grupos, categorias ou classes de pessoas; ii) os membros do grupo titulares dos interesses são determináveis, existe um traço comum entre eles; iii) os membros do grupo devem estar unidos por uma relação jurídica, seja esta relação: a) entre os próprios membros (por exemplo: pais e alunos pertencentes a Associação de Pais e Mestres); ou b) entre os sujeitos ativos e os sujeitos passivos (por exemplo: alunos de uma mesma escola, clientes de um mesmo banco); e iv) o objeto é indivisível e pertence a todos os indivíduos coletivamente considerados, e não a um consumidor individualmente considerado.

De acordo com Celso Ribeiro Bastos:

(...) Os interesses coletivos são interesses afectos a vários sujeitos não considerados individualmente, mas sim por sua qualidade de membro de comunidades menores ou grupos intercalares, situados entre o indivíduo e o Estado.<sup>102</sup>

Prosseguindo com a classificação há, por fim, os interesses individuais homogêneos. São aqueles interesses com uma causa em comum. Seus titulares são

<sup>100</sup> NUNES, Luis Antonio Rizzatto. Curso de direito do consumidor. São Paulo: Saraiva, 2011.p.789.

<sup>101</sup> NUNES, Luis Antonio Rizzatto. Curso de direito do consumidor. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 790.

<sup>102</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. Revista da Procuradoria-Geral de Justiça de São Paulo. Centro de estudos nº 41, jun, 1994. p. 113.

determinados, sendo que o dano a eles causado ou a responsabilidade decorrente de lesão concreta se caracterizam por sua extensão (objeto) divisível, já que em que pese a origem ser comum a todos os indivíduos, o resultado efetivo da lesão é diferente para cada pessoa.

Para Luiz Antonio Rizzatto Nunes:

Aqui os sujeitos são sempre mais de um e determinados. Mais de um porque, se for um só, o direito é individual simples, e determinado porque neste caso, como o próprio nome diz, apesar de homogêneo, o direito é individual.<sup>103</sup>

A origem é comum e atinge a todos os titulares determinados do direito individual homogêneo, mas o resultado real da violação é diverso para cada um, de tal modo que se trata de objeto que se cinde, que é divisível.<sup>104</sup>

As características dos interesses individuais homogêneos podem ser assim sintetizadas: i) os membros do grupo são determináveis; ii) o grupo existe em razão da origem comum dos interesses, isto é, todos os interesses têm a mesma situação jurídica; e iii) o objeto é divisível, isto é, cada interessado pode receber uma prestação jurisdicional diferente.

Luis Daniel Pereira Cintra e Marco Antonio Zanellato assim se manifestam sobre os interesses individuais homogêneos:

(...) São direitos subjetivos divisíveis, titularizados nas mãos de pessoas determinadas, tradicionalmente tratadas apenas a título individual (ou, quando muito, pela figura do litisconsórcio) e agora possíveis de reunião num único processo, em virtude de sua homogeneidade, decorrente de uma origem comum.

Feitas estas breves, porém necessárias considerações, a seguir será abordado o tratamento legal conferido aos interesses difusos no Direito Penal Brasileiro.

### **3.3 A tutela penal dos direitos difusos**

Antes de discorrer acerca da tutela penal dos direitos difusos no ordenamento jurídico brasileiro, necessário se faz apresentar ao leitor uma breve síntese sobre a evolução

<sup>103</sup> NUNES, Luis Antonio Rizzatto. Curso de direito do consumidor. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 793.

<sup>104</sup> NUNES, Luis Antonio Rizzatto. Curso de direito do consumidor. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 794.

pela qual passou o Direito Penal ao longo da história até chegar ao modelo dos dias atuais. A doutrina costuma dividir os momentos do Direito Penal em período clássico e período moderno.

A noção da existência de um ramo do Direito responsável por garantir segurança aos indivíduos por meio da criminalização de condutas que viessem a ofender bens jurídicos considerados de relevante importância para a sociedade sempre esteve presente na história da humanidade.

É verdade que o Direito Penal sofreu inúmeras transformações ao longo da história, acompanhando, inclusive e principalmente, a própria transformação da sociedade, até chegar ao formato consagrado pelo ordenamento jurídico nos dias de hoje.

De acordo com o que foi visto no Capítulo 1, o Direito existe para a sociedade e em razão da existência de uma sociedade. Caso o indivíduo vivesse sozinho, não existiria o Direito, pois não seria necessária a existência de uma ordem jurídica reguladora de condutas humanas. Desta forma, inevitavelmente, o Direito sempre acompanhará as transformações sociais para que possa atingir sua finalidade.

Certo é que o Direito Penal passou a se manifestar de forma mais expressiva a partir do Iluminismo, o chamado “Século das Luzes”, período em que os filósofos e pensadores iluministas romperam com o Estado Absolutista, manifestando descontentamento com inúmeras questões, principalmente com a forma como os soberanos aplicavam o Direito Penal, sobretudo com relação à execução da pena, que sempre se dava de forma violenta, cruel e desumana. Neste período eram muito comuns os suplícios, castigos corporais aplicados aos condenados pelo cometimento de infrações penais. Os suplícios eram praticados sempre em praça pública, para que toda a população pudesse assistir com seus próprios olhos o que o soberano era capaz de fazer com aqueles que cometessem crimes, demonstrando o caráter essencialmente retributivo da pena.

Neste contexto não há como deixar de mencionar a obra “Vigiar e Punir: nascimento da prisão”, do filósofo francês Michel Foucault, que muito bem retratou as questões sociais que motivaram as grandes mudanças que ocorreram no sistema penal durante a era moderna.

Michel Foucault narrou em sua obra que os suplícios, conhecidos como castigos corporais aplicados aos condenados, eram uma espécie de ritual, que ao mesmo tempo puniam

aqueles que havia praticado um crime (função retributiva da pena) e ainda serviam de exemplo, pois por meio dos suplícios o soberano mostrava para a sociedade o que acontecia com quem cometia algum tipo de crime (função preventiva da pena).

Michel Foucault disse que o suplício era marcante em relação à vítima, pois deveria deixar no corpo do condenado marcas que não deveriam ser apagadas sequer pela memória dos homens. Com relação à justiça, o suplício era ostentoso, demonstrando a todos a glória da justiça. Era por meio do suplício que a justiça manifestava sua força.

As penas eram extremamente cruéis e executadas de forma lenta, aumentando ainda mais o sofrimento do condenado. O soberano queria que o condenado sentisse cada ato punitivo de forma dolorosa e cruel. Por esta razão, a pena tinha como objeto de punição o corpo do condenado, para nele deixar todas as suas marcas. Neste período não havia penas pecuniárias, como por exemplo o pagamento de multas e cestas básicas. As penas eram apenas corporais e o corpo do condenado era o alvo principal da repressão penal.

Em sua obra “Vigiar e punir: nascimento da prisão”, Michel Foucault descreve a punição aplicada a Damiens, em 2 de março de 1757, permitindo que o leitor possa imaginar com base em todos os detalhes descritos, como ocorriam os suplícios:

[Damiens fora condenado, a 2 de março de 1757], a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris [aonde devia ser] levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; [em seguida], na dita carroça, na Praça de Greve, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atenazado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atenazado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento.<sup>105</sup>

Durante este período, que antecedeu o Iluminismo, as penas eram extremamente cruéis. Havia a prática reiterada e injustificada de tortura e de castigos corporais e toda essa crueldade era sempre praticada em praça pública, a fim de mostrar para toda a sociedade o que acontecia com aqueles que cometiam crimes. Por meio destas punições, o Estado mostrava sua força e seu poder, intimidando a sociedade.

---

<sup>105</sup> FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. Rio de Janeiro: Vozes, 2014. p.9.

O processo criminal tramitava sem a participação do acusado. Era privilégio absoluto da acusação saber sobre os fatos e aplicar a pena. O acusado não tinha direito a defesa e era interrogado uma única vez antes da prolação de uma sentença, que era sempre condenatória.

Dava-se valor absoluto à confissão do acusado. Mas na grande maioria dos casos a confissão era viciada e falsa. O acusado recebia diversos castigos corporais brutais antes de ser efetivamente processado e julgado, e aqueles que não resistissem à tortura, mesmo que fossem inocentes da prática criminal, acabavam confessando a autoria do crime, apenas para se verem livres do martírio. Entendia-se que se o acusado conseguisse resistir à tortura deveria ser inocentado, pois sua resistência significava que ele era, de fato, inocente das acusações imputadas.

Isso tudo perdurou até o fim do Século XVIII e início do Século XIX, quando pensadores e filósofos iluministas romperam com a ordem então vigente, buscando estabelecer uma nova ordem social, pautada em valores como a liberdade e a igualdade, afastando em absoluto as barbáries até então praticadas pelo soberano. Buscava-se com essa nova ordem social a dignidade da pessoa humana em todas suas acepções, inclusive na aplicação das sanções penais.

Assim, pouco a pouco foram desaparecendo os suplícios. As penas, que antes eram focadas no corpo humano e no sofrimento do condenado, passaram a ser executadas de forma menos física, priorizando mais o caráter corretivo da pena e não o seu caráter retributivo.

Também houve uma notória alteração acerca da ideia do delito, que deixa de ser um pecado e uma agressão à Deus e passa a ser uma agressão à sociedade.

Recebeu destaque com relação à defesa desta nova corrente de pensamento, que defendia o caráter humano da sanção penal, o filósofo italiano Cesare Beccaria, o Marquês de Beccaria, que ficou conhecido na Europa após a edição de sua obra "*Dei Delitti e delle Pene*" (Dos Delitos e das Penas), publicado em 1764. Nesta obra, Cesare Beccaria manifestou críticas ao sistema penal então vigente, atraindo o apoio de diversos pensadores e filósofos europeus, principalmente os filósofos franceses.

Cesare Beccaria se manifestou de forma clara contra os abusos então praticados pelo soberano, sobretudo com relação aos julgamentos secretos, tortura, penas infamantes,

direito de vingança, pena de morte, entre outros. O filósofo reprimiu e criticou o “espetáculo” da pena, até então praticado por meio dos suplícios, já que o soberano via nesses espetáculos em praça pública a efetividade da aplicação da sanção, sob o fundamento de que a população, vendo o que o Estado era capaz de fazer com um criminoso, optava por não violar uma norma de conduta. Cesare Beccaria acreditava que era a própria condenação aplicada ao infrator da norma que seria efetiva forma de prevenção da prática de novos crimes, pois deixaria um sinal negativo na pessoa do condenado, e não o espetáculo em si.

Assim se pronunciou Cesare Beccaria sobre as torturas:

(...) É uma barbárie consagrada pelo uso na maioria dos governos aplicar a tortura a um acusado enquanto se faz o processo, quer para arrancar dele a confissão do crime, quer para esclarecer as contradições em que caiu, quer para descobrir os cúmplices ou outros crimes de que não é acusado, mas dos quais poderia ser culpado, quer enfim porque sofistas incompreensíveis pretenderam que a tortura purgava a infâmia.

(...)

A tortura é, muitas vezes, um meio seguro de condenar o inocente fraco e de absolver o celerado robusto. É esse, de ordinário, o resultado terrível dessa barbárie que se julga capaz de produzir a verdade, desse uso digno dos canibais, e que os romanos, malgrado a dureza dos seus costumes, reservavam exclusivamente aos escravos, vítimas infelizes de um povo cuja feroz virtude tanto se tem gabado.<sup>106</sup>

Dentre a mais importante conquista atribuída à Cesare Beccaria está a busca pela proporcionalidade na aplicação das penas, conquista esta que se faz presente até os dias de hoje no ordenamento jurídico brasileiro, já que a proporcionalidade das penas é um princípio penal a ser seguido na execução da pena. O princípio da proporcionalidade determina que “as penas devem ser harmônicas com a gravidade da infração penal cometida, não tendo cabimento o exagero, nem tampouco a extrema liberalidade na cominação das penas nos tipos penais incriminadores”.<sup>107</sup>

Este princípio determina que deve ser aplicada ao condenado uma pena proporcional à infração cometida. Vê-se assim a aplicação efetiva da justiça, na medida em que se busca dar a cada um aquilo que lhe é devido. Neste caso, a justiça está em aplicar ao condenado a pena devida proporcionalmente em razão da infração penal cometida. Assim,

<sup>106</sup> BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Tradução de Paulo M. Oliveira; prefácio de Evaristo de Moraes. São Paulo: Edipro, 2015. p.40/42.

<sup>107</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. São Paulo: RT, 2011. p.89.

não há como ser aplicada a um condenado por roubo que empregou violência física e arma de fogo em sua ação delituosa o mesmo *quantum* de pena aplicada a um indivíduo que foi condenado por dano, em razão de ter pichado um muro de uma casa particular.

Com relação ao objeto da tutela, durante o período clássico, o Direito Penal tinha como objeto de proteção interesses essencialmente individuais, tais como a vida, o patrimônio e a liberdade. O legislador entendia que deveria tutelar penalmente tais interesses, aplicando uma pena ao indivíduo que causasse dano efetivo a estes interesses individuais.

O Direito Penal do período clássico tinha como objetivo limitar sua aplicação aos correspondentes fins da pena, garantindo sua humanização e vinculando o legislador a bens jurídicos penais, voltado somente à proteção das liberdades asseguradas aos indivíduos por meio do Contrato Social, de modo que as lesões a essas liberdades fossem consideradas delitos.<sup>108</sup>

É possível verificar a aplicação da intervenção mínima, já que o Direito Penal somente era acionado quando de fato fosse necessário. Além disso, falava-se, durante o período clássico em um Direito Penal de lesão, ou seja, este ramo do Direito somente poderia ser invocado e somente seria efetivamente necessário quando se estivesse diante de uma lesão concreta a um interesse penalmente tutelado.

Séculos se passaram, transformações sociais vieram e diante da evolução da sociedade ao longo dos tempos evoluiu também o próprio conceito da tutela penal. Aquela sociedade antes individual, em que o legislador estava preocupado em proteger interesses também individuais, se viu inserida em um novo contexto social e em um novo período histórico, marcado pelo surgimento dos chamados interesses difusos ou coletivos, típicos de uma sociedade moderna marcada pela globalização, pelo surgimento da tecnologia e pela redução das barreiras sociais, econômicas e até mesmo jurídicas.

Neste novo cenário social surgem novos interesses e novos direitos, tais como os direitos do consumidor, os direitos econômicos, o direito ao meio ambiente, todos eles direitos de natureza coletiva. O legislador, que até então estava acostumado e preocupado em tutelar e proteger interesses individuais sentiu a necessidade de acompanhar essa evolução social, passando assim a tutelar esta nova categoria de interesses.

---

<sup>108</sup> Neste sentido: OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. Hassemer e o direito penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa. São Paulo: IBCCRIM, 2013. p. 33.

