

# **IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

## **DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I**

**JOSÉ FERNANDO VIDAL DE SOUZA**

**MARCOS LEITE GARCIA**

**LUCAS GONÇALVES DA SILVA**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria - CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

**Diretora Executiva** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

**Vice-presidente Sudeste** - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

**Representante Discente:** Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

#### **Secretarias**

##### **Relações Institucionais:**

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

##### **Comunicação:**

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

##### **Relações Internacionais para o Continente Americano:**

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

##### **Relações Internacionais para os demais Continentes:**

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

##### **Eventos:**

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

**Membro Nato** - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

---

D597

Direitos e garantias fundamentais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: José Fernando Vidal De Souza; Lucas Gonçalves da Silva; Marcos Leite Garcia – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-403-7

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos. 3. Garantias fundamentais. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



## **IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

### **DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I**

---

#### **Apresentação**

O IV Encontro Virtual do CONPEDI sob o tema “Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities”, promoveu a quarta edição dentro das inovações criadas pela diretoria, para realização por meio digitais com a divisão dos já tradicionais Anais do Evento com seus Grupos de Trabalho.

No presente GT encontram-se as pesquisas desenvolvidas em vários Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, com artigos selecionados por meio de avaliação por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na divulgação do conhecimento e formação do estado da arte na área dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Valorosas contribuições teóricas e relevantes inserções na realidade brasileira emanam da reflexão trazida pelos professores, mestres, doutores e acadêmicos de todo o Brasil. Os artigos mostram um pouco da temática, “Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities”.

Temas sensíveis, foram apresentados, por meio de artigos, resultado de pesquisas e abordagens relevantes ao conhecimento científico que propuseram reflexões sobre aspectos da Dignidade Humana de setores sociais marginalizados, cuja vulnerabilidade se potencializou em face da pandemia de Covid-19, como por exemplo: catadores de material reciclado; pessoas idosas; pessoas com deficiência, para além dos imigrantes que aportaram no Brasil nesse período.

Os trabalhos também tocaram a importância das políticas públicas para a proteção das crianças e adolescentes em face das desigualdades sociais, agravadas em razão da pandemia, onde foram considerados os impactos da interseccionalidade racial, étnica e de gênero. Nesse contexto foram abordadas inclusive as vulnerabilidades específicas das filhas e filhos de imigrantes e refugiados nesse período.

Os artigos apresentados trataram de temas, que nesse momento de pandemia ganharam especial relevância, tais como: Liberdade de Expressão e seus possíveis limites e o Direito ao Esquecimento, cuja utilização equivocada pode ocasionar violência à dignidade pessoal ou

coletiva. Em contexto de violência também a violência contra mulher foi objeto de discussão nesses artigos apresentados, demonstrando o seu aumento no espaço doméstico, nesse período de confinamento.

Ressaltamos, com igual relevância os trabalhos que discutiram o papel do Estado Democrático de Direito em face da eficácia material dos Direitos Fundamentais, quer flexibilizando patentes em tempos de pandemia, quer atuando para garantir o Direito Fundamental à Saúde, inclusive considerando os transtornos mentais que emergiram com força nesse período. Também foram colocados em discussão os limites do ativismo judicial.

Desta forma, o primeiro artigo de Érico Antonio Pereira Santos, Letícia Abati Zanotto e Marcos Leite Garcia, intitulado “Ascensão dos governos autocratas de extrema direita e a ameaça ao Direito Fundamental à Governança” trata de investigar as consequências da ascensão dos governos autocratas na governança e o advento dos governos autocratas de extrema direita que agem para minar o ideal de governanças nos Estados, mitigando os direitos fundamentais, os direitos humanos e a transparência e informação.

Depois, Renata Apolinário de Castro Lima, Roberta Maciel Campolina e Roberto Apolinário de Castro apresentam o “O direito de punir do Estado e as violações às garantias fundamentais dos presidiários no sistema carcerário brasileiro”, cujo tema-problema trata da violação dos direitos dos presidiários inseridos no sistema carcerário brasileiro e a inação estatal, buscando medidas eficazes de ressocialização destes e a não violação ou o mínimo cerceamento possível de seus direitos fundamentais, a partir da leitura da Lei de Execuções Penais.

Em seguida, Ana Paula Penha Aragão, Cassius Guimaraes Chai e Amanda Cristina de Aquino Costa em “A batalha moral e a guerra de hostilidades virtuais: o limiar entre discurso de ódio e liberdade de expressão em perspectiva comparada Brasil, Inglaterra e Alemanha” discutem os limites entre o exercício da liberdade de expressão e o discurso de ódio no espaço virtual, por meio da análise da legislação e jurisprudência brasileira em perspectiva comparada aos instrumentos existentes na Inglaterra e na Alemanha, com a finalidade de inibir e combater o discurso de ódio no ambiente virtual.

