

CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *stricto sensu* - MESTRADO EM DIREITO

RÉGYS ODLARE LIMA DE FREITAS

**A EMERGÊNCIA DA SOCIEDADE DE CONSUMO E A SUA INFLUÊNCIA NA
PROTEÇÃO JURÍDICO-PENAL DO CONSUMIDOR**

CURITIBA
2010

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

RÉGYS ODLARE LIMA DE FREITAS

**A EMERGÊNCIA DA SOCIEDADE DE CONSUMO E A SUA INFLUÊNCIA NA
PROTEÇÃO JURÍDICO-PENAL DO CONSUMIDOR**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba, como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Fábio André Guaragni.

**CURITIBA
2010**

Presidente:

**Professor Doutor Fábio André Guaragni
Orientador**

**Professor Doutor Edson Damas da Silveira
Membro Externo**

**Professor Doutor Eliézer Gomes da Silva
Membro Externo**

Curitiba, 29 de julho de 2010.

Dedicatória

Aos meus pais,
Eraldo e Ana, por terem dedicado suas
vidas a mim, pelo o amor e carinho
infinitos e pelo estímulo constante
na busca dos meus sonhos, dedico-lhes
essa conquista com toda a gratidão.

Agradecimentos

Primeiramente a Deus, por ter me conservado com saúde até o término desse trabalho. Fonte inesgotável de proteção e auxílio na resolução dos apelos mais íntimos do meu ser.

Ao meu orientador, Fábio Guaragni, pelo carinho que sempre me acolheu, guiando-me pelos melhores caminhos. A quem devo minha gratidão pela concretização deste feito. Mais que um professor, um mestre que ensina para a vida.

Ao professor Edson Damas da Silveira, que com todo o seu conhecimento demonstra que, a humildade é atributo dos verdadeiros sábios. De forma única, mostra-se um praticante da alteridade.

Ao meu padrinho João Valente, que com seu exemplo de perseverança e honestidade mostrou-me que os caminhos percorridos muitas vezes são difíceis, não se em você existir a vontade de vencer, com certeza vencerá.

Ao amigo Jalser Renier, que desde o início acreditou nas pretensões desse estudo. Não poupando esforços para que ele se realizasse da melhor maneira possível. Fazendo de seu mister, uma vocação em produzir o bem, criando para todos, oportunidades de estudo.

RESUMO

Este trabalho visa demonstrar que com o advento da sociedade de consumo os consumidores passam a ocupar lugar de destaque nas relações de consumo. Porém, não ficam livres dos riscos inerentes ao ato de consumir, bem como, tornam-se seres individualistas, o que faz com que não haja mais preocupação com o outro dentro da estrutura societária.

Ao mesmo tempo, será demonstrado que o direito penal pode fazer frente a uma proteção efetiva do consumidor mediante essa complexidade de fatos, tentando restabelecer uma proteção supra-individual e sugerindo novas formas de abordagens para se alcançar uma melhor medida de contenção dos riscos de ser consumidor na contemporaneidade.

Palavras-chave:

sociedade de consumo; consumidor; direito penal econômico; tutela penal do consumidor

ABSTRACT

This paper demonstrates that with the advent of consumer society, consumers come to occupy a prominent position in relations of consumption. However, they aren't free from the risks of the act of consuming and become individualistic, which means that the other person is not more important in the society. In the same time, will be showed that criminal law can face effective protection of consumers through this complex facts, trying to restore a collective protection and suggesting new approaches to achieve a better measure of container the risks of being in the contemporary consumer.

Keywords:

consumer society, consumer; Economic criminal law, criminal consumer protection

Sumário

INTRODUÇÃO	9
1 A SOCIEDADE DE CONSUMO	12
1.1 REVOLUÇÃO INDUSTRIAL E MODERNIDADE	12
1.2 A PRODUÇÃO COMO CENTRO DO SISTEMA ECONÔMICO (O ADVENTO DA SOCIEDADE INDUSTRIAL)	27
1.3 A SUBSTITUIÇÃO DO PARADIGMA DA PRODUÇÃO PELO PARADIGMA DO CONSUMO	36
1.4 A GLOBALIZAÇÃO E A SOCIEDADE DE CONSUMO COMO PANO DE FUNDO DA ORDEM ECONÔMICA	40
2 A ORDEM ECONÔMICA COMO BEM JURÍDICO-PENAL	55
2.1 O ESTADO LIBERAL-BURGUÊS E A IMPOSSIBILIDADE DA EXISTÊNCIA DE UM DIREITO PENAL ECONÔMICO: A PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS INDIVIDUAIS COMO META DA BURGUESIA	55
2.2 O SURGIMENTO DA ORDEM ECONÔMICA COMO BEM JURÍDICO-PENAL A PARTIR DA SEGUNDA FASE DO ESTADO LIBERAL-BURGUÊS	71
2.3 ESTADO SOCIAL DE DIREITO, ALTERIDADE E SOCIEDADE DE RISCO: A NOVA CONCEPÇÃO DE ORDEM ECONÔMICA E A TUTELA DO CONSUMIDOR COMO PARTE DELA	79
3 AMBIÊNCIA DA TUTELA PENAL DO CONSUMIDOR	90
3.1 O CONSUMIDOR E SUA HIPOSSUFICIÊNCIA A PARTIR DA SOCIEDADE DE CONSUMO	90
3.2 OS CRIMES CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO: A PROTEÇÃO DEFICIENTE DO CONSUMIDOR MEDIANTE A REDUÇÃO DA COMPLEXIDADE SOCIAL	99
3.3 O BEM JURÍDICO “RELAÇÕES DE CONSUMO”	115
3.3.1 O perfil do bem jurídico	115
3.3.2 Possíveis desdobramentos decorrentes do bem jurídico “relações de consumo”	128
3.4 CONCLUSÃO: PARA ONDE CAMINHA A TUTELA PENAL DO CONSUMIDOR ?	132
3.4.1 Técnica de tipificação a partir dos crimes de perigo abstrato	132
3.4.2 A possibilidade da sanção penal ao direito de imagem da empresa	140

REFERÊNCIAS.....	149
OBRAS CONSULTADAS.....	153

INTRODUÇÃO

A sociedade hodierna experimenta todos os dias uma nova gama de sensações que são prazerosas e ao mesmo tempo desconfortáveis. Observam que com o passar do tempo as suas aspirações ficam cada vez mais latentes, necessitando sempre de um algo mais.

O desconforto é gerado no próprio íntimo do ser, e ele não consegue explicar o porquê, simplesmente tem vontades. Deseja de todas as formas alcançar a felicidade e para isso se propõe a fazer qualquer coisa.

As relações sociais ficam menos evidentes e as pessoas passam a interagir com estruturas que elas mesmo não entendem. Apenas confiam que elas funcionem, e funcionem gerando benefícios.

As necessidades reais dão vazão as necessidades supérfluas. A sociedade feudal de consumo suntuário já não existe mais. O industrialismo passou a tomar conta da vida das pessoas, produzindo objetos que parecem ter vida própria.

As linhas de produção tornaram-se uma potência em ascensão, dando as empresas um poder jamais antes visto. Os Estados nacionais não conseguem mais controlar as grandes corporações e as fronteiras entre as localidades não passam de uma abstração sem uso.

O Estado do bem-estar social não consegue mais ser indutor de normas promocionais e vai perdendo espaço para uma nova racionalidade que não pede nem licença para funcionar.

Se os objetos já nascem com a destinação de fazerem parte da vida do indivíduo, o indivíduo passa a ser menos importante nessa sociedade que privilegia o consumo. O indivíduo só importa na medida de sua capacidade para o consumo.

Essa nova racionalidade traz consequências de ordem supra-individual. Muitas pessoas passam a se sentir compelidas a seguir um padrão de comportamento imposto por esse dogma. E portanto, farão de tudo para tornarem-se consumidores.

O poder do objeto é tão grande que a sociedade está atônita diante da gama de novos produtos que são disponibilizados. O objeto passar a ser o desejo

personificado de sentir-se inserido na complexidade em que esses mesmos indivíduos não compreendem.

Os objetos confundem, a mídia de massa ajuda e o acosso social se implanta. Informações desconexas atestam a validade do objeto e incutem no indivíduo vontades que ele nem sabia que tinham.

O consumidor passa a ser apenas um destinatário de bugigangas que fazem aumentar o lucro das empresas. O desrespeito com o consumidor passa a ser mais evidente, e lucrar é a única preocupação.

Esse fator passa a ser um gerador de riscos para os seres humanos que todos os dias realizam relações de consumo. Pois se não se preocupam com o que compram pelo simples fato de quererem comprar para se sentirem engajados, estarão sujeitos a qualquer tipo de ataque aos seus direitos de personalidade.

O investimento em tecnologias, fazem dos objetos comprados, uma incerteza constante quanto a critérios básicos de segurança. Potencializando assim, uma sensação constante de insegurança. Os objetos estão demasiadamente perigosos.

Em boa medida, alguns aspectos da sociedade de consumo foram elencados. Sociedade essa, que representa os fatos hodiernos, que além de modificar todas as relações sociais, traz implicações também no trato jurídico. E ainda, no trato jurídico-penal.

O direito penal passa a ter um papel de extrema importância diante dessa complexidade da sociedade. Começa a se interessar pela proteção de bens jurídicos de ordem supra-individual, na medida em que o reclame societário é evidente.

A gênese do direito penal comporta apenas a tutela de bens jurídicos individuais, o que por si só, geram celeumas dogmáticas quanto a sua aplicabilidade. O que não inviabiliza o início da discussão sobre os rumos de um moderno direito penal.

Se a sociedade de consumo é a sociedade atual, é evidente que o consumidor assume posição de destaque, o que faz com que o direito penal comece a se preocupar com esse setor. Ainda mais que a defesa do consumidor é imposição constitucional (art. 170, V CF).

A ordem econômica ao prever essa proteção, evidencia que as relações de consumo cumprem um papel social importante. Além de impulsionar o

desenvolvimento econômico, promovem a dignidade da pessoa humana, o que acaba justificando uma intervenção penal.

Isso dá vazão a um direito penal que visa a tutela penal da ordem econômica. Um direito penal que protege a regularidade da produção, distribuição e consumo de bens e serviços. É o direito penal econômico.

Como grande área, o direito penal econômico acaba abarcando a tutela penal do meio ambiente e a tutela penal do consumidor. O que também faz com que cada setor mereça especial atenção.

Esse fator, alimenta os anseios do moderno direito penal em quebrar as linhas axiológicas do direito penal clássico. Tem necessidade de romper o individualismo liberal-burguês, e passar a dar conta de tutelas coletivas, que visam pessoas de forma indistinta.

Em um funcionalismo, o direito penal passa a querer proteger bem jurídicos. Mas não bem jurídicos que podem ser de “carne osso”, e sim bem jurídicos que pertencem a todos, pois passa a enxergar por traz dessa abstração as pessoas. Reafirma-se assim que o direito penal é uma ordem protetora de pessoas e não de coisas.

Portanto, um direito penal voltado a proteção do consumidor merece destaque. Ele atuará diante da complexa sociedade de consumo, não ignorará os riscos advindos do uso das tecnologias e privilegiará a proteção de interesses supra-individuais. E assim tem-se um direito penal antenado com os fenômenos sociais, interdisciplinar e voltado à uma nova política-criminal.

1 A SOCIEDADE DE CONSUMO

1.1 REVOLUÇÃO INDUSTRIAL E MODERNIDADE

A ascensão da sociedade capitalista trouxe um mundo no qual todos os laços sociais se desintegravam exceto com o ouro e o papel-moeda. Somente na década de 1840 o proletariado, oprimido pela Revolução Industrial e o comunismo, que se achava nesse momento ligado aos movimentos sociais, ampliavam seus horizontes pelo continente (HOBBSAWN, 1977, p.50).

A Revolução Industrial demonstra sua importância para que se entenda como nesse período nasceram os homens e acontecimentos mais importantes, bem como a complexidade desigual do seu ritmo. Com ela inicia-se uma rápida, constante e até mesmo ilimitada multiplicação de homens, mercadorias e serviços.

Energia assim uma sociedade com capacidade de transpor as dificuldades de uma ciência e tecnologia deficientes e conseqüentemente a fome e morte periódicas (HOBBSAW, 1977, p.50).

Apesar da educação inglesa ser medíocre e somente no princípio do século XIX haver uma espécie de alfabetização em massa, não foi necessário um refinamento intelectual para se realizar a Revolução Industrial. As invenções técnicas foram modestas e não estavam além dos limites dos artesãos e dos carpinteiros (HOBBSAWM, 1977, p.53, 54).

Nem mesmo a mais sofisticada máquina da época, a máquina a vapor rotativa de James Watt¹, necessitava de conhecimentos de física aprofundada mais do que os disponíveis no período em questão. Foi na década de 1820 que tal

¹ James Watt, foi um engenheiro e matemático escocês. Destacou-se por seus conhecimentos terem ajudado a melhorar o uso do motor a vapor, passo fundamental para a Revolução Industrial. Em 1765, Watt passou a realizar pesquisas por meio de máquinas e equipamentos que trabalham à vapor, descobrindo que 80% do calor do aquecedor é consumido para esquentar o cilindro, pois o vapor é condensado e separado em um compartimento no pistão, que mantém o cilindro na mesma temperatura do vapor injetado.

Neste mesmo ano, conseguiu desenvolver uma máquina a vapor com menos problemas de perda de energia em relação às anteriores, que poderia trabalhar também em movimentos circulares. Com o progresso da metalurgia acabou obtendo a precisão que queria. O uso constante dessas máquinas permitiu a facilitação da manufatura, viajando pelo Reino Unido de 1776 a 1781, instalando as suas máquinas. Morre em 1819.

máquina foi aprimorada pelo francês Carnot² para utilização em vários setores, a exemplo das minas (HOBSBAWM, 1977, p.53, 54)

Situação curiosa observa-se quando ao se analisar a expansão industrial do século XVIII, evidencia-se a sua não capacidade de imediatamente ou até mesmo dentro de uma previsibilidade futura, de levar ao início uma Revolução Industrial, ou seja, um sistema fabril capaz de comportar a produção em proporções maiores, a ponto de não depender da demanda existente e criar um mercado próprio.

A Revolução Industrial poderia ser descrita como vitória do mercado exportador sobre o doméstico. A exemplo, a Grã-Bretanha, que por volta de 1814 “exportava cerca de quatro jardas de tecido de algodão para cada três usadas internamente, e por volta de 1850, treze para cada oito” (HOBSBAWM, 1977, p.59).

Observa-se ainda que foi a indústria do algodão a primeira a ter empurrado um grande número de empresários particulares rumo à revolução, sendo a indústria algodoeira na década de 1830, a única britânica, na qual predominava a fábrica, principalmente no processo de fiação e mais ainda no de tecelagem (HOBSBAWM, 1977, p.63).

Já em outros ramos têxteis, a produção fabril mostrou-se lenta e praticamente desprezível em outras manufaturas na década de 1840. Até a máquina a vapor continuava sendo utilizada somente no setor de mineração (HOBSBAWM, 1977, p.63).

Embora a expansão da indústria algodoeira e da economia industrial estivessem além das imaginações românticas anteriormente concebidas sob qualquer circunstância, tal progresso estava longe de se revelar extremamente promissor.

Houve uma abrupta desaceleração do crescimento tocada pelas oscilações do preço da balança do comércio nacional, refletindo ainda em um declínio da renda nacional britânica. Esse fenômeno não se revelou puramente britânico e foi a primeira crise geral do capitalismo. (HOBSBAWM, 1977, p.64).

² Nicolas Léonard Sadi Carnot, foi um físico, matemático e engenheiro francês que deu o primeiro modelo teórico de sucesso sobre as máquinas térmicas, o ciclo de Carnot, e apresentou os fundamentos da segunda lei da termodinâmica.

Em 1824, publica sua única obra: Reflexões sobre Potência Motriz do Fogo e Máquinas Próprias para Aumentar essa Potência, em que faz revisão das importâncias industrial, política e econômica da máquina a vapor.

Uma das maiores consequências dessa crise sem embargos foram as sociais. A transição da nova economia criou miséria e descontentamento, pratos que serviriam à revolução social.

A Revolução Social teve sua propulsão expressada por meio de exortações dos trabalhadores das indústrias e das populações pobres, dando origem a uma série de Revoluções em 1848³, bem como aos amplos Movimentos Cartistas⁴ (HOBSBAWM, 1977, p.64).

O descontentamento não afetava somente os trabalhadores pobres, também incomodava a pequena burguesia, os pequenos comerciantes e setores especiais da economia, sendo todos vítimas da Revolução Industrial e de suas ramificações. Os trabalhadores simples reagiram destruindo as máquinas que julgavam ser responsáveis pelos problemas.

Fato curioso se apresenta quando um grande número de homens de negócios e fazendeiros ingleses, simpatizavam com as atitudes dos seus trabalhadores, pois se viam como vítimas da inovação egoísta. Os trabalhadores e a pequena burguesia, prestes a serem destituídos de propriedade, partilhavam dos mesmos descontentamentos (HOBSBAWM, 1977, p.65).

Um marco bastante incisivo na Revolução Industrial, sem sombra de dúvidas, foi a construção de ferrovias, pois foi o único produto da industrialização do

³ As revoluções de 1848 foram uma série de revoluções ocorridas na Europa central e continental, que mostravam o descontentamento das minorias de classe média e de trabalhadores industriais, com os regimes governamentais autocráticos, crises econômicas e falta de representatividade política. A burguesia e a nobreza exigiam governos constitucionais, e os trabalhadores criticavam os excessos da prática capitalista.

⁴ O cartismo foi um movimento social inglês iniciado na década de 30 no século XIX, e depois propagando-se na busca de várias conquistas. Foi encabeçada pelo radical William Lovett por meio de uma carta destinada ao parlamento onde se fazia várias exigências, dentre elas o sufrágio universal masculino, voto secreto através da cédula, eleição anual, remuneração aos parlamentares. Os cartistas fizeram conquistas consideráveis para a classe operária, como: *lei de proteção ao trabalho infantil* (1833), *lei de imprensa* (1836), *reforma do Código Penal* (1837), *regulamentação do trabalho feminino e infantil* (1842), *lei de supressão dos direitos sobre os cereais* e *lei permitindo as associações políticas* (1846), *lei da jornada de trabalho de 10 horas* (1847).

Segue trecho da carta do povo Nós dizemos à honrada Câmara [da Grã-Bretanha] que [...] as leis que criam a carestia dos alimentos e as que rareiam o dinheiro devem ser abolidas. Os **impostos** devem recair sobre a propriedade, não sobre a indústria. O bem-estar de grande número, único fim legítimo, deve ser a única preocupação também do governo. [...]

Agrade pois, à respeitável Câmara, [...] esforçar-se, [...] em fazer [...] uma lei que garanta a todo cidadão masculino maior, são de espírito e inocente de qualquer crime, o direito de votar para deputados do Parlamento, e que institua o voto secreto para todas as eleições parlamentares futuras. Disponível em: ARNAUT, Luiz D.H. Textos e documentos. Departamento de História/Fafich/UFMG. s.d. <www.fafich.ufmg.br/luarnaut/cartism.PDF>. Acesso em: 18 de janeiro de 2010.

século XIX, totalmente absorvido pela “[...] imagística da poesia erudita e popular” (HOBSBAWM, 1977, p.72). Nenhuma invenção revelava ao leigo de forma tão fabulosa o poder e a velocidade da nova era, inclusive pela maturidade técnica das primeiras ferrovias.

Um fator talvez mais crucial a se considerar com o advento da Revolução Industrial foi a diminuição da sociedade agrícola e o aumento da população urbana não agrícola. Isso, em bons termos, era o espírito da industrialização.

Esse brusco declínio da mão-de-obra agrícola fez com que os trabalhadores sem nenhuma experiência migrassem de maneira repentina para as indústrias, trazendo consigo somente a experiência do campesinato, tendo que se adequarem a um ritmo de trabalho ininterrupto nas indústrias.

Tal inexperiência da mão-de-obra fazia com que muitos dos operários ou não suportassem as altas cargas de trabalho ou se colocassem em situação de passividade.

Aos olhos do industriários, isso significava diminuição dos lucros, logo uma maneira encontrada de fazer o trabalhador render foi pagar salários tão baixos que se viam obrigados a trabalhar incansavelmente durante toda a semana a fim de conseguirem uma renda mínima. Afinal precisavam consumir para sobreviverem (HOBSBAWM, 1977, p.80). Apesar de a revolução industrial em um primeiro momento se mostrar uma exploração desmedida da mão-de-obra, ela estava transformando o mundo.

Para esse estudo, interessa saber ainda o que foi o período moderno, e de que forma os acontecimentos dessa época após o impacto da Revolução Industrial ocorreram. Criando, assim, uma sequência lógica de acontecimentos até a constatação da existência de uma sociedade de consumo. Esse corte histórico, é opção lógico-epistemológica, pois serão identificados alguns fatores que foram primordiais no processo de mudança social.

A análise inicia-se pela demarcação do conceito de modernidade que “[...] refere-se a estilo, costume de vida ou organização social que emergiram na Europa a partir do século XVII e que ulteriormente se tornaram mais ou menos mundiais em sua influência” (GIDDENS, 1991, p.11).

O que de pronto interessa saber, são os acontecimentos próprios do final do século XX, que representavam para a modernidade uma ampliação de suas instituições sociais. Esse período, marcava uma difusão de ordem mundial que

possibilitou a criação de oportunidades bem maiores a todos os seres humanos, para gozarem de uma existência segura e gratificante.

A preocupação com os acontecimentos na época era tão grande que um movimento sociológico iniciou-se a fim de identificar e criticar as mudanças radicais que estavam ocorrendo. Como grandes expoentes do pensamento que analisavam a modernidade tem-se Marx, Durkheim e Weber:

Marx via a luta de classes como fonte de dissidências fundamentais na ordem capitalista, mas vislumbrava ao mesmo tempo a emergência de um sistema social mais humano. Durkheim acreditava que a expansão ulterior do industrialismo estabelecia uma vida social harmoniosa e gratificante, integrada através de uma combinação da divisão do trabalho e do individualismo moral. Max Weber era o mais pessimista entre os três patriarcas fundadores, vendo o mundo moderno como um mundo paradoxal onde o progresso material era obtido apenas à custa de uma expansão da burocracia que esmagava a criatividade e a autonomia individuais (GIDDENS, 1991, p.17).

Os três autores lançaram-se em um processo de análise do impacto da remodelação social a partir do industrialismo pulsante no final do século XX. Constataram, ainda, que as pessoas eram submetidas a altas cargas de labor repetitivo, degradante e maçante.

Inclusive esse quadro permitia que naquele tempo, não houvesse espaço para a preocupação com os impactos das forças produtivas na natureza. O industrialismo no período moderno nunca teve interesse na conservação do meio ambiente, e sim, e somente, com a própria manutenção de sua estrutura.

A modernidade apesar de ter possibilitado a criação de mecanismos de evolução institucionais e sociais, também constituiu um lado obscuro. Os conflitos militares, bem como a ameaça de confrontos nucleares, criaram uma sensação de desconforto nas pessoas, gerando a todos riscos iminentes.

O século XX foi o século que vitimou milhares de indivíduos por consequência das guerras. De imediato, isso rechaça a idéia primeira de que a modernidade traria uma ordem social feliz e segura. O mundo estava demasiadamente perigoso.

Com o avanço do industrialismo, as relações sociais passavam a ser modificadas. Ocorria a expansão dos mercados internos para os sem limites internacionais, transformando assim, a força de trabalho em mercadoria.

Nesse momento, as operações comerciais cresciam tanto que as interações entre as pessoas sofriam um abrupto remodelamento. Para relacionar-se

comercialmente com o outro, não era mais necessário haver interações face a face, pois a modernidade estava possibilitando um “sequestro” do espaço no tempo, que intensificou as relações entre ausentes, que localmente encontravam-se distanciados (GIDDENS, 1991, p.27).

Giddens, novamente ainda diz que:

Em condições de modernidade, o lugar se torna cada vez mais *fantasmagórico*: isto é, os locais são completamente penetrados e moldados em termos de influências sociais bem distante deles. O que estrutura o local não é simplesmente o que está presente na cena; a “forma visível” do local oculta as relações distanciadas que determinam sua natureza (GIDDENS, 1991, p.27).

Nesse sentido, a modernidade apresenta-se com um nível de dinamismo impressionante, possibilitando a ocorrência da separação entre o tempo e o espaço. Esse fenômeno possibilitou a quebra do paradigma habitual, fazendo com que a sociedade passasse a se organizar de maneira mais racionalizada, conectando-se de maneira global a tudo e a todos.

O deslocamento tempo-espaço permite uma reestruturação das interações das relações sociais por meio de extensões que são indefinidas. A intensificação do comércio na sociedade moderna produziu algumas fontes que possibilitaram a efetividade desse fenômeno, sendo chamadas de fontes de desençaixe (GIDDENS, 1991, p.29).

Giddens chama uma dessas fontes de fichas simbólicas. E diz que “por fichas simbólicas quero significar meios de intercâmbio que podem ser ‘circulados’ sem ter em vista as características específicas dos indivíduos ou grupos que lidam com eles em qualquer conjuntura particular” (GIDDENS, 1991, p.30).

Ora, com certeza umas das fichas simbólicas mais importantes é o dinheiro. Inclusive, o tema já era objeto de estudo nos primeiros “rascunhos” de Marx⁵. Se as interações na modernidade estavam sendo diminuídas sob o prisma do contato físico, logicamente a criação do dinheiro aumentou mais ainda a possibilidade da ocorrência do fenômeno de desençaixe tempo-espaço. Não havia mais necessidade das trocas comerciais obedecerem ordens temporais em um determinado espaço.

⁵ Marx definia o dinheiro como “a propositura universal”. Seria um de troca que nega o conteúdo dos bens e serviços substituindo-os por um padrão impessoal. O dinheiro permitiria a troca de qualquer coisa por qualquer coisa.

O dinheiro possibilitou a concretização da espécie de transação comercial promessa de pagamento, pois tornava possível prometer pagar algo que nem sequer havia sido produzido. Por exemplo, pagando metade da produção de determinado produto, e na entrega, o restante do pagamento.

Permitiu, também, que as pessoas que estivessem negociando, não tivessem a necessidade de estarem no mesmo lugar e muito menos ao mesmo tempo. As implicações de cunho espacial que o dinheiro causa, são bem delineadas nas palavras de Simmel:

[...] O papel do dinheiro está associado à distância espacial entre o indivíduo e sua posse...Apenas se o lucro de um empreendimento assumir uma forma que possa ser facilmente transferida para outro lugar, ele garante à propriedade e ao proprietário, através de sua separação espacial, um alto grau de independência ou, em outras palavras, automobibilidade... O poder do dinheiro de cobrir distâncias possibilita ao proprietário e à sua posse existirem tão afastados um do outro a ponto de cada um poder seguir seus próprios preceitos numa medida maior do que no período em que o proprietário e suas posses ainda permaneciam num relacionamento mútuo direto, quando todo engajamento econômico era também um engajamento pessoal. (SIMMEL *apud* GIDDENS, 1991, p.32).

A criação dessa ficha simbólica trouxe à sociedade moderna a expansão de um mercado capitalista que relativamente cedo teve inclinação internacional. Essencialmente, foi o dinheiro o grande responsável pelas transações distanciadas.

A partir desse momento, existe um deslocamento de confiança em que as pessoas passam a ser menos importantes, e a confiança é toda depositada no dinheiro.

Quem realiza as transações comerciais não precisa conhecer com quem está negociando. Simplesmente cria a expectativa de que o outro honre o valor devido. O dinheiro passa a ter ascendência sobre as pessoas e as relações sociais ficam menos interativas.

De igual importância e curiosidade na modernidade, uma segunda fonte de desençaixe tempo-espaco pode ser identificada. Trata-se dos sistemas peritos, que são "sistemas de excelência técnica ou competência profissional que organizam grandes áreas dos ambientes material e social em que vivemos hoje" (GIDDENS, 1991, p.35) .

A relação de confiança impera sobre as coisas que cercam os indivíduos. Das estruturas metálicas do carro até mesmo aos mais altos prédios, existe uma

propagação mental de que foram produzidos por pessoas com capacidade técnica o suficiente para fazerem com que essa determinada coisa seja utilizável.

Não se sabe quem foi o responsável pela montagem do carro e tampouco o arquiteto que projetou o prédio que hoje abriga uma grande empresa. E muitas das vezes nem há preocupação em se obter essas informações, afinal de contas, a coisa é perfeitamente utilizável.

Toda essa impessoalidade, faz com que a confiança seja projetada única e exclusivamente para um sistema de coisas que nos envolve, diminuindo mais ainda, a interatividade das pessoas, inclusive delas com elas mesmas. Os sistemas peritos são heranças próprias da crença no industrialismo que é capaz de remodelar a vida cotidiana.

A confiança ainda alcançou um patamar de reiteração na modernidade de forma bastante interessante. A realização do comércio entre ausentes foi o que possibilitou o seu enaltecimento, pois não haveria necessidade de se confiar em alguém se suas atividades fossem constantemente visíveis, ou se fosse possível compreender todos os procedimentos - inclusive os de produção - de um sistema. (GIDDENS, 1991, p.40).

Visto assim, confiar faz parte do exercício de não se compreender plenamente algo. Quando a confiança se desloca para o dinheiro ou para os sistemas peritos, quer dizer que o que está acontecendo, é uma correção mental e abstrata de algo que não se conhece.

Portanto, essa confiança que antes era direcionada ao indivíduo, que realizava-se por meio de um amor fraternal ou na crença da probidade do outro em honrar os compromissos, próprio de um local em que todos se conhecem, já não existe mais. A confiança agora:

[...] pode ser entendida como crença na credibilidade de uma pessoa ou sistema, tendo em vista um dado conjunto de resultados ou eventos, em que essa crença expressa uma fé na probidade ou amor de um outro, ou na correção de princípios abstratos (conhecimento técnico) (GIDDENS, 1991, p.41).

O processo de industrialização ainda desencadeou um avanço tecnológico, fazendo com que houvesse um rompimento com a mística das coisas dadas pela natureza ou por força da influência divina.

Esse fator fez com que a ação humana se tornasse um dado de extrema relevância, principalmente no processo de confiança, que passou a ser deslocado principalmente para as máquinas.

Sob esse prisma, o sistema de classes na modernidade passou a adotar como princípio unificador de regência societária, a propriedade privada e o trabalho assalariado sem a posse dessa propriedade, dando origem assim a um sistema de produção de mercadorias denominado capitalismo.

A transformação do trabalho (assalariado) em mercadoria, fez com que o capitalismo projetasse o industrialismo, promovendo um processo de produção mais eficiente e barato, sendo ele um expoente de aceleração das instituições modernas.

Esse movimento tornou possível a globalização das instituições modernas e o desencaixe tempo-espaço tornou possível a modernidade se distinguir de qualquer período anterior.

A globalização permitiu um processo de estreitamento das conexões entre regiões distintas, bem como a interação entre contextos sociais ao redor da superfície terrestre.

O limite espacial se tornou pequeno para esse fenômeno de escala mundial, que passou a ligar tão intimamente as localidades, que os acontecimentos ocorridos a milhas de distância, ressoavam em outros pontos longínquos.

Uma outra característica da modernidade pode ser elencada afim de se traçar o seu perfil. As bases da modernidade, foram alicerçadas principalmente na fé e esperança no futuro – concepção própria da crença no industrialismo -, o que possibilitou uma importante ruptura com o mundo das tradições.

A crença no futuro foi a invocação primordial do levante que viabilizou a fundação de narrativas. Sobretudo o plano religioso, foi capaz de guiar as pessoas por meio de novos caminhos, tão mobilizadores quanto os anteriores. A afirmação se encontra nos dizeres de Sébastien Charles:

As promessas dos tempos futuros, é verdade, eram atrativas o suficiente para desviar os homens dos caminhos imemoriais tomados pelos seus ancestrais e fazê-los tomar novos rumos: desaparecimento das tarefas inglórias e desgastantes graças ao progresso tecnológico, justiça e igualdade para todos após reformas políticas adequadas, felicidade universal em razão de uma reformulação da ordem social (CHARLES, 2009, p.16).

Entretanto, grande parte dessas aspirações não foram passíveis de realização como a justiça e a igualdade, que ainda padecem de defesa, inclusive nos dias atuais. Portanto, a problemática do projeto da modernidade passou a girar em torno da crítica situação que ela mesmo criou: a impossibilidade de cumprir todas as suas promessas.

A intensificação da tecnologia não só veio demonstrando o declínio de seu próprio encantamento, como arrimou que seus interesses tanto podem ser usados em causas nobres, como nas mais maléficas. A felicidade, que poderia ser algo alcançado com o consumo, tornou-se também um ideal não realizado.

A modernidade demonstrou que no primeiro momento os seus encantamentos seriam suficientes para se alcançar a felicidade plena. No segundo momento, não teve condições de realizar plenamente os seus projetos, uma vez que todos os impactos sociais não foram previstos. O que paralelamente, faz surgir um movimento de questionamentos acerca da queda da modernidade, e a sua substituição por uma nova era: a pós-modernidade.

Com a emergência do termo pós-modernidade⁶, houve a sinalização de que mudanças significativas no mundo estavam ocorrendo e sendo percebidas. Porém, o que parece é não ser a entrada em um período pós-moderno, e sim, a intensificação das consequências da modernidade.

Ao que mais parece ser um uso comum do termo pós-modernidade para justificar uma queda da modernidade e a sua substituição por um novo período, não parece tal termo referir a realidade dos fatos, principalmente dos hodiernos.

O termo “pós-moderno” teve a sua primeira aparição nos escritos de arquitetos na década de 1960. Referiam-se a uma mudança de mentalidade arquitetônica que visava a preocupação com a história e a sua adequação espacial refletida na estrutura física, bem como a valorização do conforto no ambiente interno e uma preocupação com a individualização do usuário que passaria a desfrutar da construção. Tratava-se claramente de uma oposição arquitetônica à já posta e à substituição desta por outra (CAHRLES, 2009, p.18).

⁶ O termo pós-modernidade ganhou destaque na filosofia quando usado pela primeira vez pelo filósofo francês Jean-François Lyotard em seu livro “A condição pós-moderna” (1979). A pós-modernidade se referia ao fim das metanarrativas, bem como diminuía o patamar de importância da ciência.

Lyotard nasceu em Versalhes em 10 de agosto de 1924 e morreu em Paris em 21 de abril de 1988, sendo autor de outros livros como: A fenomenologia e O inumano.

De qualquer forma, esse termo viajou e transpassou os limites da arquitetura fazendo um rápido sucesso. Sendo utilizado em diversos campos do conhecimento como as artes, literatura e filosofia:

Na obra dos filósofos, encabeçados por Vattimo e Lyotard, o recurso a essa noção explica-se com base na constatação da falência do projeto moderno. Esse projeto foi o "liquidado", para retomar a famosa expressão de Lyotard, e essa liquidação, para os pós-modernos, parece perceptível e evidente por muitas razões. Primeiro, esse projeto moderno construiu-se com base em grandes narrativas, as metanarrativas (sociedades sem classes sociais, felicidade universal, realização do Espírito, emancipação dos indivíduos), que não funcionam mais e cujo esvaziamento gerou a crise de uma História concebida como um caminho único e universal. Em segundo lugar, o desenvolvimento da tecnologia e da mídia de massa acabou com grande parte dos ideais da modernidade (CHARLES, 2009, p.20).

Essa dita mídia de massa, indicava o aumento da tecnologia da informática e da comunicação, inclinando o pensamento à uma racionalidade pragmática, preocupada com a felicidade coletiva. Essa mesma mídia de massa provocou a diversificação de informações tangenciada pela proliferação rápida de mensagens, impossibilitando a existência de um discurso unitário e a prevalência de valores por todos partilhados.

Essa falta de discurso único, faz com que a maior justificativa encontrada para o uso do termo "pós-modernidade", indicando uma passagem para uma nova era, seja o que se reporta ao fim das metanarrativas prometidas pela modernidade. Essa evaporação de grandes narrativas, serve de tônica para a liquidez do projeto da modernidade.

Ocorre que ao tangenciar o pensamento apenas por esse viés, acaba-se por deixar de relacionar outros fenômenos como o político, econômico, social e cultural, essenciais na análise complexa da sociedade contemporânea.

Nem todas as grandes narrativas foram esfaceladas. A dos direitos humanos ainda é pedra de toque da construção da democracia. Por outro lado, a eliminação de algumas dessas metanarrativas não faz com que haja um rompimento de eras (CHARLES, 2009, p.21).

No entanto, a problemática de uma idéia de pós-modernidade inclui necessariamente uma saída da modernidade. O que mais parece estar ocorrendo com vistas à contemporaneidade, é uma radicalização dos fenômenos próprios da modernidade, trazendo a tona o superlativo "hiper", reutilizando os termos sob

diversas formas como: hiperligação, hipertexto, hiperpotência e hiperterrorismo⁷ (CHARLES, 2009, p.23). Daí então se imaginar que o que se vive na contemporaneidade, é realmente uma ampliação do que já existia, e não uma saída da modernidade.

Para se aceitar que existe a pós-modernidade, primeiro ter-se-ia que tentar destruir os quatro princípios que alicerçaram o seu projeto de edificação.

Seguindo o pensamento de Sébastien Charles, não há como iniciar tal análise sem passar pela invenção teórica dos direitos humanos.

O pacto social, com vistas a liberação e valorização do indivíduo dentro do paradigma jurídico no século XVII, iniciava a constituição dos direitos civis e uma segurança pública não existente no estado de natureza. Esse modelo teórico com o passar do tempo adquiriu eficácia prática e veio a se tornar a base de constituição dos direitos humanos⁸.

Os limites de atuação abusiva de um Estado também passam pela idéia da valorização de um sistema político que permita essa temática, sendo a democracia a única a permitir a combinação de liberdade individual e segurança coletiva, torna-se assim um segundo princípio na análise da composição da modernidade. Portanto:

[...] o característico (sic) do Estado liberal e democrático não é tanto a maneira pela qual é justificado ou instituído, mas os limites que lhe são atribuídos, ou os meios escolhidos para impedir o abuso de poder. A prova desta afirmação é que, com a própria teoria do fundamento, foram justificados na história do pensamento político tanto estados absolutos quanto limitados, tanto estados autocráticos quanto democráticos. (BOBBIO, 1997, p.17).

A análise não poderia deixar de contemplar “[...] a promoção do mercado como sistema econômico regulador dotado de todas as virtudes por contribuir para a paz entre a nações e para a riqueza tanto individual quanto coletiva” (CHARLES, 2009, p.23).

⁷ O filósofo Gilles Lipovetsky foi o teórico da hipermodernidade ao tratar de maneira mais ampla a visão das sociedades em seu livro “Os tempos hipermodernos”. A hipermodernidade em sua visão, era caracterizada pelo movimento, fluidez e pela flexibilidade, marcadas também pelo hiperconsumo e o hipernarcisismo. Isso construía indivíduos mais informados porém menos estruturados, adultos instáveis, menos ideológicos e mais preocupados com a moda, mais céticos e menos profundos e altamente influenciáveis.

⁸ Interessante é se lembrar o pacto social elaborado por Hobbes no Leviatã. Nos descritos de Hobbes, por meio de um contrato, os indivíduos renunciavam o seu direito natural a qualquer coisa em prol de uma segurança que ficaria a cargo do Estado. Tal pensamento fundamentava a soberania absoluta do monarca sem discussões por parte dos que adeririam ao contrato.

Por fim, o quarto princípio seria a intensificação do uso da tecnologia. Ora, nada seria mais pulsante na modernidade do que o desenvolvimento tecnológico-científico aplicado ao melhoramento do uso de mão-de-obra.

Nessa ótica, fica claro conceber que nenhum dos quatro princípios de análise foram destruídos, autorizando a passagem para uma pós-modernidade. Os direitos humanos nunca estiveram tão em evidência quanto estão hoje, são enaltecidos dia a pós dia, proíbem o retrocesso social, alimentam as esperanças de justiça digna e igualitária, mesmo que ainda de forma utópica.

Em um era de globalização em que os sistemas soberanos encontram-se constantemente tocados pela experiência estrangeira fazendo com que os Estados Nacionais se esfaçem cada vez mais, a racionalidade econômica pautada em uma política de expansão mercadológica ainda é o discurso da vez. Não perdeu forças, ganhou terreno e parece que ignorá-la é não aceitar que a “água do rio só corre para o mar”.

Já a democracia pode ser questionada enquanto alguns governos mantiverem práticas expansionistas, típicas do Governo Americano. Porém, ninguém questiona a sua própria existência, mostrando-se assim ainda a melhor alternativa para o povo (CHARLES, 2009, p.24).

Quanto a tecnologia, é inquestionável os seus benefícios, porém, o discurso pode perder força quando passa-se a olhar os riscos próprios do seu uso e avanço experimental. Contudo, não houve a queda dessa metanarrativa na contemporaneidade.

Fato este, que também não impossibilita uma reflexão quanto a necessidade de um enquadramento ético do uso desse vetor. Conclui-se então que o que se vive é apenas os efeitos da modernidade de maneira aumentada, seria a hipermodernidade⁹.

