

UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO
DEPARTAMENTO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU*
PROGRAMA DE DOUTORADO EM DIREITO

THAIS CAROLINE BRECHT ESTEVES GOUVEIA

**A RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS POR ABUSO DE
PODER ECONÔMICO CONTRA O CONSUMIDOR À LUZ DA TEORIA DOS
MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO**

SÃO PAULO-SP

2023

THAIS CAROLINE BRECHT ESTEVES GOUVEIA

**A RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS POR ABUSO DE
PODER ECONÔMICO CONTRA O CONSUMIDOR À LUZ DA TEORIA DOS
MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO**

Tese defendida e apresentada ao programa de pós-graduação *stricto sensu* em Direito da Universidade Nove de Julho, como requisito parcial para obtenção de título de Doutora em Direito.

Orientação: Professor Doutor Marcelo Navarro Ribeiro Dantas

SÃO PAULO – SP

2023

FICHA CATALOGRÁFICA

Autorizo a reprodução parcial ou total deste trabalho, por qualquer que seja o processo, exclusivamente para fins acadêmicos e científicos.

Gouveia, Thais Caroline Brecht Esteves.

A responsabilidade penal das pessoas jurídicas por abuso de poder econômico contra o consumidor à luz da teoria dos mandados de criminalização. / Thais Caroline Brecht Esteves Gouveia. 2023.

161 f.

Tese (Doutorado) - Universidade Nove de Julho - UNINOVE, São Paulo, 2023.

Orientador (a): Prof. Dr. Marcelo Navarro Ribeiro Dantas.

1. Abuso de poder econômico. 2. Esponsabilidade penal pessoa jurídica. 3. Consumidor. 4. Mandado de criminalização. 5. Compliance.

I. Dantas, Marcelo Navarro Ribeiro. II. Título.

CDU 34

THAIS CAROLINE BRECHT ESTEVES GOUVEIA

**A RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS POR ABUSO DE
PODER ECONÔMICO CONTRA O CONSUMIDOR À LUZ DA TEORIA DOS
MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO**

Tese defendida e apresentada ao programa de pós-graduação *stricto sensu* em Direito da Universidade Nove de Julho, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutora em Direito.

Aprovada em: ____/____/____

Banca Examinadora:

Doutor Marcelo Navarro Ribeiro Dantas
Orientador – UNINOVE

Doutor Reynaldo Soares da Fonseca
Examinador Interno – UNINOVE

Doutor Walter Godoy dos Santos Júnior
Examinador Interno – UNINOVE

Doutor Fernando Reverendo Vidal Akaoui
Examinador Externo – UNISANTA

Doutor Alexandre Rocha Almeida de Moraes
Examinador Externo – PUC/SP

Dedico essa tese aos meus filhos Gustavo, Pedro e Aimée, norte da minha vida, e ao meu marido Wagner, amigo e companheiro de todas as horas e a meu pai que, apesar da partida prematura, permitiu-me doces lembranças da infância

AGRADECIMENTOS

A Deus, pelas bênçãos recebidas

A meu marido Wagner, pelo amor, apoio e incentivo incondicionais e inclusive momentos de distração para recuperar as energias entre tantos afazeres

A meus filhos, Gustavo, Pedro e Aimèe, pela compreensão em relação às horas que deixei de ficar ao lado deles e por serem também meus professores nessa vida

A minha mãe, pelas lições de demonstração de força

A meu orientador, Prof. Dr. Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, pelo entusiasmo transmitido, lições inesquecíveis e ajuda inestimável na conclusão deste trabalho

A todos os professores da Universidade Nove de Julho, pelas aulas memoráveis que muito ajudaram a trilhar o caminho desta tese

A Universidade Nove de Julho, pelo programa que concedeu bolsa para cursar o doutorado

A meus assistentes no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Marcelo e Andréa, pela dedicação no auxílio nos processos

E tudo o que os homens fazem ou sabem só pode fazer sentido na medida em que pode ser falado. Pode haver verdades além da fala, e elas podem ser de grande relevância para o homem no singular, isto é, para o homem na medida em que ele não é um ser político, seja ele qual for. Os homens no plural, isto é, os homens na medida em que vivem, se movem e agem neste mundo, só podem experimentar a significação porque podem falar e fazer sentido uns com os outros e para si mesmos

Hannah Arendt

RESUMO

A busca por soluções que efetivamente protejam o consumidor de situações de abuso do poder econômico encontrou no Direito Econômico e Direito Penal econômico um campo fértil para as desenvolver. O Direito Penal Econômico, por abordar situações de massa e que demandam resposta jurídica célere, acaba por preencher um vazio doutrinário e legislativo na proteção do consumidor. A sua própria natureza, dinâmica e maleável, permite acolher a tutela do bem jurídico do consumo, que deve ser considerado como direito fundamental. A noção de direito ao consumo como direito fundamental, e, portanto, vetor da dignidade da pessoa humana, insere o bem jurídico correspondente no âmbito da proteção do Direito Penal, dada sua relevância. Não se trata, contudo, do Direito Penal tradicional, mas do moderno Direito Penal – que inclui o Direito Penal Econômico, afeito às novas formas de abuso contra o consumidor. Atende-se, desta forma, a um mandado de criminalização constitucional e se permite o combate mais efetivo a condutas que violem o direito ao consumo e assim, a própria ordem econômica. Discute-se, pois, a natureza do bem jurídico de proteção ao consumidor, dada sua configuração como bem jurídico coletivo ou transindividual. O mencionado combate alcança a responsabilização penal da pessoa jurídica, sem a qual, o vazio protetivo continuaria a ser gestado em nosso sistema. Responsabilização que demanda identificar o elemento volitivo da empresa, a par dos instrumentos legais existentes, em especial o sistema de *compliance*. Por fim, a responsabilização da pessoa jurídica tornar-se-ia estéril dentro do sistema legal existente, de tal forma que a o Direito Penal demanda a criação de um sistema próprio e a revitalização de conceitos e a pena consensuada aparece como proposta eficiente e profícua para oferecer resposta a condutas abusivas no campo do consumo.

Palavras-chave: Abuso de poder econômico – responsabilidade penal pessoa jurídica – consumidor – mandado de criminalização – compliance – pena consensuada

ABSTRACT

The search for solutions that effectively protect the consumer from situations of abuse of economic power has found in economic law and economic criminal law a fertile field to find them. This, by addressing mass situations that require a rapid legal response, ends up filling a doctrinal and legislative void in consumer protection. The very nature of economic criminal law, dynamic and malleable, makes it possible to welcome the protection of the juridical good of consumption, which must be considered as a fundamental right. The notion of the right to consumption as a fundamental right and therefore vector of the dignity of the human person, inserts the legal good under analysis in the scope of the protection of criminal law, given its relevance, but not the traditional criminal law, but the modern criminal law, attached to the nine forms of abuse against the consumer. In this area, a constitutional criminalization warrant is complied with and the most effective combat in the sphere of consumption is allowed. The aforementioned fight reaches, therefore, the criminal accountability of the legal entity, without which, the protective void would continue to be gestated in our system. Accountability that demands to identify the volitional element of the company, along with the existing legal instruments. Finally, the accountability of the legal entity would become sterile within the existing legal system, in such a way that the consensual criminal law would efficiently and fruitfully resolve the criminalization of abusive conduct in the field of consumption.

Key words: Abuse of economic power – criminal liability legal entity – consumer – criminalization warrant – compliance – consensual penalty

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

BGHSt	<i>Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen</i>
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CC	Código Civil
CCO	<i>Chief Compliance Officer</i>
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CP	Código Penal
EC	Emenda Constitucional
FCPA	<i>Foreign Corrupt Practices Act</i>
OIT	Organização Nacional Do Trabalho
ONU	Organização das Nações Unidas
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TRF	Tribunal Regional Federal
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1. OS ASPECTOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO ECONÔMICO E DO DIREITO PENAL ECONÔMICO	16
1.1 Bases constitucionais do Direito Econômico.....	17
1.1.1. O sincretismo jurídico do Direito Econômico.....	20
1.2. O Direito Penal Econômico.....	22
1.2.1. As características do Direito Penal Econômico.....	26
1.2.1.2. O Direito Penal Econômico e o Direito brasileiro.....	28
1.2.1.3. A transdisciplinaridade do Direito Penal Econômico.....	30
1.2.3. Delitos econômicos.....	33
1.2.4. O efeito regulatório indireto do Direito Penal Econômico.....	34
1.3. Direito Penal de Intervenção.....	36
1.3.1. Direito Penal de Duas Velocidades.....	39
1.4. O novo Direito Penal.....	40
2. O ABUSO DO PODER ECONÔMICO E O CONSUMIDOR	42
2.1. Abuso de poder econômico contra o consumidor.....	44
2.1.1. O abuso de poder econômico e a interferência na sustentabilidade.....	48
2.1.2. O abuso de poder econômico e a inteligência artificial.....	49
2.1.3. Reflexos no Direito do Consumidor.....	51
2.2. O Direito do Consumidor como direito fundamental.....	53
2.2.1. O Direito do Consumidor como princípio impositivo.....	58
2.3. O Direito Penal Econômico e do Direito do Consumidor.....	60
2.3.1. O Direito Penal do Consumidor.....	66
2.3.2. Crimes de Consumo próprios e impróprios.....	70
2.3.3. Tipos cumulativos e o Direito Penal do Consumidor.....	72
3. MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO E A PROTEÇÃO DO DIREITO DO CONSUMIDOR	75
3.1. Mandados de criminalização explícitos e implícitos.....	78
3.1.1. Os direitos fundamentais e a proteção do Estado.....	81
3.2. O bem jurídico penal.....	82
3.2.1. Bens Jurídicos Transindividuais.....	88
3.2.1.1. Bem jurídico-penal difuso e coletivo.....	93
3.2.2. A natureza do bem jurídico penal do consumidor.....	97

3.3. Aplicação da teoria do diálogo das fontes na proteção do Direito do Consumidor.....	100
3.4. A responsabilidade da pessoa jurídica e os direitos fundamentais.....	102
4. PESSOA JURÍDICA CRIMINOSA.....	104
4.1. A responsabilidade penal da pessoa jurídica em outros sistemas.....	108
4.2. Modelos extrapenais de responsabilização da pessoa jurídica.....	110
4.3. Teoria da realidade ou da personalidade real ou orgânica.....	111
4.4. Teoria da Ficção.....	113
4.5. Imputação de crime à pessoa jurídica	114
4.5.1. Fundamentação constitucional.....	115
4.5.2. Heterorresponsabilidade.....	117
4.5.3. Autorresponsabilidade.....	118
4.5.4. A decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário no. 548.181.....	120
5. CONCEITO DE CRIME EM FACE DA PESSOA JURÍDICA E A PENA.....	122
5.1. Culpabilidade – Cidadania Empresarial.....	122
5.2. Condução da atividade empresarial.....	124
5.3. Responsabilidade penal pessoa jurídica e o <i>compliance</i>	126
5.3.1. Autorregulação empresarial – o <i>compliance</i>	128
5.4. Tipicidade conglobante e o ilícito empresarial.....	132
5.5. A pena e a pessoa jurídica.....	134
5.5.1. Modelo consensual aplicado na justiça criminal.....	136
5.5.2. A justiça penal consensual como instrumento de política criminal e de regulação de mercado.....	138
5.6. Princípio da Proporcionalidade.....	142
5.7. Princípio da Personalidade.....	143
5.8. Sistematização do tratamento da pessoa jurídica no Direito Penal.....	144
CONCLUSÕES.....	147
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	150

INTRODUÇÃO

A presente tese nasceu da prática profissional em Direito Civil em que se identifica uma crescente ocorrência de violações do Direito do Consumidor, com histórias repetidas em diversas situações decorrentes do uso indevido da informação, sugestão violadora por um consumo exacerbado, contratos de adesão com abuso da posição de poder das pessoas jurídicas e corporações, entre tantas outras condutas abusivas.

Basta ser consumidor e estar inserido na sociedade de consumo para ser assediado por formas diversas, mais ou menos explícitas, para o consumo. Ou então ficar sujeito a situações que prejudicam sua saúde, seu patrimônio ou bem-estar, sendo apenas uma parte de uma imensa massa prejudicada por grandes conglomerados, muitas vezes de natureza transnacional. Outras vezes a conduta abusiva é até mesmo anônima, havendo apenas uma pessoa jurídica de onde emanou a referida conduta. São situações em que o consumo é sugestionado ou direcionado a ponto de retirar a formação da vontade do consumidor ou então situações em que a relação de poder está desequilibrada e os direitos fundamentais, entre eles o direito ao consumo, são violados.

Ao baixar aplicativos de redes de varejo, por exemplo, o consumidor é imediatamente colocado na posição de alvo, e passa a ser notificado, assediado, direcionado ao consumo e até mesmo um consumo veiculado por meio de informações preconceituosas. O suposto “paternalismo” de empresas esconde o interesse real de provocar o abuso do consumo e muitas vezes está inserido num panorama de desrespeito à dignidade da pessoa humana.

Necessidades que sequer existem são criadas e opiniões que deveriam ser livres passam a ser direcionadas.

O uso das redes sociais, anúncios em veículos diversos, e até mesmo o uso de informações pesquisadas para oferecimento de serviços e produtos durante uma simples navegação na internet, retiram do consumidor o bem que lhe é mais valioso: o direito de escolha. Imputam-lhe, também, posicionamentos subliminares ou o colocam numa situação de consumidor lesionado, mas sem poder para reclamar

[Digite aqui]

perante um ente formal poderoso e, com isso, a ordem econômica passa a ficar fragilizada pelo mau uso de empresas e corporações, criando uma falseada liberdade de contratar.

Em que pese a possibilidade de fixação de penas por infrações administrativas ou as recorrentes ações para reconhecer o dever de indenizar, o resultado é que muitas vezes essas penalidades acabam por “valer o risco”, e então infringir normas torna-se mais vantajoso e lucrativo do que manter-se em práticas comerciais pautadas na boa-fé objetiva, na cidadania empresarial e na liberdade do consumidor.

A proteção ao consumidor, pois, deve ser enxergada de forma macrossocial, como um bem jurídico coletivo, afeito aos moldes atuais dos interesses dos consumidores dentro de uma sociedade pós-moderna.

Assim, a atual sociedade e as formas novas de violação dos direitos do consumidor apontam para uma necessidade: a efetiva responsabilização penal das pessoas jurídicas, o que, necessariamente, leva ao necessário enfrentamento de questões conceituais e de críticas àqueles que se opõem a tal responsabilidade ou preconizam a eficiência do Direito Administrativo sancionador.

A presente tese, pois, reduzindo o âmbito de análise às questões de abuso de poder econômico em face do consumidor, envereda por questões conceituais para buscar um entrelaçamento teórico para a responsabilidade penal efetiva da pessoa jurídica, sugerindo conceitos – em consonância com o sistema brasileiro – para consecução de tal fim.

O método de pesquisa adotado se baseia no procedimento da pesquisa bibliográfica, considerando abordagens diversas sobre o entendimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica e teve como ponto de partida a experiência prática da doutoranda.

Como Magistrada na comarca de Santos, e integrando o grupo da unidade remota de julgamento do Tribunal de Justiça de São Paulo, sentencio processos de diversas comarcas no Estado de São Paulo sendo possível perceber que várias demandas são repetidas e comuns a todas as comarcas, violam o Direito do Consumidor através de práticas de abuso de direito sem efetiva resposta às empresas
[Digite aqui]

que praticam condutas ilícitas, ferindo, desta forma, não só os direitos individualmente considerados, mas direitos transindividuais relativos ao consumo.

Constata-se, pois, que o reconhecimento do dever de indenizar e multas administrativas pouca eficiência têm em tutelar o consumidor e acabam por repercutir negativamente na ordem econômica.

Assim, a abordagem científica dedutiva conduz a linha da presente tese e busca solucionar um vazio existente no sistema jurídico relativo à ausência de previsão legal para a responsabilidade penal da pessoa jurídica face à nova criminalidade que afeta especialmente os direitos transindividuais e se agrava com a natureza transnacional das empresas e grandes grupos econômicos.

1.OS ASPECTOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO ECONÔMICO E DO DIREITO PENAL ECONÔMICO

A matéria de estudo desta tese se insere no âmbito do Direito Econômico e a delimitação de seu conteúdo, assim, como a do Direito Penal Econômico, são essenciais na medida em que a legitimidade deste – em oposição à crítica ao expansionismo penal – depende da aferição de suas características.

O Direito Econômico, na afirmação de Washington Peluso Albino de Sousa¹ em 1975, deve ser distinguido do *conteúdo econômico* do Direito pois trata da realidade-jurídico-econômica e não deve ser definido apenas por seu objeto. Segundo ele:

Esta realidade-jurídico-econômica que se nos impõe é que nos conduz à tentativa de atingir um **justo-certo**, que atendendo à sua natureza composta harmonize a explicação do **certo econômico**, dado pela Economia, com o **modo de ser justo**, dado pelo direito.² (grifo original)

E continua, com o seguinte conceito, em cujo artigo alerta para a importância do Direito Penal Econômico:

O Direito Econômico, um conjunto de normas de conteúdo econômico que pelo princípio da economicidade assegura a defesa e a harmonia dos interesses individuais e coletivos, bem como regulamenta a atividade dos respectivos sujeitos na efetivação da política econômica definida na ordem jurídica.³

A Constituição Federal de 1988 trouxe, alguns anos mais tarde, as bases para estruturação efetiva deste ramo jurídico, sem, contudo, cessar a discussão acerca da natureza do Direito Econômico e dos conceitos relativos a ele. Diogo R. Coutinho reflete sobre o papel do Direito Econômico na construção e alteração de arranjos institucionais que estruturam políticas públicas de forma democrática para alcançar o desenvolvimento econômico. Em sua visão, que parte de uma perspectiva institucional, portanto, o Direito Econômico é pensado como uma “tecnologia” para organizar arranjos de políticas públicas:

¹ De Sousa, Washington Peluso Albino de Sousa. Conceito e Objeto do Direito Econômico *in* **Revista da Faculdade de Direito**, n. 18, 1976, p. 23/35 na Conferência Inaugural do “Primeiro Seminário Paulista do Direito Econômico”, realizado de 06 a 23 de maio de 1975 em São Paulo.

² Op. cit. p. 25.

³ Op. cit. p. 26.

[Digite aqui]

Nesse contexto, o direito econômico é aqui observado desde uma perspectiva institucional, a abordagem que se apoia na premissa de que as instituições têm papel constitutivo e transformador dos indivíduos e da sociedade e, por isso, são importantes unidades de análise em estudos e trabalhos acadêmicos. Em um diálogo com essa premissa, o direito econômico é descrito como uma ferramenta de construção institucional – afinal, se é certo que, de um lado, o desenvolvimento depende de boas decisões políticas, também é certo que ele está associado, entre outros fatores, à forma como o direito molda, modifica e pereniza as estruturas institucionais necessárias para converter tais decisões em realidade por meio de políticas públicas tecnicamente efetivas e democraticamente legítimas.⁴

Entretanto, o Direito Econômico exerce papel fundamental no desenvolvimento econômico vez que instrumentaliza, através de normas – reconhecíveis em diversos ramos jurídicos – o projeto econômico de um país.

1.1 Bases constitucionais do Direito Econômico

A origem do Direito Econômico é mundial e anterior à Constituição Federal de 1988. É possível dizer que o Direito Econômico surgiu com as transformações da Primeira Guerra Mundial, com a edificação de um Estado intervencionista, que tinha por intuito direcionar a economia e incentivar seu desenvolvimento. Ainda que não se defendesse a intervenção do Estado na seara econômica, esperava-se, quando menos, da parte dele, a prevenção de crises⁵.

A estruturação de um ramo do Direito apto a tratar juridicamente a política econômica do país ocorreu naturalmente, atendendo à demanda por uma sistematização que regulasse os interesses individuais e acompanhou o movimento mundial em direção à tutela da ordem econômica.⁶

Em relação à base constitucional do Direito Econômico no Brasil, é possível analisar uma evolução — como reflexo dos acontecimentos históricos, das políticas e

⁴ COUTINHO, D. R. O direito econômico e a construção institucional do desenvolvimento democrático in **REI - Revista Estudos Institucionais**, Disponível em: <http://estudos.homologacao.emnuvens.com.br/REI/article/view/36>. Acesso em: 15 set. 2023.

⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal econômico**, volume 2. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁶ O “Direito Econômico” vem a ser justamente esse conjunto normativo que rege as medidas de política econômica encetadas pelo Estado, como também a ciência que estuda aquele sistema de normas voltadas para a regulação da política econômica. LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. **Direito Econômico**. 4ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 24.

teorias econômicas vigentes em cada período — sem que se observe, contudo, a alteração de seu caráter segmentado em leis extravagantes que tratam do tema.

Assim, as constituições brasileiras acabaram por modelar uma ordem econômica imanente na sociedade e situar o Estado Brasileiro dentro do panorama mundial⁷.

Assim, a Constituição de 1824, conhecida como Constituição Política do Império, apresentou nitidamente a influência da ideologia liberal inglesa, em que a atuação do Estado consistia em garantir a liberdade das pessoas, de tal forma que não havia previsão da participação do Estado no âmbito econômico e nela não se encontravam disposições nesse sentido⁸.

A Constituição de 1981, resultante da Proclamação da República, por sua vez, refletia a influência do federalismo norte-americano no campo político. Porém, no campo econômico, continuou a consagrar a ideologia liberal inglesa presente na Constituição de 1824. Os estados federados, para intervirem na ordem econômica, atuavam por normas infraconstitucionais⁹.

Em 1934, a Constituição surgiu num período de transição no Direito brasileiro entre o liberalismo tradicional inglês e uma tendência inicial estatizante e reguladora do modelo neoliberal; a justiça, a liberdade, a igualdade e a segurança foram tomadas como atributos concretos do homem¹⁰, cujos objetivos visados seriam a existência digna, o padrão de vida e condições de trabalho. Dessa forma, ao abandonar a neutralidade do Estado Liberal, a Constituição de 1934 incorporou conceitos do Estado Social e os inseriu em regras sobre a ordem econômica e social¹¹.

A Constituição de 1937 apresentava influências fascistas, corporativistas, nacionalistas e de um aparente liberalismo; pela primeira vez uma constituição

⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª Edição. Malheiros, São Paulo, 1996, p. 18.

⁸ Por meio da teoria geracional de Vasak é possível notar essa abstenção estatal, de acordo com as gerações dos direitos humanos: primeira geração (liberdade, o Estado negativo, sem intervenção), segunda geração (igualdade, o Estado positivo, atuante) e terceira geração (fraternidade).

⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª Edição. Malheiros, São Paulo, 1996, p. 21.

¹⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

¹¹ FONSECA, João Bosco Leopoldino. **Direito Econômico**. 4ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 30.

brasileira tratou da intervenção do Estado no domínio econômico. A maior preocupação, contudo, foi o controle político.¹²

Objetivando a redemocratização, a Constituição de 1946 acompanhou a tendência mundial, na época, de implantação de regimes democráticos, tendendo a reprimir o abuso do poder econômico e se destacando pelos princípios programáticos. Houve na época o surgimento do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica)¹³.

Sem alterar o teor da Constituição de 1946 em relação à ordem econômica, a Constituição de 1967 tinha como fundamento o estímulo e o fortalecimento do Estado, a partir da ocupação do território nacional, expansão sul-americana e busca da formação de uma potência mundial.

A Emenda Constitucional nº1 de 1969 (Constituição de 1969) delimitou a atuação e a competência do setor privado e do setor estatal na organização e exploração da atividade econômica, assegurando ao Estado sua atuação ou intervenção no domínio econômico. A mesma emenda assegurou o livre exercício do trabalho, estabeleceu o princípio da livre iniciativa e reprimiu o abuso do poder econômico.

A Constituição Federal vigente, de forma distinta, dispôs de maneira minuciosa sobre a ordem econômica e financeira, contemplando princípios e fundamentos gerais, alinhada com as teorias econômicas mundiais hodiernas¹⁴.

¹² SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 53

¹³ O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade é hoje uma autarquia em regime especial com jurisdição em todo o território nacional. Foi criado pela Lei nº 4.137/62, então como um órgão do Ministério da Justiça. Naquela época, competia ao Cade a fiscalização da gestão econômica e do regime de contabilidade das empresas. Apenas em junho de 1994, o órgão foi transformado em autarquia vinculada ao Ministério da Justiça, pela Lei nº 8.884/1994.” GOV.BR. **Histórico do CADE**. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/historico-do-cade#:~:text=Foi%20criado%20pela%20Lei%20n,Lei%20n%C2%B0%208.884%2F1994>. Acesso em: 26/10/2023.

¹⁴ 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: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento

A visão atual do Direito Econômico, não obstante, adota a premissa da filosofia humanista¹⁵, refutando a ideia neoliberal de esgotar os direitos humanos apenas naqueles de primeira dimensão, isto é, nas liberdades negativas, e dimensiona os direitos no plano da eficácia, dotando-os de multidimensionalidade:

Logo, no tocante ao capitalismo, que é baseado na liberdade, evidencia-se a missão dos direitos humanos: incidir em sua multidimensionalidade, sob a perspectiva de adensamento, para reconhecê-lo e a ela agregar igualdade e fraternidade.¹⁶

1.1.1. O sincretismo jurídico do direito econômico

No Brasil, o Direito Econômico, que se estruturou e evoluiu a partir de uma maior intervenção do Estado, resultou em uma ressignificação do papel deste perante a ordem econômica interna e externa, delimitando direitos e liberdades individuais.

Nesse sentido, foi conceituado por Washington Peluso Albino de Souza:

Direito Econômico é o ramo do Direito que tem por objeto a “juridicização”, ou seja, o tratamento jurídico da política econômica e, por sujeito, o agente que dela participe. Como tal, é o conjunto de normas de conteúdo econômico que assegura a defesa e harmonia dos interesses individuais.¹⁷

Eros Roberto Grau expõe as funções do Direito Econômico:

pensar Direito Econômico é optar pela adoção de um modelo de interpretação essencialmente teleológica, funcional, que instrumentará toda a interpretação jurídica, no sentido de que conforma a interpretação de todo o Direito. É compreender que a realidade jurídica não se resume ao Direito formal. É concebê-lo — o Direito Econômico — como um novo método de análise, substancial e crítica, que o transforma não em ‘Direito de síntese’, mas em ‘sincretismo metodológico’. Tudo isso, contudo, sem que se perca de vista o comprometimento econômico do Direito, o que impõe o estudo da sua utilidade funcional¹⁸

favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995) Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. (Vide Lei nº 13.874, de 2019)

¹⁵ A esse respeito: SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **O capitalismo Humanista**. São Paulo: Petrópolis: KBR, 2011.

¹⁶ SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **O capitalismo Humanista**. São Paulo: Petrópolis: KBR, 2011, p.34

¹⁷ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de Direito Econômico**. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 112.

¹⁸ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 166/167

A interpretação funcional do Direito Econômico permite sua leitura transcendente sobre outras áreas do Direito, vez que ao organizar o funcionamento da economia, contemplando um mesmo sistema jurídico, aproxima-as.

De acordo com Washington Peluso Albino de Souza, os principais agentes econômicos que constituem os sujeitos inseridos nas atividades do Direito Econômico — e que revelam, pois, esse sincretismo — são: a) os indivíduos, o Estado, as empresas, os organismos nacionais, internacionais e comunitários, públicos ou privados; b) os relacionados aos interesses difusos; c) os relacionados aos interesses coletivos; d) os relacionados aos interesses individuais homogêneos¹⁹.

Logo, é possível afirmar que o Direito do Consumidor existe em sincronicidade com o Direito Econômico, pois os sujeitos por este tratados estão vinculados à lei consumerista. Da mesma forma, outros ramos do direito interagem direta ou indiretamente com o Direito Econômico. Não somente os ramos do direito extrapolam suas barreiras em direção ao Direito Econômico, mas este, interfere de forma direta nas instituições econômicas envolvidas no projeto de desenvolvimento de um país.

Nesse sentido, Diogo R. Coutinho lança sua visão do Direito Econômico como uma “tecnologia”:

Dito de outra forma, o direito econômico pode ser compreendido, com certos ganhos analíticos, como uma “tecnologia” de construção institucional pela qual arranjos institucionais são estruturados, postos em marcha, corrigidos ou ajustados quando necessário. A existência de arranjos institucionais desse tipo é, como dito, condição imprescindível para dotar o Estado, a principal instituição existente na sociedade, de capacidades técnicas e políticas que o habilitem a pôr em curso um projeto de desenvolvimento.²⁰

Em resumo, existe um conjunto variado de percepções e direções jurídicas, com tratamentos próprios e exclusivos, mas ao mesmo tempo entrelaçados, entre os diversos ramos do Direito, e o Direito Econômico trata desse entrelaçamento de forma sistematizada.

¹⁹ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de Direito Econômico**. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 118,

²⁰ COUTINHO, D. R. O direito econômico e a construção institucional do desenvolvimento democrático in **REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS**, fls. 224. Disponível em: <http://estudos.homologacao.emnuvens.com.br/REI/article/view/36>. Acesso em: 15 set. 2023.

1.2. O DIREITO PENAL ECONÔMICO

Se o Direito Econômico se estruturou após a Primeira Guerra Mundial e acompanhou a evolução constitucional no sentido de tutelar a ordem econômica, o Direito Penal Econômico igualmente surgiu nesse período e experimentou campo fértil com a globalização econômica que se seguiu.

O Direito Penal Econômico, portanto, ao proteger o bem jurídico da ordem econômica, cresceu em importância, assim como se intensificou o progresso econômico, tecnológico e social.

O desenvolvimento que se observou, desde a Primeira Guerra Mundial passando pela Segunda Grande Guerra, e que se acentuou no século XXI, propiciou um novo campo à criminalidade, baseado na dinamicidade, na impessoalidade e no anonimato da ordem econômica, em que crimes são praticados por empresas, ou, quando menos, no âmbito delas.²¹

O fenômeno da globalização provocou a expansão dos mercados, de forma que os limites entre eles se dissiparam; as grandes empresas deixaram de ser nacionais para se tornarem transnacionais, de maneira que, da mesma forma que o Direito do Consumidor se desenvolveu, na mesma proporção ele se apequenou perante as grandes empresas, e as relações de consumo — que muitas vezes tinham natureza pessoal ou mais próxima —, passaram a se tornar mais distantes e impessoais, podendo até mesmo serem absolutamente virtuais e até anônimas.

Essa alteração de perspectiva, em relação ao sujeito ativo do tipo penal, criou uma nova realidade, como reconhece João Marcello Araújo Junior: “a realidade da

²¹ PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito Penal Econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973, p. 47.

[Digite aqui]

vida econômica mostra hoje, com clareza, que os verdadeiros crimes econômicos são cometidos pelas empresas e não por indivíduos.”²²

Os ataques à ordem econômica são previstos na própria Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 173, parágrafo 4º, afirma: "A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros". Trata-se, pois, de dever do Estado reprimir tais agressões e lesões a direito.

Em relação à globalização e o Direito Penal Econômico, que são umbilicalmente ligados, Anabela Miranda Rodrigues descreve:

Ela é o cenário de uma criminalidade econômica protagonizada por *novos atores* da política num *novo espaço*: grandes empresários em empresas internacionais à escala mundial (...) A ausência de regulação pública efetiva – a desregulação -, característica do mercado global, o seu contrapolo, que é o caráter transnacional e a financeirização da economia, são características da economia global, “que busca a rentabilidade de quantidades ingentes de capital”.²³

A globalização trouxe desafios novos a serem enfrentados pelo Direito Penal, de maneira que resta legitimado e necessário o Direito Penal Econômico. Segundo Anabela Miranda Rodrigues faz-se ressaltar a sua legitimidade e necessidade perante ataques “insuportáveis” a bens jurídicos de relevante valor (dignidade constitucional) e aponta-se como exigência à dogmática penal a tarefa de progredir no apuramento da configuração de ilícitos típicos à luz de uma definição rigorosa de bens jurídicos, de cariz coletivo, que se visam proteger²⁴.

A mesma autora se dedica a descrever como a sociedade e o crime se transformaram no século XXI, nomeando de “nova fenomenologia criminal”. Assim, aponta para o mundo contemporâneo e a necessidade de proteger novos valores e perseguir e punir novos criminosos²⁵.

²² ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello. O Direito Penal Econômico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 7, n. 25, p. 142-156, jan./mar. de 1999, p. 151.

²³ RODRIGUES, Miranda Anabela. Direito penal económico – fundamento e sentido da aplicação das penas de prisão e multa, *in* **Revista do Ministério Público** 151, julho-setembro 2017, p.89.

²⁴ RODRIGUES, Miranda Anabela. Direito Penal Econômico – É legítimo? É necessário?, *in* **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 25, no. 127, jan. 2017, p.8.

²⁵ RODRIGUES, Miranda Anabela. Política Criminal no Estado de Direito do Século XXI - os desafios da segurança *in* **Revista Brasileira de Ciências Policiais**, Brasília, Brasil, v. 11, n. 1, p. 19–40, 2020. DOI: 10.31412/rbcp.v11i1.696. Disponível em: <https://periodicoshom.ufpb.br/index.php/RBCP/article/view/696>. Acesso em: 4 dez. 2023.

De certa forma, as crises enfrentadas na sociedade global revelaram um cenário de incerteza e trouxeram novos desafios aos Estados no que se refere à proteção dos bens com dignidade constitucional, consecução da ordem econômica e efetividade na resposta estatal a ilícitos praticados – seja na esfera civil, administrativa e penal.

A própria noção de sociedade de risco inaugurada por Ulrich Beck²⁶ e definida como “uma forma sistemática de lidar com perigos e inseguranças introduzidas pela própria modernização” e estampada pela transformação da sociedade industrial clássica em uma sociedade de risco, numa nova ruptura histórica, pode ser atualizada à luz dos novos desafios e posteriores a 1986 – globalização, erupção de mercados financeiros, crise sanitária, relações virtuais, redes sociais, transnacionalidade das empresas, moedas virtuais - quando a obra foi escrita. Mas ideia de uma sociedade que acumula riscos e arrisca as condições básicas de vida alcançadas pela modernização continua atual, de maneira que é possível discutir-se a noção de uma sociedade de risco global²⁷.

Os novos riscos globais abrem justamente espaço para discutir uma visão coletiva e macrossocial dos riscos, inclusive no que se refere à proteção de bens jurídicos.

A globalização e suas novas faces – cada vez mais pautadas em relações transnacionais e virtuais, entre elas revelada pela velocidade das relações digitais e seu contínuo crescimento, demandam um Direito Penal igualmente dinâmico, e que seja apto a tutelar o consumidor, sem, contudo, confundir-se com o Direito Administrativo.

O desenvolvimento que se observou, desde a Primeira Guerra Mundial, e que se acentuou no século XXI, propiciou, pois, um novo campo à criminalidade, baseado na dinamicidade, na impessoalidade e no anonimato da ordem econômica, em que crimes são praticados por empresas, ou, quando menos, no âmbito delas.

²⁶ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34; 2010, p. 368.

²⁷ BECK, Ulrich. Risk society revisited: theory, politics and research programmes. In: Adam B, Beck U, Loon J. (Orgs.). **The risk society and beyond: critical issues for social theory**. London (UK): Sage Publications; 2005, p. 211-229.

As pessoas jurídicas, no cenário atual de ofensas a bens jurídicos, foram lançadas para um protagonismo, em que a vontade empresarial adquire novos contornos e tem reforçado a necessidade de sua efetiva responsabilização.

A criminalização de condutas consiste, pois, em técnica de intervenção político-criminal dentro desse cenário, como ressalta Leandro Sarcedo:

Como técnica de intervenção político-criminal, a criminalização de condutas terá legitimidade quando atuar sobre fenômenos sociais novos, ou anteriormente raros, de consequências insuportáveis, contra os quais somente o direito penal é capaz de proporcionar proteção efetiva²⁸

A promoção da proteção contra os ataques à ordem econômica consta da Constituição Federal, em seu art. 173, §4º, sucede, contudo, que a interpretação de tal artigo talvez remeta à repressão administrativa, o que, de fato, não é uma interpretação equivocada, conquanto não absoluta, vez que a previsão contida no art. 173, parágrafo 5º da Constituição Federal conduz à possibilidade de discussão sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes contra a ordem econômico-financeira.

A se considerar a data do atual Código Penal, é certo que não está adaptado à globalização e aos desafios atuais, de tal forma que o verbo “reprimirá” deve ser interpretado à luz do momento histórico presente, em que a previsão escassa dos delitos econômicos é insuficiente para proteger interesses individuais e transindividuais.

De acordo com a análise de Anabela Miranda Rodrigues, há um descompasso entre a propriedade e o controle da empresa, surgindo o *compliance* como um pilar garantidor nesse cenário de “proprietários ausentes”²⁹, logo, o Código Penal se aplica

²⁸ SARCEDO, Leandro. **Política Criminal de Crimes Econômicos. Uma crítica constitucional**. São Paulo: Alameda: 2012, p.172.

²⁹ “O imperativo desregulador aliado à escalada de desenvolvimento tecnológico, que permite um fluxo de informação em tempo real ao redor do Planeta, criou o que Zigmunt Bauman chamou de «proprietários ausentes»: os reais proprietários das empresas (acionistas e investidores), que investem os seus recursos em atividades econômicas sobre as quais «não têm controle administrativo e operacional direto e localizado».[2] O conflito de interesses e a separação jurídica entre «propriedade» e «controle» da empresa gerou os primeiros debates sobre corporate governance, isto é, «o sistema mediante o qual as empresas devem ser dirigidas e controladas»[3]. E que tem no recurso ao mecanismo de compliance o seu pilar garantidor. Sendo um dos elementos essenciais do «capitalismo regulatório»[4] – uma técnica de intervenção na atividade econômica de «autorregulação regulada», como a designou Ulrich Sieber, do lado dos penalistas[5]–, surge, como resposta inovadora, uma

a um ambiente empresarial diverso daquele no qual se originou, com novos mecanismos de regulação e com atores não identificados como autores da conduta lesiva.

De fato, a globalização exigiu novas formas de regulação e a efetivação da responsabilização penal das empresas, diante do protagonismo que assumem na atividade econômica, com importante papel da autorregulação regulada, inclusive em nível internacional³⁰.

1.2.1. As características do Direito Penal Econômico

O sistema jurídico, pois, vivencia um momento de evolução e transição de modelos e, atualmente, o Direito Penal Econômico se apresenta como o mais amistoso para a tutela das relações de natureza supraindividual.

“A função do direito penal econômico é assegurar um mercado transparente, honesto e seguro, orientado para o desenvolvimento social. Para tal missão, podemos afirmar sem receio, a sanção penal tem um papel relevante a cumprir”.³¹

O Direito Penal Econômico, como sintetiza Júlio Cesar Faria Zini, seria uma especialização do Direito Penal:

- a) caracterizado pela mobilidade, pela flexibilidade, pela revisibilidade e pela maleabilidade oriundas de seu estreito relacionamento com o Direito Econômico; b) tem como escopo tutelar a política econômica; c) possui bem jurídico-penal próprio, a ordem econômica; d) suas tipificações expressam o conteúdo econômico peculiar de suas preocupações, de suas disposições, de suas normas.³²

estratégia de controlo do comportamento empresarial desviado para garantir a aplicação das múltiplas disposições que regulam a sua atividade”. RODRIGUES, Miranda Anabela. Direito penal económico – fundamento e sentido da aplicação das penas de prisão e multa, in **Revista do Ministério Público** 151, julho-setembro 2017, p.90.

³⁰ RODRIGUES, Anabela Miranda. Criminalidade econômica empresarial: Governance e compliance como (novos) meios de socialização in **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 28, no. 171, p. 19-52, set.2020.

³¹ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 9. ed. (5. ed. do e-book) São Paulo: Revista dos Tribunais, Thomson Reuters Brasil, 2021. Capítulo do Direito penal Econômico, p. 15.

in [arquivo_1285251475.pdf \(amprs.com.br\)](#) consultado em 16/10/2021.

³² ZINI, Júlio Cesar Faria. Aparentamentos sobre o Direito Penal Econômico e suas especificidades in **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 60, jan/jun2012, p.160.

É inegável que o Direito Penal Econômico surgiu da relação entre Direito Econômico e Direito Penal e o bem jurídico penal por ele tutelado é a ordem econômica, um bem jurídico de natureza supraindividual, que não se resume ao patrimônio de cada pessoa considerada singularmente.

Tal bem jurídico supraindividual está atrelado à ideia de um estado intervencionista e de um Direito Penal moderno, que oferece resposta a um mundo dinâmico e em constante transformação. É, pois, o Direito Penal que abrange o Direito do Consumidor³³.

Igualmente, é o Direito Penal que se coaduna com o Direito Econômico da visão capitalista humanista³⁴.