Os interesses coletivos são próprios do período da modernidade e representam não apenas uma nova fase no que diz respeito ao próprio Direito, já que trazem uma nova forma de se tratar a proteção dos interesses sociais, mas também representam uma nova forma de se ver o Direito Penal, que também precisa se adequar a esta nova tendência moderna. Antes, o Direito Penal era acionado e aplicado apenas após uma efetiva lesão a um interesse individual tutelado. Com o surgimento da era da modernidade, ou da pós modernidade<sup>109</sup>, muda-se o foco de proteção do legislador, que vê a necessidade de tutelar e proteger interesses coletivos, independentemente de efetiva ocorrência de dano. O Direito Penal de lesão, próprio do período clássico, passa a ser um Direito Penal de perigo cuja aplicação se dá independentemente da ocorrência de efetiva lesão ao bem jurídico tutelado. Basta simples possibilidade da ocorrência de lesão para que o Direito Penal seja acionado para solucionar um determinado conflito.

Além disso, verifica-se que com o surgimento deste chamado “Direito Penal Moderno”, é deixada de lado a idéia da intervenção mínima do Direito Penal, ou seja, o Direito Penal como *ultima ratio* e passa a ser adotada uma prevenção geral marcada pela expansão exagerada do Direito Penal, que passa a ser visto, equivocadamente, como a *prima ratio* na solução dos conflitos sociais.

Renato de Mello Jorge Silveira justifica a necessidade desta nova forma de tutela do Direito Penal em razão dos riscos aos quais a sociedade atual está sujeita, em razão do surgimento do que Ulrich Beck chamou de “sociedade de risco”:

Um dos aspectos mais tormentosos do atual panorama político-criminal da sociedade é o paradigma introduzido pela chamada sociedade de risco (*Risikogesellschaft*), bem estudada por Ulrich Beck. Na modernidade avançada, a produção social de riqueza vem acompanhada, sistematicamente, por uma correspondente produção social de riscos. Diante disso, os problemas e os conflitos da sociedade são substituídos por problemas e conflitos que surgem da produção, definição e divisão dos riscos produzidos de maneira técnica-científica. De fato, essas mudanças conceituais não de ser percebidas, primeiramente, à medida que se confirma o nível atingido pelas forças humanas produtivas e tecnológicas e, também, pela segurança e pelos regulamentos estabelecidos pelo Estado social, ambos visando, objetivamente, reduzir e excluir socialmente a miséria material. Num segundo momento, o crescimento exponencial das forças produtivas no processo de modernização virá a criar novos riscos, até então desconhecidos.

110

<sup>109</sup> Neste sentido: BAUMAN, Zygmunt. Modernidade líquida. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

<sup>110</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito penal supra-individual: interesses difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.28.

Com a chamada era da modernidade, novos riscos sociais passam a existir, colocando em discussão o papel do Direito Penal na tutela dos interesses sociais. Isto tudo porque durante a chamada era clássica, o Direito Penal somente era acionado quando ocorresse de fato um dano concreto a um bem jurídico tutelado. A lesão efetiva, o dano concretamente mensurável, eram condições *sine qua non* para que o Direito Penal pudesse ser acionado.

Se antes era necessário o dano, entendido como lesão efetiva ao bem jurídico tutelado para que o Direito Penal pudesse ser acionado (crime de dano, Direito Penal de lesão), hoje basta a possibilidade ou probabilidade de sua ocorrência para que o Direito Penal possa ser acionado (crime de perigo, Direito Penal de perigo), já que os crimes que tenham por objeto bens jurídicos coletivos não necessitam da ocorrência de efetiva lesão ou de dano efetivo para sua consumação.

O Direito Penal deixa de ser um instrumento de reação à lesões causadas à direitos individuais dos cidadãos e passa a ser um instrumento de política de segurança, atuando de forma preventiva na sociedade.

Não parece ser um erro esta nova tendência do Direito Penal, mas tudo isso deve ser interpretado e analisado com muita cautela, pois o que se vê, na prática, é uma espécie de antecipação da tutela penal, já que neste atual momento vivido pela sociedade, para que exista campo de incidência da tutela penal basta a simples existência de uma probabilidade, ainda que remota, de dano a um bem jurídico.

Esta nova era do Direito Penal acaba trazendo, na prática, um verdadeiro inflacionismo penal, com a criação exagerada de infinitos tipos penais que muitas vezes acabam representando mero simbolismo penal, pois nada tutelam de forma efetiva e concreta.

Isto acontece de forma corriqueira quando se está diante de interesses difusos e coletivos, tais como os crimes contra as relações de consumo, os crimes contra a ordem econômica e tributária e os crimes contra o meio ambiente. O legislador defende que nestes casos, como se está tutelando uma coletividade de pessoas, é necessária uma flexibilização da norma penal, permitindo que o Direito Penal seja acionado a partir do momento que surja uma mínima probabilidade de risco de lesão ao bem jurídico tutelado.

De fato, é necessário que o Direito proteja os interesses difusos. O que resta descobrir é se a forma como esta proteção ocorre nos dias atuais é a mais correta. Melhor dizendo: é efetiva a tutela penal que se dá aos interesses difusos?

A questão não está sendo tratada pelo legislador e pelos operadores do direito da maneira mais correta. Na prática o que se tem é uma política criminal preocupada em tipificar cada vez mais condutas, trazendo aquilo que a doutrina chama de *simbolismo penal*.

Isto significa que cada vez mais e mais condutas estão sendo tipificadas, mas na prática a proteção não é efetiva, surgindo um puro simbolismo penal, ou seja, criação de diversas leis penas mais rigorosas, em razão do clamor social, mas que na prática não possuem nenhuma eficácia social.

É verdade que a sociedade passa atualmente por uma verdadeira sensação de insegurança social, mas não parece que acionar o Direito Penal de forma indiscriminada e de forma que seja ele, o Direito Penal, o principal e primeiro ramo do Direito a ser acionado na solução de conflitos sociais seja a resposta correta a ser dada pelo ordenamento jurídico. É preciso respeitar o caráter subsidiário do Direito Penal, acionando-o apenas quando nenhum outro ramo do Direito puder tutelar o bem jurídico lesionado.

Sobre a subsidiariedade do Direito Penal. Renato de Mello Jorge Silveira afirma:

O chamado princípio de intervenção mínima, também dito de *ultima ratio*, visa traçar norte e fronteira para a atuação desse Estado, preconizando que **a criminalização só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Existindo outras formas de controle social, suficientemente hábeis para a tutela deste bem, tal criminalização mostrar-se-á inadequada e não recomendável.** O Direito Penal deve, pois, representar a *ultima ratio legis*, só entrando em ação quando o bem jurídico apresentar-se violentamente atacado ou agredido. Assim sendo, não mais é tido, tampouco, o estudo do direito repressivo como solução indiscriminada para todos os problemas e desventuras do homem.<sup>111</sup> (grifou-se)

Especificamente com relação aos crimes contra as relações de consumo, conforme se verá no capítulo a seguir, o que se tem são tipos penais de perigo abstrato, ou seja, crimes que se consumam independentemente da ocorrência de resultado material (efetiva lesão), bastando a existência de possibilidade de dano para sua consumação.

---

<sup>111</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito penal supra-individual: interesses difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 28-29.

Entende-se que a sociedade atual sofreu uma mudança radical de ideias e pensamentos em várias ordens, e que todas as mudanças sociais acabaram trazendo uma enorme sensação de insegurança social, sobretudo em razão do incremento da criminalidade. Mas a resposta a ser dada pelo Direito Penal deve ir além de uma política criminal da tolerância zero, cega por criminalizar todo e qualquer tipo de conduta.

É necessário que o legislador selecione bens jurídicos cuja tutela penal seja realmente necessária, e cuja proteção não seja possível por outros ramos do Direito, respeitando-se assim o caráter subsidiário do Direito Penal. Se outras formas e outros ramos do Direito puderem tutelar de forma mais efetiva um determinado bem jurídico, então tais formas devem ser eleitas pelo legislador, e não apenas e simplesmente a criminalização de condutas.

A proteção dos bens jurídicos difusos e coletivos não pode ser feita de forma desmensurada, tal como ocorre atualmente. Esta proteção deve ser necessária e fundamental para que a tutela penal seja efetiva e a pena alcance sua finalidade.

Falar em tutela penal dos direitos difusos implica falar em proliferação de leis e tipos penais, demonstrando de forma muito clara que o legislador tem uma enorme dificuldade em tratar da tutela dos direitos difusos.

As mudanças trazidas pela revolução tecnológica, econômica e sociológica foram responsáveis por incorporar à sociedade moderna profundas alterações. Em razão de todas essas transformações surgiu uma nova categoria de interesses tutelados pelo Direito: os interesses difusos e coletivos.

A tutela penal dos direitos difusos e coletivos é resultado de uma decisão política, visando à proteção da sociedade contra lesões ou ameaças de lesão a esta categorias de direitos.

A crítica feita por meio da elaboração da presente dissertação e que será melhor trabalhada no capítulo seguinte é a seguinte: há efetividade do Direito na forma atual como ocorre a aplicação da tutela penal dos crimes contra as relações de consumo?

Conforme se verá no capítulo a seguir, nos crimes contra as relações de consumo o legislador optou por tipificar crimes de perigo abstrato, ou seja, crimes em que basta mera situação de perigo ou de probabilidade de lesão para que se tenha o crime como consumado.

Partindo-se desta premissa, não parece efetiva a tutela que o ordenamento jurídico brasileiro confere aos crimes contra as relações de consumo. Entende-se a intenção do legislador de buscar com essa tutela a proteção dos direitos de toda uma coletividade, mas certamente adotar como mecanismos desta proteção tipificação de crimes de perigo abstrato não parece ser a melhor opção. Ao assim tutelar os crimes contra as relações de consumo o legislador colabora com a expansão do Direito Penal em sua acepção negativa, ampliando de forma injustificada e indevida a criação de tipos penais, o que acarreta na ineficácia da tutela, banalizando o Direito.

O Direito Penal deve ser utilizado e interpretado sempre de forma subsidiária. Este ramo do Direito deve ser acionado sempre como *ultima ratio*, quando nenhum outro ramo puder ser acionado para solucionar uma determinada violação de direitos.

O Direito Penal somente deve tutelar lesões significativas a bens jurídicos. A questão é que nos bens jurídicos difusos e coletivos, em razão de sua própria natureza, nem sempre será fácil identificar uma lesão significativa.

Talvez por consta desta dificuldade é que o legislador optou por deixar de lado a necessidade de concreta ocorrência do dano, prevendo nos crimes contra as relações de consumo condutas de perigo abstrato, que se consumam independentemente de resultado material de lesão ao bem jurídico, ou seja, de dano efetivo.

Esta tendência de criar tipos de perigo abstrato é bastante preocupante, demonstra mera penalização de condutas, que não traz nenhuma segurança jurídica ao ordenamento, tampouco protege de forma efetiva o direito que se pretende tutelar.

É por esta razão que se vê com certa ressalva a forma como o Direito Penal tutela os crimes contra as relações de consumo.

No capítulo a seguir será abordada a questão da efetividade do Direito aplicação da tutela penal nos Crimes Contra as Relações de Consumo.

## **4 – A EFETIVIDADE DO DIREITO NA APLICAÇÃO DA TUTELA PENAL NOS CRIMES CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO**

### **4.1 A tipificação dos Crimes contra as Relações de Consumo**

Os Crimes contra as Relações de Consumo estão previstos na Lei nº 8.078/90 e na Lei nº 8.137/90. A primeira delas, que corresponde ao Código de Defesa do Consumidor, dispõe em seus artigos 61 a 80 acerca das infrações penais contra as relações de consumo, sendo que todas as condutas previstas nesta lei são consideradas infrações de menor potencial ofensivo, com penas máximas não superiores 2 (dois) anos. Por sua vez, a Lei nº 8.137/90 também traz condutas consideradas crime contra as relações de consumo, com a ressalva de que as penas cominadas são mais graves (detenção de dois a cinco anos ou multa) e os tipos penais são mais abrangentes, envolvendo não apenas o consumidor final, mas também o intermediário.

Os Crimes contra as Relações de Consumo estão previstos no artigo 7º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, nos seguintes termos:

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

I - favorecer ou preferir, sem justa causa, comprador ou freguês, ressalvados os sistemas de entrega ao consumo por intermédio de distribuidores ou revendedores;

II - vender ou expor à venda mercadoria cuja embalagem, tipo, especificação, peso ou composição esteja em desacordo com as prescrições legais, ou que não corresponda à respectiva classificação oficial;

III - misturar gêneros e mercadorias de espécies diferentes, para vendê-los ou expô-los à venda como puros; misturar gêneros e mercadorias de qualidades desiguais para vendê-los ou expô-los à venda por preço estabelecido para os demais mais alto custo;

IV - fraudar preços por meio de:

a) alteração, sem modificação essencial ou de qualidade, de elementos tais como denominação, sinal externo, marca, embalagem, especificação técnica, descrição, volume, peso, pintura ou acabamento de bem ou serviço;

b) divisão em partes de bem ou serviço, habitualmente oferecido à venda em conjunto;

c) junção de bens ou serviços, comumente oferecidos à venda em separado;

d) aviso de inclusão de insumo não empregado na produção do bem ou na prestação dos serviços;

V - elevar o valor cobrado nas vendas a prazo de bens ou serviços, mediante a exigência de comissão ou de taxa de juros ilegais;

VI - sonegar insumos ou bens, recusando-se a vendê-los a quem pretenda comprá-los nas condições publicamente ofertadas, ou retê-los para o fim de especulação;

VII - induzir o consumidor ou usuário a erro, por via de indicação ou afirmação falsa ou enganosa sobre a natureza, qualidade do bem ou serviço, utilizando-se de qualquer meio, inclusive a veiculação ou divulgação publicitária;

VIII - destruir, inutilizar ou danificar matéria-prima ou mercadoria, com o fim de provocar alta de preço, em proveito próprio ou de terceiros;

IX - vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo;

Pena - detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II, III e IX pune-se a modalidade culposa, reduzindo-se a pena e a detenção de 1/3 (um terço) ou a de multa à quinta parte.

O presente estudo não tem como finalidade analisar individualmente cada uma das condutas tipificadas pelo legislador, mas é importante um exame, ainda que sucinto, acerca de algumas características destes tipos penais.

Vê-se, em linhas gerais, que a maioria das condutas não são dotadas de lesividade ao ponto de merecerem a aplicação da tutela penal, já que podem em tese, causar meros aborrecimentos ou danos perfeitamente possíveis de serem recompostos por meio de outras alternativas, como por exemplo por meio da composição civil. Os incisos I, II, IV, V, VI, VII e VIII do aludido artigo referem-se à condutas que poderiam caracterizar simples ilícito civil, sem que fosse necessária a criminalização da conduta.

Em se tratando especificamente de Crimes contra as Relações de Consumo, entende-se que o Direito Penal deve ser acionado apenas quando da conduta praticada pelo agente resulte um dano irreparável ou de difícil reparação ao consumidor, seja à sua

integridade física, à sua saúde, ou à sua vida. Somente nesta situação a tutela penal será necessária. Todas as condutas que causem danos a bens jurídicos que não sejam a vida, a saúde ou a integridade física do consumidor devem ser tuteladas por outros ramos do Direito.