O distanciamento entre modernidade e pós-modernidade ainda é grande e talvez nem consiga se chegar lá. A pós-modernidade apenas se enganou enquanto aspecto de ruptura com a modernidade, porém, essa pós-modernidade seria:

[...] simplesmente a própria modernidade livre dos freios institucionais que bloqueavam os grandes princípios estruturantes, que a constituem (o

⁹ O termo hipermodernidade é utilizado por Sébastien Charles para esclarecer que ocorre uma “modernização” da modernidade, procurando racionalizar e aprofundar mais os seus fundamentos.

individualismo, a ciência tecnológica, o mercado, a democracia) de se manifestar plenamente (CHARLES, 2009, p.26).

A hipermodernidade faz funcionar plenamente os quatro princípios, cada um a sua velocidade e modo. Radicaliza todos os fenômenos e produz um paradoxo que se liga ao aumento do entretenimento, acompanhada de uma pobreza nas relações pessoais. A hipermodernidade é justamente a atualidade, o consumo exacerbado, a sociedade individualizada e o vazio de valores.

Lyotard invocava como uma de suas metanarrativas relacionadas a modernidade a busca da felicidade plena. E longe de ter sido extirpada, continua atual e presente, porém mitigada.

O que era preocupação coletiva passa a ser uma felicidade individualizada. Essa é a lógica da hipermodernidade, que faz com que cada indivíduo busque individualmente criar condições de suas aspirações.

Sabendo que o que muito animou o objeto de estudo da filosofia até o século do Iluminismo foi a busca pela felicidade. As mesmas considerações antes pertinentes ao início da modernidade, não se sustentaram no século XVIII. Sébastien Charles aponta três fenômenos que se interligam e demonstram a mudança do paradigma do estudo filosófico:

O primeiro é de ordem cultural, decorrente do aparecimento de um discurso paralelo ao discurso filosófico, discurso que se apresenta como demonstrativo e autônomo (cujos fundamentos são assegurados em oposição aos dos filósofos), que não é nada mais do que o discurso da ciência moderna. [...] O segundo fenômeno essencial para se compreender o abandono da filosofia da reflexão sobre a felicidade é o aparecimento de um reflexão política, social e econômica, que vai fixar como missão a preocupação com a realização das aspirações humanas em favor de uma felicidade terrestre e material, e levar a filosofia a se insinuar nesse novo discurso em que felicidade está mais relacionada com a administração política ou econômica do que com o auto-controle. [...] O terceiro fenômeno é de ordem propriamente filosófica, relacionado à filosofia de Kant, que se atribuiu como objetivo substituir a questão da felicidade pela da obrigação. Nesse sentido, Kant parte da impossível definição de felicidade [...] Em resumo para Kant, é impossível dizer com certeza o que tornaria os homens verdadeiramente felizes, o que faz da felicidade um ideal da imaginação e nada mais (CHARLES, 2009, p.34-38,39,40).

A adoção de um discurso científico traz para a filosofia um descrédito imenso que reflete imediatamente na sua relação com o estudo da felicidade. A filosofia em grandes linhas, se utilizava de um conhecimento duplo, que consistia em conhecer o mundo para se atingir a sabedoria dele.

O discurso autônomo da ciência, acabou com essa “verdade” e indubitavelmente acabou rebaixando a filosofia, uma vez que o novo discurso demonstrava a incapacidade da filosofia de praticar o bem, já que o crédito e a prática do bem eram indissociáveis.

A forma de atingir a felicidade, agora não era mais buscada por meio da compreensão do mundo que tanto norteou a filosofia, e sim por meio das ciências modernas que teriam a possibilidade de nos tornar mestres e possuidores da natureza (DESCARTES, 2009, p.102). Seria por meio delas que haveria considerável redução de sofrimentos, bem como satisfação de necessidades e aí sim concretizada a forma de felicidade.

Por isso fica fácil imaginar que com os avanços tecnológicos, a relação indivíduo-mundo é inteiramente modificada, sendo que esse dado fundamenta o fato de que a busca da felicidade consistiria na modificação do mundo exterior e não mais pautada no esforço humano.

O segundo fato que traz mudança, inclusive a mudança do ramo moral da filosofia, deságua no referencial tônico que antes possuía apenas o viés de “salvação individual” em benefício do todo, do coletivo.

Isso motivou por exemplo os ideários da Revolução Francesa, demonstrando que o terreno ético estava sendo diminuído pelo da busca da justiça social, pela conquista da felicidade coletiva e tornando todos os membros felizes por meio do reparte igualitário das riquezas, mesmo que de forma utópica.

Quanto ao último fenômeno, trata-se da abstração que carrega a palavra “felicidade”, pois é impraticável querer dizer o que torna as pessoas felizes. A gama de desejos que comporta cada ser humano faz com que a busca da felicidade seja tão sólida quanta areia de praia, mudando conforme as novas necessidades humanas.

Essa inconstância própria do homem, como já se pronunciava Kant, demonstra que a felicidade é apenas um ideal e não exata. Daí porque a filosofia pós-kantiana concentrar-se na análise da moral e da obrigação deixando a ética e virtude de lado. Isso parece refletir os motivos que fizeram a felicidade passar a ser pensada fora da filosofia a partir do século XVIII.

Fato é que a felicidade prometida pelo advento da sociedade de consumo está longe de se tornar uma realidade. Isso se dá justamente porque o bem-estar não está intimamente ligado a posse de bens materiais.

Modernidade ou hipermodernidade, não mudam os fenômenos hodiernos. Eles estão presentes e não podem ser ignorados. O consumo começa a fazer parte da vida das pessoas de uma forma nunca antes consagrada. A felicidade que é buscada por meio desse consumo, é herança da modernidade, que mantém suas bases na contemporaneidade por meio da radicalização desse fenômeno. E assim podendo ser chamado de hiperconsumo.

O importante é que modernidade e hipermodernidade não se anulam, e na verdade, se completam. Isso tudo é reflexo do industrialismo crescente e da mudança de paradigmas societários. Sendo assim, alguns dos paradigmas serão comentados até a chegada no do consumo.

1.2 A PRODUÇÃO COMO CENTRO DO SISTEMA ECONÔMICO (O ADVENTO DA SOCIEDADE INDUSTRIAL)

Em 1780, o mundo se mostrava menor e maior do que o atual. Se constituía menor geograficamente, na medida em que os homens mais instruídos dessa época quase não conheciam grandes porções do mundo habitado (HOBSEAWM, 1977, p.23).

Fato é que uma grande parte da superfície dos oceanos, de certa forma já havia sido explorada e mapeada por meio da competência de navegadores do século XVIII, a exemplo de James Cook¹⁰, embora os conhecimentos sobre o fundo do mar não despertassem significância até a metade do século XX.

Tal passagem é elucidativa nos dizeres de Hobsbawm:

Os principais contornos dos continentes e da maioria das ilhas eram conhecidos, embora pelos padrões modernos não muito corretamente. O tamanho e a altura das cadeias de montanhas da Europa era conhecidos com alguma precisão, as localizadas em partes da América Latina o eram muito grosseiramente, as da Ásia, quase totalmente desconhecidas, e as da África (com exceção do monte Atlas), totalmente desconhecidas para fins práticos (HOBSEAWM, 1977, p.23,24)

¹⁰ James Cook foi um capitão-navegador e cartógrafo inglês que no final da carreira alcançou o posto de Capitão da Marinha Britânica. Foi o primeiro a mapear Terra Nova, cartografando muitas áreas e realizando registros de várias ilhas e zonas costeiras nos mapas europeus. Uma de suas principais atuações se deu na Guerra dos Sete Anos. Acabou sendo morto em 1779 no Havaí lutando contra os havaianos, sendo esta viagem a sua terceira exploratória na região do Pacífico.

Em meio a todas as dificuldades, se o mundo era, em muitos aspectos, menor, a dificuldade e a incerteza das comunicações faziam com que ele se agigantasse em proporções maiores do que as de hoje.

Dentre os serviços de comunicações, o serviço postal, efetuado pelos veículos puxados a cavalo, se mostrava em nível de aperfeiçoamento notável, vez que já eram usados mesmo antes da revolução das ferrovias. O final do século XVII era pelos padrões medievais ou do século XVI, uma era de comunicações rápidas (HOBSBAW, 1977, p.25).

Para a maioria dos habitantes, o mundo se apresentava incalculavelmente grande. Caso não houvesse um repentino “sequestro” como o recrutamento militar, nasceriam e morreriam no distrito ou paróquia em que nasceram. “[...] mais de nove em cada dez habitantes de 70 dos 90 departamentos franceses moravam no departamento onde nasceram. O resto do mundo era assunto dos agentes governamentais e dos boatos” (HOBSBAWM, 1977, p.27).

Um dos principais aspectos da sociedade, no decorrer da década de 1789, era ser essencialmente rural. Assim, fora apenas algumas áreas comerciais e industriais bastante desenvolvidas, seria praticamente impossível conceber um grande Estado Europeu, no qual ao menos quatro de cada cinco habitantes não fossem camponeses¹¹ (HOBSBAWM, 1977, p.28).

De igual forma, fica fácil compreender porque a primeira escola sistematizada de economia do continente, chamados fisiocratas franceses¹², tomava como base de sua análise o fato de que a terra e o aluguel dela eram a única fonte de renda líquida, tornando assim o problema agrário algo fundamental.

O típico proprietário seria aquele que possuísse um grande volume de terras, quase feudal. Segue:

¹¹ Dado interessante também se encontra na Inglaterra, em que pela primeira vez, somente em 1851, a população urbana veio a ultrapassar a população rural.

¹² A fisiocracia francesa advinda da escola fisiocrática própria do século XVIII, foi a primeira escola de economia científica. Tais pensadores, consideravam que o sistema econômico era regido por leis intrínsecas, ou seja, pela ordem natural das coisas, sendo assim cientificamente relevantes. Esse pensamento, arrimava que a agricultura camponesa era um atraso e estava fadada ao fim, visto que os mais altos índices de produção eram conseguidos através dos arrendatários capitalistas. Para os fisiocratas, o capitalismo consistia em uma ampliação, tornada possível, do excedente. Tal excedente, seria um fenômeno típico da agricultura, e caberia ao capitalismo se apresentar como uma ordem própria, ao contrário do que ocorreria no meio urbano, sendo que teoricamente não existiriam excedentes.

A economia característica da propriedade quase feudal era primitiva e voltada para si mesma ou de qualquer forma ajustada para necessidades puramente regionais: a América espanhola exportava produtos de mineração, também produzidos pelos índios virtualmente escravizados, mas nada exportava em termos de produtos agrícolas. [...] O senhor de terras característico das áreas de servidão era assim um nobre proprietário e cultivador ou um explorador de enormes fazendas (HOBSBAWM, 1977, p.32-34).

A figura de dono da terra trazia privilégios de ordem social e política e permeava todo o resto da Europa, vez que a estrutura agrária era semelhante. O acesso aos altos postos do Estado não se desvinculava da figura de grande proprietário, um *status* de gentil-homem ou nobre lhe era concebido (HOBSBAW, 1977, p.35).

Em muitos países da Europa Ocidental, a cultura feudal ainda era muito forte pelo viés político, embora fosse ficando obsoleta em termos econômicos.

Tal fato se dava em decorrência dos rendimentos dos nobres e cavaleiros estarem ficando cada vez menores, consequência de altos gastos para manterem o luxo, fazendo com que a aristocracia explorasse com intensidade crescente os privilégios de seu *status* de nascimento (HOBSBAWM, 1977, p.35).

Isso fez com que se iniciasse um movimento, na Europa continental, por parte dos nobres, de expulsão dos seus rivais “mal-nascidos” de todos os cargos de alta rentabilidade no serviço da coroa (HOBSBAWM, 1977, p.35). A figura da propriedade típica nesse momento passa a constituir um sistema de cobrança de aluguéis e de outros rendimentos monetários.

Assim, aquele camponês que se constituía, em bons termos, mais ou menos livre, sendo ele grande, médio ou pequeno, era o lavrador típico. Se de alguma forma arrendatário, pagava aluguel ao senhor das terras ou em algumas áreas uma parte da safra (HOBSBAW, 1977, p.36).

Porém, ao se constituir “camponês livre”, ainda devia dízimos a Igreja, impostos para a Coroa e uma série de obrigações ao senhor local que poderiam ou não serem transformadas em dinheiro ou até mesmo em obrigações de trabalho forçado (HOBSBAW, 1977, p.36).

O que se observou é que somente algumas áreas impulsionaram o desenvolvimento agrário rumo a uma agricultura de característica capitalista. A Inglaterra seria a principal delas. A propriedade de terras na Inglaterra era altamente concentrada, sendo agricultor típico o arrendatário que operava com um comércio de porte médio e mão-de-obra contratada.

No decorrer da década de 1760 e 1830, o que se revelava não era mais uma agricultura de estrutura camponesa e sim a emergência de fazendeiros, um enorme proletariado rural e uma classe de empresários (HOBSBAWM, 1088, p.36).

O mundo agrícola se mostrava demasiadamente lento. Em contra partida:

[...] os mundos do comércio e das manufaturas, e as atividades intelectuais e tecnológicas que os acompanhavam, eram seguros de si e dinâmicos, e as classes que deles se beneficiavam eram ativas, determinadas e otimistas. [...] embora a mineração e a fabricação estivessem se expandindo rapidamente em todas as partes da Europa, o mercador (e na Europa Oriental também muitas vezes o senhor feudal) é que continuava fundamentalmente a deter o seu controle (HOBSBAWM, 1977, p.38,39).

Tal situação ocorria porque a principal forma de expandir o comércio consistia no fato de que o mercador comprava os produtos dos artesãos ou do tempo de trabalho não agrícola do camponato, para vendê-los num mercado mais amplo, em que tal sistema se chamava "doméstico" ou do "bota-fora". Isso poderia se caracterizar o início de um capitalismo industrial (HOBSBAWM, 1977 p.39, 40).

As atividades comerciais e manufatureiras, quaisquer que fossem seus *status*, floresciam de forma promissora. E assim, o Estado mais bem-sucedido da Europa, no século XVIII, era a Grã-Bretanha, que devia o seu poderio ao grande progresso econômico (HOBSBAWM, 1977, p.40).

Por volta de 1780, todos os governos continentais que tivessem pretensão de ascensão de sua política estavam conseqüentemente viabilizando o crescimento econômico, com vistas ao desenvolvimento industrial, porém, com um sucesso variável. Os grandes avanços em 1780 foram na química, que por tradição, intimamente, se ligavam à práticas de laboratório e às necessidades da indústria.

De fato, a filosofia do Iluminismo, a convicção no progresso do conhecimento humano, na racionalidade e no controle sobre a natureza, impulsionou de maneira significativa o progresso da produção, do comércio e da racionalidade econômica e científica (HOBSBAWM, 1977, p.41)

Os mais beneficiados com todo esse avanço eram as classes economicamente mais progressistas, que se envolviam diretamente nos avanços tangíveis da época, como por exemplo, os fabricantes e empresários.

Em meio a esse tempo a ideologia do Iluminismo já se propagava na mente dos homens que se organizavam por toda a parte em lojas de franco-maçonaria, em que distinções de classe não importavam. Vejamos:

[...] Um individualismo secular, racionalista e progressista dominava o pensamento "esclarecido". Libertar o indivíduo das algemas que o agrilhoavam era o seu principal objetivo: do tradicionalismo ignorante da Idade Média, que ainda lançava sua sombra pelo mundo, da superstição das igrejas (distintas da religião "racional ou "natural"), da irracionalidade que dividia os homens em uma hierarquia de patentes mais baixas e mais altas de acordo com o nascimento ou algum critério irrelevante. A liberdade, a igualdade e, em seguida, a fraternidade de todos os homens eram seus *slogans*. No devido tempo se tornaram os *slogans* da Revolução Francesa (HOBSBAWM, 1977, p.42).

A filosofia do Iluminismo trazia uma crença apaixonada no progresso professada pelos seus pensadores, que fazia com que houvessem visíveis aumentos no conhecimento e na técnica, na riqueza, no bem-estar e na civilização que podia ser percebido de forma ampla.

Seria até uma impropriedade denominar o Iluminismo de uma ideologia própria da classe média, embora houvessem muitos que assumiram como verdadeira a proposição de que a sociedade livre seria uma sociedade capitalista.

Na teoria, o objetivo era libertar todos os seres humanos, sendo que implicitamente estavam presentes as ideologias humanistas, racionalistas e progressistas, muito embora os líderes da emancipação exigida pelo Iluminismo fossem membros dos escalões médios da sociedade, e os novos homens racionais o fossem por habilidade e mérito e não por nascimento (HOBSBAWM, 1977, p.42).

As monarquias absolutas reinavam em todos os Estados em funcionamento, no continente europeu, com exceção da Grã-Bretanha que realizou sua revolução no século XVII e alguns Estados menores. Aqueles em que a monarquia não governava ruíram devido à anarquia, sendo logo colonizados por seus vizinhos, como a Polônia (HOBSBAWM, 1977, p.43).

No entanto, com intuito de promover coesão e eficiência estatais em uma era de rivalidade intensa, a maioria dos monarcas se viu obrigado a pôr freios nas tendências anárquicas de seus nobres e outros interesses estabelecidos, injetando em seu aparelho estatal tanto quanto possível pessoal civil não aristocrata.

Além disso, na última parte do século XVIII, o poderio capitalista britânico despontava, fazendo com que a maiorias desses monarcas e seus conselheiros tentassem programas de modernização intelectual, administrativa, social e econômica (HOBSBAWM, 1977, p.43).

Nessa mesma esteira, a expansão maciça do comércio e do empreendimento capitalista europeu minava a ordem social das civilizações:

[...] Na África, com a intensidade sem precedentes do terrível tráfico de escravos, em todo o Oceano Índico, com a penetração das potências colonizadoras rivais, e no Oriente Médio e Próximo, através do comércio e conflito militar. Já então a conquista europeia direta começava a avançar de modo significativo para além da área há muito ocupada pela colonização pioneira dos espanhóis e dos portugueses no século XVI (HOBSBAWM, 1977, p.48).

Na década de 1848, a Inglaterra com uma economia totalmente industrializada era considerada uma potência. Logo, ela ditava as regras para o resto do mundo. Outro ponto a se observar leva em conta que a industrialização do mundo, elevou significativamente o volume do comércio, bem como o da emigração (HOBSBAWM, 1977, p.235).

Estabeleceu-se então um ritmo altamente acelerado de mudanças sociais e econômicas. E apesar de as indústrias na Europa sofrerem um declínio por conta das crises provocadas pelas guerras napoleônicas, não foram suficientes para, após a década de 1830, darem lugar as discussões de problemas comuns na Europa Ocidental, como a incontável urbanização e novo proletariado, próprias da intensificação desse processo. De qualquer forma, os anos de 1830 a 1848 servem de marco para o nascimento de novas áreas e centros industriais (HOBSBAWM, 1977, p.241, 242).

A Revolução Francesa deu ao seu povo uma capacidade de projetar uma ciência “iluminada”, própria da filosofia que leva tal nome, permitindo aos homens da época se colocarem no centro do pensamento e passarem a ser extremamente inventivos.

Tanto é assim que os franceses por primeiro parecem ter feito uso ou até mesmo inventado a propaganda e as grandes lojas de departamentos, bem como várias inovações e realizações técnicas (HOBSBAWM, 1977, p.247).

O mundo se desfazia de trabalho agrícola, e tal processo de expansão industrial já era suficiente para projetar uma economia de crescimento quase ilimitado. A produção era a tônica da vez.

O advento da sociedade industrial, traz em seu bojo um sistema que privilegia a produção em grande escala de mercadorias. Consequentemente, os efeitos disso são extremamente sociais, e foram objetos de observação por alguns autores como Karl Marx.

Em sua montagem, a maquinaria utilizada como capital, não tem vontade alguma de fazer diminuir os esforços físicos dos trabalhadores. E sim, baratear mercadorias e encurtar a jornada de trabalho que o trabalhador precisa para si mesmo, a fim de encompridar a outra parte de sua jornada de trabalho, que acaba dando de graça para o capitalismo. A máquina é meio de produção da mais-valia.

Portanto, para Marx, o sistema de produção faz com que o trabalho produtivo se estreite. E a produção capitalista não é apenas produção de mercadoria, mas também de exploração desmedida do trabalhador. Ainda diz que:

Apenas é produtivo o trabalhador que produz mais-valia para o capitalista ou serve à autovalorização do capital. Se for permitido escolher um exemplo fora da esfera da produção material, então um mestre-escola é um trabalhador produtivo se ele não apenas trabalha as cabeças das crianças, mas extenua a si mesmo para enriquecer o empresário. O fato de que este último tenha investido seu capital numa fábrica de ensinar, em vez de numa fábrica de salsichas, não altera nada na relação. O conceito de trabalho produtivo, portanto, não encerra de modo algum apenas uma relação entre a atividade e efeito útil, entre trabalhador e produto do trabalho, mas também uma relação de produção especificamente social, formada historicamente, a qual marca o trabalhador como meio direto de valorização do capital. Ser trabalhador produtivo não é, portanto, sorte, mas azar (MARX, 1996, vol. II, p.138).

A grande crítica de Marx gira em torno da apropriação do trabalhador como “coisa”, o que faz com que o capitalista explore a força de trabalho até as últimas consequências. Isso é percebido pelo abrupto aumento da jornada de trabalho.

Assim sendo, essa mais-valia, é a diferença entre o valor produzido pelo trabalho e o salário pago ao trabalhador, que conseqüentemente em uma sociedade de paradigma produtivo, não permite nem mesmo o respeito ao descanso do ser humano.

Se o paradigma da produção é o que anima o espírito do capitalismo, portanto, deve remunerar o trabalhador a partir do seu fiel dispêndio da força de trabalho. É o que Marx aponta como grande problema da sociedade de produção e mantém os seus esforços nesse sentido:

Partimos do pressuposto de que a força de trabalho seja comprada e vendida pelo seu valor. Seu valor, como o de qualquer outra mercadoria, é determinado pelo tempo de trabalho necessário à sua produção. Se, portanto, a produção dos meios de subsistência médios diários do trabalhador exige 6 horas, então ele precisa trabalhar 6 horas por dia para produzir diariamente sua força de trabalho ou para reproduzir o valor recebido por sua venda. A parte necessária de sua jornada de trabalho compreende então 6 horas e é, portanto, mantendo-se inalteradas as

demais circunstâncias, uma grandeza dada. Mas com isso não é dada a grandeza da própria jornada de trabalho (MARX, 1996, vol. I, p. 345).

Marx portanto, vislumbrava a partir da luta de classes, condições de trabalho melhores, redução da jornada de trabalho e remuneração melhor para o trabalhador. Essas espécies de ataques reclamatórios ao sistema, em sua visão, representava um aprimoramento das condições sociais. O dissenso propiciaria um “melhoramento” do sistema.

Já Emile Durkheim, tangenciou seu pensamento a partir da divisão do trabalho. Em sua concepção, o industrialismo trouxe aos homens um desejo incessante de se obter a felicidade, e portanto, se o trabalho for cada vez mais especializado, o homem poderá elevar o seu rendimento, e conseqüentemente ter maiores possibilidades de alcançar essa felicidade.

Identifica ainda, que a partir da sociedade de produção, os recursos que são postos a disposição são inúmeros e abundantes, e completa:

[...] são também de melhor qualidade. A ciência faz-se melhor e mais depressa; as obras de artes são mais numerosas e mais aperfeiçoadas; a indústria produz mais, e os seus produtos são mais perfeitos. Ora, o homem tem necessidade de todas essas coisas; parece portanto que deve ser tanto mais feliz quanto mais possui e, por consequência, que é naturalmente incitado a procurá-las (DURKHEIM, 1984, p.10).

Portanto, o homem tem necessidade de conquistar todas essas coisas postas a sua disposição. Sendo que, só será mais feliz na medida em que possuir mais coisas.

Durkheim ainda pontua que a partir dessa nova lógica que o industrialismo impõe, a divisão do trabalho torna-se de extrema necessidade para a consecução dos fins almejados pelos homens. Sob esse prisma, a divisão do trabalho torna-se algo natural para que sejam realizadas causas exclusivamente psicológicas e individuais (DURKHEIM, 1984, p.10).

Esse movimento, leva o homem a sentir necessidade de especializar-se cada vez mais. E tal especialização, não seria possível sem a existência de uma sociedade que permita essa prática. Sendo assim, a sociedade de produção torna possível a organização do trabalho, que faz com que os trabalhadores possam alcançar a felicidade a partir do consumo.

Consumir, pressupõe a melhor distribuição do trabalho perante a sociedade. Realizar a divisão social do trabalho, tem efeitos bastante significativos na esfera do

indivíduo, enquanto participante ativo dessa sociedade. E o homem só tem necessidade de sentir-se inserido nessa lógica de divisão, porque entende que obterá vantagens a partir dessa postura.

Max Weber, fez as sua considerações a partir da teoria da burocracia. Em sua visão o capitalismo para funcionar, deve fazer com que os funcionários da máquina estatal realizem tarefas especializadas. Portanto, o sistema produtivo não pode prescindir do aparato burocrático da autoridade.

Sendo assim, uma autoridade deve fazer frente a estrutura que é montada em divisões especiais de trabalho, pois em sua concepção “se o funcionário deixa de trabalhar, ou se seu trabalho sofre uma interrupção forçosa, sobrevivendo o caos, é difícil encontrar entre os governados representantes capazes de controlá-los” (WEBER, 2000, p.84,85, tradução nossa).

Para Weber, tanto a administração pública como a privada necessitam estarem alicerçadas em uma estrutura burocrática, pois essa burocracia representa a marcha regular e correta das estruturas do capitalismo privado (WEBER, 2000, p.85).

Então, a sociedade de produção para sobreviver, mantendo o seu curso normal de crescimento industrial, deve se burocratizar a fim de nivelar socialmente o interior das organizações políticas, e sobretudo, o interior das organizações estatais, o que a reboque, favorece diretamente os interesses do capitalismo. Dizendo ainda que:

Com frequência, a burocratização tem-se realizado em franca aliança com interesses capitalistas; a grande aliança histórica do monarca absoluto com os interesses capitalistas, por exemplo. No geral uma comparação legalista e a eliminação de grupos locais solidamente estabelecidos, manejados por nobres, tem sido uma expansão da atividade capitalista. Sem embargo, como consequência da burocratização, cabe esperar a prática de que uma política adaptada ao interesse do pequeno burguês por uma "subsistência" tradicional assegurada, e inclua uma política estatal socialista que restrinja as oportunidades de benefício privado (WEBER, 2000, p.89, tradução nossa).

Weber então, vislumbrava o fato de que a sociedade para se organizar e promover um capitalismo mais social, devia fazer uso da burocracia, o que invariavelmente acabava esmagando a autonomia e criatividade individuais, engessando muita das vezes, a máquina administrativa.

Conclui-se então, que o paradigma da produção manteve suas formas até a chegada de um industrialismo que não conseguia mais ter limites. A sua gênese

estava prestes a ser mitigada, e os produtos fabricados passariam a ganhar posição de destaque na sociedade. Seria o início do consumismo.

1.3 A SUBSTITUIÇÃO DO PARADIGMA DA PRODUÇÃO PELO PARADIGMA DO CONSUMO

Quando a produção ainda era o centro do sistema econômico, o objeto artesanal ocupava lugar de destaque pois era produzido individualmente e de acordo com a demanda da comunidade. Isso, em boa medida, fazia com que as necessidades pessoais fossem razoavelmente compatíveis com o nível de produção.

O que ocorre é que na contemporaneidade, devido ao processo de industrialização e principalmente o de longa escala, quem dita as necessidades humanas não é mais o ser pensante, e sim o próprio objeto que quando fabricado já vem com sua finalidade bem definida, incutindo no ânimo das pessoas necessidades que elas nem sabiam que tinham.

A intensificação das relações comerciais entre ausentes esfacelou também a própria relação do indivíduo com os seus pares e transformou as pessoas em seres individualistas. Já não se sabe quem é o dono da grande indústria, não é mais necessário que ele esteja presente para comandar tal estrutura e pouco importa quem ele seja. Isso faz com que a ótica do século XVIII desloque-se da figura visual de um homem “montado” em cima de sua terra - representando assim o grande poderio econômico – para outra, o “ausente capitalista”.

Essa tônica realiza o fato de que o grande detentor do capital não seja mais aquele com alta capacidade de produção e sim aquele que de maneira desencaixada espacial e temporalmente consegue ter mais coisas. A relação homem, terra e nobreza perdeu sua importância.

Tal sistema comparativo foi abandonado e passa ser agora uma relação que valoriza o quantitativo de objetos apropriados por alguém, determinados pela sua capacidade de consumo. O grande produtor perde espaço agora para o grande consumidor.

A sociedade, que se coloca em constante processo de desenvolvimento se vê estática frente as novas gerações de produtos, aparelhos e bugigangas

colocados à disposição. E na mesma proporção de proliferação dos objetos, as necessidades humanas.

O meio ambiente leva o ser humano a um grau de abstração que é preenchido pelo emprego de tecnologias que visam a satisfação da necessidade individual ou coletiva no ambiente familiar. Isso leva às pessoas a um consumismo inconsciente, querendo de todas as formas se apropriarem da realidade tecnológica dos objetos. Uma necessidade nova pressupõe um objeto novo.

Com toda a certeza, a casa representa de forma magnífica o culto aos objetos. Se mudam as relações indivíduo-família, de toda a sorte o estilo mobiliário também será afetado. Isso faz com que haja uma dependência do indivíduo com o progresso que pensa alcançar com a apropriação de algo inanimado (BAUDRILLARD, 2008, p.23).

O objeto se liga intimamente com a produção da felicidade individual, dando a ele uma verdadeira identidade funcional, ora na produção de bem-estar ora fazendo o sujeito perder sua própria identidade. Existe aí uma verdadeira obsessão de que os objetos presentes em determinado lugar se comuniquem, em um estilo de arranjo próprio do ambiente. É o querer “dar vida” aos objetos.

Baudrillard faz a crítica:

Não se trata aqui da obsessão doméstica tradicional: cada coisa no seu lugar e que tudo esteja limpo. Aquela era moral, a de hoje é funcional. Ela se explica se for relacionada à função de fecalidade (sic) dos órgãos primários, poder-se-ia de certo modo qualificar o homem moderno, o cibernético, como hipocondríaco cerebral, obcecado pela circulação absoluta das mensagens (BAUDRILLARD, 2008, p.35).

Conforme o homem envelhece, as suas necessidades não são mais as mesmas de quando na fase de puberdade ou pré-puberdade, porém a força dos objetos é tão grande que transcende as épocas. Um exemplo clássico é a figura do colecionador, que transfere o seu culto à objetos determinados por serem uma espécie de grupo que só tem significado estando juntos.

Isso arrima como mais veemência que o consumo não tem limites, tornando o indivíduo escravo de algo que nem ele entende. É uma vontade inconsciente. Baudrillard novamente:

Enfim, uma relação com a conjuntura sexual é visível por toda a parte; a coleção aparece como uma compensação poderosa por ocasião das fases críticas da evolução sexual. É sempre própria de uma sexualidade genital

ativa mas não a substitui pura e simplesmente. Constitui, em relação a esta, uma regressão ao estado anal que se traduz por condutas de acumulação, ordem, retenção agressiva e etc (BAUDRILLARD, 2008, p.95).

Sem dúvida a figura do colecionador reforça a idéia da interatividade entre ausentes desencaixados temporal e espacialmente e, o mais impressionante, entre um homem e um objeto desencaixado de seu contexto fático. Basta observar um sujeito que coleciona carros antigos.

Tal feito refere-se a vontade de apropriar-se do passado que ali está representado na figura dos carros, que foram criados em outro contexto e com propósitos distintos do que àqueles atribuídos pelo seu detentor atual.

A coleção também representa o poder de alguém não mais se apropriar de algo individualmente, mas de vários artefatos, que, juntos, somam grandes quantias em dinheiro. O *status* da sociedade contemporânea é determinado pelo consumismo desenfreado. Pela capacidade de consumir.

Nessa esteira, vontade e necessidade se confundem fazendo com que o comprador tenha a vontade de uma necessidade inexistente em plano concreto. Algo que se ele não tivesse não faria diferença, enquanto fator normal de existência contínua em sociedade, não seria algo vital. Isso faz com que esse comprador ultrapasse a estrita necessidade em busca da satisfação surreal.

Assim, produtos e mais produtos são gerados de maneira muito rápida e na mesma intensidade de seus nascimentos as suas mortes para que uma nova geração de produtos de imediato as substituam. Essa lógica capitalista comporta nesse momento mais um fator, o consumo como meta de uma nova racionalidade imposta às pessoas.

Ao que parece, o trabalho na época antes da Revolução Industrial era o cerne da sociedade de cunho agrícola e posteriormente industrial. Hoje a lógica se inverteu porquanto o trabalho não é mais aquele para prover a subsistência e sim uma forma de acumulação de objetos. O trabalho passa a ser um fim em si mesmo. Segue:

Hoje, uma nova moral nasceu: precedência do consumo sobre a acumulação, figa para a frente, investimento forçado, consumo acelerado, inflação crônica (torna-se absurdo economizar): todo o sistema resulta disto, em que se compra primeiro para em seguida se resgatar o compromisso por meio do trabalho (BAUDRILLARD, 2008, p.169).

Isso remonta em bons termos o sistema feudal, em que o trabalhador já deve antecipadamente uma parcela de seu trabalho a fim de poder conseguir consumir determinado objeto. Porém, a diferença entre o sistema feudal e o contemporâneo reside no fato de que o consumidor moderno integraliza e assume por conta própria essa infundável obrigação. É a confiança em um sistema que nunca parará de produzir, fazendo com que gere à ele renda suficiente para manter esse consumo.

A Revolução Industrial, nesses termos, só foi concebida por conta da existência de vários consumidores, já na época, diferenciando-se do mundo atual em que o objeto moderno encontra-se verdadeiramente personificado. Algo não percebido no tempo da Revolução. O homem contemporâneo é desejado, amado e venerado pelo objeto que possui. A compra do objeto em si é puro meio de concreção desses adjetivos.

O objeto, assim, cria uma estratificação social, sendo ele que distinguirá as pessoas uma das outras. O rompimento com a história antiga em que se predominava a produção como centro do sistema econômico é perceptível por alguns fatores elencados por Baudrillard, senão vejamos:

[...] 1º a sociedade de consumo (objetos, produtos, publicidade) oferece ao indivíduo, pela primeira vez na história, uma possibilidade de libertação e de realização total; 2º ultrapassando o consumo puro e simples rumo à expressão individual e coletiva, o sistema de consumo constitui uma linguagem autêntica, uma cultura nova (BAUDRILLARD, 2008, p.193)

Sendo assim, cria-se um novo deslocamento do eixo indivíduo-sociedade trazendo à tona uma nova substituição da relação humana caótica e altamente conflitante por uma relação voltada a personalização dos objetos. O consumo é corolário de uma civilização industrial, com peculiaridades próprias do momento em que se vive:

É preciso estabelecer claramente que não são os objetos e os produtos materiais que são objeto de consumo: estes são apenas objeto da necessidade e da satisfação. Em todos os tempos comprou-se, possuiu-se, usufruiu-se, gastou-se – e contudo não se “consumiu”. As festas “primitivas”, a prodigalidade do senhor feudal, o luxo do burguês do século XIX não pertencem ao consumo. E se nos sentimos justificados a usar este termo na sociedade contemporânea, não é porque passamos a comer mais e melhor, porque absorvemos mais imagens e mensagens, porque dispomos de mais aparelhos e de *gadgets* (sic). Nem o volume dos bens nem a satisfação das necessidades são suficientes para definir o conceito de consumo: constituem somente uma sua condição prévia (BAUDRILLARD, 2008, p. 206).

Essa nova racionalidade denominada consumo, possui um significado maior, remete ao fato de que todo o aparato que se apropria quando se consome tenha um significado, seja um verdadeiro signo pronto a receber “vida” do seu detentor. Representando ainda uma manipulação sistemática de todo o bojo envolvido.

É nesse passo que a idéia de personificação do objeto se realiza, pois não é necessário que o objeto seja coerente em relação ao indivíduo no plano concreto. Basta que isso seja idealizado abstratamente no imaginário do sujeito. Isso é o consumismo contemporâneo.

Já o consumismo do século XVIII não possuía perspectiva transcendental, apenas se realizava em caráter de necessidade primária, sem vistas a estabelecer diferenças entre as pessoas e sim ser consumido pela sua própria materialidade.

1.4 A GLOBALIZAÇÃO E A SOCIEDADE DE CONSUMO COMO PANO DE FUNDO DA ORDEM ECONÔMICA

A palavra “globalização” ganha amplitude todos os dias. Ela está presente na maioria dos discursos políticos que festejam a circulação de informações ou ainda servindo pra identificar que problemas locais a partir de agora são compartilhados por todos. Nada que acontece no mundo será um fenômeno isolado pelas barreiras fronteiriças.

A globalização também aponta para uma remodelação dos Estados nacionais. Em nome desse fenômeno, a política que era o cerne do Estado vem sendo deixada de lado e sendo excluída do processo de governabilidade. A globalização aumenta as possibilidades de realização de negócios transnacionais, significando assim a proliferação rápida de empresas e o aumento do poderio dos sócios em tensionar a política dos Estados.

E nesse molde, “a globalização significa *politização*, pois permite aos empresários a reconquista do poder de negociação que havia sido domesticado pelo Estado do bem-estar social” (BECK, 1999, p.14).

Essa quebra de fronteiras que a globalização proporciona permite, além do desmantelamento estatal, a ascendência de uma nova postura das empresas. A postura da pressão. Os Estados sentem-se obrigados a permitir a “invasão” das empresas e submeterem-se ao que é determinado por elas.

Isso é sentido nos países em desenvolvimento que precisam alavancar suas economias e acreditam nessa política. Desse modo, a globalização também permite uma sub-politização. Empresas produzem em um país, pagam impostos em outro e exigem investimentos de infra-estrutura em um terceiro.

Isso cria também um conflito entre os Estados que passam a disputar o ingresso das empresas em seus territórios, muitas vezes sangrando a população que no final das contas terá que arcar com o financiamento dos benefícios concedidos a essas empresas.

Ao passo que as empresas transnacionais se livram dos impostos, as pequenas e médias empresas sofrem com a burocracia e os entraves fiscais, sendo que essas são as responsáveis pela maior quantidade de abertura de postos de trabalho.

As empresas passam a ser o que Beck chama de contribuintes virtuais, pois lhes é concedido o benefício de obterem lucro em um lugar e fazerem investimentos em outro. Obtêm assim quatro tipos de subvenção: “primeiro, com a otimização da infra-estrutura; segundo, com a subvenção de seus produtos; terceiro, com a redução de impostos; e quarto, com a ‘externalização’ do custo do desemprego” (BECK, 1999, p.23). Todo esse quadro remete ao fato de que o *welfare state* já não se sustenta, todas as suas premissas são derretidas pela globalização.

Talvez seja até esse o motivo pelo qual os Estados fazem de tudo para terem as empresas. Acreditam no fato de que podem reaver as rédeas da situação e ainda serem Estados provedores, demonstrando que são capazes de garantir os empregos por meio da iniciativa privada e ainda girarem a grande roda da economia.

Mas, a verdade é que houve uma perda abrupta do poder de coesão dos Estados, sendo a globalização o divisor de águas dessa constatação, fazendo com que os interesses dos ricos e dos pobres sejam cada vez mais distanciados. Os novos ricos não “vêm” mais utilidade nos novos pobres. Logo existem mais perdedores do que ganhadores na globalização.

Se é notório que as empresas que realizam negócios transnacionais atuam sem nenhum tipo de oposição, também é fácil pensar que a expansão dos seus negócios é ilimitada, bastando somente um ponto de distribuição. A mundialização dos negócios conseqüentemente valida a expansão do consumo. As informações correm e novas tecnologias contribuem para o aparecimento de novos objetos.

Assim sendo, a globalização é um processo pelo qual todas as categorias dos Estados encontram-se em constantes ingerências de outros atores transnacionais e ignorar esse fato é também ignorar os riscos que tudo isso acarreta. Igualmente são apresentados neste quadro os riscos de se consumir qualquer coisa, afinal não há como filtrar o que mundialmente se espalha.

A sociedade está em constante movimento, seja a gosto ou contra gosto. Permanecer imóvel não é uma opção em um mundo de mudanças. Estar atento a essas mudanças significa também ser globalizado. E em contra-partida situar-se localmente constitui privação e degradação social. As distâncias são meras utopias, tudo está conectado, “linkado”, e a idéia de fronteira geográfica é cada vez menos utilizável e pouco sustentável na atualidade.

A globalização, não obedece a nada e nem a ninguém, vive por si e possui caráter indeterminado e autopropulsão. O seu significado aponta não para empreendimentos que dizem respeito à todos e sim aos efeitos maléficos que ela pode causar, desde a destruição ambiental ao tensionamento de uma localidade que atinge uma parcela de pessoas indetermináveis. O movimento é tão rápido que bastam alguns minutos para que empresas e Estados enfrentem a desordem.