Ato contínuo, Ricardo Alexandre Costa e Angela Everling no artigo denominado “Esfera pública, acesso democrático ao mundo do trabalho e gênero: desafios ainda atuais” enfatizam as teorias de gênero e sua relação com o poder (patriarcado) na busca pelo acesso

democrático à esfera pública, especialmente ao mundo do trabalho, pela promoção da igualdade, na busca das mudanças necessárias para garantia de acesso democrático e equidade.

No quinto artigo nominado “Análise público-privada da Lei da Liberdade Econômica e seus princípios contratuais garantistas: estudo sobre a intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual”, Arthur Bridges Venturini e Sérgio Henriques Zandona Freitas tratam dos impactos causados pela disseminação da Covid-19 e da intervenção mínima e excepcional da revisão contratual, por meio da promulgação da Lei 13.874/2019, conhecida como Lei da Liberdade Econômica.

O sexto artigo intitulado “As unidades socioeducativas pós-decisão pela 2ª Turma do STF no Habeas Corpus 143988/ES”, Márcia Haydée Porto de Carvalho, Jossianny Sá Lessa e Juliane Silva Santos analisam os impactos decorrentes da decisão proferida no Habeas Corpus 143988/2020 pela 2ª Turma do STF, segundo a qual as unidades de internação de adolescentes não devem ultrapassar a capacidade para as quais foram projetadas.

Depois, Fernanda Resende Severino e Lilian Mara Pinhon em “Educação jurídica nas escolas: uma forma de efetivar o direito à educação” tratam da educação jurídica e a possibilidade de ser ensinada nas escolas, como uma das formas de efetivar o direito fundamental à educação.

Logo em seguida, o artigo “Inadmissibilidade de provas ilícitas no processo penal em favor do juiz: uma crítica à posição do Ministro do Supremo Tribunal Federal Nunes Marques no julgamento do Habeas Corpus n.º 164.493” de Ana Isabel Mendes, Marcelo Martins Piton e Marcos Leite Garcia analisa a inadmissibilidade de provas ilícitas, prevista no artigo 5º, LVI, da Constituição do Brasil de 1988 e sua utilização para se comprovar a suspeição de magistrado, uma vez que na relação processual, é representante do Estado.

O nono artigo, “Intervenção mínima e excepcionalidade na revisão contratual sob o viés do Estado Democrático de Direito de Gabriela Oliveira Freitas e Arthur Bridges Venturini cuida da Lei nº 13.874/2019 que alterou o Código Civil, inserindo o parágrafo primeiro no artigo 421, cujo conteúdo previu dois novos princípios atrelados ao direito contratual, o da intervenção mínima e excepcionalidade da revisão contratual, que devem estar harmonizados com os direitos e garantias fundamentais dispostos na Constituição Federal.

O décimo artigo, de autoria de Thaís Gleice Andrade e Deise Marcelino Da Silva “Liberdade de expressão e a proteção de direitos das crianças e adolescentes frente ao exposed nas redes

sociais trata do estudo da liberdade de expressão frente ao fenômeno do exposed, a fim de estabelecer os limites à liberdade de expressão e proteger os direitos das crianças e dos adolescentes.

O décimo primeiro artigo, “O direito ao duplo grau de jurisdição nos países do Mercosul: foro por prerrogativa de função e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos”, de Lucia Carolina Raenke Ertel e Jessica de Jesus Mota estuda o direito ao duplo grau de jurisdição para os réus com foro por prerrogativa de função, diante da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (CADH) e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) nos países do Mercosul.

Na sequência, Gabriela de Vasconcelos Sousa e Sérgio Henriques Zandona Freitas, no artigo intitulado “O direito ao esquecimento na esfera internacional: estudo comparativo de sistemas para concretização garantista no Brasil” examinam o julgamento do Tema 786, em que o Supremo Tribunal Federal decidiu acerca da (in)existência do direito ao esquecimento no Brasil.

Em o “O direito de recusa à aplicação de vacinas: a liberdade versus o direito à vida e à saúde”, Deise Santos Curt e Luis Filipe Fernandes Ferreira se dedicam a estudar a taxa de cobertura vacinal do Programa Nacional de Imunizações que vem caindo nos últimos anos afetando, inclusive, o combate à Covid-19, trazendo de volta doenças já erradicadas e diminuindo a expectativa de vida nacional, em especial pela disseminação de fake news contrárias à vacinação, fato que gera o conflito entre o direito individual de não se vacinar (direito à liberdade) versus o direito coletivo à vida (direito à vida).

O décimo quarto artigo, "Reflexos da covid-19 nas relações entre gênero, orientação sexual e violência", de Letícia Abati Zanotto e Estéfani Luise Fernandes Teixeira examina os da Covid-19 em relação às questões de gênero, orientação sexual e violência, a partir da teoria queer, dos dados publicados sobre violência contra mulheres e LGBTQIA+, da e a crise sanitária mundial.