Não são todas as condutas tipificadas na Lei nº 8.137/90 que merecem atenção do Direito Penal. Tomando como exemplo o inciso I, que dispõe ser crime “favorecer ou preferir, sem justa causa, comprador ou freguês, ressalvados os sistemas de entrega ao consumo por intermédio de distribuidores ou revendedores”, é necessário que o Direito Penal se ocupe em reprimir uma conduta que não representa um risco à saúde, à integridade física ou à vida do consumidor? Ainda que se admita pela necessidade, será que uma pena de detenção de 02 (dois) a 05 (cinco) anos ou multa é efetiva? Se o discurso é no sentido de que a conduta é perigosa e causa risco ao consumidor, seria muito mais lógico prever uma reprimenda com patamar condizente com a suposta gravidade do delito.

Entende-se que ao invés de tipificar esta conduta, que não representa nenhum risco à saúde, à integridade física ou à vida do consumidor, o legislador poderia acionar o Direito Civil, sujeitando o infrator da norma ao pagamento de uma multa em benefício dos órgãos de fiscalização, medida esta que seria muito mais eficaz do que impor uma pena de detenção em patamar tão ínfimo.

O mesmo também pode ser aplicado aos incisos II, IV, V, VI, VII e VIII, que tipificam condutas que poderiam ser tuteladas de forma mais efetiva pelo Direito Civil, sem que fosse necessário acionar o Direito Penal para tanto.

Que dano grave ou de difícil reparação pode ser causado à integridade física, saúde ou à vida do consumidor se o fornecedor “fraudar preços”; “elevar o valor cobrado nas vendas a prazo de bens ou serviços, mediante a exigência de comissão ou de taxa de juros ilegais”; “sonegar insumos ou bens, recusando-se a vendê-los a quem pretenda comprá-los nas condições publicamente ofertadas, ou retê-los para o fim de especulação”; “destruir, inutilizar ou danificar matéria-prima ou mercadoria, com o fim de provocar alta de preço, em proveito próprio ou de terceiros”?

E se o fornecedor “induzir o consumidor ou usuário a erro, por via de indicação ou afirmação falsa ou enganosa sobre a natureza, qualidade do bem ou serviço, utilizando-se de qualquer meio, inclusive a veiculação ou divulgação publicitária” ou “estruir, inutilizar ou

danificar matéria-prima ou mercadoria, com o fim de provocar alta de preço, em proveito próprio ou de terceiros”?

Todas estas condutas são insignificantes perante o Direito Penal e nenhum grave risco causam ou são aptas a causar à integridade física, saúde ou vida do consumidor, razão pela qual entende-se não ser necessário que tais condutas sejam tuteladas pelo Direito Penal.

Todas estas condutas são relevantes sob o ponto de vista jurídico, pois apesar de não causarem danos graves ou de difícil reparação à integridade física, à saúde ou à vida do consumidor, são capazes de causar algum tipo de lesão à esfera de direitos do consumidor. Isto não se nega. O que se questiona é a necessidade de se criminalizar tais condutas.

Traria maior efetividade e segurança jurídica ao sistema e ao próprio consumidor, que algumas condutas tipificadas como Crime contra as Relações de Consumo fossem tuteladas pelo Direito Civil e não pelo Direito Penal.

Para que se conclua pela necessidade de tipificação de uma conduta, é necessário, antes de tudo, que esta conduta traga lesividade concreta ao bem jurídico tutelado.

Como dito, no caso dos Crimes contra as Relações de Consumo, não é qualquer tipo de lesão que se mostra suficiente para que a conduta seja tutelada pelo Direito Penal. É fundamental que a conduta cause lesão grave ou de difícil reparação à vida, à saúde ou à integridade física do consumidor.

É necessária a aplicação do Princípio da Intervenção Mínima, de modo que o legislador entenda e interprete o Direito Penal como a *ultima ratio* na solução de conflitos. Neste sentido, Luiz Regis Prado diz que o Direito Penal deve ser acionado na “(...) defesa de bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de outra forma”.<sup>112</sup>

Ao lado do Princípio da Intervenção Mínima está o Princípio da Fragmentariedade, que também deve nortear o trabalho do legislador no sentido de que o Direito Penal deve tutelar apenas bens e condutas cuja lesão seja de fato intolerável. Nas lições de Guilherme de Souza Nucci:

(...) Fragmentariedade significa que nem todas as lesões a bens jurídicos protegidos devem ser tuteladas e punidas pelo direito penal que, por sua vez,

---

<sup>112</sup> PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e Constituição. São Paulo: RT, 1996. p.49.

constitui somente parcela do ordenamento jurídico. *Fragmento* é apenas a parte de um todo, razão pela qual **o direito penal deve ser visto, no campo dos atos ilícitos, como fragmentário, ou seja, deve ocupar-se das condutas mais graves, verdadeiramente lesivas à vida em sociedade, passíveis de causar distúrbios de monta** à segurança pública e **à liberdade individual**.<sup>113</sup> (grifou-se)

E, por fim, na tipificação de condutas deve também ser aplicado o Princípio da Subsidiariedade, corolário do Princípio da Intervenção Mínima, no sentido de que o Direito Penal deve ser acionado pelo legislador apenas nas situações em que outros ramos se mostrem insuficientes. Neste sentido Renato de Mello Jorge Silveira diz que “a subsidiariedade penal delinea-se de tal forma que sua aplicação só deve ocorrer se outras formas de intervenção não forem passíveis de aplicação”.<sup>114</sup>

Somente se atendidos todos estes requisitos principiológicos, sobretudo o Princípio da Lesividade, é que se estaria diante de situação cuja tipificação da conduta seria de fato necessária.

Analisando os demais incisos do artigo 7º da Lei nº 8.137/90, entende-se que somente merecem aplicação da tutela penal as condutas previstas nos incisos III e IX, vez que representam condutas aptas a gerar dano grave ou de difícil reparação à saúde, à vida ou à integridade física do consumidor. Referidas condutas estão tipificadas nos seguintes termos:

Art. 7º (...)

III - misturar gêneros e mercadorias de espécies diferentes, para vendê-los ou expô-los à venda como puros; misturar gêneros e mercadorias de qualidades desiguais para vendê-los ou expô-los à venda por preço estabelecido para os demais mais alto custo;

(...)

IX - vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo.

Ao analisar estes tipos penais é possível verificar que estas condutas são realmente aptas a causar danos concretos ao consumidor, e não meros danos morais ou econômicos, mas danos muito mais graves, que podem afetar bens jurídicos como a vida, a

<sup>113</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. São Paulo: RT, 2011. p.88.

<sup>114</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito penal supra-individual: interesses difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 56.

saúde e a integridade física, daí porque apenas nestas situações é justificável a aplicação da tutela penal.

O inciso III trata de prática muito comum Brasil, o chamado “batismo” de produtos. Por meio desta prática, comerciantes misturam substâncias mais baratas ao conteúdo da fórmula original de produtos químicos, com o intuito de que a mercadoria renda mais. Assim, o comerciante tem maior quantidade de produto para vender, aumentando seu lucro. Mesmo “batizando” a mercadoria, o produto não sofre redução de preço. O consumidor é enganado, achando que está comprando a fórmula original do produto, mas na realidade está se expondo à um risco muito grande que poderá causar graves danos à sua saúde, vida ou integridade física.

É uma prática muito comum em salões de beleza, que costumam adicionar formol em elevadas concentrações aos produtos químicos utilizados para alisamento de cabelos, por exemplo. Mulheres acabam sujeitas aos danos que podem ser causados, tais como perda dos cabelos, queimaduras no couro cabeludo, câncer de pele, dentre outros graves danos. Acerca desta conduta, Guilherme de Souza Nucci afirma:

(...) Normalmente, produtos puros são mais caros e procurados, pois demandam maior consumo da matéria-prima utilizada para a sua composição. Quando se vale o empresário, fornecedor da mercadoria, do subterfúgio de misturar algo, apresentando-a como se fosse substância pura, é natural que esteja enganando o consumidor, que não compraria o produto se soubesse da mistura realizada. (...)

Registre-se que, nem sempre, a mistura é prejudicial à saúde ou mesmo foge ao gosto do consumidor, porém, o mais importante é a venda de uma espécie de mercadoria diversa do que é, na ótica do comprador, adquirida. Ex: vender uma garrafa de uísque, alegando trata-se de puro malte, quando, na verdade, é a substância formada por uma mistura de grãos. Outra conduta criminosa possível é a mistura realizada com substâncias de qualidades desiguais, vendendo a mercadoria (ou expondo-a à venda) pelo preço fixado para a que possui maior custo.<sup>115</sup>

O inciso IX por sua vez traz maiores dificuldades em sua interpretação, em razão da vagueza dos termos utilizados na construção do tipo penal. Dispõe o inciso IX, do artigo 7º da Lei nº 8.137/90 que constitui Crime contra as Relações de Consumo “vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo”.

---

<sup>115</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 527/528.

Ao editar referida norma, o legislador não deixou claro tampouco trouxe o conceito do que vem a ser algo impróprio para consumo, fato este que acaba gerando diversas dúvidas no aplicador da lei.

Na prática, muitas vezes o que se vê são as autoridades policiais indiciando o agente com base neste inciso, pois diante da vagueza do termo, poderão ser abarcadas as mais diversas e variadas situações concretas.

Deveria o legislador ter indicado de forma expressa o que deve ser entendido como impróprio para consumo. De todo modo, mesmo diante dessa falha legislativa, é importante destacar que referido dispositivo legal também indica situação apta a gerar um dano grave ou de difícil reparação à saúde, à vida e/ou à integridade física do consumidor.

Como exemplo, pode-se citar um brinquedo infantil comercializado com peças contendo dimensões inapropriadas para o manuseio infantil. Uma criança é presenteada com esse brinquedo, acaba engolindo uma peça e vem a óbito. Interpretando como “impróprio para consumo” as dimensões das peças do brinquedo, que estão em desacordo com os padrões para um brinquedo infantil, é possível concluir que nesta situação a tutela desta conduta seria penalmente relevante.

Em todas as situações acima mencionadas é justificável a aplicação da tutela penal, desde que sobrevenha o dano concreto. Não é possível visualizar efetividade em uma antecipação da tutela. Não se vê lógica em acionar o aparato estatal e antecipar um dano que pode sequer vir a ocorrer concretamente.

No entanto, ao tutelar os Crimes contra as Relações de Consumo o legislador acabou por tipificar diversas e variadas condutas, independentemente da ocorrência de efetiva lesão no caso concreto, criando tipos penais de perigo abstrato. Além disso, ao tipificar tais condutas o legislador acabou criando diversos tipos penais, tornando na grande maioria dos casos a tutela penal ineficaz.

No item a seguir serão abordados de forma sucinta os crimes de dano e os crimes de perigo, a fim de que o leitor compreenda a diferença entre estas duas categorias de crime, que levam em conta a danosidade ou a periculosidade da conduta. Esta distinção se faz necessária, pois será com base nela que será possível entender a crítica formulada por meio deste estudo com relação ao modo como o Direito Penal tutela os Crimes contra as Relações de Consumo, conforme se verá a seguir.

## 4.2 Crime de dano

Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci, “os delitos de dano se consumam com a efetiva lesão a um bem jurídico tutelado. Trata-se da ocorrência de um prejuízo efetivo e perceptível pelos sentidos humanos”.<sup>116</sup>

Nos crimes de dano é necessária a comprovação da efetiva lesão ao bem jurídico tutelado para que se possa concluir que o delito se consumou e assim, o Direito Penal possa ser aplicado.

O Direito Penal sempre se pautou na ideia de prevenir e reprimir a danosidade social. Durante todo o período que antecedeu a modernidade, o Direito Penal Clássico teve como função tutelar bens jurídicos individuais, sendo que sua aplicação ocorria apenas a partir do momento em que alguma conduta produzisse um dano concreto ao bem jurídico tutelado. Uma conduta somente passava a ser penalmente relevante quando causasse dano concreto ao bem jurídico tutelado.

Não se pretende aprofundar a classificação desta modalidade de crime. Neste momento é importante ter em mente que para os crimes de dano, somente será considerada consumada a infração penal com a efetiva lesão ao bem jurídico tutelado, devendo ser demonstrada no caso concreto esta lesão. É o que se chama de “materialidade delitiva”. É o resultado concreto da lesão causada.

Exemplo clássico que pode ser citado é o próprio crime de dano, capitulado no artigo 163 do Código Penal:

Art. 163 - Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

O núcleo do tipo penal do delito de dano é composto por três condutas alternativas: destruir, inutilizar ou deteriorar. Seja qual for a ação praticada pelo agente, o crime somente restará consumado com o efeito danoso, ou seja, com a efetiva lesão e agressão ao bem jurídico tutelado.

---

<sup>116</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. São Paulo: RT, 2011. p.186.

Evidente que nestes casos não bastará prova testemunhal ou confissão do autor do crime ou da vítima para que se entenda como consumada a infração penal. Necessária será a comprovação do dano por meio de exame pericial. Sem a existência de laudo pericial não haverá como comprovar a ocorrência do dano, por ausência de materialidade delitiva, de modo que não será possível se falar em consumação do delito.

### **4.3 Crime de perigo**

Nos crimes de perigo o delito se consuma com a mera exposição ou possibilidade de exposição à situação de perigo ao qual se sujeita o bem jurídico tutelado, ocorra ou não efetiva lesão.

Guilherme de Souza Nucci afirma que “os crimes de perigo são os que se contentam, para a consumação, com a mera probabilidade de haver um dano”.<sup>117</sup>

Ocorra efetivamente ou não esta lesão, nos crimes de perigo basta a exposição do bem jurídico tutelado à situação de perigo para que a conduta criminosa seja consumada.

Os crimes de perigo subdividem-se, por sua vez, em crime de perigo concreto e crime de perigo abstrato.

Nos crimes de perigo concreto a probabilidade de ocorrência de dano precisa ser investigada e provada. Ou seja, somente poderá entender-se como consumado o delito quando for comprovada na situação concreta, a probabilidade real da ocorrência de lesão ao bem jurídico tutelado.

A situação de perigo deve ser demonstrada caso a caso, de forma que se comprove que uma suposta conduta possa causar dano a um determinado bem jurídico. A depender do caso, essa situação de perigo pode ser presumida, mas esta presunção jamais será absoluta, razão pela qual admite prova em contrário.

Por sua vez nos crimes de perigo abstrato, a probabilidade de ocorrência de dano está presumida no tipo penal, independentemente de prova. Trata-se de uma situação hipotética de perigo com presunção absoluta.

---

<sup>117</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. São Paulo: RT, 2011. p.186.

Nos crimes de perigo abstrato não é necessária a existência de resultado material, ou seja, de efetivo dano ao bem jurídico tutelado. Basta a exposição do bem à situação presumida de perigo para que se consuma a ação delituosa.

Nos crimes de perigo abstrato o tipo penal não delimita ou descreve a figura do perigo. Pelo contrário, o tipo penal simplesmente menciona uma conduta que se presume perigosa a partir da combinação dos elementos que formam o tipo penal.

Exemplificando, o inciso III do artigo 7º da Lei nº 8.137/90 que descreve conduta perigosa, da qual o perigo se presume simplesmente com a prática da ação descrita no tipo penal. Veja-se:

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

(...)

III - misturar gêneros e mercadorias de espécies diferentes, para vendê-los ou expô-los à venda como puros; misturar gêneros e mercadorias de qualidades desiguais para vendê-los ou expô-los à venda por preço estabelecido para os demais mais alto custo.