A globalização permitiu a ligação de tudo com todos, criou muitas oportunidades, bem como a dos ricos ficarem mais ricos. Empresários utilizam-se das tecnologias “saídas do forno” para movimentar grandes quantias de dinheiro ao redor do mundo sem precisarem sair de seus escritórios.

De qualquer forma, essas tecnologias encontram-se acessíveis também ao pobre, mas de uma maneira diferente. Esse possui acesso somente aos efeitos devastadores. É benéfica para alguns e marginaliza uns tantos outros. Enfim, isso é o paradoxo desse fenômeno.

A globalização comprime o tempo e por meio do dinamismo intercepta as vontades dos consumidores criando uma impaciência e pouca atenção com os objetos consumidos. Construindo assim um desprendimento rápido com a coisa e perpetuando desejos indóceis, impetuosos e altamente instigáveis.

O ato de consumir sempre esteve presente na vida das pessoas, desde a antiguidade e com mais veemência na contemporaneidade. E o que realiza uma intensa diferenciação nesse ato nos dois períodos é o *animus* de cada tempo. Consumir bens sempre demandou a apreciação de necessidades básicas como

alimentação e lazer, ou seja, o essencial a um desfrute de vida mediana sem abundância material e regrada pelas condições sociais de cada família.

Quando uma sociedade de consumo emerge, ela necessariamente rompe as barreiras das necessidades básicas e apresenta ao mundo uma nova variedade de mercadorias, as supérfluas. Em meados do século XVI registrou-se o surgimento das mais diversas mercadorias que dificilmente poderiam ser consideradas mercadorias de necessidade, fruto exatamente da expansão ocidental para o oriente.

Dentre o emaranhado de objetos que se destinavam a uma nova racionalidade de necessidades encontravam-se brinquedos, rendas, fitas, jogos, plantas ornamentais, produtos de beleza, alfinetes e botões (BARBOSA, 2008, p.19).

Essa nova cultura de consumo obteve grande êxito no século XVI, pois, uma parte importante da criação de concepções estava sendo afetada, a dimensão cultural. A literalidade da população aumentava, um romance ficcional encontrava-se em ascensão e passava-se a ter uma preocupação com novas formas de lazer (BARBOSA, 2008, p.19).

Fato que acabava refletindo imediatamente na subjetividade do indivíduo que passava a ser controlado por impulsos da imaginação sempre buscando a melhoria do seu bem-estar e não mais preocupado com o outro. Apenas e somente consigo.

As sociedades tradicionais traziam em seu bojo unidades bastante específicas que refletiam o modo de vida que as famílias levavam, sendo que em grande parte os grupos domésticos produziam para o consumo de suas próprias necessidades.

Nesse sentido, as famílias previamente já tinham seu *status* definido, ou seja, tinham seu consumo regulado e subordinado em parte pelas leis suntuárias¹³. Isso demandava uma preocupação moral crucial que ia desde o luxo até a

¹³ As Leis Suntuárias foram criadas a partir do ano 200 a.c e se tratavam de leis que visavam a regulamentação da vida das pessoas, principalmente restringindo atividades de consumo, número de convidados em um banquete, bem como a quantidade do dinheiro que alguém podia possuir, no caso o ouro era o objeto da castração. Essas leis tinham uma intensa preocupação com a manutenção dos interesses hierárquicos da pirâmide social, em que se fazia um controle daqueles que poderiam ameaçar as classes altas. Ainda no período, por volta de 476 d.c, essas leis tiveram uma migração bastante grande pela Europa, e já restringiam inclusive o uso de determinados objetos, com a verdadeira intenção de se manter um controle social.

estratificação social de critério demarcatório. O que se tinha era uma delimitação de um estilo de vida a ser seguido:

[...] status e estilo de vida eram variáveis dependentes entre si e independentes da renda. Isto quer dizer que a posição social de uma pessoa determinava o seu estilo de vida, independentemente da sua renda, ou seja das condições objetivas que esta pessoa possuía para mantê-lo e menos ainda do seu desejo pessoal de querer fazê-lo ou não, sob pena de ser excluído da sociedade de corte (BARBOSA, 2008, p.20).

Quando se transporta essa análise para contemporaneidade o choque é bastante evidente. A primeira coisa que cai por terra é essa dependência entre *status* e estilo de vida, bem como, de independência em relação à renda. Sendo que nesse momento a sociedade torna-se individualista, e claro, por razões lógicas de mudança cultural.

No segundo momento, não existem mais instituições, códigos, regramentos que limitem a liberdade de escolha e autonomia na decisão de como se quer viver. Simplesmente o indivíduo é livre nas suas escolhas, livre para consumir de forma ilimitada, bastando que haja subsídios pecuniários para tanto. E assim se ilustra o momento vivido em que “hoje não existe moda: apenas modas, não existem regras: apenas escolhas e todos podem ser qualquer um” (EWEN, S; EWEN, E, *apud* BARBOSA, p.21).

Sem regramentos ou instituições que limitem as escolhas dos indivíduos não haverá mais hegemonia entre as tribos urbanas. No entanto haverá a multiplicação da diversidade de grupos criando as suas próprias modas.

Isso traz também uma problemática dentro dessa estrutura societária que é mais uma questão de legitimação e de conhecimento sobre como usar determinado bem do que o que está sendo usado. Isso se traduz por exemplo nos produtos piratas, que trazem na imitação dos bens de luxo, uma oportunidade para aqueles que não possuem renda suficiente para consumir o produto original. Muitas vezes consumindo apenas por consumir, apenas para não se sentir diminuído no sistema de estratificação societária (BARBOSA, 2008, p.22,23).

E, se a sociedade de consumo alcança o seu ápice com a possibilidade de controle do indivíduo quanto ao seu direito de escolha, paralelamente a isso cria um sujeito auto-suficiente, pois se baseia apenas na sua própria vontade. Eis aí um dos momentos de transição da sociedade antiga para a contemporânea.

Outra traço de caráter demarcatório no processo de mudança da sociedade de corte para contemporânea do consumo pode ser observado no vislumbre da moda. A sociedade antiga conservava os seu objetos por gerações e mais gerações, e a oxidação nos metais era a marca registrada de *status* do objeto antigo.

A Pátina deixada no objeto demonstrava um ciclo de vida bem mais longo dos objetos, que hoje são facilmente substituídos pelos mais novos. Bastando que o mais novo seja o que está na moda, o que está em evidência (BARBOSA, 2008, p.24).

O consumo tornou-se no mundo moderno o foco principal de ascensão social, deslocando a preocupação de dimensões sociais como trabalho, cidadania e religião para práticas de aspirações somente pessoais, desconstrução da identidade e perda dos valores culturais (BARBOSA, 2008, p.32).

A sociedade fica extremamente materialista e a aferição do indivíduo perante essa nova concepção é valorada com base no que ele tem e não mais no que ele é. Por isso, impossível pensar em uma cultura de consumo que seja planejada ou guiada por leis castrativas. A sociedade capitalista é incompatível com essa estrutura (BARBOSA, 2008, p. 32,33).

A sociedade de consumo demanda universalidade de suas mercadorias e impessoalidade nas relações. Não há preocupação quando da produção de suas mercadorias que a tal seja destinada a um indivíduo específico.

A produção é para a massa. Nessa linha é o consumidor que não é mais alguém conhecido, mas construído e só pode ser assim, como um objeto. A liberalidade mercadológica guia os indivíduos em princípio para adquirir o que quiser e assim também não restringe o que pode ir para o mercado. Via de regra qualquer coisa pode ser arrebatada pelo mercado (BARBOSA, 2008, p.33).

O indivíduo com o passar do tempo refina o seu pensamento e tem novas necessidades. Almeja novos horizontes e desloca suas forças à concreção dos objetivos. Necessita de progresso econômico e social, em que o segundo é corolário do sistema capitalista e quase que um mandamento.

Isso cria no íntimo do ser uma ansiedade, angústia e preocupação de não se enquadrar nos moldes postos a ele, criando assim um consumidor com necessidades ilimitadas e insaciáveis.

O desencadeamento da reta que liga o consumidor a uma insaciabilidade latente, não é mais fruto da acumulação dos objetos, acumulação *per sí*, pois se

assim fosse não haveria o descarte rápido dos objetos a fim de substituí-los por outros.

Daí então a insaciabilidade está ligada ao desejo de novidades, busca por prazeres que são alimentados pela imaginação, pelo irreal que sente necessidade de ser real, fazendo que esse hedonismo seja em grande parte construído mentalmente.

O consumo invade a vida privada, e todas as suas etapas estão previamente traçadas, hora a hora, passo a passo, em atividades que se desenvolvem em cadeia combinatória, uma robotização da vida.

O consumo vai desde a climatização das vidas, que se transmuta em necessidade de abundância, que se traduz por meio da apropriação dos objetos, até a criação de uma ambiência perfeita que pode ser facilmente percebida nos grandes centros comerciais (BAUDRILLARD, 2007, p.19).

Ou em outros pontos de comercialização que trazem em sua infra-estrutura um chamariz ao ato de consumir. A ambiência reproduzida de maneira bela, torna-se a primeira condição à uma vida plena e feliz.

Interessante também é se destacar que a ordem social que se baseia em uma homogeneização dos objetos a serem consumidos que antes eram dispersos, podem, facilmente, serem encontrados em uma mesma estrutura destinada ao comércio, como uma espécie de “apelação midiática” de cunho extremamente visual, Baudrillard na mesma linha:

O trabalho, o lazer, a natureza, a cultura, que outrora se encontravam dispersas e provocavam a angústia e a complexidade na vida real, nas nossas cidades <<anárquicas e arcaicas>>, todas as atividades desgarradas e mais ou menos irreduzíveis umas às outras – ei-las agora como um todo misturado, amassado, climatizado, homogeneizado no mesmo <<traveling>> de um <<shopping>> perene, completamente assexuado no ambiente hermafrodita da moda! Finalmente, eis tudo *digerido* e restituído à mesma matéria fecal homogênea (claro está, precisamente sob o signo do desaparecimento do *dinheiro* <<líquido>>, símbolo ainda demasiado visível da fecalidade *real* da vida concreta e das contradições econômicas e sociais que antes nos atormentavam) – tudo isso acabou: a fecalidade *controlada*, lubrificada, *consumida*, inseriu-se nas coisas, encontra-se por toda parte difundida na indistinção das coisas e das relações sociais (BAUDRILLARD, 2007, p.20,21).

A felicidade que se persegue quando do ato de consumir, é uma felicidade pautada na crença de uma onipotência dos objetos apropriados, dando a essa

complexidade um viés miraculoso na busca do bem-estar. São os signos os verdadeiros representantes da felicidade.

Por isso fica fácil concluir que os benefícios do consumo não são adquiridos por meio do trabalho ou ainda de processos de produção. Adquirem-se como forma de milagre, milagre de mudanças na vida cotidiana.

Os bens que antigamente eram tratados como objetos trabalhados, ou seja, em um sistema que privilegiava a produção, hoje se sustenta em um movimento de apreensão desses mesmos objetos dando importância aos produtos acabados, estampados nas vitrines, carregados de arranjos chamativos. Muito deles nem mesmo tem uso no dia a dia.

Em contrapartida, um sistema de produção próprio do período da Revolução Industrial, levava as pessoas a um consumo apenas para satisfação de necessidades reais. Isso não quer dizer que a sociedade abandona de modo decisivo tal sistema de produção e nem que na época da Revolução tampouco havia consumo.

O que muda na contemporaneidade é a maneira de se produzir e a de se consumir em que a sistemática principal da nova ordem de consumo é a manipulação dos signos (BAUDRILLARD, 2007, p.23).

A força dos signos é tão importante que conduz sua análise a uma constante ambivalência que sempre fará conjurar nos objetos a representação de força, felicidade e ao mesmo tempo de infelicidade e impotência por aqueles que não os possuem.

A imagem do objeto carrega a verdadeira imitação do "real", sendo que a única trombeta de ordem é, "me compre!". Eis aí o trampolim do consumidor, e o que definirá o seu afogamento ou o seu êxito em nadar e alcançar o outro lado é a sua capacidade de consumir.

O consumo se apresenta como espetáculo, e a sociedade passa a ser bombardeada por informações emboladas, desencontradas, todas com um único sentido de incutir nas pessoas a vontade de comprar.

A mídia nesse momento passa a ser ao mesmo tempo algoz e salvador do consumidor, vez que suas propagandas mirabolantes fazem o consumidor comprar mesmo sem poder, muitas vezes se endividando para tanto. E de outra banda informando os riscos de se consumir determinado produto. A convivência com a comunicação de massa não é processo de fácil filtração:

O que caracteriza a sociedade de consumo, é a *universalidade* do <<*fait divers*>> na comunicação de massa. Toda informação política, histórica e cultural é acolhida sob a mesma forma, simultaneamente anódina e miraculosa, do <<*fait divers*>>. Actualiza-se integralmente, isto é, aparece dramatizada no modo espetacular – e permanece de todo *inactualizada*, quer dizer, distanciada pelos meios de comunicação e reduzidas a signos (BAUDRILLARD, 2007, p.24).

Isso arrima o fato de que, por muitas vezes, as comunicações de massa não traduzem a realidade mas simplesmente lances, vertigens de realidade, fazendo com que os signos por ela apresentados passem uma sensação de segurança (BAUDRILLARD, 2007, p.24). Isso em boa medida se reflete no superego do consumidor que já não consegue mais ter uma capacidade de trancamento do ego¹⁴, sendo intimamente compelido a consumir.

Essa comunicação de massa não fornece orientação para o mundo, simplesmente oferecem signos atestados por eles mesmos trazendo a tona o fato de que muitas das vezes o consumo não é determinado pelo conhecimento de mundo nem tampouco sob a ótica da ignorância completa, e sim sob o desconhecimento (BAUDRILLARD, 2007, p.2007, p.24).

O lugar do consumo é a vida cotidiana, tal fato nos rodeia e estimula essa práxis. É um ambiente de deleite e de mescla eufórica. “[...] A sociedade de consumo pretende ser uma Jerusalém rodeada de muralhas, rica e ameaçada – eis a sua ideologia” (BAUDRILLARD, 2007, p.27).

O advento da sociedade de consumo traz em seu bojo além do rápido crescimento das despesas individuais, um aumento de obrigações dispendiosas assumidas por terceiros, sobretudo pela Administração Pública em benefício dos particulares em nome inclusive de uma diminuição de desigualdades sociais com a efetiva distribuição dos recursos.

¹⁴ A idéia de ego e superego foi desenvolvida por Freud quando dos estudos da psicanálise, no intuito de dividir a psique em três componentes básicos acrescentando-se o “id”. A idéia de Freud passava pelo fato de que o ego seria uma parte da psique que controlaria a personalidade, e nessa fase seria decidido se algum tipo de satisfação deveria ser saciada, seria a parte que dota de prazer a vida. Já ao superego caberia a função de juiz, quando de posse das informações de necessidades que deveriam ser saciadas, ele se encarregaria baseado em decisões morais, permitir ou não a satisfação desses prazeres.

Em análise sucinta, o consumo traz para o ego várias necessidades que em tese devem ser saciadas para dotarem a vida do consumidor de prazer, e por muitas vezes o superego não consegue controlá-las, devido ao fato de que as informações chegam ao consumidor de maneira confusa, mas se mostrando bastante real e principalmente moral. Consumir é ser moralmente aceito na sociedade, eis aí um conflito interno na psique.

Ao mesmo tempo em que a mudança paradigmática sai de um sistema único de produção para um excessivamente consumista, surge inegavelmente avanços de ordem mundial como por exemplo as inovações tecnológicas, inclusive tecnologias de risco.

Tais progressos estão avançando de maneira abrupta gerando uma abundância de bens e de equipamentos de uso individuais e coletivos que vem causando prejuízos em demasia. De um lado no desenvolvimento industrial e do outro nas próprias estruturas do consumo.

Basta olhar para o meio ambiente, bem jurídico de caráter difuso, em que as novas tecnologias degradam e poluem porções da biodiversidade que afetam pessoas indefinidas. E de igual forma prejudicam o consumo dessa matéria tão importante para o desenvolvimento econômico de qualquer ente soberano.

Muitas vezes, a política de degradação apoiada em um discurso falso de inovações sem benefícios, de ordem sensível ao modo de vida, mostram mais uma vez a importância da comunicação na confecção de signos, que poderão ser recepcionados de várias formas pelos seus destinatários diretos e indiretos.

O ritmo do consumo é um ritmo desenfreado e desmedido. Por vezes inalcançável por parcela considerável da população. Sendo que aqueles que alcançam o modelo estabelecido o conseguem às duras penas. E assim tanto a produção quanto o consumo representam processos de ostentação, sendo este último o mais forte na contemporaneidade.

Com isso, a sociedade de consumo depende de seus objetos para existir ao mesmo tempo que tem necessidade de destruí-los para imediatamente fazer a substituição ou criar objetos de desgaste lento que levam à sensação de desatualização. Em bons termos, a destruição ainda permanece como pedra fundamental ao processo de produção, e o consumo visa transpor essa destruição e se apropriar do objeto novo, produzido e estampado em um chamariz convidativo.

Isso representa a vontade que as pessoas têm de buscar a felicidade por meio da internalização de signos e apropriação de objetos, sendo que essa felicidade perseguida representa a principal referência da sociedade de consumo.

O que justifica o ato de consumir, é o fato de que essa felicidade é algo palpável, pode ser encontrada nos objetos, é personificada no uso de coisas, é mensurável e traz o bem-estar.

O bem-estar não é assunto de discussão atual, emergiu inclusive na Revolução Burguesa ou em toda revolução que se prestou a realizar e não conseguiu ou até mesmo não pôde concretizar o princípio da igualdade entre os homens.

E já que essa igualdade não se realizou de uma maneira real, achou-se então transferida das capacidades, responsabilidades e possibilidades sociais da felicidade para uma igualdade diante dos objetos e signos que representariam nesse momento o êxito social, bem como a felicidade de cada um.

Passa-se a ter uma igualdade aparente, como por exemplo o uso do automóvel que ao mesmo tempo em que demonstra um *status*, faz com que aquele que não tinha capacidade para adquiri-lo lance-se em um processo de endividamento a fim de buscar o *standart* da felicidade e bem-estar que lhe é imposto pelo sistema que lhe rodeia.

Cria-se assim, a falsa percepção de que se todos possuem o mesmo objeto com a mesma significação é porque encontram-se igualmente equalizados perante a onda do consumo.

Mais que um mito, é desprezar o acosso social que as pessoas sofrem quando se impõe um padrão a ser seguido. É tão sofrível quanto o fato de que por mais que se tente, grande porcentagem da população nunca conseguirá.

O alcance do bem-estar social está longe de estar atrelado ao volume de bens possuídos por alguém e bem mais longe de equilibrar as relações sociais, uma vez que essa dicotomia entre felicidade e consumo cria uma sociedade que não se importa com os laços sociais, e as pessoas passam a se preocupar mais com o que elas querem ser e menos com o que são.

É o signo que é significante de um significado e assim um objeto *per si* não tem valor algum se nele não tiver contido informações que possam levar o consumidor a ter vontade de se apropriar, a se sentir diferenciado por ter tal objeto, a se sentir feliz.

Nesse prisma, quando se abandona a produção como centro do sistema econômico, significa que os bens manufaturados ou serviços são aqueles que são acessíveis somente às massas e de outra banda os bens que outrora eram gratuitos e disponíveis em profusão, tornam-se bens de luxo acessíveis somente aos privilegiados.

O advento da sociedade de consumo não pode ser comparado a nenhum outro modo social anterior a ela, visto que é na sociedade de consumo que há uma reconstrução das relações sociais a partir de um padrão e a semelhança entre consumidores e os próprios objetos.

Quando isso ocorre não se é mais capaz de perceber até que ponto permanece inerte a subjetividade do consumidor, pois este vira o próprio objeto perseguindo o fato de que o que foi comprado represente as suas próprias características de ser humano.

Desse modo, para se alcançar o patamar de “sujeito” dentro dessa sociedade, necessariamente o indivíduo deve se tornar mercadoria (BAUMAN, 2008, p.20).

Se o consumidor é tratado como mercadoria fica muito mais fácil oferecer a ele um objeto sem utilidade. Pois, se o indivíduo não se enxerga como membro da sociedade por não conseguir comprar, fará de tudo inclusive “se vender” para conseguir consumir. Comprar é se inserir na nova ordem estabelecida. É se sentir sujeito de uma sociedade que valoriza a identidade dos objetos.

O consumo é algo permanente. Não se limita de forma histórica ou temporal, não encontra barreiras intransponíveis e é por todos compartilhado. Por cada um a sua maneira e conforme suas capacidades e não mais medido pelas necessidades reais. Tudo isso se encontra em um ambiente de laços sociais esfacelados e fadados a uma menor importância dentro da estrutura societária.

O ambiente possui uma liquidez jamais vista, traduzida nos dizeres de Bauman:

A instabilidade dos desejos e a insaciabilidade das necessidades, assim como a resultante tendência ao consumo instantâneo e à remoção, também instantânea, de seus objetos, harmonizam-se bem com a nova liquidez do ambiente em que as atividades existenciais foram inscritas e tendem a ser conduzidas no futuro previsível. Um ambiente líquido-moderno é inóspito ao planejamento, investimento e armazenamento de longo prazo. De fato, ele tira do adiamento da satisfação seu antigo sentido de prudência, circunspeção, e, acima de tudo, razoabilidade (BAUMAN, 2008, p.45).

A liquidez do ambiente faz com que não haja apego nem mesmo aos objetos do consumo. A necessidade surreal do indivíduo se vê em um ritmo tão acelerado que não há tempo para criar vínculos com a coisa apropriada, mostrando assim uma imperativa necessidade de substituição constante. É a compra e o descarte contínuo.

Em contra-partida, alcançar a felicidade não se liga à uma grande carga de consumo. O grande consumo em países desenvolvidos não tornaram seus moradores mais felizes.

Os índices de suicídios no Japão ainda são altos¹⁵, apesar de seu povo possuir uma alta capacidade de consumo, a economia prosperar diariamente e a sua economia ser orientada para o consumo.

Com isso, a sociedade de consumo pratica a satisfação das necessidades humanas como se fosse um dogma de caráter altamente vinculativo. Não cessa suas atividades enquanto o cliente não se encontra plenamente satisfeito ou no mínimo enquanto as promessas da felicidade forem alimentadas por novas promessas em um sistema rotativo.

A perpetuação da não satisfação dos consumidores é a racionalidade da sociedade de consumo. Tal método de racionalização consiste em depreciar, desprestigiar e desvalorizar os objetos de consumo logo após terem sido absolvidos pelo imaginário do consumidor dentro do seu universo de desejos. Daí então o esforço para satisfação das necessidades tornarem-se uma compulsão, um vício.

Ao estimular emoções e desejos nos indivíduos, a sociedade de consumo aposta na irracionalidade desses consumidores e não na possibilidade de terem informações adequadas e suficientes para uma boa compra ou até mesmo pela não compra de algum objeto. Não cultiva a razão para não ameaçar sua própria existência.

Por isso, pensar uma sociedade que compreende indivíduos que estão constantemente abraçando a cultura consumista ao invés de alguma outra e na maior parte do tempo obedecem aos preceitos estabelecidos por ela, são definidos como sociedade de consumidores. Em outras palavras:

[...] representa o tipo de sociedade que promove, encoraja ou reforça a escolha de um estilo de vida e uma estratégia existencial consumistas, e rejeita todas as opções culturais alternativas. Uma sociedade em que se

¹⁵ O Japão dos países desenvolvidos, é o que possui a maior taxa de suicídio, em torno de 24,1 por 100.000 habitantes. Em 2008 o recorde de suicídios foi da população mais jovem tendo alcançado 4.850 mortes, 1,7% a mais do que no ano anterior. Sendo assim, a taxa de suicídios no ano de 2008 foi de 25,3 para cada 100.00 habitantes.

De certo afirmar ainda que, o Japão é uma sociedade altamente industrializada, mantendo-se como centro do motor econômico mundial, expansionando-se todos os dias e mantendo a renda *per capita* em níveis altos. Isso demonstra o poder de consumo da sociedade japonesa, e no entanto não reflete a felicidade plena, pois ainda se tem altos níveis de corrupção e excomunicação dessa sociedade que se refletem na vergonha perante os princípios orientais elevando as taxas de suicídio.

adaptar aos preceitos da cultura de consumo e segui-los estritamente é, para todos os fins e propósitos práticos, a única escolha aprovada de maneira incondicional. Uma escolha viável e, portanto, plausível – e uma condição de afiliação (BAUMAN, 2008, p.71).

Essa sociedade de consumo impõe à todos a condição de consumidores, ou seja, ser consumidor é tratar o ato de consumir como vocação. É um dever universal e irrestrito que não possui regime de exceção. Não reconhecendo inclusive diferenças de idades ou gêneros, muito menos diferencia classes, embora estratifique socialmente aqueles que podem e os que não podem consumir.

Talvez, essa não distinção de classe esteja atrelada ao fato de que mesmo sem poder o indivíduo dará um jeito de poder comprar. É melhor gastar o pouco que tem com os objetos, muitas vezes sem sentido, do que viver com a humilhação social de não possuir algo, eis o pensamento!

Com base nisso, a sociedade de consumo não rejeita os seus indivíduos enquanto consumidores de alguma mercadoria, bastando que esses consumidores possam pagar por aquilo que desejam.

Isso arrima um pensamento egocentrista, no sentido de que só importa quem pode comprar, fazendo que esse individualismo seja uma nuance da sociedade de consumo, restando qualquer pensamento supra-individual paralisado e abolido dessa sistemática.

O ato de consumir é buscar uma afirmação de si próprio, é se afiliar na condição de sujeito perante a sociedade.

O preceito básico da sociedade de consumo não é a satisfação das necessidades e desejos dos consumidores e sim afirmá-los como mercadorias vendáveis, modificando-os constantemente. E ao torná-lo mercadoria de consumo, torna-o também membro original dessa sociedade.

É isso que faz a sociedade de consumo ser dinâmica, pois ela não se refere estritamente à aquisição e posse de algo, tampouco à exibição do que foi comprado. E sim sua principal característica é estar em constante movimento.

Todo esse movimento faz com que os indivíduos sejam impulsionados à uma busca incessante por satisfação, mas também serem temerosos quanto a encontrarem um tipo de satisfação que os faria interromper tal procura. Essa motivação consumista é marcada pela pressão do agir para que sejamos sempre mais, um alguém diferenciado.

Sendo assim, um estudo que se orienta por analisar a ordem econômica, tendo como enfoque a proteção do consumidor por meio da tutela penal, encontra guarida quando confrontada com toda essa complexidade da sociedade de consumo. Analisando-se assim, no segundo momento, o movimento que torna possível a ordem econômica transformar-se em bem jurídico-penal e posteriormente o que a faz ser considerada a regularidade da produção, distribuição e consumo de bens e serviços (BAJO FERNÁNDEZ;BACIGALUPO, 2001, p.11,12).

2 A ORDEM ECONÔMICA COMO BEM JURÍDICO-PENAL

2.1 O ESTADO LIBERAL-BURGUÊS E A IMPOSSIBILIDADE DA EXISTÊNCIA DE UM DIREITO PENAL ECONÔMICO: A PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS INDIVIDUAIS COMO META DA BURGUESIA

A perda da soberania dos Estados se deu em grande parte por um nova racionalidade que reclamou enaltecimento, a racionalidade econômica. Com certeza as empresas tiveram oportunidades bem maiores de crescimento devido a incapacidade dos Estados em exercer uma fiscalização das atividades empresariais, possibilitando assim um aumento quase que ilimitado dos negócios empresariais.

Com o aumento das fontes de produção e a expansão desmedida do comércio, uma nova gama de crimes começava a surgir. Uma criminalidade moderna estava em disparada, e o mais caótico, os Estados não estavam preparados para esse embate.

A criminalidade moderna opera sob um novo enfoque, é agora voltada à lesão da ordem econômica, é uma criminalidade econômica. Herança ou não do capitalismo, é a realidade. Os crimes econômicos são aqueles que interagem com todo esse desmantelamento estatal e dentro da problemática de criação de riscos para todos. Ou seja, quando há o crime que lesa a ordem econômica, haverá lesão para toda a sociedade e não mais para um indivíduo isoladamente.

Nessa toada, os crimes econômicos são mais frequentes porque dizem respeito justamente ao que as empresas mais almejam, o lucro. De fato quando existe o ataque a ordem econômica, em bons termos, significa dizer que alguém lucrará com essa conduta. Por isso é mais do que lógico conferir *status* constitucional à ordem econômica, que encontra-se presente no artigo 170 da Magna Carta. Tal previsão, diz respeito ao fato de que os princípios ali elencados são muito sensíveis e merecem especial proteção.

Veja-se por exemplo o meio ambiente. Não há como não se entender que algum tipo de lesão causada ao meio ambiente não venha danificar toda a ordem econômica de um Estado, primeiro pelo fato de estar dentro do capítulo constitucional voltado a este entendimento consagrando assim o seu *status*, segundo por razões óbvias de utilização dos recursos naturais em praticamente todas as coisas que nos rodeiam e terceiro, bem mais relevante, um ataque ao meio

ambiente não pode ser individualizado. Ele gera prejuízos para pessoas que estão a milhas de distâncias uma das outras, não escolhe ricos e nem pobres, afeta todos, daí então o porquê de ser considerado um bem jurídico de caráter transindividual.

O mesmo raciocínio se aplica na defesa do consumidor, quando por exemplo for colocado um produto à venda que esteja impróprio para o consumo. O número de pessoas que podem se prejudicar é imensurável.

Sob esse viés, o Estado não pode recuar quando esse tipo de lesão surge. Sendo assim, o direito penal assume um novo enfoque, como alternativa de proteção à ordem econômica, garantindo a plenitude do exercício da vida em coletividade, preservando a regularidade do seu ciclo.

Ocorre que, por ser a ordem econômica bem jurídico de caráter transindividual, acaba encontrando dificuldade de abrigar-se nos “braços” do direito penal, e, diga-se, do direito penal clássico (HASSEMER, 1995, p 18). A história revela que o direito penal sempre foi orientado à proteção de bem jurídicos individuais e na contemporaneidade tem dificuldades em operar sob o prisma do supra-individualismo, uma vez que essa discussão dogmática sob a ótica do moderno direito penal, voltado a proteção transindividual, só começou a permear os debates no início do século XXI.

Se há necessidade de um setor específico do direito penal, qual seja, o direito penal econômico, emergir a fim de tutelar penalmente a ordem econômica, alguns pontos devem ser levados em consideração.

O direito penal econômico entra em acirrado conflito com o direito penal clássico, pois nesse, os crimes de dano eram evidentes, como homicídio, furto, roubo. Já naquele, a técnica para penalização trabalha a partir dos crimes de perigo, para ser mais exato, os crimes de perigo abstrato. E aí o princípio da lesividade encontra-se tocado¹⁶.

Quando o uso de tecnologia dos riscos torna-se bastante evidente em uma sociedade pós-industrial do consumo, o princípio da intervenção mínima começa a ser enfrentado também. Se a ordem econômica é a regularidade da produção, distribuição e consumo de bens e serviços (BAJO FERNÁNDEZ; BACIGALUPO, 2001, p.11,12), logicamente o direito penal econômico será invocado para manter

¹⁶ Luiz Flávio Gomes, posiciona-se totalmente contrário a figura dos crimes de perigo abstrato, e justifica sua postura a partir de uma ofensa crítica ao princípio da lesividade, o que de pronto segundo ele, já faz com que essa técnica de tipificação não seja recepcionada pela Constituição. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20070214091633277>.

protegido dos riscos essa tal regularidade. Nesse prisma, o direito penal econômico ao invés de ser a *ultima ratio* passa a ser *prima ratio*. Isso faz com que haja uma expansão penal por meio da tipificação de novas condutas que utilizam as tecnologias de risco.¹⁷

A teoria do delito também sofre ingerências. A conduta humana é desafiada pela expressão *societas delinquere non potest*. Sendo assim ao dizer que a pessoa jurídica não delinque, abandona-se esse filtro de construção do sistema analítico de crime a partir da conduta humana e abre-se as portas às modernas funções do direito penal. Eis aí o movimento do funcionalismo, em que o direito penal econômico tem a função de contenção dos riscos

Dissertando sobre o tema, Fábio Guaragni demonstra as implicações na teoria do tipo:

A teoria do tipo exige revisão, sobretudo no tocante aos critérios de imputação do evento ao agente. Aqui, a característica do direito penal econômico relativa ao emprego de crimes de perigo avulta. Afinal, se não é requerido um dano, o dogma do nexa de causalidade como cerne da imputação do fato ao agente se esfumaça. Por outro lado, a teoria do tipo insta revisão relativa à definição do papel do garante, em crimes omissivos impróprios. É que o recurso à noção do garante, como agente a quem incumbe evitar resultados lesivos, é própria de um direito penal atento ao modelo social em que a gestão dos riscos se encontra distribuída entre as pessoas que integram a sociedade. Nesses termos, o direito penal ressalta, por meio dos tipos penais, os deveres dos garantes na busca da contenção dos riscos necessária à preservação da configuração social. Bem pontua Silva Sanchez: "...a responsabilidade em comissão por omissão, submetida em nosso âmbito a precisas exigências com vocação de aplicação restritiva (sobre a idéia básica da identidade estrutural do plano normativo com a comissão ativa), está transformando-se ao aplicar-se ao âmbito dos delitos de empresa ou de estruturas organizadas (como infração do dever de vigilância)" (GUARAGNI, ano I, p. 26).

Nesse sentido, os crimes ativos (comissivos) vão cedendo espaço aos crimes omissivos impróprios, sendo o sujeito ativo o garante.

A culpabilidade também é impactada. Passa, a partir de agora, apenas exigir, uma indiferença às normas postas, refletindo em mera periculosidade para o bem jurídico. O erro de proibição invencível que é excludente da potencial consciência da ilicitude sofre remodelação. Duas coisas devem ser levadas em consideração: primeiro se o sujeito na função de garante tem capacidade de perceber os deveres que lhe incumbem e segundo, se há consciência da ilicitude

¹⁷ Pode-se citar como exemplo várias Leis que foram concebidas sob o manto dos riscos. A lei 11.105/95 (Biossegurança) em seu artigo 27 criminaliza o descarte de organismos geneticamente modificados. Já a Lei 8176/91 (Crimes contra a ordem econômica e criação de sistema de estoques de combustíveis) em seu art. 1º criminaliza as condutas arriscadas de adquirir, distribuir e revender produtos inflamáveis.

quando no cometimento de crimes cujo o bem jurídico é ofendido por acumulação (GUARAGNI, ano I, p.26).

A teoria da pena passa por transformações também. Mais uma vez Guaragni demonstrando:

(...) a teoria da pena também sofre impactos quando aplicada aos ramos do direito penal econômico e ambiental. Pense-se no questionamento alusivo às funções preventivo-especiais da pena, quando aplicadas a empresários que, em tese, estampam o ajuste social próprio da burguesia e estabelecem modelos de vida que povoam o imaginário popular: o desejo de ser “bem sucedido” profissionalmente encarnar-se na figura do próprio *businessman*. Reflita-se ainda sobre o problema concreto da possível ineficácia da pena de multa, por ser passível de integração nos custos empresariais e, por conseguinte, assumida em última análise pelo consumidor, quando adquire o produto. Trata-se de uma curiosa inversão, na qual a vítima do crime acaba arcando com a reação penal, por via indireta. Fica-se a imaginar balanços contábeis como uma nova rubrica: provisão para custeio de condenações criminais (GUARAGNI, ano I, p.26).

Com isso, traça-se preliminarmente algumas características do direito penal econômico e como ele se distancia do direito penal clássico. Para se saber como se chegou a esse novo enfoque do direito penal orientado à proteção transindividual do bem jurídico ordem econômica, é necessário um recuo histórico que embase toda essa construção, iniciando-se pela ascensão da burguesia.

A burguesia obteve o exercício do poder no século XIX, dando origem ao Estado-Liberal-Burguês. Para se manter no poder teve que forjar um modelo jurídico pautado principalmente no individualismo. Tal modelo, não cedia espaço à contemplação de bens jurídicos supra-individuais.

Esse individualismo possui suas bases alicerçadas na oposição à monarquia absolutista. Sob a monarquia absolutista, forjou-se a criação dos Estados-nação europeus. Esse regime só foi possível com a aliança da Igreja¹⁸ e alguns senhores feudais, dando origem assim a reis investidos pelo poder divino. Tal fato era arregimentado pelo misticismo, pulsante no período medieval. Não seria difícil pensar naquela época em um homem investido de poder pelos desígnios de Deus.

Com base nesse teocentrismo, é fato que Deus é quem determina os passos da humanidade e o faz sem limites. Por consequência, se o rei é a própria

¹⁸ O poder eclesiástico antes de se unir aos senhores feudais, era o único poder concentrado que exercia controle de massa frente ao poderio daqueles, que dia pós dia estava se esfacelando. A Igreja representa nesse momento a principal responsável pela propagação do misticismo no seio da sociedade, podendo referendar a designação divina de um homem para governar a todos. Era a submissão de todos a uma divindade.

representação de Deus na terra, a ele deve-se respeito e obediência sem questionamentos. O prisma filosófico da monarquia absolutista era assim assentado (GUARAGNI, ano I, p.27).

O Estado nesse momento é extremamente forte e condutor da vida humana. Os indivíduos se põem como mero serventes do poder estatal, relegados também em seus direitos, onde só possuem o que o soberano quer que eles possuam. É uma célebre relação de sujeição humana. Zaffaroni lembrando Foucault completa dizendo que “o processo inquisitorial e a tortura foram formas de punir exercidas pelo poder político que se atribuiu o direito de vida ou morte sobre as pessoas” (ZAFFARONI, 2005, p.21, tradução nossa).

A partir do Renascimento, o homem empenha-se para se livrar do misticismo e trabalhar com a razão. Se o homem foi concebido como imagem e semelhança de Deus, “renasce” como centro do pensamento no lugar de Deus e também é um ser divino por ter sido concebido a partir dele. Isso dá lugar ao antropocentrismo.

O pensamento cartesiano de Descartes também orientou essa filosofia. A marcante frase “penso logo existo”, nada mais é que afirmação de que o homem é importante pelo fato de nascer homem. Descartes ainda coaduna o fato de que a natureza deve se submeter ao homem, demonstrando mais ainda o distanciamento da mística e o aperfeiçoamento da razão.

No mesmo turno, a razão passa a ser valorizada como difusão de conhecimentos e não como propulsor das condutas humanas. Daí então um afloramento significativo das ciências, era o iluminismo que batia às portas dos homens.

O iluminismo propagava um pensamento de compartilhamento de “luzes” à todos. Pois, só o conhecimento, teria a capacidade de libertá-los. Essa autonomia revolucionaria a vida do indivíduo, bem como da sociedade. O panorama é bem apresentado nas palavras de Todorov:

[...] o espírito das Luzes não se reduz unicamente à exigência de autonomia, mas traz também seus próprios meios de regulação. O primeiro diz respeito à finalidade das ações humanas permitidas. Esta desce à terra: não visa mais a Deus, mas aos homens. Nesse sentido, o pensamento das Luzes é um humanismo ou, se preferirmos, um antropocentrismo (TODOROV, 2008, p. 20).

Essa doutrina filosófica ergue o homem a um patamar ainda não realizado a época, permitindo os pensamentos romperem o ideário do misticismo e tornando os

homens altamente inventivos. Já não querem mais se sujeitar ao poder, querem ser parte desse poder.

Ocorre que esse levante da razão ainda esbarrava em um problema, o poder absoluto do rei. Era necessário uma nova corrente de pensamento que desse início a uma limitação do poder estatal. Na tradição inglesa, o conjunto de movimentos que lutavam contra o abuso do poder estatal denominava-se constitucionalismo. Os ingleses começavam a se preocupar com fato de que se o príncipe possuía poder absoluto, podia abusar dele, logo deveria haver limites para esse exercício (BOBBIO, 1997, p.15).

Na mesma empreitada, antecipando o nascimento do Estado liberal na Europa, o jusnaturalismo surge como teoria de limitação do poder estatal. Tal teoria ia além da vontade do príncipe (direito positivo). Nesse sentido, Bobbio:

[...] existe um direito que não é proposto por vontade alguma, mas pertence ao indivíduo, a todos os indivíduos, pela sua própria natureza de homens, independentemente de participação desta ou daquela comunidade política. Estes direitos são os *direitos naturais* que, preexistindo ao Estado, dele não dependem, e, não dependendo do Estado, o Estado tem o dever de reconhecê-los e garanti-los integralmente. Os direitos naturais constituem assim um limite ao poder do Estado, pelo fato de que o Estado deve reconhecê-los, não pode violá-los, pelo contrário, deve assegurar aos cidadãos o seu livre exercício (BOBBIO, 1997, p. 15,16).

Para a contemplação desses direitos, o estado civil foi criado, na medida em que o estado de natureza não garantia o respeito a tais direitos. Como corolário do jusnaturalismo, o contratualismo surge para formalizar perante o soberano a garantia de respeito a esses direitos.

