

A TUTELA PENAL DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

1

Desarmonia microssistêmica e (in)efetividade da proteção de direitos fundamentais do consumidor

Criminal protection of consumer relations: discordance of the micro system and (in)effectiveness concerning the fundamental rights of consumers

ANDERSON DE AZEVEDO

Mestre em Direito Negocial – Área de concentração em Processo Civil pela UEL. Especialista em Filosofia Política e Jurídica pela UEL. Professor de Direito das Relações de Consumo na Unifil. Professor de Direito das Relações de Consumo em MBA de Gestão Empresarial no Paraná. Membro da Comissão de Direito do Consumidor da OAB-PR. Advogado.

DOUGLAS BONALDI MARANHÃO

Mestre em Direitos Difusos e Coletivos – Área de concentração em Direito Penal pela UEM. Especialista em Direito e Processo Penal e em Filosofia Política e Jurídica pela UEL. Professor de Criminologia da Unifil e de Direito Penal na PUC-PR. Professor de diversos cursos de especialização na área de Direito Penal. Membro do Conselho Penitenciário do Estado do Paraná (Suplente). Advogado.

Recebido em: 25.06.2012
Pareceres em: 03.07.2012

ÁREA DO DIREITO: Consumidor; Penal

RESUMO: A tutela do consumidor está indissociavelmente fundamentada no Estado Democrático Social de Direito, que promove o indivíduo em sua completude valorativa. As mutações sociais dos séculos XX e XXI promoveram a autonomia da relação jurídica de consumo, desvincilhando-a do Direito Civil e Mercantil. A multidisciplinaridade normativa do Código de Defesa do Consumidor, associada ao seu caráter interdisciplinar e a sua autonomia principiológica, constituem-se fatores da identificação desse Estatuto como um microsistema jurídico. Nesse conjunto de disposições, destaca-se a tutela penal das relações de consumo, constituída originariamente para servir como uma efetiva garantia dos direitos fundamentais do consumidor, tanto no plano individual quanto coletivo. O Direito Penal, em face de seu caráter fragmentário, é chamado a compor esse quadro, tutelando bens jurídicos contra as ofensas intoleráveis no mercado de consumo, o que justificaria a imposição da medida extrema da pena e seus maléficis efeitos, no que se convencionou chamar a tutela penal das relações de consumo. Contudo, os conceitos amplos e indeterminados dos tipos penais previstos no Código de Defesa do Consumidor, a ineficácia da legislação punitiva como forma de contenção das práticas abusivas no mercado de consumo, o caráter meramente formal e simbólico, inoperante e ineficiente do Direito Penal do Consumidor, expressam a desarmonia da tutela penal do consumidor em relação à principiologia microssistêmica do CDC e à intransponível relativização de direitos e garantias individuais consolidados secularmente pela Ciência do Direito Penal. Exige-se, nesse cenário, uma profunda reflexão sobre a necessidade de reformas desse plexo legislativo.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais - Microsistema - Relações de consumo - Tutela penal.

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais - 2. A tutela jurídica da relação de consumo como direito fundamental - 3. A concepção sistêmica (ou microssistêmica) da tutela do consumidor - 4. Bem jurídico-penal protegido pelo Código de Defesa do Consumidor - 5. Tutela penal das relações de consumo: análise crítica - 6. Conclusão - 7. Referências bibliográficas.

ABSTRACT: Consumers protection is unquestionably based on the Democratic State of Law, which fully promotes the individual in his values. The social changes that took place in the 20th and 21st centuries led to the autonomy of consumer's legal relations, promoting their separation from the Civil and Business Law. The legal variety that the Consumer's Defense Code presents, associated with its multidisciplinary character and the autonomy of its principles, lead to the conclusion that the code is, in fact, a legal micro system and, among its many legal disposals, it is possible to enlighten the criminal protection towards consumers' protection. This protection was originally constituted to serve as an effective guarantee of consumers fundamental rights, either individually or collectively. Criminal Law, if considered in its fragmentary character, is used to fill in this scenery, protecting legal interests against intolerable offenses that take place in the consumers market, what explains the imposition of penalties and their malefic effects. This is called consumers relations criminal protection. Yet, the amplitude of concepts, the indeterminate criminal types foreseen in the Consumers Defense Code, the ineffectiveness of the punitive legislature as a way of containing abusive practices in the consumers market, the merely formal, symbolic, inoperative and inefficient character of Consumers Criminal Law, express the discordance of consumers law protection if compared to the micro system principles of the Consumers Defense Code and the absolutely protection of interests and individual guarantees that Criminal Law have conquered throughout the centuries. It is necessary, on this matter, a deep reflection concerning the needs of a legislature change.

KEYWORDS: Fundamental rights - Micro system - Consumers relation - Criminal protection.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A presente pesquisa tem por fim compreender o Código de Defesa do Consumidor como forma de proteção da relação de consumo, bem como as suas atuais características no cenário jurídico. Especificamente, dar-se-á atenção aos dispositivos penais constantes naquele diploma legal, visando compreender a sua construção (dispositivos penais) como parte de um microsistema, para posteriormente identificar a sua aplicação diante de um Direito Penal Clássico, eivado de direitos e garantias fundamentais, princípios estruturantes que representam pilares infranqueáveis de sua atuação.

Nesta trilha é que serão analisadas desde as relações de consumo como bem jurídico digno de receber a tutela penal, bem como, em assim sendo feita, como resta normatizada no Código de Defesa do Consumidor, se a sua estrutura obedece aos postulados mínimos para a sua atuação na práxis, sempre tendo por norte, uma tutela penal, vinculada a um Estado Democrático Social de Direito.

2. A TUTELA JURÍDICA DA RELAÇÃO DE CONSUMO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

É interessante notar que ao longo da história o movimento consumerista dividiu-se em vários estágios. Num primeiro momento esteve associado ao movimento sindical americano que lutava por condições dignas de trabalho dos comerciantes estadunidenses. Em uma fase posterior, passou-se a exigir qualidade dos produtos postos no mercado consumidor, em uma espécie de ação social afirmativa. Mais tarde, em um terceiro momento, a luta foi pela criação de um conjunto legislativo específico de tutela ao consumidor.

É exatamente nessa onda reformista proporcionada pelo Estado Social que surgem os primeiros movimentos consumeristas nos Estados Unidos, a exemplo do *New York Consumers League* (1891), *National Consumers League* (1899), *Consumers Union* (1929), *Consumers Research* (1936), todos voltados, de uma forma ou de outra, direta ou indiretamente, para o desenvolvimento de mecanismos de proteção de um dos sujeitos da relação econômica: o consumidor, aquele que adquire produto ou utiliza serviço para fins pessoais, familiares, não profissionais.

A trajetória de lutas e conquistas sociais do movimento consumerista formou, em toda parte do mundo, associações de proteção e defesa de direitos, as quais foram decisivas na criação de tutelas, tanto na senda política, como na seara jurídica. A partir dos anos sessenta, do século XX, o mundo viu surgir

um conjunto de disposições normativas que passaram a assegurar, no plano internacional e nas esferas internas dos Estados, os direitos básicos do consumidor e políticas públicas de tutelas específicas.

Com efeito, a relação de consumo tornou-se autônoma, desvinculando-se do Direito Civil e Mercantil, passando a ser entendida como uma relação jurídica com elementos e estruturas peculiares. A relação de consumo, com efeito, derivou do processo de transformações econômicas, sociais e políticas iniciadas nos movimentos sociais do século XX, próprias de um novo tempo e de uma nova forma de adquirir produtos e serviços disponibilizados no mercado.