Pouco importa se da prática da conduta descrita no inciso III resultará dano efetivo ou não ao consumidor. Basta a simples prática de algum dos verbos que compõem o núcleo do tipo penal para que se consuma o delito e possa ser aplicada a lei penal ao caso concreto.

Interessante indicar constatação lógica que se faz nesta modalidade de crimes. Como dito, nos crimes de perigo abstrato não é necessário que se faça a prova da situação de perigo à qual se expõe o bem jurídico tutelado. Nada mais lógico, afinal se ocorrer esta comprovação, evidentemente se estará diante de crime de perigo concreto e não mais de crime de perigo abstrato.

Neste sentido, Renato de Mello Jorge Silveira:

(....) É interessante, pois, a constatação de que, com a prova de um perigo atentatório a bem jurídico, poderá ocorrer um verdadeiro desvirtuamento do crime de perigo abstrato, já que esta prova o converterá num crime de perigo concreto (formalmente provado e comprovado).<sup>118</sup>

---

<sup>118</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito penal supra-individual: interesses difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 97.

Para tutelar penalmente os direitos dos consumidores o legislador optou por prever condutas de perigo abstrato, as quais estão previstas como Crime contra as Relações de Consumo no artigo 7º da Lei nº 8.137/90.

Restou demonstrada nesta dissertação a necessidade de se observar, quando da tipificação de condutas, a observância dos Princípios da Lesividade, da Intervenção Mínima, da Fragmentariedade e da Subsidiariedade. Quando a conduta criminosa não atender aos preceitos de tais princípios, não será necessária a aplicação da tutela penal para aquele determinado caso, pois o bem jurídico poderá perfeitamente ser protegido por outro ramo do Direito. Referidos princípios agem como verdadeiros pré-requisitos para a tipificação de condutas.

Neste sentido, os crimes de perigo abstrato representam desrespeito aos mencionados princípios, já que nesta modalidade de crime o Direito Penal é acionado independentemente da ocorrência de efetiva lesão.

Nestas hipóteses, o que se tem é uma antecipação da tutela penal, pois o Direito Penal é acionado e escolhido pelo legislador para solucionar aquele conflito quer ocorra quer não ocorra efetiva lesão. E a crítica feita por meio da presente dissertação está justamente nesta forma de se utilizar o Direito Penal como mecanismo de proteção dos interesses difusos e coletivos, pois na prática nenhum interesse é protegido da forma como deveria ser. Tem-se mero expansionismo penal, que acaba por colocar em descrédito o papel do Direito de proteger a sociedade.

Defende-se que aqueles delitos que não sejam delitos de lesão (crimes de dano), ou que não representem perigo concreto (crimes de perigo), constituem uma categoria residual de crimes que certamente não necessitam de proteção jurídica penal.

Os tipos que descrevem os Crimes contra as Relações de Consumo em sua grande maioria estão inseridos neste grupo residual, e em razão disso se vê com ressalvas esta nova concepção penal de tutelar condutas por meio da tipificação de crimes de perigo abstrato.

No item a seguir será feita uma análise acerca do papel atual do Direito Penal no combate à criminalidade.

#### 4.4 O papel atual do Direito Penal: combate à criminalidade x efetividade da norma

Atualmente se está diante de um fenômeno que Jesús-María Silva Sánchez chama de “Expansionismo Penal”,<sup>119</sup> por meio do qual o Estado busca na aplicação do Direito Penal a solução para todos os conflitos sociais.

O Direito Penal moderno, como já restou consignado nesta dissertação, é marcado pela proliferação de tipos penais e pelo agravamento das leis penais já existentes como resposta do legislador ao clamor social por segurança. Existe uma forte e notória tendência do Estado em buscar atender aos pedidos da população por meio da criação exagerada de leis penais, como se isto pudesse de fato trazer paz e segurança para a sociedade. De forma equivocada, supõe-se que o Direito Penal deve oferecer segurança à sociedade e que isto deve ocorrer por meio da ampliação de tipos penais que ponham fim à angústia vivida pela sociedade em razão da insegurança social existente. Neste sentido, Jesús-María Silva Sánchez assim afirma:

Ali onde chovem leis penais continuamente, onde por qualquer motivo surge entre o público um clamor geral de que as coisas se resolvam com novas leis penais ou agravando as existentes, aí não se vivem os melhores tempos para a liberdade – pois toda lei penal é uma sensível intromissão na liberdade, cujas consequências serão perceptíveis também para os que a exigiram da forma mais ruidosa (...)<sup>120</sup>

Trata-se da manifestação do chamado “Expansionismo Penal”, que traz ao ordenamento jurídico a introdução de novos tipos penais, agravamento das penas referentes aos tipos penais já existentes, criação de novos bens jurídicos que em tese clamam por proteção jurídica, flexibilização das regras de imputação e relativização dos princípios político-criminais de garantia.<sup>121</sup>

O Expansionismo Penal pode ser sintetizado: (i) na criação imotivada e exagerada de tipos penais; e (ii) na utilização do aparato penal para solução dos problemas sociais.

Conforme já restou consignado, o Direito Penal tem por objeto a proteção de bens jurídicos especialmente importantes. Isto significa que nem todos os bens jurídicos poderão

<sup>119</sup> Neste sentido: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Revista dos Tribunais, 2002.

<sup>120</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Revista dos Tribunais, 2002. p.1.

<sup>121</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Revista dos Tribunais, 2002. p.21.

ser protegidos pelo Direito Penal, em razão, sobretudo do caráter subsidiário deste ramo do Direito.

Um determinado bem jurídico somente poderá ter sua tutela confiada ao Direito Penal quando for de fato necessário, sob pena de ineficácia da tutela. Isto somente ocorrerá quando outros ramos do Direito não forem suficientes para a proteção do bem jurídico que se pretende tutelar, até mesmo porque o Direito Penal é a *ultima ratio* na solução dos conflitos sociais.

À vista destas considerações, o grande desafio enfrentado pelo legislador nos dias de hoje é justamente ter a noção exata de como garantir segurança à sociedade sem que para isso seja necessário utilizar o Direito Penal. O Direito Penal não é o instrumento capaz de colocar fim à sensação de insegurança experimentada pela sociedade atual, sobretudo por não ser esta a sua finalidade.

A função do Direito Penal é limitar a intervenção do Estado. Nesta linha de raciocínio, o Direito Penal protege a população contra os arbítrios do Estado, garantindo direitos aos cidadãos. Pode-se dizer, portanto, que o Direito Penal é essencialmente garantista.

No entanto, o medo do delito, a insegurança e a impunidade acabam modificando por completo o papel do Direito Penal, razão pela qual o legislador acaba deixando de lado os princípios penais tradicionais da *ultima ratio*, da fragmentariedade e da lesividade e acaba tornando o Direito Penal como a *prima ratio* na solução dos conflitos sociais, sob o fundamento de que assim agindo, está combatendo de forma célere e eficaz a criminalidade, prestando um serviço à sociedade.

O Direito Penal não pode ser interpretado e utilizado como instrumento pacificador ou como instrumento de solução dos problemas sociais. Esta não é sua função. Aliás, o alemão Winfried Hassemer já alertava para a impossibilidade do controle social através deste ramo do direito ao defender que o Direito Penal “(...) é um instrumento flagrantemente inadequado para apoiar objetivos políticos, controlar situações problemáticas ou prover à ampla prevenção de situações perigosas”.<sup>122</sup>

---

<sup>122</sup> HASSEMER, Winfried. Direito Penal: fundamentos, estrutura, política. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2008. p.227.

Conforme exposto ao longo desta dissertação, o Direito Penal é um instrumento de proteção de bens jurídicos que o legislador qualificou como especialmente importantes dentro de um determinado ordenamento jurídico.

No entanto, diante da constante sensação de insegurança experimentada pelos membros da sociedade, parece que o legislador conferiu ao Direito Penal a tarefa de oferecer uma resposta ao caos social. Trata-se de rematado absurdo. É tarefa do Estado garantir segurança aos membros da sociedade em geral. Esta tarefa não pode jamais ser transferida ao Direito Penal. É uma responsabilidade que não cabe ao Direito Penal e justamente por esta razão a tutela penal que se confere a determinados bens jurídicos e situações jurídicas acaba sendo inútil. Neste sentido, Jesús-María Silva Sánchez:

O resultado é desalentador. Por um lado, porque a visão do Direito Penal como único instrumento eficaz de pedagogia político-social, como mecanismo de socialização, de civilização, supõe uma expansão *ad absurdum* da outrora *ultima ratio*. Mas, principalmente, porque **tal expansão é em boa parte inútil, na medida em que transfere ao Direito Penal um fardo que ele não pode carregar.**<sup>123</sup> (grifou-se)

Não há dúvidas de que o legislador busca por meio da política de ampliação e expansão do Direito Penal colocar fim ao caos social e a angústia experimentados pelos indivíduos, em que pese não ser este o papel do Direito Penal. Em razão disso o que se tem na prática é uma ineficácia normativa, já que as normas não são eficientes e por esta razão não atendem ao objetivo para o qual foram criadas.

A expansão legislativa e a ineficácia normativa são temas abordados por Marcelo Neves em sua obra “A constitucionalização simbólica” na qual o autor trata da questão acerca daquilo que chama de “legislação simbólica”, que gera a “(...) discrepância entre a função hipertroficamente simbólica e a insuficiente concretização jurídica de diplomas (...)”.<sup>124</sup> Para o autor, o debate sobre a legislação simbólica surgiu na Teoria do Direito e Ciência Política Alemã, nas últimas duas décadas do Século XX.

O expansionismo penal pode ser sintetizado como a tentativa do legislador de buscar na aplicação do Direito Penal a solução para todos os conflitos sociais. Por conta disso, são editadas diversas e numerosas leis penais, como tentativa do Estado de mostrar que tem o

<sup>123</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Revista dos Tribunais, 2002. p.61.

<sup>124</sup> NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p.1.

controle sobre a questão da criminalidade e que a situação será resolvida e combatida por meio de excessivo rigor legislativo.

Essa ideia muito se aproxima do que Harald Kindermann chama de “legislação álibi”, ou seja, leis simbólicas que nenhum efeito ou aplicação concreta possuem. O legislador, pressionado pela população, cria diversas leis simbólicas como forma de atrair a confiança dos cidadãos nos sistemas jurídico e político. Como consequência, há a edição indeterminada e ilimitada de leis, com o predomínio da função meramente simbólica da atividade legiferante.<sup>125</sup> Trata-se de algo muito comum nos dias atuais, principalmente em razão do modelo instrumental do Direito Positivo, “no sentido de que as leis constituem meios insuperáveis para se alcançar determinados fins desejados pelo legislador”.<sup>126</sup> Criou-se assim uma expectativa de aplicação de diversos direitos sociais concretizados, o que levou o legislador a ampliar de forma indeterminada a criação de textos normativos sob a justificativa de que assim estariam sendo concretizados os direitos sociais conferidos aos cidadãos.

Sobrea teoria da “legislação álibi”, Marcelo Neves assim afirma:

(...) O legislador, muitas vezes sob pressão direta do público, elabora diplomas normativos para satisfazer as expectativas dos cidadãos, sem que com isso haja o mínimo de condições de efetivação das respectivas normas. A essa atitude referiu-se Kindermann com a expressão “legislação-álibi”. Através dela o legislador procura descarregar-se de pressões políticas ou apresentar o Estado como sensível às exigências e expectativas dos cidadãos.<sup>127</sup>

Esta é a realidade atual do sistema jurídico brasileiro: leis são criadas e publicadas diariamente, com a falsa promessa de que trarão segurança jurídica e melhorias sociais, quando na verdade apenas contribuem com uma expansão legislativa desnecessária, colocando em descrédito o sistema normativo como um todo, atraindo uma falácia normativo-jurídica. Pouco importa ao legislador se a lei criada produz os efeitos desejados. O importante é mostrar para a sociedade que há atuação legiferante, pois produzindo leis o Estado atrai a confiança da população, ainda que esta produção legislativa seja meramente simbólica, sem nenhum efeito concreto e real para a sociedade em geral.

---

<sup>125</sup> Neste sentido: NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.p.23.

<sup>126</sup> NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.p.29.

<sup>127</sup> NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p.36/37.

A criação indistinta e indeterminada de diversos tipos legais traz uma ilusória crença de que o legislador está trazendo segurança e eficácia ao sistema normativo, quando na verdade está apenas criando obstáculos à efetividade da norma jurídica.

É o que ocorre com muita frequência no Direito Penal, já que na grande maioria dos casos as leis são criadas ou mesmo editadas em resposta simbólica à pressão pública, que clama por mais rigor no combate ao crime, quando na prática, não estão presentes os pressupostos que trarão efetividade à norma. Neste sentido, Marcelo Neves afirma:

Também em relação à escalada da criminalidade no Brasil a partir das duas últimas décadas do século XX, a discussão em torno de uma legislação penal mais rigorosa apresenta-se como um alibi, uma vez que o problema não decorre da falta de legislação tipificadora, mas sim, fundamentalmente, da inexistência dos pressupostos socioeconômicos e políticos para a efetivação da legislação penal em vigor.<sup>128</sup>

No Capítulo 2 foi abordada a discussão acerca da aplicação da norma jurídica, ocasião em que concluímos pela existência dos seguintes critérios de valoração da norma jurídica, com base na classificação proposta por Norberto Bobbio: (i) norma justa ou norma injusta; (ii) norma válida ou norma inválida; (iii) norma eficaz ou norma ineficaz; e (iv) norma vigente ou norma não vigente.

Em apertada síntese, a norma será justa quando for elaborada em conformidade com o momento vivido por uma determinada sociedade, tomando como base os valores históricos e sociais daquele momento. Trata-se da pertinência da norma com a sociedade para a qual foi criada. Assim, caso a norma reflita com fidelidade o momento vivido pela sociedade em questão e os valores nela existentes, então a norma jurídica será considerada justa.

A seu turno, a norma jurídica será válida quando for criada em estrita observância e cumprimento aos requisitos legais previstos para sua edição. Trata-se da pertinência da norma com os requisitos legais objetivos previstos no ordenamento, como por exemplo respeito ao processo legislativo competente.

A norma jurídica pode ser também eficaz. A relação de eficácia da norma está relacionada com a análise que se faz no sentido de verificar se uma determinada norma é seguida por seus destinatários.

---

<sup>128</sup> NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p.38.

Por fim, a norma jurídica poderá ser vigente. A vigência da norma representa sua aptidão para propagar efeitos no sistema jurídico. Dizer que uma norma é vigente significa dizer que ela está pronta para ser aplicada aos casos concretos.

Com base nesses critérios de valoração da norma jurídica podemos concluir que a legislação simbólica afeta diretamente a eficácia da norma, já que não basta ao legislador editar e publicar uma norma. É fundamental que esta norma seja seguida por seus destinatários, pois do contrário não atingirá os objetivos para os quais foi criada, motivo pelo qual se estaria nesta situação diante de simples legislação simbólica.