Em “Representatividade feminina: a necessária veiculação de propostas de cunho feminista, Gabriela Oliveira Freitas e Anna Lúcia Di Napoli Andrade e Braga abordam a necessidade de representação feminina no Legislativo, a partir do conceito de representação de Hanna Piktin e da Teoria Neoinstitucionalista do Processo de Rosemiro Pereira Leal, enfatizando a desigualdade de gênero na composição do Congresso Nacional, que obsta a adequada representação popular, que seria essencial para a legitimidade democrática do processo legislativo.

No décimo sexto artigo, intitulado “Responsabilidade civil dos provedores de aplicação de internet: análise do tema 987 do STF, Jamile Magalhães Barreto Fontes e Zulmar Antonio Fachin refletem sobre a discussão trazida pelo Tema 987 de Repercussão Geral no STF e a necessidade de se ter uma reserva de jurisdição para caracterização da responsabilidade civil dos provedores de aplicação de internet por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.

Por fim, no último artigo “Teoria dos mandados de criminalização e o direito do consumidor como direito fundamental”, Marcelo Navarro Ribeiro Dantas e Thais Caroline Brecht Esteves Gouveia discutem a teoria dos mandados de criminalização e a proteção jurídico penal do direito do consumidor, com ênfase na natureza de direito fundamental deste e do bem jurídico penal protegido.

Assim como foi seguramente um momento ímpar a Coordenação do GT, organizando a apresentação dos trabalhos, acreditamos que tem valor científico positivo, ao leitor ou leitora, a experiência de aprofundar o pensamento daqueles que souberam cativar o solitário momento da leitura e da meditação, para colocar à prova as várias teses defendidas naqueles dias do CONPEDI VIRTUAL de 2021.

Com efeito, divulgar a produção científica colaborativa socializa o conhecimento e oferece à sociedade nacional e internacional o estado da arte do pensamento jurídico contemporâneo aferido nos vários centros de excelência que contribuíram no desenvolvimento pessoal e profissional dos autores e autoras do presente GT.

Por fim, nossos agradecimentos ao CONPEDI pela honra a que fomos laureados ao coordenar o GT e agora, pela redação da apresentação, que possui a marca indelével do esmero, da dedicação e o enfrentamento a todas as dificuldades que demandam uma publicação de qualidade como a presente, desejamos a todos uma excelente leitura.

Organizadores:

Prof. Dr. José Fernando Vidal de Souza - Universidade Nove de Julho - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – Universidade Federal de Sergipe - UFS

Prof. Dr. Marcos Leite Garcia - Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI

**TEORIA DOS MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO E O DIREITO DO  
CONSUMIDOR COMO DIREITO FUNDAMENTAL**

**THEORY OF CRIMINALIZATION WARRANTS AND CONSUMER LAW AS A  
FUNDAMENTAL RIGHT**

**Marcelo Navarro Ribeiro Dantas  
Thais Caroline Brecht Esteves Gouveia <sup>1</sup>**

**Resumo**

Este artigo, adotando a metodologia dedutiva doutrinária, pretende discutir a teoria dos mandados de criminalização e a proteção jurídico penal do direito do consumidor, com ênfase na natureza de direito fundamental deste e do bem jurídico penal protegido.

**Palavras-chave:** Direito do consumidor,, Direito fundamental, Mandados de criminalização, Bem jurídico penal, Diálogo das fontes

**Abstract/Resumen/Résumé**

This article, adopting the doctrinal deductive methodology, intends to discuss the theory of criminalization warrants and the criminal legal protection of consumer law, with an emphasis on the fundamental right nature of consumer law and the protected criminal legal asset.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Consumer law, Fundamental right, Criminalization warrants, Criminal legal good, Sources dialogue

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito Empresarial (Uninove) Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo



## 1. Introdução

O Direito, em um movimento de erros e acertos, tende a não retroagir e busca acompanhar a evolução social. Em alguns casos se antecipa a ela e, como um mecanismo engenhoso, aponta rumos para a sociedade ao acolher valores que reputa essenciais. Em outros tantos, ela caminha, e o Direito, posteriormente, sanciona as mudanças por ela sofridas e normatiza os anseios que, nesse evoluir, foram explicitados.

Como expressão desse movimento do Direito, percebemos que os valores atuais se concentram na dignidade da pessoa humana, afastando-se, pois, do caráter eminentemente patrimonial que pautou codificações anteriores, como o Código Civil Brasileiro de 1916.

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

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

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

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

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

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

Os mandados de criminalização atuam como mecanismos de ordem constitucional destinados ao legislador ordinário para que este legisle criminalizando determinada matéria. Esses mandados direcionam a atenção do legislador para as demandas tidas como fundamentais para a construção de uma sociedade embasada na dignidade da pessoa humana.<sup>1</sup>

Dessa forma, inafastável a interpretação com base na teoria do diálogo das fontes<sup>2</sup> entre o Direito do Consumidor, como direito fundamental, o Direito Constitucional e o Direito Penal, pois, ao adotarmos a doutrina dos mandados de criminalização é possível atender à necessidade premente de proteção do consumidor não só com base na codificação específica de natureza civil, mas também na lei penal, conciliando as várias noções de “sujeito” na relação de consumo, com vistas a tutelar, efetivamente, o mais vulnerável.