De acordo com Marques (1992, p. 27):

“Na sociedade de consumo, com seus sistemas de produção e de distribuição em grande quantidade, o comércio jurídico se despersonalizou e os métodos de contratação em massa, ou estandardizados, predominam em quase todas as relações contratuais entre empresas e consumidores. (...) Como se observa na sociedade de massa atual a empresa ou mesmo o Estado, pela sua posição econômica e pelas suas atividades de produção ou de distribuição de bens ou serviços encontram-se na iminência de estabelecer uma série de contratos no mercado. Estados contratos são homogêneos em seu conteúdo (...), mas fechados com uma série ainda indefinida de contratantes. (...) Os fenômenos da predisposição de cláusulas ou condições gerais dos contratos e do fechamento de contratos de adesão tornaram-se inerentes à sociedade industrializada moderna (...). Hoje, elas dominam quase todos os setores da vida privada, onde há superioridade econômica ou técnica entre os contratantes, seja nos contratos das empresas com seus clientes, seja com seus fornecedores, seja com seus assalariados”.

Essa visualização somente se tornou possível e efetiva na ambiência dos Estados Democráticos Sociais de Direito, especialmente no pós Segunda Guerra, quando a sociedade, pelos movimentos sociais e políticos, passou a exigir uma maior participação governamental para impedir ou prevenir abusos no mercado de consumo, como forma de tentar conter o avanço descontrolado dos interesses capitalistas sobre os direitos fundamentais individuais.¹

1. Luiz Fernando Coelho é enfático ao afirmar que “Toda a atividade política da humanidade, desde os tempos imemoriais, tem se resumido na tecnologia de dominar as forças produtoras do homem para que elas não se desviem de seu objetivo primordial: o lucro. [...] A história da civilização não o desmente e nenhuma retórica economicista, nenhuma sofisticação discursiva irá desmentir esse fato prosaico, que o capitalismo tende a aperfeiçoar-se à medida que se sofisticava a tecnologia da exploração do homem pelo homem, a qual engendrou as formas primitivas, medievais

Analisando a hermenêutica constitucional nos Estados Democráticos de Direito, Sérgio Alves Gomes (2008, p. 245) explica que a vivência dos indivíduos integrantes de um Estado Democrático Social de Direito caracteriza-se por uma multiplicidade de requisitos, figurando como indispensáveis os seguintes, dentre outros:

“Consciência das dimensões individual e social, inerentes a todo ser humano; liberdade de pensamento e de expressão; maior participação possível dos interessados (...) nas discussões das questões que exigem deliberação; práticas garantidas do livre debate, em torno das questões de interesse individual e social a fim de influenciar positivamente a tomada de decisões razoáveis e justas que interessem ao *bem comum*; procedimentos institucionais eficientes para fiscalizar a atuação ou ausência da referida vontade de democracia e de “constituição”; equilíbrio entre os poderes político, jurídico e econômico e o indivíduo, de sorte a não transformar este em objeto nas mãos daquele, mas, sim, em sujeito de *direitos fundamentais* civis, políticos, econômicos, sociais, culturais, ecológicos a serem promovidos pela ordem jurídica nacional e internacional; (...) não massificação do sujeito, mediante o reconhecimento de sua individualidade e personalidade, de modo a sentir-se valorizado como *pessoa humana* e capaz de participar na construção da sociedade democrática (...)”.

As Constituições, com efeito, passaram a inserir em seus textos essas novas propostas tutelares de proteção ao consumidor, sendo este, sujeito reconhecidamente mais fragilizado nessa espécie de relação. E isso somente foi possível graças ao advento do Estado Democrático Social de Direito.² Já

e modernas de escravidão, as formas modernas e pós-modernas de colonialismo mercantil, industrial e tecnológico, e agora, a forma transmoderna de colonialismo virtual” (COELHO, LUÍZ FERNANDO. *Saudade do futuro*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2001. p. 30-31).

2. Sérgio Alves Gomes descreve o Estado Democrático de Direito como um *paradigma superador de outros que o antecederam historicamente (absolutista, liberal, social, socialista...)*. E enfatiza que esse modelo de organização social e política: “(...) incorpora em si direitos e valores que fazem dele um paradigma superior aos modelos que o antecederam. Superior no sentido de sua maior capacidade para compreender o ser humano e condição, ou seja, de interpretá-lo no conjunto de suas dimensões, potencialidades e possibilidades. Um Estado instituído pela sociedade a fim de se colocar a serviço da concretização de tais *potencialidades e possibilidades*. E, ao assim agir, vai ele também se aperfeiçoando enquanto modelo estatal elaborado à luz das finalidades que cada ser humano e a sociedade da qual participa almejam alcançar. Tais finalidades somente serão atingidas num espaço social em que Estado aí atuante esteja seriamente envolvido com os ideais democráticos. (...) Um Estado com tais características só seria possível constituir por meio de um Direito também comprometido com os

se cogita, inclusive, de um Direito Internacional do Consumidor. Segundo Claudia Lima Marques:

“Em verdade, o direito do consumidor tem uma vocação internacional, e em nenhum outro setor do direito privado os modelos e as inspirações estrangeiras e supranacionais estiveram tão presentes. Em teoria, o consumidor não pode ser prejudicado, ou seja, sob o plano da segurança, da qualidade, da garantia ou do acesso à justiça somente porque adquire produto ou utiliza serviço proveniente de um outro país ou fornecido por empresa com sede no exterior. (...) Houve enfim uma substancial mudança na estrutura do mercado, uma globalização também das relações privadas de consumo, que põe à luz as falhas do mercado e os limites da noção de “soberania” do consumidor no mercado atual. A sua posição é cada vez mais fraca ou vulnerável e o desequilíbrio das relações de consumo é intrínseco, necessitando efetiva tutela e positiva intervenção dos Estados e dos Organismos Internacionais legitimados para tal. (...) Na Europa, desde a década de 70, os doutrinadores propugnam a necessidade de um Direito Internacional Privado voltar-se para a proteção dos mais fracos, especialmente consumidores, incluindo novos elementos de conexão mais flexíveis e adaptados à tutela do vulnerável nestas situações privadas internacionais, antes à falência das ditas conexões “neutras” e rígidas, mais adaptáveis ao relacionamento entre iguais ou pelo menos entre profissionais, comerciantes.”³

A tutela do consumidor está indissociavelmente fundamentada no Estado Democrático Social de Direito, que promove o indivíduo em sua completude

valores da Democracia, daí denominar-se *Estado Democrático de Direito*. Um Estado a serviço do homem, para colaborar na promoção da dignidade do ente enquanto pessoa, garantindo eficácia aos direitos fundamentais” (GOMES, Sergio Alves. *Hermenêutica constitucional: um contributo à construção do estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 336).

3. MARQUES, Claudia Lima. A insuficiente proteção do direito do consumidor nas normas de direito internacional privado: da necessidade de uma convenção interamericana (Cidip) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo. In: _____; MIRAGEM, Bruno (orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*. São Paulo: Ed. RT, 2011. vol. 2, p. 1103. Nessa esteira, a relação de consumo pode ser identificada como uma espécie de relação econômico-jurídica, respaldada tanto pela ordem constitucional como pelo direito internacional. Concluindo o seu raciocínio, Claudia Lima Marques assevera: “A tendência é a elaboração de regras nacionais, muitas consideradas de ordem pública internacional, *lois de police* ou leis de aplicação imediata, assim como a aproximação e a harmonização das regras nacionais, que asseguram a proteção do consumidor, nos organismos internacionais dedicados à integração econômica, como a União Europeia (UE) e o Mercosul.” Idem, p. 1107.

valorativa, em sua dimensão mais humana, mais social, mais política, mais econômica, mais tecnológica e mais cultural.