Neste sentido, Marcelo Neves:

Evidentemente, quando o legislador se restringe a formular uma pretensão de produzir normas, sem tomar nenhuma providência no sentido de criar os pressupostos para a eficácia, apesar de estar em condições de criá-los, há indício de legislação simbólica.<sup>129</sup>

Verifica-se que o legislador não está preocupado com a eficácia normativa da norma, mas sim, com a predominância dos valores que o levaram a editar determinadas normas, atraindo assim a confiança dos membros da sociedade, no sentido de demonstrar que o Estado tem o perfeito controle de tudo e que o cidadão pode nele confiar. Trata-se de uma preocupação essencialmente política e não social. Temos então um legislador que atua de forma coerente aos seus próprios interesses e não em nome do interesse da coletividade e do bem comum.

Na prática, as normas meramente simbólicas acabam não atingindo a concretização normativo-jurídica que delas se espera, e ainda, deixam de resolver os problemas sociais que foram, ainda que indiretamente, motivo de sua criação.

Para Marcelo Neves:

Nesse sentido, pode-se afirmar que a legislação-álibi constitui uma forma de manipulação ou de ilusão que imuniza o sistema político contra outras alternativas, desempenhando uma função “ideológica”.<sup>130</sup>

---

<sup>129</sup> NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.p.31.

<sup>130</sup> NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.p.39/40.

Este é o problema da legislação álibi: a lei é criada com a intenção de trazer solução para um problema social, quando na verdade representa verdadeiro obstáculo para a real solução do problema, pois em que pese a criação da norma, inexistem os pressupostos que permitem que esta norma seja eficaz e atinja os objetivos para os quais foi criada.

É senso comum que o Direito é uma ciência humana utilizada como forma de organizar a sociedade, mantendo a ordem e buscando a paz social. Restou devidamente demonstrado o papel do Direito ao longo da elaboração da presente dissertação. A intenção foi não apenas revelar e esclarecer o conceito do Direito, mas, sobretudo, despertar no leitor um senso crítico acerca do papel desempenhado pelo Direito em nossa sociedade nos dias atuais.

A sociedade atual vive um momento delicado marcado por constantes e distintos conflitos sociais, diminuição de barreiras por conta da globalização, dentre diversos outros fenômenos sociais que estão contribuindo de forma negativa com o aumento da criminalidade. Em razão disso, a sociedade está se sentindo cada vez menos protegida e menos segura, e clama por instrumentos eficazes no combate à criminalidade.

A proposta da presente dissertação é analisar até que ponto é eficaz conferir ao Direito Penal a responsabilidade pela tutela de determinados bens jurídicos, principalmente neste contexto atual em que o legislador não trabalha mais apenas com bens jurídicos individuais, mas também e principalmente, com bens jurídicos difusos e coletivos.

Restou demonstrado por meio do presente estudo que o surgimento desta nova categoria de interesses jurídicos se deu em um contexto no qual o legislador verificou e concluiu que os novos fenômenos sociais trouxeram novos interesses jurídicos que precisavam ser tutelados para que não houvesse nenhum tipo de lacuna no sistema jurídico.

Esta nova realidade trouxe não apenas novos interesses jurídicos e novas formas de se ver o Direito, mas também novas modalidades delitivas.

Neste contexto surge a aplicação da tutela penal, já que o Direito Penal é, sem dúvidas, um instrumento político. Por meio da criminalização de condutas o legislador busca um resultado essencialmente prático: dar resposta uniforme ou, ao menos harmônica, à

delinquência<sup>131</sup>. Contudo, na realidade o que se vê é, na grande maioria dos casos, a injustiça, a ineficácia e a inutilidade da pena e da tutela penal.

Especificamente com relação aos Crimes contra as Relações de Consumo, o que se vê é uma legislação simbólica, ilusória, cujas penas não trazem justiça aos casos concretos.

Como se sabe, o Direito Penal tem a função de, por meio da ação penal, aplicar uma sanção contra um indivíduo que tenha violado uma regra de conduta. A pena representa não apenas a resposta imposta pelo Estado, detentor do *jus puniendi*, ao delito perpetrado, como também a prevenção na prática de novos crimes.

Para fins didáticos, a doutrina subdivide a função preventiva da pena em dois aspectos, o geral e o especial, que por sua vez se subdividem em outros dois grupos. Guilherme de Souza Nucci explica que:

(...) O caráter *preventivo* da pena desdobra-se em dois aspectos, geral e especial, que se subdividem em outros dois. Temos quatro enfoques: **a) geral negativo**, significando o **poder intimidativo** que ela representa a toda a sociedade, destinatária da norma penal; **b) geral positivo**, demonstrando e reafirmando a **existência e eficiência do Direito Penal**; **c) especial negativo**, significando a **intimidação ao autor do delito para que não torne a agir do mesmo modo**, recolhendo-o ao cárcere, quando necessário e evitando a prática de outras infrações penais; **d) especial positivo**, que consiste na **proposta de ressocialização do condenado**, para que volte ao convívio social, quando finalizada a pena ou quando, por benefícios, a liberdade seja antecipada.<sup>132</sup> (grifou-se)

Em termos gerais, a função da pena é: i) a retribuição ao delito praticado; ii) a prevenção da sociedade, no sentido de evitar a prática de novos crimes; iii) a reeducação e ressocialização do condenado; e por fim, iv) a reafirmação do Direito Penal, no sentido de mostrar para a sociedade que existem normas de conduta a serem seguidas e aqueles indivíduos que desrespeitarem tais normas serão punidos pelo Estado. Esta não deixa de ser uma variante da função preventiva da pena, pois intimida a sociedade para que o crime seja evitado.

<sup>131</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Revista dos Tribunais, 2002. p.81.

<sup>132</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal: parte geral – parte especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 391.

Assim, a função da pena é, por excelência, punir o infrator da norma, aquele que trouxe desequilíbrio e desordem para a sociedade e, ao mesmo tempo, reeducá-lo para que não volte mais a delinquir.

A pena é a mais importante das consequências jurídicas do delito. Consiste na privação ou restrição de bens jurídicos, com lastro na lei, imposta pelos órgãos jurisdicionais competentes ao agente de uma infração penal.<sup>133</sup>

A letra da lei é atraente e muito nobre é a intenção do legislador, mas bem se sabe que na prática, ao menos no Brasil, isto é impossível de acontecer. Somos o país com um dos maiores índices de criminalidade. Nossos presídios são superlotados e os encarcerados convivem, diariamente, com situações de extrema violação de direitos humanos e da dignidade humana.

O Ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, assim definiu a situação atual das penitenciárias brasileiras:

“Masmorras medievais, casas de horrores, depósitos de gente são algumas tentativas de verter em palavras imagens chocantes. São mais de 600 mil presos, a maioria em circunstâncias degradantes e violadoras da dignidade humana. É lugar comum dizer-se que no Brasil prende-se muito, e prende-se mal.”<sup>134</sup>

Não apenas por conta das características do sistema penal brasileiro, mas também em razão da falta de técnica do legislador, vemos na tutela penal absoluta ineficácia. Por conta disso as penas não alcançam seu objetivo, trazendo uma sensação de injustiça.

Quando se fala em tutela penal é necessário levar em conta não apenas a questão da aplicação da pena, mas, sobretudo, se esta sanção terá eficácia. De nada adianta criminalizar uma conduta e imputar uma pena que na prática não atenderá aos fundamentos da aplicação da pena, quais sejam, a retribuição ao delito praticado pelo agente e a prevenção da sociedade com relação à prática de novos delitos. Entende-se que somente quando preenchidos cumulativamente estes dois objetivos da pena é que se pode falar que a tutela penal foi eficaz e de forma efetiva tutelou o bem jurídico protegido.

---

<sup>133</sup> CUELLO CALÓN, Eugenio. La moderna penología. Barcelona: Bosch, 1974. p. 16.

<sup>134</sup> Disponível em: <http://josiasdesouza.blogosfera.uol.com.br/2017/01/11/ministro-do-stf-vincula-melhoria-das-penitenciarias-a-vultoso-investimento/> <Acesso em 13.01.2017>

Acerca do simbolismo penal e da utilização da tutela penal para proteção de bens jurídicos, interessantes os apontamentos feitos por Winfried Hassemer sobre o tema. Para o jurista, as novas formas de interação social que vieram com a globalização trouxeram transformações sociais que demandam novas intervenções do Direito Penal, razão pela qual novas condutas passaram a ser tipificadas.

Neste cenário, as normas de Direito Penal “teriam o efeito de combater os perigos que ameaçam os bens jurídicos não como perigos individualizados e sim como elementos tipificadores de uma grande perturbação portadora de perigo”.<sup>135</sup>

Winfried Hassemer sempre criticou esta nova tendência do Direito Penal e propôs, inclusive, alternativas à expansão do Direito Penal. É de sua autoria a criação do “Direito de Intervenção”, criado com o intuito de frear a tendência de expansão do Direito Penal. Este modelo corresponde a um Direito Penal mais brando, com regras e garantias processuais mais flexíveis, visando a efetividade do processo penal. A maior inovação da proposta é justamente a ausência de imposição de penas privativas de liberdade aos autores de crimes. Para Winfried Hassemer seria muito mais eficaz aplicar ao transgressor da norma uma sanção administrativa ou mesmo civil ao invés de recolher o indivíduo ao cárcere. Nas palavras de Winfried Hassemer:

(...) Esse direito estaria situado entre o Direito Penal e o Administrativo, entre o Direito Civil e o Direito Público, com regras e garantias processuais mais flexíveis, com vistas a tornar a investigação mais eficiente, desde que, em contrapartida, deixe-se de prever penas restritivas de liberdade, equilibrando-se garantias com consequências penais.<sup>136</sup>

Winfried Hassemer defendia que o Direito Penal deveria proteger apenas bens jurídicos individuais e tradicionais, como a vida e a liberdade. Com a proposta inovadora do Direito de Intervenção Winfried Hassemer buscou criar um novo ramo que se ocupasse da proteção de todos os demais bens jurídicos, neste grupo incluídos os interesses difusos e coletivos.

---

<sup>135</sup> HASSEMER, Winfried. *Direito Penal Simbólico e Tutela de Bens Jurídicos*. Tradução de Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos, do original *Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz*, publicado em *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, Heft, 1989. p. 227.

<sup>136</sup> OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o direito penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa*. São Paulo: IBCCRIM, 2013. p.62.

O jurista sempre criticou a tendência moderna de se utilizar o Direito Penal como instrumento de política criminal para solução de todos os problemas sociais. Neste sentido, afirmou Winfried Hassemer:

Tudo isto se ajusta perfeitamente aos novos desenvolvimentos da Política criminal. **O Direito penal deixa sua modesta casinha de paz liberal, onde se contentava com o asseguramento do “mínimo ético”, para se converter num poderoso instrumento de domínio das grandes perturbações, sociais ou estatais.** O combate, ou melhor, o tratamento do crime parece muito pequeno como tarefa do Direito penal.<sup>137</sup> (grifou-se)

De acordo com Winfried Hassemer, com o Direito de Intervenção seria possível que o Direito Penal tutelasse os bens jurídicos clássicos, como a vida, o patrimônio e a liberdade, e ao mesmo tempo os novos interesses jurídicos que surgiram com a globalização. Winfried Hassemer preocupou-se em excluir da tutela do Direito Penal as condutas típicas que não se coadunassem com os paradigmas clássicos.<sup>138</sup>

Neste novo cenário estariam os direitos difusos e coletivos. De acordo com a proposta de Winfried Hassemer, estes interesses não deveriam ser tutelados pelo Direito Penal, mas sim pelo chamado Direito de Intervenção.

A discussão é rica do ponto de vista doutrinário. Atualmente o Direito Penal passa por um momento de expansionismo notório. Contudo, é evidente que esta tendência de se acionar o Direito Penal como salvador de todos os problemas é inútil e indevida.

O Direito Penal não é o instrumento adequado para apoiar objetivos políticos, controlar situações caóticas ou permitir a prevenção de toda e qualquer situação perigosa. A partir do momento em que o Direito Penal lida diretamente com garantias individuais e principalmente com a liberdade humana, este ramo passa a ser inadequado para solução de todo e qualquer conflito social. Esta não é a sua função.

Para que se possa acionar o Direito Penal é necessário, conforme já mencionado, que haja lesão concreta ao bem jurídico tutelado. Além disso, é necessário também que se conheça o autor do delito, para que sobre ele, após o devido processo legal, seja aplicada a sanção penal. Neste sentido, Winfried Hassemer afirmou:

---

<sup>137</sup> HASSEMER, Winfried. Direito Penal Simbólico e Tutela de Bens Jurídicos. Tradução de Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos, do original Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz, publicado em Neue Zeitschrift für Strafrecht, Heft, 1989. p. 227.

<sup>138</sup> Neste sentido: OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. Hassemer e o direito penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa. São Paulo: IBCCRIM, 2013. p.63.

(...) Sua estrutura pesada não lhe permite contribuir para o estabelecimento de objetivos e meios de solução de problemas que permitam versatilidade, abertura para o futuro e flexibilidade diante de perturbações inesperadas.

**(...) Seu emprego só é permitido depois que o ilícito já se consumou (“Direito Penal do fato”), na verdade, tarde demais para uma prevenção efetiva. Mesmo nas situações mais complexas, o tratamento penal só pode ser deflagrado sobre um indivíduo concreto e específico, mediante o atendimento de rigorosos pressupostos de imputação (“culpabilidade pelo fato concreto”). Até mesmo quando pairam poucas dúvidas empíricas sobre as causas do problema, o emprego do Direito penal é proibido (“in dubio pro reo”).<sup>139</sup> (grifou-se)**

O Direito Penal vem sendo utilizado, de forma equivocada, como instrumento de política criminal. No contexto de uma sociedade de risco que vive em constante estado de insegurança, o legislador acabou por buscar no Direito Penal a solução para todos estes problemas sociais. Claro que por não ser este o papel do Direito Penal esta empreitada do legislador é falha e o Direito Penal acabou assumindo um papel simbólico, que nada realiza.

Ao utilizar o Direito Penal para solucionar todos os problemas sociais, pressionado para apresentar resultados que melhorem o quadro social da insegurança e da injustiça, o legislador acabou buscando o alívio de seu fardo de duas maneiras: pela tipificação de crimes de perigo abstrato e pela aplicação do Direito Penal simbólico.<sup>140</sup>

Conforme já abordado nesta dissertação, nos crimes de perigo abstrato a probabilidade de ocorrência de dano está presumida no tipo penal, não sendo necessária a existência de resultado material, ou seja, de efetivo dano ao bem jurídico tutelado para que se tenha como consumado o delito. Basta a mera exposição do bem à situação presumida de perigo para que se consuma a ação delituosa.

Seguindo os ensinamentos de Winfried Hassemer, os crimes de perigo abstrato encobrem a eficácia do Direito Penal na tutela de bens jurídicos, “na medida em que rompem a necessária relação entre conduta incriminada e bem jurídico ofendido”.<sup>141</sup>

<sup>139</sup> HASSEMER, Winfried. Direito Penal Simbólico e Tutela de Bens Jurídicos. Tradução de Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos, do original Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz, publicado em Neue Zeitschrift für Strafrecht, Heft, 1989. p. 228.

<sup>140</sup> HASSEMER, Winfried. Direito Penal Simbólico e Tutela de Bens Jurídicos. Tradução de Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos, do original Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz, publicado em Neue Zeitschrift für Strafrecht, Heft, 1989. p. 228.