Thomas Hobbes, autor contratualista, foi o primeiro a moldar os conceitos de como isso ocorreria. Em seu pensar, os indivíduos para constituírem o Estado, renunciavam voluntariamente, e portanto, com base em um acordo recíproco, aos seus direitos em favor do soberano, ao qual ao final do acordo devem submeterem-se sem discussão (BOBBIO, 1997, p.19).

Ora, se a idéia da constituição do estado civil é justamente assegurar a plenitude dos direitos, não haveria porque os indivíduos ao renunciarem o estado de natureza, paralelamente renunciarem os direitos que perseguem. Definitivamente o contratualismo de Hobbes não atendia os ideários perseguidos.

Contudo, foi com John Locke que a idéia fluía de forma benéfica para os indivíduos. O estado civil para Locke, nascia do desejo dos indivíduos de

conservarem os seus direitos naturais fundamentais, sendo eles a vida e a propriedade. E ao adentrarem no estado civil, não renunciariam a eles como pensava Hobbes, ao contrário, querem ver tais direitos garantidos de forma melhor do que ocorria no estado de natureza. Resumidamente, este ideário diz respeito ao fato de que o estado civil não se apresenta como substituição ao estado de natureza, e sim como uma forma eficaz de conservação deste (BOBBIO, 1997, p.39).

Toda essa argumentação fazia com que a monarquia absolutista nos moldes em que estava começasse a ser ameaçada. Uma das simbologias mais fortes da derrota do regime se deu por meio da Revolução Francesa em 1789. A tomada do poder rendeu o assassinato do rei Luís XVI.

Com a Revolução Francesa, o poder passava das mãos do rei para a burguesia. Nesse sentido, os populares serviram apenas como massa de manobra para a consecução dos ideários burgueses e apesar dessa mesma burguesia prometer a célebre igualdade, liberdade e fraternidade, não seria fiel no cumprimento de suas promessas.

De posse do poder, a burguesia começaria a implantar um Estado mínimo. Se suas pretensões eram antes a de limitar o poder para que não exercesse um controle sob suas atividades mercantis, agora atuaria no mercado sem limites. Os âmbitos da liberdade são ampliados e o contratualismo pode ser celebrado em sua plenitude, onde o Estado passa a existir para os indivíduos preservando os bens mais caros àquela sociedade, vida, liberdade e patrimônio.

Do final do século XVIII até o início do século XIX, havia uma Europa que festejava penalizar os seus criminosos por meio de castigos físicos muito mais graves que os crimes cometidos. O suplício iniciou sua jornada ainda no Estado Absolutista, permanecendo por algum tempo no Estado Liberal, sendo posteriormente substituído pelo dogma da docilização, uma vez que a estrutura do Estado Liberal era de uma agência de poder controladora de toda a vida. Era uma agência tentacular. O corpo suplicado era a insígnia mais forte de um poder que tinha constantemente necessidade de se reafirmar.

O espetáculo público do ritual de selvageria, levava todo o povo a se acostumar com as atrocidades cometidas e a igualar o carrasco com o criminoso, o juiz com assassinos e ainda trazer à tona um resultado não querido, o sentimento de

piedade e admiração pelo suplicado. A intensificação visual do sofrimento de alguém ao invés de desviar o homem do crime, começaria a ser duramente questionada.

Até meados do século XIX o poder sobre o corpo ainda imperava, porém com um novo enfoque, a pena não centralizava-se mais no corpo do criminoso e sim na perda de um bem ou algum direito. Essa mudança de paradigma era um referencial teórico que acompanhava uma gama de pensamentos voltada a mudança de objetivos. O castigo deve passar a buscar a alma do criminoso e não o seu corpo. O seu coração, intelecto, vontade e disposições é que devem sofrer.

O crime carregava além de um ataque a uma vítima imediata, um ataque ao soberano. Se a lei era vontade do príncipe, um ataque a lei era um ataque pessoal, físico, à força desse príncipe. O castigo nesse sentido, não tinha a menor intenção de servir como reparação de dano e sim de restaurar a ordem e corrigir o mau exemplo dado. O iluminismo sem dúvida serviu para desqualificar a utilização dos suplícios pelo seu grau de atrocidade (FOUCAULT, 2009, p.48-55).

Os protestos contra os suplícios permearam a segunda metade do século XVIII e se manifestavam por meio de várias classes, dentre elas, filósofos do direito, juristas, magistrados e parlamentares. Esbravejavam em seus discursos a necessidade de se punir de outra forma, tendo que eliminar esse confronto entre a vingança do príncipe e a cólera do povo, que eram intermediadas pelo carrasco e o suplicado (FOUCAULT, 2009, p.71). A justiça criminal devia punir e não castigar. A burguesia precisava se manter no poder e começava a se sentir ameaçada pelos protestos e sendo assim, adotou uma nova postura.

A punição, a partir da segunda metade do século XVIII, passava a ser uma punição velada e impunha uma docilização dos corpos e não só daqueles que sofriam as sanções, mas também, de quem compunha a sua máquina administrativa (BECCARIA, 2001, p.22, 23).

Por meio de um poder disciplinar até mesmo os soldados passavam a ser moldados. Eles eram “fabricados”. Seria dócil um corpo que pudesse ser utilizado, transformado e aperfeiçoado.

Toda essa mecânica constituía a manutenção do poder e era uma forma de o regime apagar rapidamente centelhas de revoltas populares. A disciplina e o medo eram a ordem do dia. Foucault traz o resultado do poder disciplinar:

[...] pode-se dizer que a disciplina produz, a partir dos corpos que controla, quatro tipos de individualidade, ou antes uma individualidade dotada de quatro características: é celular (pelo jogo de repartição espacial), é orgânica (pela codificação das atividades), é genética (pela acumulação do tempo), é combinatória (pela composição das forças). E para tanto, utiliza quatro grandes técnicas: constrói quadros; prescreve manobras; impõem exercícios; enfim, para realizar a combinação das forças, organiza “táticas”. (FOUCAULT, 2009, p. 161).

O poder disciplinar visava em todos os fins adestrar os indivíduos para se apropriar deles de uma forma muito melhor. Em outros termos, para se realizar todo esse aparato de docilização era necessário uma vigilância constante. Daí então o porquê de haver um policiamento espacial, todos deveriam ser observados por todos.

Isso acabava por criar espaços de exclusão onde os leprosos, loucos e mendigos ficavam espacialmente delimitados. Os loucos deveriam ser tratados com mais força pela disciplina até ficarem “bons” novamente. Os leprosos deviam ser separados das pessoas “normais” e os mendigos postos à distância para não servirem de mau exemplo.

Isso faz com que surjam as primeiras idéias de asilos psiquiátricos, casas de correção e as penitenciárias, não como uma forma de auxílio, e sim como um quadriangulamento dos inservíveis. Essa constante observação dos indivíduos excluídos, deveria ser feita de uma forma constante. E para tanto necessitava-se de uma arquitetura que propiciasse à ordem jurídico-penal corrigir os indivíduos.

O panóptico de Bentham seria a arquitetura que comporia esse quadro. Tratava-se de uma construção que permitiria a vigilância constante dos que estariam trancafiados e bem mais, exerceria um disciplina de docilização dos seus corpos a fim de serem moldados a não praticarem mais infrações ou até enquanto durassem as patologias. O panóptico é bem desenhado nas palavras de Foucault:

[...] na periferia uma construção em anel; no centro, uma torre: esta é vazada de largas janelas que se abrem sobre a face interna do anel; a construção periférica é dividida em celas, cada uma atravessando toda a espessura da construção; elas têm duas janelas, uma para o interior, correspondendo às janelas da torre; outra, que dá para o exterior, permite que a luz atravesse a cela de lado a lado. Basta então colocar um vigia na torre central, e em cada cela trancar um louco, um doente, um condenado, um operário ou um escolar. Pelo efeito da contraluz, pode-se perceber da torre, recortando-se exatamente sobre a claridade, as pequenas silhuetas cativas nas celas da periferia. Tantas jaulas, tantos pequenos teatros, em que cada ator está sozinho, perfeitamente individualizado e constantemente visível. O dispositivo panóptico organiza unidades espaciais que permitem ver sem parar e reconhecer imediatamente. Em suma, o princípio da masmorra é invertido; ou antes, de suas três funções = trancar, privar de luz

e esconder – só se conserva a primeira e suprimem-se as outras duas. A plena luz e olhar de um vigia captam melhor que a sombra, que finalmente protegia. A visibilidade é uma armadilha (FOUCAULT, 2009, p.190).

O principal ideário do panóptico era induzir conscientemente no encarcerado um permanente estado de visibilidade, assegurando assim a execução do poder. Fato interessante é que o poder era constante e ao mesmo tempo inverificável, pois não havia necessidade da vigilância estar acontecendo, apenas bastava que o encarcerado tivesse a sensação contínua de estar na condição de vigiado. O encarcerado é sempre visto, mas nunca vê.

Portanto, antes que existisse a lei para estabelecer que a prisão seria a forma de execução da pena, ela já estaria preconcebida como um aparelho apto à controlar o corpo, com fins de tornar os indivíduos mais dóceis e úteis. Ao mesmo tempo seria privação de liberdade e técnica de remodelação dos sujeitos.

Conforme o sistema de produção ia se desenvolvendo, aumentavam-se as riquezas e conseqüentemente a criminalidade passava a operar sob uma nova ótica, era agora voltada aos bens patrimoniais.

A segunda metade do século XVIII além de representar um grande aumento demográfico, era ponto de partida para o crescimento de crimes de furto, extorsão e roubo. Os crimes patrimoniais começaram a ser frequentes, substituindo rapidamente a criminalidade de sangue.

Em Londres, os produtos que eram importados da América e depositados às margens do rio Tâmsa, eram em sua grande parte furtados ou roubados. Por ano estimava-se um prejuízo de 500.000 libras só no porto de Londres. Grande parte desses saques tinha participação ativa dos empregados, vigias e contramestres. Surgia assim a figura do receptador, que era a pessoa que possuía comércio no varejo e se utilizava dos produtos adquiridos de forma ilícita para colocá-los à venda. Outra ramificação eram os mascates, que compravam os produtos saqueados e espalhavam longe o comércio ilegal (FOUCAULT, 2009, p.83).

Toda essa problemática de crimes voltados ao patrimônio começou a fazer parte da preocupação da burguesia, uma vez que havia necessidade de expansão suas atividades e via-se acuada diante da intensificação dos saques e ataques a propriedade privada. Portanto, era necessário controlar e codificar todas essas práticas ilícitas.

A necessidade de proteção aos bens patrimoniais influenciava o enfoque do direito penal, dando origem assim a um direito penal extremamente patrimonialista, apto à proteção exclusiva do patrimônio burguês. A noção de bem jurídico ainda não era discutida, mas já se sabia que se deveria penalizar aqueles que violassem o patrimônio alheio.

Inclusive a criação das polícias é resultado desse panorama. A polícia como criação burguesa, servia dentro da estrutura penal para a proteção do patrimônio burguês. Também serviam para controlar socialmente a população marginalizada nas periferias europeias, atraídas pelo subemprego e a revolução das máquinas.

É por isso também que na contemporaneidade as polícias tem mais facilidade e êxito em combater crimes patrimoniais, devido a sua criação histórica ser orientada à proteção de bens jurídicos individuais. Em suma, isso demonstra a impossibilidade de se ter um direito penal orientado à proteção da ordem econômica até a chegada do século XX.

Ainda se faz necessário observar de que forma operou o direito penal no Brasil desde a sua primeira codificação por meio das ordenações do reino, e, se houve espaço para uma tutela da ordem econômica na cadeia sucessória de acontecimentos até meados do século XIX. Tal mecânica, evita uma exacerbação da história alienígena e contextualiza a temática.

Os acontecimentos exigem um recuo temporal de grande monta, haja vista não ser possível despedaçar o contexto histórico, iniciando-se com a expulsão definitiva dos mouros do reino de Portugal comandada por D. Afonso IV em 1340, chegando ao descobrimento do Brasil e paralisando na chegada da Família Real ao Brasil.

A vitória alcançada por D. Afonso IV trouxe mudanças significativas e estruturais na área do Direito para Portugal, sobretudo na seara penal. A vingança privada ainda era permitida e por mais que em algumas partes do território entre os anos de 1363 e 1385 tenha sido abolida, foi somente no reinado de D. Afonso V que ela realmente foi suprimida (PIERANGELI, 2004, p.45).

O direito penal dessa época orientava-se a punir crimes que comprometessem a fidelidade devida ao monarca e à autoridade da coroa. Muitas leis foram editadas de forma esparsa, o que dificultava a sua aplicação devido a falta de sistematização e não consolidação dos escritos em um único código (PIERANGELI, 2004, p.47).

Ao tempo de D. Afonso II, a punição situava-se na reprimenda da aleivosia ou traição. Em D. Afonso IV, já houve a punição do crime de moeda falsa com a previsão de pena sendo a amputação das mãos, acrescida do confisco de bens. Nas mesmas penas incorria o ourives que falseassem o ouro ou a prata a que lhes eram confiados manipular (PIERANGELI, 2004, p.47).

Nesse sentido, a punição situar-se no campo da moeda falsa nada tinha haver com a manutenção da regularidade do ciclo de uma suposta ordem econômica, e sim a reafirmação do poder que se traduzia em não ser possível produzir uma espécie de dinheiro que não tivesse o selo oficial da coroa. Então falsificar, era desrespeitar o poder da coroa, era um ataque ao reino.

A grande gama de legislações produzidas durante a periódica sucessão de reis tornava-se um problema de aplicação penal. Existiam reis que legislavam mais e outros menos, mas fato é que, todos muitas vezes por uma lógica egocêntrica, lançavam-se em um processo de produção de leis inócuo, repetindo leis que já existiam e suprimindo as que funcionavam. As Cortes de Justiça começavam a reclamar, pois encontravam dificuldades em aplicar as legislações desordenadas. Era necessária uma reforma que cessasse as ambiguidades e dúvidas dos Desembargadores de Justiça.

Quando D. João I passa a governar, inicia-se sob ele uma série de reivindicações por parte da nobreza, no sentido de determinar a organização das legislações com o intuito de distribuir justiça e possibilitar maior segurança para o postulante. Seria o início da primeira sistematização das leis esparsas, as Ordenações do Reino. A primeira a se constituir seria as Ordenações Afonsinas (PIERANGELI, 2004, p.51).

D. João I nomeia João Mendes, corregedor geral, para iniciar a tarefa de codificação, vindo pouco tempo depois a falecer. Por isso atribuí-se a ele apenas a lavra do primeiro livro do que constituiriam as Ordenações Afonsinas (PIERANGELI, 2004, p.51).

Problemas intestinais com D. João I impediram a conclusão da obra durante o seu reinado, vindo a ser substituído por D. Duarte. O mesmo nomeou um novo legislante, Rui Fernandes. O reinado de D. Duarte durou apenas cinco anos, quando foi substituído por D. Afonso V (PIERANGELI, 2004, p.52).

Afonso V havia apenas sete anos de idade e sendo assim, D. Pedro, tio do pequeno rei, passou a ser o regente do reino, ordenando que Rui Fernandes

prosseguiu os trabalhos de conclusão da obra. Finalmente em 28 de julho de 1446, ficou pronta por completo a unificação das legislações. Uma junta ainda foi nomeada para o processo de revisão que resultou em poucas alterações. E por ordem de D. Pedro em nome de D. Afonso V, publicou-se as Ordenações Afonsinas (PIERANGELI, 2004, p.51).

O crime de moeda falsa legislado em D. Afonso IV, manteve-se presente nas Ordenações Afonsinas, mas ainda com as mesmas razões de punição já supracitadas.

As Ordenações Afonsinas nenhuma aplicação tiveram no Brasil apesar de terem valido até 1521, vinte um anos após descobrimento das terras brasileiras. Fato é que as Ordenações Afonsinas foram revogadas pelas Ordenações Manuelinas no reinado de D. Manuel I, o venturoso. Porém, até 1521 não havia nenhum núcleo colonizador instalado no Brasil. Sendo assim, a instalação de núcleos colonizadores se deu a partir de 1532, quando as Ordenações Afonsinas já encontravam-se revogadas pelas Manuelinas (PIERANGELI, 2004, p.61). Pierangeli ainda completa:

Só em 1532, Martim Afonso de Souza iniciou a colonização, fundando a cidade de São Vicente. Vigiam portanto, as Ordenações Manuelinas. A partir de 1534 até 1536, as terras do Brasil foram divididas em capitânicas hereditárias, em número de 14, que foram entregues a 12 donatários. A estes foram delegados poderes quase que absolutos, constituindo-se em lugares-tenentes do reino, com poderes e obrigações, bem definidos, mas que eram bastante abrangentes. Entre os deveres, estava o de administrar a terra e fazer cumprir a lei, exercendo função de supremo magistrado, cabendo-lhe a nomeação de juizes, tabelião etc (PIERANGELI, 2004, p. 61).

Com o poder concentrado nas mãos dos donatários em terras brasileiras, e apesar da vigência das Ordenações Manuelinas, a legislação que orientou o período das capitânicas hereditárias ficou totalmente ao arbítrio dos donatários. Com isso a legislação penal orientou-se à prática da colonização, sem haver contudo espaço para uma preocupação com direitos coletivos, muito menos com a preservação de uma ordem econômica. A desordem era latente e pôde ser observada nas palavras de Magalhães Noronha:

Para se ter uma idéia de como iam as coisas referentes à justiça naquela época, basta lembrar o episódio ocorrido em Piratininga, em 13 de junho de 1587, de que o almotacel (magistrado de categoria inferior ao juiz ordinário) João Maciel pediu aos vereadores que lhe dessem as Ordenações

(certamente o Código Sebastião), pois não podia, sem elas, exercer suas funções. Taunay, que nos narra esse episódio, acrescenta não se ter encontrado um só exemplar! (Magalhães Noronha *apud* Pierangeli, 2004, p. 61).

Após a sucessão de mortes de vários reis de Portugal, ascende ao poder por herança em 1581 Felipe I, (II de Espanha) em meio a situação caótica pela qual passava Portugal. Como era de praxe, Felipe I ordenou a revisão das Ordenações Manuelinas - que já vigoravam em parte, juntamente com o código sebastião no Brasil-colônia desde 1532, apesar de não seguidos nas capitânicas hereditárias – que foi concluída em 1595. Em 1598 Felipe I morre e as Ordenações Filipinas só foram definitivamente promulgadas e entraram em vigor no reinado de Felipe II (III, de Espanha) em 11 de janeiro de 1603 (PIERANGELI, 2004, p.56, 57)

As Ordenações Filipinas repetiram o crime de moeda falsa com uma diferença, passavam a trazer uma definição do que seria esse crime. Tal definição é encontrada no TITULO XII das Ordenações e tem o seguinte enunciado:

Moeda falsa He (sic) toda aquella (sic), que não He (sic) feita per (sic) mandado do Rey (sic), em qualquer maneira que se faça, ainda que seja feita daquela (sic) matéria e fórma (sic), de que se faz a verdadeira moeda, que o Rey (sic) manda fazer; porque conforme a Direito ao Rey (sic) sòmente (sic) pertence fazel-a (sic) e a outro alum (sic) não, de qualquer dignidade que seja,

E por moeda falsa ser cousa (sic) muito prejudicial na Republica, e merecem ser gravemente castigados os que nisso forem culpados, mandamos que todo aquelle (sic), que moeda falsa fizer, ou a isso der favor, ajuda, ou conselho, ou for dello (sic) sabedor e o não descobrir, morra morte natural de foto, e todos seus bens sejam (sic) confiscados para a Corôa (sic) do Reino.

Nota-se claramente a gravidade com que se tratava esse tipo de crime no tempo das Ordenações Filipinas. E mais, o direito penal aqui serve para fazer imperar a vontade do soberano, demonstrando o que se pode ou não fazer sem a devida autorização. Outra inovação estava presente no TITULO LII, que tipificava a falsificação de sinal, selo ou sinais autênticos do rei. No TITULO LVI com a criminalização dos ourives que falsificassem suas obras, no TITULO LVII com o crime de falsificação de mercadorias e por fim no TITULO LVIII que criminaliza os que medem ou pesam com medidas ou pesos falsos.

O únicos crimes que se encontram nas Ordenações que poderiam se aproximar de uma tentativa de se tutelar a ordem econômica, preservando o seu ciclo de regularidade são estes, contudo o fundamento para as suas criminalizações é diverso, é puro interesse de Estado (coroa). Também não havia espaço para se pensar em tutelas transindividuais, visto que o rei era o único sujeito de direitos e todo o resto do povo apenas de deveres. As Ordenações Filipinas tiveram sua vigência no Brasil até a feitura de uma legislação genuinamente brasileira, o Código Criminal do Império de 1830.

Com a vinda da Família Real portuguesa para o Brasil, muitas mudanças estavam por vir, a proclamação da independência e a proclamação da república eram algumas. Após a proclamação da independência em 4 de março de 1823, o imperador D. Pedro I abriu solenemente os trabalhos da Assembléia Nacional Legislativa. Em 25 de março de 1824 por ordem do imperador estaria outorgada a Constituição, que seria a única no período imperial. Tal constituição tinha traços mais liberais do que a que estava sendo elaborada pela Assembléia Constituinte (PIERANGELI, 2004, p.65).

Quanto ao direito penal, foram fixadas regras em seu artigo 179 que deveriam ser observadas pelos legisladores ordinários. O espírito que animaria o Código Criminal do Império estaria preconcebido na Constituição.

O artigo 179 da Constituição de 1824 traçava o perfil de orientação liberal. Algumas partes merecem destaque. O item II dizia que “nenhuma lei será estabelecida sem utilidade pública” Nota-se aí o perfil utilitarista de Jeremy Bentham. No Item III, estaria uma das maiores conquistas para a seara penal, o princípio da irretroatividade da lei penal. No item XX, “nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Portanto não haverá em caso algum confiscação de bens, nem as infâmias do Réo se trasmitirá aos parentes em qualquer grão que seja” (PIERANGELI, 2004, p.66).

Todos esses ideários eram reflexos do espírito iluminista, que orientavam inclusive as ações do imperador. Sendo assim, em 1827 o imperador já externava a necessidade e urgência de uma elaboração de codificações penal e civil. No mês seguinte, maio, os deputados Clemente Pereira e Bernardo Pereira de Vasconcellos, apresentavam projetos ao Código Criminal.

O projeto de Bernardo de Vasconcellos, continha tanto a parte geral quanto a de processo. Possuía formação em direito e idéias liberais, formando-se em

Coimbra, onde foi aluno de Pascoal de Mello Freire, ressoando assim sobre ele a obra de Beccaria que tanto havia influenciado o seu professor. Daí então já concluir que, o Código do Império teria repercussão individualista (PIERANGELI, 2004, p.66).

Em 1829, e para ser mais exato dia 31 de agosto, uma comissão bicameral já havia se constituído para analisar os projetos Bernardo de Vasconcellos e Clemente Pereira. Assinando assim, que acataria a sugestão da Comissão que antes havia sido elaborada na Câmara dos Deputados para a análise dos projetos, no sentido de adotar-se como ponto de partido o projeto Bernardo de Vasconcellos levando em consideração alguns pontos do projeto Clemente Pereira (PIERANGELI, 2004, p.67).

Dentre as sugestões da comissão bicameral, optou-se por suprimir de vez a pena de morte, cuja utilidade não compensaria o horror causado em sua aplicação, justificando principalmente no fato de ser o brasileiro um povo de costumes doces (PIERANGELI, 2004, p.67).

Assim, em 19 de outubro de 1830, deu-se a redação definitiva do Projeto. Em 16 de dezembro do mesmo ano após ter sido sancionado pelo imperador, o Código foi promulgado. Tal chancela imperial encontrou-se referendada por João Caetano de Almeida França, que o publicou em 8 de janeiro de 1831, registrado às fl. 39 do Livro 1º de Leis, da Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça (PIERANGELI, 2004, p.68).

O Código Criminal do Império, assim como as Ordenações do Reino, trouxe mais uma vez, em seu capítulo II, artigo. 173, o crime de moeda falsa e uma nova figura típica no capítulo II, artigo 177, o crime de contrabando, onde a previsão da pena se daria na perda das mercadorias ou gêneros e multa igual a metade do valor dos mesmos.

Pelo espírito da época que conduziu a feição do Código, observa-se que além do utilitarismo de Bentham, o iluminismo se fazia presente inclusive na própria figura do imperador. Assim como a experiência liberal-burguesa mostrou o individualismo na proteção dos seus bens, o Código do Império não fugiu a essas influências. E apesar de trazer a tipificação do crime de contrabando, que lesa de forma mediata o bem jurídico ordem econômica, não haveria espaço para o rompimento do individualismo.

Com isso, o Código Penal do Império que representa os meados do século XIX, reafirma a impossibilidade de um direito penal de traço transindividual, e bem

mais, a sua não possibilidade de orientar-se à uma proteção da ordem econômica, haja vista não se poder enxergar o ciclo de produção distribuição e consumo de bens e serviços a essa época, no Brasil, como objeto de proteção. Desde os tempos das Ordenações do Reino até a proclamação da independência, e tempo depois com a primeira legislação genuinamente brasileira, não se abriu espaço para a constituição de um direito penal econômico no Brasil.

2.2 O SURGIMENTO DA ORDEM ECONÔMICA COMO BEM JURÍDICO-PENAL A PARTIR DA SEGUNDA FASE DO ESTADO LIBERAL-BURGUÊS

De posse do poder, a burguesia nunca realizou a meta proposta pela Revolução Francesa, pelo menos não no plano material. Também não tinha intenção de concretizá-la.

A burguesia instalava um Estado minimalista e preservava uma não-intervenção na economia. A não-intervenção do Estado na economia agora levada com toda a força pela burguesia, permitia uma acumulação desmedida de capitais naquela classe. Era a oportunidade plena de verem o enaltecimento de seu patrimônio.

A cena social conduzida pela burguesia encontrava-se altamente deplorável. O quadro era tão crítico que pensamentos centelhados pela indignação com a situação na Inglaterra, começavam a fluir na Europa, e, logicamente, questionarem o modelo de Estado liberal-burguês que explorava os trabalhadores também de forma desumana. Se a burguesia estava no exercício do poder justamente para fazer com que houvesse a igualdade material entre as pessoas, o processo de acúmulo de riquezas por parte apenas dessa classe era um modelo que não servia para todos. E assim ponto de partida para várias críticas.

O marco incisivo da constituição do Estado liberal-burguês é sem dúvida a Revolução Francesa. Como ponto chave desse movimento para a mobilização da grande massa, instituiu-se a promessa da tão desejada Liberdade, Igualdade e Fraternidade. Ocorre que tais preceitos longe de serem concretizados, não faziam parte do plano de intenções da burguesia que visualizavam a acumulação de riquezas somente para aquela casta.

A tomada do poder pela burguesia em um primeiro momento tinha como ideal a paralisação das intervenções do Estado na vida privada e principalmente na

economia. Quando a burguesia assume o lugar que almeja, permite que a economia seja livre e propicia um modelo de acumulação de riquezas sem amarras. Um liberalismo econômico.

No momento em que sociedade burguesa ascendeu e esfacelou a sociedade feudal, não se preocupou em suprimir a oposição de classes. Tratou apenas de substituir as classes antigas por novas, dando origem a novas condições de opressão e novas formas de luta. Transformava as pessoas em assalariados, remodelava as interações sociais e aniquilava a sentimentalidade e emoção das relações familiares (MARX;ENGELS, 2009, p.24).

O campo foi totalmente submetido à dominação da cidade. Cidades tentaculares foram criadas e a população que migrou do campo aumentou massivamente o povoamento. E ao subordinar o campo a cidade, acaba também tornando dependentes os países bárbaros dos países civilizados, os povos agrícolas dos burgueses e o Oriente do Ocidente (MARX;ENGELS, 2009, p.31)

Cada vez mais a burguesia controlava a dispersão dos meios de produção, da propriedade e da população. Ao centralizar os meios de produção e concentrar a propriedade em poucas mãos, fatalmente criava a centralização política.

As relações burguesas de troca e produção estavam se fortificando cada vez mais, e o que parecia ser um sistema encantador, assemelhava-se a um pai que não conseguia controlar mais as vontades individuais das dezenas de filhos. O engrandecimento da civilização, os meios de subsistência e o comércio em excesso a partir de agora eram um problema para o qual a burguesia não estava preparada para enfrentar.

Com vistas a superação dessa crise da abundância, a burguesia aniquilou uma boa parte do contingente produtivo e conquistou novos mercados com a exploração mais acirrada dos antigos, produzindo assim várias crises mais extensas e violentas, reduzindo os meios de preveni-las. As mesmas investidas que a burguesia usou para superar o feudalismo voltavam-se contra ela mesma. O que a burguesia produzia não era somente as armas que lhe levariam à destruição, mas também os homens que as empunhariam, os operários modernos, os proletários.

O desenvolvimento do capital correspondia paralelamente ao desenvolvimento do proletariado, que só sobreviviam na medida em que encontravam trabalho, e só encontravam trabalho na medida em que o seu trabalho aumentava o capital. Por vez, com a extensão do maquinismo, o trabalho manual

perdeu todo o seu caráter autônomo, tornando o operário um simples acessório da máquina (MARX;ENGELS, 2009, p.35).

Se o operário era um simples acessório da máquina, logicamente era remunerado de maneira muito aquém do que lhe era devido, o que gerava desconforto na classe de operários que ganhavam somente o necessário à sua subsistência. Isso também criava conflitos isolados entre operários e burgueses, o que mais para frente seria um conflito entre duas classes. Coalizões contra os burgueses eram formadas e os operários passavam a se unir para defender os seus salários.

Algumas vezes os operários em suas luta triunfavam, mas tal sucesso era passageiro. E o verdadeiro sucesso de suas lutas não era o imediatismo do que almejavam, e sim a maior união dos operários em torno da mesma causa.

As críticas a burguesia eram cada vez maiores e o marxismo assumia a ponta desse levante. Por meio do Manifesto Comunista (1848) escrito por Marx e Engels, a indignação com o sistema burguês vinha à tona e começava a movimentar novos ideários.

A exploração desmedida da mão-de-obra humana era a tônica de rechaço levantada por Marx e Engels:

Queremos apenas suprimir o caráter miserável dessa apropriação, em que o operário só vive para aumentar o capital e só vive enquanto o exigem os interesses da classe dominante.

Na sociedade burguesa, o trabalho vivo é apenas um meio para multiplicar o trabalho acumulado. Na sociedade comunista, o trabalho acumulado é apenas um meio para aumentar, enriquecer, fazer avançar a existência dos operários (MARX;ENGELS, 2009, p.50).

O comunismo também pregava a supressão da propriedade privada, uma vez que a propriedade era concentrada somente não mão dos burgueses. O fim da exploração de um indivíduo pelo outro e a necessidade de igualdade material eram as críticas que acompanhariam a segunda metade do século XIX.

A difusão das idéias comunistas começava a ser ameaçadora aos demais países do oeste europeu, fazendo com que a burguesia tomasse diversas providências para se manter no poder e justificar a ausência de igualdade material.

Como reação ao enfrentamento dos questionamentos comunistas, a burguesia apropriava-se do discurso criminológico construído a partir da aliança de discursos policiais e médicos. Quando as polícias foram criadas para garantirem a

proteção do patrimônio burguês, careciam de um discurso próprio que só encontrou guarida na justificação médica de que os criminosos já traziam os germes do crime (ZAFFARONI, 2005, p.32).

Isso fazia com que os burgueses justificassem que grande parte do proletariado não poderia ascender ao poder por serem criminosos natos e assim deveriam ser penalizados, e por isso não dignos de gozarem da isonomia material. Os estudos a partir do final do século XIX, encabeçados pela escola positivista, seria o marco incisivo da constituição da criminologia, apegada a um acelerado desenvolvimento da ciências sociais, sobretudo a antropologia.

As idéias da escola positivista coincidem com a preocupação burguesa de não verem o seu poder ameaçado pelas revolta populares. O direito penal teria que se alimentar justamente desse novo discurso para que a relação de poder fosse mantida.

Os positivistas rechaçavam totalmente a idéia de um homem racional com capacidade de exercer suas atitudes dotadas de livre-arbítrio. O delinquente era impulsionado ao cometimento de crimes por forças que ele mesmo não conhecia.

As ciências a época, possuíam a capacidade persuasiva de entender, explicar, prever e manipular todos os fenômenos da vida. E por isso o positivismo está ligado intimamente ao empirismo, rejeitando de pronto as noções religiosas apriorísticas, morais e idéias de cunho universal e absoluto. O que não poderia se provar por meio da experimentação de natureza reproduzível, não entraria na categoria de científico.

Como grande expoente da escola positivista está Cesare Lombroso. Lombroso foi o responsável pelo avanço da antropologia criminal e a difusão do discurso de um "homem delinquente nato". Com base em um empirismo, autopsiou mais de quatrocentos cadáveres e analisou mais de 6 mil delinquentes vivos para chegar a conclusão de que é possível se identificar um delinquente pelos seus traços físicos¹⁹. E para tanto enumerou diversas características de um homem delinquente.²⁰

¹⁹ Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/421>>. Acesso em: 05 de maio de 2010.

²⁰ Algumas características apresentadas por Cesare Lombroso que definiam o homem delinquente: protuberância occipital, órbitas grandes, testa fugidia, arcos superciliares excessivos, zígonas salientes, prognatismo inferior, nariz torcido, lábios grossos, arcada dentária defeituosa, braços excessivamente longos, mãos grandes, anomalias dos órgão sexuais, orelhas grandes e separadas, polidactia. Também poderiam vir acompanhadas de insensibilidade à dor, tendência a tatuagem, cinismo, vaidade, crueldade, falta de senso moral, preguiça excessiva, caráter impulsivo.

Esse discurso de homem delinquente foi uma maneira encontrada pela burguesia de punir excessivamente o proletariado e dar uma resposta ao comunismo que cobrava a igualdade de cunho material. Zaffaroni ainda demonstra o quão perpetuador foi o discurso:

Quando este fato se concretizou, surgiu uma nova agência em alguns países, e em tantos outros – onde já existia – cobrou-se nova força e função: a *polícia*. Mas as polícias não tinham discurso criminológico próprio e, por isso, o discurso criminológico policial foi elaborado pelos médicos em aliança com as polícias e na contramão dos juízes, juristas e filósofos: o discurso criminológico hegemônico foi -a partir dos meados do século XIX- o discurso médico-policial, de natureza biológica, que com matrizes manteve seu domínio até o século XX e ainda hoje sobrevive em boa parte da criminologia européia e latino-americana. O neocolonialismo estreitou os vínculos econômicos do centro com a periferia e legitimou todo seu poder com o discurso biológico racista: racionalizou o poder interno com a criminologia e o planetário com a antropologia, ambos aportados pela corporação médica. O neocolonialismo foi uma sorte no campo do trabalho para milhões de humanos (ZAFFARONI, 2005, p.32, tradução nossa).

O uso do direito penal para punir pessoas com base em estigmas físicos foi sustentado até o início do século XX e serviu como embasamento para criação de um discurso de manutenção do poder. Além desse determinismo, a burguesia se apoiaria em mais.

Em 1834, rechaçando a idéia primeira de Feurbach de que o delito lesiona direitos subjetivos, que diretamente ferem o Estado enquanto ente protetor dessa ordem, Birnbaum afirma que o delito só lesiona bens e não esses direitos subjetivos.

Para ele, os bens se colocam em análise pré-jurídica da razão, portanto não se tratam de coisas criadas pelo direito e sim, coisas preexistentes a ele. Parte de uma diferenciação entre delitos naturais e sociais para dizer que os bens foram dados pela natureza ou pela sociedade burguesa. Trata-se aí de uma concepção transcendental do bem jurídico, que preexiste a lei penal (FERNÁNDEZ, 2004, p.15).

Quando Birnbaum parte desse marco intelectual, ele reage contra a ideologia do iluminismo, projetada pela burguesia conservadora, o que se explica baseando-se em um desencanto pelo racionalismo especulativo da ilustração e ao mesmo tempo a preocupação pela insegurança do desenrolar da práxis jurídica da época (FERNÁNDEZ, 2004, p.15).

Depois do fracasso da Revolução Industrial, o racionalismo de inspiração hegeliana abre espaço para o nascimento do positivismo, que viria a converter-se

em uma nova justificação filosófica das ciências experimentais. O positivismo passa a aceitar os fenômenos como realidades sem questionamentos, e limita-se apenas a explicá-los (FERNÁNDEZ, 2004, p.17).

Do ponto de vista político, observa-se um grande fortalecimento do Estado. Reconhece-se o poder público como um direito fundamentado em sua capacidade de autolimitar-se, sendo o Estado um fim em si mesmo.

Como expoente desse pensamento, Karl Binding, que encontra-se na vanguarda da emergência do positivismo jurídico, retomando com mais força suas idéias a partir de 1872. O positivismo jurídico tem como aspiração encontrar uma teoria objetiva de interpretação, derivada da racionalidade interna do direito (FERNÁNDEZ, 2004, p.18).

Binding centraliza o racionalismo exclusivamente no direito positivo, livre de todo o pensamento filosófico ou metafísico, mantendo-se fiel ao dogma hegeliano da racionalidade inquestionável da lei, sendo a mesma produto exclusivo do Estado. Para ele, o direito penal encontra-se em conformidade com normas dedutíveis e conseqüentemente anteriores a lei, o que passa a consistir em um imperativo (FERNÁNDEZ, 2004, p.18).

Portanto o delito importa em uma desobediência a norma imperativa que fundamenta deveres de atuar e de omitir, e o mais importante, configura lesão ao direito subjetivo do Estado de mandar. Se o delito implica em uma lesão ao direito subjetivo do Estado de mandar, permite a esse mesmo Estado exigir obediência de seus súditos.

Com vistas a essa concepção, o bem jurídico surge como mero juízo de valor do legislador, que o qualifica e categoriza apenas como consideração valorativa do Estado. E assim o bem jurídico no positivismo jurídico não é algo natural, não constitui um ente que valha mais que o próprio direito.

O objeto da lesão do bem jurídico nesses termos, será sempre o direito subjetivo público do Estado, que nunca poderá ser passível de ofensa. Trata-se da teoria monista-estatal do bem jurídico, onde todo crime é crime contra o Estado e o bem jurídico é o império da norma.

Binding coloca-se sob esse viés, e seu pensamento é bem delineado nos escritos de Gonzalo Fernández:

O essencial, conforme o pensamento de Binding, é que o delito importa, antes de mais nada, uma infração ao dever de obediência; de onde fica assim fundamentada, a visão do injusto como violação de um dever jurídico (pflichtverletzung), como expõe poucos anos mais tarde Liepmann.

Em suma: para Binding toda norma encerra em si um bem jurídico e, por tanto, toda desobediência a norma é uma lesão ao bem jurídico que aquela contém. O bem jurídico é o objeto de poder do direito, ou seja, as pessoas, coisas ou situações positivamente valoradas pelo legislador. (FERNÁNDEZ, 2004, p.19,20, tradução nossa).

Nessa toada, se o delito consiste em desrespeito ao direito subjetivo do Estado, o Estado passa a ser altamente forte e autoritário, concebendo o delito como mera desobediência aos ideários desse Estado. Deixando assim, toda a organização da vida nas mãos do legislador que passa a ter um poder muito grande.

Com isso, a burguesia passa a se alimentar da legitimação do poder coativo do Estado e reduz o indivíduo a um papel de mero súdito da norma, em uma relação de absoluta sujeição ao poder.

Essa apropriação de discurso, trata mais uma vez de justificar a ausência de igualdade material e faz com que a burguesia aumente o poder de punir e fortifique o controle tentacular das cidades, aplicando o império da norma como justificativa a manutenção de um Estado que se sente lesado com o crime. O positivismo assim, auxiliou a burguesia a manter a política de dominação e controle social por meio do direito penal.

A apropriação de um novo discurso, com base no enaltecimento da igualdade material difundida pelo ideário comunista, se deu emblematicamente em 1917 na Rússia, quando por meio da revolução, o partido comunista toma as rédeas do poder (GUARAGNI, ano I, p. 30).

De posse do poder, os comunistas implantavam um modelo oposto ao liberal, sendo agora o Estado agência fomentadora da produção e distribuição de bens e serviços em substituição ao capitalista. A cartilha marxista que animava as bases da Europa Oriental começava a deslocar-se para o oeste europeu.

O marxismo encontrava-se em plena ascensão e estava disposto a impor às elites burguesas do oeste Europeu uma nova forma de administrar. E assim com o surgimento de Estados de esquerda altamente interventores em todos os ciclos da vida, surgem igualmente Estados interventores de direita, em que o fascismo e o nazismo se apresentam como pilares desse modelo.

Se antes o Estado não interveio no setor privado, a partir da ameaça comunista demonstrada pela revolução russa de 1917, intervir se fazia necessário para manter o poder e conter a ameaça de revoltas contra esse poder.