## **2. O direito do consumidor como direito fundamental**

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

Luiz Carlos dos Santos Gonçalves expõe sua conceituação:

Os direitos fundamentais são aqueles direitos positivados na Constituição ou em tratados internacionais recebidos com força constitucional, objeto de proteção reforçada contra alterações legislativas e cuja implementação, respeito e efetividade podem ser demandadas perante o Poder Judiciário. Eles são normalmente, mas não necessariamente, situações de vantagem

---

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

<sup>2</sup> “Seguirei aqui novamente a teoria de Erik Jayme, que propõe – em resumo- no lugar do conflito de leis a visualização da possibilidade de coordenação sistemática destas fontes: o diálogo das fontes. Uma coordenação flexível e útil (*effet utile*) das normas em conflito no sistema a fim de restabelecer a sua coerência. Muda-se assim o paradigma: da retirada simples (revogação) de uma das normas em conflito do sistema jurídico ou do ‘monólogo’ de uma só norma (a „comunicar“ a solução justa), à convivência destas normas, ao ‘diálogo’ das normas para alcançar a sua „ratio“, a finalidade visada ou „narrada“ em ambas. Este atual e necessário ‘diálogo das fontes’ permite e leva à aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes com finalidade de proteção efetiva.” MARQUES, Cláudia Lima. *Superação das Antinomias pelo Diálogo das Fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002*. Revista dos Tribunais, 2004, p. 35.

relacionadas às condições e liberdades essenciais para a livre busca pela felicidade humana.<sup>3</sup>

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

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

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

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

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

O direito ao consumo, seja representando a aquisição de um mínimo existencial, seja revelando a condição de pessoa inserida na sociedade, está diretamente ligado ao conceito de dignidade da pessoa humana, e como tal, deve ser reconhecido como direito fundamental.

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

Dessa feita, o consumo passou a integrar a própria noção de ser humano, como condição vital. “Consumo, logo existo”: como se a impossibilidade de consumir

---

<sup>3</sup> GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 38.

marginalizasse o ser humano, retirando-lhe uma característica essencial e intrínseca ao mundo atual.

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

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

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

A Constituição de 1988 previu a proteção ao consumidor em seu art. 5º, XXXII, o que revela o valor atribuído a ela como fundamental e, sem dúvida, também a insere no campo dos mandados de criminalização.

Bruno Miragem assenta:

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

jurídico de uma necessidade humana essencial, que é a necessidade de consumo”<sup>4</sup>.

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

A amplitude do Direito do Consumidor é tamanha que é possível defendê-lo como um dos direitos humanos, assim compreendidos os direitos fundamentais reconhecidos na esfera internacional, análise que não será feita no âmbito deste artigo.

### **3. Os mandados de criminalização**

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

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

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

De acordo com Feldens,

Antes de serem bens ou valores recolhidos pelo Direito (bens jurídicos), eles se fazem constituídos como tais na consciência social, extraídos que são dos costumes vigentes em uma determinada sociedade e, por consequência, de suas necessidades. Isso é assim pelo menos em linha de princípio. Do que significaria concluir que a norma (penal) *não cria* valores, senão que, alinhada à metodologia de controle social, por

---

<sup>4</sup> MIRAGEM, Bruno. *Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 38.

intermédio da qual o Direito Penal está conectado a outros mecanismos, os absorve, por meio de sua positivação, como forma de protegê-los.<sup>5</sup>

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

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

Neste sentido, Márcia Dometila:

toda norma penal carece de fundamentação constitucional. Portanto, a não fundamentação de uma norma penal em qualquer interesse constitucional, implícito ou explícito, ou o choque mesmo dela com o espírito que perambula pela Lei Maior, deveria implicar, necessariamente, na *descriminalização* ou não aplicação da norma penal.<sup>6</sup>

A doutrina de Antônio Carlos da Ponte<sup>7</sup> assim conceitua mandados constitucionais de criminalização:

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

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

Os direitos fundamentais se relacionam com condições e liberdades essenciais para a busca pela felicidade humana<sup>8</sup>, e sua tutela por meio dos mandados de criminalização abrangem todo o sistema normativo, e, em especial o Direito Penal, que visa, em suma, ao bem de todos e à paz social. Adota-se, pois, uma visão finalista do Direito Penal.

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

---

<sup>5</sup> FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

<sup>6</sup> CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 35.

<sup>7</sup> PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008, p.152.

<sup>8</sup> GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 38.

O Direito do Consumidor, pois, como direito fundamental, está protegido pelo manto dos mandados de criminalização, os quais têm a Constituição como origem.