<sup>141</sup> HASSEMER, Winfried. Direito Penal Simbólico e Tutela de Bens Jurídicos. Tradução de Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos, do original Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz, publicado em Neue Zeitschrift für Strafrecht, Heft, 1989. p. 228.

Sob a ótica dos crimes de perigo abstrato, para a configuração do ilícito penal deixa de ser necessária a ocorrência de um dano concreto ao bem jurídico tutelado, bastando a simples possibilidade de ocorrência deste dano. Parece ser algo contraditório, já que o Direito Penal sempre se ocupou em tutelar efetiva lesão a bens jurídicos. E para piorar o cenário, os bens jurídicos sob proteção da tutela penal não são mais a vida e a liberdade, como antes, mas uma nova diversidade de bens jurídicos coletivos que poderiam, em muitas situações, serem tutelados por outros ramos do Direito de forma muito mais efetiva.

No modelo atual o legislador praticamente abandonou a necessidade de que ocorra efetiva lesão a um bem jurídico para que o Direito Penal possa ser acionado e passou a prever como requisito para aplicação da tutela penal a ocorrência de riscos abstratos. Não é necessário que se tenha um dano efetivo: o direito de punir surge em um simples contexto de possível ocorrência de dano.

Diante de tanta insegurança e do aumento da criminalidade o Direito Penal acabou sendo eleito como instrumento de solução de todos os problemas sociais, tendência esta completamente equivocada.

É preciso que o legislador entenda que a questão da segurança pública deve ser solucionada por outras vias e não exclusivamente pela aplicação do Direito Penal. Ainda que se admitisse que seria papel do Direito Penal garantir segurança para a população, fatalmente isso não seria obtido por meio da tipificação de condutas de perigo abstrato. É evidente que a sociedade está passando por diversas e constantes transformações e que o Direito Penal não pode se omitir diante dos conflitos sociais, mas a crítica que se faz é justamente na forma como se dá a aplicação da tutela penal.

É necessário analisar que uma norma jurídica para que possa atingir seus objetivos precisa não apenas ser vigente (qualidade da norma que a torna apta a propagar efeitos concretos no mundo social tão logo ocorram os eventos descritos no antecedente normativo) e válida (norma deve ser editada por autoridade competente, respeitando-se o processo legislativo previsto), mas também justa (a norma deve atender às necessidades de uma determinada sociedade) e eficaz (a norma deve ser seguida por todos os membros da sociedade).

Desta forma, analisar o papel atual do Direito Penal no combate à criminalidade implica em descobrir se a norma preenche os requisitos da justiça, validade, eficácia e vigência.

A grande maioria das normas penais atualmente vigentes em nosso ordenamento jurídico não atinge seus objetivos, daí porque a grande maioria das normas penais são inócuas e não são suficientes para combater a criminalidade.

A grande verdade é que a população tem medo da criminalidade do dia a dia, da criminalidade dos furtos e dos roubos. Mas o legislador edita e reedita a todo momento normas de combate à criminalidade organizada. Se a justificativa do legislador para essa expansão do Direito Penal é trazer segurança, então há uma desproporcionalidade imensa entre o que a sociedade busca e o que o legislador fornece.

Em que pese não ser esta sua função, não há como negar o fato de que o Direito Penal é instrumento de política. O que se questiona é a forma como esse instrumento é utilizado e se o sistema jurídico está dando uma resposta uniforme e adequada às situações que pretende tutelar. Devem ser evitadas fórmulas ineficazes, que nenhuma segurança trazem ao sistema e à sociedade.

Sobre a Política Criminal dos dias atuais, Renato de Mello Jorge Silveira afirma:

A Política Criminal de hoje não mais pode ser comparada com a do passado, mesmo um passado recente. Os problemas da moderna criminalidade, bem como as alterações por que tem passado o mundo nos últimos anos, impõem uma reflexão profunda. As criminalidades econômica, e ecológica, o contrabando de drogas, as lesões constatadas em diversos consumidores por falhas em produtos industrializados são apenas algumas facetas da nova criminalidade relativa aos interesses difusos, a qual necessita de respostas outras, que não somente as tradicionais<sup>142</sup>.

É necessário utilizar o Direito Penal e a política criminal de forma coerente e consciente, pois somente assim a tutela penal trará justiça à sociedade. Os crimes contra os interesses difusos e coletivos representam uma nova tendência da criminalidade moderna, que clama por novas alternativas, diferentes daquelas que são dadas como resposta aos crimes cotidianos.

---

<sup>142</sup>SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito penal supra-individual: interesses difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 168.

O legislador deve ter muita cautela e atenção ao tutelar os interesses difusos e coletivos, sob pena de estar criando verdadeiras situações de impunidade. De acordo com Guilherme de Souza Nucci:

Havemos todos de compreender que a impunidade é gerada pela confusa e por vezes ausente *política criminal* do Estado brasileiro. **Não sabem os Poderes da República como e quando punir; por isso, editam-se novas normas penais, prevendo crimes e mais crimes, sem que se tenha a cautela de verificar se existirão meios para efetivamente proteger a sociedade.** Sabe-se não ser a criação de um tipo penal incriminador inédito o grande responsável pela queda da criminalidade. É basicamente unânime que lei existente precisa ser lei vigente, vale dizer, realmente aplicada. **A criação de novos crimes, em abstrato, não significa que o Estado cuidará de encontrar e punir os seus autores. Isto, sim, gera impunidade**<sup>143</sup>. (grifou-se)

A resposta penal a ser dada aos novos tipos de delito que atingem bens jurídicos difusos e coletivos não deve ser um simples endurecimento de penas e ampliação de tipos penais. Neste sentido, Renato de Mello Jorge Silveira:

A mera construção de novos tipos penais, ou ainda, um simples endurecer penal, além de propiciar uma falsa ilusão de resolução dos problemas sociais, acaba por desvirtuar o sistema por completo. Não é compatível nem com a dogmática moderna, nem com os princípios e garantias assegurados pelo Estado Democrático de Direito.<sup>144</sup>

Resumir a aplicação do Direito Penal na tutela dos interesses difusos e coletivos a uma expansão de tipos penais e endurecimento do rigor da sanção penal representa mero simbolismo penal, que nenhum efeito concreto traz ao sistema jurídico e à sociedade.

No tópico a seguir será feita uma análise acerca da proteção conferida ao Direito do Consumidor em âmbito penal e processual penal, debatendo a questão do ponto de vista prático para que ao final seja possível concluir se há efetividade do Direito na aplicação da tutela penal nos Crimes contra as Relações de Consumo.

<sup>143</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Bandido bom é bandido morto? Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2016/09/12/bandido-bom-e-bandido-morto/> <Acesso em 21.12.2016>

<sup>144</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito penal supra-individual: interesses difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 170.

#### **4.5 Análise da proteção conferida ao Direito do Consumidor em âmbito penal e processual penal**

No Estado Democrático de Direito no qual vivemos é inviável e inaceitável a tipificação de condutas por mero capricho do legislador. A norma penal somente deve ser editada quando existir relevante fundamento jurídico para tanto. Além disso, toda norma penal deve tutelar um bem jurídico relevante para a sociedade.

O Direito Penal é o conjunto de normas que regula o poder punitivo estatal, instituindo infrações penais e as sanções a elas correspondentes, sendo que por meio dele o Estado exerce o seu *jus puniendi*.

Ao exercer o seu direito de punir o Estado não está autorizado a agir de forma ilimitada, tampouco de forma arbitrária ou desmotivada. Os limites de sua atuação encontram-se expressos na Constituição Federal.

Portanto, a tipificação de condutas não ocorre por livre e espontânea vontade do legislador. Toda norma penal tem por objetivo a defesa de um bem jurídico relevante para a sociedade e com esta finalidade a norma é editada.

A intervenção do Direito Penal deve ocorrer somente em situações extremamente importantes, que envolvam bens jurídicos relevantes para a sociedade.

O Direito Penal deve ser acionado apenas quando houver necessidade da proteção de bens jurídicos considerados valiosos e importantes para a sociedade, como por exemplo, a vida e o patrimônio, e quando outros ramos do Direito não sejam suficientes para tutelar o bem jurídico protegido.

Além disso, a atuação do Direito Penal está norteada por princípios, verdadeiras vigas mestras sobre as quais se constrói e se sustenta todo o sistema jurídico. Os princípios fornecem coerência e ordem a um conjunto de elementos, sistematizando-o.

Os princípios exercem importante função ao permitirem uma correta análise do sistema normativo. São eles que orientam o operador e aplicador do Direito na interpretação e compreensão do ordenamento jurídico, para seu melhor entendimento.

Nas lições do jurista Miguel Reale princípios são “enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas.”<sup>145</sup>

Com relação ao Direito Penal, merecem destaque os Princípios da Intervenção Mínima e da Subsidiariedade. Pelo Princípio da Intervenção Mínima, entende-se que o Direito Penal deve ser acionado apenas quando os demais mecanismos de controle estatal se mostrarem insuficientes para tutelar uma determinada situação. A lei penal não deve ser vista como a primeira opção (*prima ratio*) do legislador para compor conflitos existentes na sociedade, os quais, pelo atual estágio de desenvolvimento moral e ético da humanidade, sempre estarão presentes.<sup>146</sup>

Daí decorre a máxima de que o Direito Penal é a *ultima ratio* na solução de conflitos, de modo que a criminalização de uma conduta somente pode ser acionada quando se mostrar como instrumento necessário para a tutela de um determinado bem, por falha e/ou insuficiência de outros mecanismos estatais de proteção jurídica.

Caso o bem jurídico possa ser protegido de outro modo, deve-se abrir mão da opção legislativa penal, justamente para não banalizar a punição, tornando-a, por vezes, ineficaz.<sup>147</sup>

Se outros meios forem aptos para tutelar o bem jurídico, a atuação do Direito Penal será desnecessária e inadequada. Conforme Gilberto Leme Marcos Garcia:

O Direito Penal aparece como um dos meios de controle social existente. Trata-se de um controle formalizado, destinado a evitar comportamentos que atinjam os bens jurídicos considerados mais importantes para a sociedade. Atuando em ‘ultima ratio’, o Direito Penal vale-se da imposição de sanções em caso de ocorrência de condutas que venham a lesionar ou colocar em perigo esses bens jurídicos mais relevantes. **Assim, obedece esse ramo do Direito a um princípio de mínima intervenção, surgindo somente quando todos os outros meios de controle social se mostrem insuficientes.**<sup>148</sup> (grifou-se)

Ressalte-se, portanto, a necessidade do Direito Penal sempre atuar como *ultima ratio*. Se para o restabelecimento da ordem social forem suficientes, por exemplo, medidas

<sup>145</sup> REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 25ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p.306.

<sup>146</sup> Neste sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. São Paulo: RT, 2011. p.86.

<sup>147</sup> Neste sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. São Paulo: RT, 2011. p.86.

<sup>148</sup> GARCIA, Gilberto Leme Marcos. A pena como resposta ao delito. In: Boletim IBCCRIM nº 60. p.11

nas esferas cível e administrativa, então esses ramos devem ser acionados para solucionar a questão, e não o Direito Penal.

Por conta disso, entende-se que por tratar o Direito Penal de mecanismo de controle social mais rígido, apenas os bens jurídicos mais relevantes devem ser por ele tutelados, como a vida, a liberdade e o patrimônio.

É importante destacar, neste contexto, as mudanças pelas quais está passando a sociedade moderna. Se antes o legislador via o foco de sua preocupação nos bens jurídicos individuais, hoje se está diante de uma nova realidade que conta não apenas com os bens jurídicos individuais clássicos, mas também com uma nova e grande parcela de bens jurídicos coletivos.

Partindo-se da premissa de que o Direito Penal é instrumento de política e que o Direito deve sempre acompanhar a evolução da sociedade, não parece ser um absurdo defender a necessidade de aplicação da tutela penal nos Crimes contra as Relações de Consumo. No entanto, com a ressalva de que essa tutela deve ser aplicada de forma consciente e coerente, reservando-se a aplicação do Direito Penal apenas em casos pontuais nos quais seja realmente necessária a aplicação desta tutela de exceção.

No entanto, o legislador não tem trabalhado com a cautela que o tema exige. Nos dias de hoje vemos uma crescente utilização do Direito Penal e de sua ferramenta de criminalização de condutas empregados a todo momento, não apenas com relação aos Crimes contra as Relações de Consumo, mas também com relação aos crimes em geral, numa busca insaciável do legislativo de criminalizar toda e qualquer conduta, como se essa providência fosse instrumento garantidor e efetivador da paz social.

O Direito Penal passou a ser utilizado como *prima ratio*, principalmente em nosso ordenamento jurídico, onde a população clama por soluções imediatas aos conflitos sociais. A sociedade tem a visão equivocada de que criminalizar condutas e aumentar o rigor das sanções penais traz justiça. A verdade não é esta. Tais medidas, em que pese parecer trazerem respostas imediatas aos conflitos sociais, na verdade são medidas legislativas simplistas e que em nada solucionam a injustiça e a desigualdade existente na sociedade, trazendo ainda mais desequilíbrio às relações sociais.

Justamente nesse cenário, em que o Direito Penal deve ser utilizado apenas de forma subsidiária e quando outros meios não forem suficientes para solucionar os conflitos

sociais, questiona-se acerca da utilidade na aplicação da tutela penal na defesa dos direitos dos consumidores de forma indistinta, tal como ocorre na Lei nº 8.137/90, que criminaliza diversas e variadas condutas.

Note-se que é possível e necessária a tutela penal das relações de consumo, mas, com a ressalva de que esta tutela seja reservada para casos específicos e pontuais e não para todos os casos, como prevê a legislação em vigor.

Há uma corrente defensora da possibilidade de existência de um Direito Penal regulador das relações de consumo com base na noção de que a relação consumerista é um bem jurídico imaterial, supraindividual e difuso, daí porque clama pela atuação do direito sancionador, na medida em que o delito praticado na seara da relação consumerista atinge não a um bem individual, mas sim, a toda uma coletividade de forma ampla e genérica.<sup>149</sup>

Para os defensores desta corrente, as relações de consumo estão inseridas na ordem econômica nacional por expressa determinação constitucional, daí porque se faz necessária a proteção penal de toda e qualquer ofensa a este bem jurídico difuso, sob pena de a ofensa constituir óbice para o desenvolvimento nacional, causando o desajuste social.

Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, Ministro Presidente da 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, é um dos defensores da existência da tutela penal do Direito do Consumidor. De acordo com o seu entendimento:

Em face do valor normalmente irrisório do dano individual e da diversidade dos interesses dos consumidores, com a ‘pulverização’ das vítimas, **cabe exatamente ao Direito Penal atuar no sentido de não deixar impunes comportamentos imensamente danosos** e socialmente condenáveis, quando considerados de modo global, ou seja, quando enxergados no contexto da sociedade de consumo como um todo.<sup>150</sup> (grifou-se)

A segunda corrente sustenta a desnecessidade de se atribuir uma tutela penal à relação de consumo, pois com esta tutela apenas estariam sendo criados diversos tipos penais aleatórios e que na prática, não trariam nenhuma tutela efetiva.<sup>151</sup> Além disso, ao se conferir

---

<sup>149</sup> Neste sentido: JUNIOR, João Marcello de Araujo. O direito penal econômico. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 25. p. 151.