Era necessário que os Estados estivessem fortemente armados a fim de conter eventuais invasões de idéias socialistas que ameaçassem o regime. E para tanto necessitavam financiar os equipamentos que serviriam ao combate, intervindo na economia e passando a controlar a distribuição e produção de bens e serviços eliminando todo o setor privado, em plena obediência ao que rezava a cartilha marxista. Seria uma aceitação por conveniência (GUARAGNI, ano I, p.30).

E assim, os Estados pós Primeira Guerra Mundial, além de serem o oposto ao Estado liberal do século XIX, pois eram totalitários, impunham suas novas ordens econômicas com o intuito de financiar interesses políticos e imperialistas, equipando os Estados para o enfrentamento socialista, a fim de “calarem” os gritos revolucionários.

Para a proteção dessa tal ordem econômica que possuía fins diversos da proteção de toda a coletividade, a ordem jurídico-penal é chamada a fazer frente a toda inquietação que pudesse contrariar os interesses de uso da ordem econômica para transformação dos Estados em máquinas de guerra. Fábio Guaragni demonstra que o novo campo da criminalidade voltou-se à:

[...] garantia do sucesso das atividades interventoras realizadas na economia; b) à preservação dos modelos econômicos desenhados para os ciclos produtivos e distributivos de bens e serviços, atados fortemente aos destinos políticos postos avante pelos respectivos governos (GUARAGNI, ano I, p.30).

O direito penal que protege a ação beligerante do Estado na economia é um direito penal orientado aos interesses estatais enquanto gestor da economia, e não interessado no bem-estar coletivo.

Nesse marco histórico, o direito penal que é usado para a proteção da ordem econômica, porém com inclinação de proteção de interesses puramente estatais, é o primeiro modelo de direito penal econômico. E assim surge o direito penal econômico como sendo a proteção da intervenção do Estado na economia e logicamente a ordem econômica passa a se constituir um bem jurídico-penal (GUARAGNI, ano I, p.30, 31).

2.3 ESTADO SOCIAL DE DIREITO, ALTERIDADE E SOCIEDADE DE RISCO: A NOVA CONCEPÇÃO DE ORDEM ECONÔMICA E A TUTELA DO CONSUMIDOR COMO PARTE DELA

Como anteriormente comentado, a ordem econômica na cadeia sucessória de acontecimentos durante o transcorrer da história, possuiu um significado bastante estrito. Conceituou-se apenas como a intervenção do Estado na economia, para consecução de seus próprios objetivos imperialistas.

Esse conceito compreende a primeira geração do significado de ordem econômica e o surgimento do direito penal econômico, enquanto ordem protetora dos interesses estatais dessa intervenção.

Ocorre que, para se chegar a compreensão de que a tutela do consumidor e demais setores na atualidade encontram-se abrigados pelo manto da ordem econômica, necessita-se demonstrar que esse conceito de primeira geração é superado e passa a contemplar a preservação de interesses supra-individuais, e não de meros interesses do Estado.

A ordem econômica a partir de agora pode ser definida como a regularidade da produção, distribuição e consumo de bens serviços (BAJO FERNÁNDEZ;BACIGALUPO, 2001, p.11,12). Enxergam-se alguns fenômenos que fizeram com que o conceito de primeira geração caísse e um novo conceito de ordem econômica surgisse, passando a se preocupar com interesses supra-individuais. Um deles é o advento do Estado Social, ou do bem-estar social.

Apesar do Estado Social já ser detectado em 1920, um pouco após a revolução russa de 1917, os interesses estatais das intervenções na economia arregimentados pelo comunismo, não passavam de totalitarismos que visavam a fortificação do Estado enquanto potência militar.

O Estado Social, assim, não dependia do regime em que se encontrava, que poderia ser o democrático ou ditatorial, pois as providências que ele toma são sociais beligerantes, a exemplo o nazismo, que constituía uma Alemanha interventora no ciclo da economia, porém não com interesse de preservação de interesses supra-individuais e sim interesses de Estado. Ser Estado Social não é sinônimo de ser Estado Democrático.

Sendo assim, o Estado Social que toma providências diversas dos estados pós Primeira Guerra Mundial, constitucionalizando direitos sociais e contemplando

interesses supra-individuais, surge após a Segunda Guerra Mundial. Muitos estados pós Segunda Guerra Mundial encontravam-se altamente enfraquecidos e doentes economicamente, e o comunismo plenamente vigente na Rússia inspiraria outros Estados a adotarem a mesma política. Hobsbawn descreve o cenário:

[...] Moscou não era apenas um modelo mais atraente que Detroit ou Manchester porque enfrentava o imperialismo: ao mesmo tempo, parecia um modelo mais adequado, sobretudo para países sem capital privado nem um grande corpo de indústria privada com fins lucrativos. O “socialismo”, nesse sentido, inspirou vários dos países recém-independentes após a Segunda Guerra Mundial cujos governos rejeitavam o sistema econômico comunista [...] e nos primeiros quinze anos após a Segunda Guerra Mundial as economias do “campo socialista” cresceram consideravelmente mais rápido que as do Ocidente, tanto que líderes soviéticos como Nikita Kruschev acreditavam sinceramente que, continuando na mesma taxa a curva ascendente de seu crescimento, o socialismo iria produzir mais que o capitalismo dentro de um futuro previsível [...] (HOBSBAWN, 1995, p. 367,368).

O liberalismo ruiu, e o próprio capitalismo para se sustentar precisava ser reorganizado, passando o Estado a produzir uma postura de defesa do sistema capitalista. Rompe-se o ideário individualista do Estado Liberal, no qual o direito à propriedade era um prêmio nobre, e passa-se a contemplar demandas sociais, públicas e coletivas, como o direito à educação.

O Estado Social retira do liberalismo clássico a utopia da igualdade material e passa a realizá-la sob diversos prismas. Vários países começam a intervir na economia no sentido de incentivarem a produção econômica, manterem a circulação e consumo de bens e serviços.

Reconhece-se os direitos sociais e trabalhistas como direitos fundamentais e protegidos pelo Estado. É o nascimento do garantismo social.

Não se quebra apenas o paradigma anterior referente aos direitos individuais, o princípio da separação de poderes também é reinterpretado:

[...] Ao Poder Executivo são atribuídos novos mecanismos jurídicos e legislativos de intervenção direta e imediata na economia e na sociedade civil, em nome do interesse coletivo, público, social ou nacional. Ao Poder Legislativo(...)fiscalização e apreciação da atividade da Administração Pública e da atuação econômica do Estado. [...] O direito passa a ser interpretado como sistema de regras e de princípios otimizáveis, consubstanciadores de valores fundamentais (ordem material de valores, como entendeu a Corte Constitucional Federal alemã), bem como de programas e fins, realizáveis no limite do possível (CATTONI *apud* MAULAZ s/a, p.7).

Ao judiciário não caberia apenas a função subsumida mecânica de aplicação da lei ao caso concreto. Exige-se no Estado Social que haja uma aplicação construtiva do direito material vigente, no sentido de alcançar os fins últimos na perspectiva do direito positivo.

Daí então a ordem econômica passar a ser interesse de todos, uma vez que a realização da igualdade material pressupõe a equalização de todos perante tudo. O advento do Estado Social de Direito permite a quebra da preocupação individual-estatal, e passa a se preocupar com a interação de todos os ciclos econômicos a fim de promover o bem-estar coletivo. Intervir na ordem econômica era balizar o Estado na distribuição econômica igualitária e medida extremamente necessária para alavancar as economias e sustentar o povo nas nações destroçadas.

Assim um primeiro motivo para a ordem econômica passar a ser a regularidade da produção, distribuição e consumo de bens e serviços, bem como a coletividade passar a ser interesse do Estado, é o nascimento do Estado Social de Direito após a Segunda Guerra Mundial.

Um segundo motivo vem do movimento filosófico, para ser mais exato da escola de filosofia de Frankfurt. Essa escola, possui suas bases alicerçadas ainda em 1924, por iniciativa de Félix Weil.²¹

A influência da escola, particularmente a segunda geração, demonstra que alguns pensadores como Habermas, rompem o véu da racionalidade pura, e transcendem a concepção de homem para instrumentalizá-lo como sujeito a partir dos estudos da filosofia da linguagem.

Com o rompimento das forças produtivas após a Segunda Guerra Mundial, as atribuições do Estado são inteiramente modificadas. O Estado passou a intervir no planejamento econômico para promover o bem-estar comum.

O Estado nesse sentido, passou a se preocupar com a prevenção das disfunções do sistema, enfraquecendo assim o espaço de discussão a respeito da realização de fins éticos de convivência social que atendesse a coletividade. O Estado se preocupa, mas não discute as formas de intervenção.

²¹ Félix Weil foi filho de um grande negociante de grão de trigos na Argentina e foi fundador da Escola de Frankfurt em 1924. Weil era marxista e possuía doutoramento em ciência política, em que o tema de sua dissertação foi "os problemas práticos de aplicação do socialismo". Estudou na Universidade de Tübingen, tornando-se lá interessado no socialismo.

Assim sendo, o Estado mergulha em uma administração altamente burocrática, acompanhada de uma racionalidade instrumental, a fim de dotar de eficiência a condução dos problemas sociais.

Na medida em que a racionalidade instrumental e o avanço significativo do pensamento científico passam a compor as decisões de Estado na condução da vida social, as necessidades reais, baseadas em valores ímpares, e interesses globais, situadas no plano da interação, são afastadas do âmbito da discussão e reflexão.

Essa medida, diminui a interação comunicativa, o que acaba fazendo com que não haja questionamentos se as normas institucionais vigentes são justas ou não, mas somente se são eficazes. Reduzem-se apenas a discussão de problemas técnicos.

Portanto, o problema não reside no uso da ciência e tecnologia no aparelho estatal para condução da vida humana e promoção social, e sim no fato de que as decisões possuem cunho unilateral, o que acaba excluindo a sociedade do processo de decisão de questões vitais à sua própria existência.

Com isso, Habermas defende o uso da linguagem no resgate da interação social, passando a se preocupar com o outro, afinal o mínimo que pode haver para o estabelecimento do diálogo são duas pessoas. E assim por meio do diálogo, o homem passa a resgatar o seu papel de sujeito.

A idéia de alteridade assim surge e, para instrumentalizá-la, o uso da linguagem. Habermas entende que o consenso faz parte da relação com o outro, e só por meio do reconhecimento do outro é que a solidariedade pode ser alcançada, e assim diz:

Enquanto membro da comunidade universal do fiéis, estou solidariamente unido ao outro, como companheiro, como "um dos nossos"; como "uma entre todos" as pessoas que merecem um tratamento justo enquanto indivíduos inconfundíveis. A "solidariedade" baseada na qualidade de membro lembra o liame social que une a todos: um por todos. O igualitarismo implacável da "justiça" exige, pelo contrário, sensibilidade para com as diferenças que distinguem um indivíduo do outro. Cada um exige do outro o respeito por sua alteridade (HABERMAS, 2007, p.21).

Portanto, se durante um diálogo cujas circunstâncias são de aceite moral e não houver presente nenhuma autoridade mais elevada do que a boa vontade e compreensão daqueles que estão se entendendo a respeito das regras de sua

convivência, significa que haverá aceite da entrada numa práxis de entendimento cooperativo. É o respeito mútuo de opiniões e propostas que valida o uso da alteridade no agir comunicativo. Eu passo a me reconhecer no outro!

E assim, só podem aspirar por validade as normas que puderem merecer a concordância de todos os envolvidos em discursos práticos. Em que a “[...] argumentação se dá com a intenção de um convencimento recíproco quanto à legitimidade das reivindicações de validação que os proponentes apresentam [...]” (Habermas, 2007, p.60).

De outra banda, “o outro” não é o primeiro objeto de compreensão e depois interlocutor. As duas relações acabam se confundindo, em que a compreensão do outro é inseparável de sua invocação. Lévinas esclarece:

Compreender uma pessoa é já falar-lhe. Pôr a existência de outrem, deixando-a ser, é já ter aceite essa existência, tê-la tomado em consideração. “Ter aceite”, “ter considerado”, não corresponde a uma compreensão, a um deixar-ser. A palavra delinea uma relação original. Trata-se de perceber a função da linguagem não subordinada à consciência que se toma da presença de outrem ou de sua vizinhança ou da comunidade com ele, mas como condição desta “tomada de consciência” (LÉVINAS, 2004, p.27).

A própria Revolução Francesa quando institui como bandeira de seu manifesto a “Fraternidade”, tinha como pretensão a preocupação com o outro de uma maneira patriarcal, o que mais tarde acabou não acontecendo.

Há de se reconhecer ainda que, a alteridade é conceito mais restrito que diversidade e mais extenso que diferença. Por outro lado, a diferença implica sempre a determinação da diversidade, enquanto a alteridade não (ABBAGNANO, 2007, p.35).

De posse dessas informações, nota-se porque o conceito de ordem econômica dá sua guinada também a partir do movimento filosófico que constrói a noção de alteridade, vez que a regularidade da produção, distribuição e consumo de bens e serviços nada mais é que reconhecer a supra-individualidade do bem jurídico ordem econômica.

O outro passa a ser reconhecido também como destinatário da proteção estatal, haja vista que se minha existência depende do outro (estabelecimento da comunicação), ambos devemos ser protegidos. Eis o fundamento do caráter supra-individual da ordem econômica.

Um terceiro motivo que faz com que a definição de ordem econômica enquanto mera intervenção do Estado na economia passe a ser a regularidade da produção, distribuição e consumo de bens e serviços, é encontrada na sociologia.

O aumento da produção, que inicialmente foi obra da modernidade, fez com que as riquezas aumentassem, mas também criou um problema, o incremento de riscos, pertinentes a atividade industrial.

A noção de que a partir do momento em que a produção passa a ser extremamente presente, recriando espaços de vivência e potencializando muitos problemas, surge com a denominação dada por Ulrich Beck, "Sociedade de Risco".

Em sua obra (1986), Beck traça o perfil do que seria uma sociedade que está constantemente situada na seara de riscos, e mais, riscos que são para todos.

A noção do risco começou a sua empreitada com a preocupação ambiental, em que observou-se que o avanço industrial e tecnológico possuía um desdobramento quase que de ordem lógica, a degradação ambiental. O que estava transformando países com uma grande quantidade de bosques em regiões de campo aberto, como Noruega e Suécia (BECK, 1998, p.27).

Observou-se ainda que além do campo ambiental, a industrialização seguia sua jornada trilhando novos caminhos de destruição, como o lançamento das indústrias na criação de armas de destruição em massa, produtos de consumo com tecnologias não testadas, utilização de produtos químicos nos alimentos a serem consumidos, o que passou a ameaçar a existência da vida na Terra (BECK, 1998, p.28).

Com o reparte e incremento dos riscos, surgem paralelamente situações sociais de perigo. Sem embargos, as dimensões sociais do perigo seguem uma lógica diferente. Os riscos da modernização afetam mais tarde também os que produziram e se beneficiaram dele. O efeito denomina-se bumerangue e Beck dá o seu contorno:

Contém um efeito [...] que faz saltar pelos ares os sistemas de classes. Tampouco os ricos e poderosos estão seguros ante eles. E isso não é somente em relação a perigos para a saúde, mas também perigos para a legitimação, a propriedade, e a ganância: o reconhecimento social dos riscos da modernização vão unidas a desvalorizações e expropriações ecológicas que se encontram em contradição sistemática com os interesses de ganância e de propriedade que impulsionam o processo de industrialização. Ao mesmo tempo, os riscos produzem novas desigualdades internacionais, por uma parte entre o Terceiro Mundo e os Estados industrializados, por outra parte entre os mesmo Estados

industrializados. Essas desigualdades não respeitam o tecido de competências do Estado nacional. Haja vista a universalidade e supranacionalidade do tráfego de substâncias nocivas, a superveniência dos bosques da Baviera depende em última instância da assinatura e cumprimento de tratados internacionais (BECK, 1998, p.29, tradução nossa).

A situação se agrava mais ainda quando esses riscos passam a ser literalmente consumidos por todos. Os alimentos passam a ser um fator de extrema preocupação na sociedade complexa do consumo, vez que diversos componentes estão sendo usados pelas indústrias sem nenhum tipo de avaliação. Hormônios sexuais são usados em animais que posteriormente terão de si a carne e o leite retirados, o que quando consumidos fazem com que o ser humano ingira componentes estrogênicos.

Não só nos alimentos, mas produtos destinados ao uso diário como plásticos, latas e gorduras em sede de pesquisa, apresentaram-se como um fator de risco que poderia dar ensejo ao câncer de mama:

A Dra. Ana Soto, do Dpto. De Biologia Celular da Escola de Medicina da Universidade de Tufts, que pesquisa câncer de mama, observou uma contaminação que levava alterações no comportamento das células como se estivessem na presença de estrogênio. Durante meses procuraram no laboratório o que poderia estar causando aquilo e descobriram na matéria-prima dos tubos de plásticos utilizados o nonifenol, um composto químico largamente usado como antioxidante na indústria de plásticos, na formulação de detergentes e de algumas espumas espermicidas, que era considerado seguro e não estrogênico. E eram os nonifenóis que se encontravam na água dos rios britânicos a uma proporção de 50mcg/l ou mais que causavam os altos níveis da proteína própria das fêmeas nos peixes machos.

Isso foi ocultado da opinião pública durante dois anos, porque na Inglaterra 50% da água dos rios são formadas por efluentes de esgotos tratados. Assim a água potável que chega às pessoas também contém estrogênio sintético numa porção de 30% (MURARO, 2009, p.126, 127).

Além de toda essa problemática, ocorre ainda que todo esse progresso técnico desafia a criminalidade tradicional e a ambiência do delito doloso (dolo de primeiro grau), devido ao fato de que novas técnicas são utilizadas como instrumentos do crime produzindo resultados altamente lesivos. Novas modalidades de crimes são projetadas através dos espaços abertos pela utilização da tecnologias, em que a utilização da *internet*, para o cometimento de crimes cibernéticos é apenas um exemplo.

O desenvolvimento técnico se liga intimamente ao desenvolvimento da criminalidade transnacional, em que são criados novos riscos aos Estados

soberanos. E conseqüentemente potencializa, também, os delitos imprudentes, fazendo com que os Estados não possuam mais capacidade de gerência sob a gama de acidentes que irão advir da evolução industrial e da comercialização entre fronteiras.

Nesse sentido, a insegurança torna-se algo institucionalizado, em que o risco passa a modificar o modo com que os fenômenos sociais são tratados e ainda criminalizados. Silva Sanchez, mostra de que forma a sociedade pós-industrial se comporta:

A sociedade pós-industrial é, ademais a sociedade do risco tecnológico, uma sociedade com outros caracteres individualizadores, que convergem em sua caracterização como uma sociedade (objetiva) de insegurança. De início, significa que o emprego de meios técnicos, a comercialização de produtos, ou a utilização de substâncias cujos possíveis efeitos nocivos não se conhece de modo seguro e, em todo caso, se manifestaram anos depois da realização da conduta introduzindo um importante fator de incerteza na vida social. O cidadão anônimo diz a si: "estão nos matando, mas não sabemos a ciência certa nem quem, nem como, nem a que ritmo". **Na realidade, faz tempo que os especialistas, por demais, tem descartado a possibilidade de neutralizar os novos riscos, incidindo assim em aprofundar melhor os critérios de distribuição eficiente e justa dos mesmos – existentes e em princípio não neutralizáveis** - (SILVA SANCHEZ, 2001, p. 29, grifo nosso, tradução nossa).

Com base nisso, o que se afirma é que o problema não é individual e sim coletivo, sendo que tudo que agora acontecer deve ser preocupação de todos. A interação com toda essa complexidade demonstra inclusive que o direito penal encontra dificuldades em lidar com isso.

A sua gênese é baseada na proteção de bem jurídicos individuais e pautada na eliminação de crimes de dano. A sociedade de risco impõe que tais riscos sejam contidos e assim não esperar o dano para que o direito penal possa agir. E com isso, a técnica de abordagem do problema se mostra insatisfatória ao se utilizar os crimes de dano, fazendo assim com que haja uma expansão da utilização dos crimes de perigo abstrato.

Nesse prima, a ordem econômica encontra o seu conceito de regularidade da produção, distribuição e consumo de bens e serviços justificado também na sociedade de risco. Produzir, distribuir e consumir demandam atividades do processo de industrialização e portanto, procedimentos arriscados.

Consumir, então, é tarefa altamente perigosa que demanda gerência e vigilância de suas fases (produção e distribuição). E assim ratifica o fato de que a

ordem econômica comporta o desejo de proteção supra-individual e mais, a proteção do próprio consumidor enquanto ator principal nesse espetáculo complexo do consumo.

Assim sendo, a ordem econômica encontra seu conceito de segunda geração justificada em aspectos históricos (advento do Estado Social de Direito), filosóficos (a noção de alteridade, instrumentalizada pelo uso da linguagem) e sociológicos (a sociedade de risco).

Não fugindo as justificativas supracitadas e dados os contornos da ordem econômica, a Carta Magna de 1988 trouxe em algumas passagens de seu texto também a justificativa histórica, filosófica e sociológica do conceito de segunda geração da ordem econômica. A própria defesa do consumidor, prevista no artigo 170, inciso V, da mesma, é o resultado da somatória de justificativas.

Quanto ao aspecto histórico, a Carta Magna em diversas passagens faz referência ao seu caráter provedor. O Título II, Capítulo II, que trata dos Direitos Sociais, é a prova viva de que a Constituição adotou um Estado de bem-estar social, pois prevê a promoção de diversos direitos como a educação, saúde, trabalho, moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, além de outros que tratam da proteção da relação de emprego.

O texto que trata da Ordem Econômica (artigo 170) também carrega o caráter provedor quando fala da valoração do trabalho humano, da livre iniciativa e assegura à todos a existência digna. Já em seu inciso IV, quando fala da livre concorrência, acaba por querer promover o consumo de bens e serviços de maneira leal, possibilitando a promoção do mercado

Já no aspecto filosófico, a noção de alteridade é evidente a partir do Título VIII, que trata da Ordem Social. A Ordem Social tem como base o trabalho, e objetiva o bem-estar e a justiça sociais.

Quando trata da Seguridade Social, o artigo 195 prevê que:

A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I – do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

- a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;
- b) a receita ou faturamento
- c) o lucro;
- [...]

O outro passa a ser objeto de preocupação quando a Constituição repassa à todos o financiamento do instituto. A fraternidade passa a ser algo experimentado por todos, dando assim uma conotação de preocupação supra-individual.

Quanto a ordem econômica, o artigo 170 também faz emergir o dado filosófico da alteridade quando trata em seu inciso VI da defesa do meio ambiente, bem jurídico que é de interesse de todos (supra-individual) e reconhece que as gerações futuras devem ser preservadas a partir da adoção preventiva de proteção ambiental (reconhecimento do outro).

Já em seu inciso VII, trata da redução das desigualdades regionais e sociais. A própria defesa do consumidor, prevista no inciso V, demonstra que todos passam a ser preocupação de todos e que a proteção individual é rompida.

No aspecto sociológico, a sociedade de risco orbita a legislação que trata dos crimes contra as relações de consumo (Lei 8.137/90). A Lei, em seu artigo 7º, incisos, III e IX, prevê situações que expõem o consumidor a risco constante como misturar gêneros e mercadorias de espécies diferentes para vender ou expor a venda.²² Em outra passagem, criminaliza a venda, o ter em depósito ou expor à venda - e outras condutas arriscadas – matéria-prima ou mercadoria em condições impróprias para o consumo.²³

Tais nuances demonstram a preocupação do legislador com a integridade física e saúde dos consumidores, antecipando a tutela penal para antes do efetivo dano. A técnica de tipificação usada é a partir dos crimes de perigo abstrato, pois não é feito nenhum tipo de previsão no tipo penal da lesão ao bem jurídico como dano. E trata-se assim, de uma presunção absoluta do perigo de dano (“ex ante factum”).

Esses aspectos demonstram cabalmente que nesse momento existe uma expansão do direito penal, fato que arrima a necessidade do reconhecimento da

²² Lei 8.137/90. Art. 7º, III – misturar gêneros e mercadorias de espécies diferentes, para vendê-los ou expô-los à venda como puros, misturar gêneros de mercadorias de qualidades desiguais para vendê-los ou expô-los à venda por preço estabelecido para os de mais alto custo.

²³ Lei 8.137/90. Art. 7º, 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.

sociedade de risco presente a partir da Carta Magna e mais, a proteção do consumidor como parte dessa complexidade. A ordem econômica, assim, quando faz a previsão da proteção do consumidor, efetiva o aspecto arriscado de consumir.

Quando o conceito de segunda geração da ordem econômica emerge, referenda toda as justificativas supracitadas, fazendo com que o supra-individualismo seja alcançado pelo reconhecimento, inclusive, das condutas arriscadas da atividade empresarial em busca do lucro.

Nesse contexto, a regularidade da produção, distribuição e consumo de bens e serviços também é completada pela noção de sociedade do risco. E portanto, todas as justificativas de mudança do conceito de ordem econômica estão presentes também na Carta Magna de 1988. E mais, a tutela do consumidor presente na Constituição, por meio do artigo 170, é resultado da somatória dos três fatores que impulsionaram a mudança de conceito.

A tutela do consumidor, portanto, é parte dessa complexidade, o que por si justifica um estudo a respeito de sua ambiência perante a sociedade consumo, e como o direito penal mediante esse quadro se comporta, e também de que forma poderia auxiliar nessa tutela.

E assim, o novo perfil da ordem econômica pode ser assim resumido:

- a) é um bem jurídico de caráter supra-individual;
- b) sob o manto da sociedade de risco reclama proteção antecipada, mormente por tipificação de condutas a partir dos crimes de perigo abstrato;
- c) prevê a proteção do outro ao promover por exemplo a defesa do meio ambiente (preocupação com as gerações futuras);
- d) evidencia que a defesa do consumidor é parte essencial da manutenção da regularidade da produção, distribuição e consumo de bens serviços.

3 AMBIÊNCIA DA TUTELA PENAL DO CONSUMIDOR

3.1 O CONSUMIDOR E SUA HIPOSSUFICIÊNCIA A PARTIR DA SOCIEDADE DE CONSUMO

O século XXI experimenta a todo momento o bombardeio de informações midiáticas, que arrimam o fato de que a nova ordem mundial está sob o manto do caos. O consumo invadiu a vida privada e passou a determinar de que modo as relações pessoais devem se desenvolver e portanto, remodela toda a estrutura societária.

Os atores sociais estão bem definidos. Trabalhadores, produtores e consumidores compõem a complexidade dessa estrutura e passam a representar a economia do mundo moderno. As lutas sociais entre trabalhadores e patrões que permearam o século XIX e parte do século XX, perderam o referencial de conquista ao acesso à terra e posteriormente o domínio dos meios de produção.

Tal mudança se dá justamente pelo fato de que o vértice da sociedade moderna é outro. A luta agora é pelo acesso ao consumo de bens seguros e a garantia da informação plena a respeito dos serviços colocados no mercado.

O que o consumidor deseja nesse momento, é se tornar membro do padrão estabelecido, deseja ser feliz por ser consumidor e também quer ver garantido o seu direito de saber o que compra. Direito esse, que muitas vezes não é exercido pelo fato de não ser interessante para sociedade de consumo ter um membro informado.

A sociedade de consumo cria espaços de exclusão, estratifica a sociedade e invoca uma zona de conflito: o acesso ao consumo. Tal acesso torna-se cada vez mais difícil, primeiro por questões lógicas de ordem financeira não igual a todos e segundo, pela não eficiência, garantia e segurança do ato de consumir.

O problema é gerado a partir da sociedade de informação, uma vez que a publicidade comercial não faz o devido papel de informar corretamente sobre os produtos de consumo. O que a propaganda quer é vender e não instruir.

Esses novos problemas que a sociedade de consumo traz superam a antiga relação trabalho-capital pela produção-consumo, o que paralelamente gera o interesse estatal de proteger uma nova categoria: o consumidor.

A estrutura da nova sociedade cria toda uma ambiência que remete o consumidor a uma postura débil e passiva. E não porque há desejo do consumidor

de estar nessa condição, e sim porque a sociedade moderna constrói esses comportamentos. Entrar na nova onda não é opção, é mandamento.

Toda essa problemática reclama uma positivação dos interesses que visam a proteção dos consumidores. O reflexo automático dos problemas que a sociedade de consumo trouxe e os que já haviam nascidos com o desenvolvimento da sociedade industrial, conjuram o direito do consumidor.

Toda essa construção em torno dos direitos do consumidor é relativamente nova e obteve a sua eclosão primeiramente nos países de primeiro mundo e mesmo assim foi um processo lento, que iniciou no século XX e obteve maior importância após a Segunda Guerra Mundial (SODRÉ, 2009, p.13).

Calais-Auloy, ainda informa que “os anos 1970 e 1980 testemunharam a eclosão e a multiplicação de organizações de defesa e de regras protetivas, tanto na França como nos países vizinhos” (CALAIS-AULOY *apud* SODRÉ, 2009. p.13).

Observa-se então, que no período pós-guerra, o que declina os anos 50/60, a sociedade de consumo obteve um desenvolvimento bastante considerável, o que tornou conseqüentemente o consumidor um problema social (CALAIS-AULOY *apud* SODRÉ, 2009. p.13,14).

Paralelamente a partir de 1960, as empresas deram início a uma expansão de suas estruturas, o que levaria a maior complexidade de produtos e serviços, bem como ao desenvolvimento do crédito, da publicidade e do marketing.

Junto a isso, ocorre o abrupto crescimento do desequilíbrio entre os parceiros econômicos. E ao comparar os fornecedores com os consumidores, é límpido que o segundo encontra-se em posição de desvantagem, o que ocasiona ruptura na balança da ordem econômica de uma forma geral.

Contudo, a preocupação da posição desvantajosa em que se encontra o consumidor, já se avultava nas décadas de 50 e 60, como confirma Lucca:

É mais ou menos a partir das décadas de 50 e 60, do século XX, com o crescimento impressionante das macro-empresas e com a sofisticação dos produtos e dos métodos de produção, que a grotesca idéia da ‘ditadura do consumidor’ foi paulatinamente sendo posta a nu, tornando-se claro e incontroverso que os consumidores estavam mais para ‘escravos’ do que, evidentemente, para suseranos (LUCCA *apud* SODRÉ, 2009,14).

Assim sendo, como berço das preocupações antecipadas sobre um tratamento adequado ao consumidor, os países de primeiro mundo iniciaram um

movimento em meados da década de 60 a meados da década de 70, quando surgiram discussões a respeito da aprovação de leis de defesa do consumidor, que causaram repercussão na imprensa de uma forma jamais antes vista. Hobsbawm enfatiza mais ainda o cenário:

A economia mundial, portanto, crescia a uma taxa explosiva. Na década de 1960, era claro que jamais houvera algo assim. A produção mundial de manufaturas quadruplicou entre o início da década de 1950 e o início da década de 1970 e, o que é ainda mais impressionante, o comércio mundial de produtos manufaturados aumentou em dez vezes.

O que antes era um luxo tornou-se o padrão de conforto desejado, pelo menos nos países ricos: a geladeira, a lavadora de roupas automáticas, o telefone.

[...] Em suma, era agora possível o cidadão médio desses países viver como só os muito ricos tinham vivido no tempo de seus pais – a não ser, claro pela mecanização que substituíra os criados pessoais (HOBBSAWM, 1995, p.257 – 259).

A emergência da sociedade industrial também fez com que houvesse concentração do poder econômico nos grandes conglomerados empresariais, o que a reboque traz inovações no tratamento do consumidor. De igual forma, a sociedade industrial permitiu também um grande crescimento populacional, o que acabou acentuando a urbanização do mundo.

Mediante essa realidade, e também a necessidade de proteção do consumidor, os direitos difusos passam a ser a bola da vez, demonstrando que sujeitos indeterminados podem ser atingidos por uma conduta lesiva, e que essa possibilidade deixa de ser remota para ser praticamente inevitável.

O crescimento populacional também permitiu um melhor enquadramento da impulsão à proteção do consumidor. O que também explica o começo da preocupação do assunto nos países da América Latina, como Brasil (SODRÉ, 2009, p.21).

A diminuição da sociedade agrícola, fez com que a urbanização das cidades se desse de uma maneira extremamente rápida, causando assim nos países menos desenvolvidos a expansão das populações urbanas pobres. Isso fez com que despertasse o tema da defesa do consumidor nos últimos vinte anos. E assim diz Sodré:

[...] Tudo isto ocorreu dentro de um sistema capitalista que tende a aumentar as desigualdades sociais com o passar dos tempos. É neste contexto que surge um movimento social com o objetivo de proteger os

consumidores e o direito vai ser um dos instrumentos utilizados para buscar este fim.

Antes da criação de um direito do consumidor, como resposta a estes conflitos, ocorreu o surgimento e desenvolvimento das entidades de defesa dos consumidores. O direito é um resultado dos conflitos sociais e não o contrário. [...] Por isso mesmo, o direito do consumidor irá nascer nos países de primeiro mundo, se estendendo, mais tarde, aos países de terceiro mundo (SODRÉ, 2009, p. 21, 22).

A própria Espanha obteve a consolidação da idéia de se legislar em prol dos consumidores apenas na década de 80. O interesse veio ainda na década de 60, em que se reconheceu com intensidade que o ordenamento vigente não era adequado para proteger eficazmente os interesses legítimos dos cidadão comum em sua vida diária, ou seja, os interesses legítimos do cidadão como consumidor (SODRÉ, 2009, p.28).

A idéia de proteção do consumidor é extremamente nova e é resultado do capitalismo que se encontra em níveis avançados. Trata-se inclusive de um dado típico das sociedades opulentas, que difundiram as idéias gradativamente pelos países ocidentais. Essa descoberta recente não foi acompanhada pelas propostas legislativas com vistas à defesa da categoria (ALPA *apud* SODRÉ, 2009, p.28).

Relatórios dos governos dos países de primeiro mundo na década de 60 e 70, já afirmavam que os problemas vividos pelos consumidores, se davam em sua base, pela desigualdade entre consumidores e fornecedores (SODRÉ, 2009, p.29).

Detectava-se ainda que pelo fato de o mercado ser falho, metas éticas como a justiça equitativa, direitos do consumidores e valores sociais ficavam difíceis de serem alcançados.

Nesse sentido, a proteção do consumidor deve existir como justificativa da conservação de valores éticos e sociais que devem ser defendidos pela sociedade. E portanto, constatando que o mercado por si só não é capaz de proteger os consumidores. Assim, é necessário que o Estado posicione-se ao lado deste setor a fim de reequilibrar o convívio social.

Essa vulnerabilidade experimentada pelo consumidor é objeto do direito do consumidor, o que nas palavras de Calais-Caloy fica evidenciado como a justificativa desse direito existir:

A existência do direito do consumidor se baseia, na minha opinião, sobre uma tripla constatação: a) os consumidores estão naturalmente em posição mais fraca em relação aos profissionais; b) a lei tem função de proteger o fraco contra o forte; c) o direito civil clássico é impotente para assegurar a proteção dos consumidores (CALAIS-AULOY *apud* SODRÉ, 2009, p.30).

Interessante é o argumento de Calais-Auloy no sentido de dizer que o direito civil clássico é impotente. Realmente a gênese do direito civil é baseada na idéia de igualdade entre partes, o que logicamente o torna neutro aos valores sociais, não tomando partido assim de nenhuma das partes.

Por isso então que o direito do consumidor entende que os consumidores e fornecedores não são iguais em suas relações, e portanto, afastando-se do direito civil para ser o direito dos desiguais. E assim, a distinção entre fornecedor e consumidor torna-se corolário do sentido proposto de vulnerabilidade.

Os fornecedores em geral, encontram-se em posição de vantagem quando comparados aos consumidores, muito em razão do conhecimento técnico que os mesmo detêm, e também por sua capacidade financeira.

O que o direito do consumidor busca é restabelecer o equilíbrio nas relações profissionais, com intenção primeira de fazer contrapeso às vantagens naturais dos fornecedores e equalizar as demais pontas do sistema das relações de consumo.

O desequilíbrio existente entre o conhecimento profissional dos fornecedores e a ausência desse mesmo conhecimento por parte dos consumidores, resulta a vulnerabilidade do consumidor.

Isso se dá em boa medida pelo desenvolvimento tecnológico e a produção em grande escala de produtos, o que submete o consumidor a exposição constante de riscos a sua saúde e segurança.

Quanto a América Latina, não resta dúvidas de que a vulnerabilidade do consumidor é muito maior, em razão da grande desigualdade social dissipada pelo continente. Com praticamente vinte anos de atraso em relação aos países de primeiro mundo, países da América Latina começaram a consolidar a opção de se aprovar leis gerais que visavam a proteção do consumidor a partir da década de 90 (SODRÉ, 2009, p.32).

Tal atraso, pode ser atribuído em grande parte pela longa utilização do direito civil, até a influência do direito do consumidor europeu e americano aportarem em outros países. Nem mesmo a legislação esparsa aprovada nos países desenvolvidos tiveram influência imediata na América Latina.

Tudo isso está associado a própria história de construção do direito do consumidor. O que remonta ao surgimento dos mercados de consumo de massa, pontualmente após a Segunda Guerra Mundial. E ainda sob a preocupação do

acesso a justiça e a proteção dos direitos difusos. Contudo, tais preocupações não existiam anteriormente justamente porque os problemas de hoje não existiam antigamente. (SODRÉ, 2009, p.50).

Se proteger o consumidor é proteger interesses de caráter difuso, quer dizer então que esses direitos se caracterizam pela indeterminação dos sujeitos que se abalam e pela indivisibilidade da lesão. O que acaba tornando o uso arcaico do direito inviável aos novos tempos e anseios de interesses supra-individuais. A guinada da sociedade é assim demonstrada:

À medida que as sociedades do *laissez-faire* cresceram em tamanho e complexidade, o conceito de direitos humanos começou a sofrer uma alteração radical. A partir do momento em que as ações e relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter mais coletivo que individual, as sociedades modernas necessariamente deixaram para trás a visão individualista dos direitos, refletida nas "declarações de direitos", típicas dos séculos dezoito e dezenove. O movimento fez-se no sentido de reconhecer os *direitos e deveres sociais* dos governos, comunidades, associações e indivíduos. (CAPPELETTI E GARTH *apud* SODRÉ, 2009 p.51).

Portanto, o direito do consumidor deve ser sempre observado pela lente dos direitos difusos, o que necessariamente chama uma proteção coletiva e que muitas vezes se antepositiona aos interesses públicos ou privados. Por isso, que a América Latina se apresenta como palco de estréia para a afirmação dos direitos difusos.

A tendência então, é que a utilização desse direito seja mais frequente, ainda mais que nos países da América Latina, como o Brasil, apresentam a camada pobre da população em situação de expansão (SODRÉ, 2009, p.52).

O que leva-se a pensar mais ainda em interesses de todos, e não apenas copiar o direito aplicado nos países de primeiro mundo. O que se faz necessário, é que nesse continente algo novo seja criado, pois a função social é diferente.

O que os direitos difusos justamente fazem é propor mudanças no modo de pensar e agir do direito, o que acaba rompendo o modelo antigo e superando a individualidade de sua aplicação. Essa rubrica, abarca também a idéia de que não há uma submissão dos interesses a lógica do Estado. Esse direito surge como porta-voz da sociedade organizada.

Parece haver ainda a superação da crise política de representação do Estado no século XX, em que os cidadão não aceitam mais que a única forma de representação política seja a via eleitoral (SODRÉ, 2009, p.52).

Os direitos difusos assim, são antes de mais nada, o direito à participação em decisões do cotidiano. O que também leva ao direito de opinar sobre as políticas públicas, transformando-as em um novo universo jurídico.

Nesse sentido, a autonomia do direito do consumidor deve ser reconhecida e a criação do Código de Defesa do Consumidor surge como um microsistema. O que leva o direito do consumidor a diferenciar-se do direito civil, econômico e comercial. Isso ocorre pelo fato de que as relações de consumo são muito complexas, o que não deixa de exigir interação interdisciplinar de normas de direito material.

Portanto, com a criação do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, a idéia passa a ser justamente a de proteção dos direitos difusos, mediante instrumentos que diminuam o desequilíbrio entre fornecedores e consumidores (NERY JUNIOR, 1999, p.431).

Cria-se, assim, um microsistema das Relações de Consumo, inclusive em atendimento a um mandamento constitucional, o que acaba por assegurando um certo tipo de supremacia em relação a outras leis. O artigo 5º, inciso XXXII da Carta Magna, prevê que “o Estado na forma da lei deverá promover a defesa do consumidor”.

Outra previsão, veio a reboque no artigo 48 dos atos das disposições transitórias. O Congresso Nacional teve o prazo de cento e vinte dias para elaborar o Código de Defesa do Consumidor. E por último, e não menos importante, a defesa do consumidor está presente como um dos princípios da Ordem Econômica no artigo 170, inciso V.

Portanto, além da necessidade de defesa dos direitos do consumidor em um primeiro momento atender uma demanda social mediante a complexidade da sociedade de consumo, a imposição constitucional reafirma a necessidade da positivação da proteção.