Ao contrário de um Estado de Direito simplesmente normativista, a postura do legislador consumerista no Estado Democrático Social de Direito brasileiro foi a de adequar os conteúdos e valores sociais consubstanciados na legislação infraconstitucional ao substrato material dos valores do Texto Constitucional.⁴

O art. 5.º da CF/1988, que se constitui na declaração brasileira de direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos, determinou, em seu inc. XXXII, que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Foi um posicionamento decisivo, tanto do ponto de vista normativo, quanto político.⁵

Sérgio Cavalieri Filho, refletindo sobre as razões da inserção desse dispositivo na Constituição Federal do Brasil, questiona e, em seguida, responde:

“Qual é o sentido desse dispositivo constitucional e que conclusão dele podemos tirar? Não há nele uma simples recomendação ou advertência para o Estado, mas sim uma ordem. “O Estado promoverá a defesa do consumidor.” Promover a defesa do consumidor não é uma mera faculdade, mas sim um dever do Estado. Mais do que uma obrigação, é um imperativo constitucional. E se é um dever do Estado, por outro lado é uma garantia fundamental do consumidor. (...) Foi o constituinte originário, portanto, que instituiu um direito público geral a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país, para que Estado-legislador, o Estado-juiz e o Estado-executivo, na forma da lei, realizassem a defesa do consumidor. Em outras palavras, foi o constituinte originário que determinou a elaboração de uma lei para a defesa do consumidor, o que

4. Mas os referenciais normativos para a concreção da proteção outorgada pelo art. 5.º, XXXII, da CF/1988, não se exaurem apenas nos limites das leis nacionais. O art. 7.º da Lei 8.078/1990 abre um portal para conexões normativas inter e multidisciplinares que possibilitem a efetiva proteção do consumidor, ainda que não expressamente previstas em textos legislativos. De acordo com o referido dispositivo (Brasil, 2011): “Art. 7.º Os direitos previstos neste Código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.”
5. O legislador constituinte brasileiro inseriu a determinação do Estado de proteger o consumidor no núcleo intangível da Carta Maior; insculpiu uma norma princípio, e alicerçou solidamente o sistema de proteção do sujeito vulnerável na base estrutural da Constituição Federal de 1988, promovendo o próprio Estado como o seu primeiro e mais forte defensor.

evidência que o Código do Consumidor, diferentemente das leis ordinárias em geral, tem origem constitucional.⁶

Note-se o conteúdo ideológico garantista da norma matriz: *o Estado promoverá a defesa do consumidor*. Não há dúvida que a determinação da Constituição é cumprir as orientações das regras supranacionais de índole política, editadas pela Organização das Nações Unidas, em consonância com a sistematização tutelada que se constrói, paralelamente, em outros países de semelhante formação política.⁷ É a definitiva constituição da tutela das relações de consumo como um princípio fundamental do cidadão brasileiro.

Mas a Constituição Federal não cessou por aí. Determinou aos entes federados, e mais especificamente à União, aos Estados e ao Distrito Federal, que legislassem concorrentemente sobre a responsabilidade por danos causados ao consumidor, conforme previsto em seu art. 24, VIII.

Cuida-se de norma constitucional de índole marcadamente federativa, que atribui a todos os entes integrantes da Federação a responsabilidade de atuarem conjuntamente, e com incidência, no projeto constitucional de defesa do consumidor. É o comprometimento do Estado como um todo, em suas diferentes esferas políticas e legislativas, no desempenho da precípua função de proteção do consumidor, como princípio fundamental.

6. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 11.

7. Essa ordem ditada pela Constituição ao Estado, de proteger o consumidor, dá conta do reconhecimento implícito pela Constituição Federal de 1988 do atributo da vulnerabilidade do sujeito mais enfraquecido na relação jurídica. Comentando sobre o reconhecimento do atributo da vulnerabilidade como princípio fundamental regente das relações de consumo, João Batista de Almeida imputa a essa característica um elemento estrutural do sistema de tutela efetiva universalmente aceita, quando assevera que: "É a espinha dorsal da proteção ao consumidor, sobre a qual se assenta toda a linha filosófica do movimento. É indubitável que o consumidor é a parte mais fraca das relações de consumo; ele apresenta sinais de fragilidade e impotência diante do poder econômico. Há reconhecimento universal no que tange a essa vulnerabilidade. Nesse sentido já se manifestou a ONU e por esse enfoque o tema é tratado em todos os países ocidentais. No Brasil, a atual Constituição Federal reconhece claramente essa situação de hipossuficiência, ao declarar que o Estado promoverá a defesa do consumidor (art. 5.º, XXXII, da CF/1988), de um lado assumindo a postura de garantidor e, de outro, outorgando tutela legal a quem, adrede e filosoficamente, se reconhece carecedor de proteção. Nessa sorte de idéias, não há como questionar a inspiração central do movimento, sob pena de afastar-se da consciência universal, negando-se aquilo que é reconhecido por todos." (ALMEIDA, João Batista de. *Manual de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 34).

Por derradeiro, o art. 170, da CF/1988 quando dispõe sobre os princípios fundantes da ordem econômica brasileira, constituída sobre a égide da valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, prevê, mais uma vez, a defesa do consumidor. Isto significa dizer que, qualquer política econômica a ser adotada pelo Estado brasileiro, desde o plano macroeconômico internacional até as disposições infralegais de coordenação e execução de planos governamentais, devem considerar os reflexos na atividade de consumo de modo a não prejudicarem o consumidor. Aliás, a determinação do princípio constitucional é mais impositiva: a ordem econômica deve ser constituída levando em consideração a defesa do consumidor.

Eros Roberto Grau, comentando esse dispositivo constitucional, destaca três aspectos da defesa do consumidor, como princípio da ordem econômica, em uma reflexão crítica que serve de contraponto a uma leitura rasa e meramente descritiva, simplesmente apológica. Para o referido autor:

"O caráter constitucional conformador da ordem econômica, deste como dos demais princípios de que tenho cogitado, é inquestionável. (...) Três aspectos devem, no entanto, ser neste passo considerados. (...) Primeiro, o atinente ao fato de que, considerando categorias não ortodoxas de interesses – interesses difusos, interesses coletivos, interesses individuais homogêneos – a defesa do consumidor, tal qual outras proteções constitucionais, carrega em si a virtude capitalista de, ao institucionalizá-los, promover a atomização dos interesses do trabalho. Essa perversão, especialmente nas sociedades subdesenvolvidas, não pode ser ignorada. (...) O segundo aspecto, jungido ao primeiro, diz respeito ao conceito de consumidor. (...) Esse conceito, penso, há de ser esboçado a partir da verificação de que, adotando, os mercados, formas assimétricas, consumidor é, em regra, aquele que se encontra em uma *posição de debilidade e subordinação estrutural* em relação ao produtor do bem ou serviço de consumo. (...) O terceiro aspecto a referir respeita à não configuração das medidas voltadas à defesa do consumidor como meras expressões da *ordem pública*. A sua promoção há de ser lograda mediante a implementação de específica normatividade e de medidas dotadas de caráter interventivo. Por isso mesmo é que o caráter eminentemente conformador da ordem econômica, do princípio, é nitido."⁸

Esse tripé normativo constitucional que constitui a tutela do consumidor, isto é, o aspecto garantista e, ao mesmo tempo, federativo e econômico da

8. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 248-250.

proteção constitucional, impôs explicitamente o dever de uma legislação protetiva específica. Não há, pois, dúvida, de que a tutela das relações de consumo alcançou a máxima posição do ordenamento jurídico brasileiro, insculpida em diferentes pontos do Texto Constitucional, revela-se como um fundamento do indivíduo e da sociedade brasileira.

3. A CONCEPÇÃO SISTÊMICA (OU MICROSSISTÊMICA) DA TUTELA DO CONSUMIDOR

A relação de consumo é uma espécie de relação jurídica que conta com algumas especificidades. Apesar de ter a mesma estrutura de uma relação jurídica obrigacional de natureza civil – os elementos subjetivos (consumidor e fornecedor) e objetivos (produtos e serviços oferecidos no mercado de consumo) – os fatores sociais, políticos e econômicos que constituem a relação jurídica de consumo permitem estabelecer consideráveis distinções com as demais relações jurídicas de origem privada. A principal delas: a vulnerabilidade⁹ presumida do consumidor.