<sup>150</sup> BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord). Direito Penal Empresarial. São Paulo: Dialética, 1995. p. 35.

<sup>151</sup> Neste sentido: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito penal supra-individual: interesses difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 131.

tutela penal às relações de consumo, estaria sendo ferido o princípio da intervenção mínima. Neste sentido, Alberto Zacharias Toron afirma que:

(...) o diploma legal em questão, ao tratar das sanções de natureza penal, fere o princípio da intervenção mínima, trabalhando com a perspectiva do emprego de sanções de caráter civil ou administrativo para equacionar os diversos problemas resultantes das relações de consumo.<sup>152</sup>

A pergunta que se faz é: a tutela penal do direito do consumidor se mostra necessária para solucionar as violações dos direitos dos consumidores? Há outras formas de se tutelar esta categoria de interesses?

Se por um lado optou-se pela criminalização de determinadas condutas consideradas lesivas no âmbito das relações de consumo, por outro lado verifica-se a infelicidade do legislador ao fazê-lo, demonstrando ausência total de técnica legislativa.

O Direito Penal, ao tutelar as relações de consumo, acabou por criar diversos tipos penais em legislação esparsa, prevendo condutas que, uma vez praticadas, configuram crimes contra as relações de consumo. Isto tudo porque a nova criminalidade trouxe significativa alteração na estrutura lógica da dogmática penal tradicional, que tutelava, até então, apenas bens jurídicos individuais. Por conta da nova criminalidade que surgiu em razão da globalização e de diversos outros fenômenos sociais, foi necessário que o legislador incorporasse alterações também em sua atividade legislativa, fazendo uma nova leitura da Teoria do Delito então vigente no sistema jurídico.

Como consequência, foram criados tipos penais de perigo abstrato para proteção de interesses difusos, que geram a antecipação da tutela penal. De acordo com o que já foi abordado por meio desta dissertação, nos crimes de perigo abstrato presume-se a probabilidade de ocorrência do dano ao bem jurídico tutelado, independentemente de prova, para que se consuma o delito.

A opção do legislador pela criação de tipos penais de perigo abstrato ocorreu com base na presunção de que determinadas condutas geram danos a toda uma coletividade representada pela classe dos consumidores, de modo que a conduta é tida como lesiva independentemente de gerar dano concreto ou não. Por conta disso, basta a mera exposição do

---

<sup>152</sup> TORON, Alberto Zacharias. Aspectos penais da proteção ao consumidor. In: Direito Penal Empresarial (Tributário e das Relações de Consumo). São Paulo: Dialética, 1995. p.14/15.

bem jurídico tutelado à situação de provável dano para que se tenha como consumado o delito.

Talvez a criação de tipos penais de perigo abstrato seja a maior inovação legislativa incorporada ao ordenamento jurídico em razão do surgimento da tutela penal dos bens jurídicos difusos e coletivos. Pela primeira vez o Direito Penal, conhecido por ser um instrumento garantidor de direitos individuais, passou a flexibilizar certas garantias, antecipando a tutela penal, por entender que a adoção do crime de perigo abstrato seria a forma mais eficaz de proteger os direitos difusos e coletivos, principalmente em se tratando de direitos do consumidor.

Vê-se com preocupação a criação de tipos de perigo abstrato, pois não parece que assim fazendo o legislador consiga tutelar de forma efetiva os direitos dos consumidores. Entende-se que pelas peculiaridades e particularidades dos Crimes contra as Relações de Consumo o legislador busca ao tipificar condutas de perigo abstrato coibir a ameaça aos direitos dos consumidores em fase embrionária, de forma preventiva, evitando até mesmo a efetiva ocorrência do dano, mas nem todas as condutas previstas no artigo 7º da Lei nº 8.137/90 são merecedoras desta antecipação de tutela. Há condutas que podem ser solucionadas de forma muito mais efetiva por meio da aplicação de sanções civis ou administrativas.

Com base nessas considerações, faz-se o seguinte questionamento: até que ponto seria mais eficaz uma incriminação com base na tipificação de crimes de perigo abstrato, incidindo a norma penal quando sequer tenha ocorrido efetivo dano ao bem jurídico tutelado, ou mesmo quando não se tenha a certeza de que a situação de risco ao qual foi exposto o bem jurídico possa gerar dano concreto?

Parece que o incremento do risco ao qual se sujeita a sociedade atual serve de fundamento para a expansão dos crimes de perigo abstrato, justificando a antecipação da tutela penal quando se tem como objeto de proteção um bem jurídico coletivo.

Neste cenário, o Princípio da Precaução acaba tomando o lugar do Princípio da Lesividade, que sempre norteou a aplicação da tutela penal. As incertezas da ocorrência dos riscos aos quais a sociedade está sujeita e ainda a simples suspeita de que possa vir a ocorrer um dano concreto acaba por chancelar a criação de tipos de perigo abstrato. Entre a certeza e

a mera suspeita da possibilidade de ocorrência de um dano acabou o legislador optando pela criminalização da conduta, com base no Princípio da Precaução.

Defende-se que uma conduta que represente ameaça a um bem jurídico protegido é uma condição necessária para justificar sua criminalização, mas jamais representa uma condição suficiente. Seria muito mais efetivo que o legislador criasse critérios precisos de imputabilidade para determinadas condutas do que simplesmente optasse por antecipar o risco e prever a aplicação da tutela penal.

Diante de tantos questionamentos e indagações formulados, a presente dissertação buscou analisar a necessidade de se tutelar pela via do Direito Penal todas as condutas previstas no artigo 7º da Lei nº 8.137/90.

É claro que o Direito Penal não pode simplesmente ser desprezado. Conforme restou amplamente debatido, o Direito está atrelado à própria história da humanidade, de modo que deve acompanhar as transformações sociais. A globalização trouxe diversas alterações sociais, que devem ser acompanhadas pelo Direito. Dentre todas estas transformações a mais importante, sem dúvidas, foi o surgimento dos bens jurídicos difusos e coletivos.

Sob este ponto de vista, é importante que o Direito Penal seja acionado para tutelar esta nova categoria de bens jurídicos, quando necessário, desde que seja respeitado o Princípio da Subsidiariedade. Dentro do Estado Democrático de Direito, o Direito Penal somente poderá ser acionado para tutelar bens jurídicos após ficar demonstrado que outro ramo do Direito não pode desempenhar esta função, ou que não seja suficiente para este papel.

Desrespeitar o Princípio da Subsidiariedade sob o simples argumento de que a sociedade de risco autoriza a incriminação de condutas em nome da precaução e da prevenção não é um argumento válido. Caso assim não seja, o Direito Penal acaba se transformando em instrumento passível de alterações constantes de acordo com os interesses e conveniências políticas da sociedade. Além disso, é necessário observar a aplicação do Princípio da Lesividade, no sentido de que o Direito Penal somente tem campo para incidência quando ocorrer dano concreto ao bem jurídico tutelado.

Em se tratando de Crimes contra as Relações de Consumo, para que seja necessária a aplicação da tutela penal é essencial que da conduta praticada pelo agente resulte

um dano irreparável ou de difícil reparação ao consumidor, seja à sua integridade física, seja à sua saúde, seja à sua vida.

Não é toda e qualquer conduta que merece a atenção do Direito Penal. De todo modo, o que se tem na legislação atualmente em vigor é a criminalização de diversas condutas que podem vir a afetar o consumidor. A seguir será analisada a aplicação prática desta lei sob o ponto de vista penal e processual penal.

A primeira crítica que se faz está relacionada com a positivação das normas penais que tutelam as relações de consumo em diplomas legais esparsos. Não há uma compilação das normas em um único *codex*, facilitando sua aplicação pelo operador do direito. As normas penais que tutelam as relações de consumo estão previstas tanto no Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078, de 11.09.1990, quanto na Lei nº 8.137, de 27.12.1990, a chamada Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e contra as Relações de Consumo. Certamente a unificação de todas estas normas em um único diploma legal facilitaria sua aplicação pelo operador do direito.

A segunda crítica que se faz está relacionada com a imprecisão legislativa. O artigo 7º da Lei nº 8.137/90 dispõe acerca das condutas tipificadas como crime no âmbito das relações de consumo.

Note-se que há uma grande imprecisão na redação do dispositivo legal, pois as condutas não são tecnicamente descritas em linguagem objetiva. Exemplificando, o inciso IX dispõe acerca da mercadoria *imprópria para consumo*. O que é “*impróprio para consumo*”? Qual a definição do termo? Onde é encontrada esta definição? Impróprio necessariamente deve ser nocivo? Algo impróprio pode não ser nocivo? Verifica-se a vagueza do tipo penal, tornando difícil sua aplicação ao caso concreto.

Outra crítica que se faz está relacionada com o autor do delito. Tomando-se por base uma grande rede de supermercados, como saber quem é o autor do delito? O gerente da loja? O gerente do setor onde foi encontrada a mercadoria? O funcionário que expôs a mercadoria na prateleira? O repositor? O fornecedor da mercadoria? O presidente da empresa?

Na prática o que ocorre é a responsabilização objetiva do gerente do estabelecimento comercial, ainda que não tenha sido caracterizada sua negligência, imprudência ou imperícia no cometimento da infração penal. E aqui surge uma nova

indagação: se nosso ordenamento não admite a responsabilidade penal objetiva, como realizar a devida imputação no caso concreto?

Devem ser mantidas nos Crimes contra as Relações de Consumo as mesmas categorias de distinção entre partícipes e autores, ação e omissão, dolo e culpa utilizadas nas infrações penais em geral?

A legislação é falha e deixa muitas lacunas. Alguns questionamentos sequer podem ser respondidos, levando a uma série de dúvidas e arbitrariedades na aplicação da lei.

Outra crítica que se faz está relacionada com a reprimenda extremamente branda prevista pela Lei nº 8.137/90. Vemos que a pena cominada aos delitos nela tipificados é de detenção de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa. Já na Lei nº 8.078/90, a pena cominada é de detenção de 6 (seis) meses a (2) dois anos e multa.

Ou seja: o legislador tipifica e penaliza a conduta sob o fundamento de que a lesão atinge um bem jurídico relevante para a sociedade, e ao final prevê uma reprimenda extremamente branda, que não atende ao aspecto intimidativo da sanção penal.

Vale ressaltar que o *quantum* das penas previstas na Lei nº 8.078/90 possibilita a aplicação da Lei nº 9.099/95, seja com relação à transação penal, ou à suspensão condicional do processo, evitando-se, desta forma, o recolhimento do indivíduo ao cárcere.

Há situações em que a conduta é verificada pelas autoridades policiais ainda em situação de flagrância. Como exemplo, pode ser citada a situação em que um consumidor, ao comprar uma mercadoria em um supermercado, verifica no rótulo que o produto está com data de validade vencida, razão pela qual aciona a Polícia, que ao se dirigir ao estabelecimento comercial prende em flagrante, na grande maioria dos casos, o gerente de plantão no momento dos fatos, por entender que pela função de gerente, esta pessoa é a responsável pela conduta praticada. Esta é uma das grandes falhas da legislação, pois não se pode supor que o gerente de plantão seja o responsável pela conduta. Há toda uma cadeia de pessoas envolvidas desde o momento da produção da mercadoria, até sua exposição à venda.

Mesmo nestes casos de flagrante delito, o indivíduo acaba sendo liberado após o pagamento de uma fiança e responde ao processo penal em liberdade, já que nesta modalidade de delito a pena cominada é extremamente branda, permitindo que o próprio Delegado de Polícia possa arbitrar fiança para que o sujeito possa ser liberado.

Esta prática do arbitramento de fiança ao invés de manter o indivíduo preso já é conhecida pelos fornecedores e empresários atuantes no mercado de consumo e acaba viabilizando a ineficácia da tutela penal do consumidor, pois coloca em descrédito a proteção penal. Os fornecedores e comerciantes acabam assumindo o risco de expor mercadoria imprópria para consumo, pois caso seja constatada a irregularidade, sabem que na pior das hipóteses alguém será conduzido ao Distrito Policial, mas será liberado logo após o pagamento de uma fiança, muitas vezes arbitrada em valores ínfimos diante do patrimônio da empresa envolvida na ocorrência, inexistindo uma reprimenda eficaz que coíba esta prática.

De todo modo, independente disso, será instaurado Inquérito Policial e provavelmente ajuizada Ação Penal. Caso ao final o indivíduo venha a ser efetivamente condenado, cai na situação já descrita: fará jus aos benefícios da Lei nº 9.099/95, sequer cumprindo efetivamente sua pena. Ou seja: a repressão que se pretende dar aos agentes causadores de danos ao consumidor é inócua, pois o infrator, na grande maioria dos casos, poderá se valer de acordo firmado com o Ministério Público, deixando de cumprir a pena cominada ao delito praticado. Além disso, caso seja firmado acordo de transação penal a ocorrência criminosa sequer constará na Folha de Antecedentes Criminais do indivíduo.

Desta forma, por que penalizar a conduta? Não seria mais eficaz prever uma sanção civil, como por exemplo, exigir do causador do dano ao consumidor o pagamento de uma indenização? A necessidade de se pagar uma indenização civil tornaria a norma protetiva muito mais eficaz, pois aquele que fosse compelido ao seu pagamento sentiria no bolso a gravidade da reprimenda e não pouparia esforços para, no futuro, evitar nova lesão ao consumidor. As funções reeducativa e preventiva da pena estariam sendo aplicadas de forma muito mais efetiva e concreta.

Além disso, uma vez determinado em sentença o pagamento de uma indenização, o devedor não poderia se eximir do pagamento, pois caso não o fizesse de forma voluntária, seria compelido a isso por meio de uma ação de execução, onde surgiria a possibilidade de penhora de patrimônio, tornando eficaz e efetiva a tutela civil.

A outra crítica que se faz e que já foi amplamente debatida por meio desta dissertação refere-se ao fato dos Crimes Contra as Relações de Consumo terem a natureza de crimes de perigo abstrato.

Já se consignou neste estudo que os crimes de perigo abstrato são aqueles em que se presume a ofensa ao bem jurídico tutelado. Ou seja: basta ao agente praticar a conduta típica descrita na norma para que se tenha como consumado o delito, independentemente de prova ou de efetivo resultado lesivo.

Esta modalidade de crime vai contra o Código Penal, que só admite punição quando demonstrada a culpabilidade do agente (*nullum crimen sine culpa*), ou seja, quando restar comprovado que o sujeito agiu com dolo ou culpa, conforme dispõe o artigo 18 do mencionado estatuto legal, nos seguintes termos:

Art. 18 - Diz-se o crime:

Crime doloso

I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo:

Crime culposo

II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

O Direito Penal apenas admite aplicação de punição ao sujeito quando demonstrada sua culpabilidade. Ao tipificar os Crimes contra as Relações de Consumo, o legislador estabeleceu condutas e considerou, com base em uma presunção absoluta (*juris et de juris*), que estas condutas efetivamente atingem ou ameaçam atingir o bem jurídico tutelado, independentemente de comprovação da culpabilidade do agente.