### **3.1. Mandados de criminalização explícitos e implícitos**

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

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

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

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

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

Os mandados de criminalização implícitos estariam assentados em valores como a vida, a liberdade e a dignidade da pessoa humana, de maneira que o sistema de proteção jurídico penal obedeceria a esses três pontos de apoio (dos direitos fundamentais maiores).<sup>9</sup>

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

Segundo Alexandre Rocha Almeida de Moraes,

---

<sup>9</sup> FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, 139.

os mandados implícitos de criminalização seriam aqueles que, muito embora não estejam claramente expostos, podem ser extraídos da avaliação do corpo constitucional como um todo, ou seja, da avaliação contextual dos valores consubstanciados ao longo do Texto Constitucional<sup>10</sup>

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

Primeiramente, ao se conceber que o direito ao consumo consiste num direito fundamental, o art. 5º, XLI, da Constituição da República prevê que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, ou seja, insere a matéria no campo dos mandados de criminalização explícitos. Por outro lado, por se tratar de direito fundamental essencial à noção de dignidade da pessoa humana, o direito ao consumo está inserido na tutela dos mandados de criminalização implícitos. Em suma, sob qualquer ângulo que se analise essa espécie jurídica, os mandados de criminalização com o fim de promover sua tutela pelo Direito Penal são aplicáveis.

A natureza de direito fundamental, pois, do Direito do Consumidor, torna inafastável sua tutela pelos mandados de criminalização, aproximando vários ramos jurídicos num diálogo em prol de sua proteção.

#### **4. Os direitos fundamentais e a proteção do Estado**

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

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

Nesse contexto, Luciano Feldens afirma que:

O espaço de atuação do legislador estaria estreitado por dois limites: pela proibição da proteção excessiva em prol do indivíduo restringido na sua liberdade, bem como pela proibição da proteção deficiente em prol do

---

<sup>10</sup> MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *A teoria dos mandados de criminalização e o combate efetivo à corrupção*. Revista Jurídica ESMP – SP, V.5, 2014, p.53.



indivíduo a ser tutelado, sendo que se deve extrair da proibição da proteção excessiva a medida máxima, e da proibição da proteção deficiente a medida mínima da atuação legislativa, centrando-se a zona de discricionariedade do Poder Legislativo entre a medida mínima e a medida máxima.<sup>11</sup>

É possível concluir, portanto, que os mandados implícitos de criminalização apenas podem ser reconhecidos se o bem jurídico tiver assento constitucional e for dotado de preponderância dentro da ordem constitucional de valores, bem como se se fizer necessária uma sanção penal para afastar a agressão ao referido bem.

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

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

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

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

## **5. Bem jurídico penal**

O bem jurídico é um importante instrumento limitador da intervenção penal e por ter sua origem na sociedade, é um conceito histórico.

---

<sup>11</sup> FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.110.

Edgard Magalhães Noronha explica:

Não obstante a variedade de opiniões e doutrinas que procuram conceituar o bem jurídico de um crime, estamos que é ele o bem interesse protegido pela norma penal. Bem é o que satisfaz uma necessidade do homem, seja de natureza material ou imaterial: vida, honra, etc. Interesse é a relação psicológica em torno desse bem, é sua estimativa, sua valorização.<sup>12</sup>

Em resumo, o bem jurídico não é um conceito abstrato, ele nasceu de um sistema concreto de relações sociais em um determinado período. Concretamente, deve ser avaliado à luz da Constituição da República.<sup>13</sup>

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

Nelson Hungria assim conceitua bem jurídico:

Bem é tudo aquilo que satisfaz a uma necessidade de existência humana (existência do homem individualmente considerado e existência do homem em estado de sociedade), e interesse é a avaliação ou representação subjetiva do bem como tal (Rocco, L'oggetto del reato). Bem ou interesse jurídico é o que incide sob a proteção do direito *in generi*. Bem ou interesse jurídico penalmente protegido é o que dispõe da reforçada tutela penal (vida, integridade corporal, patrimônio, honra, liberdade, moralidade pública, fé pública, organização familiar, segurança do Estado, paz internacional, etc.).<sup>14</sup>

O Direito, seria, então, a proteção de interesses da vida humana. Ou seja, o bem jurídico não é uma construção conceitual, um bem do direito ou da ordem jurídica, é o bem do homem, preexistente, que o Direito vem reconhecer e proteger.<sup>15</sup>

---

<sup>12</sup> NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. v.1, 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 109.

<sup>13</sup> “e, somente encontrando fundamento nos valores e preceitos nela consagrados, é que deverá ser analisado no campo próprio da dogmática penal.” PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008, p.143.

<sup>14</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. v.1, t. II, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, pp. 10-11.