Trata-se de uma relação portadora de elementos que lhe outorgam identidade e tutelada por um conjunto valorativo próprio, uma composição norma-

9. Vulnerabilidade é o atributo jurídico que representa uma situação de desigualdade, de desequilíbrio entre as partes. Cristiano Heineck Schmitt assim dispõe sobre a noção de vulnerabilidade do consumidor no direito brasileiro: “A defesa do consumidor, no Brasil, trata-se de direito fundamental expresso na Constituição Federal, sendo nela igualmente apresentado como princípio conformador da ordem econômica, sendo um dos fundamentos do Estado e instrumento para constituir-se em uma sociedade livre, justa e solidária, que garanta o desenvolvimento nacional, que busque erradicar a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos, sem discriminação. O consumidor, por sua vez, é reconhecido como indivíduo ou entidade vulnerável no mercado de consumo, como denota o inc. I do art. 4.º do CDC. Considerando-se o fato de que a Constituição Federal de 1988 promove intensa reformulação no direito privado, ao conceber a ideia de criação de um diploma de proteção aos direitos do consumidor, reconhecemos que existe uma nova definição de igualdade no direito contratual, ou seja, uma igualdade dos desiguais, a qual somente será alcançada com intervenção estatal nas relações particulares, “assegurando direitos aos mais fracos, por exemplo, os consumidores, e impondo deveres para os mais fortes, como os fornecedores de produtos e serviços na sociedade de consumo ou no mercado brasileiro” (SCHMITT, Cristiano Heineck. A “hipervulnerabilidade” do consumidor idoso. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*. São Paulo: Ed. RT, 2011. vol. 2, p. 464-465).

tiva dogmática autônoma, dotada de identidade epistemológica, com atributos de interdisciplinaridade (caracterizado pelo diálogo com outros saberes, não jurídicos) e de multidisciplinaridade (ou seja, com conteúdo normativo de múltipla natureza jurídica).

Por vulnerabilidade presumida do consumidor entende-se a condição real, fenomênica, existencial de acentuada fragilidade ou considerável desequilíbrio em face do fornecedor, nas relações obrigacionais ou contratuais que os envolvem.

Enquanto o consumidor se revela um sujeito destituído do controle do processo produtivo e dos bens de produção, submetido ao poder e controle de um sistema econômico de fornecimento de bens e serviços no mercado, o fornecedor se mostra como o detentor absoluto da capacitação técnica, informativa, econômica e jurídica do fornecedor de produtos e serviços no mercado de consumo: enfim, o gestor desse sistema. Nesse sentido, José Geraldo Brito Filomeno comenta que:

“No âmbito da tutela especial do consumidor, efetivamente, é ele sem dúvida a parte mais fraca, vulnerável, se se tiver em conta que os detentores dos meios de produção é que detêm todo o controle do mercado, ou seja, sobre o que produzir, como produzir e para quem produzir, sem falar-se na fixação de suas margens de lucro.”¹⁰

Essa desigualdade fenomênica entre os sujeitos da relação jurídica pôs em cheque o tratamento igualitário previsto pelo direito privado formatado pelos códigos oitocentistas e novecentistas e estimulou o intervencionismo estatal no sentido de garantir uma tutela legislativa específica das relações de consumo.

Novas propostas legislativas surgiram a partir dessa constatação, modificando-se princípios orientadores das disciplinas jurídicas em geral (como exemplos: Direito Civil, Direito Administrativo, Direito Processual) para adequá-los à necessária efetividade da tutela diretiva constitucional do consumidor. Surgiu a ideia de “microsistematização” da tutela consumerista.

Em 11.09.1990, o projeto se concretizou, tendo sido promulgada a Lei 8.078/1990, conhecida como Código de Defesa do Consumidor (CDC). Aliás, a ementa da Lei Federal 8.078/1990 (que realça o objeto da espécie normativa) está assim registrada: *dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências*.¹¹

10. FILOMENO, José Geraldo Brito. Conflitos de consumo e juízo arbitral. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*. São Paulo: Ed. RT, 2011. vol. 6, p. 62.

11. O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, em seu art. 48, dispôs expressamente que “o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da

É muito didática a visão que João Batista de Almeida tem do Código de Defesa do Consumidor, quando, em sua obra *Manual de direito do consumidor* (2010) o segmenta em quatro campos distintos de tutelas: a tutela civil (arts. 8.º a 54); a tutela administrativa (arts. 55 a 60); a tutela penal (arts. 61 a 80) e a tutela processual (arts. 81 a 104).¹² Essa esquematização do referido autor permite uma visualização totalizante das disposições regentes nucleares da relação de consumo.

A primeira trata dos direitos e obrigações constituídos entre consumidor e fornecedor; a segunda, do exercício do poder de polícia do Estado e da aplicação das sanções administrativas por este, enquanto responsável pela manutenção da ordem; a terceira, da tipificação de condutas criminais e do exercício do *jus perseguendi*; e a quarta, do exercício da pretensão em juízo, com enfoque especial (mas não exclusivo) no processo coletivo.¹³

Todas essas dimensões disciplinares estão interconectadas pelos princípios fundamentais das relações de consumo, contidos exemplificativamente no art. 4.º, e que servem de eixo axiológico para a organização do que se convencionou chamar de microsistema jurídico de defesa do consumidor.

A propósito, e acerca dessa perspectiva microsistêmica da tutela das relações de consumo, enfatiza Filomeno quando analisa a Lei 8.078/1990:

"Pelo que se pode observar, por conseguinte, trata-se de uma lei de *cutis inter e multidisciplinar*, além de ter o caráter de um verdadeiro *microsistema jurídico*.

Ou seja, ao lado de princípios que lhe são próprios, no âmbito da chamada *ciência consumerista*, o Código brasileiro do Consumidor relaciona-se com outros ramos do Direito, ao mesmo tempo em que atualiza e dá nova roupagem a antigos institutos jurídicos.

Por outro lado, reveste-se de caráter multidisciplinar, eis que cuida de questões que se acham inseridas nos Direitos Constitucional, Civil, Penal, Processuais Civil e Penal, Administrativo, mas sempre tendo por pedra de toque a *vulnerabilidade do consumidor ante o fornecedor, e sua condição de destinatário final de produtos e serviços, ou desde que não visem a uso profissional*.¹⁴

Constituição, elaborará Código de Defesa do Consumidor". A ordem constitucional foi cumprida em parte. O Código foi promulgado, mas com atraso de aproximadamente dois anos.

12. ALMEIDA, João Batista de. Op. cit., p. 76

13. Idem, *ibidem*.

14. FILOMENO, José Geraldo Brito. Op. cit. 19.

Antes dessa variedade normativa multidisciplinar (considerada pela doutrina como um dos fatores da identificação do Código como um microsistema jurídico), o Estatuto Consumerista traz os conceitos dos elementos constituidores da relação jurídica de consumo, apresentando tanto a definição de consumidor quanto de fornecedor, de produtos e serviços. Mas, em seguida, inicia o seu projeto arquitetônico de uma tutela garantista específica ditando os princípios fundamentais que constituem a identidade da relação jurídica consumerista e enumerando os direitos básicos do consumidor.

Essa é uma tendência dos Estados que se organizam a partir de referenciais democráticos, e que buscam, por meio de um intervencionismo relativo e equilibrado, promover a equiparação material de relações jurídicas fenomenicamente desiguais. Para Sergio Alves Gomes:

"(...) Quanto mais democrático for o Estado, quanto mais efetividade buscar para as normas jurídicas que disciplinam a atuação do poder, delimitando e direcionando este para os *finis socialmente almejados*, quanto mais se preocupar com o atendimento das questões que afligem a sociedade como um todo, maior será o papel do juiz no processo, pois exercerá a *direção material* e não apenas formal deste e *participará ativamente* de sua instrução, sem ferir sua imparcialidade."¹⁵

De fato, a disparidade técnica, econômica, informativa e jurídica entre os sujeitos integrantes da relação jurídica de consumo é tamanha que o Código procurou arquitetar, dentro do que se convencionou denominar "microsistema jurídico consumerista ou microsistema jurídico do consumidor", um engenhoso subsistema de proteção jurisdicional ao consumidor como forma de proporcionar efetivo acesso à Justiça.