A conjugação desses fatores faz com que o Código de Defesa do Consumidor preencha a lacuna de uma lei que atue de forma horizontal e vertical na proteção dos direitos difusos. Ao mesmo tempo que entrelaça normas de caráter geral e caráter especial (atuação vertical), reúne de uma só vez tudo o que possa estar se referindo aos consumidores (atuação horizontal). Guido Alpa esclarece:

Constituído por fontes de natureza diferente, o setor gera um verdadeiro “corpus” normativo. O direito dos consumidores – já se fez claro – é um ramo do ordenamento no qual se entrelaçam normativas de caráter geral e normativas de caráter especial: em lugar de organizar a descrição das normativas em torno de um instituto (o direito dos contratos) ou de disciplinas especiais (o direito das vendas), operando de maneira vertical, parece adequado a operar de maneira horizontal, juntando todos os institutos, as disciplinas e as problemáticas que possam se referir aos consumidores, à relação de consumo etc (ALPA *apud* SODRÉ, 2009, p.56).

Atendendo então aos mandamentos constitucionais, bem como as constatações dos problemas que essa classe estava passando, criou-se ainda com um certo atraso, a Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 que dispôs sobre a proteção do consumidor e realiza outras providências.

Nesse momento o legislador supera o ideário que permeou todo o século XIX de produzir grandes codificações, priorizando assim o tratamento específico do consumidor por meio da criação de um microssistema, o Código de Defesa do Consumidor.

Quando o uso das grandes codificações era utilizado, por seu caráter muito abrangente, acabava por deixar de fora a tutela de muitas situações, o que teria somente eficácia em um sistema que fosse capaz de traduzir mais especificamente os problemas vividos por determinadas relações jurídicas.

Justamente é o que busca o Código de Defesa do Consumidor. Tornar eficiente os princípios pelos quais se funda. Tais princípios emanam diretamente da Constituição, o que logicamente contempla o consumidor com um tratamento diferenciado perante as relações de consumo, caracterizando assim a sua hipossuficiência mediante o quadro crítico da sociedade de consumo.

Diversas passagens no Código expressam o caráter frágil do consumidor, em que o artigo 4º, inciso I²⁴ é apenas um exemplo. Essa previsão visa restabelecer a igualdade das relações de consumo, prevendo ainda que o consumidor é parte hipossuficiente tanto economicamente como técnica.

Não só a hipossuficiência reconhecida, mas também traz o Código instrumentos que viabilizam ao consumidor agir em prol de sua proteção e da

²⁴ Lei 8.078/90, art. 4º, I: A política nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendido os seguintes princípios:
I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

manutenção de sua condição. Portanto, o artigo 6º, inciso VIII, prevê a inversão do ônus da prova quando preenchido alguns requisitos.²⁵

Em outras passagens, ainda enxerga-se a interpretação de cláusulas contratuais de modo mais favorável ao consumidor (art. 47 CDC), proteção contra propagandas abusivas e enganosas, bem como práticas desleais impostas no fornecimento de produtos ou serviços (art. 6º, IV, CDC).

O Código de Defesa do Consumidor é um microsistema bastante avançado mas que ainda é pouco explorado, basta observar que todos os dias novos abusos são cometidos contra o consumidor. E ficam mais evidente tais abusos devido ao fato de que a sociedade contemporânea é orientada para o consumo.

A sociedade de consumo então, ao mesmo tempo que viabiliza a preocupação com essa categoria, impulsionando a criação de mecanismos que explorem a proteção contínua do consumidor, ainda consegue ser mais forte que a própria proteção, o que necessariamente requer que o direito haja por meio de seus ramos a fim de tentar amenizar tal situação.

Nesse sentido, a incumbência de se amenizar alguns dos abusos contra o consumidor, além de emblematicamente ter sido a criação do microsistema Código de Defesa do consumidor, se deu com a criação também da Lei 8.137 de 27 de dezembro de 1990, que define os crimes contra a ordem tributária, contra as relações de consumo, e dá outras providências.

Ou seja, isso traduz uma tentativa de se inibir as práticas abusivas por meio do uso do direito penal, o que parece não ocorrer, uma vez que as empresas se fortificam cada vez mais, repassando aos preços finais dos produtos, os custos que terão com a reparação do dano e com o processo penal. Essa é a realidade. E nesse prisma, o consumidor acaba pagando duas vezes pelo custo do produto.

O Código de Defesa do Consumidor, sem dúvidas representa um marco incisivo na constituição do direitos do consumidor, bem como na constatação da existência dos direitos difusos. Ocorre que a sua existência por si só, não garante a segurança dos consumidores, que se encontram constantemente em situação de risco pelo ato de consumir, até porque consumir é corolário do sistema capitalista.

²⁵ Lei 8.078/90, art. 6º, VIII: São direitos básicos do consumidor:
VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

Necessário ainda se faz que, além do reconhecimento do consumidor como parte hipossuficiente inserida nessa sociedade de consumo que impõe um modelo a ser seguido, haja uma preocupação constante com o fato de que essa proteção não ocorra com lacunas.

Se todos são consumidores, a proteção com certeza deve obedecer a ditames mais rigorosos, o que sempre justificará uma atuação mais incisiva do Estado quando a proteção for deficiente, o que por situação lógica, não exclui a apreciação dessas condutas pelo direito penal.

3.2 OS CRIMES CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO: A PROTEÇÃO DEFICIENTE DO CONSUMIDOR MEDIANTE A REDUÇÃO DA COMPLEXIDADE SOCIAL

Como dito anteriormente, a constituição dos direitos do consumidor, além de ser imposição constitucional, mostrou-se uma verdadeira necessidade diante do quadro que a cada dia se estende, o avanço do capitalismo.

Isso a reboque, traz vários problemas que vão desde o aumento da produção, o que paralelamente aumenta o uso de tecnologias, diminuindo os postos de trabalho, a criação de novos produtos que se utilizam dessas mesmas tecnologias que muitas vezes não foram testadas, gerando assim um risco iminente ao ato de consumir.

O ambiente complexo em que as pessoas encontram-se inseridas, propicia todo tipo de ataque as premissas básicas do *welfare state*, bem como a institucionalização da falta de respeito aos direitos do cidadão. Trata-se muitas vezes apenas de uma proteção formal.

O mais catastrófico dessas constatações é que a pessoas não se preocupam com o que acontece ao redor delas, o que acaba potencializando ataques fulminantes ao exercício pleno de direitos. O ato de consumir se insere sob essa ótica, e consumir dentro dessa complexidade além de ser um estilo de vida, é também tornar-se um cidadão sujeito a essa problemática.

A sociedade encontra-se em um processo de liquidez jamais visto antes, em que os seus membros mudam em um tempo mais curto do que aquele necessário para a consolidação de hábitos, rotinas e formas de agir. As relações individuais não

se solidificam, pois basta um piscar de olhos para que as interações sociais entrem em colapso (BAUMAN, 2007, p.7).

A capacidade torna-se incapacidade, o ativo torna-se passivo e rapidamente as condições de ação e as estratégias de reação tornam-se obsoletas, o que leva os atores sociais a não saberem nem mesmo o sentido de sua existência. O que se vive é uma vida precária, em que as incertezas proliferam-se em uma velocidade sônica (BAUMAN, 2007, p.7).

Vencer dentro dessa estrutura é para poucos, que devem estar no topo da pirâmide do poder global, para os quais a distância e o tempo não passam de substantivos (BAUMAN, 2007, p.10). E portanto a ordem é não se apegar a nada, não ter relação de lealdade com o objeto, o que faz essa mesma relação que é compartilhada com os indivíduos ser de igual forma líquida. Nesse sentido então:

A vida líquida é uma vida de consumo. Projeta o mundo e todos os seus fragmentos animados e inanimados como objetos de consumo, ou seja, objetos que perdem a utilidade (e portanto o viço, a atração, o poder de sedução e o valor) enquanto são usados. Molda o julgamento e a avaliação de todos os fragmentos animados do mundo segundo o padrão dos objetos de consumo (BAUMAN, 2007, p.16, 17).

Essa nova postura da sociedade apresenta-se como fator primordial na estrutura do consumo, que justifica a criação de mecanismos que façam frente a proteção dos interesses dos consumidores.

Quando a Lei 8.137 de 27 de dezembro de 1990, que trata também dos crimes contra as relações de consumo é criada ela justamente faz o que não pode ser feito. Ignora toda a complexidade resultante da sociedade de consumo, bem como resulta uma proteção deficiente do consumidor. Ao utilizar-se do direito penal, torna-o meramente simbólico.

Apesar da intenção do legislador em criminalizar diversas condutas ter sido extremamente positiva, não fica livre das críticas a falta de técnica usada para proteger esse pólo bastante fragilizado nas relações de consumo. No entanto, a fim de contextualizar a temática algumas considerações preliminares devem ser traçadas.

O direito penal e processual penal fazem parte do projeto de Estado Democrático de Direito, o que ainda resta saber é onde se encaixam no grau de hierarquia axiológica desse projeto. O que já se sabe então é que, a Constituição

não possui a tarefa direta de estabelecer um modo de vida em comum, e sim, realizar as condições de possibilidade (STRECK, 2007, p.1).

No entanto, observa-se a dificuldade em cumprir essa função de unidade da Constituição quando da produção legislativa infraconstitucional, o que em matéria penal acaba tendo bastante relevância.

Primeiro porque, existe a dificuldade de fazer coexistir valores e princípios tradicionalmente usados no direito penal que apóiam-se constantemente em vertentes liberais-iluministas, que são de grandeza individual, com outra gama de princípios e valores que reclamam legitimidade em considerar que novas matrizes normativas exigem a tutela de bens não individuais (STRECK, 2007, p.2).

O que a sociedade contemporânea passa a explorar é a necessidade de que os indivíduos que fazem parte do pacto social, aspirem não mais um grupo reduzido de valores ou princípios, e sim novos valores que possibilitem a conformação normativa social e coletiva da contemporaneidade.

Ocorre que, mediante aos novos problemas sociais vividos na atualidade, o direito penal muda o seu foco de proteção individual para a proteção supra-individual, o que pode ser percebido com a criação de várias leis que pedem tutela coletiva.²⁶

De outro modo, a predominância da tutela penal de caráter liberal-individualista, estratificava a atuação penal de forma a penalizar somente as classes mais baixas. O que ainda guarda relação com o direito penal contemporâneo, que tem em sua grande maioria de destinação incriminadora, os mais pobres.

Contudo, essa crítica não deve ser óbice para se pensar a respeito de um moderno direito penal, de matrizes supra-individuais. Até porque os abastados patrimonialmente que violam interesses e bens de natureza coletiva, constituem também um novo quadro de comportamentos (STRECK, 2007, p. 2,3). E que acabam infelizmente encontrando resistência no mundo jurídico, sobretudo na prática. São soluções simples para problemas complexos.

O grande impasse que ainda se registra é a controvérsia existente entre a postura liberal que defende uma função limitadora do conceito de bem jurídico e tudo que lhe diz respeito. Em contrapartida, uma segunda visão, diga-se, mais comunitarista, posiciona-se no sentido de entender o direito penal com uma

²⁶ A criação do Código de Defesa do Consumidor (8.078/90), e a legislação que trata dos crimes ambientais (9.605/98), são apenas alguns exemplos de tutelas que rompem o individualismo clássico.

concepção mais interventiva e organizativa, que se apresenta principalmente mais atenta à realidade social (STRECK, 2007, p.3).

Ao passo que se criminaliza de forma mais dura os delitos de natureza individual, em tempo surge um processo de abrandamento dos delitos que tocam bem jurídicos coletivos. Nesse sentido:

[...] Veja-se o “tratamento” dado aos crimes de sonegação de tributos, lavagem de dinheiro, crimes contra o meio ambiente, para citar apenas alguns desse jaez, *cuja desproporcionalidade em relação aos delitos de feição inter-individual não vem recebendo maiores – ou nenhuma – contestação por parte desse setor do direito penal brasileiro*, caudatário ainda de uma dogmática jurídica inserida no paradigma liberal-individualista-normativista, no interior do qual o papel do direito penal e do processo penal seria apenas o de proteger bens jurídicos inter-individuais, fenomenologia que pode ser observada facilmente no Código Penal ainda em vigor (STRECK, 2007, p.4, grifo do autor).

Ocorre então que, ao mesmo tempo em que o sistema penal amplia a criminalização de condutas que violam os mais diversos bem jurídicos, cria soluções na aplicação da pena que resultam um cenário de impunidade.

Pune o violador de bens jurídicos coletivos de forma mais branda que aquele que viola bens jurídicos individuais²⁷. É totalmente paradoxal o tratamento dispensado aos bens jurídicos coletivos, em que se insere também o consumidor.

Reclama-se ainda a intervenção mínima do direito penal, em que o diagnóstico parece se apoiar no fato de que com o aumento da repressão e das penas haverá também aumento da criminalidade²⁸. Essa doutrina encontra sustento

²⁷ Com o advento da Lei 9.714/98, dificilmente um crime de colarinho branco (Sutherland) receberá tratamento adequado. A Lei então, cria mecanismos alternativos à pena de reclusão, que fará com que a maioria dos crimes que lesam bens jurídicos supra-individuais recebam penas alternativas, mormente aliviadas pelo pagamento de cestas básicas, o que torna o tratamento dispensado mais absurdo.

²⁸ Criminólogos que fundaram sua teorias com base em estudos e pesquisas do paradigma da reação social, afirmam constantemente que o aumento da criminalidade está ligada intimamente com o aumento do aparelho repressor. Muito desses estudos são influenciados pelos estudos sociológicos de Beck e Goffman, que estudaram com afinco os efeitos sociais da modernidade na vida das pessoas. O argumento baseado no paradigma da reação social é de difícil sustentação, mas pode ser tomado como verdadeiro se for considerado as condutas que tornaram-se delituosas após a Constituição de 1988, que encontram-se nas legislações infraconstitucionais que trazem criminalizações.

Porém não pode ser objeto de mesma veracidade a criminalidade tradicional, a econômica, tributária e a violação de diversos outros bens que anteriormente já eram protegidos pela legislação penal. E tais condutas tiveram ao longo dos anos um aumento significativo, o que não justifica ignorar tais fatores, que reclamam atenção pelo direito penal.

nos ideários de Ferrajoli²⁹, em que se passa a aceitar apenas a existência de bens jurídicos de “carne e osso” (STRECK, 2007, p. 4,5).

Essa visão remonta a clássica preocupação com o arbítrio estatal, que embora esteja muito correta, esquece da importância da proteção que o próprio Ferrajoli denomina de direitos sociais máximos (STRECK, 2007, p.5). E isso acontece quando se repudia o uso do direito penal para proteção de bens jurídicos supra-individuais. O que torna inviável pensar-se em um direito penal mínimo, pois há extrema necessidade de o direito penal começar a se preocupar como essa nova categoria de bens jurídicos.

Lenio Streck clareia o pensamento:

[...] Entendo que o enunciado “direito penal mínimo – direito social máximo” traduz-se em uma equação que desembarca tardiamente em países de modernidade tardia, onde não houve *welfare state*. E, convenhamos, mesmo nos países em que o Estado Social foi/é uma realidade, o direito penal continua a ser utilizado no combate de crimes que tratam de bens jurídicos “sociais”, ou seja, na Europa ninguém tem dúvidas, por exemplo, que os crimes fiscais e outros desse jaez devem ser punidos com rigor. Dito de outro modo: *direito penal mínimo e direito social máximo é um paradoxo em países de modernidade tardia* (STRECK, 2007, p.5, grifos do autor).

Mediante a complexidade que apresenta a atual sociedade, de maneira alguma fatores que ocorrem todos os dias devem ser ignorados, o que invariavelmente recai sobre a aplicabilidade do direito penal na tutela dos bens jurídicos coletivos.

Ao tratar da repressão de condutas, que lesam bens jurídicos de cunho supra-individuais, deve sim o direito penal fazer frente a essa lesão de uma maneira muito mais forte. O bem jurídico-penal deve carregar materialidade constitucional, ao se tratar dos bens jurídicos supra-individuais.³⁰

Não esquecendo ainda, que o direito penal deve cumprir um importante papel de transformação social, sendo uma espécie de “braço armado” da Constituição, e nas palavras de Paulo Cunha :

²⁹ Ferrajoli por meio da sua teoria do Garantismo, exprime uma forma de garantia dos aspectos formais e substanciais que devem coexistir para que o direito seja válido. Essa junção de aspectos, resgata a possibilidade de se garantir de uma forma efetiva, aos sujeitos, um respeito aos direitos fundamentais. Funda-se principalmente na paralisação do arbítrio estatal, e ascende o sujeito em grau de importância. Ferrajoli ainda diz que, o modelo garantista deve ser observado sob a ótica dos direitos sociais.

³⁰ Nesse sentido as Lei 9.605/98 (crimes contra o meio ambiente) e 8.137/90 (crimes contra ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo), que já faziam jus a proteção constitucional antes de se tornarem bem jurídicos-penais, basta observar as datas em que foram criadas tais leis, todas após a Constituição de 1988.

[...] Não armado para servir a ela, mas para, imbuído dos seus princípios, servir a sociedade. Ou seja, não é direito de duplicação, mas direito que fundamentalmente estrutura a ordem jurídica e lhe dá uma especial feição. Isto é: não se trata apenas do conhecido fenômeno de constitucionalização do direito penal, mas do reconhecimento do mesmo como matéria que, não sendo de Direito Constitucional próprio sensu, é juridicamente constitucional, ou fundante (CUNHA *apud* STRECK, 2007, p.5).

Esse entendimento, tem profundos reflexos no campo de atuação penal e processual penal. Pois, pensar o direito penal no campo da intervenção mínima e de igual forma disponibilizar mecanismos que sempre importam em medidas despenalizadoras, para crimes que violam bens jurídicos supra-individuais, é trabalhar a partir de um garantismo negativo. O direito penal e o processo penal nessa ótica, só serviriam para proteger o cidadão dos arbítrios estatais (STRECK, 2007, p.5).

Por isso, é tão difícil submeter a filosofia liberal-iluminista, que se sustenta, reduzindo a complexidade dos acontecimentos sociais, à uma lógica que deve fazer frente as complexas manifestações da delinquência hodierna.

O direito penal protetor de bens jurídicos supra-individuais, além de encontrar resistência quanto a sua utilização em sua própria gênese individualista, encontra também resistência na dogmática tradicional, o que é delineado nas palavras de Gisele Cittadino:

[...] O pensamento jurídico brasileiro é marcadamente positivista e comprometido com a defesa de um sistema de direitos voltado para a garantia da autonomia privada dos cidadãos. Uma cultura jurídica positivista e privatista atravessa não apenas os trabalhos de autores vinculados à área do direito privado, mas também caracteriza a produção teórica de muitos dos nossos publicistas. Em todos estes autores a defesa do sistema de direitos se associa prioritariamente aos direitos civis e políticos e menos à implementação dos direitos econômicos e sociais, inclusive pelo fato de que defendem uma concepção menos participativa do que representativa da democracia. Em outras palavras, a cultura jurídica brasileira está majoritariamente comprometida com um liberalismo do *modus vivendi*. Se tivéssemos que associá-la a uma determinada matriz política, certamente falaríamos mais de Hayek e Nozick do que de Rawls e Dworkin, muito embora as fontes talvez sejam outras (CITTADINO *apud* STRECK, 2007, p.6).

Com base nessas constatações, é possível com vistas à Carta Magna, extrair um novo perfil do uso do direito penal e conseqüentemente do direito processual penal.

Primeiramente, porque existe a necessidade social da proteção de determinados bens e valores. Segundo, a própria Constituição faz indicações formais criminalizadoras³¹, o que torna imperioso o uso do direito penal.

E terceiro, a materialidade constitucional que carregam os bens jurídico-penais, objetos de tutela penal nas legislações infraconstitucionais após 1988.

Também é nítido que Constituição de 1988 ampliou significativamente o rol de bens que por ela devem ser tutelados, sobretudo os que dizem respeito à ordem social. O que incisivamente só pontua bens jurídicos supra-individuais, e que paralelamente indica um dever de proteção penal, ou no mínimo a extensão do uso do direito penal, a fim de resguardá-los (STRECK, 2007, p.7). É a quebra do paradigma liberal-burguês.

Em boa medida, tudo isso acaba deslocando a intervenção estatal, de uma posição mínima, para uma verdadeira adequação a uma nova gama de direitos que reclamam proteção jurídica. Cabe usar do direito penal como alternativa a minimização dos efeitos maléficos das condutas lesivas, observada a idéia de “ultima ratio”.

Observa-se ainda que a função estatal toma novo rumo a partir da superação do Estado liberal-burguês, em que passa a prevalecer o *welfare state*. Superando então a crise do liberalismo, o modelo a partir do segundo pós-guerra ganha mais “um braço”, o Estado Democrático de Direito. Em que o direito passa a assumir uma função transformadora.

A transformação social agrega feições do Estado liberal e social. O que a reboque modifica os papéis institucionais dos Estados, que passam a ter como política, a promoção social. Isso também modifica o modo de se enxergar o garantismo, que sai do negativo para também ser positivo.

Se a saída dos direitos de primeira geração, permite a entrada nos de segunda e terceira, passa o Estado a ter a função de proteção destes. Alessandro Baratta chama isso de política integral de proteção dos direitos, o que permite que a expressão dos direitos seja protegida pelo Estado, dando origem ao garantismo positivo (BARATTA *apud* STRECK, 2007, p.12).

³¹ Emblematicamente a Constituição no artigo 225, §3º, criminaliza as condutas lesivas ao meio ambiente das pessoas físicas e jurídicas. Já no artigo 173, §5º, faz previsão de responsabilização dos dirigentes da pessoa jurídica, bem como a responsabilidade desta com punições compatíveis com sua natureza, nos crimes contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular. De igual forma, no artigo 5º, XLII, criminaliza a prática do racismo.

E é nesse novo enfoque que o Estado deve se orientar, no sentido de dar uma resposta as necessidades de segurança de todos os direitos, bem como garantir a efetividade prestacional dos direitos sociais, econômicos, culturais e etc. Portanto, a idéia restrita do direito enquanto protetor dos abusos estatais deve ser superada pelo da garantia à prestação dos direitos positivados. (garantismo positivo).

O princípio da proporcionalidade assume a ponta da discussão quando se observa os avanços alcançados a partir do Estado Democrático de Direito. E é com base em tal princípio, que a lente muda. Não foca tão somente a proteção contra os excessos do Estado.

A proporcionalidade passa a se preocupar também com o fato de o Estado não estar por meio do seu sistema jurídico, protegendo suficientemente algum direito fundamental, o que passa a configurar o que na doutrina alemã chama-se de “proibição da proteção deficiente”³². Bernal Pulido ainda explica que a proteção deficiente é:

[...] um critério estrutural para a determinação dos direitos fundamentais, com cuja aplicação pode determinar-se dos direitos fundamentais, com cuja aplicação pode determinar-se um ato estatal – por antonomásia, uma omissão – viola um direito fundamental de proteção (PULIDO *apud* STRECK, 2007, p.15).

Dissertando a respeito, Lenio Streck diz que:

Ter-se-ia então uma espécie de dupla face de proteção dos direitos fundamentais: a proteção positiva e a proteção contra omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, como também por deficiência na proteção. Assim, por exemplo, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental (nas suas diversas dimensões), como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Esta (nova) forma de entender a proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a

³² O princípio da proibição deficiente teve sua origem na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, em que a discussão girava em torno da obrigatoriedade de conferência de proteção jurídico-penal à vida intra-uterina. Na sentença, pontuava-se o fato de que quando determinada proteção pela Constituição não fosse alcançada, o legislador estaria obrigado a recorrer ao direito penal para proteger a vida em desenvolvimento. BverfG, Urteil v. 25.02.1975 – 1 BvF 1-6/74.

Para mais detalhes conferir Streck, Lenio. A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento do mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico. Disponível em: <<http://leniostreck.com.br>>. Acesso em: 07 de abril de 2010.

sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador (STRECK, 2007, p.15).

Mais esclarecedor ainda a posição de Ingo Sarlet ao dizer que a proteção dos direitos fundamentais:

[...] não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que vinculada igualmente a um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada **proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal, onde encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados** (SARLET *apud* STRECK, 2007, p.16, grifo nosso).

O que Sarlet passa admitir, é que a proibição da proteção deficiente pode ser estendida para o campo material-penal e conseqüentemente para o processo. Isso resulta de uma vinculação entre a função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela, e a proteção dos bens jurídicos fundamentais, como elemento que legitima a intervenção do Estado nesse campo.

O Estado por meio de seus agentes ou órgãos, pode afetar desproporcionalmente um direito fundamental, o que corresponde diretamente à aplicação do princípio da proporcionalidade como critério de controle das medidas restritivas de direitos fundamentais.

Quanto a esfera penal, o Estado por vezes pode realizar uma proteção deficiente, quando atua de modo insuficiente, não conseguindo assim atingir a mínima proteção constitucional exigida. O que pode acontecer também quando deixa de atuar, o que configuraria as omissões constitucionais (STRECK, 2007, p.16).

Nessa seara, a Constituição determina que os direitos fundamentais devem ser protegidos de duas formas. Primeiramente devem ser protegidos contra o arbítrio do Estado e segundo, devem ser protegidos pelo Estado, inclusive utilizando-se do direito penal para a consecução do segundo, uma vez que todo cidadão tem direito de ver os seus direitos protegidos em face da violência praticada por outros indivíduos (STRECK, 2007, p.17,18).

Portanto, o rompimento da clássica visão liberal-burguês de cunho individualista, passa necessariamente pelo rechaçamento da idéia de Estado comopositor aos direitos fundamentais. E se fundamenta a partir de agora como auxiliar,

promovente desses direitos, ou seja, os direitos fundamentais se consagram também por meio do Estado.

Entretanto, traduzir essa nova perspectiva demanda uma observação minuciosa dos aspectos sociais, o que evidentemente é extremamente difícil reproduzir na feitura das leis. Porém, não devem ser ignorados, sob pena da proteção fixar-se insuficiente.

É o que acontece com a lei 8.137 de 27 de dezembro de 1990, que entre outras coisas trata dos crimes contra as relações de consumo. Se a vontade da legislação é proteger o consumidor das condutas lesivas próprias das atividades empresariais, ela não deve se furtar da observância da sociedade hodierna.

Primeiramente, os crimes contra as relações de consumo obedecem diretamente a um mandamento constitucional de defesa do consumidor. Ao utilizar-se do direito penal para tanto, a legislação passa em tese a dar tratamento mais grave quando houver ocorrência de atividades lesivas.

Contudo, a criação da lei penal não deve basear-se em uma mera ameaça de punição, sem fins de prevenção e muito menos quando punir, ser meramente simbólica.

A defesa do consumidor é de tão extrema importância que outros dispositivos além da Lei 8.137/90, tutelam penalmente o consumidor³³. Porém, não passa despercebido a falta de técnica legislativa na elaboração da Lei 8.137/90, o que acaba prejudicando a sua aplicação.

O problema inicia-se no fato de que a Lei que trata dos crimes contra as relações de consumo se encontra na mesma legislação que trata sobre os crimes contra a ordem econômica e ordem tributária.

A ordem econômica é conceito mais abrangente, pois em seu bojo engloba a defesa do consumidor. Logo percebe-se a pouca preocupação com a especialização do assunto relacionado a defesa do consumidor. Quanto a ordem tributária, o pensamento é igual. Deveria ser dissociada dos crimes contra as relações de consumo, por ter nuances mais amplas que merecem ser trabalhadas de formas mais pormenorizada.

Sendo assim, encontra-se de início na formulação da Lei 8.137/90, um problema de racionalidade quanto a sua criação. O que certamente leva a confusão

³³ Nesse sentido o Código de Defesa do Consumidor (8.078/90), em seu Título II, do artigo 61 ao 80. Também a Lei sobre Crimes contra a Economia Popular (1.521/51).

de tipos penais, bens jurídicos, critérios de aplicação da pena e a uma proteção deficiente.

Os crimes contra as relações de consumo devem ser apartados de qualquer outra legislação, oportunizando assim o caráter especial que demanda o assunto, elevar-se de maneira constitucional. Ripollés ainda diz que:

De uma forma ou de outra, a racionalidade legislativa penal seria o ponto de chegada de uma teoria da argumentação jurídica, a ser desenvolvida no plano do procedimento legislativo penal, que garantisse decisões legislativas suscetíveis de obter acordos sociais por sua adequação à realidade social na qual são formuladas (DIEZ RIPOLLÉS, 2005, p.93).

Portanto, a legislação não traduz a realidade dos fatos complexos, e por mais que sejam difíceis de serem positivados, não podem simplesmente serem ignorados. Fato é que a legislação deve se aproximar o máximo possível da racionalidade que enfrenta a sociedade no determinado tempo em que se cria a Lei.

Na Lei 8.137/90, os crimes que tratam das relações de consumo estão previstos nos incisos do artigo 7º. São nove incisos em que estão previstas diversas condutas e o mais absurdo, todas com a mesma pena.

Mais uma vez a lei, ao fazer isso, implica em uma proteção deficiente do consumidor, que é ignorada pelo legislador. Diversos bens jurídicos, de grandezas diferentes, são tocados pelas condutas lesivas.

O inciso I do artigo 7º, diz que constitui crime contra as relações de consumo favorecer ou preferir, sem justa causa, comprador ou freguês, ressalvados os sistemas de entrega ao consumo por intermédio de distribuidores ou revendedores.

Já o inciso II fala em “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. E no inciso III, a mistura de gêneros e mercadorias de espécies diferentes com qualidades desiguais, vendendo ou expondo a venda por preço estabelecido para os de mais alto custo.

No inciso IV, faz a previsão da fraude de preços por meio de vários fatores previstos em sua respectivas alíneas. E o V trata da elevação do valor cobrado nas vendas, mediante a exigência de comissão ou de taxas de juros ilegais.

O VI fala da sonegação de insumos ou bens, recusando a venda a quem quiser comprar ou ainda retê-los para o fim de especulação. O VII trata da indução

ao consumidor a erro, com afirmação falsa ou enganosa sobre a natureza, qualidade de bem ou serviço, utilizando-se ainda de qualquer meio, inclusive o publicitário.

Por fim, o VIII trata da destruição, inutilização ou dano de matéria-prima ou mercadoria, com o fim de provocar alta de preço, em proveito próprio ou de terceiros.

O inciso I tem como objetividade jurídica a proteção preventiva contra danos patrimoniais e morais (artigo 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor).

O inciso II, trata de proteger o consumidor quanto ao aspecto específico de obter informações adequadas e claras sobre produtos, bem como a proteção contra danos patrimoniais (artigo 6º, II e VI do Código de Defesa do Consumidor).

Já o inciso III, realiza a proteção preventiva do consumidor quanto a danos patrimoniais, bem como a proteção contra práticas desleais (artigo 6º, IV e VI do Código de Defesa do Consumidor). O inciso IV, também visa a proteção preventiva a danos patrimoniais (artigo 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor).

Quanto ao inciso V, também há proteção preventiva do consumidor contra as práticas abusivas e contra a imposição de limites máximos para a taxa de juros (artigo 6º, IV do Código de Defesa do Consumidor).

O inciso VI, assegura a proteção do consumidor contra métodos comerciais desleais (artigo 6º, IV do Código de Defesa do Consumidor). No inciso VII, a informação clara e adequada sobre os produtos e serviços são assegurados, bem como a proteção contra a publicidade enganosa (artigo 6º, III, IV, 31 e 37 do Código de Defesa do Consumidor). Finalmente, no inciso VIII, há também a proteção contra práticas abusivas e a prevenção contra danos patrimoniais (artigo 6º, IV e VI, do Código de Defesa do Consumidor).

Portanto, todos os incisos citados visam primariamente a proteção da intangibilidade da ordem normativa, que incide sobre o consumo e a reboque, a proteção contra danos patrimoniais dos consumidores. De forma mediata, os incisos II, III e VIII dão um tom de proteção à integridade física.

Ou seja, em um critério mais amplo, a objetividade jurídica dos incisos de I ao VIII, corresponde a efetivação da Política Nacional de Relações de Consumo, no que tange ao respeito à dignidade, proteção de interesses econômicos, transparência, harmonia das relações de consumo e qualidade de vida dos consumidores. Sendo, assim oito incisos destinados a proteção patrimonial e

efetividade das relações de consumo. E a saúde e integridade física, o que foi destinado à elas?

Como bens mais caros a qualquer ser humano, merecem almejar patamar prioritário e tutelas específicas no tratamento de ordem preventiva, bem como repressão de maneira diferenciada. Na legislação que trata dos crimes contra as relações de consumo, apenas um inciso é destinado de forma imediata a proteção da saúde e integridade física do consumidor.

O inciso IX diz que “vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo” é crime.

Ao destinar apenas um inciso que imediatamente tutela a vida do consumidor, a legislação simplesmente demonstra que a proteção patrimonial parece ser mais importante que a própria vida!.

Esse pensamento pode ser verificado quando a legislação prevê a mesma pena para os incisos que de forma imediata tutelam o patrimônio e proteção a intangibilidade das relações de consumo (I ao VIII), para também, o que tutela de forma imediata a integridade física e saúde do consumidor (inciso IX).

É evidente que tutelas que dizem respeito a proteção da integridade física, saúde, vida, são de maior grandeza do que as de cunho patrimonial. O que então, não justifica receberem do legislador tratamento igual quanto a sua penalização.

Imagine-se então que caso o dono do estabelecimento seja detido em flagrante delito por alguma das hipóteses do incisos I ao VIII, a autoridade policial por força do artigo 322 do Código de Processo Penal, poderá conceder fiança. E ainda caso esse mesmo dono do estabelecimento, coloque à venda um produto vencido (inciso IX), que algum consumidor possa vir a ingerir, receberá o mesmo tratamento.

Se a característica do inciso IX é a evitabilidade do dano, por lógica aquele que contrariar a norma que em todo caso protege o bem-estar do consumidor, deve ser responsabilizado de uma maneira muito mais grave. Primeiro para inibir futuros comportamentos de natureza lesiva por parte do explorador da atividade econômica, segundo, para que o dispositivo penal que lá se encontra, não sirva de mera simbologia.

Se eventualmente alguém vir a morrer por conta da exposição de material impróprio para consumo (inciso IX), o caso concreto determinará a ocorrência de

homicídio doloso ou culposo. Mas a intenção da tipificação a partir do crime de perigo abstrato visa exatamente a não ocorrência do dano. O que justifica um tratamento mais grave na violação da norma de perigo abstrato, que pode expor a risco um número indeterminado de pessoas.

Outro ponto a se destacar, é que o preceito secundário diz que a pena pode ser a “detenção, de dois a cinco anos, **ou** multa”. A conjunção “ou”, significa alternância, dizendo então que pode ser aplicado ou uma coisa ou outra.

Mais uma vez quem sai no total prejuízo é o consumidor. Pois, facilmente o empresário poderá alocar nos produtos destinados ao consumo, os custos que terá com a reparação civil, multa penal ou até mesmo com os custos do arbitramento da fiança em delegacia.

A atividade empresarial é de risco e busca o lucro por meio da exploração de diversos serviços, o que por si só já basta para justificar que cuidados com o que se coloca à venda devem partir do fornecedor. Bem como, o crime, doloso ou culposo deve ser duramente combatido, uma vez que essa exposição à riscos é constante.

A pena para quem expõe a risco, e/ou para quem efetivamente causa dano à saúde do consumidor deve ser diferenciada, daquela que causa somente danos patrimoniais. E nesse aspecto a legislação falha em não diferenciar as penalizações.

Outro fato, que merece destaque, é que o inciso IX não faz diferenciações sobre os produtos que são impróprios para o consumo. O que acaba equiparando alimentos vencidos com camisetas pontas-de-estoque. E que também é um absurdo, haja vista que os alimentos possuem uma abrangência de consumo e de lesividade (quando impróprios para o consumo) muito maior que a de produtos que estão danificados para o uso como o caso de roupas rasgadas e etc, que em todo caso sé lesam o patrimônio.

E outra, quem expõe à venda, com vistas ao exemplo acima, camiseta rasgada, terá tratamento mais grave do que aquele que comete homicídio culposo. O preceito secundário do artigo 121, §3º faz uma previsão de detenção de um a três anos, enquanto que o preceito secundário da Lei 8,137/90 fala de dois a cinco anos, o que demonstra que poderão haver soluções totalmente inadequadas ao caso concreto. Não fazer diferenciações sobre os materiais impróprios para o consumo, traz consequências injustas e desnecessárias.

Mais uma vez a seleção dos bens jurídicos encontra-se prejudicada na feitura da Lei. Também é relevante destacar que aquele fornecedor, empresário, ou

qualquer um que explore a atividade econômica, quando expõe a venda dolosamente material impróprio para o consumo, visa o lucro.

Sendo assim, aquele que expõe a venda dolosamente alimentos vencidos, não está animado pelo dolo de matar³⁴, e sim pela busca do lucro de maneira mais barata. O que paralelamente enaltece a autonomia de uma tipificação de exposição à venda de alimentos e derivados impróprios para o consumo que difere totalmente do tipo penal de homicídio. Uma vez que o produto vencido pode ou não levar a morte, e que portanto distancia-se da conduta de matar, que finalisticamente é voltada a tirar a vida do outro.

Ainda nesse prisma, caso o resultado morte venha a ocorrer, poderá ser aplicado em concurso, a tipificação autônoma de exposição à venda material impróprio para consumo (crime de perigo abstrato) e mais o crime de homicídio doloso ou culposo (crime de dano), em perfeita harmonia.

Não poderia haver absorção do crime de perigo abstrato pelo crime de dano, (consumção) mesmo que o resultado morte seja consequência da exposição de material impróprio para consumo, devido ao fato de que a simples exposição põe em risco milhares de pessoas, o que faz com que diversas novas condutas sejam vislumbradas. Portanto, existindo a possibilidade de concurso material entre crimes de dano e crimes de perigo abstrato.³⁵

Prevendo ainda que caso o alimento ingerido venha causar a morte, não há como o preceito secundário dessa eventual tipificação ser branda, pois a consequência da quebra da norma de perigo abstrato pode ser fatal. Isso faz com que a prevenção geral seja reforçada e balize as ações dos exploradores econômicos.

Além do caráter preventivo ser enaltecido, haverá o restabelecimento da proteção do consumidor de maneira global. A proteção deficiente é diminuída e a

³⁴ Aqui com a devida ressalva na produção de provas no processo penal, em que poderá ser verificado se houve assunção do risco, o que levaria a configuração de dolo eventual, ou até mesmo se houve previsão do resultado não querido, o que ensejaria a culpa com representação.

³⁵ Nesse sentido: Apelação Criminal nº 2005.004884-7 – TJ/SC. O caso trata da possibilidade de absorção do crime de porte ilegal de arma de fogo (crime de perigo abstrato), pelo crime contra fauna do artigo 29 da Lei 9.605/98 (crime de dano – bem jurídico ofendido por acumulação). A decisão é no sentido da possibilidade do concurso entre os dois crimes, uma vez que o delito de portar seria permanente e permaneceu ocorrendo mesmo o após o abate do animal, ou seja, em contextos fáticos diferentes. O que aqui não difere do homicídio em razão de exposição de material impróprio para consumo, pois, a conduta além de matar alguém, gera perigo de dano permanente à diversas outras pessoas

complexidade social do ato de consumir, bem como a constatação da existência da sociedade de consumo, não são ignorados.

A legislação, nos termos em que se encontra, não atende as necessidades da sociedade contemporânea. Deve se readequar a realidade social, de modo a encontrar no direito penal um auxiliar à uma tutela efetiva de maneira mediata as relações de consumo, e de maneira imediata o próprio consumidor.

Nesse momento, o direito penal econômico como gênero, dá vazão ao direito penal do consumidor, que tem como premissa básica a tutela das relações de consumo, com vistas máximas à proteção do consumidor. Pois, passa a enxergar no bem jurídico “relações de consumo”, pessoas. Utilizando-se dessa prática, reafirma o caráter funcionalista do direito penal, como ordem protetora de pessoas e não de coisas.

Resumindo:

a) a legislação que trata dos crimes contra as relações de consumo deve ser apartada de qualquer outro assunto, que não seja conexo com as características específicas da tutela penal do consumidor, o que privilegiaria a condição de consumidor como parte mais importante do processo de resgate a proteção supra-individual;

b) a legislação deve privilegiar e individualizar as condutas que dizem respeito direto a lesão à integridade física, saúde e vida do consumidor, fazendo com que recebam tratamento mais duro, com previsão de pena de reclusão e multa cumulativamente, como corolário da atividade empresarial que explora e visa o lucro, por meio da venda de serviços que todos os dias são consumidos;

c) o direito penal pode ser usado sob o prisma do princípio da proibição deficiente, quando por ordem constitucional houver imposição de proteção à algum direito fundamental, o que acaba tendo reflexos diretos na extensão da proteção à bens jurídicos; d) o artigo 170 da Carta Magna, demonstra cabalmente que a defesa do consumidor trata-se de imposição constitucional, o que leva ao entendimento de que o direito penal pode fazer frente a proteção do consumidor, atuando sob o manto da complexidade social, por meio do rompimento do paradigma liberal-burguês, e com vistas a proteção supra-individual.