De fato, a titularidade do bem jurídico penal tutelado pelo Direito Penal Econômico — de massa, universal e não pessoal — repercute um interesse da coletividade. Trata-se de um Direito Penal que extrapola sua função simbólica visto que o risco à sociedade não é meramente ilusório, mas sim um risco real em razão de formas novas que agredem bens jurídicos transindividuais, decorrentes de comportamentos anônimos e uma falseada aparência de licitude, própria de crimes econômicos.

Como ressalta Guilherme Lopes Felício trata-se de uma macrocriminalidade econômica a ser tratada como objeto do Direito Penal Econômico:

³³ Luiz Regis Prado oferece uma classificação dos bens jurídicos transindividuais, metaindividuais, supraindividuais e universais em: a) bens jurídicos institucionais, públicos ou estatais: nos quais a tutela supraindividual aparece intermediada por uma pessoa jurídica de Direito Público (administração pública, administração da justiça etc.); b) bens jurídicos coletivos: que atingem um número mais ou menos determinável de pessoas (saúde pública, relação de consumo etc.); c) bens jurídicos difusos: que têm caráter plural e indeterminado e dizem respeito à coletividade como um todo (meio ambiente etc.). PRADO, Luiz Regis, p. 273.

³⁴ Para a corrente jus-econômica do capitalismo humanista, a premissa é a de que o capitalismo só consegue subsistir se os direitos humanos, em todas as suas dimensões, forem respeitados e contemplados por todos e para todos, tanto na aplicação vertical (Estado-cidadão), quanto na horizontal (cidadão-cidadão), a ponto de não se permitir exclusões sociais. Assim, fazem-se unir, em um só núcleo de afirmação, o espírito capitalista e o espírito da fraternidade. Daí dizerem que os direitos humanos estão encapsulados no intratexto do Direito, lançando tal premissa como substância para a metodologia empregada na formulação da teoria SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **O capitalismo Humanista**. São Paulo: Petrópolis: KBR, 2011.

[Digite aqui]

Denominada também de macrocriminalidade econômica, contempla um caráter difuso, múltiplo, aleatório e indeterminados de vítimas e grave danosidade material e social, operando sob aparatos de cunho patrimonial com abuso no exercício diário das atividades empresariais e concentrados em afetar a ordem econômica e tributária. O que, portanto, tornam esses delitos macroeconômicos é a sua extensa lesão à ordem econômica e tributária que reflete diretamente ou indiretamente no Estado, na sociedade e nos interesses individuais, assim como a velocidade com que incorrem e evoluem, sem que o legislador consiga notar ou acompanhar esse fenômeno³⁵.

Conforme bem enuncia Anabela Miranda Rodrigues, não se trata de um alargamento dos bens jurídicos protegidos – visto que há muito conhecidos e protegidos – mas de resposta às novas formas de lesão como último recurso à disposição do Estado, de maneira que não desconfigura a ideia de *ultima ratio*.³⁶

1.2.1.2. O Direito Penal Econômico e o direito brasileiro

Há quem defenda que a proteção penal à ordem econômica represente a tutela da livre concorrência e livre iniciativa³⁷, contudo, tal visão é limitada e não protege outros aspectos necessários ao equilíbrio da ordem econômica, tais como a regulação, o consumo, a ordem tributária, o sistema financeiro.

Existe uma discussão acerca da autonomia ou não do Direito Penal Econômico frente ao Direito Penal, dentro do sistema brasileiro. Se por um lado o Direito Administrativo se agigantou como resultado da promoção do estado de bem-estar social – com a possibilidade de se concluir inclusive por uma administrativização do Direito Penal – por outro, o Direito Penal resiste, pois há uma grande diferença entre os conceitos: infração e delito.

Em se tratando de infração econômica, a sanção administrativa decorreria do princípio da oportunidade e seria de natureza disciplinar, por outro lado, na hipótese

³⁵ FELÍCIO, Guilherme Lopes. **Criminal Compliance: mecanismo de proteção contra a criminalidade econômica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019., p. 87.

³⁶ Há muitos bens jurídicos que os nossos ordenamentos já conhecem há longo tempo: a concorrência, o mercado, o ambiente, o patrimônio histórico, artístico e cultural, ou bens ligados à qualidade de trabalhador ou de consumidor. Chamar a si o reconhecimento de sua relevância para a vida das pessoas em sociedade foi um dever de que os Estados fizeram sua *responsabilidade*. Quando assume a sua tutela penal, o legislador não está a expandir artificialmente o âmbito do punível: está – e tem de estar *apenas* – a responder, com o último recurso de que legitimamente pode dispor, a novas e sofisticadas formas de lesão a esses bens. RODRIGUES, Miranda Anabela. Direito penal económico – fundamento e sentido da aplicação das penas de prisão e multa, *in Revista do Ministério Público* 151, julho-setembro 2017, p.96.

³⁷ GONÇALVES, Carlos Eduardo. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes contra a ordem económico-financeira* in **Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição**, org. CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara, 2015 in <https://indexlaw.org/index.php/direitopenal/article/view/621/617>. Consultado em 12 de maio de 2023.

de delito econômico, a sanção – baseada no princípio da legalidade - deveria ter como escopo a prevenção geral e especial.

A infração econômica pertenceria, pois, ao Direito Administrativo Sancionador, enquanto o delito econômico pertenceria ao Direito Penal Econômico.

O Direito Penal Econômico, por ser dotado de flexibilidade, maleabilidade e dinamicidade, poderia ser considerado autônomo em relação ao próprio Direito Penal.

Sucedo, porém, que não se pode admitir a autonomia do Direito Penal Econômico pois inexistente diferença substancial entre delito/infração ensejadora da dicotomia ilícito administrativo/ilícito penal.

Jesús-María Silva Sánchez introduz um critério teleológico de diferenciação entre a infração – Direito Administrativo sancionador - e o delito – Direito Penal, o qual residiria na finalidade perseguida:

Tratando do Direito Penal e do Direito Administrativo, nessa ordem:

O primeiro persegue a proteção de bens concretos em casos concretos e segue critérios de lesividade ou periculosidade concreta e de imputação individual de um injusto próprio. O segundo persegue a ordenação, de modo geral, de setores da atividade (isto é, o reforço, mediante sanções, de um determinado modelo de gestão setorial). Por isso não tem por que seguir critérios de lesividade ou periculosidade concreta, senão que deve preferencialmente atender a considerações de afetação geral, estatística; ainda assim, não tem por que ser tão estrito na imputação, nem sequer na persecução (regida por critérios de oportunidade e não de legalidade)".³⁸

No Direito Penal brasileiro, conforme anotado anteriormente, existe uma discussão acerca da previsão constitucional de que o Estado reprimirá as infrações contra a ordem econômica. Sucedo, porém, que desde a edição do Código Penal Brasileiro em 1940 e a promulgação da Constituição Federal em 1988, o mundo sofreu transformações absolutas.

Em 1988 sequer existiam a internet, redes sociais, instigação ao consumo por meios eletrônicos, entre outras revoluções que inclusive antecederam parte da geração atual de consumidores. São aspectos de uma disfuncionalidade sistêmica desconhecida do então poder constituinte e que atualmente exige uma estratégia

³⁸SILVA SANCHEZ, Jesus Maria. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós -industriais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 116.

preventiva eficaz para promover o equilíbrio entre a proteção dos bens jurídicos transindividuais – muitas vezes imateriais – e o respeito à adequação da intervenção penal.

Logo, a interpretação da legislação brasileira face aos delitos econômicos, em especial o objeto da presente: abuso econômico em face do consumidor, deve se operar dentro do contexto histórico, sob pena de manutenção de conceitos arcaicos que não protejam os direitos fundamentais, estes universais e atemporais.

1.2.1.3. A transdisciplinaridade do Direito Penal Econômico

O Direito Penal Econômico entendido, portanto, como sub-ramo do Direito Penal, diferencia-se em relação a este, seja em razão da natureza supraindividual do bem jurídico protegido — a ordem econômica —, seja em relação à sua dinamicidade e até mesmo à maleabilidade de seu objeto, pois dotado de natureza transdisciplinar.

O Direito Penal Econômico enfrenta o desafio de formatar tipos penais com flexibilidade de condutas, uma vez que depende da abordagem de outras disciplinas e conceitos que extrapolam sua codificação. O uso de normas penais em branco é frequente nos tipos penais desse braço do Direito Penal.

Pode-se visualizar uma relação entre o Direito Penal, os direitos fundamentais — entre eles o Direito do Consumidor — e a parcela da ordem econômica que se pretende tutelar, lembrando que a opção de eleger os bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal é política e se presta a promover uma espécie indireta de regulação econômica.

De fato, na escolha do bem jurídico a proteger no âmbito do Direito Penal Econômico, o Direito Penal lança seu olhar sobre determinado âmbito da ordem econômica: a livre concorrência, a ordem tributária, a política cambial, o Direito do Consumidor, entre outros, e, fundado na garantia constitucional ao bem jurídico, permite a proteção a ele, superando os limites do Direito Penal tradicional.

[Digite aqui]

O ilícito praticado contra uma bem jurídico supraindividual demanda a resposta efetiva do Direito Penal, de tal sorte que o sistema há de ser redefinido para além do modelo de repressão aos ataques clássicos aos bens jurídicos individuais.

Inexiste, dentro do Direito Penal Econômico, uma visão compartimentada — os ramos são entrelaçados, tais como no Direito Econômico — e a resposta do Direito Penal é almejada por ser mais vigorosa e, assim, melhor tutelar os bens jurídicos mais importantes e fundados nos direitos fundamentais.

A danosidade social na criminalidade econômica é multiplicada e ao atingir bem constitucional insere o Direito Econômico num papel central, para onde convergem os demais ramos do Direito e obriga o Direito Penal a combatê-la.

Trata-se, por outro lado, de uma opção de política criminal e de regulação econômica.

Manoel Pedro Pimentel entende por Direito Penal Econômico

o conjunto de normas que tem por objeto sancionar, com as penas que lhe são próprias, as condutas que, no âmbito das relações econômicas, ofendam ou ponham em perigo bens ou interesses juridicamente relevantes. [...] O Direito penal econômico, portanto, é um sistema de normas que defende a política econômica do Estado, permitindo que esta encontre os meios para sua realização.³⁹

Ao se tutelar a ordem econômica, com a criação de tipos penais próprios, indiretamente se regula a economia, vez que o legislador faz uma escolha dos bens que devem ser tutelados de forma mais severa, e assim, acaba por gerar repercussões no mercado.

Se é possível dizer que o Direito Penal Econômico reflete o Direito Econômico, o contrário também ocorre.

O Direito Penal Econômico está umbilicalmente ligado ao Direito Econômico, e interfere, ainda que indiretamente, na regulação do mercado. Ao escolher os bens jurídicos que serão protegidos pelo Direito Penal, acaba-se por intervir na economia pois o legislador comunica à sociedade as condutas desejáveis e as que repele.

³⁹ PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito Penal Econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973, p. 10 e 21.

Nesse sentido Luís Greco Assevera: “O legislador, sempre observando os princípios que norteiam o Direito Penal, fará a seleção dos bens que a este interessa mais de perto, deixando a proteção dos demais a cargo dos outros ramos do Direito”⁴⁰.

Nas palavras de Claus Roxin:

O direito penal serve simultaneamente para limitar o poder de intervenção do Estado e para combater o crime. Protege, portanto, o indivíduo de uma repressão desmesurada do Estado, mas protege igualmente a sociedade e os seus membros dos abusos dos indivíduos. Estes dois componentes – o correspondente ao Estado de Direito e protetor da liberdade individual, e o correspondente ao Estado Social e preservador do interesse social mesmo à custa da liberdade do indivíduo -, sendo objeto de abstração conceptual implicam características opostas.⁴¹

Seria o caso, por exemplo, da implementação de uma efetiva regulamentação das criptomoedas, que atualmente inexistem no sistema penal, por isso objeto de críticas, já que essa lacuna jurídica finda por facilitar a prática de diversos delitos. A eventual criação de tipos penais relativos às bitcoins e assemelhadas poderá gerar maior movimentação dessa espécie de ativos ou não, produzindo, conseqüentemente, efeitos no mercado.

O mesmo sucede com outros ramos do Direito, de tal sorte que o Direito Penal Econômico adquire uma feição própria que ultrapassa a esfera penal. A produção de uma teoria geral a partir de outros campos jurídicos, antes autônomos, reflete a transdisciplinaridade do Direito Penal Econômico, que se vale de uma linguagem dialógica e interativa.

Delito econômico é, de acordo com Manoel Pedro Pimentel, “a conduta típica sancionada penalmente pelas leis editadas com o fim de prover a segurança e a regularidade da política econômica do Estado”.⁴²

O Direito Penal Econômico pode ser compreendido sob duas perspectivas: em sentido estrito e em sentido amplo⁴³.

⁴⁰ GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras** – A imputação objetiva na participação. São Paulo: Renovar, 2004, p. 27

⁴¹ ROXIN, Claus. A Teoria da Imputação Objetiva. {*Die Lehre von der objektiven Zurechnung*}. Estudo originalmente publicado em **Chengchi Law Review**, vol. 50, maio de 1994.

⁴² PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito Penal Econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973, p. 25.

⁴³ BALDAN, Edson Luís. **Fundamentos do Direito Penal Econômico**. Curitiba: Juruá, 2009.

Em sentido estrito, delitos econômicos seriam aquelas condutas que lesionam ou põem em perigo a ordem econômica entendida como bem jurídico penal supraindividual. É o caso das lesões contra o consumo, por exemplo. Nesse sentido, pode-se dizer que o Direito Econômico é visto como um direito da economia administrado e resguardado pelo Estado, por sua mão interventora.

Em sentido amplo trata-se do “conjunto de normas jurídico-penais que protege a ordem econômica entendida como regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços”⁴⁴. Em outras palavras, os delitos econômicos são violações que prejudicam o bem jurídico patrimonial do indivíduo, prejudicando ou ameaçando a regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços.

1.2.3. Delitos Econômicos

O delito econômico, portanto, é conceituado de forma dicotomizada, entre amplo e restrito, abarcando toda série de lesões à ordem econômica e delitos patrimoniais clássicos praticados contra patrimônios supraindividuais.

De acordo com Manoel Pedro Pimentel, o delito econômico também pode ser definido como “a conduta típica sancionada penalmente pelas leis editadas com o fim de prover a segurança e a regularidade da política econômica do Estado”⁴⁵, de maneira que, por este conceito, a análise está interligada com o caso concreto pois, em princípio, viola a ordem econômica, ainda que secundariamente atinja interesses patrimoniais particulares.

Na legislação brasileira, pode-se identificar como delitos econômicos, entre outros: 1. *Delitos contra a ordem econômica: Arts. 4º e 5º da Lei 8.137/1990 e Arts. 1º e 2º da Lei 8.176/1991*; 2. *Delitos contra o sistema financeiro: Arts. 2º ao 23 da Lei 7.492/1986 e Art. 10 da Lei Complementar 105/2001 (sistema financeiro parapúblico ou sistema financeiro nacional) e Arts. 359-A a Art. 359-H do Código Penal (sistema financeiro público)*; 3. *Delitos de lavagem/branqueamento de dinheiro: Lei 9.613/98*;

⁴⁴ DEODATO, Felipe Augusto Forte de Negreiros. **Direito Penal Econômico**: A pessoa coletiva como agente de crimes e sujeito de penas. Curitiba: Juruá, 2008.

⁴⁵ PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito Penal Econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973, p. 25.

4. *Delitos contra o mercado de capitais: Arts. 27-C, 27-D e 27-E da Lei 6.385/76;* 5. *Delitos contra a ordem tributária: Arts. 1º ao 3º da Lei 8.137/1990 e Art. 334 do Código Penal;* 6. *Delitos contra a Previdência Social: Arts. 168-A e 337-A do Código Penal;* 7. *Delitos Societários: Art. 177 do Código Penal;* 8. *Delitos contra a economia popular: Arts. 2º a 4º da Lei 1.521/1951;* 9. *Delitos contra o enriquecimento ilícito: Art. 9º da Lei 8.429/92;* 10. *Delitos contra a relação de consumo: Art. 7º. e arts. 63 ao 76 da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), estando os “delitos econômicos” esparsos no sistema brasileiro. Inclusive, há delitos econômicos que atingem o consumo diretamente e indiretamente fora do Código de Defesa do Consumidor.*

O âmbito de estudo da presente tese reside justamente nos delitos econômicos que violam relações de consumo, ou seja, que prejudicam o direito ao consumo, sob qualquer um dos seus enfoques.

A concepção material, substancial de delito está centrada exatamente no bem jurídico é elemento que integra o tipo penal: crime seria “um desvalor da vida social, ou seja, uma ação ou omissão que se proíbe e se procura evitar, ameaçando-a com pena, porque constitui ofensa (dano ou perigo) a um bem, ou a um valor da vida social”⁴⁶

1.2.4. O efeito regulatório indireto do Direito Penal Econômico

Ao tratar do Direito Econômico, Diogo R. Coutinho oferece a ideia de que consiste numa “tecnologia” indutora de mudança institucional. A respeito tratou:

Ao direito econômico cumpre, entre outras, as tarefas de moldar e ajustar arranjos institucionais efetivos e legítimos em políticas das quais depende, de forma significativa, o desenvolvimento econômico. Em uma palavra, o direito econômico pode ser um indutor da mudança institucional.⁴⁷

⁴⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal. Parte Geral.** 16ª ed. atual. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 175.

⁴⁷ COUTINHO, D. R. O direito econômico e a construção institucional do desenvolvimento democrático in **REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS**, fls. 224. Disponível em: <http://estudos.homologacao.emnuvens.com.br/REI/article/view/36>. Acesso em: 15 set. 2023.

Os arranjos institucionais a que ele se refere interfeririam diretamente nas políticas públicas de desenvolvimento econômico, gerando, portanto, um efeito direto no planejamento do futuro econômico do país decorrente de sua influência.

De uma forma assemelhada, o resultado da efetivação do Direito Penal econômico é seu efeito regulatório indireto. O Estado não cria um tipo penal econômico com o fim de produzir alguma influência na ordem econômica, contudo, ao penalizar determinada conduta, faz com que as empresas se readéquem e com isso, a economia reflete a alteração.

Logo, inegável o papel regulatório do Direito Penal Econômico e por isso, a construção de um sistema penal de responsabilização da pessoa jurídica deve considerar esse grau de influência, sob pena de, ao buscar solucionar uma crise de poder desfavorável ao consumidor, gerar outras implicações ainda mais graves à ordem econômica.

Se o Direito Penal Econômico possui um grande efeito regulatório indireto nas organizações privadas, as empresas precisam se adequar a diversas normas para evitar o envolvimento em atividades criminosas, como corrupção e lavagem de dinheiro.

Nesse sentido, as empresas são incentivadas a criar políticas internas mais rigorosas em relação às transações comerciais e ao controle financeiro, além de investir na implementação de programas de compliance. Isso porque a não adoção dessas medidas pode acarretar punições severas, tais como multas elevadas, perda da licença de operação ou até mesmo a prisão dos envolvidos. E, eventualmente, a necessária responsabilização penal da pessoa jurídica.

Do ponto de vista do Estado, o papel do Direito Penal Econômico é justamente o de prevenir a prática de atividades ilegais no âmbito das relações comerciais. Porém, suas implicações podem ser muito maiores já que estruturas jurídicas adequadas ajudam a fomentar o comportamento ético e contribuem para aumentar a confiança entre operações.

O efeito regulatório indireto evidencia, portanto, o importante papel desempenhado pelo Direito Penal Econômico como regulador de conduta das
[Digite aqui]

organizações empresariais em diversos setores da economia e portanto, ainda que indiretamente, de tutela do consumidor.

Em suma, conclui-se que a eleição dos bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal Econômico intervém na economia e tem efeito regulatório, ainda que indireto, e tal consequência é efeito direto da transdisciplinaridade, pois muitos dos conceitos que se aplicam são formulados e lapidados em outros ramos jurídicos.

1.3. Direito Penal de Intervenção

Nesse encadeamento de ideias, importante ressaltar a relevância do conceito de Direito Penal de Intervenção, que é aquele que atua preventivamente, antes da ocorrência do delito, no intuito de evitar a prática de condutas socialmente lesivas. Trata-se de uma espécie de "contenção" estatal sobre os indivíduos, na medida em que uma série de proibições são impostas ao comportamento destes.

Criado por Winfried Hassemer, o Direito Penal de Intervenção cinge-se ao caráter fragmentário do Direito Penal e, segundo ele, o foco do Direito Penal deve ser os delitos mais graves e condutas que levem a perigo concreto, atendendo, assim, várias das situações que violem o direito ao consumo.

Às infrações de natureza abstrata, como aquelas que atingem bem jurídico difuso ou coletivo, caberia a aplicação do Direito Penal de Intervenção. Não se trataria exatamente do Direito Penal tradicional, mas de um Direito Penal Administrativo com regulamentação própria apta a aplicar sanções mais adaptáveis, aplicada pelo Judiciário, de forma célere e ampla, sem penas que impliquem em penas restritivas de liberdade. Seria um Direito intermediário, o qual não podemos considerar parte integrante do Direito Penal.

A teoria de Hassemer sobre o Direito Penal de intervenção propõe uma abordagem criteriosa e restritiva em relação à atuação estatal no âmbito penal. Segundo Hassemer, o uso do Direito Penal deve ser considerado como uma medida

de *ultima ratio*, a ser empregada somente quando outras formas de controle social se mostrarem insuficientes.⁴⁸

Essa perspectiva busca evitar a excessiva e desproporcional intervenção do Estado no exercício do poder punitivo, visando promover uma atuação seletiva e direcionada do sistema penal. Hassemer defende que o foco do Direito Penal deve ser a proteção dos bens jurídicos fundamentais da sociedade, tais como a vida, a integridade física e a propriedade, em detrimento da criminalização de condutas que não representem uma ameaça significativa a esses interesses.

Dessa forma, a teoria de Hassemer busca harmonizar a necessidade de tutela dos valores coletivos com o respeito aos direitos individuais e a contenção do poder estatal. Ela enfatiza a importância da proporcionalidade na aplicação do Direito Penal, evitando sanções penais excessivas e arbitrárias.

No entanto, é válido mencionar que a teoria de Hassemer não está isenta de críticas. Alguns questionam sua potencialidade em gerar impunidade em casos graves e questionam sua efetividade na manutenção da ordem social. Assim, o debate em torno da teoria de Hassemer permanece aberto, alimentando discussões acerca dos propósitos e limitações do Direito Penal de Intervenção.

O conceito de Direito Penal de Intervenção, portanto, residiria numa zona fronteira entre o Direito Administrativo, o Direito Penal e a Responsabilidade Civil, de tal forma que é tratado como uma administrativização do Direito Penal.

Critica-se se esse tipo de intervenção acaba por limitar as garantias constitucionais dos cidadãos, na medida em que visa interromper condutas que ainda não se concretizaram efetivamente. Com isso, haveria uma interferência indevida nos âmbitos de liberdade e privacidade.

Por outro lado, tal modelo atuaria sobretudo como forma de prevenção a situações de violência ou grave ameaça à sociedade. Trata-se, por conseguinte, de uma finalidade legítima para a punição antecipada de determinados comportamentos - como o porte ilegal de armas, por exemplo - que possam gerar danos irreparáveis.

⁴⁸ HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, vol. 2, no. 8. P54-66, 2003.
[Digite aqui]

Hassemer, ao analisar a criminalidade atual, dentro da qual se encaixam os delitos contra o consumo, descreveu:

Há muitas razões para se supor que os problemas “modernos” de nossa sociedade causarão o surgimento e desenvolvimento de um Direito interventivo correspondentemente “moderno” na zona fronteira entre o Direito administrativo, o Direito penal e a responsabilidade civil pelos atos ilícitos. Certamente terá em conta as leis de mercado e as possibilidades de um sutil controle estatal, sem problemas de imputação, sem pressupostos de culpabilidade, sem um processo meticuloso, mas, então, também, sem a imposição de penas criminais. (HASSEMER, 1993, p. 59 e 95).⁴⁹

Independentemente das divergências doutrinárias, conclui-se que a adequação do Direito Penal de Intervenção deve observar que quaisquer medidas e penas devem ser aplicadas com base nos princípios fundamentais da Constituição Federal e demais normas infraconstitucionais aplicáveis.

A questão que se coloca é o entendimento, para Hassemer, que a tutela de bens jurídicos coletivos – condizendo com a sociedade moderna – será legítima na medida em que funcionalizados a partir dos bens jurídicos individuais e permitiria, como um ramo autônomo, um sistema de sanções menos graves e garantias processuais flexíveis⁵⁰.

Contudo, no que se refere aos delitos econômicos e objetivo da presente tese, entende-se que a natureza da pena aplicável deve ser de Direito Penal e não de Direito Administrativo, ou então relativa ao sistema autônomo defendido por Hassemer, inclusive por considerar a fundamentação constitucional da criminalização e por entender que a alta valoração do bem jurídico protegido enseja a aplicação de pena de natureza penal – ainda que com enfoque eminentemente preventivo – pois o caráter preventivo não a afasta do Direito Penal.

No que se refere aos delitos econômicos, o Direito Administrativo sancionador se presta a interromper a prática antes do alcance de uma gravidade exacerbada que implique na produção de resultado penalmente punível. Contudo, é da natureza do

⁴⁹ (...) espera-se a intervenção imediata do Direito Penal, não apenas depois que se tenha verificado a inadequação de outros meios de controle não-penais. O venerável princípio da subsidiariedade ou a *ultima ratio* do Direito Penal é simplesmente cancelado, para dar lugar a um Direito Penal visto como *sola ratio* ou *prima ratio* na solução social de conflitos: a resposta penal surge para as pessoas responsáveis por estas áreas cada vez mais frequentemente como a primeira, senão a única saída para controlar os problemas. HASSEMER, Winfried. **Três temas de direito penal**. 1. ed., Porto Alegre: AMP/Escola Superior do Ministério Público, 1993, p. 48.

⁵⁰ NASCIMENTO, Diego Leal. **Bem jurídico Penal: reajustando as expectativas em torno de sua função crítico-limitadora**. São Paulo: Editora Dialética, 2021, p. 104.

bem jurídico protegido e da característica massificada dos danos que se extrai a opção por uma resposta do Direito Penal, mais grave, e será a natureza da pena aplicável que o tornará eficiente e não apenas simbólico.

Por fim, no que se refere à inserção dos delitos econômicos dentro do Direito Penal de Intervenção, além de afastada em razão da natureza do bem jurídico protegido, é fato que Hassemer não completou o modelo por ele defendido, de maneira que não alcança o âmbito da discussão necessário, mantendo-se necessária a observância dos princípios de legalidade e devido processo legal.

1.3.1. Direito Penal de Duas Velocidades

Outra noção que merece atenção do Direito Penal de Duas Velocidades, nascida da crítica feita por Jesus-Maria Silva Sánchez à noção do Direito Penal de Intervenção de Hassemer, expoente da Escola de Frankfurt. Silva Sánchez afirma que o Direito Penal Liberal descrito por Hassemer nunca existiu e que o risco do Direito Penal de Intervenção seria a criação de uma espécie de Direito Penal de castas, em que o criminoso “clássico”, que atinge bens jurídicos individuais, sofreria uma pena corporal enquanto os criminosos do Direito Penal Moderno se sujeitariam a regras mais flexíveis e penas mais brandas⁵¹.

O Direito Penal de duas velocidades, conceito portanto desenvolvido por Silva Sánchez, é uma teoria que busca analisar a disparidade na aplicação das normas penais em diferentes estratos sociais. Segundo o autor, o sistema penal tende a tratar de forma desigual os indivíduos pertencentes a grupos sociais distintos, resultando em uma justiça penal que opera em duas velocidades.

Silva Sánchez não se revela contrário à expansão do Direito Penal, mas entende que a sociedade moderna demandaria uma configuração dualista dentro do sistema do Direito Penal.

⁵¹ NASCIMENTO, Diego Leal. **Bem jurídico Penal: reajustando as expectativas em torno de sua função crítico-limitadora**. São Paulo: Editora Dialética, 2021, p. 105.
[Digite aqui]

Diego Leal Nascimento resume a ideia do Direito Penal de Duas velocidades:

O autor entende que o correto é adotar uma “configuração dualista” dentro do próprio sistema do Direito Penal, com regras de imputação e princípios e garantias de dois níveis. A isso corresponde o chamado “Direito Penal de duas velocidades”, consistindo esta “segunda velocidade” num modelo intrassistêmico de menor intensidade garantística.

Com isso Silva Sánchez está separando o Direito Penal, dentro de sua unidade substancial, em dois grandes blocos de ilícitos. O primeiro que comina penas de prisão e, o segundo, vinculado a outro gênero de sanções⁵².

Em resumo, Silva Sánchez afasta a necessidade de criação de um ramo autônomo, mas defende a dicotomização dentro do sistema existente, entretanto, tal como Hassemer, não confere uma sistematização a sua tese e a deixa suscetível a questionamentos acerca de sua legitimidade.

É exatamente quanto à legitimidade das ideias de Hassemer e Silva Sánchez que Ana Elisa Bechara pondera que a configuração dualista ou a criação de um ramo autônomo consistiria numa forma de controle social velada, e com o risco de a “desformalização e a flexibilização nos novos âmbitos invariavelmente viesse a contagiar todo o sistema, acabando por aplicar-se também ao denominado setor nuclear do Direito Penal”⁵³ e amparando-se nessas críticas Diego Leal Nascimento aponta para o risco de um inchaço do Direito Penal e a necessidade de haver legitimidade da regulação do comportamento por ele.⁵⁴

Assim, a configuração do Direito Penal, em seu sub-ramo do Direito Penal Econômico, sem necessidade de criação de um sistema autônomo, mas com a adequada definição do seu conteúdo, responde com a legitimidade aos delitos econômicos, garantindo-se, outrossim, a observância das garantias e direitos durante a persecução penal.

1.4. O novo Direito Penal

Se a criminalidade moderna ataca o bem jurídico penal supraindividual de formas intangíveis, às vezes até totalmente virtuais, e, portanto, nem sempre

⁵² Op.cit. p. 104.

⁵³ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p 219.

⁵⁴ Op. Cit. p. 107.

[Digite aqui]

geradoras de um resultado naturalístico, somente o Direito Penal Econômico, dotado das características de dinamicidade e maleabilidade poderá oferecer a resposta social adequada e esperada.

O Direito Penal Econômico, dadas suas características, atende com maior efetividade à demanda da tutela do Direito do Consumidor, este compreendido como direito fundamental, e surpreendido cada vez mais intensamente com ataques praticados por empresas e grandes conglomerados.

De fato, o Direito do Consumidor tem enfrentado situações inéditas e não abrangidas pelo sistema penal atual, pois demanda não somente a proteção do sujeito numa perspectiva isolada, mas também numa perspectiva coletiva e que reconheça o ato de consumir como reflexo da dignidade humana.

Essa visão atualizada dos novos desafios do Direito do Consumidor será apenas parcial sem a abordagem do capitalismo humanista e sua proteção, que somente se viabilizará com a implementação da tutela efetiva pelo Direito Penal Econômico.

A análise do paternalismo dos indivíduos por corporações, por exemplo, com a intenção declarada de “proteção ou auxílio aos consumidores”, como é o caso de criação de aplicativos com informações as mais diversas, muitas vezes estimulam o consumo desenfreado e impensado, de maneira que determinadas condutas residem num limite muito tênue entre a infração administrativa e o delito econômico, de maneira que a tipificação das condutas incriminadas dependerá de normatização própria e em diploma que elenque com clareza seus princípios norteadores.

2. ABUSO DE PODER ECONÔMICO E O CONSUMIDOR

Não se pode ignorar que o poder econômico pertence à ideia de livre mercado, sem uma necessária desigualdade não existe liberdade, de tal sorte que não consiste em uma anomalia, mas um aspecto informador e estruturador da ordem econômica.

Nesse sentido, não se defende eliminar o poder econômico ou desigualdades entre empresas como forma de tutelar o Direito do Consumidor, vez que a Constituição Federal estabelece no caput do art. 170 que a ordem econômica está “fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa” e “tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social”, de tal sorte que a própria ordem econômica é dotada de função social e integra a noção de sustentabilidade.

A anomalia surge quando, seja por concentração de mercado, seja por uso de determinados veículos, ou outros tantos mecanismos, o poder econômico seja praticado de forma abusiva.

A noção de abusividade de um direito, ou no exercício de uma atividade, alçou novo patamar tanto que o Código Civil de 2002 previu sua configuração.

O abuso de direito refere-se à utilização indevida de um direito, causando prejuízo a terceiros. Ele está relacionado à ideia de que o exercício de um direito deve ser pautado pela boa-fé, bons costumes e pelo respeito aos limites impostos pela lei. O abuso de direito pode ocorrer em diversas situações, como no uso excessivo de um direito, na prática de atos com finalidade exclusivamente prejudicial, na violação dos princípios da função social do contrato, entre outros. O Código Civil estabelece que aquele que abusa do seu direito pode ser responsabilizado pelos danos causados, sendo obrigado a repará-los.

Nesse paralelo com o Código Civil é possível verificar a natureza de um direito originalmente lícito, e que, contudo, em razão do modo em que foi exercido, transmuda-se numa natureza ilícita e que, no caso, gera dever de indenizar.

Da mesma forma, o poder econômico alicerça a ordem econômica não se configurando, a princípio e se exercido de forma sustentável⁵⁵, em ato danoso para a ordem econômica, a não ser que se transmute em forma abusiva.

O abuso de poder econômico é um problema grave, pois, que afeta muitas economias ao redor do mundo de tal sorte que muitas infrações adquirem parâmetros transnacionais e violam direitos transindividuais. Ele se refere a uma situação em que uma empresa ou grupo de empresas domina o mercado e usa esse poder para prejudicar a concorrência, aumentar os preços, restringir o acesso a informações e recursos essenciais e, em geral, exercer influência excessiva sobre o mercado

Essa forma de conduta pode ter consequências negativas para a economia como um todo, afetando a livre concorrência e criando um ambiente injusto para as empresas menores. Além disso, ele pode resultar em preços mais altos para os consumidores, diminuição da qualidade dos produtos e serviços, e redução da inovação e criatividade, e é justamente nesse ambiente de abuso de poder econômico, envolvendo o papel dos consumidores, que esta tese se debruça.

As autoridades governamentais e reguladoras em muitos países têm leis e regulamentos que visam prevenir o abuso de poder econômico. Essas leis e regulamentos incluem limites à concentração de mercado, proibição de práticas anticompetitivas, como fixação de preços, e a imposição de multas e sanções contra empresas que cometem abusos

No entanto, o abuso de poder econômico é muitas vezes difícil de detectar e combater, pois as empresas envolvidas podem empregar táticas sofisticadas para evitar a detecção, muitas vezes o abuso se apresenta sob uma fantasia de lícito ou até mesmo benéfico ao consumidor. Além disso, em muitos casos, as empresas podem ter relações estreitas com governos e reguladores, o que pode dificultar ainda mais a imposição de sanções e regulamentações.

⁵⁵ A respeito dos diversos desafios na significação da sustentabilidade defende a assunção de responsabilidades pelas instituições especializadas e organizações: A fim de avançar na direção da sustentabilidade, devemos redefinir o significado de riqueza e progresso face a uma visão de vida e de sociedade mais integrada e sistêmica. Como sobrepujar a tensão dialética entre instituições especializadas e organizações altamente efetivas em suas missões, e a urgente necessidade da sociedade induzir estas mesmas organizações a assumirem maiores responsabilidades pelo bem comum? RATTNER, Henrique. Sustentabilidade-uma visão humanista. **Ambiente & sociedade**, p. 233-240, 1999, p. 236.

O conceito de abuso de poder econômico está geralmente atrelado a práticas anticoncorrenciais, contudo, seu conceito é amplo e inclui desde a formação de cartéis, uso indevido de informações obtidas em redes sociais ou por outros meios, uso de algoritmos em redes sociais para divulgação de produtos, privilégio de divulgação de determinadas informações em detrimento de outras – imposição de publicidade sufocante e predatória e muitas vezes misógina ou etarista para impor práticas de consumo, entre tantas outras.

Torna-se simples exemplificar o abuso de poder econômico no mercado de consumo quando se observa, por exemplo, os planos de saúde, com suas cláusulas de barreira e a *pink tax*, imposta a produtos de cunho “feminino”, provocando distinção de gênero com preços mais altos para o público feminino.

Liziane Parreira e Marcelo Benacchio analisam o envolvimento da Economia com questões morais, o que revela a crescente importância do tema do abuso de poder:

Apesar dos protestos, contudo, os economistas cada vez mais se veem envolvidos em questões morais (SANDEL, 2012, p. 49).

Ninguém duvida da influência do mercado na vida das pessoas, o tipo da imagem ideal, o carro mais adequado, os objetos que conferem status. Essa ideia aproxima-se muito do *American Dream* de que com esforço e trabalho tudo pode ser conquistado, comprado. A economia, em acepção tradicional, avançou para esferas que estão além de seu liame, utilizou o Direito para justificar seus propósitos e excluiu a sociologia e a filosofia moral do seu caminho⁵⁶.

2.1. Abuso de poder econômico contra o consumidor

O Código de Defesa do consumidor traz em seus artigos 39, 40 e 41, um elenco exemplificativo de práticas abusivas, conceito genérico e que merece interpretação ampla, a fim de abarcar a mobilidade e velocidade do mercado de consumo e das espécies de práticas que podem caracterizar abuso de poder econômico e que surgem a todo momento na sociedade atual.

A visão constitucional do Direito do Consumidor, sem a qual não há entendimento genuíno acerca da proteção que a relação de consumo mercê, aponta para diversos comportamentos indicadores, como contratos de adesão, uso

⁵⁶ PARREIRA, Liziane; BENACCHIO, Marcelo. Da análise econômica do Direito para a análise jurídica da Economia: a concretização da sustentabilidade. *Prisma Jurídico*, v. 11, n. 1, p. 179-206, 2012, p. 187.

inadequado de informação – como o direcionamento de publicidade aproveitando-se de pesquisas realizadas pelo consumidor, e resulta da posição dominante dos fornecedores.

A análise constitucional do Direito do Consumidor entrelaça-se com a ideia da caracterização da Economia moderna através da ética⁵⁷:

É por meio da ética que a Economia moderna consegue caracterizar o ser humano como real, e não como mera estatística. Importante também é acrescer à visão do comportamento autointeressado, o bem-estar social, sopesando interesse individual e solidariedade na busca da realização do humano por meio do econômico e do jurídico.

A relação de consumo pode ser identificada⁵⁸ como bem jurídico autônomo⁵⁹ e como tal há de ser protegida em sua integridade e equilíbrio, de maneira que, ao se proteger a relação jurídica de consumo, protege-se o próprio sistema e a instituição do consumo, seria conceituado como “bem jurídico institucional⁶⁰”.

As relações de poder existentes entre consumidor e fornecedores – ou então a instituição do consumo - devem estar pautadas nos direitos que devem ser assegurados à luz da Constituição e devem obedecer não somente normas proibitivas, mas também princípios que impeçam o exercício de direito com abuso do consumidor, sendo a ordem econômica campo de realização dos direitos fundamentais, entre eles o direito ao consumo.

Tecendo considerações a respeito da finalidade da empresa, num panorama neoliberal após as reformas constitucionais da Emendas Constitucionais no. 05 e 09, Marçal Justen Filho ⁶¹afirma:

⁵⁷ PARREIRA, Liziane; BENACCHIO, Marcelo. Da análise econômica do Direito para a análise jurídica da Economia: a concretização da sustentabilidade. **Prisma Jurídico**, v. 11, n. 1, p. 179-206, 2012, p. 195.

⁵⁸ Sobre a natureza do bem jurídico do consumo, discorrer-se-á em capítulo próprio.

⁵⁹ “*Relação de consumo também é “identificada como um bem jurídico autônomo (no cotejo com outros bens jurídicos), supra-individual (que vai além da pessoa do consumidor individual) e imaterial (não tem realidade material- naturalística)”*. BOSCH, Marcia Helena, tese de doutorado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC -SP, 2016 disponível em <https://repositorio.pucsp.br/bistream/handle/7092/1/Marcia%20Helena%20Bosch.pdf>

⁶⁰ KALIL, José Arthur Spirito. **O consumidor e o direito penal econômico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 96

⁶¹ JUSTEN FILHO, M. Empresa, Ordem Econômica e Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, v. 212, p. 128, 1998. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/47171>. Acesso em: 19 set. 2023.