<sup>15</sup> Nesse sentido Heleno Cláudio Fragoso “O bem jurídico não é apenas um esquema conceitual, visando proporcionar uma solução técnica de nossa questão: é o bem humano ou da vida social que se procura preservar, cuja natureza e qualidade dependem, sem dúvida, do sentido que a norma tem ou a ela é atribuído, constituindo, em qualquer caso, uma realidade contemplada pelo direito. Bem jurídico é um bem protegido pelo direito: é, portanto, um valor da vida humana que o direito reconhece, e a cuja preservação é disposta a norma jurídica.” FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal. Parte Geral*, 14ª ed., revista e atualizada por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1993, pp. 263-268.

Essa ideia, que revalorizou o conceito de bem jurídico após a Segunda Guerra Mundial, limita a intervenção penal, e mereceu a conceituação por duas vertentes teóricas.

A primeira vertente das teorias sociológicas busca identificar o conteúdo do bem jurídico a partir de “argumentos sistêmicos ou de danosidade social”.

A teoria sociológica recebeu críticas da doutrina, pois não respondeu por que uma certa sociedade criminaliza exatamente determinadas comportamentos e não outros<sup>16</sup>.

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

Não obstante, conforme foi afirmado no início deste artigo, o filtro da Constituição deve ser aplicado a todos os ramos do direito, e não somente ao Direito Penal.

Objeta-se, assim, a tutela penal de bens não elencados na Constituição, ou, então, que contrariem valores constitucionais, ou seja, que contrariem os valores supremos da sociedade que a editou.<sup>17</sup>

A lei penal, por ceifar direitos e liberdades, depende de previsão constitucional do bem jurídico por ela tutelado, que deve ser igualmente socialmente relevante. O bem jurídico, por ser um produto da sociedade, limitando apenas a necessária intervenção penal para prevenir danos sociais, não pode se revestir de caráter ideológico ou moral, nem mesmo buscar finalidades transcendentais.<sup>18</sup>

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

### **5.1. Bem jurídico penal individual e transindividual**

Os bens jurídicos podem ser divididos em bens jurídicos individuais e bens jurídicos universais. A doutrina reconhece a existência de bens jurídicos universais, também conhecidos como bens jurídicos transindividuais, supraindividuais ou metaindividuais.

---

<sup>16</sup> PRADO, Regis. *Bem jurídico Penal e Constituição*, Revista dos Tribunais, 1997, p. 36.

<sup>17</sup> “decorre do caráter limitativo da tutela penal o dever dirigido ao legislador ordinário, de contemplar as diretrizes constitucionais, bem como os valores na Carta inseridos nas ocasiões em que sua tarefa implicar a definição de bens jurídicos”. BIANCHINI, Alice. *Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p.43.

<sup>18</sup> BIANCHINI, Alice. *Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, 48.

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

Por sua vez, os bens jurídicos universais ou transindividuais são aqueles pertencentes a uma massa abstrata, de interesse de toda a coletividade. O ataque contra esses bens lesiona a sociedade, afetando um número indeterminado de pessoas, a exemplo do meio ambiente e a ordem econômica.

Os bens jurídicos universais, por sua vez, subdividem-se em bens jurídicos difusos e coletivos<sup>19</sup>.

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

Um exemplo do tratamento do bem jurídico transindividual é o ramo do Direito Penal Econômico<sup>20</sup>, que ganha impulso ao tratar de agressões que extrapolam os simples ilícitos civis e configuram atentados contra um bem jurídico penal.

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

Pode-se cogitar, assim, da coexistência de bens jurídicos individuais, que afetam diretamente as pessoas individualmente consideradas, com os bens jurídicos transindividuais, que afetam o sistema social.

## **5.2. Bem jurídico penal difuso e coletivo**

---

<sup>19</sup> Os bens jurídicos difusos e coletivos, espécies do gênero bens universais, apresentam a semelhança de tratarem de bens que não pertencem a uma só pessoa, mas sim de interesses de toda uma coletividade. A diferença entre eles é que enquanto nos bens coletivos essa massa de pessoas titulares de direitos comuns é identificável, nos bens difusos essa identificação não é possível. A titularidade desses bens é compartilhada entre todos os cidadãos ou entre coletividades específicas. O que é importante notar com relação a isto é que ninguém tem a capacidade individual de disponibilidade destes bens, vez que diversos são os seus titulares. Sobre o tema: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos-penales supraindividuales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 204.

<sup>20</sup> “Atualmente, é mais adequado definir o Direito Penal Econômico como o ramo do Direito Penal voltado para uma categoria de crimes que ocorrem nas relações comerciais ou na atividade empresarial, praticados pelos administradores, diretores ou sócios, geralmente de forma não violenta e envolvendo fraude ou violação da relação de confiança...Um traço comum dos crimes econômicos é o caráter supraindividual do bem jurídico atingido.” AMARAL, Thiago Bottino do. *Direito Penal Econômico*. FGV Direito Rio, 2015, p.5.

A necessidade da tutela penal a um bem jurídico está relacionada a duas origens: por determinação constitucional, através de mandados expressos e implícitos de criminalização; e por políticas criminais, situações em que há discricionariedade do legislador ordinário.