A proposta do Código, que em essência é um Estatuto, é a de armar os entes públicos e privados de mecanismos de controle, preventivos e repressivos, para a salvaguarda dos bens jurídicos protegidos pelo Código, como consectário da tutela do princípio fundamental inscrito no art. 5.º, XII, da CF/1988.

A questão que se propõe para debate, neste excerto, e que carece de uma reflexão mais acurada são as seguintes: a tutela penal das relações de consumo, como está prevista no CDC, com seus conceitos amplos e indeterminados, penas brandas e concessivas, tem sido, efetivamente, a resposta que a sociedade esperava no âmbito penal para as práticas abusivas no mercado de consumo? Há efetividade do *jus perseguendi* Estatal quando se está diante de verificação

15. GOMES, Sergio Alves. *Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 35.

das práticas típicas e antijurídicas previstas no Código de Defesa do Consumidor? Está-se diante de uma efetiva tutela protetiva de direitos fundamentais do consumidor, como projetado pelo Texto Constitucional, ou de uma tutela meramente formal e simbólica, inoperante e ineficiente?

Eis alguns questionamentos que são de suma importância no debate do presente tema.

4. BEM JURÍDICO-PENAL PROTEGIDO PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

De acordo com a posição majoritária na doutrina atual, a função primordial do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos¹⁶ que figurem como essenciais ao indivíduo e a toda sociedade.¹⁷ Corolário de um Estado democrático e social de Direito, o Direito Penal que representa a *ultima ratio*,¹⁸ não pode desviar deste seu desiderato maior de alcançar somente aquelas ações que lesem ou possam lesar bens jurídicos considerados penalmente relevantes.

Através de uma ordenação formalizada e que vincula subjetivamente os atos sociais, é que o Estado poderá direcionar seu convívio, elegendo quais são aqueles bens que são relevantes dentre tantos existentes. É na construção de um ordenamento jurídico por meio de toda a sua estrutura (fontes do direito, princípios de direito, leis, costumes, etc.),¹⁹ que se agasalha o intento normativo de regular determinadas ações que podem culminar em uma pretensão resistida por conta de um direito lesado.

16. Construindo um conceito acerca do que se deve entender por bem jurídico, ensina Luiz Regis Prado que: "O bem jurídico vem a ser um ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem e, por isso, jurídico-penalmente protegido. E segundo a concepção aqui acolhida, deve estar sempre em compasso com o quadro axiológico (Wertbild) vazado na Constituição e com o princípio do Estado Democrático e Social de Direito" (PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 315).

17. Cf. PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 70. Nesse sentido: CEREZO MIR, Op. cit., p. 25 e ss.; LUIZ, Luisi. Op. cit., p. 168; BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 6. Vale citar que a referida tutela deverá estar sob a égide dos princípios fundamentais da legalidade, da personalidade e da individualização da pena, da humanidade, da culpabilidade da intervenção mínima e da insignificância.

18. LUIZ, Luisi. Op. cit., p. 175.

19. Cf. BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 23-25.

Para cumprir tal desiderato, há que se debruçar na construção de toda estrutura jurídica.²⁰ Certo de que várias situações podem influenciar a diretiva estatal, não há como quebrar o presente paradigma regulador da vida social,²¹ principalmente no que tem relação à tutela jurídico-penal na sua exclusiva proteção de bens jurídicos,²² sob pena de descurar a própria essência do Estado em que se vive.

Nesse sentido, é certo que "ao direito penal corresponde a exclusiva tarefa de proteger os bens jurídicos, isto é, os valores e interesses fundamentais pertencentes ao indivíduo e à comunidade, frente às condutas que lesionem ou ponham em perigo, sempre que impliquem ao mesmo tempo

20. Descrevendo as iniciais tentativas de regulamentação da vida em sociedade, Gerson de Britto Mello Bosen ensina: "as primeiras manifestações normativas da ideia de Direito tomam a forma de princípios, muitas vezes com conteúdos éticos comuns à moral e à religião, sobretudo enquanto haja na vida social a predominância mais forte da cosmovisão religiosa. Somente à medida que, ao longo das diversas culturas que se sucedem vai crescendo entre os povos a influência da cosmovisão filosófica, técnico-científica, os valores desligados das coisas do céu promovem uma dinâmica social complexa, com uma correspondente resposta da ideia do Direito que, sem o abandono dos princípios gerais, mas desdobrando-os, individualizando-os em detalhes normativos, se apresenta através desses temas cada vez mais densos, estruturando instituições que quanto mais se desenvolve a cultura, mas se transformam, ou se renovam ou se multiplicam" (BOSEN, Gerson de Britto Mello. Op. cit., p. 160).

21. Paulo Dourado de Gusmão aduz que: "considerando-se, como consideramos, ser a ordem, paz social e a segurança os objetivos imediatos do direito, e admitindo-se depender da justiça a validade e a legitimidade da ordem jurídica, a solução correta desse dilema encontra-se no equilíbrio desses valores, equilíbrio precário, estabelecido pelo legislador atuante ou pelo juiz de larga visão. Partindo desse entendimento, definimos deontologicamente, o direito, como: a realização da segurança com o mínimo sacrifício da justiça" (GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 78).

22. Neste sentido: PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 168-170. Partindo da premissa de que a função do Direito Penal reside na proteção de bens jurídicos, e o direito de punir do Estado resta limitado a uma ação que atente contra esse bem, Luiz Flávio Gomes afirma que: "como não poderia ser de outra forma, revela o núcleo essencial do denominado princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos que, ao lado de tantos outros princípios fundamentais, (...) tem (também) a função de delimitar o *ius puniendi* estatal" (GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal: normas penais primárias e secundárias, normas valorativas e imperativas, introdução ao princípio da ofensividade, lineamentos da teoria constitucional do fato punível, teoria do bem jurídico-penal, o bem jurídico protegido nas falsidades documentais*. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 51).

uma infração grave das normas ético-sociais vigentes na sociedade em um momento histórico".²³

Segundo seu caráter fragmentário, o Direito Penal só pode intervir quando se trate de tutelar bens e contra ofensas intoleráveis, o que justificaria a imposição da medida extrema da pena e seus maléficis efeitos.²⁴

São no texto constitucional que poderão ser encontrados, não de maneira estanque, os bens que representam os valores fundamentais existentes na sociedade e que podem ser organizados de maneira hierárquica, servindo como norteador do legislador infraconstitucional.²⁵

A Constituição figura como uma base indicativa na eleição desses bens, de maneira que nada impede que outros bens que cumpram os requisitos necessários possam ser considerados como de relevância jurídica e também, mercedores da tutela penal, de modo que sejam elevados à categoria de juridico-penalmente relevante.

Ancorado na Constituição, o legislador ordinário deve construir uma estrutura jurídico-penal, com fulcro no princípio da intervenção mínima,²⁶ para que possam ser protegidos apenas os bens considerados essenciais ao indivíduo e à sociedade, sob pena de, por não filtrar quais são os reais bens jurídicos dignos da proteção penal, culminar em uma hipertrofia legislativa, como atualmente se percebe, e conduzir o sistema juridico-penal a cair em descrédito perante a sociedade.²⁷

Deve-se ressaltar que o legislador constitucional guardou lugar especial para as ordens econômica e financeira na Lei Maior. Restou cristalino, portanto, a importância do bom andamento desses sistemas para toda a sociedade, tendo em vista a grande influência por eles exercida.

23. CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español*. Parte general I. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1996. p. 13-15.

24. TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. *RBCCrim* 0/81.

25. Cf. PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e o direito penal*. Trad. Gerson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1989. p. 84-92.