Mas isso não significa que a CF/88 tenha atribuído à atividade empresarial natureza não instrumental. A empresa não é um fim em si mesmo. Nem é meio de realização de interesses puramente privados. A ordem econômica é instrumento de realização de certos valores fundamentais, cuja realização é insuscetível de transigência. A Nação brasileira, ao compor seu pacto constitucional, elegeu certos objetivos a serem atingidos. Elegeram-se como valores fundamentais a soberania nacional e a dignidade da pessoa humana. Talvez se possa afirmar que o valor mais elevado é a dignidade da pessoa humana, para cuja realização se reputa indispensável a afirmação da soberania nacional.

A conduta velada em desrespeito do consumidor – e que, portanto, transgride a ordem constitucional - pode ser facilmente identificada ao se observar a falta de equilíbrio em desfavor do consumidor. O desequilíbrio define o ilícito, assim como o abuso prejudica o exercício da vontade do consumidor, torando-a viciada e ensejando a configuração de abuso.

Muitas vezes, não se tratará de viciar a vontade do consumidor ou então sujeitá-lo à diminuição – e até extinção – de sua livre escolha, mas provocar prejuízo concreto, como por exemplo entregar produtos impróprios ao consumo, mal orientar o uso de defensivos agrícolas de forma proposital, entre tantas outras formas diretas ou indiretas de violar o Direito do consumidor.

A intensidade das relações de consumo – e, portanto, – a submissão cada vez maior dos consumidores ao abuso de poder econômico, tem sido descrita, conforme se observa:

As relações sociais estabelecidas no atual contexto sócio-cultural não são plenamente pautadas na possibilidade de construção de laços subjetivos específicos entre os sujeitos, mas evocam a multiplicidade de símbolos e de objetos que permeiam a cultura do consumo na sociedade (BAUDRILLARD, 1995). Para Bauman (2001), o atual sistema social, envolve os sujeitos primeiramente enquanto consumidores, pois somos guiados mais pela sedução e desejos voláteis, nos quais se movem as marcas e os símbolos com uma leveza quase imperceptível nas relações sociais, do que na constituição de laços com nossos semelhantes. Isso evidencia-se na medida em que os processos de massificação do consumo e da mídia se intensificam, provocando uma proximidade maior dos homens com seus símbolos e objetos (representações) produzidos do que com outros homens (BAUDRILLARD, 1995). É assim que, para Baudrillard (1995), constitui-se a cultura do consumo, marcada pela crescente intensidade de relações entre os sujeitos e suas representações em detrimento do entendimento da realidade vivida. Este fenômeno evidencia como vive-se com menor alusão e maior ilusão as funções sociais.

Neste sentido, a amplitude de bens produzidos na sociedade de consumo, devido ao processo de massificação midiática de representações, como símbolos e signos, leva à constituição de um sujeito envolvido em marcas, identidades e com uma volatilidade que o deixa num estado plenamente inacabado, numa liquidez identitária e

de consumo. Esta volatilidade é perceptível na intensa busca pela novidade e pelas diferenciações estabelecidas no ato de consumir (BAUMAN, 2007; 2001)⁶²

Se há abuso de poder econômico contra o consumidor resultado do uso da posição de poder, há ilícito, e sua identificação passa por qualquer forma de desequilíbrio na relação de poder e esse se manifesta de formas variadas. Nas relações de consumo, o desequilíbrio pautará a relação jurídica entre o consumidor e fornecedor na fase antecedente e pós contratual e durante o cumprimento do contrato.

Como ressalta Fabiano Del Masso⁶³, qualquer desequilíbrio no mercado de consumo ocasiona efeitos sociais de grande monta:

A organização do mercado de consumo é a que se faz mais eficiente na realização das atividades mais básicas e importantes e que abarcam a maior parte da população. Qualquer desequilíbrio nesse mercado ocasionará efeitos sociais de monta.

Desta forma, a ilicitude não decorrerá da norma propriamente dita, mas da análise sistemática da conduta e que estão atreladas ao capitalismo humanista e princípios fundamentais da Constituição Federal, como a dignidade da pessoa humana.

Assim, um direito exercido de forma anômala ou ultrapassando seus limites, não nasce propriamente como um ilícito, mas gerará resultados ilícitos e, ao prejudicar bem juridicamente tutelado pelo Direito Penal, poderá incidir em tipo penal econômico.

Valéria Galdino defende que as cláusulas abusivas são aquelas que estabelecem obrigações iníquas, colocando o consumidor em desvantagem exagerada, causando um desequilíbrio contratual entre as partes, ferindo a boa-fé e a equidade⁶⁴, ou seja, abusividade está intrinsicamente ligada com as formas de desequilíbrio no mercado.

⁶² Oliveira, J. S. de, & Vieira, F. G. D. (2008). Produção simbólica e sustentabilidade: discutindo a lógica da salvação da sociedade pela mudança nos modos de consumo. **Caderno De Administração**, 35-43. Recuperado de <https://periodicos.uem.br/ojs/index.php/CadAdm/article/view/6043> consultado em 13 de novembro de 2023.

⁶³ DEL MASSO, Fabiano. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 15.

⁶⁴ GALDINO, Valéria Silva. **Cláusulas Abusivas**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 07

2.1.1 Abuso de poder econômico e a interferência na sustentabilidade

Conforme se adiantou acima, o abuso de poder econômico além de ferir o bem jurídico do direito ao consumo, fere a própria noção de sustentabilidade. A noção desta extrapola a ideia de proteção ao meio ambiente e é muito mais ampla.

O desenvolvimento econômico sustentável floresce quando se garante o desenvolvimento das futuras gerações e acaba por melhorar as condições de vida da população, inerência da vinculação com os direitos humanos.

Nesse sentido, sobre a amplitude do conceito de sustentabilidade:

O conceito de sustentabilidade é geralmente definido (FREITAS, 2011, p. 85) como a capacidade de satisfação as necessidades das relações presentes sem impedir que gerações futuras supram as suas próprias necessidades e para que isso aconteça, o Direito deve ter sempre um pensamento prospectivo, de natureza multidimensional, que alia conceitos para além do ambiental, ou seja, para dimensões sociais, éticas, econômicas e jurídico políticas, as quais estão entrelaçadas, comunicando-se.

A sustentabilidade não é apenas uma questão ambiental, pensar em soluções sustentáveis é criar saídas de equidade para tratar das graves privações, o papel do Estado torna-se essencial com o custeio governamental dos programas de distribuição de renda. O funcionamento livre, não intervencionista do mercado, beneficia uma parcela muito pequena da sociedade, enquanto que outra parcela é prejudicada.⁶⁵

O Direito Penal econômico, ao apresentar efeito regulatório, permite ao Estado interferir no âmbito do direito ao consumo indiretamente e buscar o equilíbrio, não alcançado por medidas de Direito Administrativo sancionador, entre o consumidor e aquele que goza de posição de poder no mercado.

A regulamentação do consumo interfere, conseqüentemente, na sustentabilidade de maneira que estão interligadas⁶⁶:

⁶⁵ PARREIRA, Liziane; BENACCHIO, Marcelo. Da análise econômica do Direito para a análise jurídica da Economia: a concretização da sustentabilidade. **Prisma Jurídico**, v. 11, n. 1, p. 179-206, 2012, p. 199.

⁶⁶ Oliveira, J. S. de, & Vieira, F. G. D.. Produção simbólica e sustentabilidade: discutindo a lógica da salvação da sociedade pela mudança nos modos de consumo. *Caderno De Administração*, 35-43, 2008. Recuperado de <https://periodicos.uem.br/ojs/index.php/CadAdm/article/view/6043> consultado em 13 de novembro de 2023. Acrescentando ainda: *O direito a um modo de vida sustentável também representa uma passagem dos bens naturais, como água e ar, à constituição de suas características enquanto bem de consumo de diferenciação, onde por acúmulo de acesso a poucos grupos retoma a condição de mercadoria de provável massificação (BAUMAN, 2001). O ato de consumo, portanto, é o que promove a sustentabilidade do atual modelo sócio-econômico, pois a existência do sujeito esta relacionada ao fato de consumir, este se não o faz é supérfluo, sendo então desnecessária a sua constituição na estrutura social em que vive.*

[Digite aqui]

Para Baudrillard (1995, p.57), um direito só é constituído a partir do momento em que não há mais espaço para todos os sujeitos. Desse modo, a defesa dos direitos às necessidades básicas de consumo ou as restrições a constituição de excessos (AGENDA 21 BRASILEIRA, 2004), implicam na dificuldade de acesso dos consumidores ao mercado, sendo necessário tornar mais dócil o corpo dos consumidores neste processo. Assim, a sustentabilidade se torna um direito social quando é percebida e cooptada pelo sistema como algo necessário a sua manutenção (BAUDRILLARD, 1995).

A noção de que a defesa do consumidor, enquanto vetor da sustentabilidade, decorre do princípio republicano, da dignidade da pessoa humana, é defendido por Fábio de Souza Trajano:

O princípio da defesa do consumidor e o princípio da sustentabilidade decorrem, diretamente, do princípio republicano, da proteção da dignidade da pessoa humana e da cidadania, estes últimos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme art. 1º, II e III, da CF/1988, sendo, todos, enquadrados como princípios estruturantes, conforme consignado anteriormente.

A construção de uma sociedade livre, justa e solidária, objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, segundo o art. 3º da CF/1988, está relacionada com o princípio da sustentabilidade e com a defesa do consumidor⁶⁷.

2.1.2. Abuso de poder econômico e inteligência artificial

Uma amostra da intensidade com que as questões envolvendo abuso de poder econômico podem acontecer num futuro próximo – e cresce a preocupação a respeito da responsabilização da pessoa jurídica - é a implantação crescente de sistemas de inteligência artificial.

Os programas de inteligência artificial têm sido objeto de uma disputa tecnológica e são desenvolvidos pelas próprias empresas ou então, por ela adquiridos de um desenvolvedor.

O direito ao desenvolvimento é dos objetivos da República Federativa do Brasil e representa um elemento do desenvolvimento nacional (art. 3º, da Constituição Federal), o que deve conviver com a promoção da dignidade da pessoa humana e ordem econômica, ou seja, se não há como impedir o desenvolvimento de tecnologia

⁶⁷ DE SOUZA TRAJANO, F. O princípio da sustentabilidade e o direito do consumidor. **Revista Eletrônica Direito e Política**, [S. l.], v. 4, n. 2, p. 222–235, 2009. DOI: 10.14210/rdp.v4n2.p222-235. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/article/view/7228>. Acesso em: 13 nov. 2023 [Digite aqui]

– entre elas a inteligência artificial – não há igualmente como o afastar da análise a luz da Constituição, como já apontou Rafael José Nadim de Lazari⁶⁸:

Enfim, os pressupostos constitucionais que devem nortear as decisões sociais sobre o tema estão dados: prestigiar a dignidade da pessoa humana sem desconsiderar, absolutamente, a possibilidade de desenvolvimento científico, tecnológico e a inovação que, também em grande medida, podem ser ferramentas imprescindíveis à melhoria de vida das pessoas e, conseqüentemente, à materialização de sua dignidade.

A sociedade, contudo, já convive com os efeitos da inteligência artificial e talvez, formas de abuso por ela implementadas. Basta integrar uma rede social ou navegar na internet para perceber o movimento articulado de inteligência artificial, seja com oferta insistente de produtos ou serviços, inclusive de forma predatória, seja com a aplicação indevida da informação do consumidor.

Caso uma pessoa jurídica opte por adotar sistemas complexos de inteligência artificial na elaboração de algoritmos ou produção de decisões humanizadas, por exemplo, a responsabilidade penal da pessoa jurídica poderá ser afastada em caso de abuso de poder econômico?

Há possibilidades intermináveis de condutas que poderão configurar crime e que podem ser geradas por inteligência artificial, e a quem caberá a responsabilidade será matéria a ser elaborada pelo Direito.

Existem diversos sistemas de formação de inteligência artificial, com algoritmos explícitos ou não, inteligência artificial com autonomia ou não, todas questões que se configuram um verdadeiro desafio para o Direito, inclusive por implicar em conhecimentos de tecnologia não exatamente simples.

A mesma discussão se repete no Direito Civil, em relação a prática de ato ilícito causadora de dever de indenizar.

Os computadores, com a evolução tecnológica deixam de ser meras máquinas para integrarem um papel de atores sociais e, desta forma, a figura da inteligência artificial eventualmente pode substituir a posição de um gestor ou tomador de

⁶⁸ LAZARI, Rafael José Nadim de., e MELLO, Rogério Luis Marques de. De quem é a culpa? A responsabilidade penal decorrente da inteligência artificial in **ibcrim.org.br**, disponível em www.ibcrim.org.br/media/conatos/anexo-13-07-2020-17-52-20-378531.pdf consultado em 22 de novembro de 2023.

decisões da pessoa jurídica, comunicando-se com humanos e produzindo resultados no mundo real.

A discussão acerca da imputação de responsabilidade penal da pessoa jurídica, apesar de não ser objeto desta tese, deve ser apontada e se revela atual na medida em que a inteligência artificial – uma vez que responsável por iniciativas dissociadas de qualquer agente humano identificável – pode ensejar práticas de abuso de poder econômico contra o consumidor, assim como já se tem observado outras consequências danosas em diversos setores.

2.1.3. Reflexos no Direito do Consumidor

Os valores atuais se concentram na dignidade da pessoa humana, afastando-se, pois, do caráter eminentemente patrimonial que pautou codificações anteriores, como o Código Civil Brasileiro de 1916.

No Brasil, observa-se atualmente a consagração de valores mais humanos e sociais, permeando o ordenamento pátrio e o Estado Social e Democrático de Direito. No plano internacional, donde ecoa o mesmo movimento, os chamados direitos humanos são reputados invioláveis e inerentes a toda e qualquer pessoa.

Como consequência da valorização de questões sociais e humanas, os direitos e a proteção ao consumidor no mercado passaram a merecer especial atenção, de tal sorte que, desde a Constituição da República de 1988, é possível afirmar que o Direito do Consumidor tem *status* de direito fundamental.

O consumo, hodiernamente, pelo que representa substancialmente na vida das pessoas, está atrelado à noção de direitos humanos. Ele se tornou essencial à vida humana, logo, há, em tese, um mínimo existencial de consumo, posto que diretamente relacionado à dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana está diretamente relacionada com o papel desempenhado pelo consumidor ao exercer todas as suas potencialidades

existenciais⁶⁹ e a empresa se torna fundamental na realização dos objetivos constitucionais.

Por outro lado, além de diplomas legais que visam a proteger os direitos humanos e da proteção que emana da interpretação do Direito do Consumidor como direito fundamental, é possível atribuir a esse ramo jurídico a tutela penal constitucional da área que lhe diz respeito, tema que é objeto neste estudo.

Em que pese o Código de Defesa do Consumidor contar com tipos penais, a tutela penal constitucional funciona de forma mais ampla, na medida em que, em última análise, alicerça no Supremo Tribunal Federal sua proteção e permite uma análise que ultrapassa os tipos penais previstos no código consumerista.

E essa proteção decorre, no plano penal, ao menos em grande medida, da aplicação da teoria dos mandados de criminalização.

Os mandados de criminalização atuam como mecanismos de ordem constitucional destinados ao legislador ordinário para que este legisle criminalizando determinada matéria. Esses mandados direcionam a atenção do legislador para as demandas tidas como fundamentais para a construção de uma sociedade embasada na dignidade da pessoa humana.⁷⁰

Dessa forma, inafastável a interpretação com base na teoria do diálogo das fontes⁷¹ entre o Direito do Consumidor, como direito fundamental, o Direito

⁶⁹ “A dignificação do ser humano não se faz apenas pelo reconhecimento de sua integração na comunidade como ser livre e dotado de faculdades de participação. É indispensável que cada ser humano disponha de condições mínimas de sobrevivência, no tocante à saúde, alimentação, habitação, educação etc .. A dignidade de todo e qualquer ser humano traduz-se na sua realização como ser autônomo, relativamente a de todas as suas potencialidades existenciais” in JUSTEN FILHO, M. Empresa, Ordem Econômica e Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, v. 212, p. 129, 1998. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/47171>. Acesso em: 19 set. 2023.

⁷⁰ “... paradoxalmente, as Constituições que recepcionaram comandos normativos de natureza jurídico-penal não o fizeram à proteção daqueles que inequivocamente se revestem de primazia no âmbito de uma sociedade politicamente organizada (como, por exemplo, a vida, a dignidade da pessoa humana e a liberdade).” FELDENS, Luciano. **A constituição penal**. 1.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 72.

⁷¹ “Seguirei aqui novamente a teoria de Erik Jayme, que propõe – em resumo- no lugar do conflito de leis a visualização da possibilidade de coordenação sistemática destas fontes: o diálogo das fontes. Uma coordenação flexível e útil (*effet utile*) das normas em conflito no sistema a fim de restabelecer a sua coerência. Muda-se assim o paradigma: da retirada simples (revogação) de uma das normas em conflito do sistema jurídico ou do ‘monólogo’ de uma só norma (a „comunicar“ a solução justa), à convivência destas normas, ao ‘diálogo’ das normas para alcançar a sua „ratio“, a finalidade visada ou

Constitucional e o Direito Penal, pois, ao adotarmos a doutrina dos mandados de criminalização é possível atender à necessidade premente de proteção do consumidor não só com base na codificação específica de natureza civil, mas também na lei penal, conciliando as várias noções de “sujeito” na relação de consumo, com vistas a tutelar, efetivamente, o mais vulnerável.

2.2. O Direito do Consumidor como direito fundamental

Há diversos conceitos de direitos fundamentais. Contudo, amolda-se melhor ao estado contemporâneo aquele segundo o qual tais direitos consistem no essencial para que as pessoas possam se desenvolver e procurar a felicidade, com uma acentuada dimensão ética e moral. São direitos inerentes à própria noção de pessoa e que são reconhecidos, explícita ou tacitamente, por uma determinada ordem constitucional.

Luiz Carlos dos Santos Gonçalves expõe sua conceituação:

Os direitos fundamentais são aqueles direitos positivados na Constituição ou em tratados internacionais recebidos com força constitucional, objeto de proteção reforçada contra alterações legislativas e cuja implementação, respeito e efetividade podem ser demandadas perante o Poder Judiciário. Eles são normalmente, mas não necessariamente, situações de vantagem relacionadas às condições e liberdades essenciais para a livre busca pela felicidade humana.⁷²

Ingo Wolfgang Sarlet⁷³ fornece seu conceito de direito fundamental relacionando o conteúdo e importância:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo ou não, assento na Constituição Formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).

„narrada“ em ambas. Este atual e necessário ‘diálogo das fontes’ permite e leva à aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes com finalidade de proteção efetiva.” MARQUES, Cláudia Lima. Superação das Antinomias pelo Diálogo das Fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. **Revista dos Tribunais**, 2004, p. 35.

⁷² GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 38.

⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia do Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, 10ed., p. 110.

A consagração dessa noção - e a valorização do conteúdo material - se tornou possível tendo em vista que a vida humana passou a ser tratada de forma central em âmbito mundial e nacional, concebida, outrossim, como uma vida de qualidade e não apenas no sentido de sobrevivência. Ao mesmo tempo, de modo claramente perceptível, os princípios de Direito Público foram incorporados pelo Direito Civil.

As fronteiras entre o Direito Público e o Direito Privado se fragilizaram, de maneira que institutos privados passaram por uma releitura sob a ótica constitucional, numa figura de linguagem que permite imaginar a troca da lente, ou filtro, com a qual se examina o Direito Privado.

Da mesma forma como se tem estudado atualmente o fenômeno da administrativização do Direito Penal, percebeu-se outrora a publicização do Direito Civil com a opção por valores não patrimoniais visando à proteção da pessoa humana.

O Direito Privado, portanto, passou a ser norteado por princípios constitucionais, em especial a dignidade da pessoa humana, e absorveu o conceito de direitos fundamentais, expandindo, pois, o âmbito da Constituição de 1988, como uma lente que permitisse a releitura dos institutos jurídicos sempre visando a proteger o ser humano.

O Estado de Direito atual reflete a constitucionalização, pois, do Direito Privado, resultado de mudanças e quebras de paradigmas passando a centrar-se a ordem econômica mundial na vida humana. De fato, a positivação constitucional de certos valores básicos consolida o núcleo substancial da ordem normativa e está atrelado à valorização da pessoa humana e princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido tratam Augusto F. Dahinten e Bernardo F. Dahinten⁷⁴:

Conforme esclarece Cibele Gralha Mateus, ao se elevar ao status de direito fundamental, está-se, em verdade, a reconhecer que determinado direito, pelo prisma da formalidade, foi consagrado expressamente como tal por ser elementar a determinada ordem jurídica. Pelo viés da materialidade, de outra banda, implica inferir que determinado direito é tido como basilar ao ordenamento constitucional, não por estar escrito, mas pelo fato de sua essência tratar de elementos nucleares do texto constitucional e de abranger questões relativas à estrutura básica do Estado e da sociedade.

⁷⁴ DAHINTEN, Augusto Franke, Bernardo Franke. Direito do Consumidor como Direito Fundamental e o Ensino Superior in **Revista de Direito do Consumidor**, RDC Vol.106 (julho-agosto), p. 118.
[Digite aqui]

E proteger não é apenas garantir a sobrevivência, é zelar pela vida com dignidade, de uma forma ampla, seja garantindo o mínimo necessário à existência, mas também permitindo que o ser humano tenha possibilidade de conviver, relacionar-se, experimentar e, na medida da sua condição, consumir.

O desenvolvimento tecnológico avançou e, concomitantemente a ele, a necessidade de proteger aspectos da pessoa humana inserida em uma sociedade. Um desses aspectos é a informação. A esse respeito anota Leonardo de Medeiros Garcia:

Mas, na medida em que o desenvolvimento tecnológico avançou, principalmente e mais recentemente com a chegada da internet, a informação passou a ser instrumento de influência comportamental, passando assim a ter relevância jurídica e, portanto, merecedora de proteção.

Passamos a viver numa sociedade em que a informação passou a ser valorada ao extremo, capaz de influir decisivamente nas decisões a serem tomadas e nos rumos a serem seguidos, surgindo a chamada sociedade da informação ou infoera.

Atualmente, pode-se falar, assim, em um direito de quarta geração, relacionado com o dever de informar apenas o que for verídico, de forma clara e transparente, cumprindo uma função social, qual seja, da atividade informativa⁷⁵.

A noção do direito ao consumo com carga axiológica – formal e materialmente - de direito fundamental, com guarida no art. 5º. XXXII, da Constituição Federal, é defendida por Antônio Herman Benjamin, Luiz Guilherme Marinoni e Bruno Miragem⁷⁶.

José Paulo Micheletto Naves descreve:

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 garantiu estatura constitucional à defesa do consumidor. Por meio do art. 5º, inciso XXXII, os consumidores foram alçados à condição de titulares de direitos fundamentais, o que constitui, conseqüentemente, cláusula pétrea ante o imposto pelo art. 60, §4º, IV, da Constituição Federal. Portanto, pode-se afirmar que emana de tal dispositivo a obrigação para o poder público, de implementar políticas públicas de tutela ao consumidor e, por outro lado, para os particulares, a necessidade de obedecerem às normas consumeristas no exercício da atividade econômica, o que representa uma limitação à livre iniciativa⁷⁷.

⁷⁵ DE MEDEIROS GARCIA, Leonardo. O princípio da informação na pós-modernidade: direito fundamental do consumidor para o equilíbrio nas relações de consumo. **Direito UNIFACS–Debate Virtual**, n. 176, p. 112, 2015.

⁷⁶ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**, 2ª. Ed, São Paulo: RT, 2010; MARINONI, Luiz Guilherme. A conformação do Processo e o Controle Jurisdicional a partir do Dever Estatal de Proteção do Consumidor. In: SAMPAIO, Aurisvaldo; CHAVES, Critiano (coords), *Estudos de Direito do Consumidor: tutela coletiva (homenagem aos 20 anos da lei da ação civil pública)*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; BENJAMIN, Antônio Herman V. O Código Brasileiro de Proteção ao Consumidor. In MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (orgs). *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*. Vol I. São Paulo: Ed. RT, 2010, p. 97-132.

⁷⁷ NAVES, José Paulo Micheletto. Dos crimes contra as relações de consumo in **Direito Penal Econômico – Parte Geral e Leis Penais Especiais**, SOUZA, Luciano Anderson de, ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho, (coords), São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, 2ª. ed., p. 559.

O reconhecimento da fundamentalidade do direito ao consumo decorre, portanto, de sua localização topográfica no texto constitucional, bem como em razão do caráter universal e imprescindível do consumo, integrante da ordem econômica.

Sob outro enfoque, por promover a dignidade da pessoa humana em diferentes perspectivas – vida, integridade física, econômica, existencial, igualdade, liberdade – a proteção jurídica do consumidor igualmente alcança o status de fundamentalidade em razão de seu conteúdo.

Ainda, possível conceber que a previsão do direito na Constituição vincula o Direito, como ensina Canotilho⁷⁸, segundo o qual a positivação dos direitos fundamentais, e, portanto, “naturais e inalienáveis” do indivíduo, como normas fundamentais pela Constituição é exatamente o que vincula o Direito. Afirma que sem o reconhecimento constitucional, estes direitos seriam meramente aspirações ou ideais: “direitos do homem na qualidade de normas de ação moralmente justificadas”. Logo, a atribuição de reconhecimento constitucional do direito ao consumo alimenta a noção de que se trata de direito fundamental.

O direito ao consumo, pois, passou a ser observado como um direito multifacetado. Não consiste tão somente no direito de adquirir – produtos ou serviços – mas também de ter condições para tanto⁷⁹ e experimentar livre formação de sua vontade, amparada por informação adequada e equilíbrio nas relações entre ele e o fornecedor.

O direito ao consumo, seja representando a aquisição de um mínimo existencial, seja revelando a condição de pessoa inserida na sociedade, está diretamente ligado ao conceito de dignidade da pessoa humana, e como tal, foi ser reconhecido como direito fundamental. O ato de consumir, por conseguinte, consistiria num elemento da existência humana e a proteção do consumidor, assim, concretizaria uma existência digna.

⁷⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 369.

⁷⁹ Em 2021 foi sancionada a Lei 14.181/21, com o fim de prevenir o superendividamento e instrumentalizar meios para o consumidor se recompor dessa situação. A lei define o superendividamento como a "impossibilidade manifesta de o consumidor, pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo sem comprometer seu mínimo existencial". O espírito da referida lei incorpora a noção de que o direito ao consumo é um direito fundamental.

Outra característica que transborda da noção de Direito do Consumidor como direito fundamental é sua natureza de problema de massa, ou seja, que ultrapassa a esfera meramente individual para representar uma sociedade de consumo.

Dessa feita, o consumo passou a integrar a própria noção de ser humano, como condição vital, como elemento individual, e ser inserido num grupo, como elemento coletivo. A impossibilidade de consumir marginaliza o ser humano, retirando-lhe uma característica essencial e intrínseca ao mundo atual. E o mercado há de ser observado como um grande instrumento de socialização “cuja força motriz está na satisfação das necessidades individuais e coletivas”.⁸⁰

O avanço do consumo, a ponto de ser considerado como elemento essencial do ser humano dentro da sociedade, gerou relevantes consequências positivas que podem ser observadas no campo profissional, por exemplo, com áreas de trabalho novas dedicadas a direcionar e estimular o consumo. Por outro lado, também provocou problemas sérios, como a falta de acesso ao consumo, abuso de direito, desigualdade nas posições dentro da relação de consumo, a discriminação do consumidor, o uso nocivo de informações, entre outros.

As pessoas, desde o nascimento, e para firmar relações jurídicas em áreas essenciais, como saúde, educação, alimentação, vestuário, movimentação de capital, colocam-se na condição de consumidores, de tal forma que é quase impossível sobreviver na sociedade atual sem consumir, em menor ou maior grau.

No Brasil, a questão mereceu tratamento pela Constituição da República de 1988 e pelo Código de Defesa do Consumidor, e tem tido a atenção diuturna da jurisprudência e da doutrina, de maneira que estas têm se colocado sempre adiante, a fim de evitar ou tentar minimizar os danos ao consumidor, como se observa do tratamento do superendividamento.

A Constituição de 1988 ao prever o direito ao consumo no seu art. 5º, XXXII, e assim revelar o valor atribuído a ele como fundamental, também o insere no campo dos mandados de criminalização.

⁸⁰ DEL MASSO, Fabiano. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 15.

Bruno Miragem assenta:

“o direito do consumidor, enquanto direito subjetivo, tem sede constitucional e caracteriza-se ontologicamente como direito humano fundamental”. Sua materialidade decorreria do estreito vínculo que existe entre o princípio da dignidade da pessoa humana e a proteção do consumidor, na medida em que esta busca, ao fim, realizar uma necessidade humana básica, especialmente presente na sociedade atual, qual seja, a necessidade de consumir, dotada de caráter universal, uma vez que “todas as pessoas são em algum tempo, ou em um dado número de relações jurídicas, consumidoras. Nesta perspectiva, a caracterização dos direitos do consumidor como direitos humanos, revela o reconhecimento jurídico de uma necessidade humana essencial, que é a necessidade de consumo”⁸¹.

Em resumo, o caráter fundamental do Direito do Consumidor não decorre tão somente da opção do constituinte em o incluir no rol do art. 5º da Constituição Federal, mas também em razão de sua materialidade consentânea com a dignidade da pessoa humana e proteção dos mais vulneráveis.

A amplitude do Direito do Consumidor é tamanha que é possível defendê-lo como um dos direitos humanos, assim compreendidos os direitos fundamentais reconhecidos na esfera internacional, como ocorreu em 1985 na Assembleia Geral da ONU que editou a resolução número 39/248 de 10 de abril de 1985⁸², sobre a proteção do consumidor e assim positivou no plano internacional o princípio da vulnerabilidade.

2.2.1. O Direito do Consumidor como princípio impositivo

No que se refere à amplitude da proteção do Direito do Consumidor, é possível ainda a considerar como um princípio impositivo, tamanha sua representatividade como valor fundamente da sociedade.

Os princípios impositivos são fundamentos jurídicos que possuem um caráter obrigatório e vinculante, estabelecendo diretrizes e limites para a atuação do Estado e dos indivíduos. Esses princípios são essenciais para a garantia dos direitos e liberdades individuais, bem como para a harmonia e equilíbrio do sistema jurídico.

⁸¹ MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 38.

⁸² A respeito da evolução da proteção ao consumidor Heraldo Faria trata do tema. FARIA, H. F. (2008). A proteção do consumidor como direito fundamental em tempos de globalização. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Recuperado de <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/41>, consultado em 14 de novembro de 2023, p. 07.

Canotilho defende a importância dos princípios impositivos como instrumentos de proteção dos direitos fundamentais e da justiça social. Dentre os princípios impositivos destacados por ele, é possível mencionar o princípio da dignidade da pessoa humana, assim como a igualdade, proporcionalidade e a legalidade. Seriam eles aqueles que “impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas. São, portanto, princípios dinâmicos prospectivamente orientados⁸³”, ou seja, definem os fins do Estado. Dessa maneira exercem função diretiva, interpretativa e fundamentadora.

Os princípios impositivos desempenham um papel fundamental na construção de um ordenamento jurídico justo e equilibrado, sendo certo que a defesa do consumidor, prevista como princípio da ordem econômica – art. 170, V, da Constituição Federal - em que o Estado deve proteger o consumidor, parte mais vulnerável, é considerada princípio impositivo.

A vulnerabilidade do consumidor é protegida e consiste no vetor do Código de Defesa do Consumidor e do Direito Penal do Consumidor.

Acerca da dessa vulnerabilidade, Cláudia Lima Marques discorre:

A vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificados no mercado. É uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação. A vulnerabilidade não é, pois, o fundamento das regras de proteção do sujeito mais fraco, é apenas a “explicação” destas regras ou da atuação do legislador, é a técnica para aplicar bem, é a noção instrumental que guia e ilumina a aplicação destas normas protetivas e reequilibradoras à procura do fundamento da igualdade e da Justiça equitativa⁸⁴.

E se a vulnerabilidade é vetor da proteção ao consumidor, o princípio do art. 5º, inc. XXXII, vincula-se ao princípio do art. 170, inc. V, todos da Constituição Federal, sendo aquele elemento da ordem econômica e portanto, com mesmo nível hierárquico da livre iniciativa e livre concorrência⁸⁵. As lesões aos bens jurídicos relativos à ordem

⁸³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 7ª.ed. 2003, p. 1167.

⁸⁴ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**, 4ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 269.

⁸⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **A proteção do consumidor na Constituição Brasileira de 1988**, Revista de Direito Mercantil, São Paulo, vol. 29, no. 80, p. 70.

econômica integram o Direito Penal Econômico e este, por conseguinte, abrange aqueles relativos às relações de consumo.

2.3. O Direito Penal Econômico e o Direito do Consumidor

Dentro do tema do Direito Penal Moderno e delitos de natureza econômica, na legislação brasileira, portanto, identificam-se como exemplos os delitos contra a ordem econômica, os delitos contra as relações de consumo (arts. 63 ao 76 da Lei 8.078/1990⁸⁶ — Código de Defesa do Consumidor — e art. 7º da Lei 8.137/1990⁸⁷), entre outros.

⁸⁶ São os tipos penais:

Art. 63. Omitir dizeres ou sinais ostensivos sobre a nocividade ou periculosidade de produtos, nas embalagens, nos invólucros, recipientes ou publicidade:

§ 1º Incorrerá nas mesmas penas quem deixar de alertar, mediante recomendações escritas ostensivas, sobre a periculosidade do serviço a ser prestado.

Art. 64. Deixar de comunicar à autoridade competente e aos consumidores a nocividade ou periculosidade de produtos cujo conhecimento seja posterior à sua colocação no mercado:

Parágrafo único. Incorrerá nas mesmas penas quem deixar de retirar do mercado, imediatamente quando determinado pela autoridade competente, os produtos nocivos ou perigosos, na forma deste artigo.

Art. 65. Executar serviço de alto grau de periculosidade, contrariando determinação de autoridade competente:

Art. 66. Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços:

§ 1º Incorrerá nas mesmas penas quem patrocinar a oferta.

Art. 67. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva:

Art. 68. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança:

Art. 69. Deixar de organizar dados fáticos, técnicos e científicos que dão base à publicidade:

Art. 70. Empregar na reparação de produtos, peça ou componentes de reposição usados, sem autorização do consumidor:

Art. 71. Utilizar, na cobrança de dívidas, de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas incorretas ou enganosas ou de qualquer outro procedimento que exponha o consumidor, injustificadamente, a ridículo ou interfira com seu trabalho, descanso ou lazer:

Art. 72. Impedir ou dificultar o acesso do consumidor às informações que sobre ele constem em cadastros, banco de dados, fichas e registros:

Art. 73. Deixar de corrigir imediatamente informação sobre consumidor constante de cadastro, banco de dados, fichas ou registros que sabe ou deveria saber ser inexata:

Art. 74. Deixar de entregar ao consumidor o termo de garantia adequadamente preenchido e com especificação clara de seu conteúdo;

⁸⁷ E os tipos penais da Lei 8137/90: 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:

[Digite aqui]

A doutrina conceitua a relação de consumo como “o vínculo jurídico por meio do qual se verifica a aquisição, pelo consumidor, de um produto ou serviço, junto ao fornecedor”⁸⁸, e tem como elementos específicos, sem os quais não se configura relação de consumo, como sujeitos, o fornecedor e o consumidor; como objeto, o produto e o serviço; e como finalidade, que o consumidor adquira o produto ou utilize o serviço como destinatário final⁸⁹.

Os crimes que atingem a relação de consumo, portanto, extrapolam o Código de Defesa do Consumidor, vez que então inseridos em outros sistemas.

O próprio artigo 61 do Código de Defesa do Consumidor remete ao Código Penal e leis especiais: “Art. 61. Constituem crimes contra as relações de consumo previstas neste código, sem prejuízo do disposto no Código Penal e leis especiais, as condutas tipificadas nos artigos seguintes.”

O art. 75 do Código de Defesa do Consumidor esclarece a forma como pode ocorrer a concorrência com o crime, não exigindo o dolo direto:

Art. 75. Quem, de qualquer forma, concorrer para os crimes referidos neste código, incide as penas a esses cominadas na medida de sua culpabilidade, bem como o diretor, administrador ou gerente da pessoa jurídica que promover, permitir ou por qualquer modo aprovar o fornecimento, oferta, exposição à venda ou manutenção em depósito de produtos ou a oferta e prestação de serviços nas condições por ele proibidas.

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;

⁸⁸ LISBOA, R.S. **Relação de consumo e proteção jurídica do consumidor no Direito brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p.5.

⁸⁹ ANDRADE, Pedro Ivo. **Crimes contra as relações de consumo**. Curitiba: Juruá, 2008, p.33.

O artigo 76 do mesmo diploma estabelece as circunstâncias agravantes:

Art. 76. São circunstâncias agravantes dos crimes tipificados neste código:

- I - serem cometidos em época de grave crise econômica ou por ocasião de calamidade;
- II - ocasionarem grave dano individual ou coletivo;
- III - dissimular-se a natureza ilícita do procedimento;
- IV - quando cometidos:
 - a) por servidor público, ou por pessoa cuja condição econômico-social seja manifestamente superior à da vítima;
 - b) em detrimento de operário ou rurícola; de menor de dezoito ou maior de sessenta anos ou de pessoas portadoras de deficiência mental interdidas ou não;
- V - serem praticados em operações que envolvam alimentos, medicamentos ou quaisquer outros produtos ou serviços essenciais.

Em relação ao consumo, o parágrafo único do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor sintetiza as noções de interesse difuso, coletivo e individual homogêneo:

Art. 81. (...).

Parágrafo único. (...)

- 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.

O que ressoa da análise dos tipos penais previstos em relação ao consumo é a prática de condutas, em sua grande maioria, por pessoas jurídicas.

São tipos penais que foram objeto da “escolha da pessoa jurídica” e não de um de seus diretores, de maneira que, a falta de responsabilização penal da pessoa jurídica acaba por gerar uma inefetividade dos tipos penais, agravando ainda mais a situação de fragilidade do consumidor face ao poder econômico das empresas e seu abuso.

Observe-se que a norma penal clássica não se amolda adequadamente às noções da lei consumerista, pois é da essência daquela a proteção de bens jurídicos individuais (vida, patrimônio, liberdade etc.) de consumidores isolados, não abrangendo as lesões de massa.

A relação de consumo vista como um bem jurídico autônomo, supraindividual e imaterial, valorado dentro de um grupo social, não se compatibiliza com ocorrência de um resultado naturalístico na consumação do crime.

[Digite aqui]

Dessa forma, a criminalidade contemporânea — na qual se inclui com destaque a criminalidade econômica e a praticada contra o consumo —, exige, por parte do Estado, uma atuação eminentemente preventiva, e não apenas repressiva, com maior afinidade, pois, com o Direito Penal Econômico.

A proteção na esfera penal da “relação de consumo” deve ser vista como um elemento da ordem econômica e reúne prejuízos efetivos e potenciais da situação econômica do consumidor⁹⁰.

Nos dizeres de Susana Maria Aires de Sousa:

Trata-se de um cenário amplo, coincidente com o sistema económico e com os modelos explicativos das tendências de mercado e das condutas daqueles que nele intervêm, assentes numa racionalidade própria que resulta não de opções individuais mas de determinadas escolhas consideradas na sua dimensão colectiva.⁹¹

Nesse contexto, o consumidor pode sofrer prejuízo em relação aos seus direitos econômicos de duas formas: (i) a contratação em sentido amplo – que proíbe publicidade agressiva ou enganosa, cláusulas gerais prejudiciais – e por outro lado, (ii) num sentido mais abstrato, do consumidor como integrante de uma ordem econômica, e, portanto, sujeito as suas regras – e eventualmente reflexos de prejuízo da concorrência e abuso da posição dominante.

Quando existe uma corporação industrial, que também pode ser chamada de “agência de poder”, com conotação de produção em massa de bens e serviços que prejudicam o consumidor em seu patrimônio, vida ou saúde, o papel do Estado se transforma, justamente em razão da identificação de uma posição dominante.

Cabe ao Estado proteger os indivíduos de agressões de todo modo, sejam de outros indivíduos, estados estrangeiros e inclusive pessoas jurídicas no âmbito

⁹⁰ A expressão “interesses económicos dos consumidores” congrega um conjunto diversos de casos que têm em comum o prejuízo efectivo ou potencial da situação económica do consumidor, enquanto agente económico adquirente de bens e serviços, em consequência do funcionamento do mercado e da actuação de outros agentes económicos, designadamente dos produtores. SOUSA, Susana Maria Aires de. *A responsabilidade criminal pelo produto e o Topos causal em direito penal (contributo para uma proteção penal de interesses do consumidor)*, tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, in <https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/31603/1/A%20responsabilidade%20criminal%20pelo%20produto.pdf>, consultado em 14/09/2023.