O supra-individualismo do bem jurídico “relações de consumo” e conseqüentemente, o porquê das pessoas serem importantes para se haver uma

tutela penal do consumidor, serão delineadas a partir das características do bem jurídico, a seguir expostas.

3.3 O BEM JURÍDICO “RELAÇÕES DE CONSUMO”

3.3.1 O perfil do bem jurídico

Antes de se traçar o perfil do bem jurídico “relações de consumo”, é importante demonstrar o que significa bem jurídico e qual a sua importância para o direito penal, enquanto limitador de atuação na esfera privada do indivíduo.

A importância do conceito de bem jurídico, na tutela penal, reflete primeiramente a caracterização dos rumos da política-criminal, também indica alto relevo na montagem da estrutura dogmática jurídico-penal. Impacta ainda, no sistema de punição.

Portanto, a compreensão de que o delito é uma lesão a bens jurídicos, remonta um direito penal contemporâneo, que visa atender as demandas sociais de proteção. Ao menos essa é o projeto que mais se aproxima da Constituição.

Sendo assim, delimitar o substrato material do bem jurídico, bem como o seu conteúdo, é de extrema importância no processo de uso do direito penal. Porém, isso não é suficiente para garantir que as decisões sobre o que deve ou não ser objeto de tutela pelo direito penal obedeça às garantias contra o arbítrio estatal.

Um exemplo bastante convincente vem da Alemanha. A escola de Kiel, “fabricou” penalistas que tinham simpatia pelo regime nacional-socialista, o que resultou um grande esforço por parte destes em encontrar um conceito de bem jurídico que calçasse a idéia da justificação penal de certas condutas (FERNÁNDEZ, 2004, p.4).

Diante disso, um conceito totalmente inútil e impreciso foi elaborado, que embora tivesse cunho dogmático, representava uma ideologia totalitária e posta a serviço de um regime ditatorial. E que embora demonstrasse a justificativa para a reprimenda penal, não visava de forma alguma a proteção do indivíduo.

Então, determinar os limites do substrato material, bem como a determinação do seu conteúdo, é de extrema importância para o desenvolvimento da teoria do bem jurídico. Em um primeiro momento, pode-se dizer que o substrato material do bem jurídico são os próprios direitos, bens, interesses ou estados.

Fernández ainda diz que:

[...] Quando aborda a questão do substrato material, a dogmática penal tenta desvendar no que consiste o bem jurídico, e qual a sua autêntica materialidade. Sobre isto, existem notórias divergências [...] e ali se entrecruzam concepções que vem como imanente ou transcendente do sistema de direito penal, e também, teses que procuram defini-lo embasados em critérios sociológicos, funcionalistas ou constitucionais, etc. Em qualquer caso, esse núcleo de variáveis teóricas ilustra os esforços científicos que foram realizados, tendentes a precisar e fixar uma noção de bem jurídico, útil para o direito penal (FERNÁNDEZ, 2004, p.6,7, tradução nossa).

De igual forma, deve-se saber quais as funções do bem jurídico no direito penal. Além disso, a utilidade e a missão que cumpre dentro da teoria penal. Em primeira instância, o bem jurídico cumpre uma função de garantia, ou seja, uma função político-criminal tendente a limitar o exercício do poder punitivo do Estado.

Em um segundo momento, o bem jurídico cumpre a função de legitimação material da norma, que deve ser racionalmente justificada em um Estado Democrático de Direito. Tal legitimação é legalmente exercida, quando se é demonstrado o fundamento real da intenção de punir. Ou seja, a tutela de um bem jurídico por meio de cominação penal só é idônea quando outras vias de tutela não puderem fazer frente a essa proteção (FERNÁNDEZ, 2004, p. 8).

Já em terceiro momento, o bem jurídico cumpre uma função teleológica e dogmática no direito penal, como critério de interpretação dos tipos penais, pois “trata-se de conceito central do tipo” (JESCHECK, 1993, p.277, tradução nossa).

Por último, cumpre ao bem jurídico uma função sistemática, que visa aglutinar, classificar e hierarquizar os diferentes tipos penais, desenhando assim a estrutura da parte especial do direito penal. Serve ainda para classificar as figuras delitivas conforme a homogeneidade do bem jurídico tutelado (POLAINO NAVARRETE, 2000, p.538).

Há ainda que se destacar algumas posições difundidas na dogmática penal, que inclinam por diversos caminhos a teoria do bem jurídico. Como não caberia aqui o desenvolvimento completo dos pensamentos de alguns autores que ganharam destaque, apenas haverá pinceladas do conteúdo. E após, o que mais coaduna com as idéias propostas nesse trabalho.

Com o vencimento, ainda que não total do finalismo, o direito penal procurou inclinar-se a buscar qual é o seu papel dentro da estrutura societária. O que fez com que uma gama de pensadores encabeçassem esforços no sentido de identificar fundamentos racionais para o uso do direito penal.

O modelo de Estado Democrático de Direito vigoriza a política-criminal como instrumento racionalizador da coerção penal. Portanto, tal racionalidade não pode vir apenas da filosofia, o que inevitavelmente faz com que a análise da sociedade não seja ignorada, e passe a ser um instrumento de grande importância para ciência penal. A sociologia, então, também é um auxiliar da ciência penal no entendimento da sociedade complexa.

Então, uma estrutura funcionalista do direito penal, que interage com todos os diretórios societários, além de tentar recuperar as bases do *welfare state*, influencia ainda na função da pena.

A partir dessa visão funcionalista, um novo modelo de Estado é forjado, e no que concerne a proteção dos bens jurídicos, estes tendem a ser vislumbrados como “situações” ou “estados” de particular valor social, os quais impreterivelmente devem ser tutelados penalmente (POLAINO NAVARRETE, 2000, p.363).

E assim, o bem jurídico é apreciado sob uma ótica funcional, que não se confunde mais com o objeto coisificado do direito, e sim como uma situação fático-real positivamente valorada.

De qualquer forma, apesar de o movimento do direito penal apontar para uma ótica funcionalista, não há discursos uníssonos de como essa funcionalidade será exercida. A ponto de haver em um funcionalismo que eclodiu na Alemanha, negando a própria existência do bem jurídico.

Isso ocorre na teoria funcional-sistêmica de Jakobs, que fortemente foi influenciado pelas idéias de Luhmann. A posição funcionalista de Jakobs, parte da premissa de que o direito penal está orientado a garantir a identidade normativa, a Constituição e a sociedade (JAKOBS, 1996, p.15).

Com base nisso, defende a compreensão comunicativa do delito, entendido como afirmação que contradiz a norma, enquanto que a pena por sua vez, simboliza o que confirma a norma. E portanto, o fenômeno da confirmação da identidade que incumbe ao direito penal, é o asseguramento simbólico que a ele compete, pautado pela necessidade de confirmar a vigência da norma.

Sendo assim, Jakobs sustenta que o discurso sobre o bem jurídico, na realidade é um “discurso metafórico sobre a vigência da norma” (JAKOBS, 1998, p.15, tradução nossa).

O direito assegura a expectativa de que não se produzam ataques aos bens, sendo esse bem a representação somente da norma, como expectativa assegurada.

As definições funcionalistas do bem jurídico, incluindo as mais radicais, que delineiam o bem jurídico como unidade funcional de valor potencial, ou esse mesmo bem como condição de possibilidade de participar da interação social, para Jakobs resultam insatisfatórias, levando-o a concluir que a teoria do bem jurídico possui um escasso rendimento prático (JAKOBS, 1995, p.55).

Jakobs conclui então que, nem o bem jurídico possui capacidade para limitar os excessos do legislador, nem tampouco a imposição da pena tem o condão de recompor o bem jurídico lesionado (JAKOBS, 1996, p.328).

Essa visão de Jakobs, permite que a lógica do uso do direito penal aponte para a manutenção da estrutura social, por meio da garantia de vigência das normas. Fazendo então com que a coesão social seja assegurada pela não quebra das expectativas normativas.

E é com base na teoria luhmanniana dos sistemas³⁶, que Jakobs assevera que a sociedade é comunicação e o delito significa a desautorização da norma pelo infrator, que se traduz pela sua falta de fidelidade ao ordenamento jurídico.

Então, para Jakobs, o bem jurídico - se é que pode ser chamado assim em sua concepção - , nada mais é que a vigência da norma, e que sua validade e estabilidade são confirmadas pelo uso do direito penal. E a partir dessa visão sistêmica e ainda um uso da dialética hegeliana (JAKOBS,1999, p.37), Jakobs conclui que se o delito consiste em uma lesão a vigência da norma, a pena implica em sua eliminação e restauração daquela.

Portanto, o funcionalismo de Jakobs é baseado apenas no uso do direito penal a fim de restabelecer a vigência da norma. O que parece não justificar os pensamentos propostos nesse trabalho, que visam em primeira e última instância a proteção do indivíduo, como objeto de tutela penal, diga-se, do consumidor.

Mir Puig, seguindo ainda uma lógica funcionalista, diz que o bem jurídico expressa uma relação dialética entre a realidade e valor, a qual por sua dimensão social, interessa ao direito. O direito então, tutela aquelas necessidades sociais que condicionam as possibilidades de participação do indivíduo nos sistemas sociais.

³⁶ Basicamente, a Teoria dos Sistemas de Luhmann, afirma que o Direito possui um viés autopoietico, e que acaba nascendo e recriando-se com base em seus próprios elementos. Esse pensamento, enaltece o fato de que a sociedade é modificada pelo direito ao mesmo tempo em que o direito se altera, por lógica de seu código binário (direito/não direito). Isso permite a criação de um sistema jurídico mais dinâmico, e portanto, mais adequado a complexidade da sociedade atual.

Para Mir Puig, os bens jurídicos são condições necessárias de um correto funcionamento dos sistemas sociais. O que para não reduzir o indivíduo a uma condição menos importante nesse conceito, diz que tais condições:

[...] se traduzem em concretas possibilidades de participação do indivíduo nos processos de interação e comunicação social [...] possibilidade de participação que não se entende apenas como possibilidade de incidência ativa na vida coletiva, e sim também como possibilidade de viver em sociedade confiando no respeito a esfera de liberdade particular por parte dos demais (MIR PUIG, 2002, p.123, 124, tradução nossa).

Já Muñoz Conde, além de criticar as teorias que se baseavam no funcionalismo sistêmico, sustentou que o bem jurídico é o valor que a norma penal pretende proteger, pois tal valor, consiste em uma qualidade positiva que o legislador atribui a determinados interesses (MUÑOZ CONDE *apud* FERNÁNDEZ, 2004, 1984, p.49).

Ainda com vistas a melhor conceituação do bem jurídico, a América Latina produziu pensadores que também lançaram-se no processo de desvendamento das nuances que orbitam o significado de bem jurídico.

Bacigalupo, reconhece que o direito penal tem uma função protetora de bens jurídicos, mas em concomitância, uma função reparadora do equilíbrio de um sistema social (BACIGALUPO *apud* FERNÁNDEZ, 2004, p.74), que deságua em uma inclinação também funcionalista. O autor, alerta ainda, para a ambiguidade do conceito de bem jurídico, advertindo a incapacidade do mesmo em preservar uma sociedade liberal.

E completa em outros escritos dizendo que “o próprio conceito de bem jurídico goza de uma notória falta de unidade, o que impede toda discussão frutífera a seu respeito, se previamente não se especifica o que se entende por bem jurídico protegido” (BACIGALUPO, 1999, p.239, tradução nossa).

Bustos Ramírez, adota um conceito bem mais crítico acerca do bem jurídico, iniciando pela rejeição de todas as posições imanentistas que orbitam ao redor do Estado, e colocando no lugar destas, a norma.

Anota também que, posturas transcendentais que posicionam o bem jurídico mais além do sistema positivo, ora no direito natural ora na natureza das coisas, ainda na vida social ou cultural, são insuficientes (BUSTOS RAMÍREZ *apud* FERNÁNDEZ, 2004, 75).

O autor arrima que o social não tem a capacidade de definir o bem jurídico, nem que este seja um estado ou condição social, pois existem determinados pressupostos ou condições de existência, que sequer requerem a participação social.

Por fim, há de se saber ainda o pensamento de Zaffaroni, catedrático da Universidade de Buenos Aires e Ministro da Suprema Corte Argentina. A opção metodológica de Zaffaroni passa pelo o que ele mesmo chama de “realismo marginal”, que naturalmente incide sobre o conceito de bem jurídico.

Portanto, para Zaffaroni, a ordem jurídica tutela entes que está interessada em preservar e que preexistem ao direito, o que conseqüentemente os eleva a categoria de bens jurídicos. Assim sendo, o bem jurídico é anterior a lei e ao tipo, que por seqüência lógica, só ganha tal *status* por vontade do legislador que a partir daí, fará nascer o bem jurídico-penal (ZAFFARONI *apud* FERNÁNDEZ, 2004, p.78).

Diz ainda que o bem jurídico penalmente tutelado “é a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam” (ZAFFARONI, 2008, p.399).

Alerta, que toda definição peca por tautologia, o que identifica quando costuma-se reproduzir os dizeres de que os bens jurídicos são por exemplo, a vida, a honra, a propriedade, a administração pública e etc. O que para ele, muito embora não configura uma incorreção no uso do conceito, representa um algo mais.

Isto então, não passa de uma abreviatura, porque a honra não é propriamente o bem jurídico, e sim o direito de dispor dessa honra, e no mesmo raciocínio, o bem jurídico não é a propriedade, e sim o direito de dispor dos direitos patrimoniais sobre ela.

E assim, o “ente” tutelado pela ordem jurídica não é a “coisa em si mesma”, e sim a relação de disponibilidade do titular com a coisas. Ou ainda em suas palavras “os bens jurídicos são os direitos que temos a dispor de certos objetos (ZAFFARONI, 2008, p.399).

Portanto, quando certa conduta impede ou perturba o titular de dispor desses objetos, acaba afetando o bem jurídico, o que por sinal algumas encontram-se proibidas pela norma geradora do tipo penal.

Ainda há que se saber o que significa essa “relação de disponibilidade”. Zaffaroni diz que “trata-se de um conceito central das teorias do tipo e do delito, que

guarda estreito paralelismo com a concepção geral do direito e do Estado que se adote” (ZAFFARONI, 2008, p.399).

Alerta que os que não defendem essa posição da relação de disponibilidade com o ente, dizem que todos os bens jurídicos poderiam ser reduzidos a um único: a disponibilidade. O que Zaffaroni refuta de pronto, pois em sua concepção, o que se busca, é justamente garantir um âmbito de disponibilidade, que é a garantia das condições externas de liberdade. Uma vez que, as internas são totalmente individuais.

Outra crítica apontada por Zaffaroni, diz respeito a várias afirmações de que existem bens jurídicos que não são “disponíveis”, o que mais frequentemente acontece quando se fala da “vida” e do “Estado”. De igual forma, o autor refuta tal afirmação porque assevera que, existe uma crença de que só se pode dispor ilimitadamente, porque confundem “disposição” com “faculdade de destruição”.

Complementa dizendo que:

[...] Parece óbvio que a destruição é um limite da disposição e, além do mais, muito estranho e pouco usado. Identificar “ato de disposição” com ‘ato de destruição’ é próprio de uma concepção jurídica que corresponde ao direito civil quiritário ou ao Estado liberal entendido como “Estado gendarme”. No Estado social de direito contemporâneo, esta identificação não tem cabimento (ZAFFARONI, 2008, p.400).

E sobre a vida e o Estado diz que:

No sentido de “disponibilidade” como “uso”, a vida é o mais disponível dos bens jurídicos, porque costumamos consumi-la a cada momento a nosso bel-prazer, mas ao decidir sobre ela freqüentemente somos premiados e condecorados por arriscá-la.

No mesmo sentido, o Estado é um bem jurídico e, portanto, disponível. Diariamente dispomos do Estado, no sentido de que dele usamos para alcançar a nossa auto-realização; podemos estudar direito na universidade ou por nossa própria conta, podemos levar uma carta pessoalmente ou enviá-la pelo correio, podemos suportar um roubo ou recorrer à polícia para evitá-lo etc. A destruição do Estado por acordo de todos os cidadãos, é uma ficção tão irreal como o contratualismo social, porque faticamente o que pode desaparecer é, unicamente, o sistema ou regime político, mas o desaparecimento de toda a ordem jurídica é historicamente inconcebível, posto que somente pode produzir-se num momento transitório de caos (ZAFFARONI, 2008, p.401).

Quando Zaffaroni refere-se ao bem jurídico como uma relação de disponibilidade do indivíduo com o ente, ele acaba enaltecendo a condição do indivíduo perante a tutela do ordenamento jurídico.

Isso faz com que a batida na tecla de que o direito penal deve ser ordem protetora de indivíduos e não de coisas, seja uma nota ressoante nos substratos coerentes com o atual modelo de Estado.

Portanto, para que o bem jurídico comporte o conteúdo material do injusto, é necessário que as condutas penalmente relevantes sejam afirmações das discussões sobre os interesses sociais de igual forma relevantes, que necessitam de extrema proteção. E sempre com vistas à proteção do indivíduo como meta precípua da tutela penal.

O bem jurídico sob essa ótica, acaba também sendo um fator limitador da expansão do direito penal na sociedade complexa do consumo e risco para todos. O que também foi observado por Bottini, quando diz que:

As demandas sociais e políticas pelo recrudescimento das atividades de repressão ao risco, por meio do direito penal, permitem a construção de tipos penais com efeitos meramente simbólicos, como mecanismo de manutenção da coesão social, e somente o lastro do bem jurídico permitirá postular **o desenvolvimento de uma política criminal restrita aos fins de proteção da dignidade humana** (BOTTININI, 2007, p.178, grifo nosso).

Mais uma vez encontra-se um reforço do que pode vir a ser um bem jurídico-penal nas normas constitucionais, pois quando Bottini afirma que o desenvolvimento da política criminal visa a proteção da dignidade da pessoa humana, não precisa um grande avanço teórico para concluir que a própria Constituição reclama uma proteção digna para aquilo que ela considera essencial.

Assim, somente os elementos que visam a concretização do desenvolvimento do indivíduo em seu âmbito de liberdade plena, merecem a proteção do direito penal.

Mediante a essas considerações iniciais, o bem jurídico “relações de consumo” torna-se mais acessível a uma justificativa de tutela penal.

Primeiramente a melhor posição que se adequa aos ideários propostos nesse trabalho, deve seguir o raciocínio de Zaffaroni para fins de conceituação do bem jurídico. Pois a posição do professor argentino, é a que melhor faz reverência ao indivíduo enquanto gestor dos rumos dos “entes” que lhe são próprios e disponíveis.

Em segundo momento, o artigo 170, no inciso V da Constituição Federal faz referência expressa a defesa do consumidor, o que indubitavelmente demonstra a

importância do consumidor de forma máxima, e autoriza diversas proteções do mesmo, inclusive pela via penal.

Sendo assim, se por força da Lei 8.137/90, as relações de consumo passaram a constituir um bem jurídico-penal, alguns reparos devem ser feitos a fim de equalizar as situações descritas anteriormente.

Em primeiro lugar, o direito penal quando resolve aplicar a sua tutela, não visa de forma imediata querer que as relações de consumo ocorram da melhor maneira possível. Trata-se de função em segundo plano (tutela mediata), pois em primeiro plano (tutela imediata) deseja proteger o indivíduo nas situações em que essas relações falhem e ao mesmo tempo lhe causem um prejuízo. O que de pronto, faz com que o termo “tutela penal do consumo” caia, e seja substituído pelo termo “tutela penal do consumidor”,

E é justamente com base em Zaffaroni, que se entende que “relações de consumo” é mera abreviatura do direitos do consumidor de gozarem de uma relação de consumo saudável e juridicamente protegida.

Posição contrária do que dito aqui, merece transcrição e por seguinte comentário:

[...] As relações de consumo constituem simples bem jurídico mediato, pois, o que se está assegurando através da credibilidade da regulação jurídica do tráfico de bens e serviços é o próprio consumo enquanto fato econômico estrutural na sociedade pós-industrial; este é o interesse macroeconômico para o qual se volta a potencialização dos vínculos entre fornecedores e consumidores. Trata-se de bem jurídico único, contemplado especialmente por meio da intangibilidade do ordenamento que incide sobre o mesmo. Os interesses individuais dos consumidores, como a vida, a incolumidade física e o patrimônio não se incluem nesta específica tutela penal em questão, e tampouco constituem uma objetividade jurídica secundária (GUIMARÃES, 2004, p.45, grifos nossos).

Essa visão não coaduna com os interesses macros da promoção da dignidade da pessoa humana. É inadmissível no atual Estado Democrático de Direito, afirmar que os direitos de personalidade do mais interessado nas relações de consumo – o consumidor - sejam preteridos em prol da tutela única e exclusiva do tráfico de bens e serviços do próprio consumo. É dizer que, essa legislação só deve proteger coisas e não pessoas.

Justamente é o que aqui se refuta, o uso do direito penal para tutelar “coisas” vazias, entes abstratos, que não possuem vinculação alguma com o

indivíduo, o que mais parece ter traços de um direito penal autoritário. Preocupado com as aspirações do Estado e não das pessoas.

Portanto, o primeiro ponto a se enxergar, é que proteção jurídico-penal nos crimes contra as relações de consumo, visa a proteção imediata do indivíduo por meio de sanções penais, e de forma mediata realiza os ideários da Política Nacional das Relações Consumo.³⁷

Sendo assim, o desenrolar das atividades econômicas entre fornecedores e consumidores, de forma a garantir a própria existência do sistema de interação econômica, pode ser realizada de forma imediata pelo Código de Defesa do Consumidor, e seus demais instrumentos conexos como o direito civil. De forma mediata, o direito penal ainda poderá auxiliar com o efeito reflexivo da prevenção geral, que repercutirá de maneira positiva na preservação do desenvolvimento econômico.

De maneira imediata, deve ser preservar a peculiaridade do direito penal em ser a ordem protetora de pessoas, o que significa dizer que quando o consumidor encontra-se em perigo de lesão, ou até mesmo já lesionado, o direito penal está autorizado agir.

Por isso, a tutela penal deve ser do consumidor e não do consumo, pois a segunda remete ao fato de o direito penal estar intimamente ligado a proteção da abstração “relações de consumo”, que em primeira mão, preocupa-se com a harmonia do desenvolvimento econômico. Para isso, já existem instrumentos que são capazes de realizar essa equalização.³⁸ Deixando a cargo do direito penal a proteção imediata do consumidor, enquanto sujeito integrado dessas relações de consumo.

³⁷ O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90) em seu artigo 4º, demonstra a preocupação com a perseguição de vias que possibilitem que as relações de consumo desenvolvam-se de forma harmônica, desejando então, o respeito à dignidade, saúde e segurança, bem como a proteção dos interesses econômicos do consumidor, como forma de melhoria da qualidade de vida. No entanto, essa programação normativa, não garante que as relações de consumo aconteçam de maneira tal qual determinada pela norma, uma vez que o consumidor sempre será a parte mais fraca na relação de consumo.

³⁸ Um exemplo é a criação do CADE pela Lei 8884/94 (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), que é um órgão judicante com jurisdição em todo o território nacional, ligado ao Ministério da Justiça. O CADE apura as infrações concernentes a Ordem Econômica, e aplica diversas sanções, com a finalidade de preservação da liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Um segundo traço marcante na constituição do perfil do bem jurídico “relações de consumo”, encontra-se na sua própria gênese. Quando há perigo de lesão ou efetiva lesão, não haverá dano ou perigo de dano a um indivíduo apenas.

O que o direito do consumidor visa proteger, são os interesses de milhares de pessoas que estão consumindo diariamente. Afinal, os produtos destinados à venda, não são fabricados com vistas a um determinado consumidor, e sim a grande massa.

Portanto, a proteção que o direito do consumidor propõe, quebra o individualismo clássico para começar a buscar com vistas ao interesse de todos os envolvidos, uma proteção supra-individual.

Ocorre que existe uma dificuldade enorme de se aceitar a lesão a um bem jurídico com características supra-individuais, justamente pelo fato da titularidade do ente sair das mãos do indivíduo para passar a ser de todos. A legitimidade da disponibilização do ente não está mais atrelada a uma concepção individual, pois o que passa a acontecer é que o bem jurídico é repartido em porções iguais à todos.

E mais uma vez, tal característica encontra dificuldades quando o direito penal deseja fazer frente a esse tipo de lesão:

A caracterização de bens transindividuais como passíveis de proteção penal não é simples, porque se faz presente uma mediação que os separa da esfera individual de valores. A constatação de que grande parte dos delitos está direcionada à proteção destes bens coletivos, exige uma análise mais detalhada de sua utilização pelo direito penal (BOTTINI, 2007, p.180).

A justificativa para uma proteção de bens jurídicos supra-individuais encontra respaldo na própria Constituição, quando faz menção a promoção da dignidade da pessoa humana e protege os direitos sociais. O que faz com que o indivíduo não possa se dissociar da convivência com os seus pares, que igualmente possuem direitos e deveres.

Isso arrima o fato de que uma sociedade possui elementos que lhe são próprios para a consecução do bem comum. O que paralelamente leva novamente à importante idéia de alteridade, que enfatiza a importância do outro.

Uma forma de paralisar a expansão do direito penal, versa sobre a tentativa de se recuperar a capacidade crítica do conceito de bem jurídico, especialmente quando se tratarem de bens difusos, o que somente poderá ser alcançado se forem considerados como contextos necessários. Para ainda mesmo que de forma

mediata, “garantirem a existência de interesses individuais indispensáveis para a materialização da dignidade humana (BOTTINI, 2007, p. 183).

Sendo assim, bens jurídicos que se destinam a promover o ser humano em toda a sua plenitude, transcendendo a concepção única de indivíduo isolado dos outros, não possuem titularidade individual. E portanto, essa titularidade é compartilhada com os demais membros da sociedade, sendo todos os indivíduos destinatários de proteção e conseqüentemente sujeitos passivos da lesão.

Essa idéia, remete ao fato de que a coletividade passa a ser o sujeito passivo no caso de lesão aos bens jurídicos supra-individuais. E assim, não há nos bens jurídicos supra-individuais um dado de cunho egocêntrico, e sim metaindividual e antropocêntrico.

Nesse passo, o bem jurídico “relações de consumo” coaduna com a idéia de supra-individualidade alocada nas razões supracitadas. Quando a Constituição fala de defesa do consumidor, ela na verdade quer respaldar uma proteção a todo um conjunto de pessoas que fazem parte das relações de consumo e encontram-se inferiorizadas financeiramente e tecnicamente.

Se esse não fosse o entendimento, não haveria porque a defesa do consumidor estar presente no capítulo destinado a ordem econômica, que sem dúvida alguma, demonstra que a sua estrutura é voltada para a coletividade.

No segundo momento, o Código de Defesa do Consumidor, bem como a legislação que trata dos crimes contra as relações de consumo, quando falam em “relações de consumo”, passam a impressão que o uso do plural não é mero enfeite gramatical, e sim, monitoramento estratégico da exploração econômica que atinge todos. As relações de consumo podem acontecer a todo momento, em vários lugares distintos e ao mesmo tempo.

Sendo assim tratar as “relações de consumo” como mera reiteração de comportamento individual de compra, não é o melhor entendimento, visto que muitas pessoas podem estar praticando a mesma conduta, ao mesmo tempo, e em lugares diversos. E ainda, desencaixados do tempo e do espaço.

Resumindo então:

a) o bem jurídico “relações de consumo” carrega uma abreviatura do que verdadeiramente significa: os direitos dos consumidores de gozarem de uma relação de consumo saudável e juridicamente protegida;

b) Essa concepção enaltece a condição funcionalista do direito penal de ser uma ordem protetora de indivíduos e não de coisas, o que conseqüentemente eleva o indivíduo a uma posição de destaque perante a tutela de bens jurídico-penais;

c) De imediato desloca-se o uso da terminologia “tutela penal do consumo” para “tutela penal do consumidor”, que de pronto demonstra a missão imediata do direito penal em proteger o indivíduo, e no segundo momento, com a tutela mediata, a manutenção da regularidade do desenvolvimento econômico, por meio da prevenção geral;

d) Com a evolução da sociedade, os problemas que antes tinham repercussão mínima, tornam-se problemas de todos. A fim de garantir a promoção humana, a Constituição prevê diversos direitos, nos quais a dignidade da pessoa humana é um dos pilares bases na concretude do bem-estar das pessoas;

e) Nesse prisma, não há como ignorar a presença do outro na estrutura societária, o que faz com que bem jurídicos que nasçam com a propositura de equalizarem as pessoas de forma isonômica, não tenham mais a sua titularidade ligada a um indivíduo apenas, a titularidade passa pertencer a todos, em que todos são problemas de todos;

f) Nesse sentido, “as relações de consumo” são um bem jurídico supra-individual, que visa demonstrar que todos os consumidores são prejudicados quando essa relação falha e causa danos;

g) Portanto, a coletividade passa a ser destinatária de proteção e ao mesmo tempo, sujeito passivo dos delitos contra as relações de consumo, o que em nenhum momento diminui a idéia de se perseguir essas condutas lesivas por meio do direito penal. Ao contrário, reforçam o ideário de que o direito penal pode romper o individualismo clássico, e realizando-se formal e materialmente por meio de um direito penal do consumidor.

Merecem uma justificação os efeitos de se tangenciar o bem jurídico “relações de consumo” por esses dois grandes traços. Portanto, será demonstrado alguns possíveis desdobramentos do bem jurídico.

3.3.2 Possíveis desdobramentos decorrentes do bem jurídico “relações de consumo”

Após delinear os dois grandes traços que balizam as estruturas do bem jurídico “relações de consumo”, insta ainda, demonstrar os efeitos de se adotar essas posturas interpretativas.

Ao dizer que “relações de consumo” é mera abstração do direito do consumidor de dispor do seu patrimônio, em prol da concretização dessa mesma relação, automaticamente um efeito é percebido. Projeta o indivíduo ao ápice da relação jurídica protegida.

Portanto, uma sequência lógica desse pensamento que visa em primeiro plano direcionar a tutela penal para os indivíduos, é a partir de agora delineada por meio de tipificações penais que estejam mais atentas aos riscos do mundo hodierno.

Se existe um reclame societário no sentido de expandirem as tipificações penais, a fim de se restabelecer a sensação de segurança, é justamente pelo fato de os indivíduos se sentirem mais incomodados com os acontecimentos no mundo. Muitos riscos são subjetivos, ou de ordem interna que levam toda uma carga de experiência humana, e muitas vezes não traduzem a realidade. Outros riscos são de caráter objetivo e traduzem a realidade. Como exemplo, o desenvolvimento da indústria de armas, indústria de medicamentos, o uso de tecnologias no monitoramento privado.

Tal fato, se dá justamente pela não ignorância do direito quanto aos aspectos societários, o que faz com que a tutela penal se aproxime dos fatos sociais de uma maneira jamais antes concebida. Afinal de contas, a estrutura da sociedade está complexa, o que demanda sempre uma análise detida de seus fatos.

Se as tipificações penais devem refletir os acontecimentos hodiernos, fato é que a proteção penal deve obedecer também a um grau de hierarquia quanto a criação de bem jurídico-penais, ainda mais quando confrontada com as expectativas da sociedade.

Por exemplo, o que seria mais importante na atual conjuntura da sociedade, punir os crimes de maus-tratos de animais³⁹ ou tipificar condutas lesivas ao meio ambiente, que garantam às gerações futuras uma vida digna e saudável?

Em primeiro plano, na há aqui uma tentativa de desmerecer o campo de proteção dos animais. Não há dúvidas que os mesmos devem merecer uma tutela, mas, será que tal tutela deve advir do direito penal?. Existem outros mecanismos de defesa, como o próprio direito administrativo que podem fiscalizar, por meio do poder de polícia administrativo, as operações que concernem a defesa dos animais.

Bottini ainda diz que:

[...] O direito penal do meio ambiente não existe para proteger os elementos ambientais em si, como objetos autônomos e independentes dos interesses humanos, mas como fatores indispensáveis à vida e à saúde do homem. A conduta contrária ao meio ambiente somente interessa ao direito penal quando afetar o equilíbrio ecológico, ou seja, quando oferecer risco a interesses humanos fundamentais. **A comercialização de um espécime animal sem autorização, se não violar, por si só, as relações ambientais que formam um ecossistema, não ostenta relevância penal, porque não causará, nem potencialmente, ameaça aos interesses do homem** (BOTTINI, 2007, p.185, 186, grifo nosso).

Portanto, o acionamento do direito penal não pode fugir a essa preocupação de que os interesses juridicamente relevantes, que se traduzem em bens jurídico-penais, em primeira análise, visem o bem-estar das pessoas. O sentimento humano de amor pelo animal, é uma justificativa muito fraca para se autorizar uma reprimenda penal.

Com base nisso, a hierarquização que se propõe, visa estritamente encabeçar tipificações que se relacionam diretamente com a própria condição de ser humano. Sendo assim, tipificações que digam respeito a integridade física, saúde e promoção da dignidade da pessoa humana, devem na atual sociedade complexa, serem a ponta da lança na tutela penal.

Com certeza, se essa preocupação com o indivíduo for levada a cabo, quando na feitura de legislações que prevejam crimes, mormente pressionadas pelo restabelecimento de segurança, tocadas pelas oscilações de riscos sentidos, obter-se-á um filtro de construção de tipificações bastante racional.

³⁹ Lei 9.605/98, art. 32: Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir, ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos: Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa.

Se houver o entendimento prévio que os bens jurídicos são meras abstrações, que fazem com que o indivíduo tenha capacidade de dispor desse ente, não haveria mais problemas em se aceitar também a categoria de bens jurídicos supra-individuais.

No exemplo das “relações de consumo” aceitar-se-ia a idéia de uma primeira preocupação com a integridade física dos consumidores, bem como a promoção da dignidade das pessoas envolvidas nas relações consumeiristas. E não somente uma preocupação com o mero desenvolvimento econômico, que também não deixa de ser importante, porém posiciona-se em grau de inferioridade ao indivíduo.

Ao se utilizar o filtro de hierarquização de bens jurídicos relacionados a importância dos indivíduos, não haveria uma falta de técnica legislativa, como ocorreu com a legislação dos crimes contra as relações de consumo, prevendo a mesma pena para todas as condutas ali presentes. O preceito secundário da norma penal, também ganha importância no grau de análise.

Assim sendo, por mais que alguns crimes que indiretamente obedeçam ao mandamento constitucional de proteção da ordem econômica - enquanto regularidade da produção, distribuição e consumo de bens e serviços - como o contrabando e descaminho, e em primeira análise mostrem um direito penal preocupado apenas com o fisco, aos olhos do moderno direito penal econômico, existirão indivíduos que serão prejudicados com a falta de arrecadação fiscal e a entrada de produtos proibidos.

Sendo assim, o direito penal econômico (grande área), como ordem protetora do bem jurídico “ordem econômica”, também inclina-se a enxergar dentro da sua estrutura, pessoas de maneira indistinta. Se as espécies, tutela penal do meio ambiente e tutela penal do consumidor, possuem esse caráter, não seria difícil imaginar que o direito penal econômico possui também esse viés.

Esse é o espírito do direito penal econômico, uma proteção supra-individual, também preocupada com pessoas. E portanto, com base no critério de hierarquização aqui proposto, como exemplo, o crime de contrabando e descaminho visariam primeiramente a proteção da promoção da dignidade da pessoa humana.

Pois os impostos deixados de serem arrecadados, poderiam acarretar na supressão de subsídios necessários para o investimento em setores como saúde,

educação e segurança. Não é difícil manter esse esforço teórico, se por trás dos bens jurídico-penais supra-individuais, sempre puder se enxergar seres humanos.

Portanto, o primeiro desdobramento de se conceber o bem jurídico “relações de consumo” como os direitos do consumidor de gozarem de uma relação de consumo saudável e juridicamente protegida, que imediatamente eleva o indivíduo a uma condição de superioridade na relação jurídica, é estabelecer um filtro de criação dos tipos penais. Que obedecerá a consideração primária de, estabelecer penalização às condutas que lesem a integridade física, saúde e ainda prejudiquem a promoção da dignidade da pessoa humana.

Um segundo desdobramento do bem jurídico “relações de consumo” é corolário da primeira proposição. Se os indivíduos devem ser o objeto da tutela penal e as relações de consumo dizem respeito a uma parcela indivisível de acontecimentos ao redor do globo, é evidente que o supra-individualismo sobrepõe qualquer interesse exclusivamente individual.

Sendo assim, segue-se o primeiro desdobramento criando tipificações que interessam diretamente ao indivíduo, ao mesmo tempo que passa-se a considerar este indivíduo um ser não dissociado dos seus pares. E portanto, dando cabo a criação de mecanismos que interessam a todos e que, conseqüentemente, interessam muito mais às aspirações de um Estado Democrático de Direito, que existe por amor aos indivíduos.

Então no que concerne as “relações de consumo”, deverá haver no primeiro momento a produção de tipos penais ligados a proteção imediata do consumidor e no segundo momento, uma proteção que não ignore o fato daquele consumidor interagir com uma estrutura econômica que intimamente se liga a outros indivíduos.

Qual o efeito prático desses desdobramentos?. De imediato, haveria uma reformulação da legislação que trata dos crimes contra as relações de consumo, eliminando o uso do direito penal na manutenção direta das relações econômicas que possuem interesses dissociados dos consumidores. Tal interesse é puramente estatal e econômico, o que poderia ser feito por outros mecanismos a fim de reparar o dano patrimonial.

No segundo momento, a sociedade de consumo se apresentaria como ponto de análise sociológica na construção de tipos penais, o que faria com que novos riscos só fossem tipificados se estivessem ligados intimamente com a proteção da integridade física, saúde e promoção da dignidade da pessoa humana no consumo

de bens e serviços. Bem como, se tais riscos causassem prejuízo à vários indivíduos indistintamente, preservando a supra-individualidade do bem jurídico “relações de consumo”. O consumo, para o direito penal, só mereceria atenção se fosse extremamente relevante proteger o consumidor.

Portanto, esses seriam alguns desdobramentos possíveis de se considerar o bem jurídico “relações de consumo” como uma relação de disponibilidade do sujeito com o ente, e também de considerá-lo um bem jurídico de caráter supra-individual.

É lógico que a partir dessas constatações, a tutela penal do consumidor ganha um novo enfoque. Passa a privilegiar uma nova técnica de tipificação que deverá antecipar a tutela penal a fim de resguardar os interesses dos indivíduos. Também passa a se preocupar de que forma deverá punir o grande causador dos males nas relações de consumo, a empresa. Isso tudo faz parte dos novos rumos de uma tutela penal do consumidor que a seguir serão expostos.

3.4 CONCLUSÃO: PARA ONDE CAMINHA A TUTELA PENAL DO CONSUMIDOR ?

3.4.1 Técnica de tipificação a partir dos crimes de perigo abstrato

O mundo reclama uma proteção efetiva por meio do Estado, que cada vez mais encontra-se diminuído diante da complexidade da sociedade atual. O seu declínio, não só demonstra, que logo mais só existirá em sua figura formal, mas que também uma nova agência de poder surge.

A empresa, que de maneira tentacular consegue transnacionalizar suas estruturas, passa a constituir uma nova fonte de poder, que se sobrepõe a dos Estados soberanos. Com isso cria políticas de implemento do lucro que não encontram nem mesmo barreiras éticas.

O uso da tecnologia passa a ser um imperativo na busca desse lucro, o que faz com que as empresas invistam massivamente nesse vetor. Corolário dessa postura, encontram-se os risco advindos do uso dessas tecnologias. E portanto, fonte de preocupação de toda a estrutura societária.

Nesse prisma, uma preocupação coletiva emerge e passa a não mais tolerar as consequências desses riscos. A sensação de insegurança nas pessoas é tão forte, que elas não querem mais ver os seus direitos de gozarem de uma vida segura e feliz serem tolhidos.

Tal insegurança, se assenta na própria complexidade social, na pluralidade de opções, na sobrecarga de informações, que somam-se a falta de critérios sobre o que se pode ou não confiar e ainda sobre o que é bom ou mau (SILVA SANCHEZ, 2001, p.32).

Essa ótica resvala diretamente em como o direito, enquanto organizador da vida social, passará a cuidar desses novos problemas. Particularmente um ramo é questionado sobre sua atuação perante esses conflitos internos da sociedade.

O direito penal, assim, é o que mais se evidencia nesse contexto complexo. Vez que, por meio dele, encontra-se a simbologia mais impactante do resgate da sensação de segurança, que se traduz na figura emblemática da prisão.

Se o direito penal passa a ser questionado em sua atuação, logicamente é nele que serão avultados esforços no sentido de encontrar soluções para os problemas de segurança. E não porque o direito penal deseja ser a panacéia do mundo, e sim porque ele também tem a sua importância na proteção da sociedade.

Sendo assim, é evidente que haverá uma expansão do direito penal a fim de conter os riscos próprios da sociedade industrial. E se conter os riscos exige fundamentação própria, que só se encontra na contemporaneidade, o direito penal também não poderá ignorá-las.