26. Cf. PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 171-172. Nesse sentido: LUISI, Luz. Op. cit., p. 39; PINTO, Emerson de Lima. *A criminalidade econômico-tributária: a (des)ordem da lei e a lei da (des)ordem: por uma (re)legitimação do direito penal do estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 54.

27. Cf. CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2 ed. rev. da tradução. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 216. Nesse sentido: GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. *O direito penal na era da globalização: hipertrofia irracional (caos normativo)*. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 39-54.

Feitas essas considerações iniciais, há que se buscar a delimitação do objeto desse estudo, através da análise panorâmica das condutas delitivas descritas no Código de Defesa do Consumidor, e a reflexão acerca das relações de consumo como um bem que deve, necessariamente, receber a proteção jurídica, como acima descrita.²⁸ Nesta senda é que se parte da própria Constituição, pois é no Texto Constitucional que estarão inseridos aqueles bens dignos da tutela penal.²⁹

Para tanto, há que se deixar cristalino que "a ideia de consumo, de consumidor, é de origem econômica. Diverso da produção e da distribuição, o consumo é o último estágio do processo econômico. E a relação de consumo vem a ser nada mais que a relação jurídica estabelecida entre fornecedor e consumidor, na contratação de produtos e serviços".³⁰

Assim, as relações de consumo se mostram juridico-penalmente relevantes, corroborando o intento do legislador em criminalizar algumas condutas, visando a proteção da parte menos favorecida da relação,³¹ partir da perspectiva de vulnerabilidade já mencionada.

Vale citar os ensinamentos de Eduardo Reale Ferrari, para quem:

28. Neste sentido, "O consumidor é a parte mais vulnerável nas relações de consumo. Enquanto o fornecedor é um profissional do produto ou serviço oferecido e exerce com habitualidade sua atividade, o consumidor geralmente não conhece a fundo as características da mercadoria e condições do negócio oferecido. Sem contar a desvantagem econômica em que normalmente se encontra ante o fornecedor". (BEDNARSKI, José Luiz. *Consumidor – Lei 8.078, 11.09.1990*. In: GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches (coords.). *Legislação criminal especial*. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 13).

29. Cf. PRADO, Luiz Regis. *Bem juridico-penal e Constituição*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 110. Sendo que "O constituinte reconheceu a vulnerabilidade do consumidor no mercado e determinou sua proteção como garantia fundamental a ser prestada pelo Estado (art. 5.º, XXXII, da CF/1988). A defesa do consumidor é uma necessidade que transcende interesses individuais. É, na verdade, um imperativo para o bom funcionamento da economia. O consumidor hoje lesado é potencialmente uma perda para o mercado de amanhã. É grande o risco de se tornar um agente econômico retraído e refratário a novos negócios. Por isso, a defesa do consumidor é um dos princípios da ordem econômica (art. 170, V, da CF/1988)" (BEDNARSKI, José Luiz, Op. cit., p. 13).

30. PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais, crime organizado*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 85

31. Quanto à necessidade de criminalização ou descriminalização das condutas constantes no Código de Defesa do Consumidor, tem-se tópico específico à frente que será abordado.

“O objeto de tutela figura-se, assim, destinado a um número determinado de pessoas – denominados consumidores –, que no caso da relação de consumo constitui obrigatoriamente o destinatário final do produto ou do serviço prestado, representando ser essa a razão essencial de distinção entre os bens jurídicos denominados de coletivos e os chamados difusos ou metaindividuais que não possuem categorização de tutela às vítimas.”³²

Nessa mesma trilha, tem-se que “a objetividade jurídica constitui a relação de consumo como objeto principal, figurando como seu bem secundário a proteção ao patrimônio, à vida, à integridade física, que compõe a objetividade jurídica secundária”.³³ Ou seja, há que se reconhecer que o bem jurídico-penal a ser protegido diretamente são as relações de consumo, sendo que através de cada conduta tipificada, poder-se-á identificar outros bens jurídico-penais que são atingidos indiretamente.

Genericamente, a metodologia adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, quando cuidou da tipificação das condutas delitivas, foi a seguinte: cada tipo descreve uma conduta que se constitui, em verdade, na violação de um dever previsto no âmbito da tutela de natureza civil.

Assim, por exemplo, o art. 63 do CDC, que inaugura as previsões delitivas, assinala como conduta típica “Omitir dizeres ou sinais ostensivos sobre a nocividade ou periculosidade de produtos, nas embalagens, nos invólucros, recipientes ou publicidade: Pena – detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e multa”.

32. FERRARI, Eduardo Reale. Direito penal do consumidor e Constituição Federal brasileira. *RCP* 1/276. Para uma melhor compreensão da classificação do bem jurídico penal supraindividual, claras são as palavras de Luiz Regis Prado: “Segundo a diretiva aqui veiculada, opta-se por classificá-los em: a) *bens jurídicos institucionais* (públicos ou estatais) nos quais a tutela supraindividual aparece intermediada por uma pessoa jurídica de direito público (v.g. administração pública, administração da justiça); b) *bens jurídicos coletivos* que afetam um número mais ou menos determinável de pessoas (v.g. saúde pública, relação de consumo); e c) *bens jurídicos difusos* que têm caráter plural, indeterminado e dizem respeito à coletividade como um todo (v.g. ambiente, patrimônio cultural). Mas tanto os bens jurídicos coletivos como os difusos têm como ligação ou referência o indivíduo, por menos que seja (aspecto complementar), que se apresenta mais intensa, menos tênue (bens coletivos), ou menos intensa, mais tênue (bens difusos), dependendo do nível dessa ligação (relação de proximidade). Na verdade, o que fica aqui sufragado é o que o indivíduo como pessoa, o cidadão, deve ser sempre o destinatário maior de toda norma jurídica, há de ser referência última em qualquer bem jurídico” (PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.*, p. 116).

33. FERRARI, Eduardo Reale. *Op. cit.*, p. 276.

Este tipo penal retrata uma tutela punitiva de índole penal em face do fornecedor que viola o dever previsto no art. 9.º, do CDC, a saber: “O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto”.

Ou seja, o art. 63 tutela o direito à vida, saúde e segurança do consumidor impondo um dever do fornecedor bem informar o mercado de consumo acerca da nocividade e periculosidade de produtos e serviços que estão sendo disponibilizados no mercado de consumo e, ao mesmo tempo, criando a tutela penal para o caso de inobservância desse cuidado. O bem jurídico, penalmente tutelado, é, com efeito, a vida a saúde e a segurança do consumidor, um direito básico do consumidor previsto no art. 6.º, I, do CDC.

Essa metodologia se repete em relação aos demais tipos previstos do Código de Defesa do Consumidor (arts. 64 a 74). Ora a vida, saúde e segurança (arts. 63 a 65, e o art. 68); ora a boa-fé objetiva (arts. 66 e 67); ora o direito à informação (art. 69 a 74), há sempre um dispositivo de caráter penal tutelando um bem jurídico específico, anteriormente regulamentado pelas regras de natureza civil.

Após identificar o bem jurídico protegido através das condutas exigidas dos fornecedores, ao longo do Código de Defesa do Consumidor, e de criar tipos específicos para a salvaguarda desses bens, a tutela penal impõe a conduta incriminadora (tipo de injusto culpável) e uma consequência jurídica (sanção penal) como forma de “fortalecer” o sistema (ou microsistema) de proteção ao consumidor.

Nesse sentido, a tutela penal acaba, em tese e formalmente, cumprindo o papel a que se propõe, mas de fato o que se verifica é inefetividade desse modelo no âmbito do microsistema consumerista.

Pode-se apontar, com segurança, que o Código de Defesa do Consumidor introduziu um novo paradigma de tutela de interesses no âmbito da responsabilidade civil (arts. 12 a 27), da desconsideração da personalidade jurídica (art. 28), da teoria contratual (arts. 29 a 35 e arts. 45 a 54), do atuar sancionatório administrativo (arts. 55 a 59), do processo civil (arts. 81 a 104), mas não vem cumprindo o seu papel no que tange à efetivação de direitos e garantias individuais e coletivas no âmbito da esfera penal.