⁹¹ Op.cit. fls. 561.

consumerista, fortalecendo e justificando o Direito do Consumidor e o Direito Penal do Consumidor.

Karl Polanyi, citado por Diogo R. Coutinho, constrói uma imagem extremamente interessante acerca do duplo movimento que existe entre a liberdade econômica e a resposta que naturalmente a afronta, uma vez que a economia se “desenraizou” da sociedade:⁹²

(...)partir desses pressupostos Polanyi defendeu a tese de que, no século XIX, a economia se “desenraizou” da sociedade, pela qual era dominada, para, por meio de uma espécie do gênero mais amplo “economia” (a “economia de mercado”), dominar as relações sociais subordinando-as à busca, pelos homens, do máximo ganho monetário (a economia se torna, com isso, desenraizada, desimbedded), com consequências negativas várias, entre as quais a transformação do trabalho, da terra e do dinheiro em “mercadorias fictícias”.

Esse afastamento da economia em relação à sociedade conduziu à natureza de massa e a configuração de delitos cada vez mais imateriais, gerando um funcionamento desregulado dos mercados.

A resposta penal aos ilícitos penais de massa urge na medida em que o contramovimento descrito por Polanyi, e que surge resposta social a essa nova ordem econômica, pode ser ameaçador à sociedade de diversas formas.

A atuação estatal na tipificação dos ilícitos penais de massa, por sua vez, deve estar pautada na Constituição da República e nos fundamentos do capitalismo humanista nela estruturado, com respeito às determinações atinentes ao princípio da dignidade da pessoa humana e aos direitos humanos fundamentais.

As arbitrariedades da sociedade contemporânea, que ocorrem de forma célere, pois, devem ser objeto do Direito Penal Econômico, apto a acompanhá-las em sua velocidade.

Não são poucos os exemplos dessa criminalidade moderna no âmbito do consumo, como ocorre com as matérias primas ou mercadorias impróprias para consumo, a aplicação de taxas ilegais, a discriminação no mercado de consumo, a

⁹² COUTINHO, D. R. O direito econômico e a construção institucional do desenvolvimento democrático in **REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS** p. 230, Disponível em: <http://estudos.homologacao.emnuvens.com.br/REI/article/view/36>. Acesso em: 15 set. 2023.

propaganda ilícita, e até mesmo condutas que ainda não têm, mas merecem tipificação, como a oferta abusiva de crédito capaz de levar ao superendividamento e o abuso nas relações com os grupos de hipervulneráveis, como os idosos. Existem muitas situações em que grupos sociais: idosos, mulheres, transgênero, entre outros, sob a falseada informação de que são tratados de forma especial, na prática são discriminados.

Em relação à interlocução com o Direito Administrativo, como já ressaltado anteriormente, existe uma linha fronteira entre este e o Direito Penal, com concepções de injusto distintas.

Essa distinção entre o objeto tutelado pelo Direito Penal e o subordinado ao Direito Administrativo é analisada sob dois enfoques. Pelo primeiro, o Direito Penal tutela bens jurídicos individualizados, enquanto o Direito Administrativo cuida da desobediência às ordens emitidas pela Administração no interesse público e do bem-estar social. De acordo com o segundo, a diferença reside no órgão competente para aplicar as sanções e a sua inserção ganha natureza ontológica.

De qualquer forma, independentemente do enfoque adotado, a compreensão de que o Direito do Consumidor é um direito fundamental, lança-o no campo de proteção do Direito Penal, mais especialmente do Direito Penal Econômico, apto a atender às adversidades hodiernas.

Uma vez que a relação de consumo é componente essencial da ordem econômica, os crimes contra o consumidor integram o Direito Penal Econômico. José Paulo Micheletto Naves, quando cita as teorias acerca do objeto deste, menciona a inclusão dos crimes contra as relações de consumo como parte integrante dele:

Assim, a relação de consumo é componente essencial da ordem econômica, figurando o consumidor como destinatário ou beneficiário final do processo de produção, circulação e distribuição de riquezas. A perturbação desse bem jurídico reverbera na ordem econômica, tanto no regular desenvolvimento da atividade regulatória e interventora do Estado na economia quanto na planificação estatal da economia. De tal sorte, os crimes contra as relações de consumo fazem parte do Direito Penal Econômico, independentemente da teoria filiada.⁹³

⁹³ NAVES, José Paulo Micheletto. Dos crimes contra as relações de consumo in **Direito Penal Econômico – Parte Geral e Leis Penais Especiais**, SOUZA, Luciano Anderson de, ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho, (coords), São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, 2ª. ed., p. 569.

Logo, se trata de reflexo na ordem econômica, trata-se de ilícito divorciado do seu caráter patrimonial ou do enriquecimento do agente, aproximando-se do conceito de crime de perigo, haja vista o número potencial de vítimas ser indeterminado.

São os interesses econômicos dos consumidores que carecem de proteção e enfrentam a inadequação do sistema penal atual.

Desta forma, acortinar a falta de proteção efetiva aos delitos contra o consumidor tem causado uma sensação generalizada de insegurança no mercado.

Em teoria, alguns crimes contra o consumo são efetivamente previstos e punidos – especialmente quando atingem direitos patrimoniais individuais, sucede, contudo que existem gargalos não superados e que impedem a efetiva proteção.

Entre eles é possível citar a pouca fiscalização estatal, dificuldade de prova – e até mesmo de prova aceita dentro do sistema processual penal, aproveitamento da posição de poder dos fornecedores e grupos econômicos, a fragilidade do consumidor, a natureza transindividual dos bens jurídicos e, especialmente, a impossibilidade de se punir criminalmente a pessoa jurídica.

2.3.1. O Direito Penal do Consumidor

Delimitando o âmbito do Direito Penal do Consumidor, ele consiste numa área do Direito Penal que tem como objetivo proteger os indivíduos enquanto consumidores, ou seja, vistos dentro de sua esfera de vulnerabilidade.

De forma descritiva Cláudia Lima Marques define⁹⁴:

(...) ramo do Direito Penal Econômico que, ao sancionar certas condutas praticadas no mercado, visa garantir o respeito aos direitos e deveres decorrentes do regramento civil e administrativo que orienta as relações entre fornecedores e consumidores. Seu objetivo principal, pois, é sancionar, como alavanca instrumental, certas condutas desconformes (não todas) que ocorrem no relacionamento entre o consumidor e o fornecedor.

O Estado defende a moralidade, a integridade física e psicológica dos consumidores, assim como a plena satisfação das necessidades do mercado. Este

⁹⁴ MARQUES, Cláudia Lima, et al. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª. Edição, 2006, p. 884.

ramo nada mais é do que uma visão macroscopicamente protetiva ao setor diretamente em relação à proteção da qualidade dos bens ofertados.

A origem da tutela do consumidor – ainda que assim não fosse designado – remonta o Código do Império (1890) em que se punia “a troca de cousas que se deverem entregar, por outras diversas” como estelionato. No Código Penal Republicano de 1890 o capítulo dos crimes contra a saúde pública conferia proteção indireta a adquirentes de determinados produtos e serviços. A necessidade de conferir a veracidade das informações em produtos alimentícios surgiu no Decreto 19.604.

Mais adiante, na década de 30, foram editadas leis para proteger a ordem penal econômica, dentre as quais se destaca da Lei da Usura. O Decreto-Lei 869 de 1938 previa pena de dois a dez anos e multa para condutas que implicassem na destruição ou açambarcamento de matérias primas ou produtos necessários ao consumo do povo.

Todas essas leis não eram sistematizadas e não reconheciam a figura do consumidor e tampouco continham a noção de massa, tão cara atualmente.

Foi o Código Penal atual, de 1941, que inovou ao prever a figura do “adquirente de produtos e serviços” em especial através da figura do estelionato e da fraude no comércio. Outras disposições, especialmente no capítulo das infrações contra saúde pública trazem tipos penais que protegem o bem jurídico do consumo, como por exemplo o art. 274.

O Código do Consumidor, por sua vez, conforme descrito em item anterior nesta tese, dispõe sobre os tipos penais praticados contra o consumidor e, desta forma, alterou a interpretação dos tipos penais a fim de proteger a própria relação de consumo.

Incorporou-se, portanto, a noção de sociedade de consumo, remetendo a uma dimensão específica da sociedade, agrupada por situações fáticas e implicando em determinadas repercussões jurídicas.

Assim, conforme Cristina Emy Yakaichiya destaca⁹⁵: “Por escolha política-criminal, coloca-se em destaque a proteção de direitos supraindividuais (coletivos, difusos e individuais homogêneos)”.

A respeito do Direito Penal do Consumidor, Cláudia Lima Marques⁹⁶ afirma:

O bem jurídico tutelado é a relação de consumo, não na sua dimensão individual (um consumidor versus um fornecedor), mas na sua perspectiva supra-individual, perspectiva esta que nem sempre decorre do dado factual, mas sim de uma imposição do legislador. Tanto assim que o CDC, ao mencionar o bem jurídico tutelado, refere-se a “crimes contra as relações de consumo”, colocando estas no plural.

Há contudo, projeto de lei da Câmara que reduz as penas para os crimes contra as relações de consumo, trata-se do PL 5675/2013, ainda sem número no Senado, e que caminha em sentido contrário à necessidade tipificar condutas contra o consumo e proteger o consumidor.

Herman Benjamin ressalta a natureza preventiva do Direito Penal do Consumidor:

Não corre – ou não deve correr – atrás do dano, a ele se antecipa. Mais do que preventivo, hoje se reconhece a esse direito penal pós-moderno, uma função de evitar o dano a todo custo, mesmo quando inexiste certeza científica sobre sua probabilidade de ocorrência. Já não é mais um direito penal baseado no princípio da prevenção, mas um edifício sancionatório fundado no princípio da precaução. É por isso que o direito penal do consumidor busca, como todas as normas jurídicas de consumo, a prevenção das desconformidades mercadológicas. Não se contenta com a mera repressão. Reprimir sim, mas, se possível, a tempo de evitar o dano. O interesse sancionatório manifesta-se em momento anterior ao aparecimento do dano como demonstração do pavor extremado do sistema à ocorrência do resultado.⁹⁷

Essa noção de direito preventivo está em acordo com a noção da dignidade da pessoa humana, resguardando-se a relação de consumo, assegura-se de forma preventiva os cidadãos de maneira global. Em resumo, ao se proteger a relação de consumo, protege-se direta e logicamente o consumidor.

⁹⁵ YOKAICHIYA, C. E. Breves reflexões sobre os crimes previstos no Código de Defesa do Consumidor: Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 104, p. 591-614, 2009. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67871>. Acesso em: 19 set. 2023.

⁹⁶ MARQUES, Cláudia Lima, et al. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2^a. Edição, 2006, p. 889.

⁹⁷ MARQUES, Cláudia; BENJAMIN, Antonio; MIRAGEM, Bruno. Título II. Das Infrações penais in MARQUES, Cláudia; BENJAMIN, Antonio; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022. p. 206.

Uma ampla gama de leis e regulamentos são responsáveis por orientar a sociedade sobre o Direito do Consumidor, as condutas delitivas referentes às relações de consumo e seus agentes limitadores.

O Direito Penal do Consumidor, como afirmado por Herman Benjamin não se presta a suprir lacunas do direito privado ou complementá-lo. Nesse sentido:

Por isso se diz que o direito penal do consumidor não mais se limita a preencher lacunas eventualmente deixadas pela legislação privada de consumo. Ao contrário, é elemento de reforço desta, atuando não nos seus vazios mas exatamente nas áreas igualmente regradas por ela: segurança e adequação de produtos e serviços, informação do consumidor, publicidade enganosa e abusiva, garantias, arquivos de consumo, cobrança de dívidas de consumo. Juntamente com a normatização privadas, com as normas de acesso à justiça e com as sanções administrativas, o direito penal do consumidor integra um microssistema particular, a ordem pública de proteção do consumidor, nos termos do art. 1º do CDC. Não é, pois, elemento de sustentação estranho ao sistema, mas, ao contrário, e parte do próprio sistema.⁹⁸

O Direito Penal do Consumidor⁹⁹ ao tutelar direito difuso, indiretamente e de forma secundária acaba por proteger o próprio consumidor em seus direitos individuais, sua vida, seu patrimônio, seu bem-estar, entre outros. O bem jurídico do consumo atrai conteúdo de direitos e garantias fundamentais, de tal sorte que é inserido no Direito Penal.

⁹⁸ BENJAMIN, Antonio. BENJAMIN, Antônio Herman V. O direito do consumidor. O capítulo do direito penal econômico. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, AJURIS, v. 55, jul. 1992.

⁹⁹ Antônio Herman Vasconcelos Benjamin descreve as características do Direito Penal do Consumidor: **“a) dispersão:** não se encontra ele em um capítulo particular do Código Penal, nem em um código autônomo ou em uma única lei especial. Ao contrário, sua sede é múltipla, espraiando-se pelo Código Penal e por diversas leis especiais. **b) Mutabilidade:** as normas penais econômicas se relacionam, diretamente, com a situação econômica do país. São, pois, por natureza, conjunturais e pontuais. Veja-se como exemplo, a proibição de cobrança de preço superior ao tabelado (Lei 1.521/51, art. 2º, VI). Por ser norma penal em branco, o delito depende sempre da existência ou não de tabelamento. E este, como regra, aparece e desaparece no rastro da política econômica. A utilização de normas penais em branco, de elementos normativos do tipo e de cláusulas gerais se deve também esta característica de transformação contínua do mercado e da política econômica. Hoje, de forma majoritária, reconhece-se que em decorrência da complexidade da vida econômica, ‘não é possível prescindir de elementos normativos e de cláusulas gerais aos descrever os tipos penais econômicos’. Nem, tampouco, de normas penais em branco; **c) Tecnicidade:** na medida em que se propõe a reger o mercado, o direito penal econômico traz para seu conteúdo todas as noções técnicas e complexas da teoria econômica e de outras disciplinas não-jurídicas. **d) Rigor: cuidando de relações de grande repercussão social e econômica, o direito penal econômico, na mesma proporção, amplia e diversifica o arsenal punitivo do sistema tradicional.** É compreensível que assim seja de vez que a danosidade de uma conduta é tanto mais traumática quanto maior for o número de pessoas por ela afetadas. A exemplaridade da sanção, se importante em relação a outros bens jurídicos de caráter individual, é aqui, diante de bens supraindividuais, absolutamente imprescindível” (grifei) em BENJAMIN, Antônio Herman V. O direito do consumidor. O capítulo do direito penal econômico. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, AJURIS, v. 55, jul. 1992. p. 16-17

As relações de consumo, assim, possuem conteúdo material idôneo – seja em razão da relevância do bem jurídico, seja em razão da gravidade do impacto coletivo de determinadas condutas – para impor a atuação do Direito Penal.

Ainda, dentro de uma sociedade em que o papel do Estado se reduziu, o Direito Penal do Consumidor acaba por atuar como forma de intervenção e regulação, tutelando o direito fundamental do consumidor, corrigindo desequilíbrios do mercado, evitando o contraponto danoso da resposta social às condutas lesivas e gerindo o papel da empresa como fundamental na ordem econômica.

Os crimes contra as relações de consumo, ressalte-se, têm sido classificados de formas distintas. Em alguns casos entende-se que são crimes de perigo concreto, ou seja, materiais, em que o resultado importa e, conforme o caso, depende de laudo, em outras situações entendem tratar-se de crimes formais, de perigo abstrato, bastando a infringência da norma para a ocorrência do delito, o dano, pois, se presume.

2.3.2. Crimes de Consumo próprios e impróprios

De acordo com Eduardo Reali Ferrari, os crimes de consumo podem ser divididos em duas categorias distintas: crimes próprios e impróprios¹⁰⁰, os primeiros seriam aqueles que tutelam diretamente a própria relação de consumo, os últimos gerariam proteção consumerista de forma acidental, pois incidiriam sobre bens jurídicos distintos do consumo (vida, patrimônio, saúde pública, integridade física, segurança).

Os crimes próprios de consumo podem ser subdivididos em duas categorias: aqueles que afetam diretamente o consumidor e aqueles que afetam terceiros. Os crimes de consumo próprios atuam sempre sobre a relação jurídica de consumo e nunca sobre a relação jurídica profissional, exceto naqueles casos em que esta é equiparada à relação de consumo, por força de ampliação legal do conceito de consumidor (por exemplo, na hipótese do art. 17, isto é, dos acidentes de consumo;

¹⁰⁰ *Responsabilidade Penal do Fabricante nos Crimes contra o Consumidor*, palestra ministrada no Curso de Direito Penal Empresarial, São Paulo: IBCCrim, 12.08.2003.

[Digite aqui]

ou, ainda, no art. 29, aplicável à publicidade enganosa e abusiva, ambos do Código de Defesa do Consumidor.

Logo, são assim considerados quando os elementos da relação jurídica que o compõem são o fornecedor e o consumidor.

Os crimes impróprios de consumo são aqueles em que os consumidores são atingidos pelo resultado de forma acidental ou reflexa, ou seja, indiretamente, e não necessariamente o sujeito ativo é o fornecedor, lembrando que os sujeitos da relação de consumo estão definidos no Código de Defesa do Consumidor. O art. 2º, *caput* define a figura do consumidor destinatário final do produto ou serviço, enquanto os arts. 2º, parágrafo único, 17 e 29 tratam dos consumidores por equiparação e o art. 3º conceitua fornecedor.¹⁰¹

Em diversas hipóteses a pessoa jurídica pode ser consumidora e, portanto, também poderá ser vítima dos crimes de consumo. O conceito de fornecedor, por sua vez, é mais amplo, de maneira que tanto a pessoa física quanto a pessoa formal podem ser fornecedoras.

¹⁰¹ “Eles serão acidentalmente de consumo quando o próprio direito penal comum, através de suas incriminações gerais, regulam a responsabilidade penal, mas, por acidente, por uma situação fortuita, remetem ao plano do consumidor. Podem ser exemplos o homicídio culposo (art. 121, §3º), o estelionato (art. 171), a fraude no comércio (art. 175) e a Corrupção ou poluição de água potável (art. 271), dentre outros. Nos crimes reflexamente de consumo a relação de consumo se apresenta de forma subliminar, porque está por de trás de uma outra relação jurídica – de fato protegida pelo direito penal. A proteção do consumidor acaba ocorrendo porque ela é decorrente de uma outra relação, essa sim, objeto da proteção penal, como por exemplo, o sistema bancário, o mercado financeiro, a ordem tributária). A ausência da relação de consumo como a primordial ou essencial não permite reconhecer tratar-se de crime de consumo próprio, mas sim, uma espécie de delito impropriamente chamado de consumo, portanto, reflexamente de consumo. Esse tipo de proteção penal acontece nas relações jurídicas decorrentes dos crimes contra a economia popular e dos crimes contra a ordem tributária – Lei 8137/90. Os crimes de consumo próprios são aqueles em cuja estrutura normativa há peculiar e típica presença da relação jurídica de consumo: consumidores como sujeito passivo; fornecedor como sujeito ativo e produtos e serviços de consumo como objeto sobre os quais recaem as ações delituosas. Todos os delitos previstos no Código de Defesa do Consumidor são desta natureza. Além deles, os crimes definidos no Código Penal Brasileiro, em seus artigos 272 (Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de substância ou produtos alimentícios); 273 (Falsificação, corrupção, alteração ou adulteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais); 278 (outras substâncias nocivas à saúde pública), dentre outros, também são considerados de consumo próprios” em LUCAS, Ana Cláudia. **Tutela Penal do Consumidor – Crimes de Consumo**. Disponível em profeanaclaudialucas.blogspot.com/2010/04/crimes-de-consumo.html acessado em 04/05/2023

A identificação do fornecedor pessoa física como sujeito ativo do crime é bastante simples, o problema surge na identificação do agente criminoso quando o fornecedor versar uma pessoa jurídica ou uma sociedade de fato¹⁰².

O art. 75 do CDC, em sua parte final, trata da responsabilidade criminal de diretores, administradores ou gerentes da pessoa jurídica. A efetiva responsabilização da pessoa jurídica depende de construção doutrinária e sistematização adequada, ao contrário do que acontece com os crimes ambientais.

O resultado é que, apesar do notável crescimento da responsabilização civil por condutas contrárias ao Direito do Consumidor, no âmbito do direito penal a aplicação é pouco significativa, especialmente por inexistir previsão e sistematização da pessoa jurídica criminosa.

2.3.3. Tipos cumulativos e o Direito Penal do Consumidor

Observa-se da classificação dos crimes contra o consumidor que muitas vezes atingem direitos individuais, de tal sorte que singularmente podem não sugerir uma lesão à ordem econômica e até mesmo podem configurar, isoladamente, condutas praticadas licitamente, sem abuso de poder econômico. São situações em que apenas uma análise coletiva revela a abusividade em face do consumidor.

Em muitos casos, trata-se de bens jurídicos coletivos autônomos, o que fez a doutrina empenhar-se em responder se é legítimo impor sanção penal a uma conduta, mesmo que esta, por si só, considerada individualmente, não se mostre adequada a lesar o bem jurídico, “desde que se verifique a forte probabilidade de uma tal conduta vir a ser realizada por outros sujeitos, decorrendo, deste somatório, uma grave lesão do bem jurídico”.¹⁰³

¹⁰² FONSECA, Antônio César Lima da. *O fornecedor pessoa jurídica como sujeito ativo nos crimes contra as relações de consumo*. Disponível em [extension://elhekieabhbkmcefcobjddigjcaadp/http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1283280108.pdf](http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1283280108.pdf) consultado em 04/05/2023

¹⁰³ DE SOUSA, Susana Aires. **Questões Fundamentais de Direito Penal da Empresa**, Coimbra: Edições Almedina, 2003, pg. 33.

Surgiu então expressão de delitos de dano cumulativo ou de acumulação, a fim de prevenir uma generalização de conduta, sobre o tema menciona Ana Elisa Liberatore Silva Bechara¹⁰⁴:

No âmbito de um Direito Penal característico da sociedade de risco, discutem-se, nessa linha, os denominados “delitos de acumulação”, cujo denominador comum consiste em que, individualmente considerados, os comportamentos incriminados não representam perigo especialmente relevante, de modo que somente se poderia chegar à efetiva ofensa ao bem jurídico entendendo-os hipoteticamente em seu conjunto.

De acordo com Susana Aires de Sousa:

Esses delitos têm sido por vezes qualificados como uma modalidade de crimes de perigo abstrato, o que exige que não se perca de vista a sua especificidade, a qual reside na prognose realista atual de que a ausência de proibição jurídico-penal implicaria a generalização de tais condutas, criando-se um perigo ou lesando o bem jurídico protegido¹⁰⁵.

Na conceituação de Luís Consentino:

No que diz respeito aos delitos de acumulação (ou de dano cumulativo), podemos conceituá-los como aqueles cuja conduta, quando considerada individualmente, são, de regra, inofensivas ao bem jurídico (meio ambiente, por exemplo), mas que, tomadas a partir de uma hipótese de acumulação (prática por um grande número de pessoas), se tornam extremamente danosas¹⁰⁶.

Em se tratando de Direito Penal do Consumidor, a figura do tipo de dano cumulativo, apesar de controversa¹⁰⁷, legitima condutas que ofendem bens jurídicos coletivos e, assim, abrange o âmbito dos crimes de perigo abstrato, permitindo proteção ao bem jurídico sem redundar em responsabilidade objetiva.

Pierpaolo Cruz Bottini afirma a possibilidade de se tipificar condutas arriscadas por acumulação, evitando-se riscos, quando a conduta perigosa se repetir por atividade de um mesmo agente¹⁰⁸. Ana Elisa Liberatore Silva Bechara¹⁰⁹, por sua vez,

¹⁰⁴ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014. P.247.

¹⁰⁵ Op. Cit pg 33.

¹⁰⁶ CONSENTINO, Luís Cláudio Senna. Princípio da lesividade e delitos de acumulação: racionalidade e imputação penal disponível em www.cpmj.uerj.br/wp-content/uploads/2020/04/Principio-da-lesividade-e-delitos-de-acumulacao.pdf consultado em 16 de novembro de 2023.

¹⁰⁷ A respeito da presença de delitos de acumulação nos tribunais brasileiros e as críticas a ele feita, OLIVEIRA, Cristina Rego de., CAETANO, Matheus Almeida. Notas sobre a recepção dos delitos de acumulação nas decisões jurídicas dos tribunais brasileiros, in Revista do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico n. 01, p. 125-155 disponível em <https://ibdpe.com.br/wp-content/uploads/2020/07/04-NOTAS-SOBRE-A-RECEPÇÃO-DOS-DELITOS-DE-ACUMULACAO> consultado em 16 de novembro de 2023.

¹⁰⁸ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução**, São Paulo: RT, 2007. p. 243.

¹⁰⁹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014. P.255.

entende que as condutas tipificáveis pelos delitos de acumulação devem ser abordadas pelo Direito Administrativo, e não pelo Direito Penal.

A menção do tipo de acumulação, apesar de não ser objeto da presente tese, revela a demanda por uma sistematização para proteção de bens jurídicos de natureza difusa e intimamente relacionada com o objeto do Direito Penal Econômico.

3. MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO E A PROTEÇÃO DO DIREITO DO CONSUMIDOR

A expressão *mandados constitucionais de criminalização* tem origem na doutrina alemã. Em meados de 1920, dada a influência desta, foram inseridos em diversos ordenamentos jurídicos de países como a própria Alemanha, a Espanha, a Itália e a França.

No Brasil, é possível observar na Constituição da República a presença de mandados de criminalização e, neste caso, cabe ao Supremo Tribunal Federal (art. 102 da CF) a fiscalização do seu cumprimento. Ou seja, os mandados de criminalização têm como ponto de partida a Constituição, emanando desta as ordens veladas a serem tratadas pelo Direito Penal, e não o contrário.

Mas, o que seriam, exatamente, os mandados de criminalização? São mandamentos que apontam ao legislador ordinário a direção para que este legisle, criminalizando determinada matéria (obrigação positiva) ou se omita de retirar uma proteção existente (obrigação negativa).

De acordo com Feldens:

Antes de serem bens ou valores recolhidos pelo Direito (bens jurídicos), eles se fazem constituídos como tais na consciência social, extraídos que são dos costumes vigentes em uma determinada sociedade e, por consequência, de suas necessidades. Isso é assim pelo menos em linha de princípio. Do que significaria concluir que a norma (penal) *não cria* valores, senão que, alinhada à metodologia de controle social, por intermédio da qual o Direito Penal está conectado a outros mecanismos, os absorve, por meio de sua positivação, como forma de protegê-los.¹¹⁰

O Direito Penal, pois, conta com uma missão bem estabelecida: proteger os bens jurídicos essenciais, estabelecendo tipificações com normas que proíbem atentados contra bens fundamentais.

A Constituição, desse modo, adquire um duplo papel: como limite ao direito de punir e como fonte material do Direito Penal.

¹¹⁰ FELDENS, Luciano. **A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

Neste sentido, Márcia Dometila:

toda norma penal carece de fundamentação constitucional. Portanto, a não fundamentação de uma norma penal em qualquer interesse constitucional, implícito ou explícito, ou o choque mesmo dela com o espírito que perambula pela Lei Maior, deveria implicar, necessariamente, na *descriminalização* ou não aplicação da norma penal.¹¹¹

A doutrina de Antônio Carlos da Ponte¹¹² assim conceitua mandados constitucionais de criminalização:

Os mandados constitucionais de criminalização indicam matérias sobre as quais o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas sim a obrigatoriedade de tratar, protegendo determinados bens ou interesse de forma adequada, e dentro do possível, integral.

Pode-se dizer, dessarte, que é no ramo do Direito Penal em que se tutelam os direitos fundamentais com maior grau de coercibilidade.

Os direitos fundamentais se relacionam com condições e liberdades essenciais para a busca pela felicidade humana¹¹³, e sua tutela por meio dos mandados de criminalização abrangem todo o sistema normativo, e, em especial o Direito Penal, que visa, em suma, ao bem de todos e à paz social. Adota-se, pois, uma visão finalista do Direito Penal.

Ao se ponderar, outrossim, que os mandados de criminalização estão atrelados a valores maiores, como vida, honra, saúde etc., consagrados na Constituição, constata-se que todos eles são objeto de tutela penal.

O Direito do Consumidor, pois, adotando-se a noção de que consiste em direito fundamental, está protegido pelo manto dos mandados de criminalização¹¹⁴, os quais têm a Constituição como origem.

¹¹¹ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação constitucional do direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 35.

¹¹² PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008, p.152.

¹¹³ GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 38.

¹¹⁴ José Paulo Michelleto Naves critica a teoria dos mandados de criminalização aplicável ao Direito do Consumidor: “Assim sendo, pode-se encontrar na Constituição tão somente um limite negativo para a definição de bem jurídico, uma vez que nela são refletidas ideias da sociedade, sendo impossível adquirir dela o conteúdo dos bens jurídicos para o qual se voltará o Direito Penal. Na visão de Luis Greco, o bem jurídico penal deve necessariamente ser mais restrito do que o conjunto de valores constitucionais Consequentemente, tomar um dispositivo constitucional como uma ordem de

Do conteúdo do art. 5º, inc. XXXII, e do art. 170, inc. V, resulta a natural tutela do direito ao consumo como direito fundamental, e, sendo diretor da ordem econômica, o imperativo de criminalização é implícito, cabendo ao legislador efetivar a defesa do consumidor pelo Direito Penal, sendo absolutamente atual o reclamo visto que o Direito Civil e o Direito Administrativo Sancionador mostraram-se pouco eficientes na aludida proteção.

Pedro Ivo Andrade, analisando a possibilidade de intervenção penal na tutela da relação de consumo, traduz uma reunião de posições acerca da possibilidade de criminalização¹¹⁵:

(...) de maneira que se acha no bojo “*da ordem constitucional e impõe a proteção penalística dos valores, mesmo não sendo objeto de uma cláusula expressa de penalização, há de qualquer modo, de ser entendido como parte integrante do que expressamente afirmado pelo constituinte*”, podendo-se enunciar “*abstratas e genéricas obrigações de tutela constitucional deste ou daquele bem ou valor*”. Desse modo, as normas da Constituição que dispõem sobre a defesa do consumidor, entre as quais a do art. 5º, inc. XXXII, podem ser consideradas como “*sugestões criminalizadoras*” (grifo original).

A preocupação reside em concretizar a proteção ao consumidor de maneira integrada à ordem econômica.

De fato, as transformações sociais atuais além de criar situações novas, modificam aquelas já existentes, alterando estruturas jurídicas alicerçadas em outro contexto histórico e social, e a proteção ao consumidor consiste num dos objetos com necessidade de alteração.

criminalização representa em qualquer caso, uma afronta à configuração de um Estado Democrático de Direito, viabilizando-se a incidência penal de forma autoritária e alegadamente emergencial” em NAVES, José Paulo Micheletto. Dos crimes contras as relações de consumo in **Direito Penal Econômico – Parte Geral e Leis Penais Especiais**, SOUZA, Luciano Anderson de, ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho, (coords), São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, 2ª. ed., p. 562.

¹¹⁵ ANDRADE, Pedro Ivo. **Crimes contra as relações de consumo**. Curitiba: Juruá, 2008, p.88-90. E continua “E não somente por isso, mas também e, principalmente, porque a defesa do consumidor foi guindada à categoria de direito fundamental e, como tal, não há de se lhe negar tutela penal, pois, como bem se assinala, os “*direitos fundamentais – individuais, sociais, coletivos, ou difusos – plasmados no contexto constitucional são a fonte e o meio propulsor de inovações e alternativas, visando a uma ordem jurídica materialmente justa*”. Para além disso, acrescenta-se que “*são bens suscetíveis de proteção penal os direitos constitucionais do cidadão*” e o “*critério básico a partir do qual pode-se deuzir um quadro valoriatvo deve ser fornecido pelos princípios constitucionais (v.g., CF, arts. 1º, 2º, 3º e 5º), reconhecidos como fundamento da ordem política e social.*” (grifo original)

[Digite aqui]

3.1. Mandados de criminalização explícitos e implícitos

Os mandados constitucionais explícitos de criminalização fazem referência direta à punibilidade das condutas, como por exemplo o art. 5º, VLIII; o art. 227, § 4º, e o art. 225, *caput*, entre outros. Tratam, por conseguinte, das decisões constitucionais sobre como deverão ser protegidos os direitos fundamentais, vinculando a atuação do legislador ordinário. Essa vinculação abrange todos os ramos do direito, de modo que, nesses pontos a previsão de sanções penais perde seu ordinário caráter de subsidiariedade e torna-se obrigatória.

Ordens diretas que são ao legislador penal para que atenda ao comando constitucional, a necessidade da edição da lei é questão de supremacia da Constituição, não sendo possível se curvar a injunções de conveniência ou oportunidade.

A Constituição informa todos os ramos do Direito, que haverão de concretizá-la. Logo, um Estado Democrático de Direito há de elaborar um sistema penal restrito às ofensas mais sérias e, ao mesmo tempo, proteger de forma eficiente os seus valores mais importantes, reconhecidos pelos mandados de criminalização.

Além dos mandados explícitos na Constituição, discute-se a possibilidade de mandados de criminalização implícitos, aptos a obrigar a sanção penal de condutas como a corrupção e improbidade, entre outras, que violam bens jurídicos essenciais.

Os mandados implícitos de criminalização foram reconhecidos em 1975, com a declaração de inconstitucionalidade da disposição do Código Penal alemão que permitia o aborto realizado nos três primeiros meses de gestação.

Os mandados de criminalização implícitos estariam assentados em valores como a vida, a liberdade e a dignidade da pessoa humana, de maneira que o sistema de proteção jurídico penal obedeceria a esses três pontos de apoio (dos direitos fundamentais maiores).¹¹⁶

¹¹⁶ FELDENS, Luciano. **A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, 139.
[Digite aqui]

Como aponta Tatiana ¹¹⁷Badaró:

Há quem defenda a existência, ainda que excepcional, de imposições constitucionais de criminalização explícitas e implícitas e retirem do legislador liberdade para decidir sobre a carência de pena. Para Cunha, as obrigações implícitas de penalização dizem respeito ao núcleo rígido e indisponível do Direito Penal composto por condutas que ofendem gravemente “valores de essencialidade primordial” para o convívio social.

Essa situação se verifica, uma vez que a proteção penal de tais pontos é evidente e óbvia, não demandando mandados de criminalização explícitos, os quais foram reservados para bens jurídicos também valiosos, mas que poderiam ser ignorados pelo legislador ordinário.

Segundo Alexandre Rocha Almeida de Moraes:

os mandados implícitos de criminalização seriam aqueles que, muito embora não estejam claramente expostos, podem ser extraídos da avaliação do corpo constitucional como um todo, ou seja, da avaliação contextual dos valores consubstanciados ao longo do Texto Constitucional¹¹⁸

No que se refere ao objeto de estudo — o Direito do Consumidor —, sua tutela pela aplicabilidade dos mandados constitucionais de criminalização é inequívoca, em que pese implícita.

Ao se adotar a noção de que o direito ao consumo consiste num direito fundamental, com lastro no art. 5º. XXXII, em conjunto com o art. 5º, XLI, da Constituição da República prevê que “*a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*”, a matéria resta inserida no campo dos mandados de criminalização, contudo implícitos, vez que decorre de interpretação sistemática e topológica da Constituição Federal.

Sob outro enfoque, por se tratar o direito ao consumo como direito fundamental essencial à noção de dignidade da pessoa humana, também é conduzido à tutela dos mandados de criminalização implícitos. Em suma, sob qualquer ângulo

¹¹⁷ BADARÓ, Tatiana. **Bem jurídico supraindividual**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p.129. A mesma autora cita decisão em HC 104410, Relator Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, 06 de março de 2012, do Supremo Tribunal Federal acolhendo a presença dos mandados de criminalização e aludindo ao princípio da proibição da proteção insuficiente, desmembramento do princípio da proporcionalidade.

¹¹⁸ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. A teoria dos mandados de criminalização e o combate efetivo à corrupção. **Revista Jurídica ESMP** – SP, V.5, 2014, p.53.

[Digite aqui]

que se analise essa espécie jurídica, os mandados de criminalização com o fim de promover sua tutela pelo Direito Penal são aplicáveis.

A natureza de direito fundamental, pois, do Direito do Consumidor, torna inafastável sua tutela pelos mandados de criminalização, aproximando vários ramos jurídicos num diálogo de fontes em prol de sua proteção. Atende-se, ainda, o princípio da proteção insuficiente, que integra o princípio da proporcionalidade pois ao mesmo tempo em que atua como proibição de excesso, também vincula o legislador como proibição de proteção insuficiente.

Em resumo, a tutela do Direito do Consumidor pelo Direito Penal é decorrência direta da Constituição e nela estão suas bases. Como afirmado, a Constituição da República assegura, em seu art. 5º, XXXII, a defesa do consumidor e em seu art. 170, estabelece a defesa do consumidor como um dos pilares da Ordem Econômica. Logo, abusos contra o consumidor nada mais são do que lesões praticadas contra a própria ordem econômica. E, sendo o direito ao consumo um direito fundamental, aplicável o mandado de criminalização de seu art. 5º, XLI, visando a criação de tipos penais para que se protejam direitos fundamentais¹¹⁹.

O Direito do Consumidor, pois, se apresenta como um direito fundamental de terceira dimensão, um bem jurídico “desmaterializado” e portanto, tendo por titulares toda a coletividade. Logo, condutas graves, e até em razão de implicar em uma lesão massificada, devem ser punidas com uma sanção penal.

E essa sanção penal só será efetiva – e o mandado de criminalização constitucional realmente cumprido – com a responsabilização penal da pessoa jurídica, devendo o cumprimento do mandado de criminalização ser norteado pelo princípio constitucional da proporcionalidade.

¹¹⁹ E nesse sentido conclui Pedro Ivo Andrade: “Assim sendo, na “defesa do consumidor”, referida no art. 5º, inc. XXXII, da Lei Fundamental, há de incluir-se a tutela penal, restando atendido o pressuposto de que “a eventual restrição de um bem só pode ocorrer em função da indispensável e simultânea garantia de outro valor também de cunho constitucional”.(grifo original). ANDRADE, Pedro Ivo. **Crimes contra as relações de consumo**. Curitiba: Juruá, 2008,p.89.

[Digite aqui]

3.1.1. Os direitos fundamentais e a proteção do Estado

Os direitos fundamentais, portanto, apresentam uma dupla dimensão. Além de exigir uma atuação negativa do Estado, no sentido de não os invadir de forma desproporcionada, exigem também uma ação positiva, no sentido de sua proteção efetiva, como imperativo de tutela, ressaltando-se que essa proteção efetiva não pode ser deficiente.

Esta dupla dimensão dos direitos fundamentais projeta dois efeitos jurídicos: o de defesa do particular frente ao Estado e o de proteger os direitos fundamentais mediante prestações.

Nesse contexto, Luciano Feldens afirma que:

O espaço de atuação do legislador estaria estreitado por dois limites: pela proibição da proteção excessiva em prol do indivíduo restringido na sua liberdade, bem como pela proibição da proteção deficiente em prol do indivíduo a ser tutelado, sendo que se deve extrair da proibição da proteção excessiva a medida máxima, e da proibição da proteção deficiente a medida mínima da atuação legislativa, centrando-se a zona de discricionariedade do Poder Legislativo entre a medida mínima e a medida máxima.¹²⁰

É possível concluir, portanto, que os mandados implícitos de criminalização apenas podem ser reconhecidos se o bem jurídico tiver assento constitucional e for dotado de preponderância dentro da ordem constitucional de valores, bem como se se fizer necessária uma sanção penal para afastar a agressão ao referido bem. O direito ao consumo, conforme explanado em capítulo anterior, goza dessa preponderância na Constituição Federal.

A Constituição de 1988, apesar de expressamente impor a punição de determinadas condutas, nada disse, ao menos explicitamente, sobre a necessidade de criminalização dos atentados contra a vida, a dignidade humana ou mesmo a saúde, pois, como afirmado anteriormente, os direitos fundamentais maiores devem gozar, a toda evidência, da respectiva tutela, prescindindo de mandados de criminalização explícitos.

¹²⁰ FELDENS, Luciano. **A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.110.

Em suma, de uma agressão que viole gravemente um bem jurídico, um direito fundamental, surge a necessidade de uma tutela normativa, ou seja, para sua efetiva proteção se fazem necessárias normas que sancionem as agressões. E são justamente os mandados de criminalização que direcionam o olhar do legislador.

A observação das características dos mandados de criminalização — implícitos ou explícitos — permite concluir que são normas de eficácia limitada. Isso porque o mandato não define a conduta incriminada, nem muito menos estabelece sanção, vindo apenas a definir, e de forma nem sempre específica, a esfera da vida humana em sociedade por incriminar.