Reconhecida a existência dos bens jurídicos penais transindividuais, resta caracterizar a distinção entre os bens jurídicos penais coletivos e os bens jurídicos penais difusos, para então definirmos esses últimos e analisarmos as consequências penais da tutela dos interesses difusos.

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

Os bens jurídicos universais coletivos, todavia, pertencem a um grupo de pessoas determinadas, titulares de um objeto indivisível, porém as pessoas estão ligadas por um vínculo jurídico prévio; é possível, assim, mensurar quantas vítimas foram afetadas pelo dano, pois as pessoas são mais ou menos determináveis, por exemplo, o dano ocorrido dentro de um clube, ou seja, as pessoas fazem parte de um grupo, classe ou categoria, e são titulares.<sup>21</sup>

A semelhança entre essas duas espécies de direitos transindividuais é o fato de tratarem de bens que não pertencem a uma só pessoa, mas de uma coletividade.

Manoella Guz distingue os bens jurídicos por sua natureza. São divididos em bens jurídicos penais individuais: (i) os bens jurídicos denominados personalíssimos, como a vida, a integridade física, a liberdade, a honra; e (ii) os bens pessoais, como o patrimônio. Os bens jurídicos supraindividuais seriam: (i) os bens jurídicos institucionais, relativos às pessoas jurídicas públicas ou estatais, envolvendo delitos contra a administração pública, a fé pública, a segurança do Estado, dentre outros; e (ii) os bens coletivos e difusos, afetando uma generalidade de pessoas, unidas em razão de um elemento comum factual, como por exemplo, a saúde pública, a segurança no trânsito, a segurança no trabalho, o meio ambiente, dentre outros.<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> GUZ, Manoella. *Bem jurídico penal e coletivo*, Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Penal, sob a orientação do Professor Doutor Antonio Carlos da Ponte, São Paulo: 2010, p. 68.

<sup>22</sup> Op.cit., p.72.

E cada um desses bens jurídicos demanda uma resposta penal própria, e, no caso específico dos bens jurídicos de natureza universal difusa, o direito penal hodierno é aquele que proporciona a tutela mais adequada<sup>23</sup>, em contraposição ao direito penal clássico, quase que apenas somente apto à proteção dos bens jurídicos individuais.

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

Nesse caso, em que a lesão causada aos bens jurídicos difusos e coletivos é muito extensa, de difícil ou impossível reparação, ao contrário de se configurar como *ultima ratio*, o Direito Penal deveria atuar de forma preventiva e adotar um papel de garantidor ao proteger o bem jurídico de uma ameaça ou perigo, e não apenas diante de uma lesão concretizada.

A tutela penal preventiva seria o meio adequado de proteger os bens jurídicos difusos e coletivos, ou seja, a solução encontrada pela doutrina diante da globalização, da tecnologia empregada nas novas modalidades de crime, do período de evolução em que vive a sociedade, um caminho, pois, novo, a ser trilhado pelo Direito Penal.

A proteção ao direito do consumidor, por se tratar de bem jurídico transindividual e que tem enfrentado problemas cada vez mais difíceis de combater, demanda a aplicação do Direito Penal contemporâneo, atuando de forma preventiva.

A prevenção, no que tange ao Direito do Consumidor, é imperativa, pois os danos em massa tornam-se praticamente irreparáveis e muitas vezes alimentam um sistema que torna o agressor cada vez mais poderoso no mercado. A questão, pois, não é doutrinária, e, sim, constitucional, por existir mandado expresso de criminalização na Constituição da República sobre a ampla responsabilidade das pessoas naturais e jurídicas por infrações lesivas ao consumidor.

Em um mundo pós-moderno em que os ramos do Direito, além de se comunicar, são interdependentes, a tutela preventiva penal do Direito do Consumidor, como

---

<sup>23</sup> “O Direito penal moderno seria aquele próprio e característico da „sociedade de riscos“. O controle, a prevenção e a gestão de riscos gerais são vistos como tarefas que devem ser assumidas pelo Estado e este as assume efetivamente de modo relevante, e para a realização de tais objetivos o legislador recorre ao tipo penal de perigo abstrato como instrumento técnico adequado por excelência. Por isso o Direito penal moderno, ou parte considerável do mesmo, é denominado „Direito penal do risco“. MARTIN, Luis Gracia. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 48.

consequência dos mandados de criminalização, merece especial atenção, diante de situações em que os mecanismos legais existentes não são suficientes para promover.

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

## 6. Conclusões

De tudo o que foi exposto neste artigo, restou claro que a Constituição Federal se situa no ápice da hierarquia das fontes do Direito e as normas penais, por sua vez, devem se encarregar da proteção de bens jurídicos constitucionalmente tutelados, explícita ou implicitamente.