No Código de Defesa do Consumidor impera a inefetividade da tutela penal, em um verdadeiro descompasso legislativo entre as disposições de natureza criminal e as demais regras, sejam de índole civil, administrativa ou pro-

cessual. A tutela penal das relações de consumo se constitui uma “involução”, se comparada à aguda transformação que as demais disciplinas jurídicas do Estatuto promoveram desde a sua promulgação, a dizer: é o sepulcro caído da efetivação de direitos e garantias fundamentais do consumidor no âmbito do microsistema jurídico instituído.

Nesse cenário, faz-se imperioso o enfrentamento do referido modelo criminalizador, a fim de instigar a reflexão no que diz respeito à efetiva necessidade de uma seara penal específica para a proteção desses bens jurídicos, assim como a forma de se efetivar esta referida proteção.

5. TUTELA PENAL DAS RELAÇÕES DE CONSUMO: ANÁLISE CRÍTICA

Não são raras as críticas despendidas a um processo que hodiernamente se identifica na sociedade contemporânea, representado por um desiderato criminalizador (expansão do Direito Penal), que se encontra diretamente ligado à complexidade da atual sociedade, bem como, a busca desenfreada por criar mecanismos de proteção a determinados bens jurídicos.

Essa busca por proteção acaba afrontando um almejado Direito Penal mínimo, abrindo caminho para “a tipificação de novas condutas, e pelo aumento do número de normas penais incriminadoras”.³⁴

Nessa esteira é que se busca apresentar algumas das críticas que são direcionadas à estrutura criminalizadora de algumas condutas existentes no Código de Defesa do Consumidor e que serão feitas partindo de duas premissas: a) a utilização de um microsistema como o Código de Defesa do Consumidor para criminalizar condutas; e b) os tipos penais nesse diploma legal.

Longe de buscar esgotar este tema, tem-se principalmente a intenção de instigar a reflexão acerca da problemática que gira em torno da banalização do Direito Penal, uma vez que este ramo do ordenamento jurídico acaba por ser utilizado como a ferramenta jurídica no combate à criminalidade relativa às relações de consumo e que, por muitas vezes, as condutas elencadas encontrariam maior efetividade da resposta estatal em outras áreas como a civil e administrativa.

Primeiramente, há que se fazer referência ao Código de Defesa do Consumidor concebido como um microsistema, como restou cristalino nas páginas iniciais do presente trabalho. Alguns reflexos desta estruturação normativa po-

34. MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. A tutela penal das relações de consumo e o art. 278 do Código Penal. RCP 2/130.

dem ser apontados e servem de base para a reflexão acerca do presente tema. Há um manifesto (e talvez intransponível) embate entre a ideia de microsistema jurídico e o próprio Direito Penal, como ciência jurídica, pois aquele, com a sua autonomia e diretivas próprias, acaba por desconsiderar os pilares que sustentam um Direito Penal fundado em uma principiologia de criminalização totalmente distintas, e que se apresentam como garantias infranqueáveis que sustentam um Estado Democrático Social de Direito.

Noutro norte, tem-se que a utilização de um microsistema para construção de condutas delitivas acaba por mesclar interesses diversos e que, não necessariamente, seriam relegados ao Direito Penal como uma forma eficaz de tutela. Ora, a relativização principiológica criada pelo Código de Defesa do Consumidor para flexibilizar os paradigmas de Direito Civil, de Direito Administrativo, não podem ser concebidas no âmbito do Direito Penal, pois atingirão diretamente os princípios fundamentais intangíveis do sistema constitucional.

Neste sentido, Sebastian Borges de Albuquerque Mello anota que:

“A falta de apuro técnico e de noção sistemática acarreta inúmeras dificuldades interpretativas, resvalando em inconstitucionalidades, antinomias, concursos de crimes e de normas cuja resolução requer, amiúde, malabarismos hermenêuticos para compatibilizar os inúmeros tipos penais com os princípios e regras gerais do Código Penal, bem como adequá-los aos tipos penais similares preexistentes no ordenamento jurídico.”³⁵

35. Idem, p. 132. Continua o autor afirmando que “As superposições e as incompatibilidades terminam por ser inevitáveis, posto que, ao introduzir novos tipos penais, uma lei nova pode adotar uma das seguintes opções: a) incriminar uma conduta que constitui indiferente penal; b) dar nova roupagem a uma conduta que já era aferida como crime, revogando tipo penal preexistente; c) incriminar uma conduta já prevista em tipos penais preexistentes, mas com características especiais que representarão um *minus* ou um *plus* de incriminação em relação ao crime anterior (estas seriam, em sentido estrito, as únicas normas que poderiam ser chamadas de especiais); ou d) incriminar uma conduta que constitui ato preparatório, executório ou exaurimento de um crime já previsto em tipos penais preexistentes, transformando, p. ex., crimes materiais em formais, crimes de dano em crimes de perigo. Vê-se, portanto, que, salvo em alguns casos de *novatio legis* incriminadora, será preciso sempre levar em consideração o que dispõem os tipos penais preexistentes que regulam condutas idênticas ou similares, com vistas a saber se o novo tipo penal revogará o anterior, ou estabelecer-se-á, entre eles, um concurso de crimes ou concurso aparente de normas. A falta desse juízo sistemático prévio é responsável por grande parte da confusão legislativa que assola o país”.

Ou seja, como se não bastassem todos os entraves da complexidade da matéria a ser normatizada na seara penal (relação de consumo), muitas outras questões de ordem técnico-jurídica surgem.³⁶

Restando clara a problemática aventada acerca da utilização do microsistema (Código de Defesa do Consumidor) como acima citado, é nas condutas especificamente que podem ser identificados os grandes problemas da criminalização realizada, pois completamente em desarmonia com a infranqueável principiologia do Direito Penal, fundado em direito e garantias, que há muito tempo vêm sendo solidificadas a duros embates, seja no campo doutrinário, legislativo, jurisprudencial e até mesmo na práxis.

De acordo com Luiz Regis Prado:

"Para logo, fica assentado em matéria penal o caráter altamente criminalizador da Lei nº 8.078/1990, visto que erige à categoria de delito uma grande quantidade de comportamentos que, a rigor, não deveriam passar de meras infrações administrativas, em total dissonância com os princípios penais da intervenção mínima e da insignificância (v.g., arts. 71, 72 e 74, da Lei 8.078/1990)".³⁷

Na mesma trilha, Eduardo Reale Ferrari aduz que:

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

Não obstante a necessidade de utilização de crimes de perigo abstrato, o que se percebe é que as relações de consumo encontrariam maior proteção em outras vias jurídicas, como a administrativa, seja pela má técnica legislativo-penal e desrespeito a diversos postulados como já citado, seja pela maior eficácia de outros ramos que não ostentem o simbolismo a que foi relegado o Direito Penal.

36. *Idem*, p. 133.

37. PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico...* cit., p. 85. Ressaltando também o autor que "O legislador, na elaboração do Código de Defesa do Consumidor, foi pródigo em utilizar conceitos amplos e indeterminados – muitas vezes eivados de impropriedades técnicas, linguísticas e lógicas (v.g. arts. 65, 67 e 68)".