Em consequência, os mandados constitucionais de criminalização, mesmo expressamente previstos pelo constituinte originário, precisam de deliberação legislativa para produzir todos os efeitos almejados. Por sua vez, a atuação legiferante sempre estará limitada pelo princípio da proporcionalidade e pela ordem estatal representada pelo Poder Judiciário, e essa análise está intimamente relacionada com a noção de bem jurídico penal.

3.2. O bem jurídico penal

Existe grande discussão acerca do conceito de bem jurídico penal e dentro do Direito do Consumidor, existem diversas correntes acerca de sua natureza.

O bem jurídico é um importante instrumento limitador da intervenção penal e por ter sua origem na sociedade e estar diretamente relacionado com seu desenvolvimento e suas escolhas valorativas, é um conceito histórico¹²¹. Nesse sentido, Ana Luisa Liberatore Silva Bechara¹²²:

¹²¹ Marcia Helena Bosch sintetiza o conceito de bem jurídico: “No âmbito do direito penal brasileiro, **bem jurídico** é por vezes chamado de “objeto jurídico” ou “objetividade jurídica” e pode ter um conceito dogmático ou um conceito político-criminal. Do ponto de vista dogmático, é sabido que o direito penal (ciência jurídica) funda-se no direito positivo, de maneira que para toda norma haverá um bem jurídico a ser resguardado (salvo raras exceções) e, uma vez ofendido, o ofensor sofrerá uma sanção. Do ponto de vista político-criminal, o conceito de bem jurídico funda-se na Constituição Federal na medida em esta norma, situada no topo da hierarquia das leis, consagra os valores fundamentais de uma sociedade (individuais ou coletivos), materializando assim a percepção das manifestações e das exigências sociais (evolução social)” em *Crimes Contra as Relações de Consumo: uma teoria a partir da jurisprudência*, tese de doutorado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC -SP, 2016 disponível em <https://repositorio.pucsp.br/bistream/handle/7092/1/Marcia%20Helena%20Bosch.pdf>

¹²² BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014. P.89.

Nesse sentido, aliás, no âmbito de uma mesma sociedade, a valoração entre a intolerância a determinadas condutas pode sofrer variações conforme momentos históricos distintos levando em conta os processos de interrelação entre os diferentes grupos sociais, em um contexto pluralista.

Edgard Magalhães Noronha explica:

Não obstante a variedade de opiniões e doutrinas que procuram conceituar o bem jurídico de um crime, estamos que é ele o bem interesse protegido pela norma penal. Bem é o que satisfaz uma necessidade do homem, seja de natureza material ou imaterial: vida, honra etc. Interesse é a relação psicológica em torno desse bem, é sua estimativa, sua valorização.¹²³

Tem-se, por conseguinte, que o bem jurídico não é um conceito abstrato, ele nasceu de um sistema de relações sociais em um determinado período e pode variar dentro de contextos sociais diferentes e inclusive se submete a concepções religiosas particulares, crises econômicas vivenciadas e aspectos culturais aflorados em determinadas épocas. Concretamente, e no sistema brasileiro, deve ser avaliado à luz da Constituição da República.¹²⁴

Sobre o tema Gianpaollo Smanio descreve que o progresso tecnológico acarretou situações imprevistas, inclusive em relação ao consumo de massa, exigindo uma normatização específica, devendo o Direito Penal “dar sua contribuição para as hipóteses em que a relevância do bem jurídico trazer a necessidade de sua proteção penal, no âmbito das novas relações sociais¹²⁵”. Ressalta, nesse contexto, que as modificações histórico-culturais trazem mudanças nos valores sociais e assim:

Essas mudanças também levam a diferentes concepções de bens jurídicos, que ganham relevância de acordo com as novas características histórico-culturais, passando a ser bens jurídico-penais, merecedores da específica proteção penal para possibilitar o convívio no seio do sistema social¹²⁶.

¹²³ NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**. v.1, 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 109.

¹²⁴ “e, somente encontrando fundamento nos valores e preceitos nela consagrados, é que deverá ser analisado no campo próprio da dogmática penal.” PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008, p.143.

¹²⁵ Smanio, Gianpaolo Poggio. **Princípios da tutela penal dos interesses ou direitos difusos**. São Paulo: *Justitia* 64 (2007): 197.

¹²⁶ Op.cit. página 219.

Como ressalta Guilherme Lopes Felício¹²⁷:

Os bens jurídicos não são exclusividade do Direito Penal, apenas aqueles portadores de dignidade penal, que se constitui através de um processo de construção de valores de acordo com o contexto histórico, ético, social e cultural. Assim, o primeiro critério de eleição de um bem jurídico-penal é a sua dignidade penal.

É a noção de bem jurídico que determina, em grande parte, a definição das fontes e limites do *jus puniendi*. Ou seja, a tutela penal deve se orientar, exclusivamente, para proteger os bens jurídicos, de tal forma que é a partir da observação do bem jurídico — o qual confere conteúdo à tipicidade — que o injusto ganha significado.

Nelson Hungria assim conceitua bem jurídico:

Bem ou interesse jurídico é o que incide sob a proteção do direito *in generi*. Bem ou interesse jurídico penalmente protegido é o que dispõe da reforçada tutela penal (vida, integridade corporal, patrimônio, honra, liberdade, moralidade pública, fé pública, organização familiar, segurança do Estado, paz internacional etc.).¹²⁸

O Direito, seria, então, a proteção de interesses da vida humana. Ou seja, o bem jurídico não é uma construção conceitual, um bem do Direito ou da ordem jurídica, é o bem do homem, preexistente, que o Direito vem reconhecer e proteger.¹²⁹ Isso se dá em razão de critérios de política criminal, através da regra da danosidade social, ou seja, a conduta se revela intolerável.

Inicialmente, a teoria do bem jurídico surgiu como construção em oposição à teoria da lesão de direitos subjetivos, representando uma infração a deveres impostos, o que foi alterado com o surgimento das ideias iluministas, passando a ter seu conteúdo material estabelecido e vinculado à noção de contrato social¹³⁰.

¹²⁷ FELÍCIO, Guilherme Lopes. **Criminal Compliance: mecanismo de proteção contra a criminalidade econômica**. Rio de Janeiro: Lumes Iuris, 2019, p. 45.

¹²⁸ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. v.1, t. II, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, pp. 10-11.

¹²⁹ Nesse sentido Heleno Cláudio Fragoso “O bem jurídico não é apenas um esquema conceitual, visando proporcionar uma solução técnica de nossa questão: é o bem humano ou da vida social que se procura preservar, cuja natureza e qualidade dependem, sem dúvida, do sentido que a norma tem ou a ela é atribuído, constituindo, em qualquer caso, uma realidade contemplada pelo direito. Bem jurídico é um bem protegido pelo direito: é, portanto, um valor da vida humana que o direito reconhece, e a cuja preservação é disposta a norma jurídica.” FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal. Parte Geral**, 14ª ed., revista e atualizada por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1993, pp. 263-268.

¹³⁰ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 90.

[Digite aqui]

Após evolução do conceito, e busca por significação por diversas escolas, almejando-se o conteúdo material do conceito de bem jurídico, Ana Elisa Liberatore Silva Bechara narra que houve um esvaziamento de seu conteúdo, tornando-o meramente um elemento formal de legitimação da intervenção penal:

por meio da formalização e abertura de sua noção levou a uma tal desvitalização que, embora restasse intacto o princípio de que todo delito pressupõe a lesão de um bem jurídico, seu núcleo deixou de possuir sentido por si mesmo. Representando, na verdade, fórmula vazia de conteúdo, tal concepção do bem jurídico constitui mais um princípio metodológico interpretativo de tipos penais, deixando de explicar o núcleo material do injusto de cada delito e evitando, assim, questionamentos sobre a legitimidade da norma.¹³¹

Após a Segunda Guerra Mundial e muitos abusos em nome do autoritarismo vigente, revalorizou-se o conceito de bem jurídico, com limitação à intervenção penal, e novo olhar para seu conteúdo material.

O bem jurídico, que possui uma carga valorativa, mereceu a conceituação por duas vertentes teóricas, a fim de alcançar um conceito de bem jurídico que efetivamente legitimasse o Direito Penal.

A ressignificação do conceito de bem jurídico penal ocorreu à luz da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, com a fixação da dignidade da pessoa humana como fundamento do modelo democrático e restabelecimento do constitucionalismo¹³².

Surgiram duas vertentes para explicar o conceito de bem jurídico, uma constitucionalista e outra sociológica, entendidas como concepções modernas do bem jurídico.

A teoria sociológica, busca identificar o conteúdo do bem jurídico a partir de “argumentos sistêmicos ou de danosidade social”.

Exponente da teoria sociológica personalista, Hassemer afirma que o conteúdo material do crime e do bem jurídico devem ser buscados fora do Direito Penal positivo,

¹³¹ Op.cit. p. 107.

¹³² BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 121. [Digite aqui]

ou seja, no âmbito das relações sociais concretas, importando a valoração subjetiva, com as variantes dos contextos social e cultural¹³³.

Já a teoria sociológica funcionalista entende que a sociedade a partir de “um sistema global ou de interação – formado, sobretudo, por normas de organização – ao qual se vinculam todos os fatores sociais (sociedade/indivíduo)”, sendo a funcionalidade o principal critério para examinar qualquer conduta¹³⁴.

A teoria sociológica recebeu críticas da doutrina, pois não respondeu por que uma certa sociedade criminaliza exatamente determinadas comportamentos e não outros¹³⁵.

Abriu-se espaço, portanto, para a segunda vertente, constitucional, segundo a qual o bem jurídico penalmente tutelado deve ter, ao menos implicitamente, respaldo na ordem constitucional, sob pena de faltar-lhe dignidade jurídica.

Como ressalta Ana Elisa Liberatore Silva Bechara¹³⁶, a Constituição passou a exercer uma função de racionalização:

Dando forma jurídica ao código de valores imperantes, o que permitiu relaxar a tensão entre o indivíduo e o Estado. Da mesma maneira, o perigo de instrumentalização política do Direito Penal foi em grande medida mitigado, em razão da concretização constitucional de uma série de garantias ao cidadão.

A vertente constitucionalista se dividiu em duas correntes, uma estrita, segundo a qual seria insuficiente a simples não incompatibilidade da Constituição com o bem a ser tutelado, sendo preciso que tal bem se encontre entre os que expressa ou implicitamente são reconhecidos pela Constituição.¹³⁷

A corrente ampla, por sua vez, não exige uma correspondência exata entre o bem jurídico e a Constituição, mas, pelo menos, a não incompatibilidade, ou seja, consistiria num limite negativo ao legislador.¹³⁸

¹³³ NASCIMENTO, Diego Leal. **Bem jurídico Penal: reajustando as expectativas em torno de sua função crítico-limitadora**. São Paulo: Editora Dialética, 2021, p. 49.

¹³⁴ Op.cit. fls.56.

¹³⁵ PRADO, Regis. *Bem jurídico Penal e Constituição*, **Revista dos Tribunais**, 1997, p. 36.

¹³⁶ Op. Cit. p. 121.

¹³⁷ NASCIMENTO, Diego Leal. **Bem jurídico Penal: reajustando as expectativas em torno de sua função crítico-limitadora**. São Paulo: Editora Dialética, 2021, p. 65.

¹³⁸ Op.cit. p.67.

Roxin, que adota referida corrente, conceituou bens jurídicos como:

realidades ou fins que são necessários para uma vida social livre e segura a qual garanta os direitos humanos e fundamentais do indivíduo, ou para o funcionamento do sistema estatal erigido para a consecução de tal fim¹³⁹.

No Brasil, Luis Regis Prado defende uma postura também intermediária:

A norma constitucional pode ser utilizada de várias maneiras no momento de impor limite ao legislador: de modo genérico, como marco de referência (concepção ampla), ou de modo específico como disposição concreta da Constituição (concepção estrita)¹⁴⁰.

Objeta-se, assim, a tutela penal de bens não elencados na Constituição, ou, então, que contrariem valores constitucionais, ou seja, que contrariem os valores supremos da sociedade que a editou.¹⁴¹

A lei penal, por ceifar direitos e liberdades, depende de previsão constitucional do bem jurídico por ela tutelado, que deve ser igualmente socialmente relevante. O bem jurídico, por ser um produto da sociedade, limitando apenas a necessária intervenção penal para prevenir danos sociais, não pode se revestir de caráter ideológico ou moral, nem mesmo buscar finalidades transcendentais.¹⁴²

Dentre os princípios atinentes à proteção do bem jurídico, merece atenção aquele conhecido como princípio da proibição de proteção deficiente, que consiste, ao lado da proibição do excesso, numa modalidade do princípio da proporcionalidade.

O direito ao consumo, como tratado, conta com proteção constitucional e, portanto, é abarcado pelo conceito de bem jurídico penal.

Ana Elisa Liberatore Silva Bechara defende a compatibilização entre as teses constitucionais e sociológicas do bem jurídico pois se dirigem a uma mesma orientação

¹³⁹ ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? In HEFENDEHL, Roland (ed.). **La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 448.

¹⁴⁰ PRADO, Luis Regis. **Bem jurídico penal e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, 3ª. ed., p. 91.

¹⁴¹ “decorre do caráter limitativo da tutela penal o dever dirigido ao legislador ordinário, de contemplar as diretrizes constitucionais, bem como os valores na Carta inseridos nas ocasiões em que sua tarefa implicar a definição de bens jurídicos”. BIANCHINI, Alice. **Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p.43.

¹⁴² Op.cit, p. 48.

sobre o alcance do modelo de Estado na fundamentação do Direito, voltado à proteção das relações sociais fundamentais¹⁴³, e explica:

Visto desse modo, o caminho para a definição de um interesse como bem jurídico dotado de dignidade penal passa por dois momentos: em primeiro lugar, busca-se na realidade social seu fundamento dinâmico; em seguida, busca-se nos princípios e valores constitucionais que inspiram o Estado Democrático de Direito os critérios político-criminais para determinar a necessidade de sua proteção por meio dessa via de controle social. De todo modo, o texto constitucional funcionará, nesse exame, como parâmetro negativo, a impedir que, em razão do pluralismo latente no contexto democrático, busque-se a tutela de interesses que não se encontram plasmados na lei fundamental, como instrumento de materialização de um mínimo consenso social.

A noção de bem jurídico, outrossim, parte de um referencial de argumentação e teria um caráter negativo, podendo ser entendido em linhas gerais como a síntese normativa concreta de um interesse, sendo que no âmbito de um Estado Democrático de Direito cabe localizar seus pressupostos na realidade social, ocupando nesse caso o indivíduo a posição central.¹⁴⁴

3.2.1. Bens Jurídicos Transindividuais ou Coletivos

Os bens jurídicos podem ser divididos em bens jurídicos individuais e bens jurídicos universais¹⁴⁵. A doutrina, com divergências, reconhece a existência de bens jurídicos universais, também conhecidos como bens jurídicos transindividuais, supraindividuais, metaindividuais, suprapessoais, institucionais ou coletivos, todas nomenclaturas para indicar bens jurídicos com titularidade não individual.

Os bens jurídicos individuais são aqueles cuja titularidade pertence a cada um dos cidadãos singularmente. Afetam diretamente as pessoas de forma isolada. São bens jurídicos divisíveis em relação ao seu titular, como a vida ou patrimônio.

Por sua vez, os bens jurídicos universais ou transindividuais são aqueles pertencentes a uma massa abstrata, de interesse de toda a coletividade. O ataque

¹⁴³ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014. P.143.

¹⁴⁴ Op. Cit. 143.

¹⁴⁵ Em relação à nomenclatura, nesta tese se adotará bens jurídicos transindividuais como sinônimo de bens jurídicos supraindividuais, universais ou coletivos, que subdividem-se em bem jurídico difuso e coletivo. A doutrina, contudo, usa em razão da orientação coletiva a nomenclatura de bem jurídico coletivo, como Ana Elisa Liberatore Silva Bechara, na obra **Bem Jurídico Penal**, São Paulo: Quartier Latin, 2014. De qualquer forma, opta-se pela nomenclatura bem jurídico transindividual em razão da oposição conceitual de bem jurídico difuso e coletivo, e a noção retirada do próprio Código de Defesa do Consumidor.

[Digite aqui]

contra esses bens lesiona a sociedade, afetando um número indeterminado de pessoas, a exemplo do meio ambiente e a ordem econômica.

Tatiana Badaró¹⁴⁶ conceitua os bens supraindividuais em contraposição aos individuais:

como sendo aqueles que atendem às necessidades de todos e cada um dos membros da sociedade. Na análise de Hefendehl, os bens jurídicos individuais servem aos interesses diretos de uma pessoa ou de determinado grupo de pessoas, enquanto os supraindividuais servem aos interesses gerais de uma comunidade. Assim, a indicação de quem pode desfrutar ou usufruir o bem é o principal critério de distinção entre bens individuais e supraindividuais.

A autora, então, oferece seu conceito “como sendo aquele com a qual pessoas indetermináveis ou de difícil determinação estabelecem, ao mesmo tempo, uma relação de disponibilidade limitada para a satisfação, ainda que indireta, de necessidades humanas essenciais”¹⁴⁷.

Ana Elisa Liberatore Silva Bechara¹⁴⁸ descreve a evolução no sentido do reconhecimento de interesses de natureza coletiva:

A partir da constatação das influências trazidas pela sociedade contemporânea na intervenção penal, introduziram-se nos últimos tempos novos interesses mercedores de proteção, em geral de orientação coletiva ou supraindividual. O reconhecimento jurídico penal de tais interesse decorre da descoberta de uma superestrutura que se sobrepõe ao núcleo de bens jurídicos do Direito Penal liberal. Assim, sobre as pessoas e seus bens tradicionais situam-se diversos interesses de natureza coletiva, a demandar igualmente a proteção estatal. Referidos bens são então, reconhecidos num contexto de alteração da própria relação entre sociedade e Estado – que agora passa a interferir de forma ativa -, de tal modo que os interesses pessoais passam a ser vistos de forma macro-social, isto é, relacionados às relações sociais estabelecidas, bem como ao funcionamento do sistema, a fim de ase assegurar sua garantia.

A existência de bem jurídico com natureza coletiva é reconhecida por parte da doutrina¹⁴⁹ e aponta para os fins sociais do Direito Penal, de maneira que a evolução da teoria do bem jurídico buscar proteger o sistema social, palco de

¹⁴⁶ BADARÓ, Tatiana. **Bem jurídico supraindividual**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p.183.

¹⁴⁷ Op.cit. fls. 183/184.

¹⁴⁸ Op.cit. p. 221.

¹⁴⁹ Birbaum reconhecia os fins sociais do Direito Penal e classificou os bens entre naturais e sociais, aqueles seriam dados pelo homem pela natureza e estes decorreriam do desenvolvimento social. Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum begriff des Verbrechens. Apud ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em Direito Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 52.

[Digite aqui]

realização e desenvolvimento da personalidade da pessoa humana. Zaffaroni intitula bens jurídicos de sujeito múltiplo, de acordo com o qual uma pessoa não pode dispor individualmente do bem sem que afete a disponibilidade do outro. Atribui, assim, importância ao bem jurídico supraindividual, em que pese não fazer distinção qualitativa em relação ao bem jurídico individual.¹⁵⁰

De acordo com a elucidação de Guilherme Lopes Felício¹⁵¹:

A titularidade do bem jurídico supraindividual enquadra toda a coletividade e, por conseguinte, a afetação alcança inteiramente o grupo. São supraindividuais porque transcendem à pessoa do indivíduo, em que a titularidade pertence a uma massa abstrata, à sociedade, de interesse de todos, que, por suas vezes, podem ser difusos ou coletivos.

Ana Elisa Liberatore Silva Bechara entende como um conjunto de condições gerais, vinculados às relações sociais das quais o indivíduo participa em busca de seu livre desenvolvimento¹⁵². Representam, pois, interesses inerentes às relações sociais e que interferem na convivência social pacífica, ou seja, são analisados, ainda que partindo de um interesse pessoal, em uma esfera macrossocial.

A proteção dos bens jurídicos transindividuais pelo Direito Penal – e o reconhecimento de novas áreas deste – é defendida por Miguel Reale Júnior¹⁵³ e, no que se refere especialmente ao meio ambiente – e sua natureza de direito fundamental do homem, Ivete Senise Ferreira esclarece¹⁵⁴:

O Direito Penal, parte integrante desse ordenamento jurídico, não pode assim deixar de oferecer a sua contribuição para essa missão salvadora, justificando-se a sua intervenção **não somente pela gravidade do problema e pela sua universalidade**, mas também porque o direito ao meio ambiente, na sua moderna concepção, **inerece entre os direitos fundamentais do homem, os quais incumbem tradicionalmente ao Direito Penal defender**, como ultima ratio. (grifo nosso)

¹⁵⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Tratado de Derecho Penal: Parte General**. Buenos Aires: Ediar, 1981, vol. 3, página 242.

¹⁵¹ FELÍCIO, Guilherme Lopes. **Criminal Compliance: mecanismo de proteção contra a criminalidade econômica**. Rio de Janeiro: Lumes Iuris, 2019, p. 56.

¹⁵² BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal** São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 221-223.

¹⁵³ REALE JÚNIOR, Miguel. **Novos rumos do sistema criminal**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 214.

¹⁵⁴ FERREIRA, Ivete Senise. **A tutela penal do patrimônio cultural**. São Paulo: RT, 1995, p. 67-68.

Salomão Shecaira igualmente defende¹⁵⁵ a necessidade de respostas do Direito Penal para proteção dos direitos difusos e coletivos:

Quer-se sublinhar que os fenômenos sociais produzem no âmbito jurídico uma relação dialética e interativa: a lei como resultado social, mas também como produtora de modificações(...)Não é por outra razão que o Direito deve dar uma resposta a essas situações, permitindo modificações em alguns de seus dogmas tradicionais. É o Direito (e também o Direito Penal) fruto dessa situação. O interesse de proteção de direitos difusos e coletivos, e principalmente as alterações surgidas no âmbito dos crimes ambientais que conformam essa nova realidade do Direito Penal, que excepciona determinadas regras, garantem uma certa efetividade do próprio sistema punitivo

A lesão a esse tipo de interesse, universal ou transindividual, seja na sua forma difusa ou coletiva, causa danos de grande monta e atingem um elevado número de pessoas, de maneira que o Direito Penal, ao cumprir os mandados de criminalização, necessita de mecanismos aptos a lidar com questões empresariais, de tecnologia, de consumo, entre outras agressões distintas daquelas que atingem os bens jurídicos individuais.

Como expoente do tratamento do bem jurídico transindividual é o ramo do Direito Penal Econômico¹⁵⁶, entre eles o Direito Penal do Consumidor, que ganha impulso ao tratar de agressões que extrapolam os simples ilícitos civis e configuram atentados contra um bem jurídico penal.

Revela-se que neste período de pós-modernidade, o Direito Penal não apenas protege os bens jurídicos individualmente, mas também está sendo demandado a tutelar os bens jurídicos transindividuais, a fim de proteger efetivamente o direito das massas.

Conforme afirma Ana Elisa Liberatore Silva Bechara “a questão fundamental não diz respeito tanto à legitimidade da proteção dos bens jurídico-penais coletivos, e

¹⁵⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica e nossa recente legislação*. In: GOMES, Luiz Flávio (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal**. São Paulo: RT, 1999. p. 133

¹⁵⁶ “Atualmente, é mais adequado definir o Direito Penal Econômico como o ramo do Direito Penal voltado para uma categoria de crimes que ocorrem nas relações comerciais ou na atividade empresarial, praticados pelos administradores, diretores ou sócios, geralmente de forma não violenta e envolvendo fraude ou violação da relação de confiança...Um traço comum dos crimes econômicos é o caráter supraindividual do bem jurídico atingido.” AMARAL, Thiago Bottino do. **Direito Penal Econômico**. FGV Direito Rio, 2015, p.5.

sim à determinação de seu respectivo conteúdo material, de forma a justificar a necessidade da intervenção penal¹⁵⁷.

Pode-se cogitar, assim, da coexistência de bens jurídicos individuais, que afetam diretamente as pessoas individualmente consideradas, com os bens jurídicos transindividuais, que afetam o sistema social, e, como forma de proteger a ordem social, complementam-se.

Em relação à proteção dos bens supraindividuais, o Direito Penal da empresa os tem por objeto, como reconhece Susana Aires de Sousa¹⁵⁸:

O reconhecimento progressivo de interesses coletivos como valores dignos de tutela penal (o ambiente e receitas fiscais, o regular funcionamento da sociedade comercial, a confiança no mercado de valores imobiliários, etc.) fez-se naturalmente às custas do alargamento do conceito de bem jurídico e, reflexamente, do esbatimento de seus contornos. Neste contexto de constante evolução econômica e social, o objeto de tutela chega mesmo a assumir, em alguns momentos, um papel meramente secundário enquanto critério definidor e delimitador da intervenção penal. Em causa está a proteção de interesses muito distintos dos bens jurídicos clássicos.

Ana Elisa Liberatore Silva Bechara aponta a importância de fixar pressupostos e alcança da proteção penal aos bens coletivos, que se concentram especialmente entre os bens jurídicos institucionais, referidos a um conjunto de condições gerais cuja observância é, em princípio, indispensável à convivência social pacífica.¹⁵⁹

De acordo com a autora, a aceitação de bens jurídicos individuais ou coletivos decorre da adoção da teoria monista ou dualista. Para esta, os bens jurídicos individuais e coletivos teriam origem em interesses heterogêneos, enquanto a monista – que seria majoritária – só é possível conceber o bem jurídico a partir de uma única perspectiva: ou estatal, ou relacionada aos interesses da pessoa singular.¹⁶⁰

¹⁵⁷ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal** São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 221.

¹⁵⁸ SOUSA, Susana Aires de. **Questões fundamentais de Direito Penal da Empresa**, Coimbra: Edições Almedina, 2023, p. 132.

¹⁵⁹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal** São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 224.

¹⁶⁰Op.cit. p. 224

[Digite aqui]

Ana Elisa Liberadora Silva Bechara conclui que:

a existência dos bens jurídicos coletivos não supõe reconhecer uma liberdade ao legislador para criá-los de modo deliberado, devendo, ao contrário, subordiná-los aos interesses individuais, haja vista que estes constituem a base do sistema político e jurídico e em sua defesa estarão teleologicamente pré-ordenados.¹⁶¹

3.2.1.1. Bem jurídico-penal difuso e coletivo

Como se mencionou, a existência de bem jurídico coletivo é defendida, contudo, atrelada à necessidade de estabelecer seu conteúdo material. Há, entretanto, que se apontar distinção que se faz entre os conceitos de bem jurídico penal difuso e coletivo.

É possível afirmar-se, em relação ao conteúdo do bem jurídico penal, que a necessidade da tutela penal a um bem jurídico está relacionada a duas origens: por determinação constitucional, através de mandados expressos ou implícitos de criminalização; e por políticas criminais, situações em que há discricionariedade do legislador ordinário ancorada na Constituição e na relevância do interesse reconhecido.

Uma vez que se opte pela existência dos bens jurídicos penais transindividuais, resta aprofundar a distinção entre os bens jurídicos penais coletivos e os bens jurídicos penais difusos, para então definirmos esses últimos e analisarmos as consequências penais da tutela dos interesses difusos.

Os chamados bens jurídicos universais ou transindividuais, como dito, subdividem-se em bens jurídicos difusos e coletivos, havendo diferentes ângulos para que essa diferença seja apontada, em que pese comumente sejam usados como sinônimos.

¹⁶¹ Op. Cit. p. 224. E ainda: “Assim, sem descuidar do referente individual, conclui-se que nos delitos identificados com a proteção de bens coletivos, a ofensividade deve ser analisada conforme critérios relacionados à relevância jurídico-penal do comportamento em termos de gravidade de afetação do bem, e não a partir de critérios naturalísticos de gravidade de dano. Justamente por isso, admite-se a possibilidade de se afirmar a existência de delitos de lesão em matéria coletiva.”. p. 229.

[Digite aqui]

Os bens jurídicos universais difusos são aqueles que interessam toda a sociedade e pertencem a um número indeterminável de pessoas, titulares de um objeto indivisível, em que as pessoas estão relacionadas entre si por um vínculo fático; não há como mensurar exatamente quantas pessoas sofreram lesões, a extensão do dano pertence a vítimas indetermináveis, como a hipótese da contaminação de uma praia.

Os bens jurídicos universais coletivos, todavia, pertencem a um grupo de pessoas determinadas, titulares de um objeto indivisível, porém as pessoas estão ligadas por um vínculo jurídico prévio; é possível, assim, mensurar quantas vítimas foram afetadas pelo dano, pois as pessoas são mais ou menos determináveis, por exemplo, o dano ocorrido dentro de um clube, ou seja, as pessoas fazem parte de um grupo, classe ou categoria, e são titulares do bem jurídico protegido.¹⁶²

A semelhança entre essas duas espécies de direitos transindividuais é o fato de tratarem de bens que não pertencem a uma só pessoa, mas de uma coletividade, em resumo, a titularidade desses bens é compartilhada entre toda a sociedade (difusos) ou entre coletividades específicas (coletivos).

O que é importante notar com relação a isto é que ninguém tem a capacidade individual de disponibilidade destes bens, vez que diversos são os seus titulares¹⁶³.

¹⁶² GUZ, Manoella. *Bem jurídico penal e coletivo*, Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Penal, sob a orientação do Professor Doutor Antonio Carlos da Ponte, São Paulo: 2010, p. 68.

¹⁶³ Sobre o tema CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos-penales supraindividuales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 204.

[Digite aqui]

Gianpaolo Smanio os diferencia¹⁶⁴ sob a perspectiva do interesse público:

Os bens jurídicos penais difusos são distintos dos interesses coletivos, no sentido utilizado no Direito Penal. Quando a doutrina penal cita bens jurídicos coletivos, está fazendo referência ao interesse público, ou seja, àqueles bens que decorrem de um consenso coletivo, em que há unanimidade social de proteção e forma de proteção. Os conflitos que podem gerar, portanto, ocorrem entre o indivíduo que pratica o crime e a autoridade do Estado efetuando a punição. Em relação aos bens jurídicos difusos, a conflituosidade de massa está presente em suas manifestações, contrastando interesses entre grupos sociais na sua realização. Dessa forma, o Estado realiza muitas vezes uma intermediação, ou melhor, dispõe uma diretriz para as condutas socialmente consideradas, ao tipificar tais condutas como crime, ou não tipificá-las, deixando outros ramos do Direito realizarem a solução.

Manoella Guz, por sua vez, distingue os bens jurídicos por sua natureza. São divididos em bens jurídicos penais individuais: (i) os bens jurídicos denominados personalíssimos, como a vida, a integridade física, a liberdade, a honra; e (ii) os bens pessoais, como o patrimônio. Os bens jurídicos supraindividuais seriam: (i) os bens jurídicos institucionais, relativos às pessoas jurídicas públicas ou estatais, envolvendo delitos contra a administração pública, a fé pública, a segurança do Estado, dentre outros; e (ii) os bens coletivos e difusos, afetando uma generalidade de pessoas, unidas em razão de um elemento comum factual, como por exemplo, a saúde pública, a segurança no trânsito, a segurança no trabalho, o meio ambiente, dentre outros.¹⁶⁵

Outra classificação dos bens jurídicos transindividuais é aquela oferecida por Luis Régis Prado: (i) bens jurídicos institucionais (públicos ou estatais), nos quais a tutela supraindividual aparece intermediada por uma pessoa jurídica de Direito Público (ex. administração pública); (ii) bens jurídicos coletivos, sendo aqueles que afetam um número mais ou menos determinável de pessoas (ex. relação de consumo) e (iii) bens

¹⁶⁴ Smanio, Gianpaolo Poggio. O conceito de bem jurídico penal difuso. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Brasília* 16.11 (2004): 54-59. Ele propõe uma classificação em relação aos bens jurídicos penais: “a) **os bens jurídicos penais de natureza individual**, referentes aos indivíduos, dos quais estes têm disponibilidade, sem afetar os demais indivíduos. São, portanto, bens jurídicos divisíveis em relação ao titular. Citamos, como exemplo, a vida, a integridade física, a propriedade, a honra etc.; b) **os bens jurídicos penais de natureza coletiva**, que se referem à coletividade, de forma que os indivíduos não têm disponibilidade sem afetar os demais titulares do bem jurídico. São, dessa forma, indivisíveis em relação aos titulares. No Direito Penal, os bens de natureza coletiva estão compreendidos dentro do interesse público. Podemos exemplificar com a tutela da incolumidade pública, da paz pública etc.; c) **os bens jurídicos penais de natureza difusa**, que também se referem à sociedade como um todo, de forma que os indivíduos não têm disponibilidade sem afetar a coletividade. São, igualmente, indivisíveis em relação aos titulares. Os bens de natureza difusa trazem uma conflituosidade social que contrapõe diversos grupos dentro da sociedade, como na proteção ao meio ambiente, em que os interesses econômico-industriais e o interesse na preservação ambiental se contrapõem, ou na proteção das relações de consumo, contrapostos os fornecedores e os consumidores, na proteção da saúde pública, no que se refere à produção alimentícia e de remédios, na proteção da economia popular, da infância e juventude, dos idosos etc.” (grifo nosso)

¹⁶⁵ Op.cit., p.72.

jurídicos difusos, aqueles que têm caráter plural e indeterminado e dizem respeito à coletividade como um todo (ex. meio ambiente)¹⁶⁶.

E cada um desses bens jurídicos demanda uma resposta penal própria, e, no caso específico dos bens jurídicos de natureza universal difusa, o Direito Penal hodierno é aquele que proporciona a tutela mais adequada¹⁶⁷, em contraposição ao Direito Penal clássico, quase que apenas somente apto à proteção dos bens jurídicos individuais.

O Direito do Consumidor a ser protegido pode estar incluído seja numa categoria de bem jurídico coletivo, seja num bem jurídico difuso, ou em ambas concomitantemente, a depender da análise do caso concreto e suas circunstâncias.

No caso dos bens jurídicos universais, sejam difusos ou coletivos, aplica-se um Direito Penal moderno ou contemporâneo, em que a tutela eficaz é preventiva. É o Direito Penal prospectivo, que enxerga o futuro, e não apenas repressivo. O Direito Penal se antecipa e previne os danos ao bem. Logo, não se constroem tipos penais fechados, mas tipos penais abertos, crimes de perigo abstrato, utilizando-se normas penais em branco.

Nesse caso, em que a lesão causada aos bens jurídicos difusos e coletivos é muito extensa, de difícil ou impossível reparação, ao contrário de se configurar como *ultima ratio* no sentido de último recurso após a efetivação da lesão, o Direito Penal deveria atuar de forma preventiva e adotar um papel de garantidor ao proteger o bem jurídico de uma ameaça ou perigo, e não apenas diante de uma lesão concretizada.

A tutela penal preventiva seria o meio adequado de proteger os bens jurídicos difusos e coletivos, ou seja, a solução encontrada pela doutrina diante da globalização, da tecnologia empregada nas novas modalidades de crime, do período

¹⁶⁶ PRADO, Luis Regis. **Bem jurídico penal e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, 3ª. ed., p. 78.

¹⁶⁷ "O Direito penal moderno seria aquele próprio e característico da „sociedade de riscos“. O controle, a prevenção e a gestão de riscos gerais são vistos como tarefas que devem ser assumidas pelo Estado e este as assume efetivamente de modo relevante, e para a realização de tais objetivos o legislador recorre ao tipo penal de perigo abstrato como instrumento técnico adequado por excelência. Por isso o Direito penal moderno, ou parte considerável do mesmo, é denominado „Direito penal do risco“.". MARTIN, Luis Gracia. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 48.

de evolução em que vive a sociedade, um caminho, pois, novo, a ser trilhado pelo Direito Penal.

3.2.2. A natureza do bem jurídico penal do Direito do Consumidor

A proteção ao Direito do Consumidor, por se tratar de bem jurídico transindividual e que tem enfrentado problemas cada vez mais difíceis de combater, demanda a aplicação do Direito Penal contemporâneo, atuando de forma preventiva, e, para isso, a delimitação exata da relação de consumo como bem jurídico merece atenção¹⁶⁸.

Não se discute, pois, a natureza supraindividual do bem jurídico, contudo, identificam-se diversas correntes doutrinárias acerca da relação entre o bem jurídico coletivo e os bens jurídicos individuais na proteção penal das relações de consumo. José Paulo Micheletto Naves identificou¹⁶⁹ as três correntes.

De acordo com a primeira, os bens jurídicos supraindividuais se prestam tão somente à tutela direta de bens jurídicos individuais como a vida e saúde individual, de maneira que a interferência penal se fundamenta na proteção do corpo e da vida dos consumidores, ou seja, a responsabilidade penal pelos produtos se encontraria nos delitos de lesão clássicos ou, ainda, na mesma linha de pensamento, os crimes contra os consumidores seriam mera etapa anteposta para proteção mediata dos bens jurídicos individuais, tutelando-os. Como expoente dessa corrente aponta Lothar Kuhlen e Susana Soto Navarro.

Para a segunda corrente, em que cita Francisco Muñoz Conde, representaria a tutela de um bem jurídico coletivo, os consumidores seriam globalmente

¹⁶⁸ José Paulo Micheletto Naves resume as noções diversas acerca do significado das relações de consumo: “Para Sérgio Chastinet Duarte Guimarães, tal conceito representa os “vínculos econômicos e jurídicos que se estabelecem entre fornecedores e adquirentes de bens e serviços”. Cezar Roberto Bitencourt, por sua vez, o compreende como a proteção às condições fixadas nas relações de consumo, como forma de garantir que o consumidor tenha a possibilidade de decidir, de maneira livre, informada e segura, sobre aquilo que deseja consumir. Na Espanha, Antônio Doval Pais afirma que o interesse dos consumidores não se refere a um grupo de bens distinguíveis por sua titularidade, aludindo a um setor normativo, integrado por normas que protegem, por um lado, quem atua como consumidor contratante, realizando operações dirigidas a obter bens ou serviços e, por outro, quem de fato os usa ou consome”. NAVES, José Paulo Micheletto. **Dos crimes contras as relações de consumo in Direito Penal Econômico – Parte Geral e Leis Penais Especiais**, SOUZA, Luciano Anderson de, ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho, (coords), São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, 2ª. ed., p. 563.

¹⁶⁹ Op.cit. fls. 564/563.

considerados, com interesses de caráter econômico, dotados de componente socioeconômico, ou seja, o consumidor é protegido como parte integrante de um coletivo. Nessa vertente identifica Marco Antônio Zanellato que afirma serem os delitos contra as relações de consumo, majoritariamente, violação da ordem econômica, e Antônio Herman V. Benjamin, que entenderia o bem jurídico tutelado na condição imaterial e autônoma, completamente independente de direitos subjetivos individuais, com qualidade de bem de ordem pública e interesse social, portanto, indisponível.

Por fim, a terceira corrente apontada por ele assinala haver uma proteção híbrida por meio da tutela penal do consumo, ou seja, tutela um bem jurídico coletivo autônomo e bens jurídicos individuais. Cita Maria Ángeles Rueda Martín e Renato de Mello Jorge Silveira, que avaliza a proteção do consumidor sob dois ângulos, um comunitário e outro voltado de forma subsidiária para os bens jurídicos individuais.

O autor filia-se à terceira corrente:

(...) acredita-se que os crimes contra as relações de consumo se dedicam a uma tutela híbrida, direcionada tanto para interesses coletivos quanto para particulares dos consumidores. É possível identificar em abstrato, um interesse supraindividual relacionado à regular produção, circulação e distribuição dos bens. Decorrentemente, encontra-se, por via reflexa, também albergada a ordem socioeconômica pelos delitos ora tratados¹⁷⁰.

De fato, indissociável a tutela do interesse individual do consumidor daquela que protege interesse transindividual. É a própria abrangência dos danos praticados em face do consumidor que reforçam a necessidade de resposta do Direito Penal, pois, enxergadas cumulativamente, ainda que indiretamente não representem um ilícito, ferem a ordem econômica e a própria confiabilidade nesta. Daí a adequação da visão híbrida em relação ao bem jurídico tutelado.

Afastar a tutela de direito transindividual do Direito Penal é inviabilizar a proteção do consumidor dentro da sociedade atual, em que as relações em massa

¹⁷⁰ NAVES, José Paulo Micheletto. **Dos crimes contras as relações de consumo in Direito Penal Econômico – Parte Geral e Leis Penais Especiais**, SOUZA, Luciano Anderson de, ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho, (coords), São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, 2ª. ed., p. 559.

intensificam a danosidade social das condutas praticadas com abuso de poder econômico contra eles.