A sociedade quando passa a não tolerar mais ataques a sua dignidade, de forma individualizada e coletiva, traduzidos nos mais diversos bens jurídicos espalhados pela sua estrutura, exige ainda que esses ataques não cheguem sequer a produzirem efeitos. Ou seja, reclamam uma antecipação da proteção de seus direitos, pois já não querem mais sofrer com a lesão, ao mesmo tempo que passam assim, a sentirem-se mais seguros.

Essa lógica impacta diretamente na postura que o direito penal passará a ter para fazer frente à essa nova demanda social. Isso pode ser identificado a partir da adoção de uma nova técnica legislativa de contenção dos riscos para todos. O uso dos crimes de perigo abstrato.

A partir dos crimes de perigo abstrato, o legislador atribui a qualidade de crime a certas condutas, independentemente da produção de um resultado externo. Essa ótica desponta apenas na análise do comportamento descrito no tipo e não se preocupa com o resultado produzido por ela, vez que antecipa a tutela. O que acaba diferenciando o crime de perigo abstrato dos crimes de perigo concreto e crimes de dano (BOTTINI, 2007, p.111).

A atual configuração da sociedade contemporânea é extremamente sujeita a essa nova técnica de tipificação, que encontra guarida nas bases em que essa sociedade se funda. Portanto, dá-se uma proliferação do uso desse tipo de crimes.

Alguns fatores podem ser apontados como motores de impulsão desse fenômeno, que passa a dar os contornos também, de um direito penal econômico. E em seguida impacta a tutela penal do consumidor, enquanto espécie do gênero ordem econômica.

O resultado da utilização massiva de novas tecnologias é o risco ou até mesmo a lesão de um volume crescente de bens jurídicos. O uso de organismos geneticamente modificados, energia nuclear, desenvolvimento de novos medicamentos em grande escala, sem as necessárias precauções quanto aos seus efeitos, são inovações científicas que desencadeiam graves e irreversíveis lesões a bens jurídicos fundamentais (BOTTINI, 2007, p.118).

Sob esse prisma, o que importa é evitar as condutas lesivas e não reprimir o resultado advindo das condutas perigosas. A gestão do risco não importa em atuação após o dano e sim em uma antecipação de tutela a fim de evitar a ocorrência desse dano.

Isso faz com que a norma penal assuma esse levante de antecipação de tutela, o que acaba enaltecendo um papel preventivo. Para que isso ocorra, o tipo penal deve estar guiado à conduta e não ao resultado, o que faz com que a atividade de potencial lesividade passe a ser o núcleo do injusto (BOTTINI, 2007, p.119).

De posição esclarecedora também Jorge Silveira:

De fato, a característica que tradicionalmente define os crimes de perigo abstrato reside, [...], na ausência de perigo no tipo. Este não menciona o perigo entre seus elementos, mas se limita a definir uma ação perigosa, pois entende que o surgimento do perigo se deduz da realização de uma ação com características (JORGE SILVEIRA, 2006, p.119).

Outro fator que avoluma a expansão do uso dos crimes de perigo abstrato se refere à dificuldade de previsão ou de identificação dos nexos causais que derivam do uso das novas tecnologias. Isso se dá justamente pela imprevisibilidade no manejo das atividades inovadoras e os efeitos desconhecidos de novos produtos que afetam a análise dos cursos causais possíveis, o que paralelamente leva à ineficácia dos tipos de resultado, incitando o direito penal, quando interessado em

intervir nesses âmbitos, à criação de tipos com configuração cada vez mais abstrata. (BOTTINI, 2007, p.119).

Essa dificuldade em estabelecer o nexos causal acarreta problemas graves na responsabilização penal. Com a complexidade dos sistemas de produção, distribuição e consumo de bens serviços, fica mais difícil individualizar as condutas. É que as estruturas organizacionais se encontram com os seus sistemas de tarefas bem divididos.

Dificilmente uma lesão ao consumidor poderá ser imputada a uma pessoa, o que não inviabiliza o uso do direito penal, antes sugere mais ainda o uso dos crimes de perigo abstrato para fazer frente a esse contexto. O que se valoriza é o risco potencial, por isso a importância de antecipação dessa tutela.

Bottini traz à lume mais um motivo que justifica o uso acentuado da tipificação a partir dos crimes de perigo abstrato:

Outro fenômeno do direito penal do risco que contribui para a aparição significativa dos delitos de perigo abstrato é proteção, cada vez mais acentuada, de bens jurídicos coletivos. A concessão de *status* penal aos interesses difusos torna cada vez mais inadequada a compreensão do delito pela ótica autor-vítima, dada a dificuldade de limitar e caracterizar os sujeitos passivos da ação criminosa. A abstração dos últimos reduz o espaço dos delitos de resultado que exigem, em geral, um titular do bem ou do objeto atacado pelo comportamento ilícito, e dá lugar ao injusto de perigo abstrato (BOTTINI, 2007, p.121).

Os crimes de perigo abstrato servem, ainda, para manter a integridade de regulamentos que se direcionam a organização normativa da vida, tornando tais estruturas confiáveis e seguras. São contextos de intensa interação que necessitam de vigilância constante como o caso do sistema de tráfego viário e a utilização de tecnologias para o armazenamento e transporte de alimentos e medicamentos, que caso falhem, afetarão um número muito grande de consumidores (BOTTINI, 2007, p.123).

Com a chamada do direito penal para estabilizar essa relação de confiança e segurança nos sistemas que nos rodeiam, a pena passa a alcançar outro significado. Não é mais ameaça a comportamentos que firam bens jurídicos, e sim antecipação de tutela verificada em situação antes do fato lesivo. O que atrai necessariamente para o tipo penal a gestão de riscos.

Ações que isoladamente não causam prejuízos, pelo menos em potencial ao bem jurídico, se, cometidas reiteradamente, começam a representar um ambiente de

risco para o bem jurídico. São os bens jurídicos ofendidos por acumulação. É mais um motivo para o uso dos crimes de perigo abstrato.

Veja-se o caso do artigo 29 da Lei 9.605/1998 (Matar, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, em desacordo com a obtida). A retirada de apenas um animal de seu *habitat*, não trará prejuízos para o meio ambiente, mas, se tal comportamento passar a ser constante, o impacto no bem jurídico será evidente, podendo levar a espécie à extinção (BOTTINI, 2007, p.125).

Em outras palavras, o direito penal pune condutas isoladas, que se acumuladas de forma reiterada são capazes de produzirem uma efetiva lesão. Antecipa, assim, sua tutela nas condutas que aparentemente dão o tom de serem inócuas e inofensivas.

Portanto, necessário se faz legitimar o uso dos crimes de perigo abstrato, mediante o atual recorte da sociedade, que expõe de modo constante o consumidor aos riscos inerentes da prática de consumir.

A ótica funcionalista do direito penal deságua no referencial tônico de uso do direito penal na proteção exclusiva de bens jurídicos, o que já passa a delinear o seu campo de atuação.

Portanto, a utilização legítima do direito penal, bem como dos crimes de perigo abstrato, só se faz possível diante de lesões que atentem contra a dignidade humana ou contra bens e valores que permitam a sua existência material (BOTTINI, 2007, 174). Nessa ótica, os crimes de perigo abstrato cumprem uma missão funcional dentro do modelo de Estado Democrático de Direito.

Se a proteção da dignidade da pessoa humana é mandamento constitucional, não há como a tipificação por meio dos crimes de perigo abstrato não ser revestida também de nuances constitucionais. O que implica dizer que o bem jurídico que reclama proteção penal por meio dessa tipificação, deve estar orientado também nesse sentido, sendo que esse caminho é o que valida a sua constituição em bem jurídico-penal. Ilha da Silva ainda diz que:

Sob tal quadrante [...] os bens jurídico-penais deverão estar pressupostos na Constituição, quando expressamente consagrados (de forma positiva e impositiva), ou dela deduzidos mediante uma análise sistemática e teleológica, ou seja, excluindo-se as vedações impostas a certas incriminações, explícitas ou implícitas, e averiguando-se se a tutela de

determinado bem não se põe em conflito com os valores que a Carta Política visa afirmar e resguardar, ou melhor, contribui-se para uma implementação efetiva dos valores constitucionais (ILHA DA SILVA, 2003, p.88).

A técnica de tipificação, então, passa a ser um imperativo da sociedade de risco, que faz avultar dia pós dia novos riscos a todos. E nessa toada, o risco de consumir.

A exposição do consumidor aos novos produtos faz com que o direito penal se projete na antecipação da tutela. O crime de perigo abstrato, portanto, é analisado "ex ante factum", ou seja, antes do fato, o que leva a uma presunção absoluta de perigo de dano. Essa postura faz com que muitos resultados sejam prevenidos, o que para a relação de consumo representa uma proteção bastante condizente com a realidade dos fatos hodiernos.

O crimes de perigo abstrato - apesar de setores identificarem-nos com o desvalor de ação - acabam por revelar também um desvalor de resultado. A própria nomenclatura sugere isto: o perigo abstrato é para um bem jurídico, aí residindo o desvalor de resultado.

A legitimidade dos crimes de perigo abstrato deve se pautar, ainda, pela constitucionalidade de seu uso, e parece evidente que a defesa do consumidor é apta o suficiente para se constituir um bem jurídico-penal e ser conduzida por esse meio de tipificação. Uma vez que proteger o consumidor se liga intimamente com a promoção da dignidade da pessoa humana e preservação da ordem econômica, na forma do art. 170 da Constituição.

A tutela penal do consumidor deve ser revestida de antecipação de tutela penal justamente pelo fato de que a simples exposição do consumidor ao risco não pode ser tolerada em uma sociedade tensionada pela lógica do consumo. Isso fica evidente quando a legislação que trata dos crimes contra as relações de consumo emerge.

Mas a justificativa vai além disso. O supra-individualismo do bem jurídico relações de consumo remete ao fato de que uma proteção coletiva deva garantir a própria existência das pessoas na terra. E tal pensamento só pode ser alcançado se for permitido a todos os seres humanos gozarem de uma existência segura. O que leva a uma não mais concordância com a postura estatal de agir somente após o resultado lesivo.

Essa política voltada à proteção de bens por meio dos crimes de dano já não é mais suficiente na atual configuração da sociedade. Isso faz com que mais uma vez o direito penal dê sua guinada, primeiramente rompendo o individualismo clássico, aceitando que bens coletivos devem fazer parte de sua estrutura de proteção. Segundo, orienta sua estrutura de tipificação a partir dos acontecimentos sociais hodiernos, o que faz com que esse direito penal não faça vistas grossas para as mudanças paradigmáticas.

Portanto, a técnica de tipificação a partir dos crimes de perigo abstrato é um caminho que deve ser explorado, para guiar as relações de consumo pelas melhores vias. Possibilita uma proteção supra-individual de milhares de pessoas que participam das relações de consumo.

Os crimes de perigo abstrato são a melhor opção para a proteção dos consumidores, e por vezes, a única. Além de enaltecer a prevenção geral, o que acaba influenciando o comportamento dos fornecedores que passarão a ser mais cuidadosos com o que repassarão aos consumidores, haverá uma divisão do risco entre os exploradores econômicos.

Essa divisão ocorrerá na medida em que todos os exploradores estarão sendo tocados pela norma, o que fará com que a orientação penal seja observada em todos os ciclos de produção e distribuição envolvidos.

Por mais que seja difícil individualizar as condutas que violam a abstração penal, não inviabilizará o uso dessa tipificação, pois todos os parceiros econômicos envolvidos na exploração se tornarão mais vigilantes, fazendo com que nenhum deles deseje ser responsável pelos malefícios de uma conduta lesiva ao consumidor.

Esse fenômeno, de ordem psíquica, que a norma penal causa nos exploradores econômicos, é bastante importante e traz benefícios na proteção do consumidor. Sendo assim, o uso das tipificações por meio dos crimes de perigo abstrato é uma necessidade no ambiente de risco e na proteção supra-individual.

A massificação dos crimes de perigo abstrato encontra sua justificação em todos esses fatores elencados, o que faz com que até mesmo, de forma inconsciente, o legislador opte por esta técnica de tipificação. E a expansão dos crimes de perigo abstrato acompanha uma nítida tentativa do uso do direito penal para a contenção desses riscos. O que não deixa de ser uma coisa boa, mas que também não fica livre de críticas.

A maior das críticas gira em torno da parêmia *nullum crimen sine injuria*. A partir do princípio da lesividade, o direito penal não está autorizado a agir não ser para combater as condutas que lesionam diretamente os bens jurídicos. Portanto, atípicos os atos que não ofendam interesses tutelados.

O crime de perigo abstrato em uma análise apressada, parece confrontar diretamente com tal princípio, na medida em que não exige um dano efetivo, nem um perigo real para qualquer bem jurídico, O que permite que parte da doutrina opine pela não compatibilidade dos crimes de perigo abstrato com o Estado Democrático de Direito⁴⁰.

Porém, para se contornar o problema de aplicabilidade dos crimes de perigo abstrato em face de uma possível ofensa ao princípio da lesividade, deve-se considerar que tal princípio não abriga somente a exposição efetiva de um bem a lesão ou a perigo. Mas também, a desestabilização de expectativas diante de atividades arriscadas, com mero potencial de perigo. Alguns níveis se apresentam:

O primeiro seria o dano a determinado bem jurídico, seguido por um segundo nível, compreendido pela colocação deste bem em perigo concreto, quando sua normativa intencionalidade é perturbada por força de uma ação humana responsável. Os delitos de perigo abstrato, por sua vez, refletiriam um terceiro nível de lesividade, que só seria possível mediante uma descrição minuciosa, pelo legislador, da conduta proibida, relacionada a um bem jurídico concreto com dignidade penal (BOTTINI, 2007, p.205).

Portanto, a lesividade dos crimes de perigo abstrato deve estar presente no âmbito legal, por meio de dispositivos claros e taxativos, que permitirão o reconhecimento de interesses que visa resguardar. De igual forma, na prática, o julgador quando aplicar a norma, deverá buscar a lesividade da conduta diante das circunstâncias concretas que envolvem sua prática (BOTTINI, 2007, p.205).

Isso será feito por meio de um juízo de periculosidade presente na descrição do tipo penal de perigo abstrato. O que de imediato excluem condutas que não impliquem, ao menos em potencial, a afetação do bem jurídico. Portanto, não autorizando o direito penal a reagir.

Sendo assim, a periculosidade passa a ser elemento nuclear da ação penal relevante. Fazendo com que a construção do tipo penal, demande um injusto material, que será o risco de dano ao bem protegido, mesmo sob uma perspectiva

⁴⁰ Nesse sentido. GOMES, Luiz Flavio. A Constituição Federal e os Crimes de Perigo Abstrato. Disponível em: http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20070214091633277. Acesso em: 06 de maio de 2010.

ex ante, ou abstrata. De modo que a ausência desse risco, afastará a lesividade, e a incidência da norma penal não será compatível com um direito penal de movimento funcionalista (BOTTINI, 2007, p.206).

Como anteriormente dito, individualizar as condutas dos vários setores responsáveis pela produção e distribuição de bens e serviços é tarefa muito complexa. Nesse sentido, a tutela penal deve procurar responsabilizar a empresa responsável pelo último ato antes do produto ser acessado pelo consumidor. Esse enfoque faz com que a empresa responsável pelo último ato esteja atenta ao que disponibiliza, preocupando-se também com o produto que vem para ela por meio de outras empresas, fornecedores e etc. Cria-se, assim, uma cadeia sucessória de vigilância anterior.

No quadro de complexidade da sociedade atual, se a vigilância anterior falhar, deve-se pensar em um direito penal que também se oriente a responsabilizar penalmente a pessoa jurídica quando do cometimento dos crimes contra as relações de consumo. Isso faz parte também, do ideário constitucional de proteção da dignidade da pessoa humana. O que a seguir será exposto.

3.4.2 A possibilidade da sanção penal ao direito de imagem da empresa

A responsabilidade penal da pessoa jurídica tem sido um dos temas que andam em constante análise dentro da dogmática penal. Decerto, porque com o crescimento das atividades industriais, a empresa passou a alcançar uma posição de destaque dentro da estrutura societária.

Emblematicamente, a discussão se iniciou quando o texto constitucional em seu artigo 225, §3º, faz referência à possibilidade de sanção penal a pessoa jurídica quando do cometimento de atividades lesivas ao meio ambiente.

Posteriormente, com a criação da Lei 9.605/98 em seu artigo 3º, reafirmou-se a possibilidade da responsabilização penal da pessoa jurídica ainda no cometimento de crimes ambientais, quando a infração for cometida por decisão de representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da entidade fictícia.

Ambas as previsões, estão sendo objetos de celeumas dogmáticas, em que aqueles que pugnam por um critério de imputação subjetiva, afirmam que por esse

caráter do direito penal, a pessoa jurídica não teria capacidade para delinquir, uma vez que não tem capacidade de ação e nem de culpabilidade.

Afirma-se ainda que a pessoa jurídica é incompatível com a pena de prisão, o que reafirma que o uso do direito penal só pode ser destinado aos seres humanos (princípio da personalidade da pena) (REGIS PRADO, 2010, p.127).

As críticas ainda são muitas. René Dotti entende que há uma má compreensão do artigo 225, §3º, fruto de uma leitura apressada das normas constitucionais, o que faz com que haja uma tentativa de ruptura do princípio constitucional da responsabilidade penal pessoal. Trata-se, inclusive, de um fenômeno psíquico de projeção da vontade pessoal do intérprete do texto constitucional, o que leva a crer que o dispositivo além de ser inconstitucional fere outros princípios (DOTTI, 2010, p.164).

Outro problema é gerado a partir do filtro analítico da conduta humana. Se a conduta é atributo próprio dos seres humanos, a pessoa jurídica não teria como ter capacidade de ação e de omissão. Portanto, inegável a possibilidade de responsabilizar subjetivamente a pessoa jurídica.

Diante dessas críticas mais veementes em torno do tema, e que mais avultam, por possibilitar a quebra de axiomas do direito penal que são inerentes também ao Estado Democrático Direito, uma nova constatação ainda deve ser feita.

A expansão dos mercados possibilitou que a empresa assumisse uma função que antes era mantida pela estrutura de poder própria do modelo de Estado absolutista. Se antes o monarca era representado pela figura de um homem, esse mesmo homem cede espaço para que o monarca hodierno esteja travestido nas estruturas físicas da grande corporação.

Isso, em bons termos, significa dizer que o monarca dos dias atuais é a corporação, que consegue controlar e tensionar constantemente as estruturas estatais, criando um ambiente de conflitos internos e fadados a cederem às pressões de suas políticas de exploração do lucro. E como os monarcas antigos, não respeitam nada e nem ninguém, a não ser a sua lógica expansionista.

Tudo isso é consequência do aumento do consumo, do uso das tecnologias de risco e o crescimento das aspirações individuais, que remontam um ambiente totalmente propício a receber informações desconexas e defasadas. O que passa a constituir um campo de exploração para as empresas.

As empresas estão presentes em diversos pontos ao redor do mundo e ao mesmo tempo, o que a torna extremamente poderosa do ponto de vista econômico. Pois se elas se estabelecem em uma localidade muito pobre, determinam o curso das vidas de milhares de pessoas que dela dependem.

Grandes corporações, que possuem estruturas transnacionais, ainda demonstram que contra elas, muitas vezes ações judiciais são inócuas, pois com a grande capacidade econômica que possuem, acabam por contabilizar os prejuízos que terão com indenizações, formando “caixas-dois” que servirão para pagar as custas.

Isso se verifica quando os prejuízos que as corporações terão com as indenizações são repassados ao consumidor, fazendo com que ele pague duas vezes mais pelo preço do produto. E portanto, a pena de multa aplicada a empresa é inevitavelmente inócua.

Diante desse quadro, mais uma vez chama-se a atenção do direito penal para não ignorar os acontecimentos sociais, o que faz dele um guardião constante da sociedade. Não há como negar que as críticas a responsabilidade penal da pessoa jurídica embasam-se em fundamentos para lá de corretos e equalizados com a própria Constituição, mas também são parciais e deixam de lado a preocupação com a sociedade.

A teoria do delito, como instrumento garantista no Estado Democrático de Direito, conseqüentemente deve passar por modificações. O apego ao finalismo, fecha as portas para a caracterização de um moderno direito penal. O que leva a uma ignorância dos fatos hodiernos. Guaragni ainda alerta:

O método empregado no finalismo, reputado reducionista pelos seus opositores, por impor limites ao desenvolvimento dogmático da teoria do crime, bem como dificuldades de implantar soluções que, embora justas, contrariassem o sistema, gerava – segundo seus críticos – um sistema fechado à resolução de novos problemas (GUARAGNI, 2009, p.246).

Portanto, o finalismo encontra-se superado pelo funcionalismo, em que o sistema unificador no direito penal deixa de ser a conduta humana para em uma sociedade de consumo, complexa e global, ser a contenção dos riscos advindos desse modelo societário. Assim sendo, apegar-se ainda a categoria lógico-objetiva de estrato analítico a partir de condutas humanas, não responde aos anseios da hipermodernidade.

Impede, ainda, que novas estruturas como a corporação passem a ser objeto de responsabilização penal, o que na atualidade não merece prosperar, na medida em que a corporação representa um risco em evidência à própria vida.

Ao dizer que a grande corporação é o monarca dos dias atuais, simplesmente, deve-se envidar esforços no sentido de que deve se pensar o direito a partir dela também. E não simplesmente se apegar a impossibilidade de responsabilizá-la por falta de aporte dogmático. A situação é social, e é com essa lente que o fenômeno do consumo e da responsabilização penal da pessoa jurídica deve ser observado.

Com base nisso, o assunto inclina-se primeiramente à caracterização da proteção dos direitos de personalidade da pessoa jurídica. Particularmente, a possibilidade da mesma sofrer dano moral por ataque a sua imagem.

Os direitos de personalidade obtiveram sua gênese ainda no século XVIII, a partir do individualismo clássico, arregimentado pela filosofia da ilustração. O que leva a crer que a sua criação foi direcionada a seres humanos e não a pessoas jurídicas.

Nesses termos cabe ainda diferenciar honra objetiva e honra subjetiva. Nas lições de Maria Helena Diniz:

Honra. Bem jurídico que apresenta dois aspectos: a) um subjetivo, o qual designa o sentimento da própria dignidade moral, nascido da consciência de nossas virtudes ou de nosso valor moral, isto é, a honra em sentido estrito; b) um objetivo, representado pela estimação que outrem faz de nossas qualidades morais e de nosso valor social, indicando a boa reputação moral e profissional que pode ser afetada pela injúria, calúnia ou difamação (DINIZ, 1998, p.738).

Parece claro que os dois aspectos da honra, tanto o objetivo quanto o subjetivo, pertencem somente ao ser humano. Pois, não há como a pessoa jurídica sentir dor, ter e expressar emoções, coisas detectáveis apenas nas pessoas.

Contudo, a posição atual dos Tribunais é de que é possível sim que a pessoa jurídica possa sofrer dano moral, quando tiver sua honra objetiva ferida, o que representaria um ferir de sua imagem⁴¹. Seria a estima que os outros fazem daquela corporação.

⁴¹ O artigo 52 do Código Civil diz que: Aplica-se às pessoas jurídicas no que couber, a proteção aos direitos de personalidade
Nesse sentido, a súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça – STJ: A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.

Percebe-se então que houve uma extensão da proteção dos direitos de personalidade de seres humanos para também as pessoas jurídicas, quando houver lesão à sua honra objetiva. O que demonstra que a imagem da pessoa jurídica é um dos bens que lhe é mais caro, ainda mais, porque é a partir da imagem que a empresa consegue se estabelecer no mercado e manter uma constante expansão dos seus negócios.

Partindo dessa constatação, em um primeiro momento pode-se dizer que a pessoa jurídica recebeu um bônus, o que imediatamente também lhe dá um ônus. À medida em que no atual Estado Democrático de Direito, nada e nem ninguém pode ser sujeito apenas de direitos, devendo também ter deveres inerentes ao bom uso desses direitos, ora franqueados.

Assim sendo, alguém ou algo (pessoa jurídica) que possua um certo direito e extrapola os limites do seu uso deve ser responsabilizado. O que faz com que a empresa não fique isenta dessa prática.

Imagine-se que uma determinada empresa, do ramo de hipermercados, faça uma propaganda destacando que o seu setor de alimentos está com uma promoção, e que tal promoção só terá validade por um dia. Imediatamente a mídia convidativa desloca um número grandioso de consumidores para o estabelecimento a fim de aproveitarem a oportunidade. Contudo, os alimentos que lá estavam expostos se encontravam vencidos, o que indubitavelmente poderiam causar algum tipo de prejuízo além de ordem financeira, de ordem à saúde do consumidor.

Por esse esforço exemplificativo, nota-se que houve um abuso por parte da pessoa jurídica do seu direito à imagem, que inclusive se encontra protegido pelo ordenamento jurídico, ao fazer propaganda de materiais impróprios para o consumo.

DIREITO CIVIL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – TEXTO DIVULGADO NA INTERNET – VIOLAÇÃO DA HONRA OBJETIVA – CONFIGURAÇÃO DO DANO MORAL À PESSOA JURÍDICA – VALOR INDENIZATÓRIO – PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Ao escrever e divulgar o *e-mail* narrando fato ocorrido dentro do estabelecimento de dança, a requerida extrapola os limites de um mero protesto e violou a esfera extrapatrimonial da autora.

A pessoa jurídica, portadora de honra objetiva, faz jus à indenização por dano moral sempre que seu nome, credibilidade ou imagem forem abalados por ato ilícito.

O magistrado não pode se afastar dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade no momento de fixar o valor da indenização por dano moral, servindo a indenização como instrumento de caráter pedagógico preventivo e educativo da reparação moral. TJDF. Acórdão Nº 417.733. Relator: Desembargador Lécio Resende.

E é fato que para vender determinado produto, seja em qual ramo for, a propaganda será de extrema necessidade, o que faz com que a imagem da pessoa jurídica se projete por milhares de casas a fim de incutirem no ânimo das pessoas, as mais diversas necessidades. Daí a importância da imagem para a pessoa jurídica.

Um abuso de direito gera o deve-agir desse mesmo direito para a contenção do abuso. E se a imagem da pessoa jurídica representa um chamariz, essa mesma imagem deve ser objeto de sanção, na medida em que a imagem representa a forma como se porta a empresa no mercado do consumo.

Se a imagem da pessoa jurídica é protegida pelo ordenamento jurídico, parece óbvio que essa proteção acaba na medida em que ela ultrapassa os limites da lealdade e boa-fé, e mais, põe em risco uma quantidade indistinta de pessoas.

Sob esse aspecto é que os esforços da responsabilização penal da pessoa jurídica devem começar a ser pensado. A partir da sanção penal ao seu direito de imagem. E por razões claras: a imagem da pessoa jurídica serve à ela como uma fonte incalculável de lucro.

Primeiramente, não se deve vincular uma sanção penal ao direito de imagem da pessoa jurídica somente nos casos em que ela faz propaganda que leve no fim das contas a prática de alguma conduta prevista na legislação dos crimes contra as relações de consumo.

Até porque, pode haver a propaganda de algum material que esteja apropriado para o consumo, mas dentro do estabelecimento o consumidor se depara com outro que nada tem em haver com a propaganda e mesmo assim, está impróprio para o consumo. O risco é constante, basta adentrar ao estabelecimento.

Deve-se, sim, aplicar a sanção penal ao seu direito de imagem quando houver o cometimento de alguma das condutas previstas na Lei, independentemente da ocorrência de propagandas. Até porque a multa penal e a indenização civil não conseguem paralisar as atividades criminosas, pois as empresas possuem um grande poderio econômico.

A sanção penal ao direito de imagem, portanto, compreende o fato de que quando do cometimento de alguma das condutas previstas na legislação que trata dos crimes contra as relações de consumo, a empresa será obrigada a fazer propaganda da sua atividade lesiva, por determinado período de tempo.

Isso leva a alguns aspectos.

- a) Não é pelo fato de que a pessoa jurídica não pode receber pena de prisão, que o direito penal não possa aplicar penas compatíveis com a natureza dessa corporação, isso demonstra a preocupação do direito penal com a evolução social;
- b) Essa sanção ao direito de imagem não se preocupará em individualizar condutas, o que não levará o direito penal a uma procura sem êxito dentro da organização empresarial do responsável, vez que a divisão de tarefas não permite a exata localização do infrator (por outro lado, referida procura nem por isso fica impedida, sendo possível o litisconsórcio passivo entre empresa e pessoa física responsável pelo fato);
- c) Se a imagem tem a capacidade de aumentar os lucros, a imagem abalada fará com que haja um declínio desses mesmos lucros, o que levaria à uma penalização mais eficiente do que a de multa;
- d) A propaganda negativa não será tolerada pelos gestores empresariais, o que fará com que os mesmos passem a ser mais vigilantes em todos os seus sistemas de produção e distribuição, elevando a preocupação com o consumo, e mais, com os direitos do consumidor.

E por que essa sanção deve advir do direito penal?.

Ao se estabelecer que a empresa deverá fazer propaganda sobre o seu ilícito, a consequência será imediatamente sentida por ela. A diminuição dos lucros não só pode fazer com que ela não venha a mais praticar as condutas criminosas, como impacta diretamente a sua função social.

Pode ocorrer, por exemplo, o fechamento das portas de determinada empresa, após sucessivas propagandas de sua atividade lesiva, o que fará com que muitos trabalhadores possam perder o emprego por este fator. É evidente que os fatores sociais não podem ser ignorados quando da aplicação da pena, mas também não podem paralisar uma proteção supra-individual, que vai além das portas da empresa.

Os efeitos da pena devem ser sopesados nesse ambiente complexo. A magnitude de atuação das empresas permite que seja encontrada para ela uma pena compatível com sua estrutura econômica. E abalá-la economicamente, sancionando o seu direito de imagem, pela realização de propaganda de suas

condutas criminosas, é pensar a partir de uma lógica que precisa frear todo esse acosso do consumo.

Justamente, pelo efeito da sanção ao direito de imagem da corporação não ferir somente a sua estrutura econômica, parece razoável pensar essa sanção dentro do direito penal, que fará uso do processo penal para instrumentalizar uma condenação. Não fugindo, assim, dos princípios que permitirão um amplo processo de defesa da empresa, garantindo-lhe todos os recursos disponíveis, inclusive a garantia do estado de inocência (extensão de direito de personalidade) para aí sim, serem efetivamente condenadas.

A culpabilidade da empresa seria auferida com base na presunção absoluta de dano ao consumidor, o que impactaria de imediato na decisão do julgador em determinar por quanto tempo seria feito tal propaganda negativa.

Contudo, o princípio da legalidade não deve ser ignorado. E portanto, o que aqui se coloca se trata apenas de uma proposição, que padeceria inclusive de positivação, o que demandaria mais discussão a respeito dessa prática e consequentemente dos efeitos.

O que se quis demonstrar é que o direito penal deve ser pensado a partir de uma ótica moderna, preservando seus princípios basilares, mas não esquecendo dos movimentos sociais, principalmente não ignorando a sociedade de consumo e de risco.

A oxigenação do direito busca inclusive, não ignorar a interdisciplinaridade que todos os ramos precisam. E com o direito penal não seria diferente. A análise sociológica dos acontecimentos faz com que o direito penal não fique flutuando somente no mundo dever-ser, e passe a buscar no mundo do ser a sua própria razão de existência, como um ramo que se dedica a proteger pessoas. Seja tutelando a ordem econômica, o meio ambiente ou as relações de consumo.

Merece ainda a transcrição de Muñoz Conde:

O princípio *societas delinquere non potest* só tem razão de ser em uma sociedade na qual realmente as pessoas jurídicas não tinham importância que têm hoje em dia. Que uma pessoa jurídica, sobretudo na forma de sociedade anônima, com um capital social e uma atividade econômica de bilhões de reais ou de dólares, possa ficar isenta de pena, é algo que hoje em dia, produziria hilaridade, ou melhor irritação de qualquer cidadão comum (MUÑOZ CONDE *apud* SANCHEZ RIOS, 2010, p.199).

Portanto, apegar-se, ainda, ao dogma de que a pessoa jurídica não pode delinquir é ignorar os acontecimentos hodiernos, e ignorar também a proteção supra-individual. E a sanção ao direito de imagem da pessoa jurídica pode ser uma das alternativas para começar a se pensar em como combater os abusos contra os consumidores na sociedade de consumo.

REFERÊNCIAS

ABBAGNO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 5.ed. Traduzido por Alfredo Bossi. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BACIGALUPO, Enrique. **Principios constitucionales de derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

_____; BACIGALUPO, Silvina. **Derecho penal económico**. Madrid: Centro de Estudios Ramon Áreas, 2001.

BARBOSA, Livia. **Sociedade de consumo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 2008.

BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Traduzido por Artur Morão. 1ed, Lisboa: Edições70. 2007.

_____. **O sistema dos objetos**. Traduzido por Zulmira Ribeiro Tavares. 5.ed. São Paulo: Perspectiva. 2008.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas (1764)**. São Paulo: Ridendo Castigat Mores, 2001.

BECK, Ulrich. **O que é globalização: equívocos do globalismo: respostas à globalização**. Traduzido por André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Traduzido por Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

_____. **Tempos líquidos**. Traduzido por Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

_____. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. Traduzido por Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Direito e estado no pensamento de emanuel kant**. Traduzido por Alfredo Fait. 4.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CHARLES, Sébastien. **Cartas sobre a hipermodernidade ou o hipermoderno explicado às crianças**. Traduzido por Xerxes Gusmão. São Paulo: Barcarolla, 2009.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. Traduzido por Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2009.

DÌEZ RIPOLLÉS, José Luis. **A racionalidade das leis penais**. Traduzido por Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998. 2v.

DOTTI, René Ariel. **A incapacidade criminal da pessoa jurídica (uma perspectiva do direito brasileiro)**. In: *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 2.ed. rev. atual. amp. p. 157. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DURKHEIM, Emile. **A divisão do trabalho social**. Traduzido por Eduardo Freitas e Maria Inês Mansinho. Lisboa: Editorial Presença, 1984. 2v.

FERNÁNDEZ, Gonzalo D. **Bien jurídico y sistema del delito**. Buenos Aires: Estudio Gráfico, 2004.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Traduzido por Raquel Ramalhe. 36.ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em direito penal: um estudo da conta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **As razões históricas do surgimento do direito penal econômico**. In: *Revista Jurídica da Faculdade de Direito, N° I, ano I*. Dom Bosco, p. 25. 11v.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Traduzido por Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.

GUIMARÃES, Sergio Chastinet Duarte. **Tutela penal do consumo**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. 3.ed. Traduzido por George Speber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco . **La responsabilidad por el producto em derecho penal**. Valência: Tirant lo Blanch, 1995.

HOBBSBAWN, Eric J. **A era das revoluções: Europa 1789 – 1848**. Traduzido por Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.

_____. **Era dos extremos: o breve século XX (1914-1991)**. Traduzido por Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

ILHA DA SILVA, Ângelo Roberto. **Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación.** Traduzido por Joaquim Cuello Contreas y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995.

_____. **Sobre la génesis de la obligación jurídica.** Traduzido por Manuel Cancio. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.

_____. **Sobre la teoría de la pena.** Traduzido por Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

_____. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional.** Traduzido por Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 1996.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal: Parte General.** 4. ed. Granada: Editorial Comares, 1993.

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

LÉVINAS, Emmanuel. **Entre nós.** Traduzido por Pergentino Stefano Pivatto (coord), Evaldo Antônio Kuiava, José Nedel, Luiz Pedro Wagner, Marcelo Luiz Pelizolli. Petrópolis: Vozes, 2004.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do partido comunista.** Traduzido por Sueli Tomazini Barros Cassal. Porto Alegre: L&PM, 2009.

MARX, Karl. **O capital, vol. I.** Traduzido por Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

_____. **O capital vol. II.** Traduzido por Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

MAULAZ, Ralph Batista de. **Os paradigmas do estado de direito – o estado liberal, o estado social (socialista) e o estado democrático de direito.** Disponível em: <<http://www.atame-df.com.br/material/doc/mat06032401.doc>>. Acesso em: 05 de maio de 2010.

MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal.** Buenos Aires: Editorial B de F, 2002.

MURARO, Rose Marie. **Os avanços tecnológicos e o futuro da humanidade.** Petrópolis: Vozes, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson. **Da proteção contratual do consumidor.** In: Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil: evolução histórica.** 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. ***El injusto injusto típico en la teoría Del delito***. Corrientes: Mave, 2000.

PRADO, Luiz Regis. ***Direito Penal Econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais***. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____; DOTTI, René Ariel. ***Responsabilidade penal da pessoa jurídica***. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SANCHEZ RIOS, Rodrigo. ***Indagações sobre a possibilidade da imputação penal à pessoa jurídica no âmbito dos delitos econômicos***. In Responsabilidade penal da pessoa jurídica. 2.ed. ver. atual. e ampl. p. 195. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. ***La expansión del derecho penal***. Madrid: Civitas Ediciones, 2001.

SODRÉ, Marcelo Gomes. ***A construção do direito do consumidor***. São Paulo: Atlas, 2009.

STRECK, Lênio. ***O princípio da proibição de proteção deficiente e o mandado de segurança em matéria criminal***. 2007. Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40>.

TODOROV, Tzvetan. ***O espírito das luzes***. Traduzido por Mônica Cristina Corrêa. São Paulo: Barcarolla, 2008.

WEBER, Max. ***¿Qué es la burocracia?***. Buenos Aires: Ediciones Elaleph, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. ***La criminología como curso***. In: En torno de la cuestión penal. Montevideo – Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2005.

_____. ***Manual de direito penal brasileiro***. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OBRAS CONSULTADAS

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Derecho penal económico*. Madrid: Civitas, 1978.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

BIANCHINI, ALICE; MOLINA, Antonio García-Pablos de.; GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: introdução e princípios fundamentais*. 2.ed. rev. atual. ampl. Coordenação de Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. *Identidade: entrevista a Benedetto Vecchi*. Traduzido por Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

_____. *Modernidade e ambivalência*. Traduzido por Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

_____. *O mal-estar da pós-modernidade*. Traduzido por Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

_____. *Vida líquida*. Traduzido por Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

BLAINEY, Geoffrey. *Uma breve história do século XX*. São Paulo: Editora Fundamento Educacional, 2009.

BITENCOURT, Cezar. *Teoria geral do delito*. Coimbra: Edições Almedina, 2007.

_____. *Tratado de direito penal*. 15.ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BUJÁN PÉREZ, Carlos Martínez. *Derecho penal económico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. *El derecho penal de la empresa: desde una visión garantista*. Buenos Aires: Su Gráfica, 2005.

CHESNAIS, François. *A mundialização do capital*. São Paulo: Xamã, 1996.

DOTTI, René. *Curso de direito penal: Parte geral*. 3.ed. rev. atual. ampl. Com a colaboração de Alexandre Knopfholz e Gustavo Britta Scandelari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo. **Estudios de derecho penal económico**. Madrid: Dykinson, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo social**. 3.ed. Revista dos Tribunais, 2010.

FISCHER, Douglas. **Delinquência econômica e estado social e democrático de Direito: uma teoria à luz da Constituição**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

FOUCAULT, Michel. **O nascimento da biopolítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. 34.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

GALLINO, Rafael Miranda. **Delitos contra el orden económico**. Buenos Aires: Pannedille, 1970.

GOMES, Luiz Flávio ; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito penal: Parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 2v.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e Crítica**. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 10.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

HOBSBAW, Eric J. **A era dos impérios: 1875-1914**. 12.ed. Tradução de Sieni Maria Campos e Yolanda Steidel de Toledo. São Paulo: Paz e Terra, 1998.

_____. **A revolução francesa**. 7.ed. Tradução de Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

JOSUÉ PETTER, Lafayete. **Direito econômico: doutrina e questões de concursos**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

MAIA, Rodolfo Tigre. **Tutela penal da ordem econômica: o crime de formação de cartel**. São Paulo: Malheiros, 2008.

MIR PUIG, Santiago. **Direito penal. Fundamentos e teoria do delito**. Tradução de Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais:2007.

NEVES, Marcelo. **Entre thêmis e Leviatã: uma relação difícil: o estado democrático de direito a partir e além de Luhman e Habermas**. 2.ed. São Paulo: Mrtins Fontes. 2008.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PRITTWITZ, Cornelius. **Sociedad del riesgo y derecho penal**. In: El Penalista Liberal – controversias nacionales e internacionales en Derecho penal, procesal penal y Criminología. Homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba”. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

SANTOS, Jair Ferreira dos. **O que é o pós-moderno**. Rio de Janeiro: Brasiliense, 1986.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da Silva. **Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos e fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **Eficiência e direito penal**. São Paulo: Manoele, 2004.

STRATHERN, Paul. **Uma breve história da economia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

REALI, Giovanni & ANTISERI, Dario. **História da Filosofia**. 5.ed. São Paulo: Paulus, 1991. 3v.

VON FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter. **Tratado de Derecho Penal**. Trad. Eugenio Raul Zafaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: Uma introdução à doutrina da ação finalista**. 2.ed. rev. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

Deposite-se na Secretaria do Mestrado.

Professor (a) Orientador (a) Curitiba, ____/____/____

Recebido em: ____/____/____

Secretaria

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)