Esses exageros ocorrem porque há um nítido conflito entre as necessidades de uma legislação que visa proteger o consumidor, como parte vulnerável da relação de consumo, e o Direito Penal, historicamente construído, como um ramo que limita e regula o poder punitivo do Estado através de garantias e direitos fundamentais do cidadão acusado. Enquanto um visa coibir os abusos do fornecedor de produtos e serviços, outro visa evitar abusos e arbitrios do poder estatal. Evidentemente, não são ditos princípios incompatíveis entre si. O que não pode ocorrer, porém, é que, em nome da vulnerabilidade do consumidor, proceda-se, como aduz Sebastian Borges de Albuquerque Mello, a uma "caça às bruxas", sem atentar para os limites do poder punitivo estatal assegurado pelos princípios penais.³⁸

Desta feita, enquanto entraves, como os acima citados, diga-se de forma perfunctória, ainda persistirem quando do desenvolvimento da atuação jurídica, visando a proteção das relações de consumo, encontrar-se-á, como conseqüência lógica de uma má utilização das ferramentas jurídicas existentes, um terreno fértil para o descompasso, ineficácia de setores (diversas áreas que podem regulamentar a seara consumerista) que deveriam estar harmonizados para proteção de um ideal comum a todos, que seria a efetiva proteção das relações de consumo.

6. CONCLUSÃO

Como restou cristalino ao longo deste trabalho, faz-se necessária uma eficaz tutela jurídica das relações de consumo, uma vez que se apresenta como direito fundamental, base de um Estado Democrático Social de Direito, que promove o indivíduo em sua completude valorativa, em sua dimensão mais humana, bem como tudo aquilo que o circunda para um pleno exercício de cidadania e vida digna (questões sociais, políticas, econômicas, tecnológicas, culturais etc.).

Vale ressaltar que um dos mecanismos existentes para a regulamentação das relações de consumo é o Código de Defesa do Consumidor, que se apresenta como um microsistema jurídico de proteção, tendo em vista a sua autonomia e estrutura principiológica própria.

Neste compasso, a relação de consumo considerada como direito fundamental do cidadão, foi guindada à categoria de bem juridicamente relevante, sendo que, dentre todas as formas de proteção existentes na seara jurídica, há

38. MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. *Op. cit.*, p. 133.

que se reconhecer a sua relevância dentro do contexto econômico, de maneira a considerá-la jurídico-penalmente relevante, sendo assim, um bem jurídico digno da tutela penal.

No entanto, reconhecida importância não permite que o legislador aja em desarmonia com o próprio cenário jurídico existente o qual está vinculado às perspectivas protetivas do consumidor e aos direitos e garantias fundamentais de todo cidadão. Motivo este que é defeso na criação das leis, utilizarem-se de ferramentas jurídicas existentes de proteção (tutela penal) de maneira indiscriminada, longe de uma técnica legislativa respeitadora de toda a principiologia que norteia a sua construção, ou seja, não se pode utilizar a tutela penal como mecanismo meramente simbólico, querendo transpassar, através de sua severidade, com a possibilidade de aplicação da sua consequência jurídica (sanção penal), uma ideia de eficácia na proteção do bem jurídico relações de consumo.

Desta feita, o presente trabalho busca instigar a reflexão por parte da comunidade jurídica no que tange essa utilização do Direito Penal na proteção das relações de consumo, quando outras searas jurídicas poderiam perfeitamente ser instadas a protegê-la, naquilo que fosse necessário, e alcançando maior eficácia na práxis, diferentemente do modelo atual que, longe disso, não cumpre com tal desiderato.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, João Batista de. *Manual de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BEDNARSKI, José Luiz. Consumidor – Lei 8.078, 11.09.1990. In: GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches (coords.). *Legislação criminal especial*. São Paulo: Ed. RT, 2009.
- BENJAMIN, Antonio Herman V. *Reforma do CDC focará mercado de crédito, superendividamento e reforço dos Procons*. Notícia veiculada na página oficial do STJ, em 02.12.2010. Disponível em: [www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=100069]. Acesso em: 19.03.2012.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 11. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. vol. 1.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 2. ed. rev. Bauru: Edipro, 2003.
- BOSON, Gerson de Brito Mello. *Filosofia do direito: interpretação antropológica*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008.
- CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español. Parte general I*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1996.
- _____. *Derecho penal: parte general*. São Paulo: Ed. RT, Lima, PE: ARA Ed., 2007.
- CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2 ed. rev. da tradução. São Paulo: Ed. RT, 2002.
- COELHO, Luiz Fernando. *Saudade do futuro*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2001.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. Conflitos de consumo e juízo arbitral. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *Doutrinas Essenciais do Direito do Consumidor*. São Paulo: Ed. RT, 2011. vol. 6.
- FERRARI, Eduardo Reale. Direito penal do consumidor e Constituição Federal brasileira. *Revista de Ciências Penais*. vol. 1. p. 276. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2004.
- FONSECA, Antonio Cezar Lima da Fonseca. Das penas na lei penal do consumidor: arts. 77 e 78 do CDC. In: MARQUES, Claudia Lima, MIRAGEM, Bruno (orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*. São Paulo: Ed. RT, 2011. vol. 2.
- GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal: normas penais primárias e secundárias, normas valorativas e imperativas, introdução ao princípio da ofensividade, lineamentos da teoria constitucional do fato punível, teoria do bem jurídico-penal, o bem jurídico protegido nas falsidades documentais*. São Paulo: Ed. RT, 2002.
- _____; BIANCHINI, Alice. *O direito penal na era da globalização: hipertrofia irracional (caos normativo)*. São Paulo: Ed. RT, 2002.
- GOMES, Sérgio Alves. *Hermenêutica constitucional: um contributo à construção do estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2008.
- _____. *Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- LUIZ, Luisi. *Princípios constitucionais penais*. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2003.
- MARQUES, Claudia Lima. A insuficiente proteção do direito do consumidor nas normas de direito internacional privado: da necessidade de uma convenção interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo. In: _____. MIRAGEM, Bruno (orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*. São Paulo: Ed. RT, 2011. vol. 2.
- _____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. *Biblioteca de Direito do Consumidor*. São Paulo: Ed. RT, 1992.

MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. A tutela penal das relações de consumo e o art. 278 do Código Penal. *Revista de Ciências Penais*. vol. 2. p. 130. São Paulo: Ed. RT, jan.-jul. 2005.

PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e o direito penal*. Trad. Gerson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1989.

PINTO, Emerson de Lima. *A criminalidade econômico-tributária: a (des)ordem da lei e a lei da (des)ordem: por uma (re)legitimação do direito penal do Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2011.

_____. *Curso de direito penal brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

_____. *Direito penal econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais, crime organizado*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2011.

SCHMITT, Cristiano Heineck. A "hipervulnerabilidade" do consumidor idoso. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*. São Paulo: Ed. RT, 2011. vol. 2.

TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. vol. 0. p. 75. São Paulo: Ed. RT, 2004.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Crimes de consumo no Código de Defesa do Consumidor, de Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin – RDC/3/88;
- Aspectos penais da proteção ao consumidor, de Alberto Zacharias Toron – RT/671/289;
- Código de Defesa do Consumidor: lesividade e fragmentariedade penal?, de Ricardo Alves Bento – RIASP/24/241; e
- Nova visão da natureza dos crimes contra as relações de consumo, de Damásio de Jesus – RT/696/303.

Veja também Jurisprudência

- Aplicação da causa especial de aumento de pena prevista no art. 12, III, da Lei 8.137/1990 por crime praticado contra as relações de consumo: JRP/2006/1902. Disponível em: [www.revistadostribunais.com.br];
- Necessidade de comprovação de impropriedade de mercadoria para o consumo, para restar materializado o delito por venda, depósito ou exposição à venda de mercadoria

imprópria para o consumo. Inteligência do art. 7.º, IX, da Lei 8.137/1990: JRP/2010/10064. Disponível em: [www.revistadostribunais.com.br]; e

- De crime contra as relações de consumo por fabricação e manutenção, em desacordo com as normas regulamentadoras, de vinho em depósito causando risco à saúde do consumidor de forma evidente. Inteligência do art. 7.º, IX, da Lei 8.137/1990: JRP/2011/1956. Disponível em: [www.revistadostribunais.com.br].

Veja também Legislação

- Crimes contra as relações de consumo: art. 7.º da Lei 8.137/1990.