A efetiva compensação dos consumidores lesados ou a reparação compensatória à ordem econômica vista do ponto de vista macrossocial demanda a conclusão de que o Direito Penal se presta efetivamente à tutela dos bens jurídicos transindividuais, ainda que de natureza difusa.

Analisando-se sob seu caráter preventivo da tutela dos bens jurídicos transindividuais pelo Direito Penal Econômico, no que se refere ao Direito do Consumidor, conclui-se que essa resposta antecipada – preventiva – é desejada, pois os danos em massa tornam-se praticamente irreparáveis, inclusive em razão da dificuldade de identificação dos lesados, e muitas vezes alimentam um sistema que torna o agressor cada vez mais poderoso no mercado.

A questão, por fim, não é mera interpretação doutrinária, e, sim, mandamento constitucional, por existir mandado de criminalização na Constituição da República sobre a ampla responsabilidade das pessoas naturais e jurídicas por infrações lesivas ao consumidor.

Em um mundo pós-moderno em que os ramos do Direito, além de se comunicar, são interdependentes, a tutela preventiva penal – própria do Direito Penal Econômico - do Direito do Consumidor, como consequência dos mandados de criminalização, merece especial atenção, diante de situações em que os mecanismos legais existentes não são suficientes para promover a efetiva proteção do consumidor.

As empresas familiares ou menores têm dado lugar a grandes conglomerados, e o mundo tecnológico sob poder do fornecedor, por sua vez, tem se tornado cada vez mais inacessível ao consumidor, de tal forma que o Direito Penal talvez se torne cada vez mais necessário como forma de tutela do bem jurídico em questão.

O Direito Penal, por sua natureza, oferece a resposta adequada para proteger – e se o caso reparar – o bem jurídico transindividual e pode atingir um grau de coercibilidade não alcançado pelo Direito Civil ou pelo Direito Administrativo, cujas consequências acabam por ser naturalmente absorvidas pelas empresas, como elemento contábil ou elemento de mercado.

[Digite aqui]

3.3. Aplicação da teoria do diálogo das fontes na proteção do Direito do Consumidor

A Constituição Federal se situa no ápice da hierarquia das fontes do Direito e as normas penais, por sua vez, devem se encarregar da proteção de bens jurídicos constitucionalmente tutelados, explícita ou implicitamente.

Atualmente, a noção de uma existência digna e os direitos humanos permeia todos os ramos do direito, inclusive o Direito do Consumidor, de maneira que sua proteção demanda a construção de um sistema efetivo e também preventivo, uma vez que, concretizado o dano, torna-se complexa sua reparação.

Se, por um lado, a tutela penal deve ser utilizada apenas quando os demais ramos do Direito não são capazes de proteger aqueles bens considerados de maior relevância, por outro, o mundo moderno não recomenda que se deva aguardar a efetiva lesão criminal (normalmente, de difícil reparação) para que o Direito Penal atue.

O Direito Penal, pois, tem atuado cada vez mais de forma preventiva, o que — ao menos quanto a bens jurídicos transindividuais — está em consonância com uma sociedade de risco.

A novidade que escapa ao controle social e que portanto, gera desconfiança e insegurança, nomeada de sociedade de risco por Ulrich Beck¹⁷¹, revela os efeitos de uma ordem econômica pós-moderna e seus efeitos. Existe um percentual, como uma parte de um iceberg submerso, de riscos ocultos e não contabilizados e que crescem no mesmo ritmo de sua expansão de fronteiras: seja por empresas transnacionais, seja em razão da virtualidade das relações ou da crescente massificação que faz atingir grupos cada vez maiores e por atores muitas vezes anônimos.

O anonimato é característica marcante do Direito do Consumidor e muitas vezes usada como forma de aproximação entre os sujeitos do mercado¹⁷².

¹⁷¹ BECK, Ulrich. **Liberdade ou Capitalismo**, São Paulo: Unesp: 2003, p. 21.

¹⁷² DIAS, Lúcia Ancona Lopez de Magalhães. *Crerios para avaliação da licitude da publicidade*, 2010. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 99.

[Digite aqui]

Os mandados de criminalização, pois, permitem que o legislador, atento às necessidades sociais, promova a tutela penal do bem jurídico transindividual de forma eficaz, expandindo, pois, a proteção ao Direito do Consumidor hoje existente.

Os bens jurídicos transindividuais, como o Direito do Consumidor, além de complexos, experimentam danos extensos e com número significativo de vítimas – especialmente hoje – de maneira que a tutela do Direito Penal se revela necessária.

Ao se conceber a aplicação do diálogo das fontes como forma de interpretação, revela-se possível conciliar os conceitos do Direito Privado com o Direito Penal, sendo certo que antigos conceitos devem ser abandonados pois o Direito Penal não merece ser visto apenas como *ultima ratio*, mas também como ramo que visa à paz social e garante a proteção dos direitos fundamentais consagrados na Constituição da República, entre os quais o Direito do Consumidor.

De acordo com Cláudia Lima Marques,

o método do diálogo das fontes é valorativo e inovador: promove sempre os direitos do sujeito mais fraco e seus direitos fundamentais (...) trata-se de uma visão atualizada e coerente do antigamente “conflito de leis no tempo”, e neste sentido serve a toda a teoria geral do direito. O intérprete pode dela se utilizar, não só no direito do consumidor, mas sempre que estiver presente um sujeito com direitos fundamentais ou em jogo valores constitucionais, pois fornece um caminho, um instrumento metodológico seguro e útil, a seguir.¹⁷³

E é nessa aproximação de ideias, nesse diálogo entre fontes, que surge, como uma possibilidade concreta e sustentável, a vinculação do Direito do Consumidor com a proteção penal eficiente, capaz de promover a efetiva defesa de tal bem jurídico frente aos novos desafios.

O mundo moderno, ou melhor, o mundo pós-moderno, revelou dificuldades a enfrentar com uma nova dimensão e natureza de bem jurídico transindividual — o controle de informações em um grande conglomerado ou a discriminação no sistema bancário nacional, por hipóteses. O Direito do Consumidor não pode ser tratado de forma estanque em relação ao Direito Civil, ao Direito Público ou ao Direito Penal para tratar dessas novas questões e proteger os mais vulneráveis. Ao contrário, a

¹⁷³MARQUES, Cláudia Lima Marques. *O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito : um tributo à Erik Jayme*, in **Diálogo das Fontes. Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**, obra coletiva sob a coordenação de Cláudia Lima Marques, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012, p. 42.

conjugação dos institutos e uma visão sistemática com pluralidade de fontes permitem forjar um sistema de maior coercibilidade (Direito Penal) a fim de melhor e mais amplamente tutelar os direitos fundamentais.

Novos desafios merecem novos enfrentamentos, sendo certo que nosso sistema possui ferramentas aptas a isso, e os mandados de criminalização consistem no arcabouço teórico necessário para a formatação de um sistema eficiente de proteção ao consumidor.

A necessidade da tutela do consumidor reside justamente nas consequências de seus danos e como ressaltado por Márcia Dometila Lima de Carvalho:

No balanço dos bens jurídicos dignos de proteção, ganham mais força os pertinentes à defesa do ordem econômica-social, cultural e ambiental, hierarquicamente superiores, pela Constituição, aos clássicos crimes contra o patrimônio, por exemplo.¹⁷⁴

3.4. A responsabilidade da pessoa jurídica e os direitos fundamentais

Se a proteção ao consumidor se revela claudicante face a inoperância do sistema atual – que cumpre apenas parcialmente o mandado de criminalização para proteger o direito fundamental do consumidor – a situação enfrentada é que o sistema atual precisa ser corrigido para atender os anseios sociais e enfrentar a moderna sociedade, dinâmica, em plena transformação e que cada vez mais alcança contornos de transnacionalidade.

A responsabilização dos gestores, diretores e outras pessoas físicas responsáveis pelas decisões da pessoa jurídica infratora oferece uma proteção ineficiente. Há dificuldades intrínsecas à demonstração da intenção lesiva dos gestores, especialmente em casos em que as decisões são tomadas por conselhos deliberativos.

Desta feita, resta o enfrentamento da responsabilização da pessoa jurídica e quais conceitos podem ser adotados em consonância com o atual sistema brasileiro.

A responsabilidade penal das pessoas jurídicas em matéria ambiental, com alicerce constitucional, surgiu tímida, porém tem se revelado como um instrumento

¹⁷⁴ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 48)

poderoso na contenção de danos ao meio ambiente, inclusive em situações em que a conduta foi praticada por sociedades de economia mista e empresas públicas, e quando praticadas por pessoas jurídicas posteriormente incorporadas ou cindidas.

O Direito Ambiental, tal como o Direito do Consumidor, integra a esfera do direito imaterial e transindividual, de maneira que a tutela que se almeja é prospectiva e não retrospectiva, sob pena de ineficácia plena. Por conseguinte, deve-se evitar a ameaça do dano e não aguardar para que se remedeie os efeitos dele.

Os direitos transindividuais, pois, entre eles o Direito do Consumidor, que compõem a ordem econômica, ensejam uma conclusão por um Direito Penal maximizado e preventivo, parecendo ineficaz, neste ponto, a noção de Direito Penal mínimo e retributivo para violações de bens jurídicos individuais.

Klaus Tiedemann, em seu livro "Pessoa Jurídica Criminosa: Uma questão de Direito Penal Econômico" aborda a questão da responsabilização penal das pessoas jurídicas pelos crimes por elas cometidos. O autor discute a necessidade de se proteger bens jurídicos, econômicos e sociais frente aos danos causados pelas atividades criminosas das empresas.

Para Tiedemann, a aplicação do Direito Penal às pessoas jurídicas se justifica como uma medida preventiva e repressiva, a fim de inibir comportamentos que possam prejudicar a sociedade. No entanto, o autor problematiza essa abordagem, considerando a existência de complexas relações sociais e comerciais envolvidas nas atividades empresariais, o que dificulta a sua efetivação.

4. A PESSOA JURÍDICA CRIMINOSA

Dentro do Direito Penal da empresa – assim entendendo como criminalidade *da empresa* – finca-se o Direito Penal do consumidor, vez que se vinculam à empresa enquanto unidade econômica de produção, ou seja, enquanto agente econômico que intervém no sistema produzindo bens e serviços que se destinam às necessidades dos consumidores¹⁷⁵.

Os conceitos dogmáticos do Direito, conforme já se mencionou anteriormente, decorrem da historicidade – a evolução social e filosófica de cada sociedade. A construção das noções da responsabilidade penal da pessoa jurídica não foi diferente.

O Direito Romano não elaborou a figura da pessoa jurídica, fazendo distinção entre os direitos e obrigações dos membros das corporações, *singuli*, e aquelas, *universitas*, o que, por outro lado, é a semente do estudo da responsabilidade penal da pessoa jurídica, por distinguir a responsabilidade coletiva e a individual.

O início da Idade Média trouxe o crescimento das corporações, que além de ganharem importância econômica, também passaram a gozar de influência política. Os glosadores passaram então a tentar esclarecer a prática de delitos pelas corporações quando a ação era determinada por uma decisão conjunta. Desenvolveu-se a noção de ação corporativa da *universitas*, que poderia gerar responsabilidade civil mas também penal.

Os canonistas, por sua vez, que defendiam que os direitos pertenciam a Deus iniciaram a formatação de um conceito técnico jurídico da pessoa jurídica, formulando a noção de que havia duas capacidades jurídicas distintas: da *universitas* e dos seus membros. Na mesma linha, valendo-se de conceitos eclesiásticos, conceituaram juridicamente a pessoa, mas também a pessoa real como ser humano. Era o início de uma ficção jurídica da pessoa jurídica.

Os pós-glosadores partiram da noção de que a *universitas* era uma pessoa fictícia, admitindo a prática de delitos num cenário em que as corporações atingiram seu auge no fim da idade média. O iluminismo assegurou ao indivíduo um novo

¹⁷⁵ SOUSA, Susana Aires de. **Questões fundamentais de Direito Penal da Empresa**, Coimbra: Edições Almedina, 2023, p. 26.

espaço dentro da ordem social, o que, por outro lado, contradizia a noção de responsabilidade penal coletiva. Esta não se coadunava com a ideia de liberdade e autodeterminação da pessoa natural. Logo, a evolução jurídica passou a focar a responsabilidade individual.

Consagrou-se o princípio *societas non potest*, consequência direta da perda de influência política das corporações.

Em relação ao sistema da Grécia Antiga, a responsabilização ocorreu em duas fases: a primeira, coletivista, consistia na responsabilização dos clãs e perdurou durante a fase da vingança privada, segunda, que se seguiu, individualista, em que não se admitia a responsabilidade penal das organizações coletivas, restritas apenas a crimes religiosos e políticos.

No Direito Germânico as pessoas jurídicas eram punidas com multas, que consistiam em indenizações em dinheiro.

No Direito Brasileiro é possível observar os contornos de uma formação histórica da responsabilidade penal da pessoa jurídica, conceito atualmente efervescente.

No início da colonização do Brasil, os povos indígenas não possuíam consciência de personalidade individual, de maneira que entre eles a noção de responsabilidade coletiva era predominante.

As Ordenações do Reino, por sua vez, pouco contribuíram na construção da responsabilidade penal da pessoa jurídica, ao contrário da Constituição Imperial de 1824, em seu artigo 20º, previa que nenhuma pena passaria da pessoa do delinquente.

A Constituição Republicana de 1891 não admitiu a responsabilidade penal da pessoa jurídica, contudo implementou a discussão a partir de seu art. 179, n. XX. As constituições que se seguiram não enveredaram no tema.

Em relação aos códigos penais, o de 1830 definiu sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica em seu “Art. 79 – Reconhecer o que for cidadão brasileiro,

superior fora do Império, prestando-lhe efetiva obediência. Penas: de prisão de 4 a 16 meses” e sendo o crime cometido por corporação, seria dissolvida (art. 80).

O Código Penal de 1890 trouxe confusão ao tema, tratando em seu Livro I – Título III, da responsabilidade penal pessoal, sendo que em seu art. 103, do Livro III – Título I, define: “Reconhecer o cidadão Brasileiro algum superior fora do país, prestando-lhe obediência efetiva. Pena de prisão cautelar por quatro meses a um ano. Parágrafo único – Se este crime for cometido por corporação será dissolvida; e caso os seus membros se tornem a reunir debaixo da mesma, ou diverso regime. Pena – aos chefes, de prisão cautelar por um a seis anos; aos outros membros por seis meses a um ano”. De qualquer modo, reproduziu em seu art. 103, parágrafo único, praticamente a mesma redação do Código Criminal do Império, reconhecendo a figura da pessoa jurídica criminosa com a previsão de uma pena de dissolução.

O Código Penal Brasileiro, na parte geral, com a redação da Lei 7209/84, eliminou a possibilidade de responsabilização das pessoas jurídicas, vigorando o princípio do *societas delinquere no potest*.

A Lei Ambiental (Lei 9605/98) atende mandado de criminalização constitucional e disposição permissiva da Constituição Federal de 1988, e, para compreender a amplitude de tal previsão, necessário estabelecer que o meio ambiente é um dos pilares da ordem econômica prevista no art. 170 da Constituição Federal, e assim, ao prever a responsabilidade penal da pessoa jurídica em matéria ambiental, protege-se a própria ordem econômica.

Por sua vez, a Lei 12.846/13 (Lei Anticorrupção) optou por responsabilizar as pessoas jurídicas apenas civil e administrativamente.

O que se observa atualmente é que responsabilização penal da pessoa jurídica tem ganhado importância crescente em especial em razão do fenômeno da criminalidade econômica. Nesse ponto – a abordagem ampla da criminalidade econômica - estão intrinsecamente relacionadas as lesões contra as relações de consumo, contra a ordem econômica em sentido amplo e contra o meio ambiente, sendo neste último expressamente prevista no art. 3º. da Lei 9605/98.

No Direito Brasileiro há doutrinadores em defesa da responsabilidade penal da pessoa jurídica no que se refere à criminalidade econômica, ou relutantes a ela, contudo o caminhar no sentido da responsabilização parece persistente.

Klaus Tiedmann questiona se a exceção da responsabilidade penal da pessoa formal deveria se tornar uma regra:

Estas nuevas formas de criminalidad (econômicas) han obligado a preguntarse se las actuales excepciones no devem convertirse en la regla; pues es poco convincente, considerada la realidad y los demás subsistemas del derecho, que por ejemplo el atentado contra el medio ambiente cometido pó uma gran empresa sea comprendido como um hecho de uma sola persona natural: la que lo ordeno o ejecutó uma determinada medida¹⁷⁶

O que se observa da evolução histórica da responsabilização da pessoa jurídica, é que sua possibilidade de fato repercute numa maior proteção ao bem jurídico penal e permite a expansão do caráter regulatório do Direito Penal Econômico, de sorte que as hipóteses excepcionais de responsabilidade penal da pessoa jurídica merecem ser repensadas como regra, e não como exceção.

De fato, a construção da noção de responsabilidade penal da pessoa criminosa demanda a formulação de um conceito histórico e não apenas um conceito formal, visto que a defesa da responsabilização penal da pessoa jurídica emerge da necessidade de concretizar a tutela dos direitos fundamentais.

Logo, o novo modelo de responsabilidade penal deve superar a imputação tradicional individual, que acaba por não atingir o microcosmo das pessoas jurídicas, que permanecem, pois, imunes.

Assim, a definição pela legislação infraconstitucional acerca dos crimes que podem ser praticados pela pessoa jurídica – seja em razão do cumprimento de mandado de criminalização, seja em razão de política econômica e até mesmo política econômica – é tema a merecer tratamento adequado.¹⁷⁷

¹⁷⁶ TIEDEMANN, Klaus. **Responsabilidad penal de las personas jurídicas**, acessado em 04/05/2023 em http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1996_07.pdf

¹⁷⁷ Nesse ponto, Sérgio Salomão Shecaira defende a necessidade de responsabilização da pessoa jurídica: “Mesmo aqueles que não concordam com a responsabilidade penal da pessoa jurídica estudam o problema sob a perspectiva da necessária criminalização de condutas que venha a disciplinar crimes econômicos e ecológicos.(...) São situações que hoje estão praticamente à margem do direito penal positivo: terror e terrorismo, poluição ambiental, atentados ao consumidor, evasão de

4.1. A responsabilidade penal da pessoa jurídica em outros sistemas

No cenário internacional, pode-se resumir duas posições sobre o tema da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Nos sistemas latinos, de tradição romano-germânica figura a noção de irresponsabilidade da pessoa jurídica – em especial América Latina e Europa Continental. Dentre as justificativas, uma delas seria de que a pessoa jurídica não seria capaz de conduta humana – sem vontade, portanto – não há que se falar em culpabilidade, tampouco delito e responsabilidade penal.¹⁷⁸

Nos países que pertencem à *common law*, por sua vez, o princípio da *societas delinquere potest* é dominante e consistiu numa criação jurisprudencial do início do século XIX, reconhecida no *Interpretation Act* de 1889. A regra geral é a necessidade de ato material e elemento subjetivo e admitem-se a responsabilidade objetiva (por ato pessoal, sem dolo ou culpa, aplicável tanto às pessoas jurídicas quanto às físicas) e por fato de outrem, de caráter excepcional.

O fundamento penal encontrado está na teoria da identificação, identificando-se a pessoa que não consista em empregado ou agente, mas por qual fato a sociedade seja responsável por configurar ato da própria sociedade. A pessoa natural seria a própria personificação da pessoa jurídica.

No sistema inglês, em resumo, por construção jurisprudencial adota-se a teoria da identificação, de forma que a pessoa física, enquanto tomadora de decisões dentro da pessoa jurídica, atua “enquanto” sociedade e não “para” a sociedade. Por conseguinte, as vontades se identificam e a pessoa formal pode ser responsabilizada por toda e qualquer infração que lhe seja possível realizar. Nos Estados Unidos em regra se reconhece a responsabilidade penal da pessoa jurídica, porém existem exceções de acordo com estado federativo.

capitais, etc.” (...) “Neste sentido é que podemos, juto com Tiedemann, diante das características peculiares das grandes empresas, afirmar que ‘os agrupamentos criam um ambiente, um clima que facilita e incita os autores físicos (ou materiais) a cometerem delitos em benefício dos agrupamentos. Daí a ideia de não sancionar somente a estes autores materiais (que podem ser mudados ou substituídos), mas também e sobretudo, a própria empresa.” SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. São Paulo: Editora Método, 2002, p. 112/113.

¹⁷⁸ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: Estudo Crítico**, Curitiba: Juruá, 2006.

[Digite aqui]

A Holanda admite a responsabilização penal por delitos econômicos desde 1950, e as hipóteses foram estendidas com a reforma do Código Penal em 1976.

Apesar do Código Penal dinamarquês não prever expressamente a responsabilidade penal da pessoa jurídica está disciplinada em diversas leis extravagantes, o que se repete nos demais países escandinavos.

A Finlândia adota a responsabilidade penal da jurídica, com enfoque nos crimes ambientais.

O sistema francês, por seu turno, conta com tratamento expresso no Código Penal de 1992 e enumera, assim como em algumas leis especiais, infrações (condutas) que podem ser praticadas por pessoas jurídicas e devidamente penalizadas. Foi o primeiro país de *civil law* a prever a responsabilidade penal propriamente dita da pessoa jurídica. A responsabilidade penal da pessoa jurídica, nesse sistema, decorre diretamente da legalidade e é subsidiária àquela da pessoa física.

Em Portugal, o Código Penal não menciona o instituto, contudo, há leis que preveem a atribuição da responsabilidade penal das empresas.

Na Áustria o instituto é aplicável aos crimes econômicos e foi expressamente prevista na Lei Federal de Cartéis de 1972.

O Japão inicialmente previu a responsabilidade penal apenas dos diretores, representantes e gerentes, posteriormente ampliando o sistema punitivo criminal para as empresas. A China, por sua vez, prevê a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes econômicos.

Na América Latina, de tradição romana, apenas Venezuela, México e Cuba adotam formas de responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Alguns países não adotam a responsabilidade penal da pessoa jurídica, entre eles a Alemanha e Suíça, em que são punidas apenas no campo administrativo, Itália onde há inclusive vedação constitucional para referida responsabilidade. Na Bélgica há responsabilidade civil solidária. Na Suécia há uma espécie de pena pecuniária e

no projeto de Reforma do Código Penal foi incluída a “pena de empresa” relativa a delitos econômicos.

A Espanha em seu Código Penal de 1995 negava a possibilidade de pena criminal para a pessoa jurídica, sendo que em 2003 iniciou-se uma mudança para estabelecer a responsabilidade solidária da pessoa jurídica. Em 2010 houve uma mudança significativa no país já visível no preâmbulo da LO 5/2010 que enaltece a necessidade internacional de responsabilizar a pessoa jurídica. A pessoa jurídica passou a ser, portanto, penalmente responsabilizada.

Para todas as teorias, de qualquer forma, necessário compreender a natureza da pessoa jurídica e sua personalidade, a fim de se informar a formatar a noção de sua “livre escolha”, e por conseguinte, a reprovabilidade de sua conduta.

4.2. Modelos extrapenais de responsabilização da pessoa jurídica

A presente tese defende, diante da natureza do bem jurídico do consumidor e possibilidade de tutela penal do bem jurídico transindividual, a responsabilização penal da pessoa jurídica. Cabe, contudo, antes de avançar sobre o tema dos modelos de responsabilização da pessoa jurídica, mencionar outras formas de respostas aplicáveis e não necessariamente excludentes da tutela penal. De fato, é possível reconhecer elementos da responsabilidade penal concomitantemente à responsabilidade civil, tal como acontece com pessoas físicas.

No Direito Civil a resposta ao ato danoso da pessoa jurídica cinge-se a aplicação de multas, indenizações e obrigações de fazer ou não fazer, inclusive de forma cumulada. O ato danoso a ser identificado pode, pois, decorrer de culpa ou dolo, ou de imposição normativa ou decorrente de risco. Na modalidade de ato danoso sem culpa (*lato sensu*) existe também a modalidade de abuso de direito, todas integrando a teoria da responsabilidade civil, cujo dever de indenizar tem natureza civil e inclusive tutela interesses transindividuais.

O que se nota é a absorção dos valores de indenização como custo do negócio – inclusive com repasse aos próprios consumidores – e aposta num baixo grau de litigiosidade em razão da lesão, considerando-se que a pessoa, individualmente, enfrenta maiores dificuldades no ajuizamento de uma demanda.

[Digite aqui]

Outra forma de resposta é sancionar a pessoa jurídica na esfera administrativa, em que a penalidade aplicável é definida por uma autoridade administrativa ou até mesmo judicial. Resumem-se, na maior parte das vezes, a sanções de natureza pecuniária e, assim, sujeitas a uma análise de custo-benefício pela pessoa jurídica. Susana Aires de Sousa aponta o risco de se aplicar sanções administrativas de cunho não pecuniário com o fim de tornar efetiva a prevenção¹⁷⁹:

Por outro lado, se se pretende aumentar este efeito por via da criação de outras medidas sancionatórias, adicionais à sanção pecuniária, incorre-se no risco de se estabelecer de facto sanções penais, ainda que formalmente se lhe atribua outra natureza, estando assim subtraídas às garantias criminais constitucionalmente reconhecidas à pena.

Susana Aires de Sousa menciona, ainda, a discussão sobre se tratar de um Direito sancionador próprio, que combinaria elementos de diversas áreas jurídicas podendo ser chamada de modelo misto. Nesse sistema, a sanção extrapola o mero pagamento de multas pode incluir imposições de deveres e até mesmo supervisão de funcionamento, e existem no sistema americano, francês e português, tomados pela crítica de não serem conforme os valores constitucionais¹⁸⁰.

4.3. Teoria da realidade ou da personalidade real ou orgânica

A responsabilidade penal da pessoa jurídica enfrenta a necessidade de se analisar as teorias relativas à própria existência da pessoa jurídica, razão pela qual cabe sua abordagem como ponto de partida para compreensão dos modelos de responsabilização penal.

A teoria da realidade, defendida por Otto Gierke, apoiada também por Von Tuhr e Zitelman, busca enxergar a pessoa jurídica como uma entidade real e autônoma, dotada de personalidade e capacidade jurídica próprias, com poderes e obrigações distintas daqueles atribuídos às pessoas físicas. Assim, a pessoa jurídica pode contrair dívidas, realizar negócios, ser demandada judicialmente, entre outras atividades e, conseqüentemente, poderiam delinquir.

¹⁷⁹ SOUSA, Susana Aires de. **Questões fundamentais de Direito Penal da Empresa**, Coimbra: Edições Almedina, 2023, p. 97.

¹⁸⁰ Op.cit. p.100.

[Digite aqui]

Conforme descreve Sérgio Salomão Shecaira:

Ela tem capacidade de querer e de agir, o que faz por meio de seus órgãos, da mesma forma que o ser humano comanda com sua cabeça seus membros para executar suas ações. O já citado Aquiles Mestre, discutindo estas idéias, afirma que se trata de seres coletivos dotados de uma vontade real, nada impedindo que atos entes dirijam suas finalidades contra normas proibitivas da lei penal. (...). O Estado, pois, defere a certos entes uma forma, uma investidura e um atributo, tornando juridicamente real a existência desses seres pessoais.

Aplicando tais conceitos ao direito penal pode-se dizer que, ao adotar-se tal pensamento, há de se constatar que a pessoa coletiva é plenamente capaz de vontade. Ela não é um mito, pois concretiza-se em cada etapa importante de sua vida pela reunião, deliberação e voto da assembleia geral de seus membros, ou mesmo através de sua administração ou gerencia¹⁸¹.

Porém, essa teoria se mostrou polêmica no âmbito do Direito Penal, uma vez que a responsabilidade penal da pessoa jurídica ainda apresenta controvérsias. Há quem defenda a aplicação da responsabilidade penal às pessoas jurídicas, argumentando que elas podem cometer crimes, na medida em que são compostas por indivíduos que agem de forma coordenada

Já outros entendem que a responsabilidade penal deve ser atribuída somente às pessoas físicas que praticam os atos criminosos em nome da pessoa jurídica. Nesse sentido, a responsabilização da empresa dependeria da prática de algum ato ilícito específico, com a comprovação de que a pessoa jurídica se beneficiou diretamente.

Em suma, a teoria da realidade reconhece a pessoa jurídica como uma entidade autônoma e com personalidade própria – não é uma criatura artificial, mas a responsabilidade penal ainda é um tema controverso e em discussão no âmbito jurídico.

É a teoria mais adotada pela doutrina, contudo, discute-se sobre a efetiva “vontade” da pessoa jurídica, esta própria das pessoas naturais.

¹⁸¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. São Paulo: Editora Método, 2002, p. 102/103.

4.4. Teoria da Ficção

A teoria da ficção, criada por Savigny e acompanhada por Vareil – Les - Sommières, propõe que as pessoas jurídicas são uma construção legal criada para facilitar a atividade empresarial e, portanto, não possuem uma existência real ou uma vontade própria. Isso significa que a tomada de decisões e ações da pessoa jurídica são sempre atribuídas a seus membros, que atuam em nome da empresa.

A pessoa jurídica nada mais seria do que uma abstração, sem qualquer realidade social e tal forma, sem vontade própria, não poderia praticar crimes, os quais corresponderiam a seus membros ou diretores. Pessoas jurídicas seriam, portanto, seres fictícios incapazes de vontade sendo sua personalidade abstrata.

Conforme leciona Sérgio Salomão Shecaira:

Nesse sentido, a pessoa jurídica poderia ser equiparada a um menor impúbere que exerce seu direito sempre através de um tutor. A pessoa jurídica é, assim, uma criação artificial da lei para exercer direitos patrimoniais. É a pessoa fictícia. Somente obtém sua personalidade por uma abstração (...) Ora, os delitos que são imputados à pessoa jurídica são praticados sempre pelas pessoas físicas que a compõem (diretores, membros, funcionários) e pouco importa que o interesse da corporação tenha servido de motivo ou de fim para o delito¹⁸².

No entanto, a partir da década de 1990, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas passou a ser discutida em diversos países, inclusive no Brasil. Essa responsabilização decorre da ideia de que a empresa pode ser utilizada como instrumento de prática de crimes. Para tanto, a legislação estabelece critérios para a identificação da conduta empresarial criminosa e seus agentes.

Por conseguinte, a teoria da ficção continua sendo relevante para entender a natureza jurídica das pessoas jurídicas, mas a responsabilidade penal, em alguns casos, pode ser atribuída à empresa como um todo, ainda que, na prática, isso se traduza em responsabilização de seus membros. Isso demonstra a necessidade de uma abordagem cautelosa do tema, a fim de garantir a efetiva punição dos crimes empresariais sem prejudicar a segurança jurídica e a atividade empresarial lícita.

¹⁸² SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. São Paulo: Editora Método, 2002, p. 101.

O que sucede é que a questão relativa à responsabilidade penal da pessoa jurídica pode ser resolvida independentemente da discussão acerca de sua natureza jurídica, que tem um valor relativo, como aponta Sérgio Salomão Shecaira¹⁸³.

4.5. Imputação de crime à pessoa jurídica

Imputar crime à pessoa jurídica implica, necessariamente, na capacidade de agir da empresa e no reconhecimento de sua culpabilidade. Abstrair do elemento culpa seria concluir pelo reconhecimento de uma responsabilidade objetiva criminal, o que, contudo, contraria o sistema brasileiro. Responsabilizar criminalmente a pessoa jurídica é escolha do legislador, contudo, proceder a essa imputação depende da análise da conduta e da culpa daquela.

Sérgio Salomão Shecaira, em sua obra *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica* enumera os argumentos favoráveis e contrários à reponsabilidade da pessoa jurídica, e aponta como principal objeção a ser respondida é o argumento de que não há responsabilidade sem culpa e esta pressupõe vontade própria que só se encontra na pessoa física, e não na pessoa jurídica¹⁸⁴. Aponta então, o contexto em que se forma a vontade da empresa, e, assim, permite a conclusão por sua culpabilidade:

Esse raciocínio de Afonso Arinos permite pensar em uma vontade, não no sentido próprio como se atribui ao ser humano, resultante da própria existência natural, mas sim em um plano sociológico, eis que a existência da empresa decorre de sua formação surgida no seio da sociedade que a legitima. É nesse contexto (e só nesse contexto) que a empresa tem uma vontade, uma vontade pragmática, que desloca a discussão do problema da vontade individual para o plano metafísico¹⁸⁵.

Ainda de forma mais abrangente, o autor defende que a pessoa jurídica pode ser punida tanto quando deliberar e praticar um ato ilícito, quando não impedir que o ilícito seja praticado em seu benefício exclusivo¹⁸⁶.

É possível distinguir dois modelos dogmáticos para determinar a imputação do fato criminoso à pessoa jurídica, são eles a heterorresponsabilidade e a autorresponsabilidade.

¹⁸³ Op.cit. p. 100.

¹⁸⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. São Paulo: Editora Método, 2002, p. 109.

¹⁸⁵Op. Cit. p. 110.

¹⁸⁶ Op.cit. p. 115.

4.5.1. Fundamentação constitucional

Antes, contudo, necessário assentar que a responsabilidade penal da pessoa jurídica tem fundamentação constitucional no art. 225 da Constituição Federal, que estabelece a obrigação do poder público de proteger o meio ambiente e prever sanções penais e administrativas para as condutas lesivas ao meio ambiente.

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

O artigo 173, §5º define que:

A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

A mencionada norma infraconstitucional ainda não foi criada.

Num movimento de crescente valorização da responsabilização da pessoa jurídica, vários instrumentos internacionais mencionam a responsabilidade civil, administrativa e penal, adequando-se, assim, às várias realidades nacionais.

O Ordenamento jurídico brasileiro incorporou a Convenção de Mérida – Convenção da Organização das Nações Unidas contra a Corrupção e nela há previsão expressa acerca da possibilidade da responsabilidade – inclusive penal – da pessoa jurídica¹⁸⁷:

Artigo 26

Responsabilidade das pessoas jurídicas

1. Cada Estado Parte adotará as medidas que sejam necessárias, em consonância com seus princípios jurídicos, a fim de estabelecer a responsabilidade de pessoas jurídicas por sua participação nos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.
2. Sujeito aos princípios jurídicos do Estado Parte, a responsabilidade das pessoas jurídicas poderá ser de índole penal, civil ou administrativa.
3. Tal responsabilidade existirá sem prejuízo à responsabilidade penal que incumba às pessoas físicas que tenham cometido os delitos.
4. Cada Estado Parte velará em particular para que se imponham sanções penais ou não-penais eficazes, proporcionadas e dissuasivas, incluídas sanções monetárias, às pessoas jurídicas consideradas responsáveis de acordo com o presente Artigo.

¹⁸⁷ Consultado em 07/05/2023 em https://www.planalto.gov.br/ccvil_03/_Ato2004-2006/2006/decreto/D5687.htm

Há controvérsia¹⁸⁸ acerca da responsabilidade penal da pessoa jurídica, o que, conforme já se mencionou, tem se enfraquecido diante da alteração no contexto social experimentada após 1988.

Se no processo legislativo da constituinte restou clara¹⁸⁹ a opção pela responsabilidade penal da pessoa jurídica – em que pese não tenha sido mantida explícita no texto final, atualmente a interpretação constitucional deve atender aos anseios da sociedade e oferecer resposta de efetivação da proteção aos bens jurídicos com dignidade constitucional, sob pena de completo esvaziamento de seu significado material.

Logo, defende-se a compatibilização do art. 173, parágrafo 5º, com o art. 225, § 3º, da Constituição Federal, inexistindo disposição que vede a imputação à pessoa jurídica, como já se posicionou José Afonso da Silva¹⁹⁰ na interpretação do art. 173, parágrafo 5º:

prevê a possibilidade de responsabilização das pessoas jurídicas, independente da responsabilidade de seus dirigentes, sujeitando-se às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica, que têm como um de seus princípios a defesa do meio ambiente.

¹⁸⁸ Eduardo Luiz Santos Cabette na obra **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica – Estudo Crítico**, Curitiba: Juruá, 2006, p. 84/97 oferece um panorama de posicionamentos favoráveis e contrários à opção do constituinte pela responsabilidade penal da pessoa jurídica. No mesmo sentido, Sérgio Salomão Shecaira, em sua obra, descreve a posição de inúmeros penalistas que consentem quanto à responsabilidade penal da pessoa jurídica, citando entre eles: “Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins asseguram que ‘a atual Constituição rompeu com um dos princípios que vigorava plenamente no nosso sistema, o de que a pessoa jurídica, a sociedade, enfim, não é passível de responsabilização penal¹. E o fez, segundo esses autores, em mais de um passo, ao encampar a punibilidade criminal das pessoas morais. Não obstante discordarem da postura do legislador maior, não deixam de reconhecer que a *vontade* do texto constitucional é *incontroversa*” em SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. São Paulo: Editora Método, 2002, p. 132.

¹⁸⁹ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica* in **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica e Medidas Provisórias e Direito Penal**, GOMES, Luiz Flávio (coord). São Paulo: RT, 1999, p.105.

¹⁹⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2000, 18ed, . 821.

Fernando Castelo Branco¹⁹¹ afirma no mesmo sentido sobre a Constituição Federal:

Excepcionando a regra geral da responsabilidade penal das pessoas físicas, consagrou a imputabilidade penal das pessoas jurídicas, na esfera das lesões ao meio ambiente e nos crimes contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Assim, em que pesem as críticas à imputação penal da pessoa jurídica, entende-se que num mundo globalizado e pós-moderno, a interpretação da Constituição Federal deve ser feita à luz do momento histórico atual, os valores envolvidos e anseios sociais, havendo bastantes argumentos históricos, contudo, que já permitiam, desde 1988, a efetiva responsabilização penal, de maneira que a opção se aproxima muito mais de um caráter ontológico que normativo.

4.5.2. Heterorresponsabilidade ou responsabilidade derivada ou vicarial ou indireta

"Heterorresponsabilidade" é um termo jurídico que se refere à responsabilidade de uma pessoa ou entidade por atos cometidos por outra pessoa ou entidade. No contexto empresarial, a "heterorresponsabilidade" pode se aplicar à responsabilidade de uma pessoa jurídica (como uma empresa) pelos atos de seus sócios, empregados ou representantes legais.

A heterorresponsabilidade está diretamente ligada à teoria da dupla imputação, ou seja, a pessoa jurídica é considerada coo coautora da pessoa física – esta age com elemento subjetivo próprio, não reconhecível para a pessoa jurídica. A formação da vontade, portanto, está vinculada necessariamente à pessoa jurídica e assim, a pessoa jurídica só responde na medida do reconhecimento da ilicitude daquela.

No Brasil, a "heterorresponsabilidade" da pessoa jurídica é prevista no Código Civil e em outras leis, como a Lei de Crimes Ambientais e a Lei Anticorrupção, que vincula a atribuição de fato à pessoa jurídica necessária e concomitantemente à imputação do fato à pessoa física, dotada do elemento subjetivo.

¹⁹¹ CASTELO BRANCO, Fernando. **A pessoa jurídica no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 53.

[Digite aqui]

Nesse sentido já decidiu o Ministro Gilson Dipp:

Admite-se a responsabilidade da pessoa jurídica em crimes ambientais desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício, uma vez que não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio¹⁹².

É importante destacar que a "heterorresponsabilidade" não significa que a pessoa jurídica seja automaticamente responsável por todos os atos de seus representantes legais ou empregados. Para que a responsabilidade seja atribuída à empresa, é necessário que haja comprovação de que a conduta ilícita foi praticada em nome da pessoa jurídica, em benefício dela, ou em decorrência da negligência ou omissão da empresa em relação à fiscalização e controle das atividades de seus representantes ou empregados.

A conduta, nesse modelo, deve ser realizada por um terceiro “qualificado” no exercício de suas funções, em nome e no interesse da pessoa jurídica, fazendo nascer o crime imputável à empresa. Susana Aires Sousa¹⁹³ menciona os pressupostos para fixação da imputação do crime à pessoa jurídica em face da heterorresponsabilidade:

Dai que, avançando na concretização dos pressupostos deste modelo, se exija, como requisito essencial do juízo de imputação do facto à pessoa coletiva, a delimitação do círculo de pessoas singulares suscetíveis de a vincularem no plano criminal (por que a representam e a ela se ligam funcionalmente), bem como a determinação da pessoa física, do seu concreto domínio de atividade e dos deveres que sobre si recaem no contexto da organização coletiva. Só desta forma se pode e aferir da gravidade, objetiva ou subjetiva, do facto realizado em nome e no interesse da pessoa jurídica. Só assim se pode dizer que a pessoa coletiva atuou – por intermédio do seu representante – com culpa, dolosa ou negligente, por ele suportada. E conseqüentemente, só assim se pode escapar à censura de uma responsabilidade criminal puramente objetiva do ente coletivo.