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

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

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

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

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

De acordo com Cláudia Lima Marques,

o método do diálogo das fontes é valorativo e inovador: promove sempre os direitos do sujeito mais fraco e seus direitos fundamentais (...) trata-se

de uma visão atualizada e coerente do antigamente “conflito de leis no tempo”, e neste sentido serve a toda a teoria geral do direito. O intérprete pode dela se utilizar, não só no direito do consumidor, mas sempre que estiver presente um sujeito com direitos fundamentais ou em jogo valores constitucionais, pois fornece um caminho, um instrumento metodológico seguro e útil, a seguir.<sup>24</sup>

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

O mundo moderno, ou melhor, o mundo pós-moderno, revelou dificuldades a enfrentar com uma nova dimensão e natureza de bem jurídico transindividual — o controle de informações em um grande conglomerado ou a discriminação no sistema bancário nacional, por hipóteses. O Direito do Consumidor não pode ser tratado de forma estanque em relação ao Direito Civil, ao Direito Público ou ao Direito Penal para tratar dessas novas questões e proteger os mais vulneráveis. Ao contrário, a conjugação dos institutos e uma visão sistemática com pluralidade de fontes permitem forjar um sistema de maior coercibilidade (Direito Penal) a fim de melhor e mais amplamente tutelar os direitos fundamentais.

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

### **Referências**

ABRAÃO, E. P. O; MARCOCHI, M. A. C. *Mandados de criminalização e crimes contra a criança e o adolescente*. Jus Navigandi. Teresina, ano 14, nº 2218, 28 jul. 2009.

ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. O princípio da proporcionalidade aplicado ao direito penal: fundamentação constitucional da legitimidade e limitação do poder de punir. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. v. 80. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

---

<sup>24</sup>MARQUES, Cláudia Lima Marques. *O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito : um tributo à Erik Jayme*, in *Diálogo das Fontes. Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*, obra coletiva sob a coordenação de Cláudia Lima Marques, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012, p. 42.



AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor: pontos de convergência. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 48, 2003.

AMARAL, Thiago Bottino do. *Direito Penal Econômico*. FGV Direito Rio, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BENJAMIM, Antônio Herman de Vasconcellos et al. *Código brasileiro de Defesa do Consumidor*. 8. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de Processo Penal*. 7ª ed. São Paulo: 2012.

BRASIL. Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 16/06/2020.

CAMPOS, Gabriel Junqueira. *Diálogo das fontes: um novo método de resolução de antinomias*. Disponível em: [http://www.viannajr.edu.br/files/uploads/20130523\\_155744.pdf](http://www.viannajr.edu.br/files/uploads/20130523_155744.pdf)>. Acesso em: 28/05/2020.

CANARIS, C. W. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, Ed. Almedina, 2003, p. 43-50.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *O novo Código Civil e o Código do Consumidor: convergências ou antinomias?* Revista da EMERJ. Rio de Janeiro: EMERJ, v. 5, nº 20, 2002.

CORCOY BIDASOLO, M. *Delitos de Peligro y Protección de Bienes Jurídicos-Penales Supraindividuales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

FELDENS, Luciano. *A constituição penal*. 1.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal. Parte Geral*, 14ª ed., revista e atualizada por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

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

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

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

HASSEMER, W. Crisis y características del moderno derecho penal. *Actualidad Penal*. Madrid, n° 43/22 de 1993.

HUNGRIA, N. *Comentários ao Código Penal*. Volume VII a IX. LYRA. Novíssimas Escolas Penais. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1956.

MACHADO, M. R. A. *Sociedade do risco e Direito Penal*. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

MARQUES, Cláudia Lima (coord.). *Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

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

MARQUES, Cláudia Lima. *Superação das Antinomias pelo Diálogo das Fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002*. Revista de Direito do Consumidor n. 51, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARTIN, Luis Gracia. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

MASSON, Cleber. *Teoria constitucional do Direito Penal e os mandados constitucionais de criminalização*. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/teoria-constitucional-do-direito-penal-e-os-mandados-de-criminalizacao/5222>. Acesso em 08/06/2020.

- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- MIRAGEM, Bruno. *Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Eppur si muove: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro*. In: MARQUES, Cláudia Lima (coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 77.
- MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *A teoria dos mandados de criminalização e o combate efetivo à corrupção*. Revista Jurídica ESMP – SP, V.5, 2014.
- NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. v.1, 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1974.
- OLIVEIRA, M. T. *Bem Jurídico-penal e Constituição*. Dissertação de Mestrado apresentada perante Pontifícia Universidade Católica, 2010, p. 128. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp134821.pdf>. Acesso em 10/06/2021.
- PONTE, A. C. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- PRADO, Regis. *Bem jurídico Penal e Constituição*, Revista dos Tribunais, 1997.
- SCALCON, R. L. *Mandados Constitucionais (implícitos) de Criminalização*. Monografia de Conclusão de Curso UFRS. Porto Alegre, 2009, p. 14. Disponível em <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/31323/000779559.pdf?>. Acesso em 17/05/2021 .
- STRECK, L. L. *O princípio da proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico*. Disponível em <http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/1.pdf>, Acesso em 30/05/2021.