Desta forma, ao não permitir que o agente possa comprovar se houve ou não dolo ou culpa em sua conduta, o que em tese afastaria sua responsabilidade penal, o legislador acabou desrespeitando o princípio constitucional da presunção de inocência. Pior que isso, o legislador permite a punição de uma conduta independentemente da ocorrência de dano concreto ao bem jurídico tutelado. É um rematado absurdo permitir que assim o seja. Tratando-se de uma presunção absoluta, fica impedido o exercício da possibilidade de o agente exonerar-se da responsabilidade penal naqueles casos em que não existiu o perigo, implicando numa afetação radical ao direito de defesa, incompatível com um Direito Penal garantidor.<sup>153</sup>

---

<sup>153</sup> Neste sentido: MENDONÇA, Rodrigo Senzi Ribeiro de. Aspectos penais da proteção ao consumidor. Trabalho de conclusão de curso apresentado para o Programa de Especialização em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: 2001. p. 22.

A conduta criminosa, para que esteja configurada, deve provocar lesão ou ao menos colocar em risco o bem jurídico tutelado. E esse resultado deve ser analisado e comprovado em cada caso concreto. Jamais pode ser presumido pelo legislador, sobretudo de forma absoluta. Há muitas condutas previstas na Lei nº 8.137/90 que geram simples aborrecimentos do consumidor e não um dano propriamente dito. Tais condutas não poderiam ser, por esta razão, tuteladas pelo Direito Penal.

A infração penal exige lesão. Não há razão que justifique no sistema jurídico brasileiro o uso de tipos penais de perigo abstrato.

A questão não é tratada com o rigor necessário. Ora, se a tutela penal nos Crimes contra as Relações de Consumo tem como fundamento principal a proteção da coletividade de consumidores com o intuito de evitar ou prevenir a ocorrência de lesões em sua esfera de interesses, é ilógico tratar a questão com tanta falta de técnica, prevendo aplicação de penas brandas e que na prática nenhuma efetividade trazem à aplicação do Direito Penal.

Não se vislumbra nenhuma eficácia prática ou jurídica na proteção penal dada aos consumidores da forma como ocorre nos dias de hoje. O que se verifica é que o legislador buscou acionar o Direito Penal na proteção dos direitos do consumidor criminalizando indistintamente condutas que entendeu serem lesivas aos consumidores. Contudo, conforme se consignou, o Direito Penal deve ser usado como *ultima ratio*, sempre de forma subsidiária, apenas e tão somente quando outros ramos do direito não forem suficientes ou capazes de tutelar uma determinada situação.

O Direito Penal deve ser acionado para tutelar os Crimes contra as Relações de Consumo apenas quando houver efetiva lesão a bens jurídicos de suma importância como a vida, a saúde e a integridade física do consumidor, daí porque somente nestas situações é justificável a aplicação da tutela penal.

Caso não se esteja diante de efetiva lesão, não parece ser a criação de tipos de perigo abstrato a melhor saída para se dar ao tema. Nos Crimes contra as Relações de Consumo há outros mecanismos e outros ramos do direito que podem ser acionados para tutelar de forma mais efetiva o direito dos consumidores, sem que seja necessário acionar o Direito Penal, banalizando e tornando ineficaz e inócua a tutela pretendida.

## CONCLUSÃO

Por meio da presente dissertação foram analisados de forma crítica os aspectos que envolvem a aplicação da tutela penal nos Crimes contra as Relações de Consumo. Antes de ingressar no objeto de estudo foi proposta ao longo do Capítulo 1 uma análise sobre a Teoria do Direito, partindo-se, inicialmente, de um exame acerca do conceito de Direito.

Concluiu-se, ao fim, que o Direito é uma ciência humana utilizada com o objetivo de manter a ordem e a paz social. Para alcançar sua finalidade, esta ciência se utiliza das proposições normativas, enunciados que trazem regras de condutas que devem ser seguidas pelos membros da sociedade, em razão da imperatividade do Direito. Além disso, consignou-se que caso a sociedade não estivesse organizada em grupos sociais não haveria a necessidade da existência do Direito para regular as condutas humanas.

A seguir, ainda tratando da Teoria Geral do Direito, foi analisada a norma jurídica propriamente dita, sobretudo no que diz respeito à sua estrutura. Adotou-se o modelo proposto por Hans Kelsen, no sentido de que a estrutura normativa é composta por uma entidade singular, onde uma proposição antecedente é associada a uma proposição consequente por um ato de vontade do legislador, mediante a existência de um conectivo condicional, na forma “ $H \rightarrow C$ ”. Assim, dada uma hipótese, será uma consequência.

Na hipótese (H) está o chamado pressuposto ou antecedente da norma jurídica, que descreve de forma abstrata uma situação hipotética que poderá ocorrer no mundo. O consequente (C) descreve, como o próprio nome diz, a consequência da ocorrência da prescrição contida na hipótese normativa.

No Capítulo 2 foi analisada a aplicação da norma jurídica. Nesta análise foram considerados os critérios de norma justa e injusta, válida ou inválida, eficaz ou ineficaz e vigente ou não vigente. Esta análise foi extremamente útil, pois não basta que uma norma jurídica seja inserida em um determinado sistema jurídico. Para que a norma pertença ao sistema é necessário que tenha sido criada pelo legislador observando os requisitos legais do processo legislativo competente e que esta norma esteja pronta para irradiar seus efeitos no mundo, afinal, a norma foi criada para esta finalidade. Se não puder irradiar seus efeitos no sistema, de nada terá adiantado a sua criação.

A partir do Capítulo 3 passou a ser abordado o objeto central desta dissertação, com a análise dos novos interesses tutelados pelo ordenamento jurídico após a promulgação da Constituição Federal de 1988, quais sejam, os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Adiante, com base na evolução da tutela penal ao longo dos tempos, foi analisado o tratamento conferido pelo Direito Penal aos interesses difusos, bem como a tipificação de crimes contra interesses difusos na sociedade de risco atual. Restou demonstrado que se antes o Direito Penal preocupava-se em proteger bens jurídicos individuais, agora, com a transformação da sociedade, o legislador passou a preocupar-se também com a tutela penal de bens jurídicos difusos e coletivos.

Por fim, no Capítulo 4, foi abordada a questão acerca da efetividade do Direito na aplicação da Tutela Penal nos Crimes contra as Relações de Consumo. Foi analisada a questão da tipificação dos Crimes contra as Relações de Consumo, das diferenças entre crime de dano e crime de perigo, das características dos crimes de perigo abstrato, do papel atual do Direito Penal no combate à criminalidade e, por fim, a proteção conferida ao Direito do Consumidor em âmbito Penal e Processual Penal.

Com a chamada Era da Modernidade, novos riscos sociais passaram a existir, fazendo com que o Direito Penal promovesse alterações na forma de tutela dos interesses sociais. Durante a chamada Era Clássica, o Direito Penal somente era acionado quando ocorresse dano efetivo a um bem jurídico. A lesão era condição *sine qua non* para que o Direito Penal pudesse ser utilizado.

Se antes era necessário o dano efetivo ao bem jurídico tutelado para que o Direito Penal pudesse ser acionado, hoje basta a possibilidade ou mera probabilidade da ocorrência do dano para que o Direito Penal possa agir, já que os crimes que tenham por objeto bens jurídicos coletivos não necessitam da ocorrência de efetiva lesão para sua consumação. São os chamados crimes de perigo abstrato.

Ao criar tipos de perigo abstrato para proteger as relações de consumo o legislador acabou por substituir o Direito Penal de lesão por um Direito Penal de perigo. Em razão disso, o Direito Penal deixa de ser um instrumento de reação à lesões causadas à direitos individuais dos cidadãos e passa a ser um instrumento de política de segurança, atuando de forma preventiva na sociedade, defendendo interesses coletivos.

Não se pode negar a função política que o Direito Penal exerce na sociedade. No entanto, por meio da elaboração da presente dissertação foi criticada a forma escolhida pelo legislador para utilizar o Direito Penal nos dias atuais. O que se vê é um notório inflacionismo penal, marcado pela criação exagerada de tipos penais que nada tutelam de forma efetiva, representando simples simbolismo penal. Isso acontece principalmente quando se está diante da tutela de interesses difusos e coletivos, como é o caso dos Crimes contra as Relações de Consumo.

Especificamente no caso dos Crimes contra as Relações de Consumo o legislador elegeu como forma de tutela a criação de crimes de perigo abstrato, fato este que foi objeto de críticas neste trabalho. Defende-se que a atuação do Direito Penal deve estar pautada sempre na ocorrência de dano. Somente onde houver dano é que haverá campo de incidência para aplicação do Direito Penal.

Partindo-se do pressuposto de que o Direito Penal é a *ultima ratio* na solução de conflitos sociais, somente devem interessar ao Direito Penal condutas efetivamente lesivas e não aquelas potencialmente lesivas.

A opção do legislador em prever a tutela penal criminalizando determinadas condutas no âmbito das relações de consumo se deu historicamente, após o período da Revolução Industrial, que fez surgir uma nova ordem social, diante de todas as mudanças vivenciadas pela sociedade, onde as garantias individuais passaram a dividir espaço com os interesses difusos e coletivos. O legislador percebeu que apenas a tutela dos interesses individuais não era suficiente para garantir a paz social, prevendo então a tutela dos interesses difusos e coletivos como forma de equilibrar as relações sociais.

Entende-se que a forma utilizada pelo legislador para tutelar os interesses dos consumidores foi falha e padeceu de técnica, razão pela qual na prática a tutela se tornou absolutamente ineficaz. Foram criados tipos penais aleatórios em legislação esparsa, sendo que as normas são lacunosas e pouco esclarecedoras. O que se vê é que a intenção do legislador foi nobre, mas o modo pelo qual esta tutela se deu não foi dos melhores.

É necessário que o Direito Penal acompanhe a evolução da sociedade. Conforme visto ao longo do presente estudo o Direito existe para a sociedade e em razão da existência da sociedade. Desta forma, o Direito Penal deve tutelar determinados interesses difusos e

coletivos específicos. Contudo, merece crítica da forma como isso foi feito pelo legislador, principalmente em razão da via eleita, qual seja, a tipificação de crimes de perigo abstrato.

Cada caso deve ser analisado com cautela. Algumas situações em razão de sua complexidade ou mesmo de suas particularidades deverão, é claro, ser tuteladas por meio da criação de tipos de perigo abstrato. No entanto, outras, devem ser tuteladas com base no princípio da lesividade, de modo que somente poderia ser o Direito Penal acionado em algumas situações em caso da ocorrência de dano efetivo.

É verdade que a sociedade passa atualmente por uma verdadeira sensação de insegurança social, mas não parece que acionar o Direito Penal de forma indiscriminada e de forma que seja ele, o Direito Penal, o principal e primeiro ramo do Direito a ser acionado na solução de conflitos sociais seja a resposta correta a ser dada pelo legislador. É preciso respeitar o caráter subsidiário do Direito Penal, acionando-o apenas quando nenhum outro ramo do Direito puder tutelar o bem jurídico lesionado. A resposta a ser dada pelo Direito Penal deve ir além de uma política criminal da tolerância zero, cega por criminalizar todo e qualquer tipo de conduta.

Não é equivocado afirmar que o Direito Penal vive, desde o fim da Revolução Industrial, um novo momento. Abandona-se a ideia de que o Estado deve preocupar-se apenas com as lesões concretas aos bens individuais, principalmente lesões à liberdade do indivíduo, e passa a ser aceita também a ideia de que lesões causadas a interesses difusos e coletivos também merecem a proteção do Direito Penal. Isto se dá com vistas a garantir a dignidade da pessoa humana em um contexto social em que devem ser satisfeitas as necessidades de cada um dos membros da sociedade.

Outra conclusão a que se chegou foi justamente a ineficácia das sanções previstas aos Crimes contra as Relações de Consumo, que são extremamente brandas, colocando em descrédito o caráter intimidativo do Direito Penal.

Não se vislumbra nenhuma eficácia prática ou jurídica na proteção penal dada aos consumidores da forma como ocorre nos dias de hoje. Além disso, vê-se que a tutela penal do consumidor é vista como *prima ratio*, contrariando e ofendendo o princípio da intervenção mínima, vetor máximo de orientação do Direito Penal. A prática acaba revelando a ineficácia da tutela penal e a necessidade de se promover alterações na legislação, tornando-a eficaz na defesa dos direitos do consumidor.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- AQUINO, Tomas de. **Suma Teológica**. Volume VI. São Paulo: Edições Loyola, 2005.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1991.
- \_\_\_\_\_. **Revista da Procuradoria-Geral de Justiça de São Paulo**. Centro de estudos nº 41, jun, 1994.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Paulo M. Oliveira; prefácio de Evaristo de Moraes. São Paulo: Edipro, 2015.
- BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. *In*: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord). **Direito Penal Empresarial**. São Paulo: Dialética, 1995.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- BUENO, Francisco da Silveira. **Minidicionário da língua portuguesa**. São Paulo: FTD, 1996.
- CARNELUTTI, Francesco. **Lições sobre o Processo Penal**. v. 1. Traduzido por Francisco José Galvão Bruno. 1. ed. Campinas: Bookseller Editora, 2004
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Algo sobre o constructivismo lógico-semântico**. In: “Constructivismo lógico-semântico”. Coordenação: Paulo de Barros Carvalho, vol. I. São Paulo: Noeses, 2014.
- \_\_\_\_\_. **Direito Tributário: linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2013.
- \_\_\_\_\_. **Direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. São Paulo: Saraiva, 2008.

CINTRA, Luis Daniel Pereira e ZANELATO, Marco Antonio. **O Ministério Público e a defesa coletiva dos consumidores**. Justitia nº 54, v. 160. São Paulo: Procuradoria Geral de Justiça do Estado, out/dez, 1992.

CUELLO CALÓN, Eugenio. **La moderna penología**. Barcelona: Bosch, 1974.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2013.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco e RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Direito ambiental e patrimônio genético**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

GARCIA, Gilberto Leme Marcos. **A pena como resposta ao delito**. In: Boletim IBCCRIM nº 60.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A problemática dos interesses difusos. A tutela dos interesses difusos**. São Paulo: Max Limonad, 1984.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Rio de Janeiro: Vozes, 2014.

HART, H.L.A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

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

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Antônio Pinto de Carvalho. Lisboa: Companhia Editora Nacional, 1964.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos – conceito e legitimação para agir**. São Paulo: RT, 1994.

MENDONÇA, Rodrigo Senzi Ribeiro de. **Aspectos penais da proteção ao consumidor**. Trabalho de conclusão de curso apresentado para o Programa de Especialização em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: 2001.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. São Paulo: Saraiva, 1998.

MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: parte geral – parte especial**. 7ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

\_\_\_\_\_. **Bandido bom é bandido morto?** Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2016/09/12/bandido-bom-e-bandido-morto/>

\_\_\_\_\_. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Hassemer e o direito penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa**. São Paulo: IBCCRIM, 2013.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. São Paulo: RT, 1996.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 25ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Revista dos Tribunais, 2002.

SGARBI, Adrian. **Introdução à teoria do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

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

TORON, Alberto Zacharias. **Aspectos penais da proteção ao consumidor**. *In*: Direito Penal Empresarial (Tributário e das Relações de Consumo). São Paulo: Dialética, 1995.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. São Paulo: Saraiva, 1989.

\_\_\_\_\_. **Escritos jurídicos e filosóficos**. Volume 1. São Paulo: Axis Mundi, 2003.