4.5.3. Autorresponsabilidade

A teoria da autorresponsabilidade surgiu como uma corrente de pensamento que defende que cada indivíduo é responsável pelas suas ações e escolhas. Nesse sentido, a ideia é que a pessoa deve assumir a responsabilidade por seus atos, assumindo as conseqüências de suas decisões.

¹⁹² Recurso Especial no. 564969/SC, Rel. Ministro Gilson Dipp, DJ 13/06/2005.

¹⁹³ SOUSA, Susana Aires de. **Questões fundamentais de Direito Penal da Empresa**, Coimbra: Edições Almedina, 2023, p. 104.

[Digite aqui]

Essa teoria, corrigiu, portanto, a dificuldade em identificar a pessoa física que atuou em nome e no interesse da empresa.

Ainda que a teoria da autorresponsabilidade defenda a ideia de que cada indivíduo deve assumir a responsabilidade por seus atos, a responsabilidade penal da pessoa jurídica é importante para garantir que as empresas também sejam responsabilizadas por comportamentos ilícitos em suas atividades. Dessa forma, é possível reforçar a importância da ética e do cumprimento das leis e normas em todas as esferas da sociedade.

Por conseguinte, essa construção teórica, o fato criminoso relevante da empresa é autônomo, configurando uma imputação direta da pessoa jurídica em relação à ação e à culpa. Descreve Susana Aires de Sousa:

Nesse sentido, o juízo de reprovação que lhe é dirigido toma por base uma deficiente auto-organização no sentido de impedir que o risco de lesão de bens jurídicos se concretizasse, não se exigindo que o facto seja objetiva e subjetivamente atribuído a um seu representante físico. Trata-se, assim, de uma responsabilidade coletiva por *defeito na organização*, iniciada no pensamento de Klaus Tiedemann e posteriormente concretizada e desenvolvida em propostas de responsabilidade autônoma da pessoa coletiva de pendor funcionalista ou sistémico, de que são exemplo a *teoria do domínio da organização funcional-sistémico* de Gunter Heine ou modelo construtivista de uma responsabilidade proposto por Carlos Gomez-Jara Diez.¹⁹⁴

4.5.4. Decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário no 548.181

Como visto anteriormente, há duas teorias para fundamentar a imputação criminal às pessoas jurídicas, sendo que heterorresponsabilidade prevê que a imputação criminal da pessoa jurídica depende da responsabilização das pessoas naturais que agem dolosamente, ou seja, com elemento subjetivo próprio, contudo, em nome e em benefício da entidade. O modelo da autorresponsabilidade, por sua vez, a imputação do crime não depende da identificação das condutas das pessoas físicas, obrigatoriamente integrantes de seus quadros pessoais de decisão, ou seja, a conduta e a vontade criminosas são próprias e reconhecidas como da pessoa jurídica.

¹⁹⁴ SOUSA, Suzana Aires de. **Questões fundamentais de direito penal da empresa**. Coimbra: Edições Almedina, 2023, p. 104.

[Digite aqui]

O artigo 3º da Lei 9.605/98, Lei de Crimes Ambientais, que expressamente prevê a responsabilidade penal da pessoa jurídica nos termos dos ditames constitucionais, condiciona a persecução penal da empresa à identificação da infração cometida por decisão de seu representante legal ou contratual ou de seu órgão colegiado, no interesse ou em benefício de sua entidade. Adotou, pois o modelo da dupla imputação.

Sucedeu que, absorvendo a necessidade de efetivar a responsabilização penal da pessoa jurídica, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 548.181¹⁹⁵, realizado em 06 de agosto de 2013, decidiu, por maioria de votos, pela inconstitucionalidade da teoria da dupla imputação ou heterorresponsabilidade, adotando posição diversa daquela até então reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça.

O voto vencedor, conduzido pela Ministra Rosa Weber, entendeu que o artigo 225, §3º da Constituição Federal não condiciona a persecução penal das pessoas jurídicas à identificação das pessoas físicas componentes de seus quadros decisórios, isto é, afastou a aplicação da teoria da dupla imputação.

¹⁹⁵ EMENTA RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. CONDICIONAMENTO DA AÇÃO PENAL À IDENTIFICAÇÃO E À PERSECUÇÃO CONCOMITANTE DA PESSOA FÍSICA QUE NÃO ENCONTRA AMPARO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da *pessoa jurídica* por crimes ambientais à simultânea persecução penal da *pessoa física* em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação. 2. As organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma *pessoa concreta*. 3. Condicionar a aplicação do art. 225, §3º, da Carta Política a uma concreta imputação também a *pessoa física* implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental. 4. A identificação dos setores e agentes internos da empresa determinantes da produção do fato ilícito tem relevância e deve ser buscada no caso concreto como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda para verificar se a atuação se deu no interesse ou em benefício da entidade coletiva. Tal esclarecimento, relevante para fins de imputar determinado delito à *pessoa jurídica*, não se confunde, todavia, com subordinar a responsabilização da *pessoa jurídica* à responsabilização conjunta e cumulativa das *pessoas físicas* envolvidas. Em não raras oportunidades, as responsabilidades internas pelo fato estarão diluídas ou parcializadas de tal modo que não permitirão a imputação de *responsabilidade penal* individual. 5. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido.

Entendeu-se no referido acórdão que:

condicionar a aplicação do art. 225, parágrafo 3º, da Carta Política a uma concreta imputação também à pessoa física, implica indevida restrição da norma constitucional que expressa intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental¹⁹⁶.

A leitura do acórdão revela que não se atribui o resultado criminoso pela vontade das pessoas físicas que integram os quadros decisórios da empresa, ao contrário, a própria empresa teria vontade isolada e é essa vontade que determina a prática do fato típico.

Consta exatamente do voto vencedor, proferido pela ministra Rosa Weber quando afirma que:

seria, então, plenamente possível manter no polo passivo de uma ação penal apenas a pessoa jurídica, não sendo necessárias a identificação e a imputação concomitante da pessoa física responsável diretamente pela prática da conduta humana tida por criminosa¹⁹⁷.

A análise do referido acórdão aponta no sentido de se adotar a teoria da autorresponsabilidade, alcançando-se a efetivação da responsabilidade penal da pessoa jurídica, que protagoniza as lesões aos bens jurídicos de natureza transindividuais e que são um desafio para o Direito Penal Econômico.

¹⁹⁶ Recurso Extraordinário 548.181/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 06/08/2012, disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7087018> consultado em 30 de novembro de 2023.

¹⁹⁷ Recurso Extraordinário 548.181/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 06/08/2012, disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7087018> consultado em 30 de novembro de 2024

5. CONCEITO DE CRIME EM FACE DA PESSOA JURÍDICA E A PENA

O conceito analítico de crime reside na tríade de fato ilícito, típico e culpável, a análise da responsabilidade penal da pessoa jurídica deve se iniciar pela culpabilidade, haja vista a grande discussão fundada na sua formação.

5.1. Culpabilidade – Cidadania Empresarial

A cidadania empresarial refere-se ao compromisso das empresas com o desenvolvimento sustentável e responsabilidade social. Isso significa que as empresas precisam pensar além do seu lucro, e considerar o impacto de suas ações no ambiente e na sociedade.

Num mundo globalizado, verifica-se a ampliação do âmbito de atuação empresarial e portanto, mudança de atitude corporativa, configurando-se um cenário em que empresas ganham uma noção de poder superior, muitas vezes, a Estados nacionais¹⁹⁸.

A cidadania empresarial envolve várias medidas, como a adoção de práticas éticas, a promoção da igualdade de oportunidades, a mitigação dos impactos ambientais e a promoção do bem-estar comunitário, bem como a proteção da ordem econômica e dos direitos fundamentais, entre eles o consumo¹⁹⁹.

No entanto, é possível identificar situações em que as pessoas jurídicas não agem de maneira “cidadã”, as condutas ilícitas ocorrem justamente quando seus deveres são descumpridos, seja poluindo o meio ambiente, praticando abuso de poder econômico em face do consumidor, explorando trabalhadores e agindo com desrespeito aos direitos humanos, consistem, então, em decisões da empresa a princípio ilícitas e típicas.

¹⁹⁸ GUEDES, Rita de Cássia. *Responsabilidade social e cidadania empresariais: conceitos estratégicos para as empresas face à globalização*. São Paulo: Dissertação de Mestrado em Administração de Empresas da Pontifícia Universidade Católica (PUC-SP), 2000.

¹⁹⁹ Ricardo Alves Bento fornece um conceito de cidadania empresarial: “Nos permitimos a conceituar, de forma não exauriente, que a cidadania empresarial como a forma de gestão da pessoa jurídica direcionada ao reconhecimento de sua reponsabilidade social, para que sua interação com a sociedade civil seja pautada por condutas éticas, econômicas, legais de natureza sustentável” em BENTO, Ricardo Alves. A limitação do direito penal no exercício da cidadania empresarial. *Revista Jurídica*, v. 4, n. 45, p. 95-114, 2016.

A noção de que a pessoa jurídica deve se portar de maneira “cidadã” informa o caráter ético de sua conduta, e, na falta do compromisso com tais elementos, sua conduta se configura abusiva, extrapolando, pois, o risco permitido inerente à atividade empresarial.

A culpabilidade, outrossim, está ligada à intenção de prejudicar ou negligenciar, permitindo a elaboração de um juízo de reprovação, feito à pessoa jurídica autora de um fato típico e antijurídico.

Ainda que exista polêmica acerca do livre arbítrio, ele é considerado essencial e necessário “para a conceituação do instituto da culpabilidade, pois é na decisão de agir não conforme o Direito, quando podia agir livremente conforme o mesmo, que se consubstancia a essência da culpabilidade²⁰⁰.”

A culpabilidade jurídica é, em verdade, uma culpa social-jurídica, pois advém da possibilidade de um comportamento socialmente responsável, a saber: o sujeito deve direcionar-se conforme as exigências da sociedade. Se assim não procede, sua conduta será revestida da reprovação social, “por não haver observado as exigências sociais cumpridas em geral e por ele também”. Ao passo que o conceito de culpabilidade deve ser socializado e secularizado, ou seja, liberto da culpabilidade moral e da religiosa, deve ser desmitologizado, o que significa que ele deve ser igualmente liberto dos laços morais e religiosos a que se arraigou²⁰¹.

Nesse sentido, ao se adotar tal noção de culpabilidade, atrelada à ideia de liberdade – como pressuposto e não fundamento dela – e livre escolha, possível considerar a ação da pessoa jurídica “possibilitando uma abertura cognitiva para novas concepções do instituto da culpabilidade, entre elas a responsabilização penal da pessoa jurídica”.²⁰²

Sob o enfoque das pessoas jurídicas, o descumprimento de seu papel como “cidadã” implica que podem ser legalmente responsabilizadas por suas ações e omissões, as quais podem decorrer de decisões formais e informais. Essa responsabilização, conforme o caso, poderá ensejar imputação penal ou, a depender da conduta, civil ou administrativa.

²⁰⁰ MENDES, Élio Braz. *Responsabilidade penal da Pessoa Jurídica: um estudo sobre o instituto da culpabilidade*. Dissertação de mestrado defendida no programa de PPGD da Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2008, p. 55.

²⁰¹ Brandão, Cláudio Brandão. **Teoria Jurídica do Crime**. Rio de Janeiro: Forense. 2003, p. 135.

²⁰² MENDES, Élio Braz. *Responsabilidade penal da Pessoa Jurídica: um estudo sobre o instituto da culpabilidade*. Dissertação de mestrado defendida no programa de PPGD da Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2008, p. 57.

Não se trata, por conseguinte, de responsabilidade objetiva – a qual desde já se afasta, mas de construção teórica fundada em diversos elementos, entre eles a cidadania empresarial.

A cidadania empresarial é um processo contínuo e revela como a empresa atua no mercado, permitindo-se concluir por sua culpabilidade. Essa atuação no mercado é fruto do processo decisório da empresa como ente coletivo, e não se confunde com o elemento subjetivo dos atores com poder de decisão, os quais podem ser substituídos ou deslocados.

A exteriorização do modo de agir da pessoa jurídica exige a colaboração de líderes, funcionários e stakeholders em geral, contudo, se materializa no campo metafísico como conduta reprovável do ente coletivo, o que demonstra sua existência real e aderência à teoria da autorresponsabilidade.

A extração da sua culpabilidade, demanda considerar esse perfil dinâmico do ente moral, representado pela atividade empresarial, que indica a livre escolha de agir conforme ou não o Direito.

5.2. Condução da atividade empresarial

A atividade empresarial envolve a gestão de uma empresa, que inclui planejamento estratégico, definição de objetivos, alocação de recursos, tomada de decisões e avaliação de resultados. Todas as ações empresariais são encadeadas de forma a alcançar o resultado lucro, sem o qual descaracteriza-se a própria natureza empresarial.

Para conduzir essa atividade de forma eficiente – alcançando o lucro visado, a pessoa jurídica identifica as necessidades e expectativas do mercado, observa as tendências e mudanças tecnológicas e socioculturais e entende a dinâmica da concorrência, dentro de um padrão de boa gestão que considere a sustentabilidade da empresa. Pode-se dizer que a pessoa jurídica é auto organizável e autorreferencial.

Dentro dessa dinâmica – que se espera esteja atrelada à noção de cidadania empresarial - em que a pessoa jurídica assume uma verdadeira identidade própria, não se pode concluir pela decisão “acidental” ou não planejada da mesma, de tal sorte

[Digite aqui]

que simplesmente afirmar que a pessoa jurídica não possui livre escolha, afastando sua culpabilidade, é negar a própria realidade atual em que as empresas alteraram seus parâmetros e sistemas de tomadas de decisões.

Se a sociedade globalizada se tornou mais complexa para as pessoas naturais, revelou-se igualmente enfeixada em novas demandas para as pessoas jurídicas, aumentando o grau de exposição de seu gerenciamento.

Nesse contexto, a ideia da função social da empresa ganhou relevância, uma vez que reconhecida como instituição fundamental no âmbito econômico, político e social. O art. 170 da Constituição Federal contempla princípios que orientam o exercício da livre iniciativa empresarial – entre eles a livre concorrência, a proteção dos empregados, a defesa do consumidor e do meio ambiente, redução de desigualdades e tratamento adequado às empresas de pequeno porte.

Logo, a condução da atividade empresarial, além de almejar benefícios para a atividade empresarial e visar o lucro, deve proporcionar benefícios para a coletividade. A liberdade de escolha do consumidor e a formação de sua vontade de forma livre e consciente, pois, permeia a atividade empresarial de forma que, havendo abuso de poder econômico nesse sentido, fugirá ao exercício de sua função social e atuará de forma defeituosa, prejudicando, ao final, a própria ordem econômica.

Outrossim, os princípios da ordem econômica social constitucional apontam para os interesses a serem protegidos – e, portanto, objeto de resposta pela atividade empresarial – servindo de baliza para apreciação da condução empresarial, funciona como parâmetro valorativo da atividade da pessoa jurídica.

O nexo de causalidade, pois, pode ser extraído da deficiência da organização decorrente da conduta da empresa e que gera um risco juridicamente relevante ou descumpra sua função social, provocando, por conseguinte, um dano ou um perigo de lesão a um bem jurídico penalmente eleito.

5.3. Responsabilidade penal pessoa jurídica e o *compliance*²⁰³

A pessoa jurídica é considerada, como forma de explicar sua existência, um ente abstrato e, por isso, é difícil atribuir a ela a responsabilidade por crimes cometidos por seus representantes ou colaboradores. Como já ressaltado, atualmente, predomina a teoria da realidade, em que pese inicialmente a teoria da ficção tenha servido para esclarecer seu surgimento.

A responsabilidade penal autônoma da pessoa jurídica não exclui a responsabilização individual dos envolvidos nos crimes cometidos, conforme o caso concreto.

Sobre o tema Cristina Ossipe Martins Botelho²⁰⁴:

A atribuição de responsabilidade penal às pessoas jurídicas e a adequação ou flexibilização do direito penal diante dos novos sujeitos coletivos, como já explicitado, não representa um retrocesso aos conceitos e princípios da responsabilidade penal individual. O novo modelo de direito penal que permite a responsabilização criminal das pessoas jurídicas, como será exposto mais adiante, pode coexistir em harmonia com o modelo do direito penal tradicional, sem razão para substituí-lo.

A imputação da responsabilidade penal à pessoa jurídica pode implicar em consequências graves, o que informa a necessidade de se reservar para tutelar bem jurídico com dignidade constitucional, como é o caso da proteção ao consumidor.

Se o Direito Administrativo sancionador não se apresenta como adequado a efetivar a tutela do direito ao consumo – seja em razão de sua natureza jurídica, seja em razão de seu baixo grau de coercibilidade ou ausência de garantias constitucionais para o autor do delito – e o Direito Civil acaba por ser absorvido no cálculo do risco empresarial, e tampouco se defende a criação de um ramo autônomo de intervenção, o Direito Penal Econômico, como dito anteriormente, responde adequadamente na proteção do bem jurídico transindividual e reclama a responsabilização penal da pessoa jurídica.

²⁰³ No Brasil encontra-se vigente o Decreto n. 8420/15 e as Portarias n. 909 e 910 da Controladoria Geral da União, que determinam diretrizes, estruturam e fornecem critérios da avaliação de sistemas de compliance.

²⁰⁴ BOTELHO, Cristina Ossipe Martins. *A culpabilidade e a punição da pessoa jurídica em delitos ambientais: a necessária revisão da dogmática penal*. Tese de doutorado defendida na Universidade Federal de Pernambuco, p. 231 disponível em <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/3873/1/arquivo5041-1.pdf>.

Os modelos vigentes em outros países indicam a possibilidade de diversas penas possíveis de serem criadas, como a suspensão das atividades, impossibilidade de contratação com o poder público, fechamento de unidades, aplicação de multas, compromissos de conduta, intervenção judicial, campanhas públicas e, indiretamente, a perda da reputação e de valor de mercado.

A responsabilidade penal da pessoa jurídica acaba por exercer um inevitável efeito regulatório e, como um instrumento importante para a punição de crimes cometidos no âmbito empresarial, deve ser aplicada observando-se o devido processo legal e atentando-se à estabilidade da ordem econômica e a manutenção de empregos. Logo, se faz importante a adequada estruturação da natureza da pena a ser aplicada.

Previamente, contudo, e como forma de balizar a natureza e montante da pena aplicável, a condução da pessoa jurídica deve ser apurada e delimitada a fim de se construir uma base sólida de apontamento de sua culpabilidade.

A conduta da pessoa jurídica pode ser representada por comportamento comissivo ou omissivo, neste vinculado à ausência no cumprimento de seus deveres. O que permitirá a delimitação da escolha será a noção de condução empresarial em conformidade com a cidadania empresarial.

A doutrina, como mencionado, se direciona para uma versão normativa da culpabilidade, o que está intimamente ligado a reprovabilidade da conduta. O abuso de poder econômico contra o consumidor alcança um alto nível de reprovabilidade pelos motivos já mencionados, de forma que se torna possível identificar o agir desconforme o Direito através da análise da condução empresarial.

A aferição de tais elementos, dada adoção do conceito normativo da culpabilidade, revelam-se suficientes para reconhecimento dela em relação à pessoa jurídica. Atualmente, outrossim, é possível vislumbrar um instrumento eficaz para identificação da reprovabilidade da conduta da empresa.

No processo de formação da culpabilidade da pessoa jurídica, o *compliance* adquire especial importância de maneira que a autorregulação e a responsabilidade penal da pessoa jurídica merecem ser analisadas em conjunto.

[Digite aqui]

5.3.1. A autorregulação empresarial – o *compliance*

Se por um lado a vontade da pessoa jurídica não reflete diretamente a vontade de seus diretores, pois ela é aceita como uma realidade e tem um querer próprio, como obter a efetiva atuação da pessoa jurídica?

O termo *compliance* surgiu do verbo em inglês *to comply*, que significa agir de acordo com uma ordem, um conjunto de regras ou pedido e, no ambiente empresarial, está relacionada com a integridade corporativa.

Além de um tratamento anticorrupção, possui um amplo espectro de atuação: direitos trabalhistas, fiscais, reguladores, concorrenciais, de consumo, de discriminação. Logo, estar em *compliance*, significa estar de acordo com as regras, ou agir em conformidade a elas.

Implica necessariamente em controles internos e de governança corporativa, de forma que se opera uma autorregulação da atividade empresarial, apontando as diretrizes da condução da pessoa jurídica.

O *compliance* surgiu como forma de evitar responsabilização da empresa, visto que consiste num guia de comportamento de uma organização perante o mercado em que atua, no intuito de estar em conformidade com as obrigações legais da empresa.

Observa-se, por ele, a aplicação de padrões éticos e controles internos, de maneira que é possível afirmar que se presta à elaboração da condução empresarial, indicando-a com clareza e, inclusive, sujeitando-a aos freios necessários, se o caso.

A insuficiência da autorregulação, ou então, sua ausência, fomenta diversas formas de responsabilização da pessoa jurídica, seja de natureza civil, administrativa e penal. Ou seja, forma-se um sistema circular e auto operante entre a ação do Estado e a ação empresarial autorregulatória.

Outrossim, defender que a mera existência do *compliance* exime a pessoa jurídica da responsabilização conduz a um equívoco em sua premissa, vez que aquele pode se revelar insuficiente – não abrangeu determinado aspecto decisório da empresa – ou deficiente ou mal desenvolvido, gerando condutas comissivas ou omissas “apesar” da autorregulação.

[Digite aqui]

O programa de *compliance*, neste ponto, desempenha uma função dupla, vez que, além do aspecto preventivo, pode ser aplicado como mensurador da culpabilidade, interferindo diretamente na pena aplicável.

Por outro lado, pode ocorrer uma situação em que a pessoa jurídica, apesar da atuação do *compliance*, decide realizar uma conduta em sentido diverso, configurando-se de forma clara a condução da pessoa moral.

Cria-se um instrumento, assim, eficaz na demonstração da condução empresarial e, sendo a liberdade pressuposto da culpabilidade, uma forma de sustentar o reconhecimento desta.

Especificamente em relação ao *criminal compliance* seria “o resultado da evolução dos conhecidos códigos de conduta corporativos, com premissas suplementares de implementação de condão penal”²⁰⁵ e como reconhecido por Renato de Mello Jorge Silveira, a importância da autorregulação é irrefutável:

De todo modo, parece de certo modo irrefutável a colocação de que a autorregulação se converteu em uma dinâmica característica da própria sociedade de risco. Com isso em vista, tem-se que a responsabilidade da pessoa jurídica emerge, nesse passo como resposta umbilicalmente ligada aos próprios programas de *compliance*, como se vê, em particular, apesar de inúmeros problemas, na Espanha, onde a opção pela responsabilidade penal da pessoa jurídica é marcante, embora existam discordâncias sobre o tema, isso parece de, de fato, interessante, para não se dizer fundamental, pois, com uma rápida observação sobre a construção da responsabilidade da pessoa jurídica, em suas várias vertentes, talvez se passam estabelecer as variações sobre o *criminal compliance* em universos ainda em formação legislativa, como se vê no caso do direito brasileiro.²⁰⁶

Logo, diante dos avanços da visão sobre a autorregulação das empresas, através do *compliance*, mais especialmente em sua esfera criminal, a sua estipulação para verificação das suas escolhas e conseqüente culpabilidade da pessoa jurídica parece essencial, visto que, o “defeito de organização” corresponderia à noção da culpabilidade.

Conforme defende Tiedemann, se faz necessário abandonar o conceito tradicional de culpa para adotar-se um conceito que esteja de acordo com a realidade da pessoa jurídica, ao que ele dá o nome de defeito da organização

²⁰⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge e outro. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**, São Paulo: Saraiva, 2015, p. 74.

²⁰⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, op cit. p79.

(Organisationsmangel). Consistiria na possibilidade de censura da pessoa jurídica ou ela não ter adotado, no tempo adequado, precauções para que não fosse praticados atos ilícitos em seu nome e em seu interesse²⁰⁷.

A consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa ganham contornos claros num sistema de freios privados autoimpostos e sujeitos à normatização pública externa. Trata-se de uma situação em que a conduta empresarial foge às determinantes da autorregulamentação ou arrisca-se num processo de autorregulamentação deficiente.

A legitimidade da aplicação da pena decorrente da imputação de um delito decorrerá da comprovação da sua culpabilidade e o *compliance* poderá justamente apontar o defeito da organização decorrente da condução empresarial.

Se a empresa, apesar de um sistema eficiente, optou por conduta contrária ao Direito – ou seja, praticando ato ilícito e típico, poderá responder criminalmente, assim como, se a empresa mantiver um sistema ineficiente e precário, que gerou o risco e a conduta lesiva, igualmente poderá ser responsabilizada criminalmente.

Nesse sentido Susana Aires de Sousa:

De outro modo, num contexto em que a empresa esteja obrigada a adotar um programa de compliance e não o faça, ou faça de forma incompleta ou insuficiente, o defeito de organização sustenta um juízo de censurabilidade ou de punibilidade por um facto próprio da pessoa coletiva, autónomo de qualquer juízo de reprovação das pessoas físicas.²⁰⁸

A apuração, pois, do defeito da organização é ponto central na construção da culpabilidade corporativa. Esse defeito deve considerar, inclusive, como afirmado anteriormente, a omissão penalmente relevante.

O *compliance* se prestará, inclusive, a permitir a distinção entre a culpabilidade da pessoa jurídica e de seu gestor – responsabilidade individual, cuja conduta, num sistema efetivo, poderá ser identificada e distinguida da “conduta empresarial”.

²⁰⁷ SOUSA, Suzana Aires de. **Questões fundamentais de direito penal da empresa**, Coimbra: Edições Almedina, 2023, p. 105, citando a obra original de Klaus Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht*.

²⁰⁸ Op.cit. p.150.

Em relação ao agente com poder decisório, ou seja, o gestor, Guilherme Lopes Felício defende a aplicação da teoria do domínio do fato para a sistemática penal individual:

O que se quer dizer é que o Brasil poderia operar com seu sistema penal da seguinte forma: responsabilidade penal da pessoa jurídica no modelo da autorresponsabilidade, cuja culpabilidade empresarial definida por defeito da organização permite uma independência com relação à responsabilidade penal individual que, por sua vez, deve continuar seguindo a sistemática penal individual tradicional, adotando-se a teoria do domínio do fato.²⁰⁹

Assim, a sistematização da responsabilidade penal da pessoa jurídica caminha ao lado da regulamentação do *compliance* e da autorregulamentação da empresa, evitando-se o tratamento disperso por leis extravagantes genéricas.

Como exemplo de sistematização da responsabilidade penal da pessoa jurídica, pode-se citar a Espanha, que experimentou uma mudança significativa na configuração da responsabilidade penal da pessoa jurídica, caminhando de sua proibição à efetiva responsabilização.

Como mencionado por Silveira, o Código Penal Espanhol revela a importância do *compliance*:

Notadamente, o art. 31 *bis*, do Cogo Penal espanhol, passou a dispor que, nas previsões do Código, as pessoas jurídicas serão penalmente responsáveis pelos delitos praticados em seu nome, em função das mesmas ou em seu proveito, por seus representantes legais e administradores, de ato ou de direito. O que fez, assim o art. 31 *bis*, do Código Penal, foi obrigar as pessoas jurídicas a que não mais se portem como instrumentos delitivos ou organizações criminais com *status* jurídico, mas sim, eu se mostrem como titulares de certa organização complexa a ponto de elaborar, colocar em prática e velar pela efetiva aplicação da “fórmula mágica” do *compliance*. A menção expressa feita pelo artigo é a de seu n. 4, que menciona, como atenuante à responsabilidade penal da pessoa jurídica, ter ela estabelecido, antes do começo do juízo oral, medidas eficazes para prever e descobrir os delitos que, no futuro, possam ser cometidos com os meios ou através da mencionada pessoa jurídica.²¹⁰

No caso espanhol²¹¹, a responsabilidade social da empresa legitima a responsabilidade penal e decorre do sistema de autorregulação regulada da pessoa jurídica.

²⁰⁹209 FELÍCIO, Guilherme Lopes. **Criminal Compliance: mecanismo de proteção contra a criminalidade econômica**. Rio de Janeiro:Lumen Iuris, 2019, p. 210.

²¹⁰ Op.cit. p. 103.

²¹¹ Novo Código Penal espanhol (reformado pela Lei Orgânica 5/2010), em vigor desde 24.12.2010: “Art. 31 *bis*. 1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por

No Brasil, a adoção do *compliance* como formatação da condução da pessoa jurídica, legitimando sua responsabilidade penal pois conformadora da culpabilidade, pode permitir a necessária resposta à conduta lesiva a bem jurídico tutelado.

5.4. Tipicidade conglobante e o ilícito empresarial

Se a tarefa da definição culpabilidade da pessoa jurídica se facilita em razão do *compliance* ou sistema correlato de autorregulação regulado externamente, a análise da tipicidade da conduta, na hipótese da responsabilidade penal da pessoa jurídica, merece ser avaliada a luz da teoria da tipicidade conglobante.

Essa teoria consiste em poder se considerar como típica uma conduta que é fomentada ou tolerada pelo próprio Estado¹², pois a prática de conduta assim incentivada exclui a própria tipicidade, e não sua ilicitude.

A tipicidade conglobante, consiste, portanto, num corretivo da tipicidade legal, uma vez que pretende excluir do âmbito da tipicidade certas condutas que, pela doutrina tradicional, são tratadas como excludentes da ilicitude²⁴. A tipicidade conglobante é um juízo do fato em relação à norma, mas não apenas em relação à norma penal incriminadora, mas também de uma forma sistemática em relação à todo o ordenamento jurídico, buscando uma integração na interpretação da norma²⁵. Ela exige que a conduta seja anormal – portanto típica - perante o ordenamento como um todo. Assim “a tipicidade penal não se reduz à tipicidade legal, e sim deve evidenciar

sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho. En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.” “Art. 33. (...) 7. Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas la consideración de graves, son las siguientes: a) Multa por cuotas o proporcional. B) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita. C) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años. D) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años. E) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años. F) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años. G) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años’.

[Digite aqui]

uma verdadeira proibição com relevância penal, para o que é necessário que esteja proibida à luz da consideração conglobada da norma”²¹².

A coordenação da formação da vontade da pessoa jurídica com a tipicidade conglobante fornece um caminho a trilhar em direção à sua responsabilização penal, pois se adequa à velocidade do Direito Penal Econômico e possibilita a análise da reprovabilidade da conduta a par da noção de risco permitido inerente às empresas.

O Direito Penal Econômico, como visto, responde de forma adequada aos desafios do mundo pós-moderno e à velocidade das transformações de um mundo globalizado e com um processo de transnacionalização da pessoa jurídica. As transformações vivenciadas reforçam o caráter histórico de diversos institutos e inclusive a necessidade de adequada interpretação do texto constitucional.

Diante deste cenário, o conceito de tipicidade conglobante merece atenção na medida em que propicia adequar a condução empresarial ao nível de reprovabilidade em face da lesão a bens e interesses juridicamente protegidos.

O conceito de tipicidade conglobante adere aos pressupostos para reconhecimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Seriam necessários três elementos para reconhecer a responsabilidade penal da pessoa jurídica em relação a determinada conduta: (i) deve ser uma atividade que usou a estrutura da própria empresa, (ii) vinculada a sua finalidade e (iii) deve representar uma decisão empresarial, assim considerada aquela decisão que superou o processo preventivo do *compliance*.

Essa decisão – que pode ser formal ou informal – configurando de qualquer forma uma vontade empresarial e a livre escolha por agir em determinado ou outro sentido. A decisão amparada na autorregulação permitiria inclusive a conclusão acerca da aplicação de eventuais excludentes de ilicitude, visto que se mostram igualmente aplicáveis às pessoas morais por equiparação.

²¹² ZAFFARONI, Eugênio Raul. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 474.

[Digite aqui]

A importância desse pressuposto – *compliance* ou outro sistema autorregulatório preventivo - está diretamente relacionada com a culpabilidade da pessoa moral, pois capaz de indicar a consciência empresarial relativa à ilicitude da conduta.

Logo, diante da noção da tipicidade conglobante, o fato de a conduta ser contrária ao sistema e ter sido realizada em ambiente empresarial dotado de *compliance*, a culpabilidade é devidamente formatada, ainda que em hipótese de dolo eventual.

O dolo eventual, inclusive, torna-se verificável através da adoção de um sistema preventivo, tornando-se relevante, ademais, a noção da cegueira deliberada²¹³ e como ela seria apurável, afastando-se, pois, a necessidade de denúncia de coautor ou de individualização da vontade dos dirigentes da pessoa jurídica.

Sistematizada a identificação da personalidade, da culpabilidade e da tipicidade, em relação a uma conduta ilícita, surge a dificuldade a se enfrentar em relação à responsabilização penal da pessoa jurídica, que é justamente a pena.

5.5. A pena e a pessoa jurídica

O bem jurídico protegido adquire importância aumentada a partir do momento em que é eleito pelo Direito Penal como objeto de tutela, de tal sorte que as penas a serem aplicadas devem observar inclusive o grau de reprovabilidade em relação ao ilícito praticado. Como mencionado anteriormente, a adoção do *compliance* pode servir para mensuração da pena aplicável, na medida em que permite uma gradação no grau de culpabilidade da pessoa jurídica.

²¹³Apesar de controversa adoção da teoria da cegueira deliberada, que decorre de uma construção jurisprudencial inglesa, para punir o agente que de forma deliberada – por livre arbítrio – opta em não observar fatos e circunstâncias de uma atividade delitativa, como se provocasse um erro de tipo, alegando ignorância para evitar a responsabilidade penal, há julgados que acolheram a aplicação da teoria: “Para que ocorra a aplicação da teoria da cegueira deliberada, deve restar demonstrado no quadro fático apresentado na lide que o agente finge não perceber determinada situação de ilicitude para, a partir daí, alcançar a vantagem pretendida.”(STJ, [AgREsp 1565832](#), Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 17/12/2018).

[Digite aqui]

A pena, portanto, para atender ao princípio da proporcionalidade²¹⁴, a ela inerente, deve considerar a interferência do ilícito na sociedade e a representação econômica da pessoa jurídica criminosa. Assim, deve corresponder ao desvalor que a sociedade atribui à conduta.

Se para as pessoas físicas o princípio da proporcionalidade da pena está atrelado à pena corporal ou restrição de direitos a ela adequável, em relação a pessoa jurídica, além de se visar a recomposição do dano provocado, a proporcionalidade haverá de considerar a anatomia empresarial: sua abrangência física dentro e fora do país, seu valor de mercado, o valor de suas ações, a abrangência do dano, o número de vítimas prejudicadas, a natureza do dano, a interferência do dano na confiabilidade no mercado, entre outros elementos que possam indicar a aplicação de uma pena justa.

No caso da aplicação da pena por abuso de poder econômico contra o consumidor, a aferição em relação ao dano à ordem econômica e interferência negativa no mercado deverão ser igualmente consideradas.

A pena justa, abandonando-se²¹⁵ discussão acerca de sua natureza, visto que se trata de um ente moral, poderá adotar diversas formas. Como sugestão, essa tese defende que a melhor adequação e atendimento ao princípio da proporcionalidade

²¹⁴ O conteúdo do princípio da proporcionalidade é formado por outros três princípios: o princípio da necessidade, da idoneidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Segundo o princípio da necessidade, impõe-se que a utilização do direito penal ocorra somente quando outros ramos do ordenamento forem insuficientes para oferecer a devida proteção ao bem jurídico, assim como se exige que o bem tutelado tenha valor constitucional e a afronta a ele represente uma efetiva ameaça à sua existência. Para o princípio da idoneidade, faz-se necessário que o instrumento penal seja adequado para proteger o bem jurídico, de modo que a utilização do direito penal não deve subsistir quando a pena acarretar efeitos indesejados. O princípio da proporcionalidade em sentido estrito determina que a medida da pena deve ser proporcional ao desvalor atribuído à conduta incriminada, e para tanto devem ser considerados, por exemplo, os bens jurídicos protegidos, a modalidade e a intensidade da agressão, a pluralidade de interesses envolvidos, o elemento subjetivo do tipo e o grau de especialidade da norma. Embora o princípio da proporcionalidade tenha por objetivo indicar o conteúdo que as normas penais devem apresentar, a identificação do que pode ser incriminado somente é obtida através de valorações legislativas, a cargo de quem é competente para tal. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. 2003. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003, p. 58.

²¹⁵ Esta tese, ao defender a responsabilidade penal da pessoa jurídica parte da premissa de que se encontra superado argumento de que inaplicável as mesmas penas da pessoa física à pessoa jurídica, tendo em vista que muitos são os exemplos, no direito comparado e até mesmo no direito brasileiro em relação aos crimes ambientais, que demonstram ser plenamente possível a aplicação de penas adequadas à natureza da empresa, nos termos inclusive do determinado pela Constituição Federal.

decorrerá do modelo de pena consensuada entre as partes envolvidas: o Ministério Público, eventual órgão regulador externo, Juiz e a pessoa jurídica.

Sérgio Salomão Shecaira²¹⁶ descreve diversas penas aplicáveis à pessoa jurídica e menciona as penas de admoestação ou advertência, multa, perda de bens ou confisco, imposição de um administrador para monitoramento de atividades através de um sistema de intervenção, prestação de serviços à comunidade, custeio de programas para restabelecimento de dano, execução de obras, interdição de direitos – entre eles o de participar de processos licitatórios, divulgação da sentença, alcançando-se, em casos mais graves, o fechamento temporário da pessoa jurídica condenada até a hipótese de dissolução da empresa ou fechamento definitivo, este presente no sistema americano e francês.

Em relação às penas de dissolução e fechamento definitivo, excetuando-se situações em que se revele a pessoa jurídica como objeto de organizações criminosas, vislumbra-se que não será frutuoso para a ordem econômica que as penas impeçam a atividade econômica das empresas ou que impliquem em demissões ou redução de seu valor de mercado, sendo questionável até mesmo sua constitucionalidade a luz do art. 5º, inc. XLVII, a e b, da Constituição Federal.

Por outro lado, contudo, a sociedade merece a justa recomposição do dano sofrido e a retomada na confiança no exercício do consumo.

5.5.1. O modelo consensual (ou negociado) aplicado na justiça criminal

O chamado Direito Penal Negocial ou da pena consensuada, surge, pois, como uma realidade possível, como solução para os ilícitos penais de cunho econômico, em especial aqueles relativos a abuso de poder econômico em face do consumidor, objeto desta tese.

²¹⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. São Paulo: Editora Método, 2002, p. 127/129.

Isso se dá pela maleabilidade do sistema de pena, a possibilidade de adequar seu grau de intensidade e sua dinamicidade, em pleno acordo com as características do Novo Direito Penal, que engloba o Direito Penal Econômico.

A justiça negocial penal é uma tendência não só no Direito brasileiro, mas uma solução que surge em âmbito mundial.

No direito comparado, essa modalidade é aplicada em diferentes países sob variadas formas: *plea bargaining* nos Estados Unidos; *proceso acusatorio* no México; *transactional justice* na Inglaterra; entre outros.

O modelo mais conhecido talvez seja o americano, em razão da aplicação do *plea bargaining* em casos mundialmente conhecidos. Trata-se de um mecanismo negocial criminal em que há fixação de “pena” antes do julgamento, podendo haver a confissão de culpa ou não. De qualquer forma, ainda que não admite a culpa, não ocorre a discussão ou deslinde probatório para demonstrar a inocência.

No sistema penal americano o sistema de *pleas* é majoritário e *intra partes*, ou seja, cabe ao juiz homologar ou não o acordo. Com isso, alcança-se um alto grau de pragmatismo que é próprio dos sistemas de *common law*, em que os conceitos são formados a partir dos casos concretos. Apesar das críticas em relação a situações de tratamentos desiguais e discriminatórios na justiça negociada, bem como falta de transparência do sistema americano, os elogios residem especialmente na economia de recursos estatais, concentração de promotores e demais agentes nos casos mais graves e preservação da vítima.

Contudo, mais que importar um modelo, com os problemas inerentes a uma adaptação com bases diferentes, necessário construir de forma coerente e robusta um sistema próprio de justiça negocial criminal, com penas consensuadas, e que atenderá às necessidades da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

No âmbito econômico consiste numa solução bastante viável, para se alcançar uma celeridade e praticidade que não prejudiquem a própria ordem econômica e ofereçam uma resposta mais rápida ao consumidor. Tanto a acusação quanto a defesa necessitam ser mais “maleáveis” em sua postura para que seja possível a boa

prática da negociação penal, e os parâmetros devem ser devidamente fixados numa sistematização própria.

Nos delitos econômicos se busca uma atitude muito mais colaborativa e menos combativa, de maneira que o acordo seja viabilizado. Com isso, renova-se a importância de sistemas autorregulatórios preventivos, como o compliance, haja vista o fato de zelar o agente pela vigilância e cumprimento das normas e prevenção de riscos nas instituições, tendo em vista o fato de que muitos delitos econômicos são praticados no âmbito empresarial.

Em um contexto de uma sociedade moderna, as respostas não são clássicas e as soluções jurídicas – como no caso para a responsabilidade penal da pessoa jurídica – devem visar a adequada resposta às demandas sociais, com um olhar constante para a proteção dos direitos fundamentais. A justiça penal negociada e a pena consensuada, pois, oferecem a resposta adequada nesse cenário.

As condutas criminais econômicas – no caso em estudo os crimes de abuso econômico praticados contra o consumidor - pressupõem uma nova forma de atuação do Direito Penal e dos próprios profissionais do Direito, exigindo mudança de paradigmas sob todos os aspectos.

5.5.2. A justiça penal negociada como instrumento de política criminal e de regulação de mercado

A justiça penal consensual ou negociada, por se tratar de um modelo de justiça criminal que se baseia na negociação entre as partes envolvidas no processo penal, impulsionam as partes a buscar um acordo para resolver o conflito, sem a necessidade de um julgamento

Dessa forma, uma vez adotada tende à redução da sobrecarga do sistema judiciário e acelera a resolução dos casos criminais.

Portanto, a sistematização da responsabilidade penal da pessoa jurídica e a natureza de sua pena, feita de forma a traduzir os principais caracterizadores do Direito Penal Econômico, recomendam a forma consensual e não o modelo majoritário brasileiro, pela obrigatoriedade da ação penal.

[Digite aqui]

As formas de justiça penal consensual existentes hoje no Brasil são bastante tímidas, contudo, já demonstraram um efeito positivo, podendo garantir uma maior satisfação das partes envolvidas, uma vez que o acordo alcançado costuma ser internalizado pelas partes como mais justo e equilibrado.

A efetividade do processo penal guarda relação intrínseca com a busca pelas garantias constitucionais e pelos objetivos determinados às normas processuais penais. Sob uma perspectiva criminológica, contudo, a justiça penal negocial oferece meios mais favoráveis às vítimas com a diminuição temporal e a abrangências das modalidades de penas aplicáveis, especialmente ao se considerar a natureza do bem jurídico protegido, de natureza transindividual.

Nesse contexto, verifica-se que a justiça penal consensual pode promover tal efetividade, uma vez que permite a já referida adequação da pena ao perfil das vítimas e das pessoas jurídicas criminosas.

A necessidade de supervisão judicial e de eventuais órgãos reguladores, bem como ampla garantia do direito à informação e publicidade dos atos processuais penais garantem a proteção dos direitos fundamentais, evitando-se, pois, situações criticadas em outros sistemas, ou seja, de desequilíbrio de poder entre as partes.

O juiz exercerá papel fundamental como destaca Danni Sales Silva²¹⁷:

O juiz, na atividade consensual, continuará a ser o árbitro da atividade de imposição de pena, sendo protetor, como dantes, das liberdades individuais do arguido. Para tanto, o juiz é a última etapa de um acordo sobre sentença, preservando todos os poderes da jurisdição, de forma a preservar o andamento da persecução e evitar eventuais deslealdades e abusos.

Portanto, é primordial o equilíbrio entre as partes, de maneira que os direitos transindividuais estejam devidamente representados pelo Ministério Público especializado na atuação desta forma de justiça penal, conduzido por um Juiz(a) que conheça profundamente os delitos econômicos e modalidades de penas aplicáveis.

²¹⁷ SILVA, SALES DANNI. *Justiça penal negociada*. Universidade de Lisboa. Dissertação apresentada no programa de mestrado da Faculdade de Direito. Consultada em 09 de maio de 2023 em [extension://elhekieabhbkmcefcobjddigjcaadp/https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/31832/1/ulfd133819_tese.pdf](https://elhekieabhbkmcefcobjddigjcaadp/https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/31832/1/ulfd133819_tese.pdf)

Logo, a criação de varas especializadas na adoção de procedimentos para a fixação de uma pena consensuada é imprescindível, não apenas para que se alcance a aplicação de penas que atendam aos anseios da sociedade sem prejudicar a própria ordem econômica, mas também em razão do efeito regulatório que decorre do Direito Penal Econômico.

A criação dos chamados “espaços de consenso” com aplicação do princípio da oportunidade, deve ser devidamente sistematizada e regulada, estimulando-se, assim, a pacificação social.

A aplicação de penas às pessoas jurídicas em razão de delitos econômicos orquestrará a produção de efeitos na ordem econômica e poderá gerar resultados de reeducação das empresas, como também implicará consequências negativas indesejadas, como a redução de investimentos e retração do mercado, razão pela qual a multidisciplinariedade do sistema não pode ser negligenciada.

Desta feita, a penalidade consensuada se revela adequada na atribuição da resposta estatal à pessoa jurídica criminosa e tende satisfazer os anseios sociais e alcançar efetiva compensação do bem jurídico afetado.

O consenso permite a adequação à realidade de cada esfera da sociedade atingida, a adequada recomposição, a conformidade com a situação da pessoa jurídica criminosa e a proteção dos valores da ordem econômica, efetivando a prevenção geral e especial.

Sobre a medida final da pena, Anabela Miranda Rodrigues:

E que passa por determinar a medida final da pena – que tem na culpa do agente expressa no facto praticado o pressuposto e limite da sua medida concreta – no âmbito de uma moldura da pena preventiva geral encontrada pelo juiz para o caso *sub judice*, em função das exigências concretamente identificadas no agente de prevenção especial, de socialização ou de mera advertência²¹⁸.

Afirmar-se que a pena criminal não é adequada às pessoas jurídicas por não gerar intimidação parece inadequado, pois, como já mencionado por Sérgio Salomão

²¹⁸ RODRIGUES, Anabela Miranda. *O(s) tipo(s) de medida da pena ou a necessidade de um ‘algoritmo a ser seguido’*, in **I Congresso Inteligência Artificial e Direito – Atas da Conferência**, RODRIGUES, Anabela Miranda. SOUSA, Susana Aires. (coord). Coimbra: Impressões Almedina, 2023.

Shecaira, variadas podem ser as penas aplicáveis, com diferentes níveis de retribuição conforme a reprovabilidade da conduta.

A fixação das penas aplicáveis às pessoas jurídicas deve possuir uma gradação ampla para permitir a adequada individualização e a possibilidade de intimidação, podendo contar com medidas extremamente graves em casos em que a gravidade e a lesão ao bem jurídico seja aumentada.

A pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos de gestores – que deve ser aplicada caso tenham sido cometidos, além do ilícito imputável à pessoa jurídica, delitos tipificados da pessoa física – deve ser aplicada de forma concomitante, se o caso, mas de forma independente – vez que afastada a noção de heterorresponsabilidade.

A mera aplicação de multa administrativa ou a fixação de dever de indenizar pautado na responsabilidade civil por abuso de poder econômico contra o consumidor não mais satisfazem a sociedade moderna e não atende o Direito Penal Econômico. A pena consensuada permite uma adequação mais rápida às mudanças de realidade e ao mundo atual em que crimes são cometidos por meios virtuais, muitas vezes de natureza transnacional e, cogita-se, até mesmo praticados num ambiente de metaverso, absolutamente imaterial.

A pena consensuada, assim, poderá trazer maiores benefícios sociais, bem como efetiva mudança de paradigma para a eficiente reparação ao bem jurídico lesionado e promover – a partir da pena consensuada – políticas públicas de proteção da ordem econômica respectiva.

A pena consensuada não retira a natureza penal da responsabilidade da pessoa jurídica, pois se trata de opção político-legislativa e como tal, sua regulamentação permitirá a aplicação de modalidades adequadas à efetiva reparação, amoldando-se às peculiaridades de cada empresa e ao âmbito de consumo por ela atingido.

As modalidades de pena consensuada permitem obedecer a critérios individualizados, efetivando a proteção ao bem jurídico sem olvidar a necessidade de se cultivar os objetivos da ordem econômica respectiva.

[Digite aqui]

5.6. Princípio da Proporcionalidade

Outrossim, a aplicação da pena está sujeita ao princípio da proporcionalidade, que determina que a sanção deve ser adequada e necessária para a gravidade do delito, levando em consideração as circunstâncias do caso. Devem-se observar, no caso, os elementos da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A pena deve ser proporcional, portanto, à gravidade do delito, evitando-se penas excessivas ou desproporcionais, e deve estar ancorada na Constituição. Tal princípio é essencial para garantir que a resposta estatal à criminalidade seja justa, equilibrada e adequada em cada caso concreto.

Jesús-Maria Silva Sánchez ²¹⁹sobre o princípio da proporcionalidade:

Por el principio de proporcionalidade se conectam los fines del Derecho penal con el hecho cometido por el delincente, rechazandose el establecimiento de conminaciones penales (proporcionalidade abstracta) o la imposición de penas (proporcionalidad concreta) que carezcan de toda reacción valorativa con tal hecho, contemplado em la globalidade de sus aspectos (...) Cabe, sin embargo, apuntar la relación del merecimiento de pena con el dano social causado y su grado.

Logo, a ampla variedade de modalidades e intensidades permite a adequada proporcionalidade, inclusive quando se tratar de pessoa jurídica de economia mista ou empresa pública.

Diante disso, o juiz deve analisar, em conjunto com o Ministério Público e eventual órgão regulatório, as circunstâncias do crime, as características do infrator, a quantidade de danos causados e outros fatores relevantes para determinar a sanção mais adequada. O respeito ao princípio da proporcionalidade é fundamental para garantir uma aplicação visando um equilíbrio entre os interesses do Estado, da sociedade, da própria empresa e do mercado.

A pena consensuada permite que o princípio da proporcionalidade seja adotado como eficiente balizador.

²¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Aproximacion al Derecho Penal Contemporáneo. Barcelona: José María Bosch, 1992, p. 260.

5.7. Princípio da Personalidade ou da individualização da pena

O princípio da personalidade é um dos pilares do Direito Penal Moderno. Em linhas gerais, ele estabelece que a pena deve ser aplicada apenas à pessoa que efetivamente cometeu o crime. Isso significa que, na medida do possível, as consequências da infração penal não devem se estender a outras pessoas não envolvidas no delito.

Trata-se de questionamento frequente feito à responsabilização da pessoa jurídica, argumento, contudo, que não resiste haja vista que a natureza da pena consensuada está de acordo com o princípio da personalidade e tem alto grau de adaptabilidade.

Notadamente, ainda que se trate de pena individual, da pessoa física, não se pode olvidar as consequências reflexas sofridas – pela família, empregador, filhos, empresa da qual é gestor, entre outras - de tal modo que replicar tal argumento em desfavor da responsabilização penal da pessoa jurídica é negar a própria realidade e o fato de que o princípio da personalidade não é absoluto.

A responsabilidade por omissão e crimes de responsabilidade são exemplos da relativização desse princípio.

Em resumo, o princípio da personalidade é fundamental para garantir a justiça e a equidade no Direito Penal. Ele protege a dignidade humana e estabelece limites para a atuação do Estado na punição de crimes.

No entanto, é preciso estar atento a suas limitações e exceções, para que seja possível aplicá-lo de forma efetiva e justa e, no caso específico da pessoa jurídica, considerando que ela possui uma existência própria e independente, sequer há que se falar em violação da personalidade.

A formatação de um sistema com amplitude de penas aplicáveis – e pautadas pela culpabilidade – permitem a acomodação de referido princípio à imputação penal da pessoa jurídica.

5.8. Elementos de sistematização do tratamento da pessoa jurídica no Direito Penal brasileiro

A efetiva responsabilização penal da pessoa jurídica depende, como já adiantado, da construção de um sistema próprio e especializado, que dialogue com o Direito Penal brasileiro, sem, contudo, refugiar-se nas soluções clássicas conhecidas.

A necessidade da sistematização decorre também do risco inerente a remeter o tratamento da responsabilidade da pessoa jurídica a leis extravagantes, gerando uma abordagem genérica e ineficientemente complexa.

Longe de importar sistemas de outros países, a solução adequada é construir um modelo em que, partindo-se da formulação da responsabilidade penal da pessoa jurídica relação a delitos econômicos – em especial abuso do poder econômico em face do consumidor – a culpabilidade da pessoa jurídica seja aferida de forma consistente e conduza à eficiente – e particularizada – aplicação da pena.

Necessita-se, pois, da criação de um regime geral e próprio de responsabilidade penal das pessoas jurídicas e estipulação das diferentes penas aplicáveis e inclusive contemplando as penas acessórias de natureza administrativa.

A adoção de varas judiciais especializadas e com abordagem multidisciplinar é essencial, assim como adoção do modelo de normas penais em branco se mostra adequado à formatação do sistema de responsabilidade penal da pessoa jurídica, vez que, dada a velocidade do Direito Penal Econômico, a norma penal em branco se adequa de forma mais consistente aos atos de abuso de poder econômico contra o consumidor.

A norma penal em branco (ou incompleta ou “cega”) é uma figura complexa do Direito Penal, que consiste em normas penais incompletas em que a sanção é certa e precisa, contudo, indeterminado é seu conteúdo.

Necessitam, pois, de complementação pela mesma fonte formal (imprópria ou homogênea) ou por norma procedente de outra instância legislativa ou administrativa (própria ou heterogênea) para a sua aplicação, ou seja, busca-se o complemento para configuração da norma em outra norma ou até em um regulamento.

[Digite aqui]

Além das normas penais em branco, cuja aplicação merece atenção no âmbito do Direito Penal Econômico, cabe mencionar, ainda, os tipos penais abertos - aqueles que não contam com a descrição típica completa e exige a valoração do juiz, demandando observação do caso concreto.

Os atos de abuso de poder econômico contra o consumidor, por sua própria natureza, demandam atividade valorativa do juiz, de maneira que demandarão do legislador a opção por tipos penais abertos.

A adoção de norma penal em branco e do tipo penal aberto no sistema relativo à responsabilização penal da pessoa jurídica, outrossim, revela-se adequado por consentir com a natureza maleável e dinâmica do Direito Penal Econômico.

Por se tratar de normas penais lacunosas, é fundamental que haja pela interpretação restritiva das disposições dos tipos penais em branco, a fim de evitar arbitrariedades e potenciais abusos ao aplicar estas infrações.

A norma penal em branco, ademais, se orchestra com a tipicidade conglobante, que, como dito, permite a análise de um conjunto de elementos necessários para identificar a existência de um delito.

Esse conceito compreende tanto os aspectos materiais do fato (como o dano causado ou o comportamento ilícito), como também seu contexto social e jurídico, que pode determinar se uma conduta é ou não criminalmente relevante.

Segundo Zaffaroni, esse conceito torna-se cada vez mais importante na medida em que o Estado amplia sua capacidade punitiva sobre as diversas condutas sociais, onde uma conduta só será considerada criminosa se estiver perfeitamente encaixada nesse conjunto

Neste sentido, uma vez que a tipicidade conglobante surgiu como resposta à complexificação da sociedade moderna e dos próprios tipos penais, deve ser vista como um conjunto integrado de elementos descritos pelo tipo legal e afeito à sistematização da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Logo, tais elementos – somados a um sistema de Direito Penal negocial ou consensual - se coadunam com uma sistematização da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

CONCLUSÕES

1.O Direito busca um estado ideal das coisas, consistente no equilíbrio das instituições e respeito da dignidade da pessoa humana, que somente pode ser alcançado dentro de um Estado Democrático de Direito com proteção dos direitos fundamentais e com o funcionamento de um capitalismo humanizado.

2.Na sociedade atual temos dois cenários que caminham um em direção ao outro: um é uma sociedade cada vez mais massificada e sujeita às benesses e mazelas da tecnologia, com transgressões a direitos transindividuais, entre eles o Direito do Consumidor e sua própria liberdade de pensar e decidir, decorrentes do abuso de direito; outro cenário consiste na busca da efetividade pelo Estado na proteção da tutela do direito ao consumo – um direito fundamental. Na busca da eficiência dessa proteção, elegeu como bem jurídico tutelado pelo Direito Penal a ordem econômica.

3.Essa escolha está ancorada na Constituição Federal, que determina por meio dos mandados de criminalização que condutas contrárias à ordem econômica – entre elas o abuso de poder econômico contra o consumidor – sejam penalizadas.

4.O modelo jurídico penal atual não responde adequadamente à tutela necessária do consumidor e seus interesses, de tal sorte que se faz necessário reconhecer a natureza de direito fundamental, bem como os bens jurídicos transindividuais como objeto de proteção, logrando-se, por fim, a construção de um sistema próprio, integrante do sub-ramo do Direito Penal Econômico, dotado de maleabilidade e flexibilidade, para penalização das pessoas jurídicas infratoras.

5.De fato, os crimes praticados em massa contra os consumidores são na grande maioria das vezes efetivados por grandes corporações e conglomerados, inclusive de natureza transnacional, de maneira que a aferição da culpabilidade e aplicação da pena não logram êxito dentro do sistema atual brasileiro, o que poderia inclusive gerar um efeito contrário na ordem econômica caso o conceito de tipicidade seja o atualmente adotado no Direito brasileiro.

6.Logo, a construção do sistema penal próprio das pessoas jurídicas e a verificação da “vontade empresarial”, inclusive com a possibilidade de reconhecimento
[Digite aqui]

da hipótese da cegueira deliberada, passa pelo aproveitamento da obrigatoriedade do setor de *compliance*.

7. Em razão de sua natureza preventiva, o *compliance* é capaz de traçar os vetores da escolha da pessoa jurídica, formal e informal, permitindo assim verificar a condução empresarial e a configuração do dolo, independentemente de seus gestores.

8. Por sua vez, a adoção da teoria da tipicidade conglobante na sistematização da responsabilidade penal da pessoa jurídica, faz com que se possibilite o desenvolvimento econômico, evitando-se que ações positivadas e desejadas pelo Estado sejam tolhidas pela responsabilização penal. A noção de ilicitude decorreria do abuso dentro de uma análise sistemática, e não como aplicação pura e simples de tipicidade formal.

9. Assim, a fim de adequar a tipicidade conglobante ao sistema penal brasileiro, caberia a adoção da norma penal em branco, afeita à adequação da velocidade do Direito Econômico.

10. A penalização, por sua vez, se daria, para alcançar a eficácia real, a forma do Direito Penal consensual.

11. De fato, o Direito Penal consensual permite, dentro de um sistema democrático, a adequação da pena às características próprias de cada pessoa jurídica ou corporação, inclusive de natureza transnacional, permitindo que o Direito Penal Econômico, através da responsabilidade penal da pessoa jurídica, atue como forma de regulação do mercado e concretização de ideais humanistas do capitalismo.

12. A pena consensuada permite uma melhor resposta à sociedade e adequação de condutas, evitando a reincidência nos tipos penais e gerando a reeducação própria do sistema penal e aplicável inclusive às pessoas jurídicas.

13. Assim, diante das dificuldades históricas e conceituais para concretização da responsabilidade penal da pessoa jurídica, a solução sugerida na conclusão dessa tese é a elaboração de um sistema próprio de responsabilização, com adoção clara das teorias adequadas e compatíveis com o Direito brasileiro, e a adoção da pena

[Digite aqui]

consensuada como forma de obtenção da eficácia desejada para proteção do bem jurídico transindividual do consumidor e, conseqüentemente, da ordem econômica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAÃO, E. P. O; MARCOCHI, M. A. C. **Mandados de criminalização e crimes contra a criança e o adolescente.** Jus Navigandi. Teresina, ano 14, nº 2218, 28 jul. 2009.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor: pontos de convergência. **Revista de Direito do Consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 48, 2003.

ALMEIDA, Fabrício Bolzan de. **Curso do Consumidor Esquematizado.** 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

AMARAL, Thiago Bottino do. **Direito Penal Econômico.** FGV Direito Rio, 2015.

ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José Paschoal. **Governança Corporativa. Fundamentos, desenvolvimento e tendência.** São Paulo: Atlas, 2006.

ANDRADE, Pedro Ivo. **Crimes contra as relações de consumo.** Curitiba: Juruá, 2008.

ARAUJO JUNIOR, João Marcello. O Direito Penal Econômico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 7, n. 25, p. 142-156, jan./mar. de 1999.

ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. O princípio da proporcionalidade aplicado ao direito penal: fundamentação constitucional da legitimidade e limitação do poder de punir. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** v. 80. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BACIGALUPO, Enrique. **Compliance y derecho penal. Prevención de la responsabilidad penal de directivos y de empresas.** Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2012.

BADARÓ, Tatiana. **Bem jurídico supraindividual.** Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

BARROSO. Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo.** São Paulo: Saraiva, 2010.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal.** São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BECK, Ulrich. *Risk society revisited: theory, politics and research programmes.* In: Adam B, Beck U, Loon J. (Orgs.). **The risk society and beyond: critical issues for social theory.** London (UK): Sage Publications; 2005.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade.** Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34. 2010.

[Digite aqui]

BENEDETTI, Carla Rahal. **Criminal Compliance. Instrumento de Prevenção Criminal Corporativa e Transferência de Responsabilidade Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BENJAMIM, Antônio Herman de Vasconcellos et al. **Código brasileiro de Defesa do Consumidor**. 8. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. O Código Brasileiro de Proteção ao Consumidor. In MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (orgs). **Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor**. Vol I. São Paulo: Ed. RT, 2010.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. *O direito do consumidor*. O capítulo do direito penal econômico. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, AJURIS, v. 55, jul. 1992.

BENTO, Ricardo Alves. A limitação do direito penal no exercício da cidadania empresarial. **Revista Jurídica**, v. 4, n. 45, p. 95-114, 2016.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Reflexões sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: GOMES, Luiz Flávio (coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à Função. Novos Estudos de Teoria do Direito**. Tradução de Daniela Seixas Bechara. São Paulo: Manole, 2007.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 7ª ed. São Paulo: 2012.

BOSCH, Helena Bosch. *Crimes Contra as Relações de Consumo: uma teoria a partir da jurisprudência*, tese de doutorado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC -SP, 2016 disponível em <https://repositorio.pucsp.br/bitstream/handle/7092/1/Marcia%20Helena%20Bosch.pdf>

BOTELHO, Cristina Ossipe Martins. *A culpabilidade e a punição da pessoa jurídica em delitos ambientais: a necessária revisão da dogmática penal*. Tese de doutorado defendida na Universidade Federal de Pernambuco, p. 231 disponível em <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/3873/1/arquivo5041-1.pdf>.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução**, São Paulo: RT, 2007.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. Rio de Janeiro: Forense. 2003.

BRASIL. Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 16/11/2023

[Digite aqui]

BUSATO, Paulo César. *A evolução dos fundamentos da teoria do delito*. 2012. Disponível em: <<http://www.gnmp.com.br/publicacao/156/a-evolucao-dos-fundamentos-da-teoria-do-delito>>. Acesso em 20 de janeiro de 2023.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: Estudo Crítico**, Curitiba: Juruá, 2006.

CALGARO, Cleide. Sustentabilidade, Racionalidade e Consumo: As Faces do Poder. **Anais do IV Seminário de Turismo do Mercosul**.

CAMPOS, Gabriel Junqueira. *Diálogo das fontes: um novo método de resolução de antinomias*. Disponível em: http://www.viannajr.edu.br/files/uploads/20130523_155744.pdf>. Acesso em: 28/05/2020.

CANARIS, C. W. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**, Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, Ed. Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 7ª.ed. 2003.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação constitucional do Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

CASTELO BRANCO, Fernando. **A pessoa jurídica no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2001.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. O novo Código Civil e o Código do Consumidor: convergências ou antinomias? **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro: EMERJ, v. 5, nº 20, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor na Constituição Brasileira de 1988, **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, vol. 29, no. 80.

CONSENTINO, Luís Cláudio Senna. Princípio da lesividade e delitos de acumulação: racionalidade e imputação penal disponível em www.cpjm.uerj.br/wp-content/uploads/2020/04/Principio-da-lesividade-e-delitos-de-acumulacao.pdf consultado em 16 de novembro de 2023.

CORCOY BIDASOLO, M. **Delitos de Peligro y Protección de Bienes Jurídicos-Penales Supraindividuales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

COSTA ANDRADE, Manuel da. A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-Lei nº 26/84 de 20 de janeiro) à luz do conceito de “bem jurídico”. In: **Ciclos de estudos de Direito Penal Económico**. 1ª ed. Coimbra: Centro de Estudos Judiciários, 1985.

COUTINHO, D. R. O direito econômico e a construção institucional do desenvolvimento democrático in **REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS**, Disponível em: <http://estudos.homologacao.emnuvens.com.br/REI/article/view/36>. Acesso em: 15 set. 2023.

[Digite aqui]

CZELUSNIAK, V. A. (2019). Análise da aplicação do direito fundamental da defesa do consumidor sob um aspecto juseconômico. **Revista Do Programa De Pós-Graduação Em Direito**, 29. <https://doi.org/10.9771/rppgd.v29i1.32528>

DAHINTEN, Augusto Franke, Bernardo Franke. Direito do Consumidor como Direito Fundamental e o Ensino Superior in **Revista de Direito do Consumidor**, RDC Vol.106 (julho-agosto).

DE LA CUESTA, José Luís. Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Español. In CUESTA ARZAMENDI, José Luis de la (Dir.). MATA BARRANCO, Norberto J. de la (Coord.). **Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas**. Navarra (Esp.): Thomson Reuters Aranzadi, 2013.

DE SOUZA TRAJANO, F. O princípio da sustentabilidade e o direito do consumidor. **Revista Eletrônica Direito e Política**, v. 4, n. 2, p. 222–235, 2009. DOI: 10.14210/rdp.v4n2.p222-235. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/article/view/7228>. Acesso em: 13 nov. 2023.

DEL MASSO, Fabiano. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

DEODATO, Felipe Augusto Forte de Negreiros. **Direito Penal Econômico**. Curitiba: Juriá Editora, 2003.

DIAS, Lúcia Ancona Lopez de Magalhães. *Crítérios para avaliação da licitude da publicidade*, 2010. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. **El error sobre elementos normativos del tipo penal**. Madrid: La Ley, 2008.

DOMINGUES, Juliana Oliveira (Org.). **Tendências em governança corporativa e compliance**. São Paulo: Editora LiberArs, 2016.

DOTTI, René Ariel. Proposta para uma Nova Consolidação das Leis Penais. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba-PR, v.32, 1999.

FARIA, H. F.. A proteção do consumidor como direito fundamental em tempos de globalização. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**. Disponível em <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/41>

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. Culpabilidad y punición de personas jurídicas In Lynett, Eduardo Montealegre (Coord.). **El Funcionalismo em Derecho Penal. Libro Homenaje al profesor Günther Jakobs**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

FELDENS, Luciano. **A constituição penal**. 1.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FELDENS, Luciano. **Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002.

[Digite aqui]

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FERREIRA, Ivete Senise. **A tutela penal do patrimônio cultural**. São Paulo: RT, 1995.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em Direito Penal Económico. In: **Ciclos de estudos de Direito Penal Económico**. 1ª ed. Coimbra: Centro de Estudos Judiciários, 1985.

FONSECA, Antônio César Lima da Fonseca. *O fornecedor pessoa jurídica como sujeito ativo nos crimes contra as relações de consumo*. Disponível em [extension://elhekieabhbkmcefcobjddigjcaadp/http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1283280108.pdf](http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1283280108.pdf) consultado em 04/05/2023.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal. Parte Geral**. 16ª ed. atual. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FRANCO, Alberto Silva. Um difícil processo de tipificação *in* **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, n.21, set. de 1994.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **O Direito Penal na era da globalização**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; YACOBUCCI, Guillermo Jorge. **As grandes transformações do Direito Penal tradicional**. Tradução da 2ª parte por Lauren Paoletti Stefanini; Revisão da tradução por Alice Bianchini e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. 2003. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

GRECO, Rogério. **Estrutura jurídica do crime**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte geral**. 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

GUEDES, Rita de Cássia. *Responsabilidade social e cidadania empresariais: conceitos estratégicos para as empresas face à globalização*. São Paulo: Dissertação de Mestrado em Administração de Empresas da Pontifícia Universidade Católica (PUC-SP), 2000.

GUZ, Manoella. *Bem jurídico penal e coletivo*, Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Penal, sob a orientação do Professor Doutor Antonio Carlos da Ponte, São Paulo: 2010.

HASSEMER, W. Crisis y características del moderno derecho penal. **Actualidad Penal**. Madrid, nº 43/22 de 1993.

HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, vol. 2, no. 8. P54-66, 2003.

HASSEMER, Winfried. **Três temas de Direito Penal**. Porto Alegre: publicação da Escola Superior do Ministério Público, 1993.

HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertário**. Tradução de Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HERMANN, D.. **Direito Penal do Consumidor - Proteção à Integridade da Pessoa Humana Como Paradigma Constitucional e Fundamental na Relação de Consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal. Volume VII a IX**. LYRA. Novíssimas Escolas Penais. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1956.

JUSTEN FILHO, M. Empresa, Ordem Econômica e Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, v. 212, p. 109–133, 1998. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/47171>. Acesso em: 19 set. 2023.

KALIL, José Arthur Spirito. **O consumidor e o direito penal econômico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

KIST, Atades. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica. Leme: LED, 1999**.

LAZARI, Rafael José Nadim de., e MELLO, Rogério Luis Marques de. *De quem é a culpa? A responsabilidade penal decorrente da inteligência artificial* in ibcrim.org.br, disponível em www.ibcrim.org.br/media/conatos/anexo-13-07-2020-17-52-20-378531.pdf consultado em 22 de novembro de 2023.

LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. **Direito Econômico**. 4ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LISBOA, R.S. **Relação de consumo e proteção jurídica do consumidor no Direito brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

LUCAS, Ana Cláudia. **Tutela Penal do Consumidor – Crimes de Consumo**. Disponível em profeanaclaudialucas.blogspot.com/2010/04/crimes-de-consumo.html acessado em 04/05/2023.

MACHADO, M. R. A. **Sociedade do risco e Direito Penal**. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

[Digite aqui]

MANZI, Vanessa Alessi. **Manual de Compliance – Preservação a Boa Governança e a Integridade das Organizações**. São Paulo: Atlas, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. A conformação do Processo e o Controle Jurisdicional a partir do Dever Estatal de Proteção do Consumidor. In: SAMPAIO, Aurisvaldo; CHAVES, Critiano (coords), **Estudos de Direito do Consumidor: tutela coletiva (homenagem aos 20 anos da lei da ação civil pública)**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MARQUES, Cláudia Lima (coord.) O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme, in **Diálogo das Fontes. Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012.

MARQUES, Cláudia Lima, et al. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª. Edição, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**, 4ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 269.

MARQUES, Cláudia Lima. Superação das Antinomias pelo Diálogo das Fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. **Revista de Direito do Consumidor** n. 51, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARTIN, Luis Gracia. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

MASSON, Cleber. Teoria constitucional do Direito Penal e os mandados constitucionais de criminalização. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/teoria-constitucional-do-direito-penal-e-os-mandados-de-criminalizacao/5222>. Acesso em 08/06/2020.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MENDES, Élio Braz. *Responsabilidade penal da Pessoa Jurídica: um estudo sobre o instituto da culpabilidade*. Dissertação de mestrado defendida no programa de PPGD da Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2008.

MIR PUIG, Santiago. Las nuevas “penas” para personas jurídicas: una clase de “penas” sin culpabilidad. In MIR PUIG, Santiago (Dir.); CORCOY BIDASOLO,

[Digite aqui]

Mirentxu (Dir.); GÓMEZ MARTÍN, Víctor (Dir.). **Responsabilidad de la empresa y compliance: programas de prevención, detección y reacción penal**. Buenos Aires (Arg.): IB de F, 2014.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**, 2ª. Ed, São Paulo: RT, 2010;

MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MIRAGEM, Bruno. *Eppur si muove*: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. In: MARQUES, Cláudia Lima (coord.). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. A teoria dos mandados de criminalização e o combate efetivo à corrupção. **Revista Jurídica ESMP – SP**, V.5, 2014.

NASCIMENTO, Diego Leal. **Bem jurídico Penal: reajustando as expectativas em torno de sua função crítico-limitadora**. São Paulo: Editora Dialética, 2021, p. 104.

NAVES, José Paulo Micheletto. Dos crimes contras as relações de consumo in **Direito Penal Econômico – Parte Geral e Leis Penais Especiais**, SOUZA, Luciano Anderson de, ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho, (coords), São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, 2ª. ed., p. 559.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Crimes contra as relações de consumo**. Disponível em [extension://elhekieabhbkmcefcobjddigjcaadp/https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/23528/crimes_contra_relacoes_consumo.pdf](https://elhekieabhbkmcefcobjddigjcaadp/https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/23528/crimes_contra_relacoes_consumo.pdf). Acesso em 04/05/2023.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. v.1, 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1974.
OIVEIRA, J. S. de, & Vieira, F. G. D. (2008). Produção simbólica e sustentabilidade: discutindo a lógica da salvação da sociedade pela mudança nos modos de consumo. **Caderno De Administração**, disponível em <https://periodicos.uem.br/ojs/index.php/CadAdm/article/view/6043>

OLIVEIRA, Cristina Rego de., CAETANO, Matheus Almeida. Notas sobre a recepção dos delitos de acumulação nas decisões jurídicas dos tribunais brasileiros, in **Revista do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico** n. 01, p. 125-155 disponível em <https://ibdpe.com.br/wp-content/uploads/2020/07/04-NOTAS-SOBRE-A-RECEPÇÃO-DOS-DELITOS-DE-ACUMULACAO> consultado em 16 de novembro de 2023.

OLIVEIRA, Frederico Abrahão de. **Direito Penal Econômico brasileiro**. Porto Alegre: Sagra e D. C. Luzzatto, 1996.

OLIVEIRA, M. T. *Bem Jurídico-penal e Constituição*. Dissertação de Mestrado apresentada perante Pontifícia Universidade Católica, 2010, p. 128. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp134821.pdf>. Acesso em 10/06/2021.

[Digite aqui]

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo sancionador**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

PARREIRA, Liziane; BENACCHIO, Marcelo. Da análise econômica do Direito para a análise jurídica da Economia: a concretização da sustentabilidade. **Prisma Jurídico**, v. 11, n. 1, p. 179-206, 2012.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito Penal Econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973.

PINHEIRO JÚNIOR, Gilberto José. **Crimes econômicos: as limitações do Direito Penal**. Campinas: Edicamp, 2003.

PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes Eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008.

PRADO, Luis Regis. **Bem jurídico penal e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, 3ª. ed.

PRADO, Luiz Regis. Novo código penal espanhol (lei orgânica 5/2010) responsabilidade penal do ente coletivo – impressões iniciais. **Ciências penais** | vol. 14 | p. 431 | jan / 2011.

PRADO, Luiz Regis; SILVA, Jesús Ma.; GRACIA MARTÍN, Luis; LUISI, Luiz; REALE JÚNIOR, Miguel; DOTTI, René Ariel; RIOS, Rodrigo Sánchez; SALES, Sheila Jorge Selim de. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PRADO, Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro: parte geral: arts. 1º a 120**. Vol. 1. 6ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006

PRADO, Regis. **Direito Penal Econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

RATTNER, Henrique. Sustentabilidade-uma visão humanista. **Ambiente & sociedade**. 1999.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Novos rumos do sistema criminal**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

RODRIGUES, Anabela Miranda. A Política Criminal no Estado de Direito do Século XXI - os desafios da segurança. **Revista Brasileira de Ciências Policiais**, Brasília, Brasil, v. 11, n. 1, p. 19–40, 2020. DOI: 10.31412/rbcp.v11i1.696. Disponível em: <https://periodicoshom.pf.gov.br/index.php/RBCP/article/view/696>. Acesso em: 4 dez. 2023.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Criminalidade econômica empresarial: Governance e compliance como (novos) meios de socialização in **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 28, no. 171, p. 19-52, set.2020.

RODRIGUES, Anabela Miranda. O(s) tipo(s) de medida da pena ou a necessidade de um 'algoritmo a ser seguido', *in* I **Congresso Inteligência Artificial e Direito – Atas da Conferência**, RODRIGUES, Anabela Miranda. SOUSA, Susana Aires. (coord). Coimbra: Impressões Almedina, 2023.

RODRIGUES, Miranda Anabela. Direito Penal Económico – É legítimo? É necessário?, *in* **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 25, no. 127, jan. 2017, p.8.

RODRIGUES, Miranda Anabela. Direito penal económico – fundamento e sentido da aplicação das penas de prisão e multa, *in* **Revista do Ministério Público** 151, julho-setembro 2017.

ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? *In* HEFENDEHL, Roland (ed.). **La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal – parte general: fundamentos de la estructura de la teoría del delito – volume 1**. Tradução de Diego Manoel Luzón Pena, Miguel Dias, Garcia Conlledo e Javier de Vicente Re-mesal. Madrid: Editorial Civistas, 1997.

SANCHEZ, Jesus Maria Silva. **Criminalidad de empresa y Compliance**. La responsabilidad penal de las personas jurídicas em Derecho español. Editora Atelier Libros. 2013. Barcelona.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Aproximacion al Derecho Penal Contemporáneo**. Barcelona: José María Bosch, 1992.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Curitiba: Editora Fórum, 2004.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. A responsabilidade penal da pessoa jurídica *in* **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica e Medidas Provisórias e Direito Penal**, GOMES, Luiz Flávio (coord). São Paulo: RT, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia do Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, 10ed.

SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **O capitalismo humanista**. São Paulo: Petrópolis: KBR, 2011.

SCALCON, R. L. *Mandados Constitucionais (implícitos) de Criminalização*. Monografia de Conclusão de Curso UFRS. Porto Alegre, 2009, p. 14. Disponível em <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/31323/000779559.pdf?>. Acesso em 17/05/2021.

SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico--penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, n.2, v.41, 1988.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica e nossa recente legislação*. In: GOMES, Luiz Flávio (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal**. São Paulo: RT, 1999.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. São Paulo: Editora Método, 2002.

SIEBER, Ulrich. Programas de Compliance no Direito Penal Empresarial: um novo conceito para o controle da criminalidade econômica. In OLIVEIRA, William Terra de (Org.); NETO, Pedro Ferreira Leite (Org.); ESSADO, Tiago Cintra (Org.); SAAD-DINIZ, Eduardo (Org.). **Direito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann**. São Paulo: LiberArs, 2013.

SILVA, Guilherme José Ferreira da. **Incapacidade criminal da pessoa jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2000, 18ed.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. O conceito de bem jurídico penal difuso. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Brasília** 16.11, 2004.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Princípios da tutela penal dos interesses ou direitos difusos**. São Paulo: *Justitia* 64, 2007.

SOUSA, Susana Aires de. **Questões fundamentais de Direito Penal da Empresa**, Coimbra: Edições Almedina, 2023.

SOUSA, Susana Maria Aires de. *A responsabilidade criminal pelo produto e o Topos causal em direito penal (contributo para uma proteção penal de interesses do consumidor)*, tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, in <https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/31603/1/A%20responsabilidade%20criminal%20pelo%20produto.pdf>, consultado em 14/09/2023.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de Direito Econômico**. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2005.

SOUZA, Washington Peluso Albino. **Teoria da constituição econômica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

STRECK, L. L. *O princípio da proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-*

[Digite aqui]

individualista-clássico. Disponível em <http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/1.pdf>, Acesso em 30/05/2021.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TIEDEMANN, Klaus. El concepto de Derecho Económico, de Derecho Penal Económico y de delito económico. **Cuadernos de política criminal**. Madrid, Edersa, n. 28, p. 65-74, 1986.

TRAJANO, Fabio de Souza. O princípio da sustentabilidade como princípio fundamental constitucional e das relações de consumo. **Atuacao**, v. 18.

VALENTE, Victor Augusto Estevam. **Direito Penal de Empresa e Criminalidade Econômica Organizada**. Curitiba: Juruá Editora, 2015.

VELLUDO, Alamiro. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

YOKAICHIYA, C. E. Breves reflexões sobre os crimes previstos no Código de Defesa do Consumidor: Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 104, p. 591-614, 2009. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67871>. Acesso em: 19 set. 2023.

ZAFFARONI, Eugenio Raul et al. **Direito Penal Brasileiro I: parte geral**. Ed. 2ª, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2013.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Tratado de Derecho Penal: Parte General**. Buenos Aires: Ediar, 1981, vol. 3, página 242.

ZANELATO, Marco Antônio. O Direito Penal Econômico e o Direito Penal de defesa do consumidor como instrumentos de resguardo da ordem pública econômica, *in* **Justitia**, São Paulo, 54 out/dez, 1992.

ZINI, Júlio Cesar Faria. Apontamentos sobre o Direito Penal Econômico e suas especificidades *in* **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 60, jan/jun2012.